

Wyłączenia grupowe spod zakazu porozumień ograniczających konkurencję we Wspólnocie Europejskiej i w Polsce

Pod redakcją
Agaty Jurkowskiej
i Tadeusza Skocznego

Warszawa 2008



Wydawnictwo Naukowe
Wydziału Zarządzania
Uniwersytetu Warszawskiego

**Wyłączenia grupowe
spod zakazu porozumień
ograniczających konkurencję
we Wspólnocie Europejskiej
i w Polsce**

Centrum Studiów Antymonopolowych i Regulacyjnych Wydziału Zarządzania Uniwersytetu Warszawskiego

Druga publikacja Programu Wydawniczego CSAiR

Seria: Studia i Monografie Antymonopolowe i Regulacyjne

Redaktor serii: dr hab. Tadeusz Skoczny, prof. UW

Centrum Studiów Antymonopolowych i Regulacyjnych (CSAiR)

www.wz.uw.edu.pl/csair

Centrum Studiów Antymonopolowych i Regulacyjnych (CSAiR) zostało utworzone uchwałą Rady Wydziału Zarządzania Uniwersytetu Warszawskiego z dnia 21 lutego 2007 r. jako „inna wymieniona w regulaminie wydziału jednostka, niezbędna do realizacji zadań wydziału” w rozumieniu § 20 Statutu Uniwersytetu Warszawskiego z dnia 21 czerwca 2006 r.

CSAiR prowadzi między- i interdyscyplinarne badania naukowe oraz prace rozwojowe i wdrożeniowe w zakresie ochrony konkurencji i regulacji sektorowych w gospodarce rynkowej, ale także przygotowuje wydawnictwa zwarte i periodyczne, organizuje lub współorganizuje konferencje, seminaria, warsztaty i szkolenia, a w przyszłości będzie także patronować studiom podyplomowym.

W skład **CSAiR** wchodzi Członkowie Zwyczajni (pracownicy naukowcy Wydziału Zarządzania UW), Członkowie Stowarzyszeni (pracownicy naukowcy innych wydziałów UW, w tym głównie Wydziału Prawa i Administracji i Wydziału Nauk Ekonomicznych, a także innych krajowych i zagranicznych uczelni i jednostek badawczych) oraz Stali Współpracownicy (w tym osoby zatrudnione w polskich i zagranicznych firmach oraz instytucjach publicznych i prywatnych).

Wyłączenia grupowe spod zakazu porozumień ograniczających konkurencję we Wspólnocie Europejskiej i w Polsce

**Pod redakcją
Agaty Jurkowskiej
i Tadeusza Skocznego**

Warszawa 2008



Wydawnictwo Naukowe
Wydziału Zarządzania
Uniwersytetu Warszawskiego

Centre for Antitrust and Regulatory Studies Management Faculty, University of Warsaw

Second Publication of the Publishing Programme

Series: Antitrust and Regulatory Studies and Monographs

Series editor: Prof. Tadeusz Skoczny

Centre for Antitrust and Regulatory Studies (CSAiR)

www.wz.uw.edu.pl/csair

CSAiR came into being by order taken by the Council of the Warsaw University Faculty of Management of 21 February 2007. It was founded in accordance with para 20 of the Warsaw University Statute of 21 June 2006 as an “other unit, listed in the faculty rule book, necessary to achieve the faculty’s objectives”. CSAiR conducts cross- and inter-disciplinary academic research and development as well as implementation projects concerning competition protection and sector-specific regulation in market economy. It also prepares one-off and periodical publications, organises or participates in the organisation of conferences, seminars, work-shops and training courses. In the future CSAiR will also act as a patron of post-graduate studies.

CSAiR consists of Ordinary Members (academic staff of the Warsaw University Faculty of Management), Associated Members (academic staff of other faculties of the Warsaw University, mostly the Faculty of Law and Administration and the Faculty of Economics as well as other polish and foreign universities and research institutes) and Permanent Cooperators (including employees of polish and foreign companies and public and private institutions).

Block Exemptions from the Prohibition of Restrictive Agreements in the EC and Poland

**Edited by
Agata Jurkowska and
Tadeusz Skoczny**

Warsaw 2008

Recenzenci:

Prof. nadzw. dr hab. Maria Królikowska-Olczak, Uniwersytet Łódzki

Dr hab. Michał du Vall, profesor Uniwersytetu Jagiellońskiego

Redakcja: Anita Sosnowska

Projekt okładki: Dariusz Kondefor

© Copyright by Wydawnictwo Naukowe Wydziału Zarządzania Uniwersytetu Warszawskiego, Warszawa 2008

Wszelkie prawa zastrzeżone. Kopiowanie, przedrukowywanie i rozpowszechnianie całości lub fragmentów bez uzyskania pozwolenia zabronione

ISBN 978-83-61276-10-4



Opracowanie komputerowe, druk i oprawa:

Dom Wydawniczy ELIPSA,

ul. Inflancka 15/198, 00-189 Warszawa

tel./fax 022 635 03 01, 022 635 17 85, e-mail: elipsa@elipsa.pl

www.elipsa.pl

Przedmowa

Konkurencja jest zjawiskiem charakteryzującym prawidłowe funkcjonowanie mechanizmów gospodarki wolnorynkowej. Ochrona konkurencji ma na celu zagwarantowanie uczciwego funkcjonowania na rynku wszystkich jego uczestników. Instrumentem, który temu służy jest prawo ochrony konkurencji zakazujące, w interesie publicznym, działań mogących zakłócić reguły uczciwej rywalizacji przedsiębiorców na rynku.

Pierwsze regulacje antymonopolowe pojawiły się już w V w. n.e. w Rzymie – niedozwolone były porozumienia cenowe m.in. w handlu zbożem i rybami. W czasach nowożytnych pierwsze ustawy antymonopolowe uchwalono pod koniec XIX w. w Kanadzie i Stanach Zjednoczonych. Również w Polsce w okresie dwudziestolecia międzywojennego pojawiły się takie regulacje – ustawa kartelowa z 1933 r., następnie ustawa o porozumieniach kartelowych z 1939 r. Zakazy stosowania praktyk monopolistycznych, a w szczególności zakaz zawierania porozumień ograniczających konkurencję, zawarto również w traktatach założycielskich Wspólnot Europejskich przyjmowanych w latach pięćdziesiątych XX w. Z tych doświadczeń korzystała Polska, tworząc przepisy ochrony konkurencji w okresie transformacji ustrojowej po 1989 r. Obecne obowiązujące przepisy prawa ochrony konkurencji w pełni odzwierciedlają dorobek prawa i orzecznictwa antymonopolowego Wspólnot Europejskich, co jest naturalną konsekwencją członkostwa Polski w UE.

Przepisy antymonopolowe umożliwiają zwalczanie praktyk ograniczających konkurencję – eliminowanie niedozwolonych porozumień zawieranych pomiędzy przedsiębiorcami oraz przypadków nadużywania pozycji rynkowej przez dominantów. Niezakłócona konkurencja na rynku ma służyć rozwojowi gospodarki i dobrobytowi konsumentów. Ochrona tych wartości uzasadnia możliwość wyłączenia spod ustawowych zakazów pewnych rodzajów porozumień, które, choć co do zasady naruszają reguły wolnego rynku, równocześnie przynoszą wymierne korzyści społeczne i gospodarcze. Przykładem takich porozumień może być współpraca przedsiębiorców w celach badawczych lub służąca rozwojowi nowych technologii. Równocześnie jednak rodzaje oraz warunki wyłączeń spod zakazu muszą być precyzyjnie określone, aby możliwie w najmniejszym stopniu naruszały reguły uczciwej rywalizacji rynkowej oraz wskazywały przedsiębiorcom granice, których nie wolno im przekraczać.

Regulacje wyłączające określone rodzaje porozumień spod ogólnego zakazu istnieją w prawie wspólnotowym od lat sześćdziesiątych ubiegłego wieku. W polskim ustawodawstwie możliwość wydania rozporządzeń o tzw. wyłączeniach grupowych przewidywała ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów z 2000 r. Rozporządzenia te wyłączały spod zakazu wybrane rodzaje porozumień: zawierane między przedsiębiorcami działającymi w branży ubezpieczeniowej, dotyczące transferu technologii, specjalistyczne i badawczo-rozwojowe, wertykalne, w tym odrębnie w zakresie dystrybucji samochodów.

Ze względu na fakt, że rozporządzenia dotyczące czterech pierwszych z wymienionych wyżej rodzajów porozumień wygaszały w ubiegłym roku, UOKiK zwrócił się do

Centrum Studiów Antymonopolowych i Regulacyjnych Wydziału Zarządzania Uniwersytetu Warszawskiego o przygotowanie analizy dotyczącej tej problematyki, aby ustalić zasadność wydania podobnych wyłączeń na następny okres. Efekt pracy zespołu pod kierownictwem prof. Tadeusza Skoczego stanowi podstawę niniejszej publikacji – kompleksowego opracowania zawierającego informacje o charakterze ogólnym, między innymi wyjaśniające istotę, rolę oraz zakres wyłączeń grupowych oraz odniesienia do poszczególnych rodzajów porozumień, a także polskie i europejskie akty prawne obowiązujące w omawianym zakresie.

Zapraszam do lektury.

Małgorzata Krasnodębska-Tomkiel
Prezes Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów

Spis treści

Od redaktorów (A. Jurkowska, T. Skoczny)	21
Wykaz skrótów	25
Zagadnienia ogólne	
Wyłączenia grupowe spod zakazu porozumień ograniczających konkurencję we wspólnotowym i polskim prawie ochrony konkurencji (Agata Jurkowska, Tadeusz Skoczny)	27
Art. 81 TWE	75
Wyciąg z rozporządzenia Rady nr 1/2003	75
Wytyczne KE w sprawie stosowania art. 81 ust. 3 TWE	87
Wyciąg z ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów z 2007 r.	111
Wyłączenia porozumień kooperacyjnych	
Wyłączenia grupowe dla porozumień kooperacyjnych (specjalizacyjnych i badawczo-rozwojowych) (Agata Jurkowska)	115
Rozporządzenie KE nr 2658/2000 – wyłączenie dla porozumień specjalizacyjnych	146
Rozporządzenie KE nr 2659/2000 – wyłączenie dla porozumień badawczo-rozwojowych	151
Wytyczne KE w sprawie stosowania art. 81 ust. 3 TWE do horyzontalnych porozumień kooperacyjnych	158
Rozporządzenie RM z 2007 r. – wyłączenie porozumień specjalizacyjnych i badawczo-rozwojowych	193
Wyłączenia porozumień wertykalnych	
Wyłączenie grupowe dla porozumień wertykalnych (Ewelina Dorota Sage)	197
Dystrybucja selektywna na gruncie polskich i wspólnotowych regulacji prawa konkurencji (Konrad Kohutek)	240
Rozporządzenie KE nr 2700/1999 – wyłączenie dla porozumień wertykalnych	255
Wytyczne KE w sprawie stosowania art. 81 ust. 3 TWE do porozumień wertykalnych	262
Rozporządzenie RM z 2007 r. – wyłączenie porozumień wertykalnych	309
Wyłączenia porozumień samochodowych	
Wyłączenie grupowe dla porozumień wertykalnych w sektorze motoryzacyjnym (Piotr Dębowski, Tadeusz Skoczny)	313

Rozporządzenie KE nr 1400/2002 – wyłączenie dla porozumień wertykalnych w sektorze motoryzacyjnym	348
Rozporządzenie RM z 2002 r. – wyłączenie dla porozumień wertykalnych w sektorze pojazdów samochodowych	363
Wyłączenia porozumień transferu technologii	
Wyłączenia grupowe dla porozumień transferu technologii (Dawid Miąsik)	371
Rozporządzenie KE nr 772/2004 – wyłączenie porozumień o transferze technologii	409
Wytyczne KE w sprawie stosowania art. 81 ust. 3 TWE do porozumień o transferze technologii	417
Rozporządzenie RM z 2007 r. – wyłączenie dla porozumień dotyczących transferu technologii	465
Wyłączenia porozumień kooperacji ubezpieczeniowej	
Wyłączenie grupowe dla porozumień kooperacyjnych w sektorze ubezpieczeń (Rafał Stankiewicz)	469
Rozporządzenie KE nr 358/2004 – wyłączenie porozumień w sektorze ubezpieczeniowym	503
Rozporządzenie RM z 2007 r. – wyłączenie dla porozumień zawieranych między przedsiębiorcami prowadzącymi działalność ubezpieczeniową	514
Wyłączenia porozumień żeglugowych	
Wyłączenie grupowe dla porozumień w transporcie morskim (Małgorzata Anna Nesterowicz, Iwona Zużewicz-Wiewiórska)	520
Rozporządzenie KE nr 823/2000 znowelizowane rozporządzeniami nr 463/2004 oraz nr 611/2005 – wyłączenie niektórych porozumień między przedsiębiorstwami żeglugi liniowej	537
Wyłączenie porozumień lotniczych	
Wygaśnięcie wyłączeń grupowych dla porozumień w transporcie lotniczym (Tadeusz Skoczny)	547
Zagadnienia końcowe	
Wyłączenia grupowe i ich stosowanie w państwach członkowskich UE – stan obecny i perspektywy (Agata Jurkowska, Tadeusz Skoczny)	558
Notki o autorach	567
Literatura podstawowa	569

Contents

From the Editors (A. Jurkowska, T. Skoczny)	23
Abbreviations	25
General Issues	
Block Exemptions from the Prohibition of Restrictive Agreements in the EC and Polish Competition Law (Agata Jurkowska, Tadeusz Skoczny).....	27
Article 81 of the EC Treaty.....	75
Council Regulation No 1/2003 (Exerts).....	75
Guidelines on the application of Article 81(3) of the EC Treaty	87
Competition and Consumer Protection Act of 2007 (Exerts)	111
Block Exemptions for Cooperation Agreements	
Block Exemptions for Cooperation (Specialization and Research and Development) Agreements (Agata Jurkowska)	115
Commission Regulation No 2658/2000 – exemption for specialization agreements	146
Commission Regulation No 2659/2000 – exemption for research and development agreements	151
Guidelines on the application of Article 81 of the EC Treaty to horizontal cooperation agreements	158
Regulation of the Council of Ministers of 2007 – exemptions for specialization and research and development agreements	193
Block Exemptions for Vertical Agreements	
Block Exemptions for Vertical Agreements (Ewelina Dorota Sage).....	197
Selective Distribution in the Light of EC and Polish Competition Protection Rules (Konrad Kohutek)	240
Commission Regulation No 2700/1999 – exemption for vertical agreements	255
Guidelines on the application of Article 81 of the EC Treaty to vertical agreements.....	262
Regulation of the Council of Ministers of 2007 – exemption for vertical agreements.....	309
Block Exemptions for Agreements in Motor Vehicle Sector	
Block Exemptions for Vertical Agreements in Motor Vehicle Sector (Piotr Dębowski, Tadeusz Skoczny)	313

Commission Regulation No 1400/2002 – exemption for agreements in motor vehicle sector.....	348
Regulation of the Council of Ministers of 2002 – exemption for vertical agreements in motor vehicle sector	363
Block Exemptions for Technology Transfer Agreements	
Block Exemptions for Technology Transfer Agreements (Dawid Miąsik).....	371
Commission Regulation No 772/2004 – exemption for technology transfer agreements.....	409
Guidelines on the application of Article 81 of the EC Treaty to technology transfer agreements	417
Regulation of the Council of Ministers of 2007 – exemption for technology transfer agreements	465
Block Exemptions for Agreements in Insurance Sector	
Block Exemptions for Cooperation Agreements in Insurance Sector (Rafał Stankiewicz).....	469
Commission Regulation No 358/2004 – exemption for agreements in insurance sector.....	503
Regulation of the Council of Ministers of 2007 – exemption for agreements in insurance sector.....	514
Block Exemptions for Agreements in Maritime Transport Sector	
Block Exemptions for Agreements in Maritime Transport Sector (Małgorzata Anna Nesterowicz, Iwona Zużewicz-Wiewiórska)	520
Commission Regulation No 823/2000 amended by Regulations Nos 463/2004 and 611/2005 – exemption for certain agreements between liner shipping companies	537
Block Exemptions for Agreements in Air Transport Sector	
Expiration of Block Exemptions in Air Transport Sector (Tadeusz Skoczny).....	547
Final Issues	
Block Exemptions and their Application in EC Member States – Present Situation and Perspectives (Agata Jurkowska, Tadeusz Skoczny).....	558
About the Authors	567
Main Literature	569

Szczegółowy spis treści

Od redaktorów (Agata Jurkowska, Tadeusz Skoczny).....	21
Wykaz skrótów	25
ZAGADNIENIA OGÓLNE	
Wyłączenia grupowe spod zakazu porozumień ograniczających konkurencję we wspólnotowym i polskim prawie ochrony konkurencji (Agata Jurkowska, Tadeusz Skoczny).....	27
1. Uwagi wstępne	27
2. Wyłączenia grupowe jako podstawowy instrument relatywizacji zakazu porozumień ograniczających konkurencję.....	30
2.1. Rozwój podstawowych instrumentów relatywizacji i racjonalizacji zakazów praktyk ograniczających konkurencję we Wspólnocie Europejskiej i w Polsce.....	30
2.2. Aktualny system wyjątków spod zakazu porozumień ograniczających konkurencję	36
2.3. Istota prawna wyłączeń grupowych.....	38
2.4. Wyłączenia grupowe a legalne wyjątki indywidualne	41
2.5. Rodzaje wyłączeń grupowych – wyłączenia horyzontalne i sektorowe....	43
3. Przesłanki stosowania wyłączeń grupowych	45
3.1. Ogólny kontekst gospodarczy wyłączeń	45
3.2. Przesłanki materialne wyłączenia ustanowione w TWE i uokik.....	46
3.3. Przesłanka formalna wyłączenia grupowego (wydanie rozporządzenia)	49
4. Warunki wyłączeń grupowych określone w rozporządzeniach.....	50
4.1. Uwagi ogólne	50
4.2. Kryteria jakościowe	51
4.2.1. Uwagi ogólne.....	51
4.2.2. Klauzule czarne.....	51
4.2.3. Klauzule białe	53
4.2.4. Klauzule szare.....	55
4.3. Kryteria ilościowe.....	55
5. Kształtowanie się wyłączeń grupowych we Wspólnocie Europejskiej.....	59
5.1. Uwagi ogólne	59
5.2. Etap pierwszy – podstawy proceduralne wyłączeń grupowych i wyłączenia „pierwszej generacji” dla porozumień wertykalnych	60
5.3. Etap drugi – wyłączenia grupowe „pierwszej generacji” dla porozumień horyzontalnych; nowe wyłączenia dla porozumień wertykalnych; pierwsze sektorowe wyłączenia grupowe.....	63

5.4. Etap trzeci – wyłączenia grupowe „drugiej generacji”; modyfikacja i wygasanie sektorowych wyłączeń grupowych.	65
6. Kształtowanie się wyłączeń grupowych w polskim prawie ochrony konkurencji	69
7. Uwagi końcowe	73
Art. 81 TWE	75
Wyciąg z rozporządzenia Rady nr 1/2003	75
Wytyczne KE w sprawie stosowania art. 81 ust. 3 TWE	87
Wyciąg z ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów z 2007 r.	111

WYŁĄCZENIA POROZUMIENÍ KOOPERACYJNYCH

Wyłączenia grupowe dla porozumień kooperacyjnych (specjalizacyjnych i badawczo-rozwojowych) (Agata Jurkowska)	115
1. Istota porozumień kooperacyjnych	115
2. Wyłączenia kooperacji B+R i specjalizacyjnej w prawie wspólnotowym ...	116
2.1. Kształtowanie się regulacji wyłączających porozumienia kooperacyjne we Wspólnocie Europejskiej	116
2.2. Ewolucja wspólnotowych regulacji wyłączających porozumienia kooperacyjne	119
2.3. Współczesne wspólnotowe regulacje wyłączające porozumienia kooperacyjne	120
2.3.1. Rozporządzenie 2658/2000 (porozumienia specjalizacyjne)	120
2.3.2. Rozporządzenie 2659/2000 (porozumienia badawczo-rozwojowe)	121
2.3.3. Wytyczne w sprawie stosowania art. 81 TWE do porozumień kooperacji horyzontalnej	123
2.4. Recepcja wspólnotowego modelu wyłączeń porozumień kooperacyjnych w państwach członkowskich UE	124
3. Wyłączenia kooperacji B+R i specjalizacyjnej w prawie polskim do 2007 r. ...	125
3.1. Kształtowanie się regulacji wyłączających porozumienia kooperacyjne w Polsce	125
3.2. Rozporządzenie Rady Ministrów z 2002 r.	126
4. Rozporządzenie Rady Ministrów z 2007 r.	128
4.1. Uzasadnienie dla wydania i modyfikacji nowej regulacji wyłączającej ...	128
4.2. Przedmiot wyłączenia.	131
4.2.1. Porozumienia specjalizacyjne	131
4.2.2. Porozumienia badawczo-rozwojowe	132
4.3. Klauzule powodujące ograniczenia konkurencji niezbędne dla istnienia porozumienia	133
4.4. Warunki dopuszczalności wyłączenia	137
4.4.1. Wielkość udziału w rynku	137
4.4.2. Przekroczenie progu udziału w rynku	138
4.4.3. Obliczanie udziału w rynku	139
4.5. Inne (jakościowe) warunki wyłączenia	139
4.5.1. Dostęp do wyników działalności badawczo-rozwojowej	139
4.5.2. Niezależność w wykorzystaniu wyników działalności badawczo-rozwojowej i know-how	140

4.5.3. Charakter wspólnie wykorzystywanych wyników działalności badawczo-rozwojowej	140
4.5.4. Sposób realizacji zamówień w specjalizacji	141
4.6. Klauzule niedozwolone	141
4.6.1. Porozumienia specjalizacyjne	141
4.6.3. Porozumienia badawczo-rozwojowe	142
4.6.4. Obowiązki rozporządzenia	144
5. Podsumowanie	145
Rozporządzenie KE nr 2658/2000 – wyłączenie dla porozumień specjalizacyjnych	146
Rozporządzenie KE nr 2659/2000 – wyłączenie dla porozumień badawczo-rozwojowych	151
Wytyczne KE w sprawie stosowania art. 81 ust. 3 TWE do horyzontalnych porozumień kooperacyjnych	158
Rozporządzenie RM z 2007 r. – wyłączenie porozumień specjalizacyjnych i badawczo-rozwojowych	193

WYŁĄCZENIA POROZUMIENÍ WERTYKALNYCH

Wyłączenie grupowe dla porozumień wertykalnych (Ewelina Dorota Sage)	197
1. Rozwój wyłączeń grupowych dla porozumień wertykalnych we Wspólnocie Europejskiej	197
2. Wyłączenie grupowe dla ograniczeń wertykalnych na podstawie rozporządzenia 2790/1999	199
2.1. Proces reformy lat 90-tych	199
2.2. Rozporządzenie 2790/1999	201
3. Wyłączenie wertykalne na podstawie uokik z 2000 r.	203
3.1. Podstawy wydania krajowego wyłączenia wertykalnego	203
3.2. Polskie wyłączenie wertykalne 2002 r.	204
4. Zasadność wydania rozporządzenia w sprawie wyłączenia grupowego dla porozumień wertykalnych na gruncie uokik z 2007 r.	206
4.1. Uwagi ogólne	206
4.2. Generalne przesłanki zasadności wyłączenia wertykalnego	206
4.3. Przesłanki zasadności krajowego wyłączenia wertykalnego	209
5. Zakres przedmiotowy wyłączenia wertykalnego z 2007 r.	210
5.1. Zakres przedmiotowy rozporządzenia v. przedmiot wyłączenia	210
5.2. Ogólne ograniczenia zasięgu przedmiotowego wyłączenia wertykalnego	211
5.3. Szczególne ograniczenia i rozszerzenia zakresu przedmiotowego polskiego rozporządzenia	216
5.4. Kategorie porozumień podlegających wyłączeniu wertykalnemu	219
5.4.1. Uwagi ogólne	219
5.4.2. Dystrybucja wyłączna	220
5.4.3. Dystrybucja selektywna	222
6. Warunki wyłączenia wertykalnego w świetle rozporządzenia z 2007 r.	226
6.1. Dwa rodzaje warunków wyłączenia	226
6.2. Próg udziału w rynku	227

6.3. Jakościowe warunki wyłączenia (klauzule niedozwolone)	230
7. Podsumowanie i wnioski	238
Dystrybucja selektywna na gruncie polskich i wspólnotowych regulacji prawa konkurencji (Konrad Kohutek)	240
1. Pojęcie dystrybucji selektywnej; reżim prawny	240
2. Poszerzenie zakresu przedmiotowego pojęcia dystrybucji selektywnej w prawie polskim	242
3. Warunki zgodności z prawem konkurencji porozumień dystrybucji selektywnej	242
3.1. Uwagi ogólne	242
3.2. Dystrybucja selektywna oparta na kryteriach jakościowych	243
3.2. Dystrybucja selektywna oparta na kryteriach ilościowych lub mieszanych	246
3.2.1. Dystrybucja selektywna oparta na kryteriach ilościowych	246
3.2.2. Dystrybucja selektywna oparta na kryteriach mieszanych	247
4. Klauzule antykonkurencyjne w systemach dystrybucji selektywnej	248
4.1. Uwagi ogólne	248
4.2. Ograniczenie sprzedaży na rzecz ostatecznych użytkowników	249
4.3. Ograniczenie dostaw wzajemnych	250
4.4. Ograniczenie odsprzedaży towarów objętych porozumieniem dystrybutorom nienależącym do tego systemu	252
5. Podsumowanie	252
Rozporządzenie KE nr 2790/1999 – wyłączenie dla porozumień wertykalnych ...	255
Wytyczne KE w sprawie stosowania art. 81 ust. 3 TWE do porozumień wertykalnych	262
Rozporządzenie RM z 2007 r. – wyłączenie porozumień wertykalnych	309

WYŁĄCZENIA POROZUMIEŃ SAMOCHODOWYCH

Wyłączenie grupowe dla porozumień wertykalnych w sektorze motoryzacyjnym (Piotr Dębowski, Tadeusz Skoczny)	313
1. Rozwój wyłączeń grupowych dla porozumień wertykalnych w sektorze motoryzacyjnym we Wspólnocie Europejskiej	313
2. Aktualnie obowiązujące wyłączenie grupowe dla porozumień wertykalnych w sektorze motoryzacyjnym we WE (rozporządzenie 1400/2002)	318
2.1. Uwagi ogólne	318
2.2. Zakres przedmiotowy i podmiotowy	319
2.3. Warunki ogólne stosowania wyłączenia grupowego	321
2.4. Warunki szczególne	322
2.5. Klauzule niedozwolone (czarne)	323
2.6. Możliwość cofnięcia i niezastosowania przywileju wyłączenia grupowego ..	326
3. Zasadność wydania polskiego wyłączenia	327
3.1. Uwagi wstępne	327
3.2. Zakres wyłączenia	328
3.2.1. Porozumienia wertykalne	328
3.2.2. Porozumienia wertykalne w sektorze dystrybucji i serwisu pojazdów samochodowych	330

3.3. Warunki dopuszczalności wyłączenia	332
3.3.1. Podstawowy warunek wyłączenia	332
3.3.2. Pozostałe warunki wyłączenia	335
4. Klauzule dozwolone	339
5. Klauzule niedozwolone	342
5.1. Uwagi wstępne	342
5.2. Niestosowanie się rozporządzenia do porozumień zawierających klauzule czarne	343
5.3. Klauzule niedozwolone niepodlegające wyłączeniu	345
6. Okres wyłączenia	346
7. Uwagi końcowe	347
Rozporządzenie KE nr 1400/2002 – wyłączenie dla porozumień wertykalnych w sektorze motoryzacyjnym	348
Rozporządzenie RM z 2003 r. – wyłączenie dla porozumień wertykalnych w sektorze pojazdów samochodowych	363

WYŁĄCZENIA POROZUMIEŃ TRANSFERU TECHNOLOGII

Wyłączenia grupowe dla porozumień transferu technologii

(Dawid Miąsik)	371
1. Istota porozumień transferu technologii	371
2. Wyłączenia porozumień transferu technologii w prawie wspólnotowym	373
2.1. Kształtowanie się regulacji wyłączających porozumienia transferu technologii w prawie wspólnotowym	373
2.2. Ewolucja wspólnotowych regulacji wyłączających porozumienia transferu technologii	381
2.3. Współczesne wspólnotowe regulacje wyłączające porozumienia transferu technologii	384
2.3.1. Rozporządzenie 772/2004	384
2.3.2. Wytyczne w sprawie transferu technologii	385
3. Wyłączenie grupowe transferu technologii w prawie polskim do 2007 r. ...	386
3.1. Kształtowanie się regulacji wyłączających porozumienia kooperacyjne w prawie krajowym	386
3.2. Rozporządzenie Rady Ministrów z 2002 r.	387
4. Rozporządzenie Rady Ministrów z 2007 r.	389
4.1. Uzasadnienie dla wydania i modyfikacji nowej regulacji wyłączającej ...	389
4.2. Przedmiot wyłączenia	395
4.3. Warunki zastosowania wyłączenia	398
4.3.1. Wielkość udziału w rynku	398
4.3.2. Przekroczenie progu udziału w rynku	400
4.3.3. Obliczanie udziału w rynku	400
4.4. Jakościowe warunki wyłączenia	400
4.4.1. Porozumienia transferu technologii między konkurentami	401
4.4.2. Porozumienia transferu technologii między przedsiębiorcami niebędącymi konkurentami	404
4.4.3. Klauzule niekorzystające z wyłączenia	406
4.5. Obowiązywanie rozporządzenia	407
5. Podsumowanie	408

Rozporządzenie KE nr 772/2004 – wyłączenie porozumień o transferze technologii	409
Wytoczne KE w sprawie stosowania art. 81 ust. 3 TWE do porozumień o transferze technologii.....	417
Rozporządzenie RM z 2007 r. – wyłączenie dla porozumień dotyczących transferu technologii.....	465

WYŁĄCZENIA POROZUMIENÍ KOORERACJI UBEZPIECZENIOWEJ

Wyłączenie grupowe dla porozumień kooperacyjnych w sektorze ubezpieczeń (Rafał Stankiewicz).....	469
1. Zagadnienia wstępne	469
1.1. Ochrona konkurencji a zakaz porozumień ograniczających konkurencję.....	469
1.2. Zakaz praktyk ograniczających konkurencję w kontekście funkcjonowania sektora ubezpieczeniowego	470
2. Regulacje wtórnego prawa ochrony konkurencji w zakresie ochrony konkurencji w sektorze ubezpieczeń	472
2.1. Pierwsze akty wspólnotowe.....	472
2.2. Podstawowe założenia rozporządzenia Komisji 358/2003	474
2.2.1. Uwagi wstępne	474
2.2.2. Szczegółowe postanowienia rozporządzenia 358/2003.....	475
2.2.2.1. Uwagi wstępne.....	475
2.2.2.2. Warunki wyłączenia poszczególnych rodzajów porozumień w sektorze ubezpieczeniowym.....	476
2.3. Debata nad przyszłością wyłączenia grupowego porozumień w sektorze ubezpieczeń we wspólnocie Europejskiej	477
3. Polskie prawo ochrony konkurencji a kooperacja przedsiębiorców prowadzących działalność ubezpieczeniową	480
3.1. Rozporządzenie wyłączające z 2002 r.	480
3.2. Zasadność utrzymania wyłączenia grupowego dla polskiego sektora ubezpieczeń po uchwaleniu nowej uokik w 2007 r.	481
3.3. Rozporządzenie wyłączające z 2007 r.	485
4. Charakterystyka szczegółowa rozwiązań rozporządzenia wyłączającego z 2007 r.	487
4.1. Wyłączenie porozumień kooperacyjnych w zakresie kalkulacji przeciętnego kosztu ubezpieczenia rodzajów ryzyka i tabel wskaźników występowania zdarzeń losowych.....	487
4.1.1. Zasadność umieszczenia rodzajowego wyłączenia.....	487
4.1.2. Zakres wyłączenia w prawie polskim.....	488
4.1.3. Warunki wyłączenia	489
4.2. Wyłączenie porozumień kooperacyjnych w zakresie wspólnych badań	490
4.2.1. Zasadność wprowadzenia wyłączenia i jego redakcja.....	490
4.2.2. Zakres wyłączenia.....	491
4.3. Wyłączenie dla porozumień kooperacyjnych w zakresie standardów ogólnych warunków ubezpieczenia	491
4.3.1. Zasadność wprowadzenia wyłączenia.....	491

4.3.2. Zakres i warunki wyłączenia.....	491
4.4. Wyłączenie dla porozumień dotyczących wspólnych modeli przedstawiających zyski.....	493
4.4.1. Zasadność wyłączenia.....	493
4.4.2. Zakres wyłączenia.....	493
4.4.3. Warunki wyłączenia.....	493
4.5. Wyłączenie dla grup reasekuracyjnych i koreasekuracyjnych.....	493
4.5.1. Zasadność wyłączenia.....	493
4.5.2. Definicja grupy koasekuracyjnej oraz grupy koreasekuracyjnej..	494
4.5.3. Zróżnicowane podejście regulacji prawnej do rozmaitych typów porozumień.....	495
4.5.3.1. Porozumienia zawierane celem wspólnego ubezpieczania się od tzw. nowych rodzajów ryzyka.....	495
4.5.3.2. Pozostałe porozumienia zawierane celem wspólnego ubezpieczania się.....	495
4.5.4. Warunki zastosowania wyłączenia.....	496
4.6. Wyłączenie dla kooperacji w zakresie badania i akceptacji urzędzeń zabezpieczających.....	498
4.6.1. Zasadność wyłączenia.....	498
4.6.2. Warunki wyłączenia.....	498
5. Podsumowanie.....	498
5.1. Początki dyskusji w UE o zasadności utrzymania rozporządzenia wyłączającego w sektorze ubezpieczeń.....	498
5.1.1. Przygotowanie tzw. Dokumentu Dyskusyjnego.....	498
5.1.2. Uwagi Komisji w przedmiocie wykorzystania poszczególnych kategorii wyłączeń.....	500
5.2. Przyszłość polskiego rozporządzenia wyłączającego w sektorze ubezpieczeń.....	502
Rozporządzenie KE nr 358/2004 – wyłączenie porozumień w sektorze ubezpieczeniowym.....	503
Rozporządzenie RM z 2007 r. – wyłączenie dla porozumień zawieranych między przedsiębiorcami prowadzącymi działalność ubezpieczeniową.....	514

WYŁĄCZENIA POROZUMIEŃ ŻEGLUGOWYCH

Wyłączenie grupowe dla porozumień w transporcie morskim (Małgorzata Anna Nesterowicz, Iwona Żużewicz-Wiewiórska).....	520
1. Wprowadzenie.....	520
2. Konferencje żeglugowe.....	521
2.1. Podstawa prawna.....	521
2.2. Rozporządzenie 4056/86.....	523
2.3. Rozporządzenie 1419/2006.....	525
2.4. Projekt wytycznych w sprawie stosowania art. 81 Traktatu WE w sektorze usług transportu morskiego.....	526
3. Konsorcja liniowe.....	528
3.1. Definicja.....	528
3.2. Podstawa prawna.....	528
3.3. Rozporządzenie 870/95.....	529

3.4. Rozporządzenie 823/2000	530
3.4.1. Uwagi ogólne	530
3.4.2. Działania objęte wyłączeniem grupowym	531
3.4.3. Warunki obciążające wyłączenie	532
3.4.4. Możliwości cofnięcia przywileju wyłączenia	534
3.4.5. Okres obowiązywania wyłączenia	534
3.5. Nowelizacje rozporządzenia 823/2000	534
3.5.1. Nowelizacja na mocy rozporządzenia 463/2004	534
3.5.2. Nowelizacja na mocy rozporządzenia 611/2005	535
4. Uwagi końcowe	535
Rozporządzenie KE nr 823/2000 znowelizowane rozporządzeniami nr 463/2004 oraz nr 611/2005 – wyłączenie porozumień między przedsiębiorstwami żeglugi liniowej	537

WYŁĄCZENIE POROZUMIENŃ LOTNICZYCH

Wygaśnięcie wyłączeń grupowych dla porozumień w transporcie lotniczym (Tadeusz Skoczny)	547
1. Wprowadzenie	547
2. Lotnicze wyłączenia grupowe	550
2.1. Rozporządzenie kompetencyjne 3976/87	550
2.2. Wyłączenia spod zakazu porozumień ograniczających konkurencję w transporcie między portami lotniczymi we Wspólnocie Europejskiej	551
2.3. Wyłączenie spod zakazu porozumień ograniczających konkurencję w transporcie między portami lotniczymi we Wspólnocie a portami lotniczymi krajów trzecich	555
3. Podsumowanie	556

ZAGADNIENIA KOŃCOWE

Wyłączenia grupowe i ich stosowanie w państwach członkowskich UE – stan obecny i perspektywy (Agata Jurkowska, Tadeusz Skoczny)	558
1. Uwagi wstępne	558
2. Kształtowanie wyłączeń grupowych w innych (poza Polską) państwach członkowskich UE	558
3. Stosowanie wspólnotowych wyłączeń grupowych w państwach członkowskich	561
4. Perspektywa rozwoju regulacji wyłączających grupowo	562
Notki o autorach	567
Podstawowa literatura	569

Od redaktorów

1. Oddajemy do rąk Czytelników drugą publikację z serii „Studia i Monografie Antymonopolowe i Regulacyjne”, powstałą w ramach prac Centrum Studiów Antymonopolowych i Regulacyjnych (CSAiR) Wydziału Zarządzania Uniwersytetu Warszawskiego (WZ UW). CSAiR ma na celu stworzenie platformy efektywnej współpracy naukowej, dydaktycznej i doradczej pracowników WZ UW zajmujących się problematyką antymonopolową i regulacyjną oraz innych środowisk naukowych, gospodarczych i administracyjnych zainteresowanych tą tematyką. CSAiR powinno być odpowiedzią na wyzwania i oczekiwania praktyki gospodarczej i władzy publicznej, kierowane pod adresem środowisk naukowych z zakresu prawa, ekonomii i zarządzania, w sprawie dostarczenia badawczo ugruntowanych diagnoz i prognoz służących racjonalizacji decyzji władz antymonopolowych i regulacyjnych oraz przedsiębiorstw poddanych nadzorowi antymonopolowemu i niezależnej regulacji sektorowej.

2. Niniejsza publikacja jest finalnym rezultatem rozpoczętego w 2007 r. projektu, którego celem badawczym była poznawcza analiza istoty i zakresu wyłączeń spod zakazu porozumień ograniczających konkurencję we Wspólnocie Europejskiej i w Polsce, a celem rozwojowym – udzielenie naukowo zracjonalizowanej odpowiedzi na pytanie, czy polskie wyłączenia grupowe spod zakazu porozumień ograniczających konkurencję wymagają odnowienia po upływie terminu ich ważności, a jeżeli tak, to czy i w jakim zakresie winny być one zmienione.

Naukowa racjonalizacja odpowiedzi na ww. pytania wymagała przeprowadzenia następujących badań i analiz:

- a) uwarunkowań wynikających ze zmian w ustawodawstwie wspólnotowym (głównie w przypadku wyłączeń dla porozumień służących transferowi technologii i kooperacji w ubezpieczeniach); było to szczególnie ważne w przypadku tych dwóch rozporządzeń polskich, jako że straciły moc prawną najwcześniej (31.07.2007 r.);
- b) doświadczeń orzecznictwa wspólnotowego i polskiego;
- c) rozwiązań i doświadczeń innych państw członkowskich UE, w tym nowych członków;
- d) ekonomicznych podstaw i uzasadnień takich wyłączeń, głównie w kontekście postępującej ekonomizacji stosowania prawa ochrony konkurencji.

Założono, że na pytania te zostaną udzielone odpowiedzi pozytywne, a w rezultacie możliwe będzie zrealizowanie także celu wdrożeniowego projektu, a mianowicie opracowanie założeń nowych lub zmienionych rozporządzeń wyłączających Rady Ministrów.

Zasadnicza część projektu realizowana była na podstawie dwóch zleceń udzielonych CSAiR przez b. (Cezarego Banasińskiego) i obecnego (Marka Niechciała) Prezesów Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów (UOKiK). W rezultacie realizacji tych zleceń Prezesowi UOKiK przedłożone zostały dwa raporty badawcze oraz założenia czterech rozporządzeń Rady Ministrów wyłączających spod zakazu porozumień ograniczających konkurencję określone: (a) porozumienia specjalizacyjne i badawczo-rozwojowe, (b) porozumienia wertykalne, (c) porozumienia transferu technologii oraz (d) porozumienia zawierane między towarzystwami ubezpieczeniowymi.

Prezentowana książka wychodzi jednak poza problematykę ww. wyłączeń grupowych, ustanowionych na gruncie nowej ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów z 2007 r. Obejmuje bowiem także wyłączenia porozumień wertykalnych zawieranych w sektorze pojazdów samochodowych, które ustanowiło rozporządzenie Rady Ministrów wydane na gruncie

ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów z 2000 r. Wreszcie, w książce zamieszczono opracowania dotyczące niewystępujących w prawie polskim wyłączeń porozumień zawieranych w żegludze morskiej i w transporcie lotniczym. Aby wzmocnić walory praktyczne książki, zamieszczono w niej także wybrane fragmenty lub pełne teksty wspólnotowych i polskich aktów normatywnych, w tym wspólnotowych i polskich rozporządzeń wyłączających, oraz wspólnotowych wytycznych ich stosowania¹.

3. Praca ukazuje ewolucję i aktualny kształt prawny wspólnotowych i polskich wyłączeń grupowych jako podstawowego instrumentu normatywnej relatywizacji zakazu porozumień ograniczających konkurencję. Wyłączenia grupowe „drugiej generacji” (poczynając od wyłączenia wertykalnego ustanowionego rozporządzeniem 2790/1999) są konfrontowane z kształtującym się współcześnie modelem stosowania zakazów praktyk ograniczających konkurencję (bazującym na wspólnotowym rozporządzeniu 1/2003 i polskich ustawach o ochronie konkurencji i konsumentów z 2000 i 2007 r.). Dominować ma w nim zasada samooceny przez przedsiębiorstwa nie tylko przestrzegania zakazów tych praktyk (w tym art. 81 ust. 1 TWE oraz art. 6 ust. 1 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów z 2007 r.), lecz także spełniania warunków podlegania legalnym wyjątkom spod zakazu porozumień ograniczających konkurencję (art. 81 ust. 3 TWE oraz art. 8 ust. 1 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów z 2007 r.). W modelu tym powinna wzrosnąć rola prywatnoprawnego stosowania zakazów praktyk ograniczających konkurencję, a normatywne wyłączenia grupowe zajmować będą raczej ograniczone miejsce.

4. Podstawową część zespołu autorskiego niniejszej publikacji stanowili uczestnicy projektu badawczo-wdrożeniowego realizowanego na zlecenie Prezesa UOKiK: prof. Tadeusz Skoczny (kierownik Zakładu Europejskiego Prawa Gospodarczego WZ UW i CSAiR), dr Agata Jurkowska (adiunkt w Zakładzie Europejskiego Prawa Gospodarczego WZ UW), dr Dawid Miąsik (adiunkt w Zespole Prawa Konkurencji Instytutu Nauk Prawnych PAN, członek Biura Studiów i Analiz Sądu Najwyższego), dr Rafał Stankiewicz (adiunkt w Katedrze Prawa Administracyjnego i Postępowania Administracyjnego Instytutu Nauk Administracyjnych Wydziału Prawa i Administracji UW) oraz Ewelina Dorota Sage, Ph.D. (Oxon) (Bicester, Wielka Brytania). Autorami pozostałych opracowań są: dr Konrad Kohutek (współpracownik Polsko-Niemieckiego Centrum Prawa Bankowego przy Uniwersytecie Jagiellońskim; wykładowca w Krakowskiej Szkole Wyższej im. A. Frycza-Modrzewskiego) oraz dr Małgorzata Anna Nesterowicz (prawnik w Europejskiej Agencji Bezpieczeństwa Morskiego w Lizbonie) i dr Iwona Żużewicz-Wiewiórowska (adiunkt w Katedrze Prawa Morskiego Wydziału Prawa i Administracji Uniwersytetu Gdańskiego). Wszyscy ci autorzy są Członkami Zwyczajnymi, Członkami Stowarzyszonymi lub Stałymi Współpracownikami CSAiR.

Mamy nadzieję, że publikowana książka będzie pożytecznym wzbogaceniem bibliotek instytucji i osób zajmujących się ochroną konkurencji.

Warszawa, 1 maja 2008 r.

*Dr Agata Jurkowska
Dr hab. Tadeusz Skoczny, prof. UW*

¹ Nie zamieszczono w niej tylko „*Distribution and Servicing of Motor Vehicles in the European Union. Commission Regulation (EC) No 1400/2002 of 31 July 2002 on the application of Article 81(3) of the Treaty to categories of vertical agreements and concerted practices in the motor vehicle sector. Explanatory brochure*” (http://europa.eu.int/comm/competition/car_sector/distribution). Dokument ten jest opublikowany w tłumaczeniu na język polski na stronie internetowej: www.ekspert.org.pl/dokumenty/EXPL_PL.PDF; jest to jednak tłumaczenie nieoficjalne i niezwyfikowane terminologicznie.

From the Editors

1. We present you with the second publication from the series 'Studies and Monographs on Antitrust and Regulation' created within the framework of the activities of the Centre for Antitrust and Regulatory Studies (CSAiR), which is part of the Warsaw University School of Management (WU SM). The aim of CSAiR is to create a platform for academic and advisory cooperation between research fellows of the WU SM and other academic, business and government communities interested in antitrust and regulatory issues. The activities of CSAiR are intended to be a response to the questions, challenges and expectations presented to the research community in the field of law, economics and management by public authorities as well as the market. In this respect CSAiR's function is to provide the authorities and undertakings subject to antitrust control or sector-specific regulation with thoroughly researched, evidence based analysis, both diagnostic and prognostic, with the purpose of optimizing the quality of antitrust and regulatory decisions.

2. This publication is the final result of an extensive research project commenced by CSAiR in 2007 concerning the existence, validity and necessity of issuing block exemptions from the prohibition of anticompetitive agreements. The primary research goal of this project was to carefully analyze the essence and scope of existing EU and Polish block exemptions and to give an academically sound answer to the question if there is indeed a need in Poland to issue new block exemptions once the current ones expire and if so, if and in what way should they be revised.

To answer these questions following issues were analysed:

- a) implications for Poland deriving from continuing changes in EU law; this issue was particularly important in relation to the block exemptions for technology transfer agreements and cooperation agreements in the insurance sector as the correspondent Polish acts were the first to expire (31.07.2007);
- b) experiences gathered from EU and Polish case law;
- c) solutions employed by other EU member states and in particular, new members;
- d) economic grounds for block exemptions in particular, in light of increasing economisation of competition policy.

The project was conducted on the assumption that the above questions will be answered in the affirmative. This would also allow the fulfilment of the project's practical goal, namely the preparation of new draft block exemption regulations for the Polish Council of Ministers.

For the most part the research project was conducted on the basis of two formal contracts commissioned by the last (Cezary Banasiński) and current (Marek Niechciał) President of the Polish Office for Competition and Consumer Protection (UOKiK). As a result of the research project conducted by CSAiR the President of the UOKiK was presented with two extensive research reports as well as four draft block exemption regulations concerning: (a) R&D agreements, (b) vertical agreements, (c) technology transfer agreements and (d) agreements between insurance companies.

This publication goes however beyond that covering not only the new Polish block exemptions, which are based on the most recent Polish Law on Competition and Consumer Protection of 2007 but also the block exemption for vertical agreements in the motor vehicle sector, which is based on the older Law on Competition and Consumer Protection of 2000. Included in this book is also an analysis of EU block exemptions for agreements concerning maritime and air transport that have no equivalent in Polish legislation. For practical reasons, the reader is also provided with the official text of some of the key EU and Polish laws in this field including the relevant block exemptions and Commission's notices that support them.

3. The publication illustrates the evolution and current state of the EU and Polish block exemptions (considered to be the basic tool for making the prohibition of anticompetitive agreements relative by way of normative acts). Second generation block exemptions, the first of which was the vertical agreements exemption 2790/1999, are confronted here with the fundamentally revised treatment of the prohibition of anti-competitive practices (deriving from the EU Regulation 1/2003 and the Polish Laws on Competition and Consumer Protection of 2000 and 2007) which is based on self assessment not only of the question whether or not the prohibition is being observed (art. 81(1) of the Treaty – art. 6(1) of the Polish Law on Competition and Consumer Protection of 2007) but also whether the conditions for exemptions are met (art. 81(3) of the Treaty – art. 8(1) of the Polish Law on Competition and Consumer Protection 2007). This new legal model provides for a lessening role of normative block exemptions while strengthening the role of private enforcement of the prohibition.

4. Most of the authors featured in this publication have participated in the research project commissioned by the President of the UOKiK. They include: prof. Tadeusz Skoczny (head of the Department of European Economic Law and Director of CSAiR, WU SM), dr Agata Jurkowska (lecturer, Department of European Economic Law, WU SM), dr Dawid Miąsik (lecturer, Competition Law Department, Institute of Legal Science of the Polish Academy of Science; Member of the Studies and Analysis Bureau of the Supreme Court), dr Rafał Stankiewicz (lecturer, Chair of Administrative Law and Administrative Proceedings of the Institute of Administrative Sciences, Faculty of Law and Administration, University of Warsaw) and Ewelina D. Sage, D. Phil (Oxon) (legal consultant, Bicester, Great Britain). Other authors include: dr Konrad Kohutek (member of the Polish-German Centre for Banking Law, Jagiellonian University in Cracow; lecturer in A. Frycz-Modrzewski Cracow High School), dr Małgorzata Anna Nesterowicz (legal officer, European Maritime Safety Agency in Lisbon) and dr Iwona Zużewicz-Wiewiórowska (lecturer, Chair for Maritime Law of the Faculty of Law and Administration, University of Gdańsk). All authors are Regular Members, Associate Members or Permanent Cooperators of CSAiR.

Warsaw, 1.05.2008.

*Dr Agata Jurkowska
Prof. Tadeusz Skoczny*

Wykaz skrótów

b.	były/a/e
B+R	badania i rozwój (prace rozwojowe)
BLR	Business Law Review
CMLR	Common Market Law Review
d.	dawny/a/e; dalsze
dec.	decyzja
DG	Dyrekcja Generalna KE
Dz. U.	Dziennik Ustaw (RP)
Dz.Urz.	Dziennik Urzędowy (WE/UE)
EBLR	European Business Law Review
EC CPN	EC Competition Policy Newsletter
ECLR	European Competition Law Review
EIPR	European Intellectual Property Review
ELJ	European Law Journal
ELRev.	European Law Review
EOG	Europejski Obszar Gospodarczy
EPS	Europejski Przegląd Sądowy
ETS	Europejski Trybunał Sprawiedliwości
EuZW	Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht
EWG	Europejska Wspólnota Gospodarcza
EWWiS	Europejska Wspólnota Węgla i Stali
IPQ	Intellectual Property Quarterly
JMM	Journal de la Marine Marchande
k.c.	Kodeks cywilny
KE	Komisja Europejska
k.p.a.	Kodeks postępowania administracyjnego
k.p.c.	Kodeks postępowania cywilnego
KPPubl.	Kwartalnik Prawa Publicznego
m.zd.	moim zdaniem
par.	paragraf – nieoznaczona cyfrowo jednostka artykułu TEWG/TWE
PE	Parlament Europejski
PiP	Państwo i Prawo
PPE	Przegląd Prawa Europejskiego
PPH	Przegląd Prawa Handlowego
PUE	Prawo Unii Europejskiej
PUG	Przegląd Ustawodawstwa Gospodarczego
RM	Rada Ministrów
RP	Rzeczpospolita Polska
SA	Sąd Apelacyjny

SAM	Sąd Antymonopolowy
SN	Sąd Najwyższy
SOKiK	Sąd Ochrony Konkurencji i Konsumentów
SPI	Sąd Pierwszej Instancji WE
tekst jedn.	tekst jednolity
TEWG	Traktat ustanawiający Europejską Wspólnotę Gospodarczą
TS	Trybunał Sprawiedliwości Wspólnot Europejskich
TWE	Traktat ustanawiający Wspólnotę Europejską
TEWWiS	Traktat ustanawiający Europejską Wspólnotę Węgla i Stali
UA	Urząd Antymonopolowy
UE	Unia Europejska
uokik z 2000/2007	ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów z 2000/2007 r.
UOKiK	Urząd Ochrony Konkurencji i Konsumentów
WuW	Wirtschaft und Wettbewerb
wyr.	wyrok
Zb. Orz.	Zbiór orzeczeń Trybunału Sprawiedliwości Wspólnot Europejskich (ECR)

ZAGADNIENIA OGÓLNE

Agata Jurkowska
Tadeusz Skoczny

Wyłączenia grupowe spod zakazu porozumień ograniczających konkurencję we wspólnotowym i polskim prawie ochrony konkurencji

1. Uwagi wstępne

1. Wolność konkurencji (konkurowania) jest **elementem wolności gospodarczej**, ale ma też **tendencje do samoograniczania się** (kartelizacji, nadużywania władzy rynkowej, nadmiernej koncentracji) – może nawet doprowadzić do swego **samounicestwienia** (monopolu). Wolna, a właściwie **skuteczna konkurencja** (*effective competition*), jej zdolność do pełnienia swoich funkcji (*workable competition, funktionsfähiger Wettbewerb*), czyli **mechanizm** (instytucja) **konkurencji**, a nie interesy konkurentów¹, **wymaga** więc **publicznoprawnej ochrony**². Współcześnie dokonuje się jej w drodze bądź to **zakazów praktyk ograniczających konkurencję** – kolektywnych (porozumień, w tym kartelowych) i jednostronnych (nadużywania władzy rynkowej), bądź to **prewencyjnej kontroli**, w szczególności koncentracyjnych działań przedsiębiorców. Z mocy powszechnie obowiązujących aktów prawnych **zakazy** praktyk ograniczających konkurencję mają – co do zasady – **charakter bezwzględny** (bezwarunkowy)³ lub **względny** (warunkowy)⁴.

¹ Zob. wyrok TS w sprawie 26/76 *Metro I* (Zb. Orz. 1977, 1875). Zob. szerzej T. Skoczny, *Podstawy i zakres wspólnotowego prawa konkurencji*, w: *Prawo UE. Prawo materialne i polityki*, red. J. Barcz, wyd. 2, Wydawnictwo Prawo i Praktyka Gospodarcza, Warszawa 2005, s. II-328.

² Zob. O. Schlecht, *Grundlagen der sozialen Marktwirtschaft*, J.C.B. Mohr (Paul Siebeck), Tübingen 1990, passim.

³ Zob. art. 1 i 2 Sherman Act 1890 (15 U.S.C. §§ 1–7); art. 82 TWE; art. 8 ustawy z dnia 15 grudnia 2000 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (tekst jedn. Dz. U. z 2005 r., nr 244, poz. 2080 z późn. zm.), cyt. dalej jako uokik z 2000 r., która uchyliła ustawę z dnia 24 lutego 1990 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (tekst jedn. Dz. U. z 1999 r., nr 52, poz. 547, zm. Dz. U. z 2000 r., nr 31, poz. 381; Dz. U. z 2000 r., nr 60, poz. 704), dalej: ustawa antymonopolowa z 1990 r.; art. 9 ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (Dz. U. z 2007 r., nr 50, poz. 331; zm. nr 99, poz. 660; nr 171, poz. 1206); cyt. dalej jako uokik z 2007 r., uokik lub ustawa.

⁴ Zob. np. § 1 des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB) – Bekanntmachung der Neufassung vom 26.08.1998 – Inkrafttreten: 1.01.1999 (BGBl. I, S. 2546); art. 81 TWE; zob. szerzej T. Skoczny, *Zakazy praktyk ograniczających konkurencję*, w: *Prawo UE. Prawo materialne i polityki*, op. cit., s. 193 i nast.; art. 5–7 uokik z 2000 r. i art. 6–8 uokik z 2007 r.

2. Rzeczywisty zakres tych zakazów i ich stosowania nie jest ani stały, ani identyczny w każdym porządku prawnym. W większości z nich, w drodze różnorodnych działań organów tworzących prawo i organów je stosujących, trwa nieustanne **poszukiwanie optymalnych granic ingerencji publicznej** dla zapewnienia warunków funkcjonowania niezakłóconej konkurencji, prowadzącej do optymalizacji efektywności działalności gospodarczej, dającej najwyższy poziom zaspokojenia tzw. dobrobytu konsumentów (*consumer welfare*), przede wszystkim przez oferowanie najlepszych produktów, po najniższej cenie⁵. Chodzi o granice interwencji **koniecznej i wystarczającej** zarazem, czyli takiej, w której **ograniczenie wolności gospodarczej** uzasadnione tymi wymogami **nie wykracza poza potrzebę**.

Wytyczanie granic zastosowania (obowiązywania) **zakazów praktyk ograniczających konkurencję** dokonuje się **za pomocą** kombinacji różnorodnych **instrumentów prawnych**, których rolą jest możliwie jasne i precyzyjne **określenie trzech rodzajów (obszarów) praktyk (działań) przedsiębiorstw (przedsiębiorców) objętych** – przez tzw. normy sankcjonowane – **zakazami praktyk ograniczających konkurencję**:

- a) praktyk, które są zakazane – tak bezwzględnie, jak i względnie – i których stosowanie oznacza naruszenie zakazu i pociąga za sobą ich sankcjonowanie;
- b) praktyk, które są zakazane i których stosowanie oznacza naruszenie zakazu – tak bezwzględnego, jak i względnego – ale nie pociąga za sobą sankcjonowania tego naruszenia;
- c) praktyk, które są zakazane, ale których stosowanie nie oznacza naruszenia zakazu – tu tylko względnego – i nie pociąga za sobą ich sankcjonowania.

Inaczej mówiąc, **zakaz bezwzględny**, jeżeli jest naruszony przez określone praktyki, podlega sankcjonowaniu, chyba że organ stosujący prawo uzna za racjonalne, żeby odstąpić od sankcjonowania tego naruszenia. Stosowanie określonych praktyk może natomiast nie naruszać **zakazu względnego**, gdyż mogą one podlegać wyjątkom (wyłączeniom) spod tego zakazu, mającym swoją podstawę bezpośrednio w normach sankcjonowanych lub w aktach stosowania prawa.

3. W polskiej doktrynie podjęto już kilka prób wyjaśnienia istoty tych instrumentów. Najwcześniejszą jest **koncepcja relatywizacji** zakazu praktyk (głównie porozumień) ograniczających konkurencję **i/lub racjonalizacji** ich stosowania⁶. W koncepcji tej założono, że **relatywizacja zakazu praktyk ograniczających** polega na uszczegółowieniu przedmiotowych granic obowiązywania tego zakazu w drodze aktów stanowienia i/lub stosowania prawa przez wyznaczenie przesłanek i warunków, których spełnianie przez podejmowane dopiero (zamierzone) praktyki (w tym zawierane porozumienia) sprawi, że nie będą one stanowiły naruszenia zakazu. **Racjonalizacja zakazów praktyk ograniczających konkurencję** polega natomiast na następczym stwierdzeniu nienaruszenia zakazu przez praktyki (porozumienia) w sytuacji, gdy stosujące je przedsiębiorstwa (przedsiębiorcy) ocenią we własnym zakresie lub wykażą w postępowaniu przed organem stosowania prawa, że zakaz ten nie ma zastosowania do tych praktyk (porozumień) dlatego, że spełnia przesłanki (usprawiedliwiające) określone w normach obowiązującego prawa lub przez organy jego stosowania.

⁵ Zob. L. Kjølbbye, A. Nikpay, F. Faull, w: Faull & Nikpay, *The EC Law of Competition*, second edition, Oxford University Press, Oxford 2007, p. 292, 293. Zob. także wyrok SPI z dnia 27 sierpnia 2006 r. w sprawie T-168/01 *GlaxoSmithKline v. Komisja* (Zb. Orz. 2006, II-2969), pkt 118, 171.

⁶ Zob. T. Skoczny, *Instrumenty relatywizacji i racjonalizacji zakazów praktyk ograniczających konkurencję*, w: *Granice wolności gospodarczej w systemie społecznej gospodarki rynkowej* – księga jubileuszowa z okazji 40-lecia pracy naukowej prof. dr hab. Jana Grabowskiego, Katowice 2004, s. 249 i nast.

Koncepcję tę rozwija i uzupełnia M. Sachajko, który wyróżnia **instrumenty sankcjonowania i instrumenty wyłączenia sankcjonowania zakazów** praktyk ograniczających konkurencję i dzieli te drugie na dwie grupy: na instrumenty służące „**ograniczeniu zakresu zastosowania** zakazów praktyk ograniczających konkurencję” oraz instrumenty służące „**odstąpieniu od sankcjonowania naruszeń** zakazów praktyk ograniczających konkurencję”⁷. O ile T. Skoczny akcentuje przede wszystkim cel i moment wyłączenia sankcjonowania, M. Sachajko szczegółowo analizuje także jego źródła, formę prawną oraz okresy obowiązywania.

Natomiast E. Kosiński⁸, w książce specjalnie poświęconej „**środkom wytyczania prawnych granic zastosowania** ogólnych reguł konkurencji” (też głównie względnych zakazów praktyk ograniczających konkurencję), środki te dzieli na (całkowite i częściowe) „**wyłączenia** (ang. *exclusion*)” oraz (blokowe i indywidualne) „**zwolnienia** (ang. *exemption*)”⁹. Autorowi znana jest wprawdzie wskazana powyżej koncepcja relatywizacji i racjonalizacji zakazów praktyk ograniczających konkurencji, ale odwołuje się do niej w sposób każący sądzić, że mechanizmów (instrumentów) tych nie rozróżnia¹⁰.

4. Wyłączenia grupowe (group exemptions) spod zakazów porozumień ograniczających konkurencję, występujące we Wspólnocie Europejskiej (dalej Wspólnocie lub WE) i w Polsce, stanowią instrument „relatywizacji” (T. Skoczny) lub „ograniczenia zakresu zastosowania” (M. Sachajko) zakazu praktyk (porozumień) ograniczających konkurencję, czy „środek wytyczania prawnych granic zastosowania ogólnych reguł konkurencji” typu „zwolnienie” (E. Kosiński). Różnią się one zarówno od innych instrumentów relatywizacji (ograniczenia zakresu zastosowania) tych zakazów, w tym w szczególności od traktatowych lub ustawowych wyłączeń ich sankcjonowania¹¹ i wspólnotowych wyłączeń

⁷ W niepublikowanej jeszcze rozprawie doktorskiej pt. *Sankcjonowanie zakazów praktyk ograniczających konkurencję w prawie wspólnotowym i polskim* (maszynopis), zwłaszcza rozdz. I i in fine oraz rozdz. V.

⁸ E. Kosiński, *Rodzaje i zakres sektorowych wyłączeń zastosowania ogólnych reguł ochrony konkurencji*, Wydawnictwo Naukowe UAM, Poznań 2007, s. 103 i passim.

⁹ Autor odnotowuje, że będzie używał pojęcia „zwolnienie” – a nie „wyłączenie” – oraz „zwolnienie blokowe” – a nie „wyłączenie grupowe” – dlatego, że uważa je za „trafniejsze”. Zob. tamże, s. 105 (przypis 491).

¹⁰ Zdaniem E. Kosińskiego wyróżnione przezeń mechanizmy „można określić zbiorczo jako środki uprzedniej relatywizacji i racjonalizacji zakazów antymonopolowych” (tamże, s. 107). Autor zauważa także, że „[p]onad powyższe mechanizmy wprowadzania względności zakazów ochrony konkurencji wyodrębnić można środki relatywizujące i racjonalizujące zakazy następczo (*ex post facto*)” (tamże). Wreszcie, uważa on, że „[w] Polsce ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów z 2000 r. wprowadziła instytucję indywidualnej relatywizacji zakazu kartelowego *ex post* w swym art. 11 ust. 2” (tamże, s. 109).

¹¹ Nie jest przedmiotem rozważań w prezentowanej książce, aczkolwiek pośrednio również ma wpływ na ustalenie rzeczywistego zakresu zakazu kolektywnych i jednostronnych praktyk ograniczających konkurencję, traktatowe (w prawie wspólnotowym) lub ustawowe (np. w prawie polskim) całkowite wyłączenie (wykluczenie) lub częściowe ograniczanie zakresu zastosowania reguł konkurencji horyzontalnie (np. rynki pracy lub rynki gier hazardowych i losowych), sektorowo (w prawie wspólnotowym np. produkcja i handel bronią, amunicją i materiałami wojennymi, wyłączenie dla przedsiębiorstw użyteczności publicznej na podstawie art. 86 ust. 2 TWE) lub nawet podmiotowo (np. dla banku centralnego), zapewniając im swoisty immunitet do czasu liberalizacji, a nawet na stałe, jeżeli przesłanki takiej derogacji mają charakter trwałe. Tego rodzaju akceptacja ograniczania konkurencji może mieć podstawę w ustawodawstwie ochrony konkurencji albo w innych ustawach. Zob. A. Jurkowska, *O dylematach liberalizacji usług hazardowych na rynku wewnętrznym*, w: *Swoboda przepływu usług w Unii Europejskiej. Dylematy liberalizacji*, Wydawnictwo Wyższej Szkoły Informatyki i Zarządzania, Rzeszów 2007, s. 89–108; E. Kosiński, *Rodzaje i zakres sektorowych wyłączeń...*, op. cit., s. 213 i nast.; T. Skoczny, *Zakres i rozwój prawa konkurencji Wspólnoty Europejskiej*, w: *Prawo konkurencji Wspólnoty Europejskiej. Źródła*, t. 1: *Reguły generalne*, wybór i oprac. T. Skoczny, Wydawnictwo Naukowe WZ UW, Warszawa 2002, s. 19; T. Skoczny, *Sektorowe reguły konkurencji w prawie wspólnotowym*, w: *Prawo konkurencji WE. Źródła*, t. 2: *Reguły sektorowe*, wybór i oprac. T. Skoczny, Wydawnictwo Naukowe WZ UW, Warszawa 2002, s. 18.

indywidualnych, jak i od instrumentów „racjonalizacji” czy „odstąpienia od sankcjonowania” zakazów praktyk ograniczających konkurencję¹², które nie są przedmiotem rozważań niniejszej książki. Określenie istoty prawnej i zakresu wyłączeń grupowych będzie jednak łatwiejsze na tle ogólnej analizy rozwoju podstawowych instrumentów relatywizacji i racjonalizacji zakazów praktyk ograniczających konkurencję we Wspólnocie i w Polsce, ze szczególnym uwzględnieniem sytuacji w Polsce (pkt 2). Dopiero na tym tle przedstawione zostaną przesłanki (pkt. 3) i warunki (pkt 4) stosowania tych wyłączeń, a także szczegółowa analiza kształtowania się wyłączeń grupowych we Wspólnocie, w Polsce i w innych państwach członkowskich WE (pkt. 5–7) oraz reguły stosowania wyłączeń wspólnotowych w Polsce (pkt. 8). Podsumowanie stanowi próbę oceny przyszłego statusu wyłączeń grupowych w prawie ochrony konkurencji (pkt 9).

2. Wyłączenia grupowe jako podstawowy instrument relatywizacji zakazu porozumień ograniczających konkurencję

2.1. Rozwój podstawowych instrumentów relatywizacji i racjonalizacji zakazów praktyk ograniczających konkurencję we Wspólnocie Europejskiej i w Polsce

5. Nie ulega wątpliwości, że prawodawca wspólnotowy i ustawodawcy państw członkowskich Wspólnoty największe problemy mieli od początku (i nadal mają) z ustaleniem właściwego zakresu zastosowania zakazu praktyk kolektywnych (porozumień ograniczających konkurencję). Twórcy Traktatu ustanawiającego WE (TWE) wychodzili z założenia, że **praktyki kolektywne mogą skutecznie zakłócać konkurencję**, ale też mieli pełną świadomość tego, że praktyki takie (porozumienia), nawet jeśli wywołują skutki antykonkurencyjne, **mogą równocześnie powodować różnego rodzaju korzyści, równoważące te skutki**. Przyjęto więc założenie, aktualne do dzisiaj, że traktatowy zakaz porozumień ograniczających konkurencję nie może mieć charakteru bezwzględniego (bezwarunkowego), lecz musi być tak skonstruowany, żeby w jego ramach można było różnicować ingerencję publiczną w działania grupowe przedsiębiorstw ze względu na zakres oraz charakter antykonkurencyjnych i innych skutków tych działań.

6. Przyjęty w Traktacie o WE w 1957 r., a następnie stopniowo przejmowany przez prawo ochrony konkurencji państw członkowskich Unii Europejskiej (UE), **normatywny model** – względnie – **zakazu porozumień ograniczających konkurencję** zbudowany został **na zasadzie: reguła (zakaz) – wyjątek**¹³ (uchylenie zakazu). Sformułowany w art. 81 ust. 1 TWE zakaz porozumień ograniczających konkurencję może bowiem być „uznany za niemający zastosowania” do porozumień i grup porozumień, które spełniają przesłanki określone w art. 81 ust. 3 TWE. Ta, całkowicie oryginalna konstrukcja wspólnotowo-prawna, wsparta bardzo pojemnym przepisem kompetencyjnym art. 83 ust. 2 lit. b) TWE, dawała instytucjom wspólnotowym (głównie Radzie, a więc w rzeczywistości państwom członkowskim), możliwość tworzenia takich „szczegółowych

¹² Do instrumentów tych zalicza się przede wszystkim orzecznicze reguły rozsądku (*rule of reason*), wspólnotowe doktryny niezbędnych ograniczeń (*ancillary restraints*) czy „obiektywnego uzasadnienia” (*objective justification*); zob. niżej, pkt 4.2.3.

¹³ Zob. L. Kjølbbye, A. Nikpay, F. Faull, w: Faull & Nikpay, *The EC Law of Competition*, op. cit., s. 291.

zasad implementacji art. 81 ust. 3 TWE¹⁴, które – byle tylko skuteczne i możliwie proste – były w stanie zapewnić, żeby zakres i charakter „nieznajdowania zastosowania” art. 81 ust. 1 TWE odpowiadał celom i wartościom integracji europejskiej na każdym etapie budowy rynku wspólnotowego i niezależnie od paradygmatu aksjologicznego, czy zasad polityki ochrony konkurencji danego czasu.

7. W systemie implementacji (wdrażania) art. 81 i 82 TWE, ukształtowanym **pod rządami rozporządzenia 17/62**¹⁵, przewidziane zostały **dwa zasadnicze instrumenty relatywizacji** („ograniczenia zakresu zastosowania”) zakazu porozumień ograniczających konkurencję: **wyłączenia grupowe** (*block exemptions*) i **wyłączenia indywidualne** (*individual exemptions*). **Zasadnicza różnica** między tymi wyłączeniami miała charakter ilościowy – pierwsze obejmowały grupę (kategorię) porozumień, zdefiniowanych przedmiotowo i podmiotowo, które zostały uznane w drodze aktu stanowienia prawa przez Radę i Komisję Europejską (dalej KE lub Komisję) za zasługujące na przywilej wyłączenia, drugie – odnosiły się do konkretnych porozumień, zgłoszonych Komisji, poddanych przez nią kontroli i zakwalifikowanych w drodze aktu stosowania prawa (decyzji Komisji) do objęcia przywilejem wyłączenia indywidualnie¹⁶.

8. Prawo wspólnotowe nie określało, który z tych instrumentów relatywizacji zakazu porozumień ograniczających konkurencję powinien dominować lub choćby tylko być stosowany w pierwszej kolejności. Przez **pierwszych 20 lat** obowiązywania rozporządzenia 17/62 **dominowały wyłączenia indywidualne**, dające stronom porozumień wyjątkowo wysoki poziom pewności prawnej. Lawinowy wzrost ilości zgłoszeń, a w konsekwencji coraz większe obciążenie instytucjonalne Komisji – z jednej strony, oraz rosnący poziom zdobywanego przez nie doświadczenia w ocenie spełniania przesłanek art. 81 ust. 3 TWE – z drugiej – sprawiły, że potrzebna i możliwa stała się **relatywizacja zakazu art. 81 ust. 1 TWE w drodze wyłączeń grupowych**, które **dominowały** zwłaszcza **w latach 80. i 90.** Szybko jednak okazało się, że także ustanawiane w tym okresie wyłączenia grupowe nie relatywizują zakazu porozumień ograniczających konkurencję w sposób zapewniający pełną zgodność interwencji publicznej w wolność gospodarczą z zasadą proporcjonalności; wspólnotowe rozporządzenia wyłączające zbytnio ograniczały swobodę kontraktową stron oraz ustalały poziom automatycznego wyłączenia na zbyt niskim, ekonomicznie nieuzasadnionym poziomie. Musiało to prowadzić do redefinicji instytucji wyłączeń grupowych; zapoczątkowane w 1999 r. tzw. wyłączenia grupowe nowego typu koncentrowały się już na określaniu ekonomicznego progu przywileju wyłączenia i definiowaniu klauzul niedozwolonych, których występowanie w porozumieniu pozbawiało tego przywileju całe porozumienie lub tylko te klauzule. Wciąż jednak, acz coraz rzadziej, Komisja relatywizowała zakaz porozumień ograniczających konkurencję indywidualnie¹⁷.

9. Czas wspólnotowych wyłączeń indywidualnych skończył się – co do zasady – z dniem 1 maja 2004 r., kiedy to weszło w życie rozporządzenie 1/2003¹⁸, na mocy

¹⁴ Użyte w art. 83 ust. 2 lit. b) TWE i w rozporządzeniach wydanych na jego podstawie pojęcie „implementacji” (wdrażania) ma znaczenie szersze niż „stosowanie” art. 81 i 82 TWE.

¹⁵ Rozporządzenie Rady EWG nr 17/62 z dnia 6 lutego 1962: pierwsze rozporządzenie wprowadzające w życie art. 85 i 86 Traktatu (Dz. U. EWG nr 13 z dnia 21 lutego 1962 r., s. 204; Dz. U. UE Polskie Wyd. Specjalne, rozdz. 8, t. 1, s. 3), dalej rozporządzenie 17/62.

¹⁶ Zob. art. 4–9 rozporządzenia 17/62.

¹⁷ Zob. szerzej w pkt 5 niniejszego rozdziału.

¹⁸ Rozporządzenie 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. UE z 2003 r., L 1/1; Dz. U. UE Polskie Wyd. Specjalne, rozdz. 8, tom 2, s. 205–229); dalej: rozporządzenie 1/2003.

którego dokonała się – przeprowadzona *nota bene* na podstawie tego samego przepisu kompetencyjnego art. 83 ust. 2 lit. b) TWE, który legł u podstaw systemu stworzonego rozporządzeniem 17/62 – zasadnicza zmiana systemu implementacji (wdrażania) art. 81 ust. 1 i 3 TWE¹⁹. Zmiana ta polegała na zastąpieniu scentralizowanego systemu zgłoszeń (notyfikacji) i wstępnej autoryzacji administracyjnej (*notification and prior administrative authorisation system*) porozumień ograniczających konkurencję, dokonywanej przez organ władzy publicznej (wyłącznie Komisję) aktem o charakterze konstytutywnym²⁰, mającym skutek prospektywny (*prospective effect*)²¹, na zdecentralizowany system wyjątku prawnego (*legal exception system*), bazującego na bezpośrednim stosowaniu art. 81 ust. 3 TWE, w którym nie ma potrzeby dokonywania uprzedniej autoryzacji (ani administracyjnej, ani sądowej) takich porozumień²².

Zmiana ta nie dotknęła jednak **normatywnego modelu (wzorca) zakazu porozumień ograniczających konkurencję**, zbudowanego – jak wskazano wyżej – **na zasadzie: reguła (zakaz) – wyjątek (uchylenie zakazu)**. Sformułowany w art. 81 ust. 1 TWE zakaz porozumień ograniczających konkurencję w dalszym ciągu może być „uznany za niemający zastosowania” do grup porozumień i indywidualnych porozumień, które spełniają przesłanki (usprawiedliwiające) określone w art. 81 ust. 3 TWE. Tyle tylko, że **zakaz ten może już być relatywizowany** (jego zakres zastosowania może być ograniczony) **tylko w drodze wyłączeń grupowych**, które Rada i Komisja mogą w dalszym ciągu ustanawiać, jeżeli uznają, że wciąż są podstawy dla przyznania przywileju wyłączenia spod zakazu art. 81 ust. 1 TWE określonych grup porozumień ograniczających konkurencję ze względu na spełnianie przesłanek zawartych w art. 81 ust. 3 TWE. Strony konkretnych, zamierzonych porozumień nie mogą już jednak ubiegać się o przywilej ich wyłączenia indywidualnego, poprzez jego zgłoszenie Komisji i żądanie wydania aktu stosowania prawa, dokonującego *ex ante* oceny zgodności tego porozumienia z przepisami art. 81 ust. 1 i 3 TWE. W „nowym” wspólnotowym systemie stosowania zakazu porozumień ograniczających konkurencję nie ma już miejsca dla wyłączeń indywidualnych przyznawanych *ex ante*, na podstawie decyzji KE. **Indywidualna relatywizacja** (indywidualne ograniczenie zakresu zastosowania) **zakazu art. 81 ust. 1 TWE odeszła więc do historii**. Faktu tego nie zmienia przyznanie Komisji wąsko zakreślonych kompetencji do wydawania decyzji o niestwierdzeniu stosowania praktyk ograniczających konkurencję (art. 10 rozporządzenia 1/2003) i formułowania tzw. nieformalnych wytycznych (*informal guidance*), które mogą oddziaływać prospektywnie²³.

10. Nie oznacza to jednak, że indywidualne (konkretne) porozumienia – nawet jeżeli nie podlegają wyłączeniu na gruncie któregośkolwiek rozporządzenia wyłączającego – nie mogą spełniać przesłanek art. 81 ust. 3 TWE. Przeciwnie, **strony każdego konkretnego (indywidualnego) porozumienia mają prawo dokonać samooceny spełniania przezeń przesłanek art. 81 ust. 3 TWE** i dojść do wniosku, że **zamierzone** lub realizowane przez nie **porozumienie**, chociaż spełnia przesłanki zakazu zawarte w art. 81 ust. 1 TWE,

¹⁹ Zob. szerzej T. Skoczny, *Zakaz praktyk ograniczających konkurencję*, w: *Prawo UE. Prawo materialne i polityki*, op. cit., s. II-378 i d.

²⁰ Zob. A.P. Komninos, *Modernisation and Decentralisation: Retrospective and Prospective*, w: *EC Competition Law. A Critical Assessment*, eds. G. Amato, C.-D. Ehlermann, Hart Publishing, Oxford and Portland, Oregon 2007, s. 629 i nast.

²¹ Zob. L. Ritter, W.D. Braun, *European Competition Law: A Practitioner's Guide*, third edition, Kluwer Law International, The Hague 2005, s. 159.

²² Zob. A.P. Komninos, *Modernisation and Decentralisation...*, op. cit., s. 638 i nast.; W.P.J. Wils, *Principles of European Antitrust Enforcement*, Hart Publishing, Oxford and Richmond Oregon 2005, s. 6–7.

²³ Zob. pkt 38 preambuły rozporządzenia 1/2003.

to jednak zakazu tego nie narusza, bo równocześnie spełnia przesłanki art. 81 ust. 3 TWE, a więc **jest legalnym wyjątkiem** (ang. *legal exception*, niem. *Legalausnahme*) **spod tego zakazu**. Jeżeli więc w ogóle można mówić tu o „wyłączeniu”, to tylko o tzw. **wyłączeniu legalnym** (ang. *legal exemption*) w ramach „systemu bezpośredniego stosowania wyłączenia”²⁴. Ocena (samoocena) taka może stanowić skuteczną obronę (*defence*) przed zarzutem naruszenia art. 81 ust. 1 TWE w postępowaniu przed administracyjnym organem ochrony konkurencji lub sądem cywilnym, jako że ciężar udowodnienia podlegania ww. wyjątkowi spoczywa na stronach porozumienia; organ lub sąd dokonuje bowiem weryfikacji tej oceny lub rozstrzyga o spornych argumentach stron procesu w odniesieniu do oceny działań przeszłych i/lub aktualnych.

Ów „wyjątek legalny” („wyłączenie legalne”) jest więc **instrumentem racjonalizacji zakazu w drodze samooceny** (na etapie zawierania porozumienia) **lub w drodze rozstrzygnięcia** (decyzji lub wyroku) **podjętego *ex post***, tj. po przeprowadzeniu postępowania z zarzutu naruszenia zakazu art. 81 ust. 1 TWE, w którym strony porozumienia przeprowadziły skuteczną obronę przed tym zarzutem na gruncie art. 81 ust. 3 TWE.

Rozporządzenie 1/2003 ewidentnie zatem przesunęło ciężar ustalania rzeczywistego zakresu zakazu (art. 81 ust. 1 TWE) i wyjątku spod niego (art. 81 ust. 3 TWE) z działań relatywizujących sam zakaz na działania polegające na racjonalizacji jego stosowania.

Tego rodzaju zasadnicza zmiana systemu stosowania zakazu porozumień ograniczających konkurencję miała w międzyczasie miejsce także w tych państwach członkowskich UE, w których normatywny model zakazu (reguła) i zasady odstępowania od niego (wyjątek) były ukształtowane według wzorca wspólnotowego.

11. Polska nie należy jednak do takich krajów. **W Polsce nie przyjęto bowiem nigdy** w całej pełni **normatywnego wzorca stosowania art. 81 TWE ustanowionego przez rozporządzenie 17/62**. Możliwość uzyskania wyłączenia indywidualnego zamierzonego porozumienia spod zakazu porozumień ograniczających konkurencję w Polsce nie było ani na gruncie ustawy antymonopolowej z 1990 r., ani na gruncie uokik z 2000 r.; nie przewiduje go także uokik z 2007 r.

Na gruncie ustawy antymonopolowej z 1990 r. indywidualna racjonalizacja (legalizacja) – obu zresztą – **zakazów praktyk** ograniczających konkurencję możliwa była tylko w oparciu o zawarte w jej art. 6²⁵ (zwanym normatywną regułą rozsądku) przesłanki ustawowe²⁶.

Uokik z 2000 r., oprócz tego, że upoważniała Radę Ministrów do wydawania rozporządzeń wyłączających (wyłączeń grupowych) (art. 7 ust. 1), **przewidywała** wprawdzie (art. 11 ust. 2) **wydawanie** przez Prezesa UOKiK **decyzji niestwierdzającej praktyki** ograniczającej konkurencję w przypadku spełnienia przez porozumienie ograniczające konkurencję, nie objęte rozporządzeniem wyłączającym, przesłanek wyłączenia grupowego, jednakże nie była to decyzja wydawana w trybie kontroli wstępnej (*ex ante*), przeprowadzonej w postępowaniu wszczętym z wniosku stron porozumienia. Przeciwnie, była to decyzja wydawana w trybie kontroli następczej (*ex post*) zawartego (wykonywanego) już porozumienia ograniczającego konkurencję, przeprowadzonej w postępowaniu wszczętym z zarzutu naruszenia zakazu zawartego w art. 5 ust. 1. Decyzja ta była zatem **przejawem racjonalizacji zakazu, a nie jego relatywizacji**²⁷. Co więcej, w odniesieniu

²⁴ Zob. pkt 4 preambuły rozporządzenia 1/2003.

²⁵ Zob. S. Gronowski, *Ustawa antymonopolowa. Komentarz*, wyd. 2, C.H. Beck, Warszawa 1999, s. 240 i nast.

²⁶ Zob. szerzej pkt 6 poniżej.

²⁷ Oznacza to, że porozumienie, które narusza art. 5 ust. 1 uokik z 2000 r., mogło nie być uznane za praktykę ograniczającą konkurencję, a więc zalegalizowane, ze wszystkimi tego skutkami prawnymi, w tym nie

do tego rozwiązania legislacyjnego wyrażono pogląd, że przewidziane w polskiej ustawie „wyłączenie indywidualne” (według terminologii stosowanej wówczas na gruncie prawa wspólnotowego) miało już charakter wyjątku *ex lege*²⁸ – polska ustawa w tym zakresie „wyprzedziła” zatem przepisy nowej regulacji wspólnotowej (rozporządzenie 1/2003), wydanej dopiero w grudniu 2002 r.²⁹ Strony porozumień ograniczających konkurencję dokonywały więc samooceny spełniania przez nie także przesłanek art. 7 ust. 1 uokik z 2000 r., a prawidłowość tej samooceny potwierdzał ewentualnie organ ochrony konkurencji w drodze wydania decyzji o niestwierdzeniu praktyki ograniczającej konkurencję.

Uokik z 2007 r. poszła jeszcze dalej. Nie tylko bowiem stwierdziła, że zakazu porozumień ograniczających konkurencję „nie stosuje się do porozumień, które jednocześnie” spełniają określone w ustawie przesłanki (art. 8 ust. 1), ale **wyeliminowała możliwość wydawania przez Prezesa UOKiK decyzji niestwierdzającej praktyki** ograniczającej konkurencję. Tak więc przedsiębiorcy, którzy zamierzają zawrzeć porozumienie ograniczające konkurencję lub porozumienie takie już wykonują, **mogą skorzystać z wyjątku spod zakazu** porozumień ograniczających konkurencję **tylko na zasadzie samooceny** spełniania przesłanek umożliwiających skorzystanie z tego wyjątku. Wyniki tej samooceny mogą być podstawą strategii obrony przed zarzutem naruszenia zakazu, będącym istotą postępowania przed Prezesem UOKiK; stąd na przedsiębiorcach-stronach porozumienia spoczywa ciężar udowodnienia okoliczności, o których mowa w art. 8 ust. 1 (art. 8 ust. 2). Wyniki tej samooceny mogą być także podstawą strategii obrony przed zarzutem naruszenia zakazu, będącym bazą roszczenia (np. odszkodowawczego) przed sądem cywilnym.

Pewne wątpliwości budzi fakt, że, jeśli w toku postępowania antymonopolowego Prezes UOKiK uzna, że dane porozumienie spełnia przesłanki wyjątku (wyłączenia) legalnego na podstawie art. 8 ust. 1 uokik, musi on umorzyć postępowanie jako bezprzedmiotowe; trudno zaś uznać za bezprzedmiotowe postępowanie, w którym organ ochrony konkurencji dokonuje merytorycznej kontroli prawidłowości analizy, czy dane porozumienie spełnia przesłanki wyjątku (wyłączenia) legalnego wskazane w art. 8 ust. 1 uokik³⁰.

12. Ten model racjonalizacji zakazów porozumień ograniczających konkurencję we Wspólnocie i w Polsce będzie także dominował w przyszłości. Przeważa bowiem pogląd, że ani we wspólnotowym, ani w polskim systemie stosowania tych zakazów nie ma miejsca na racjonalizację ich stosowania na gruncie orzeczniczej (sędziowskiej) – takiej jak w USA – reguły rozsądku (*rule of reason*)³¹, innej niż reguła wyrażona

będzie uznane za nieważne (art. 5 ust. 2). Z mocy noweli z 2004 r. (ustawa z dnia 19 kwietnia 2004 r. o zmianie ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów oraz o zmianie niektórych innych ustaw, Dz. U. Nr 93, poz. 891), ciężar dowodu na okoliczność spełnienia tych przesłanek spoczywa na „przedsiębiorcy lub związku przedsiębiorców”.

²⁸ Zob. R. Janusz, M. Sachajko, T. Skoczny, *Nowa ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów*, „KPPubl.” 2001, nr 3, s. 185.

²⁹ A. Jurkowska, D. Miąsik, T. Skoczny, M. Szydło, *Nowa uokik z 2007 r. – kolejny krok w kierunku doskonalenia podstaw publicznoprawnej ochrony konkurencji w Polsce*, „PUG” 2007, nr 4, s. 7.

³⁰ Tamże.

³¹ Bezwarunkowy zakaz art. 1 Sherman Act, uznający za nielegalne wszelkie zmywy (*any conspiracy is illegal*), w jest racjonalizowany bezpośrednio przez sądy amerykańskie, które pewne rodzaje takich zmyw (porozumień), tzw. najpoważniejsze ograniczenia konkurencji (*hard-core restrictions*), traktują za zakazane *per se* (kartele cenowe, kontyngentowe i podziałowe oraz narzucanie cen odsprzedaży), inne (pozostałe) zaś poddają indywidualnej ocenie ze względu na ich skutki dla dobrobytu konsumentów (*consumer welfare*). Doktryna ta pozwala na znacznie bardziej liberalne, ugruntowane ekonomicznie, traktowanie porozu-

w art. 81 ust. 3 TWE czy art. 8 ust. 1 uokik. Trzeba chyba zgodzić się z poglądem, że twórcy wspólnotowego zakazu porozumień ograniczających konkurencję (art. 81 TWE) chcieli stworzyć normatywną podstawę ważenia anty- i prokonkurencyjnych skutków tych porozumień dopiero na podstawie art. 81 ust. 3 TWE. Pogląd ten był nie tylko akceptowany przez dziesięciolecia, ale też wsparty modelem stosowania art. 81 i 82 TWE przyjętym w rozporządzeniu 17/62 (w tym istnieniem indywidualnych wyłączeń *ex ante* oraz atestów negatywnych). W modelu tym nie było więc, co do zasady, miejsca dla analiz ekonomicznych przesłanek „zakłócania” konkurencji już na gruncie art. 81 ust. 1 TWE, a więc oparcia stosowania art. 81 ust. 1 TWE na doktrynie *rule of reason* w rozumieniu amerykańskim³². Mimo zmiany modelu stosowania art. 81 i 82 TWE przez rozporządzenie 1/2003 pogląd ten może być skutecznie broniący tak długo, jak długo art. 81 ust. 3 TWE będzie istniał³³.

Od początku, ale szczególnie we wczesnych latach 90., w orzecznictwie na gruncie art. 81 TWE można było jednak wskazać wiele przypadków dokonywania analiz ekonomicznych już na gruncie art. 81 ust. 1 TWE. Czyniła to czasami Komisja, analizując Europejski Trybunał Sprawiedliwości (ETS) i Sąd Pierwszej Instancji (SPI). Mówi się w rezultacie o ukształtowaniu się – rodzajowo pokrewnej amerykańskiej doktrynie *rule of reason* – **doktryny niezbędnych ograniczeń** (*ancillary restraints doctrine*)³⁴. Racjonalizacja (legalizacja) takich porozumień może więc z powodzeniem dokonywać się z pominięciem art. 81 ust. 3 TWE³⁵.

13. Reasumując powyższe rozważania, należy stwierdzić przede wszystkim, że udział organów stosujących prawo w procesach relatywizacji i racjonalizacji zakazu praktyk ograniczających zależy przede wszystkim od istoty tego zakazu.

Jeżeli jest to zakaz bezwzględny (bezwarunkowy, generalny), jak w przypadku art. 1 Sherman Act, czy art. 82 TWE i art. 9 ust. 1 uokik, organy orzecznicze mogą go racjonalizować w granicach swoich normalnych kompetencji do wykładni norm prawnych i orzekania na ich podstawie. **Ustawodawca nie ogranicza wtedy kryteriów czy przesłanek racjonalizacji zakazu.** W takim systemie **orzecznictwo może nadawać zakazom praktyk ograniczających konkurencję różną treść** w zależności od panujących uwarunkowań gospodarczych i dominującego podejścia.

Jeżeli natomiast zakaz praktyk ograniczających konkurencję jest relatywizowany już w samych traktatach czy ustawach i w wydawanych na ich podstawie aktach powszechnie obowiązującego prawa (rozporządzeniach), a tak jest w przypadku art. 81 TWE czy art. 6 uokik, to organy orzecznicze mają raczej niewielkie możliwości dalszej relatywizacji tych zakazów *ex ante*.

Mogą je natomiast racjonalizować w trakcie kontroli *ex post*, tj. postępowań prowadzonych z zarzutu naruszenia tych zakazów, ale **są** w tym zakresie **ograniczone koniecznością stosowania przesłanek określonych przez traktat czy ustawę.** Takim

mień, zwłaszcza dystrybucyjnych, w których korzyści dla konsumentów wynikające ze wzrostu konkurencji międzymarkowej (*inter-brand competition*) najczęściej przeważają nad stratami w zakresie konkurencji wewnątrzmarkowej (*intra-brand competition*).

³² Zob. D. Ehlermann, *The Modernization of EC Antitrust Policy: A Legal and Cultural Revolution*, „CMLR” 2000, Vol. 37, No. 3, s. 537–590.

³³ Zob. T. Skoczny, *Konsekwencje przyszłego systemu stosowania art. 81 i 82 TWE dla prawa i orzecznictwa w zakresie ochrony konkurencji w Polsce*, cz. 1, „PUE” 2001, nr 4, s. 3; R. Wesseling, *Subsidiarity in Community Antitrust Law: Setting the Right Agenda*, „ELRev” 1997, Vol. 22, No. 2, s. 45. Zob. także cyt. tam literaturę aprobowującą stosowanie reguły rozsądku na gruncie art. 81 TWE.

³⁴ Zob. także orzecznictwo przywołane w pkt. 4.2.3. poniżej.

³⁵ Zob. T-112/99 *Métropole* (Zb. Orz. 2001, II-97).

ograniczeniom podlegała i podlega Komisja oraz kontrolujące ją sądy wspólnotowe na gruncie art. 81 TWE. W takiej sytuacji znajdował się Prezes Urzędu Antymonopolowego (później: UOKiK) i kontrolujący go Sąd Antymonopolowy (SAM) na gruncie art. 6 ustawy antymonopolowej z 1990 r. oraz Prezes UOKiK oraz kontrolujący go SAM (obecnie: Sąd Ochrony Konkurencji i Konsumentów, SOKiK) na podstawie art. 11 ust. 2 i 3 w zw. z art. 7 ust. 1 uokik z 2000 r., a także znajduje się Prezes UOKiK i kontrolujący go SOKiK oraz sądy powszechne stosujące art. 81 ust. 3 TWE bezpośrednio po 1 maja 2004 r.

Pozostanie natomiast sprawą tych organów ochrony konkurencji i kontrolujących je sądów oraz sądów powszechnych i kontrolujących je wyższych instancji sądowych, czy będą chciały, mogły i potrafiły dokonywać dalszej (głębszej) racjonalizacji tych zakazów, zwłaszcza na gruncie dominującego aktualnie podejścia ekonomicznego. Inaczej mówiąc, to **od sądów krajowych i wspólnotowych zależy w ostateczności, czy na gruncie obowiązującego prawa ochrony konkurencji znajdują one miejsce na stosowanie** tak czy inaczej nazywanej „reguły rozsądku”, „niezbędnych (koniecznych) ograniczeń” (na gruncie art. 81 TWE lub art. 6 uokik) czy „obiektywnego uzasadnienia” (na gruncie art. 82 TWE lub art. 9 uokik).

Wiele zależy będzie jednak od zakresu posługiwania się przez Wspólnotę i Polskę wyłączeniami grupowymi jako podstawowymi instrumentami relatywizacji zakazów porozumień ograniczających konkurencję.

2.2. Aktualny system wyjątków spod zakazu porozumień ograniczających konkurencję

14. Jak wskazano, **zakaz** porozumień ograniczających konkurencję ma charakter **względny** (warunkowy), a zatem prawodawca z góry przewiduje **możliwość wystąpienia dwóch sytuacji**:

- a) **naruszenia zakazu**, które nie znajdzie usprawiedliwienia na gruncie przesłanek art. 81 ust. 3 TWE czy art. 8 ust. 1 uokik, w rezultacie czego **podlega** ono **sankcjonowaniu** na zasadach określonych przez TWE lub uokik oraz wspólnotowe prawo wtórne lub przepis wykonawcze do uokik;
- b) **niestosowania się** zakazu do porozumień ograniczających konkurencję, które spełniają określone – także z góry – przesłanki, w rezultacie czego **porozumienia** takie, mimo że ograniczają konkurencję, oraz zawierające je **strony nie podlegają sankcjom** wynikającym z TWE lub uokik oraz wspólnotowego prawa wtórnego lub przepisów wykonawczych do uokik.

Ustanawiając względny zakaz porozumień ograniczających konkurencję, wspólnotowy prawodawca pierwotny (państwa członkowskie) lub ustawodawca krajowy sam relatywizuje ustanowiony zakaz (podstawową formułę zakazu) lub umożliwia jego relatywizację bądź racjonalizację przez instytucje wspólnotowe lub krajowe organy stanowienia lub stosowania prawa. **Prawodawca wyraźnie dopuszcza więc wyłączenie sankcjonowania tego zakazu** (sankcjonowania jego naruszenia)³⁶. Prawodawca tworzy zatem mniej lub bardziej rozbudowany **system wyjątków od (spod) tego zakazu**.

15. Niezależnie od tego, na jakim gruncie teoretycznym dokonywana jest klasyfikacja i charakterystyka wyjątków spod zakazu porozumień ograniczających konkurencję i do jakiego okresu rozwoju wspólnotowego i polskiego prawa ochrony konkurencji są one odnoszone, wyjątki te będą musiały być podzielone na dwie grupy:

³⁶ Zob. M. Sachajko, *Sankcjonowanie naruszeń...*, op. cit.

- 1) **wyjątki relatywizujące zakaz**, czyli ograniczające zakres jego zastosowania, ustalone na podstawie analizy potencjalnych lub prawdopodobnych skutków tych porozumień i powodujące uchylenie tego zakazu (jego legalizację) *ex ante* oraz
- 2) **wyjątki racjonalizujące stosowanie zakazu**, czyli skutkujące odstąpieniem od jego sankcjonowania na podstawie analizy rzeczywistych skutków tych porozumień dokonywanej *ex post*.

16. W zależności od kryterium podstawy prawnej racjonalizacji, czy ograniczenia zakresu obowiązywania zakazu, **wyjątki** pierwszej grupy można podzielić na dokonywane **w drodze**:

- a) **aktów stanowienia prawa** (powszechnie obowiązujących aktów prawnych), czyli wyjątki legalne (normatywne), zwane najczęściej wyłączeniami, oraz
- b) **aktów stosowania prawa** (aktów indywidualnych).

17. Do legalnych (normatywnych) wyjątków spod zakazu porozumień ograniczających konkurencję należą polskie – ustawowe – **wyłączenie porozumień bagatelnych** oraz **wspólnotowe i polskie wyłączenia grupowe**. Wyjątki spod zakazu porozumień ograniczających konkurencję dokonywane w drodze indywidualnych aktów stosowania prawa to przede wszystkim **wspólnotowe wyłączenia indywidualne** przyznawane do 30 kwietnia 2004 r. Tego rodzaju wyjątków (wyłączeń) indywidualnych nie było natomiast nigdy w Polsce.

18. Indywidualna **racjonalizacja** (stosowania) zakazu bądź odstąpienie od jego sankcjonowania dokonywane są **w procesie**:

- a) **przestrzegania prawa** przez adresatów zakazu – przedsiębiorców (przedsiębiorstwa), w ramach którego dokonują oni samooceny pro- i antykonkurencyjnych skutków zamierzonych lub wykonywanych porozumień z punktu widzenia spełniania przez nie przesłanek wyjątku określonych w aktach powszechnie obowiązującego prawa (Traktatu, ustawy, rozporządzeń), orzeczeniach sądowych (zwłaszcza precedensowych) lub niewiążących aktach polityki stosowania prawa;
- b) **stosowania prawa** przez organy administracyjne lub sądy powszechne w ramach postępowań prowadzonych z zarzutu naruszenia zakazu praktyk ograniczających konkurencję, w których dokonywana jest analiza rzeczywistych skutków pro- i antykonkurencyjnych konkretnych (indywidualnych) porozumień ograniczających konkurencję.

19. W **polskim systemie wyjątków** spod zakazu porozumień ograniczających konkurencję **występują** więc **aktualnie**:

- a) **wyłączenie porozumień bagatelnych**, spełniające przesłanki określone bezpośrednio w art. 7 uokik;
- b) **wyłączenia grupowe** porozumień ograniczających konkurencję, spełniających przesłanki art. 8 ust. 1 oraz warunki rozporządzeń wydanych na podstawie art. 8 ust. 2 uokik;
- c) **wyjątki**, z których strony porozumień korzystają **na zasadzie samooceny**, której wyniki mogą podlegać weryfikacji organów stosowania prawa (Prezesa UOKiK lub sądów powszechnych).

20. Uznawanie porozumień bagatelnych za wyjątek od (spod) zakazu porozumień ograniczających konkurencję nie jest wprawdzie przedmiotem niniejszej pracy, ale nie jest bez znaczenia dla istoty i zakresu analizowanych w niej wyłączeń grupowych; powyżej poziomu (progów) bagatelności rozpoczyna się bowiem – co do zasady – relatywizacja zakazów porozumień ograniczających konkurencję na gruncie wyłączeń grupowych. Co więcej, określenie poziomu (progów), od którego obowiązuje traktatowy lub ustawowy

zakaz porozumień ograniczających konkurencję, może dokonywać się zarówno w drodze jego relatywizacji, jak i racjonalizacji. We Wspólnocie kategoria porozumień o mniejszym znaczeniu (*agreements of minor importance*) została stworzona przez Komisję w drodze aktu tzw. *soft law*³⁷, będącego przejawem polityki Komisji w zakresie stosowania art. 81 TWE, nie wiążącego jednak sądów³⁸. Z racji oddziaływania *ex ante* kategoria porozumień o mniejszym znaczeniu może być zatem uznana za instrument relatywizacji zakazu traktatowego; jednak z uwagi na to, że jest stworzona (bez delegacji prawotwórczej) przez organ stosowania prawa, może być także traktowana jako instrument racjonalizacji stosowania art. 81 TWE, zbieżny z orzecznictwem przesłanką „odczuwalności” (ang. *appreciability*, niem. *Spürbarkeit*) ograniczeń konkurencji³⁹.

W Polsce, inaczej niż we Wspólnocie, **porozumienia bagatelne podlegają wyłączeniu** spod zakazu porozumień ograniczających konkurencję **bezpośrednio na podstawie ustawy**. Inaczej niż w okresie obowiązywania ustawy antymonopolowej z 1990 r.⁴⁰, relatywizacja zakazu porozumień ograniczających konkurencję poprzez określenie dolnej granicy jego zastosowania została bowiem dokonana ustawowo zarówno w uokik z 2000 r. (art. 6), jak i w uokik z 2007 r. (art. 7). Obecnie obowiązująca ustawa nie pozostawia żadnej wątpliwości, że zakazu porozumień ograniczających konkurencję (art. 6 ust. 1 uokik z 2007 r.) „nie stosuje się” do porozumień między konkurentami i między niekonkurentami, nieprzekraczających określonych w ustawie progów udziału w rynku i niezawierających określonych w ustawie ograniczeń konkurencji (art. 7 ust. 1 i 2). Analizy prawdopodobnych przyszłych skutków zawierania i wykonywania takich porozumień dokonał więc – ostatecznie – sam ustawodawca. Uznał, że niskie progi udziału w rynku i brak najpoważniejszych ograniczeń konkurencji (*hard-core restrictions*) pozwala zrezygnować z dokonywania jakiegokolwiek „pogłębionej” oceny ich rzeczywistych skutków przez przedsiębiorców lub organy stosowania prawa⁴¹. Zdaniem M. Sachajko w przypadku tego wyłączenia „proces sankcjonowania” zakazu w ogóle nie występuje⁴².

2.3. Istota prawna wyłączeń grupowych

21. Jak wynika z powyższych rozważań, **wyłączenia grupowe** (ang. *group* lub *block exemptions*, niem. *Gruppenfreistellung*)⁴³ są instytucją prawną występującą jedynie na gruncie zakazu porozumień ograniczających konkurencję we Wspólnocie Europej-

³⁷ Zob. Obwieszczenie Komisji o porozumieniach o mniejszym znaczeniu, które nie ograniczają konkurencji w sposób odczuwalny na podstawie art. 81 ust. 1 TWE (*de minimis*) (Dz. U. WE 2001 C 368/13).

³⁸ Wobec tego, że podstawą tej relatywizacji jest akt typu *soft law*, sądy wspólnotowe mogą nie tylko ustalić wyższy poziom udziału w rynku jako próg odczuwalności ograniczeń konkurencji, ale też inaczej kształtować tę przesłankę (tj. za pomocą innych kryteriów).

³⁹ Zob. wyrok ETS w sprawie 57/69 *Völk/Vervaecke* (Zb. Orz. 1969, 295).

⁴⁰ Zob. wyr. SAM z 2.12.1998 r. (XVII Ama 59/98). Zob. także.: S. Gronowski, *Ustawa antymonopolowa*, op. cit., s. 80; C. Kosikowski, T. Ławicki, *Ochrona prawna konkurencji i zwalczanie praktyk monopolistycznych*, Wydawnictwo Naukowe PWN, Warszawa 1994, s. 133.

⁴¹ Nie jest oceną (samooceną) skutków porozumień bagatelnych definiowanie rynków i „wyliczanie” posiadanych w nich udziałów czy twierdzenie występowania postanowień (klausul) najczęściej ograniczających konkurencję

⁴² M. Sachajko, *Sankcjonowanie naruszeń...*, op. cit.

⁴³ Nazwa tej instytucji prawnej jest oczywiście sprawa konwencji. W polskiej doktrynie upowszechniło się jednak pojęcie „wyłączenie grupowe”, chociaż w niektórych autorzy używali pojęcia „zwolnienie grupowe”, a E. Kosiński (*Rodzaje i zakres sektorowych wyłączeń...*, op. cit., s. 423 i d.) przyjął ostatnio – z mało przekonujących powodów – pojęcie „zwolnienie blokowe”.

skiej (art. 81 TWE)⁴⁴ i w niektórych jej państwach członkowskich⁴⁵, w tym w Polsce (art. 6-8 uokik).

Są one wszakże najważniejszym (w nowym systemie wyjątków legalnych jeszcze ważniejszym) **instrumentem relatywizacji** zakazu porozumień ograniczających konkurencję, czyli **wyłączenia sankcjonowania** tego zakazu. Ich istota prawna wyraża się przede wszystkim w tym, że:

- a) swoje źródło (podstawy prawne) mają w normach TWE lub uokik i w konkretyzujących je przepisach rozporządzeń instytucji wspólnotowych lub Rady Ministrów;
- b) opierają się na domniemaniu braku naruszenia zakazu przez porozumienia nim objęte;
- c) skutkują wyłączeniem sankcjonowania naruszeń zakazu (art. 81 ust. 1 TWE lub art. 6 ust. 1 uokik).

22. Źródłem wyłączeń grupowych spod zakazu porozumień ograniczających konkurencję są **normy powszechnie obowiązującego prawa** – aktów ustanawiających generalne reguły konkurencji (tj. TWE i uokik) oraz aktów wykonawczych do nich (rozporządzeń). W przypadku wspólnotowych wyłączeń grupowych mamy do czynienia aż z trzema poziomami regulacji⁴⁶:

- a) prawem pierwotnym (art. 81 ust. 3 TWE), określającym ogólne (raczej nieprecyzyjne) przesłanki wyłączenia spod zakazu porozumień ograniczających konkurencję;
- b) rozporządzeniami kompetencyjnymi Rady, udzielającymi Komisji delegacji do wydania rozporządzenia wyłączającego dla określonej grupy porozumień⁴⁷;
- c) rozporządzeniami Komisji, które wskazują konkretne, szczegółowe (bardziej precyzyjne) warunki, ilościowe i jakościowe, wyłączeń dla konkretnych już grup (kategorii) porozumień.

Dla określenia zakresu i szczegółowych warunków wspólnotowych wyłączeń grupowych istotne znaczenie mają też akty niewiążące (obwieszczenia zawierające wytyczne).

W prawie polskim podstawę prawną wyłączeń grupowych stanowią:

- a) przepisy art. 8 uokik, określające ogólne przesłanki wyłączenia spod zakazu porozumień ograniczających konkurencję oraz zawierające delegację dla Rady Ministrów do wydawania rozporządzeń wyłączających, oraz
- b) rozporządzenia wyłączające, określające przedmiot oraz szczegółowe warunki wyłączenia.

23. Wyłączenia w ogóle, a wyłączenia grupowe w szczególności, opierają się na domniemaniu, że określone porozumienia, w ramach określonych szczegółowymi warunkami wyłączenia, spełniają przesłanki z art. 81 ust. 3 TWE lub art. 8 ust. 1 uokik. W przypadku wydania rozporządzenia wyłączającego można więc zasadnie sądzić, że zdecydowana większość objętych nim porozumień spełnia wszystkie cztery przesłanki wyłączenia z art. 81 ust. 3 TWE⁴⁸. Inaczej niż w przypadku relatywizacji, czy ograniczania zakresu zastosowania zakazu porozumień ograniczających konkurencję w drodze

⁴⁴ Pomijamy tu oczywiście wyłączenia grupowe występujące od prawie 10 lat także we wspólnotowym prawie pomocy publicznej.

⁴⁵ Zob. niżej, pkt 7.

⁴⁶ Zob. szerzej pkt 3.3. niniejszego rozdziału. W przeszłości niektóre wyłączenia były ustanawiane bezpośrednio rozporządzeniem Rady.

⁴⁷ Komisja Europejska nie uzyskała rozporządzeniem 1/2003 generalnej delegacji do wydawania rozporządzeń wyłączających, o co zabiegała w trakcie procedury legislacyjnej. Zob. L. Kjølbye, A. Nikpay, F. Faull, w: Faull & Nikpay, *The EC Law of Competition*, op. cit., s. 299.

⁴⁸ Tamże.

ustawowego wyłączenia ich sankcjonowania (np. ww. polskiego wyłączenia porozumień bagatelnych), prawodawca wspólnotowy (Komisja) lub krajowy (Rada Ministrów) jest zobowiązany do wstępnego (*ex ante*) dokonania analizy spełnienia przesłanek usprawiedliwiających art. 81 ust. 3 TWE lub art. 8 ust. 1 uokik. Komisja lub Rada Ministrów musi więc przeprowadzić badanie, czy jeśli porozumienia takie będą zawierane, to będą powodowały odczuwalne ograniczenie konkurencji (art. 81 ust. 1 TWE lub art. 6 ust. 1 uokik) i czy będą jednocześnie powodowały „korzyści” (spełniały dwie przesłanki pozytywne art. 81 ust. 3 TWE lub art. 8 ust. 1 uokik), nie zagrażając konkurencji w sposób nieproporcjonalny i nadmierny (spełniały dwie przesłanki negatywne art. 81 ust. 3 TWE lub art. 8 ust. 1 uokik). Podstawą wyłączenia grupowego jest uznanie, że – w sytuacji, gdy zachowania podlegające wyłączeniu spełniają określone przesłanki – nie jest uzasadnione ich sankcjonowanie.

W konsekwencji, na przedsiębiorcach, których porozumienia realizują warunki rozporządzeń wyłączających, nie ciąży dowód spełnienia przesłanek art. 81 ust. 3 TWE lub art. 8 ust. 1 uokik⁴⁹. Przedsiębiorcy ci muszą co najwyżej udowodnić, że ich porozumienia korzystają z wyłączenia grupowego⁵⁰, co jest jednak znacznie prostsze niż dowiedzenie wypełnienia traktatowych lub ustawowych przesłanek wyłączenia.

24. Ani TWE, ani polska ustawa nie determinują *a priori*, jakie kategorie porozumień między przedsiębiorcami mogą lub powinny zostać poddane wyłączeniu. Akty te – obok ogólnych przesłanek wyłączenia – ustanawiają jedynie delegację dla odpowiednich organów: Rady UE we WE (art. 83 TWE w zw. z art. 81 ust. 3 TWE) oraz Rady Ministrów w Polsce (art. 8 ust. 3 uokik) do wydania rozporządzeń wyłączających spod zakazu porozumień ograniczających konkurencję określone grupy praktyk kolektywnych. Zarówno prawodawca wspólnotowy, jak i krajowy pozostawili zatem organom stosunkowo dużą swobodę (tzw. uznanie legislacyjne) co do kształtowania przedmiotu wyłączeń grupowych. W konsekwencji wyłączeniem grupowym mogą podlegać zarówno kategorie porozumień wyznaczone na podstawie kryterium gospodarczego celu uzgodnień (np. porozumienia specjalizacyjne, badawczo-rozwojowe, dystrybucyjne), bez względu na sektor, w jakim porozumieniu te są wdrażane, jak i kategorie porozumień wyodrębnione sektorowo (np. porozumienia o dystrybucji samochodów, porozumienia o kooperacji ubezpieczeniowej).

25. Wyłączenie sankcjonowania oznacza, że:

- a) porozumienie ograniczające konkurencję wyłączone grupowo jest prawnie wiążące i wykonalne (*legally valid and enforceable*) *ab initio*;
- b) nie ma potrzeby wydawania administracyjnej decyzji lub wyroku sądowego, które stwierdza spełnianie przesłanek wyłączenia w przypadku każdego porozumienia, które kwalifikuje się do tego wyłączenia i spełnia jego warunki⁵¹;
- c) naruszenie zakazu nie może być podstawą sankcji publicznoprawnych oraz bezpośredniej (nieważność) i pośrednich sankcji prywatnoprawnych (np. odszkodowawczych).

26. Sposób konstruowania omawianego typu wyłączeń pozwala przyjąć, że **wyłączenia grupowe** dokonywane w drodze rozporządzeń Komisji lub Rady Ministrów **relatywizują *ex ante* w drodze aktu stanowienia prawa zakaz porozumień ograniczających konku-**

⁴⁹ Pkt 35. Obwieszczenia KE – wytyczne w sprawie stosowania art. 81 ust. 3 TWE (Dz. U. UE 2004 C 101/97), dalej: wytyczne w sprawie stosowania art. 81 ust. 3 TWE; w jęz. polskim opublikowane w niniejszym tomie.

⁵⁰ Zob. L. Kjølbye, A. Nikpay, F. Faull, w: Faull & Nikpay, *The EC Law of Competition*, op. cit., s. 292.

⁵¹ Zob. art. 1 ust. 2 rozporządzenia 1/2003.

rencję ustanowiony w art. 81 ust. 1 TWE oraz w art. 6 ust. 1 uokik w stosunku do określonej grupy porozumień. Oznacza to, iż w stosunku do konkretnych porozumień ograniczających konkurencję kwalifikujących się do danej grupy (*prima facie* zakazanych przez art. 81 ust. 1 TWE lub art. 6 ust. 1 TWE) zakaz porozumień ograniczających konkurencję nie znajduje zastosowania, albowiem porozumienia takie uznaje się z mocy prawa (*ex lege*) za spełniające przesłanki art. 81 ust. 3 TWE lub art. 8 ust. 1 uokik.

Oznacza to, że gdy tylko przedsiębiorstwa (przedsiębiorcy) mogą wykazać, że zawierane przez nich porozumienia są objęte danym wyłączeniem grupowym, są oni chronieni przed działaniami publiczno- i prywatnoprawnego stosowania zakazu porozumień ograniczających konkurencję; wyłączenia grupowe wywołują więc tzw. efekt tarczy (*shield effect*) lub budują tzw. bezpieczną przystań (*safe harbor*). Wspólnotowe rozporządzenia wyłączające, wiążące w całości i stosujące się bezpośrednio we wszystkich państwach członkowskich (art. 249 TWE), skutkują *erga omnes*, zarówno wobec jednostek, jak i krajowych organów administracyjnych i sądów. Nie mogą więc być kwestionowane także przez sądy krajowe, chyba że w trybie procedury prejudycjalnej (art. 234 TWE). Jedynie wyjątkowo Komisja lub krajowy organ ochrony konkurencji może w drodze decyzji indywidualnej pozbawić dane porozumienie przywileju wyłączenia grupowego na obszarze całej Wspólnoty lub danego kraju⁵²; rozwiązania takiego (tj. cofnięcia przywileju wyłączenia) nie przewiduje natomiast wprost polski porządek prawny⁵³.

2.4. Wyłączenia grupowe a legalne wyjątki indywidualne

27. Okoliczność, że dane porozumienie nie spełnia szczegółowych warunków wyłączenia grupowego (np. udział w rynku uczestników porozumienia jest wyższy niż przewidziany rozporządzeniem) nie oznacza, iż porozumienie to automatycznie objęte jest zakazem z art. 81 ust. 1 TWE lub art. 6 ust. 1 uokik⁵⁴. Porozumienie takie, o ile generuje „korzyści” przewidziane w art. 81 ust. 3 TWE lub art. 8 ust. 1 uokik (dwie przesłanki pozytywne), a jednocześnie nie powoduje „ograniczeń” wymienionych w tym przepisie (dwie przesłanki negatywne), może nadal pozostawać beneficjentem przywileju niestosowania wobec niego zakazu porozumień ograniczających konkurencję, jeśli pozwala na to wynik indywidualnej oceny (samooceny) tego porozumienia w świetle art. 81 ust. 3 TWE lub art. 8 ust. 1 uokik.

28. Oba te instrumenty (wyłączenia grupowe i legalne wyjątki indywidualne) zarówno mają cechy wspólne, jak i zasadniczo się różnią.

Wspólne dla obu tych instrumentów są:

- a) te same **przesłanki traktatowe lub ustawowe** służące kwalifikowaniu porozumień ograniczających konkurencję jako zasługujących na przywilej wyłączenia (art. 81 ust. 3 TWE i art. 8 ust. 1 uokik);
- b) ten sam **skutek w postaci uchylecia obowiązania (wyłączenia sankcjonowania) zakazu** porozumień ograniczających konkurencję, a więc przede wszystkim **niestosowanie się** do porozumień wyłączonych grupowo lub indywidualnie traktatowej lub ustawowej **sankcji nieważności** (art. 81 ust. 2 TWE czy. 6 ust. 2 uokik).

Różnią się nie tylko zakresem (grupy porozumień, indywidualne porozumienia), ale także tym, że:

⁵² Zob. art. 29 rozporządzenia 1/2003.

⁵³ Zob. szerzej pkt 6 niniejszego rozdziału.

⁵⁴ Zob. L. Kjølbje, A. Nikpay, F. Faull [w:] Faull & Nikpay, *The EC Law of Competition*, op. cit. s. 299.

- a) wyłączenia grupowe wymagają dokonania generalnej wstępnej (*ex ante*) oceny spełniania przesłanek wyłączenia w przypadku określonej grupy porozumień, podczas gdy przywilej legalnego wyjątku indywidualnego przysługuje na zasadzie samooceny dokonanej na gruncie konkretnych okoliczności prawnych i faktycznych, w jakich dane porozumienie jest zawierane i wykonywane⁵⁵;
- b) wyłączenia grupowe są wydawane na określony czas, podczas gdy przywilej legalnego wyjątku indywidualnego przysługuje tylko tak długo, jak długo wyniki takiej samooceny uzasadniają wyłączenia sankcjonowania danego porozumienia ograniczającego konkurencję; nawet jeśli wyjątek taki jest – deklaratoryjnie – potwierdzony przez jakąkolwiek decyzję administracyjną lub wyrok sądowy, to dokonana w nich weryfikacja samooceny stron porozumień nie ma charakteru prospektywnego (*does not have a prospective effect*)⁵⁶, może być każdorazowo zmieniona wraz ze zmianą okoliczności prawnych i faktycznych, w jakich porozumienie jest wykonywane, a więc strony takiego porozumienia ponoszą pełne ryzyko utraty przywileju wyjątku legalnego w dowolnym momencie w przyszłości⁵⁷ i na gruncie nowej samooceny dokonanej lub nowego deklaratoryjnego rozstrzygnięcia władzy publicznej podjętego w świetle nowych okoliczności faktycznych i prawnych mających wpływ na jego ocenę.

Jako że takie same cechy ma także samoocena i weryfikacja tej samooceny dokonywana na gruncie art. 8 ust. 1 uokik, wspólnotowe i polskie legalne wyjątki indywidualne (wyjątki na zasadzie indywidualnej samooceny) uznane zostały powyżej za instrumenty racjonalizacji *ex post* stosowania zakazu porozumień ograniczających konkurencję.

29. Legalne wyjątki indywidualne (wyjątki na zasadzie samooceny) nie są przedmiotem niniejszej pracy. Warto jednak na zakończenie tych rozważań odnieść się do problemu nazewnictwa ww. wyjątków. O ile nie budzi zastrzeżeń w literaturze – w żadnym z państw członkowskich UE, w tym w Polsce – nazywanie wyjątków legalnych (normatywnych) służących jednoznacznie relatywizacji zakazu porozumień ograniczających konkurencję (wszelkich porozumień bagatelnych i określonych grup porozumień niebagatelnych) „wyłączeniami”, o tyle w literaturze polskiej sporne jest posługiwanie się pojęciem „wyłączenie indywidualne”⁵⁸ lub „zwolnienie indywidualne”⁵⁹ na określenie „decyzji niestwierdzającej praktyki ograniczającej konkurencję”, wydawanej na gruncie art. 11 ust. 2 w zw. z art. 7 ust. 1 uokik z 2000 r., oraz aktu samooceny i „decyzji o umorzeniu postępowania”, wydawanej na podstawie art. 105 K.p.a. w zw. z art. 8 ust. 1 uokik z 2007 r. Byliśmy⁶⁰ i jesteśmy⁶¹ zdania, że więcej przemawia za poniechaniem niż za utrzymaniem używania pojęcia wyłączenia (zwolnienia) indywidualnego na określenie instrumentu prawnego służącego racjonalizacji *ex post* (a nie relatywizacji *ex ante*) zakazu porozumień ograniczających konkurencję, czyli odstąpienia od sankcjonowania jego naruszenia, którego podstawą jest pozytywny wynik indywidualnej samooceny speł-

⁵⁵ Zob. wytyczne w sprawie stosowania art. 81 ust. 3 TWE, pkt. 44–47.

⁵⁶ Zob. L. Ritter, W.D. Braun, *European Competition Law*, op. cit., s. 159.

⁵⁷ Także decyzja o niestwierdzeniu naruszenia art. 81 ust. 1 ze względu na spełnienie przesłanek art. 81 ust. 3 TWE (art. 10 rozporządzenia 1/2003) nie jest wydawana na czas określony.

⁵⁸ Zob.: E. Modzelewska-Wąchal, *Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów. Komentarz*, Twigger, Warszawa 2002, s. 130; o tzw. porozumieniach indywidualnych mówi także M. Tomaszewska, *Porozumienia w świetle orzecznictwa antymonopolowego – przegląd orzecznictwa*, „Glosa” 2005, nr 1.

⁵⁹ E. Kosiński, *Rodzaje i zakres sektorowych wyłączeń...*, op. cit., s. 109.

⁶⁰ Zob.: R. Janusz, M. Sachajko, T. Skoczny, *Nowa ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów*, op. cit., s. 185; A. Jurkowska, D. Miąsik, T. Skoczny, M. Szydło, *Nowa uokik z 2007 r.*, op. cit., s. 7 i nast.

⁶¹ M. Bernatt, A. Jurkowska, T. Skoczny, *Ochrona konkurencji i konsumentów*, Wydawnictwo Naukowe WZ UW, Warszawa 2007, s. 77–78.

niania warunków z art. 8 ust. 1 uokik (**wyjątku na zasadzie indywidualnej samooceny**), ewentualnie obronionego w postępowaniu administracyjnym lub sądowym, którego wszczęcie opiera się o zarzut naruszenia tego zakazu. Naszym zdaniem nie wystarczy uznanie tego instrumentu za „namiastkę wyłączenia indywidualnego, znanego z prawa wspólnotowego”⁶² lub przyznanie, że różni się on istotnie od konstytutywnego wyłączenia indywidualnego wydawanego na podstawie art. 81 ust. 3 i art. 4–9 rozporządzenia 17/62 do 30 kwietnia 2004 r. w stosunku do porozumienia dopiero zamierzonego oraz w drodze decyzji administracyjnej Komisji wydanej po przeprowadzeniu postępowania wszczętego z wniosku (zgłoszenia) stron porozumienia. „Wyłączenie indywidualne” jest więc nazwą oryginalnej instytucji wspólnotowo-prawnej, która nie występuje już od 1 maja 2004 r. w prawie wspólnotowym i nigdy nie istniała na gruncie prawa polskiego. Mimo istnienia podobieństw „wyłączenia indywidualnego”, wydawanego pod rządami rozporządzenia 17/62, z instrumentami pozwalającymi na legalizację (acz następczą) zakazanych porozumień ograniczających konkurencję, w tym w szczególności wspólnym kryteriom wyłączenia grupowego i indywidualnego odstąpienia od sankcjonowania tego zakazu, termin „wyłączenie indywidualne” nie odzwierciedla istoty prawnej instrumentu wyłączenia sankcjonowania naruszenia zakazu porozumień ograniczających konkurencję na gruncie uokik z 2000 r. i uokik z 2007 r. Zwłaszcza „nowy” kształt tego instrumentu – także w prawie wspólnotowym – sprawia, że „wyłączenie indywidualne” nie może być już przeciwstawiane „wyłączeniu grupowemu”, jako że obie instytucje mają dziś zupełnie odmienny charakter. W obecnym stanie prawnym uzasadnione wydaje się ograniczenie zakresu pojęcia „wyłączenie” jedynie do wyłączeń grupowych, w innych przypadkach należy raczej stosować pojęcie „wyjątek”.

Warto zauważyć, że także w doktrynie wspólnotowego prawa konkurencji coraz częściej używane jest – dla określenia obecnego sposobu stosowania art. 81 ust. 3 TWE – pojęcie „wyjątku prawnego” (ang. *legal exception*)⁶³. L. Kjølbbye, A. Nikpay, F. Faull wprost piszą⁶⁴: „Wraz z wejściem w życie rozporządzenia 1/2003... art. 81 ust. 3 Traktatu stał się bezpośrednio stosownym wyjątkiem [*directly applicable exception*]. Pojęcie ‘wyłączenie indywidualne’ [*individual exemption*], które było ściśle powiązane z poprzednim systemem egzekwowania [art. 81 ust. 3 TWE], bazującym na notyfikacji, nie jest już używane [*is no longer used*]”.

2.5. Rodzaje wyłączeń grupowych – wyłączenia horyzontalne i sektorowe

30. Za wyjątkiem przepisów dotyczących liberalizacji określonych rynków, reguły ochrony konkurencji stosowane są horyzontalnie, w zasadzie we wszystkich dziedzinach gospodarki. Powszechnie (bez względu na rynek czy branżę) stosowane zasady zwalczania niedozwolonych praktyk rynkowych, wymierzonych w konkurentów, kontrahentów czy konsumentów, określane są jako generalne (ogólne) reguły ochrony konkurencji. Na poziomie wspólnotowym reguły ochrony konkurencji tego rodzaju zawarte są w art. 81–89 TWE. Na gruncie krajowym za generalne reguły ochrony konkurencji należy uznać przepisy ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów.

31. Spod tak określonych ogólnych reguł konkurencji istnieją wyłączenia, zwane przez E. Kosińskiego „wyłączeniami generalnymi”, w odróżnieniu od „zwolnień blokowych”

⁶² Zob. K. Strzyczkowski, *Nowe prawo konkurencji. Uwagi o projekcie ustawy o ochronie konkurentów i konsumentów*, „PUG” 2000, nr 9, s. 4.

⁶³ A. P. Komminos, *Modernisation and Decentralisation...*, op. cit., s. 631, 642.

⁶⁴ L. Kjølbbye, A. Nikpay, F. Faull, w: Faull & Nikpay, *The EC Law of Competition*, op. cit., s. 291.

(wyłączeń grupowych), i podzielone przezeń na „całkowite wyłączenie generalne” bez szczególnej regulacji ochrony konkurencji (sektory niekonkurencyjne) i ze szczególną regulacją ochrony konkurencji oraz „częściowe wyłączenie generalne” z częściową szczególną regulacją ochrony konkurencji⁶⁵. T. Skoczny traktuje sektorowe reguły ochrony konkurencji, wyodrębnione ze względu na to, że prawodawca (wspólnotowy lub krajowy) przewiduje dla określonych branż lub rynków szczegółowe zasady funkcjonowania i ochrony mechanizmu konkurencji, jako uzupełnienie reguł generalnych; na gruncie prawa wspólnotowego wyróżnia w nich dwie zasadnicze podgrupy: reguły odrębne (stworzone dla sektorów, dla których twórcy traktatów ustanawiających wspólnoty europejskie wybrali model integracji politycznej i do których generalne reguły konkurencji nie miały bezpośrednio zastosowania) i reguły szczególne (stworzone dla niektórych sektorów, których specyfika wymagała stosowania ogólnych reguł – przynajmniej przez jakiś okres – w sposób odbiegających od zasad stosowanych powszechnie – zasad uniwersalnych)⁶⁶.

32. Odrębne sektorowe reguły konkurencji we Wspólnocie Europejskiej stworzono przede wszystkim w transporcie. W odniesieniu do sektora transportu Traktat o WE nie zawiera przepisu wyłączającego wprost stosowanie generalnych reguł konkurencji, niemniej jednak Rada – działając na podstawie art. 75 ust. 1 lit. d) TWE – na poziomie prawa wtórnego wyłączyła jednak stosowanie w transporcie rozporządzenia 17/62, tj. regulacji wykonawczej do art. 81 i 82 TWE⁶⁷. Zgodnie z art. 1 rozporządzenia 141, rozporządzenie 17/62 nie znajdowało zastosowania do nadużywania pozycji dominującej na rynku transportowym oraz do tych porozumień, decyzji i praktyk uzgodnionych w transporcie, których celem lub efektem jest ustalanie stawek i warunków transportu, ograniczanie lub kontrolowanie podaży usług, bądź podział rynków⁶⁸. Ponadto Rada – na mocy rozporządzenia 1017/68⁶⁹ – przewidziała szczególne reguły konkurencji dla transportu kolejowego, drogowego i żeglugi śródlądowej (tj. tych podsektorów transportu, do których miały zastosowanie przepisy Tytułu V TWE), a następnie w latach 80. Rada ustanowiła także reguły konkurencji dla dwóch kolejnych podsektorów: żeglugi morskiej (rozporządzenie 4056/86)⁷⁰ i transportu lotniczego (rozporządzenie 3975/87)⁷¹.

Jednym z elementem odrębnych reguł konkurencji w transporcie morskim i lotniczym były wyłączenia grupowe, szczegółowo zaprezentowane w niniejszej publikacji. Wyłączeń takich nie było natomiast nigdy w Polsce.

33. Szczególne sektorowe reguły konkurencji we Wspólnocie Europejskiej stworzono m.in. w sektorze ubezpieczeń i w sektorze motoryzacyjnym. W sektorze ubezpieczeń stworzono – tak we Wspólnocie, jak i w Polsce – wyłączenia grupowe dla koopera-

⁶⁵ E. Kosiński, *Rodzaje i zakres sektorowych wyłączeń...*, op. cit., s. 133 i nast., 213 i nast.

⁶⁶ Zob. szerzej T. Skoczny, *Sektorowe reguły konkurencji w prawie wspólnotowym*, op. cit., s. 18 i nast.

⁶⁷ Rozporządzenie (EWG) nr 141 Rady z 26 listopada 1962 r. wyłączające stosowanie Rozporządzenia nr 17 do transportu (Dz. U. EWG 1962 L 124, s. 2751/62, wyd. specjalne 1959–62, s. 291); w jęz. polskim opublikowane w: E. Piontek, W. Świtalski, M. Zylisz, S. Szeremeta, *Konkurencja a regulacja w transporcie*, PHARE: Harmonizacja polskiego prawa antymonopolowego z regułami konkurencji Unii Europejskiej, seria: *Konkurencja i regulacja w wybranych dziedzinach*, Urząd Antymonopolowy, Warszawa 1995, s. 123-124.

⁶⁸ Zob. T. Skoczny, *Zakres i rozwój prawa konkurencji...*, op. cit., s. 17.

⁶⁹ Rozporządzenie (EWG) nr 1017/68 Rady z 19 lipca 1968 r. w sprawie stosowania reguł konkurencji do transportu kolejowego, drogowego i żeglugi śródlądowej (Dz. U. EWG 1968 L 175/1, wyd. spec. 1968, s. 302).

⁷⁰ Zob. artykuł M.A. Nesterowicz, I. Zużewicz-Wiewiórowska, *Wyłączenia dla porozumień w transporcie morskim*, publikowany w niniejszym tomie.

⁷¹ Zob. artykuł T. Skoczny, *Wygaśnięcie wyłączeń lotniczych*, publikowany w niniejszym tomie.

cji towarzystw ubezpieczeniowych. W sektorze motoryzacyjnym natomiast stworzono – również zarówno we Wspólnocie, jak i w Polsce – wyłączenia grupowe dla dystrybucji nowych samochodów i części zamiennych oraz usług serwisowych. Obu tym szczególnym sektorowym wyłączeniom grupowym poświęcone są odrębne rozdziały pracy.

34. Pozostałe wyłączenia grupowe (wyłączenia specjalizacyjne i badawczo-rozwojowe, wertykalne i licencyjne) mają charakter horyzontalny, czyli stosują się we wszystkich sektorach gospodarki wspólnotowej, w których realizowany jest model integracji rynkowej⁷², oraz we wszystkich pozostałych sektorach gospodarki polskiej. Ich prezentacja stanowi podstawową część niniejszej książki.

3. Przesłanki stosowania wyłączeń grupowych

3.1. Ogólny kontekst gospodarczy wyłączeń

35. Wyłączenia grupowe dotyczą zawsze takich kategorii porozumień, które mają lub mogą mieć istotne znaczenie dla obrotu gospodarczego. Jedynie w odniesieniu do porozumień dystrybucyjnych wydaje się natomiast potwierdzać teza o powszechności występowania wyłączonych porozumień w praktyce gospodarczej. W odniesieniu do niektórych kategorii porozumień (np. kooperacji badawczo-rozwojowej) ustanowienie wyłączeń grupowych ma raczej służyć zachęceniu przedsiębiorców do podejmowania współpracy w tej dziedzinie. Wyłączenia grupowe mogą pośrednio wspierać rozwój gospodarczy, przyczyniając się do popularyzowania współpracy przedsiębiorców w różnych aspektach procesu gospodarowania (np. dystrybucja, innowacje) lub rozwoju określonych sektorów (np. ubezpieczenia)⁷³. Wyłączenia grupowe mogą być skutecznym instrumentem pobudzania współpracy przedsiębiorców w wielu dziedzinach i formach. Ustanawianie wyłączeń grupowych może i powinno wpisywać się w realizację określonych polityk gospodarczych, takich jak np. polityka przemysłowa. Takie pozytywne efekty mogą zostać osiągnięte dzięki precyzyjnemu zdefiniowaniu pola dopuszczalnej współpracy między przedsiębiorcami. Wyłączenia grupowe poszerzają pole wolności przedsiębiorców. Jednocześnie wydanie odpowiednich rozporządzeń wyłączających zapewnia im większą pewność prawną co do podejmowanych przedsięwzięć gospodarczych.

36. Na ogólny kontekst gospodarczy porozumień wyłączanych grupowo – jako przesłankę wyłączeń grupowych – wydaje się wyraźnie wskazywać polski ustawodawca, który w treści delegacji do wydawania rozporządzeń wyłączających określone rodzaje porozumień wprost nakazuje, aby przyjmować przedmiotowe regulacje „biorąc pod uwagę korzyści, jakie mogą przynieść określone rodzaje porozumień” (art. 8 ust. 3 zd. 1 uokik). Kontekst systemowy tego przepisu każe przypuszczać, że chodzi o korzyści gospodarcze. Otwartym pozostaje pytanie, czy mogą być to jedynie korzyści „które mieszczą się w zakresie wyznaczonym przez pojęcia polepszenia produkcji, polepszenia dystrybucji towarów, polepszenia postępu technicznego, polepszenia postępu gospodar-

⁷² Zob. szerzej T. Skoczny, *Sektorowe reguły konkurencji w prawie wspólnotowym*, op. cit., s. 11 i nast.

⁷³ Syntetyczne omówienie ekonomicznego kontekstu wyłączenia określonych kategorii porozumień dokonane zostało w: A. Jurkowska, T. Skoczny, *Wyłączenia grupowe spod zakazu porozumień ograniczających konkurencję – w poszukiwaniu nowoczesnych regulacji w Polsce*, w: *Zarządzanie i rozwój. Księga jubileuszowa. 35-lecie Wydziału Zarządzania Uniwersytetu Warszawskiego*, Wydawnictwo Naukowe WZ UW, Warszawa 2007, s. 308–313.

czego oraz które przynoszą korzyści nabywcom towarów objętych porozumieniem” (tak D. Miąsik⁷⁴), czy też ustawodawca miał na myśli obszerniejszy zakres korzyści, związany z szeroko rozumianą polityką gospodarczą (np. pobudzenie rozwoju gospodarczego, tworzenie miejsc pracy, poprawa stanu środowiska itp.).

36a. Traktat o WE nie zawiera w art. 81 ust. 3 TWE podobnego zastrzeżenia, jednak ogólnogospodarcze korzyści, jakie mają przynosić wyłączenia grupowe, są wyraźnie akcentowane w preambułach do wspólnotowych rozporządzeń kompetencyjnych (rozporządzenia 2821/71 i 19/65)⁷⁵, gdzie Rada postuluje niestosowanie art. 81 ust. 1 TWE do tych grup porozumień, które „są gospodarczo pożądane i nie powodują negatywnych skutków z punktu widzenia konkurencji”. Na taki ogólny kontekst gospodarczy jako przesłankę wyłączeń grupowych wskazują również preambuły rozporządzeń dotyczących poszczególnych kategorii porozumień⁷⁶. Niemniej jednak w ocenie KE ogólna efektywność gospodarcza porozumień mieści się zasadniczo w ramach pierwszej pozytywnej przesłanki wyłączenia.

3.2. Przesłanki materialne wyłączenia ustanowione w TWE i uokik

37. Potencjalne korzyści z wyłączeń grupowych poszczególnych kategorii porozumień muszą wpisywać się w przesłanki wyłączeń spod zakazu porozumień ograniczających konkurencję wskazane w art. 81 ust. 3 TWE oraz we – wzorowanym na tym przepisie wspólnotowym – art. 8 ust. 3 uokik. Doktryna dzieli te przesłanki tradycyjnie na pozytywne i negatywne, w obydwu kategoriach przepisy wskazują po dwie okoliczności.

38. Jako pierwszą przesłankę pozytywną art. 81 ust. 3 TWE oraz art. 8 ust. 1 pkt 1 uokik wymieniają przyczynianie się do polepszania produkcji lub dystrybucji produktów oraz popieranie postępu technicznego lub gospodarczego (przesłanka podniesienia efektywności działania⁷⁷). Analiza tej przesłanki, zmierzająca do konkretyzacji korzyści, powinna uwzględnić cztery kategorie: (1) poprawę produkcji⁷⁸, (2) poprawę

⁷⁴ Zob. kom. do art. 8 uokik z 2007 r. (maszynopis niepublikowany).

⁷⁵ Rozporządzenie (EWG) nr 2821/71 Rady z dnia 20 grudnia 1971 r. w sprawie stosowania art. 85 ust. 3 do określonych grup porozumień, decyzji i praktyk uzgodnionych (Dz. U. EWG 1971 L 285/46; Dz. U. UE Polskie Wyd. Specjalne, rozdz. 8, t. 1, s. 14), dalej rozporządzenie 2821/71.

Rozporządzenie nr 19/65/EWG Rady z dnia 2 marca 1965 r. w sprawie stosowania art. 85 ust. 3 Traktatu do określonych grup porozumień i praktyk uzgodnionych (Dz. U. EWG nr 36 z dnia 6 marca 1965 r., dalej rozporządzenie 19/65) (z późn. zm.), w jęz. polskim opublikowane w: *Prawo konkurencji Wspólnoty Europejskiej. Źródła*, t. 1: *Reguły generalne*, op. cit., s. 135–142.

Zob. pkt 5.2. poniżej.

⁷⁶ Zob. m.in.:

– **pkt 6 preambuły do rozporządzenia 2790/1999** (Rozporządzenie Komisji (WE) nr 2790/1999 z dnia 22 grudnia 1999 r. w sprawie stosowania art. 81 ust. 3 Traktatu do kategorii porozumień wertykalnych i praktyk uzgodnionych (Dz. U. WE 1999 L 336/21; Dz. U. UE Polskie Wyd. Specjalne, rozdz. 8, t. 1, s. 364–368), dalej rozporządzenie 2790/1999;

– **pkt 3 preambuły do rozporządzenia 2658/2000** (Rozporządzenie (WE) nr 2658/2000 Komisji w sprawie stosowania art. 81 ust. 3 Traktatu do kategorii porozumień specjalizacyjnych (Dz. U. WE 2000 L 304/3; Dz. U. UE Polskie Wyd. Specjalne, rozdz. 8, t. 2, s. 15), dalej rozporządzenie 2658/2000;

– **pkt 5 preambuły do rozporządzenia 2659/2000** (Rozporządzenie (WE) nr 2659/2000 Komisji w sprawie stosowania art. 81 ust. 3 Traktatu do kategorii porozumień badawczo-rozwojowych (Dz. U. WE 2000 L 304/7; Dz. U. UE Polskie Wyd. Specjalne, rozdz. 8, t. 2, s. 19), dalej rozporządzenie 2659/2000.

⁷⁷ D. Miąsik, *Reguła rozsądku w prawie antymonopolowym*, Zakamycze, Kraków 2004, s. 260–266.

⁷⁸ Zob. decyzje KE w sprawach: *United Reprocessors* (Dz. U. EWG 1976 L 51/7); *GEC-Weir Sodium* (Dz. U. EWG 1977 L 327/26); *Włókna syntetyczne* (Dz. U. EWG 1984 L 207/17); *Scottish Nuclear* (Dz. U. EWG 1991 L 178/31); *Fiat/Hiachi* (Dz. U. WE 1993 L 20/10); *Ford/Volkswagen* (Dz. U. WE 1993 L 20/14); *Pasteur Merieux-Merck* (Dz. U. WE 1994 L 309/1); *Stichting Baaksten* (Dz. U. WE 1994 L 131/15); *BNP*

dystrybucji⁷⁹, (3) postęp techniczny⁸⁰, (4) postęp gospodarczy⁸¹. Wystąpienie którejkolwiek z wymienionych korzyści przesądza o spełnieniu przesłanki wyłączenia. Niektóre porozumienia realizują jednocześnie więcej niż jeden z warunków określonych w tej pierwszej przesłance, choć dla jej spełnienia nie jest konieczne wystąpienie w danym porozumieniu wszystkich rodzajów korzyści – wystarczy np. optymalizacja procesu wytwarzania czy integracja metod wytwarzania, które dotąd były używane w rozproszeniu w stosunku do różnych produktów⁸². Tak dwie pierwsze, jak i dwie pozostałe kategorie korzyści występują jako alternatywne: pierwsza pozytywna przesłanka wyłączenia jest spełniona także wtedy, jeśli tylko przyczynia się do poprawy produkcji lub dystrybucji oraz wówczas, kiedy jedynie popiera rozwój technologiczny lub gospodarczy. Przesłanki tej nie spełniają natomiast porozumienia dążące wyłącznie do redukcji kosztów, gdyż efekty tego rodzaju są postrzegane jako subiektywne korzyści uczestniczących przedsiębiorstw⁸³.

38a. Drugą pozytywną przesłankę wyłączenia stanowi obowiązek zapewnienia konsumentom odpowiedniego udziału w zysku wynikającym z porozumienia (art. 81 ust. 3 TWE; art. 8 ust. 1 pkt 2 uokik)⁸⁴. Intensywna walka konkurencyjna sprzyja interesom konsumentów, którzy mogą doświadczać niższych cen, lepszej jakości produktów itp., zaś ograniczenia konkurencji, dokonywane nawet ze względu na uzasadnione cele gospodarcze, nie mogą pozbawiać konsumentów korzyści związanych z rywalizacją rynkową producentów i dostawców. Dlatego też przepisy o wyłączeniach zastrzegają dla konsumentów rekompensatę w postaci udziału w zysku, który przedsiębiorcy czerpią z porozumienia korzystającego z wyłączenia. Zysk ten może przejawiać się m.in. w obniżeniu cen dla konsumentów⁸⁵, podniesieniu jakości produktów⁸⁶, poszerzeniu

Dresdner Bank (Dz. U. WE 1996 L 188/37). Zob. także: wyrok SAM z dnia 8 października 1997 r., sygn. XVII Ama 18/97; wyrok SAM z dnia 17 grudnia 1997 r., sygn. XVII Ama 52/97; wyrok SAM z dnia 7 lutego 2001 r., sygn. XVII Ama 25/00.

⁷⁹ Zob. decyzje KE w sprawach: *Optical Fibres* (Dz. U. EWG 1986 L 236/30); *Whitebread* (Dz. U. EWG 1990 L 100/32); *EBU/Eurowizja* (Dz. U. WE 1993 L 179/23); *Cegetel + 4* (Dz. U. WE 1999 L 218/14). Zob. także: pkt 115–118 obwieszczenia KE – wytyczne w sprawie ograniczeń wertykalnych (Dz. U. WE 2000 C 291/1; Dz. U. UE Polskie Wyd. Specjalne, rozdz. 8, t. 1, s. 390–433), dalej wytyczne w sprawie ograniczeń wertykalnych. Zob. także: wyrok SAM z dnia 4 lutego 1998 r., sygn. XVII Ama 53/97; wyrok SAM z dnia 7 lutego 2001 r., sygn. XVII Ama 25/00.

⁸⁰ Zob. decyzje KE w sprawach: *Vacuum Interrupters* (Dz. U. EWG 1977 L 48/32); *De Laval/Stork* (Dz. U. EWG 1977 L 215/11); *Carbon Gas Technologie* (Dz. U. EWG 1983 L 376/17); *BP/Kellogg* (Dz. U. EWG 1985 L 369/6); *Metal Box – Odin* (Dz. U. EWG 1990 L 209/15); *Olivetti/Digital* (Dz. U. WE 1994 L 309/24); *Konsortium ECR 900* (Dz. U. EWG 1990 L 228/31); *KSB/Goulds/Lowara/ITT* (Dz. U. EWG 1991 L 19/25); *Fujitsu/AMD* (Dz. U. WE 1994 L 341/66); *Asahi/St.Gobain* (Dz. U. WE 1994 L 354/87); *Shell/Montedison* (Dz. U. WE 1994 L 332/48).

⁸¹ Pkt 32 obwieszczenia Komisji – wytyczne w sprawie stosowania art. 81 Traktatu WE do horyzontalnych porozumień kooperacyjnych (Dz. U. WE 2001 C 3/2; Dz. U. UE Polskie Wyd. Specjalne, rozdz. 8, t. 2, s. 25), dalej wytyczne w sprawie stosowania art. 81 do porozumień kooperacji horyzontalnej. Zob. decyzje KE w sprawach: *Eurocheques* (Dz. U. EWG 1992 L 95/50); *Eurotunnel* (Dz. U. WE 1994 L 354/66); *CECED* (Dz. U. WE 2000 L 187/47); *VISA* (Dz. U. WE 2001 L 293/24).

⁸² Zob. A. Jurkowska, *Omówienie wyroku w sprawie Matra Hachette v. Komisja*, w: *Orzecznictwo sądów wspólnotowych w sprawach konkurencji w latach 1964–2004*, red. A. Jurkowska, T. Skoczny, Wolters Kluwer, Warszawa 2007, s. 328–329.

⁸³ Sprawa T-7/93 *Langnese Iglo v. Komisja* (Zb. Orz. 1995, II-1533), pkt 19. Zob. także: wyrok SAM z dnia 15 marca 1995 r., sygn. XVII Amr 66/94.

⁸⁴ Sprawa 26/76 *Metro (I) v. Komisja* (Zb. Orz. 1977, 1875), pkt 48. D. Miąsik, *Regula rozsądku...*, op. cit., s. 266–268.

⁸⁵ Zob. decyzja KE w sprawie *BT/MCI* (Dz. U. WE 1994 L 223/36).

⁸⁶ Zob. decyzje KE w sprawach: *Jaz/Peter* (Dz. U. EWG 1978 L 61/17); *EBU/Eurowizja* (Dz. U. WE 1993 L 179/23); *O2(Germany)/T-Mobile* (Dz. U. UE 2004 L 75/32).

asortymentu⁸⁷, polepszeniu dostępności produktu⁸⁸, czy poprawie serwisu posprzedażnego. Dopuszczalna jest taka sytuacja, w której korzyści powstają na kilku związanych ze sobą rynkach, pod warunkiem, że te same grupy konsumentów są beneficjentami pozytywnych rezultatów porozumienia⁸⁹.

39. Pierwsza negatywna przesłanka wyłączenia, określona w art. 81 ust. 3 lit. a) TWE i w art. 8 ust. 1 pkt 3 uokik, wyklucza możliwość nakładania na przedsiębiorców ograniczeń, które nie są niezbędne do osiągnięcia celów porozumienia⁹⁰. Przesłanka ta wymaga zbadania, czy stopień ograniczenia konkurencji przez porozumienie jest w dostatecznym wymiarze rekompensowany przez planowane korzyści dla gospodarki i konsumentów⁹¹. W ramach tej przesłanki należy zbadać na przykład to, czy przedsiębiorcy podejmujący wspólną produkcję byłiby w stanie samodzielnie penetrować rynek⁹².

39a. Druga przesłanka negatywna, wyrażona w art. 81 ust. 3 lit. b) TWE oraz art. 8 ust. 1 pkt 4 uokik, sprowadza się do zakazu eliminowania, wskutek zawarcia porozumienia, konkurencji w stosunku do znacznej części rynku właściwego⁹³. Korzyści gospodarce wynikające z wyłączonych porozumień nie mogą uzasadniać całkowitej eliminacji rywalizacji rynkowej; ograniczenia konkurencji w porozumieniach podlegających wyłączeniu grupowym są dozwolone o tyle, o ile nie znoszą one mechanizmu konkurencji na określonym rynku. Ochrona konkurencji w dłuższej perspektywie czasowej pozostaje zatem wartością nadrzędną wobec potencjalnych prokonkurencyjnych korzyści, jakie w krótszym okresie mogą wynikać z wyłączanego porozumienia. Krótkookresowe korzyści nie mogą w ostatecznym rozrachunku przeważać nad długoterminowymi stratami wynikającymi ze zjawiska „renty monopolowej”, obniżonej innowacyjności czy wyższych cen⁹⁴. Eliminacja konkurencji jest zazwyczaj niekorzystna także dla konsumentów, więc porozumienia wykluczające konkurencję nie spełniają równocześnie przesłanki odpowiedniego udziału konsumentów w zysku. W wytycznych w sprawie stosowania art. 81 ust. 3 TWE Komisja podkreśla, że przesłanka eliminacji konkurencji wobec znacznej części danych produktów jest „autonomiczną koncepcją prawa wspólnotowego związaną ze specyfiką art. 81 ust. 3 TWE”⁹⁵.

⁸⁷ Zob. decyzje KE w sprawach: *Sopelem/Vickers* (Dz. U. EWG 1978 L 70/47); *IFPI-Simulcasting* (Dz. U. UE 2003 L 107/58).

⁸⁸ Zob. decyzje KE w sprawach: *Eurotunnel* (Dz. U. WE 1994 L 354/66); *P&O Stena Line* (Dz. U. WE 1999 L 163/61). Zob. także: wyrok SAM z dnia 7 lutego 2001 r., sygn. XVII Ama 25/00.

⁸⁹ Sprawa T-86/95 *Compagnie Générale Maritime v. Komisja* (Zb. Orz. 2002, II-1011), pkt 343–345.

⁹⁰ Sprawa T-374/94 *ENS v. Komisja* (Zb. Orz. 1998, II-3141), pkt 230; decyzje KE w sprawach: *Rockwell/Iveco* (Dz. U. EWG 1983 L 224/19); *Continental/Michelin* (Dz. U. EWG 1988 L 305/33); *Philips/Osram* (Dz. U. WE 1994 L 378/34); *Atlas* (Dz. U. WE 1996 L 239/23). Zob. także: wyrok SAM z dnia 23 kwietnia 1992 r., sygn. XVII Amr 5/92; wyrok SAM z dnia 6 grudnia 1993 r., sygn. XVII Amr 35/93; wyrok SAM z dnia 15 marca 1995 r., sygn. XVII Amr 66/94.

⁹¹ Pkt 73–82 obwieszczenia KE – wytyczne w sprawie stosowania art. 81 ust. 3 TWE (Dz. U. UE 2004 C 101/97), dalej wytyczne w sprawie stosowania art. 81 ust. 3 TWE; w jęz. polskim opublikowane w niniejszym tomie. D. Goyder, *EC Competition Law*, Oxford University Press, 2003, s. 124; D. Miąsik, *Regula rozsądku...*, op. cit., s. 268–270.

⁹² Sprawa T-17/93 *Maira Hachette v. Komisja* (Zb. Orz. 1994, II-595), pkt 38. Zob. również decyzje KE w sprawach: *Atlas* (Dz. U. WE 1996 L 239/23); *Philips/Osram* (Dz. U. WE 1994 L 378/34).

⁹³ Zob. wyrok SAM z dnia 7 lutego 2001r., sygn. XVII Ama 25/00.

⁹⁴ Wytyczne w sprawie stosowania art. 81 ust. 3 TWE, pkt 104.

⁹⁵ Tamże, pkt 106. Zob. sprawa T-395/94 *Atlantic Container Line v. Komisja* (Zb. Orz. 2002, II-875), pkt 330.

40. Ustanowienie wyłączenia grupowego jest możliwe jedynie wówczas, gdy porozumienia określonej kategorii spełniają **kumulatywnie cztery przesłanki**⁹⁶ określone w art. 81 ust. 3 TWE oraz art. 8 ust. 1 uokik. Na gruncie polskiej uokik – w świetle art. 8 ust. 3 zd. 1 uokik – można ewentualnie przyjąć, że piątą, uzupełniającą przesłanką wyłączeń grupowych stanowi konieczność generowania „korzyści” przez wyłączane kategorie porozumień. Mogą to być zatem jeszcze inne korzyści niż te, o których mowa w art. 8 ust. 1 uokik z 2007 r. i ich odpowiednik w art. 81 ust. 3 TWE. Stoimy jednak na stanowisku, że mówiąc w art. 8 ust. 3 zd. 1 o „korzyściach”, ustawodawca odnosił się do ogólnego kontekstu gospodarczego wyłączeń grupowych. Rozporządzenia wspólnotowe mogą wzmiankować korzyści tego rodzaju w swoich preambułach, jednak w polskiej praktyce prawodawczej nie ma zwyczaju opatrywania aktów prawnych, zwłaszcza wykonawczych, preambułami, stąd motywy gospodarcze wydania poszczególnych regulacji nie są bezpośrednio uwidocznione w samych rozporządzeniach wyłączających, co najwyżej są one (a na pewno powinny być) przedstawione w uzasadnieniu do aktów.

41. Podkreślenia wymaga okoliczność, że ogólne przesłanki wyłączenia wskazane w Traktacie o WE oraz w polskiej ustawie podlegają swoistemu doprecyzowaniu na poziomie rozporządzeń wyłączających, które statują szczegółowe warunki wyłączeń dla konkretnych grup porozumień⁹⁷. Należy założyć, że każda kategoria porozumień, która zostanie wyłączona spod stosowania zakazu karteli w drodze rozporządzenia, realizuje obie pozytywne przesłanki wyłączenia. Wskazanie klauzul niedozwolonych czy progów ilościowych nie jest bowiem niczym innym, jak określeniem dopuszczalnego wymiaru ograniczeń konkurencji – przestrzeganie odpowiednich przepisów rozporządzeń gwarantuje zatem spełnienie negatywnych przesłanek wyłączenia.

3.3. Przesłanka formalna wyłączenia grupowego (wydanie rozporządzenia)

42. Przesłanki materialne określone w art. 81 ust. 3 TWE oraz art. 8 ust. 1 uokik stosowane są zarówno wobec wyłączeń grupowych, jak i wyjątków na zasadzie samooceny. O ile jednak istotą korzystania z tych ostatnich jest jedynie spełnienie tychże przesłanek, możliwość skorzystania z przywileju wyłączeń grupowych otwiera się dopiero wraz z wydaniem odpowiedniego rozporządzenia wyłączającego konkretną grupę porozumień. Stąd obowiązek przyjęcia aktu prawnego może być postrzegana jako dodatkowa, formalna przesłanka korzystania z wyłączenia grupowego. Wyłączenia grupowe, tak we WE, jak i w Polsce, materializują się zatem w aktach prawa powszechnie obowiązującego, wskutek czego z instytucji tej może korzystać nieograniczona ilość podmiotów.

43. Wydawanie regulacji tego rodzaju – ze względu na oczywiste różnice w systemach instytucjonalno-prawnych – odbywa się odmiennie we WE i w Polsce. Podstawą działalności organów wspólnotowych w obszarze ustanawiania wyłączeń grupowych jest art. 83 TWE zawierający delegację do wydawania przepisów wykonawczych do art. 81 i 82 TWE. Przepis ten wprost wskazuje uprawnienie Rady do „ustalenia trybu stosowania postanowień art. 81 ust. 3 z uwzględnieniem: z jednej strony – konieczności skutecznego nadzoru, z drugiej – konieczności uproszczenia, w miarę możliwości, kontroli administracyjnej” (art. 83 ust. 2 lit. b) TWE). Należy przyjąć, że w ramach wdrażania art. 81 ust. 3 TWE mieści się również ustanawianie wyłączeń grupowych. Do wyłączeń tych,

⁹⁶ Wytyczne w sprawie stosowania art. 81 ust. 3 TWE, pkt 38. Zob. sprawy: 43/82 i 63/82 *VBVB i VBBB v. Komisja* (Zb. Orz. 1984, 19), pkt 61. Zob. także decyzja Prezesa UOKiK z dnia 29 grudnia 2006 r. nr DDF3-580/1/01, s. 59 i 76.

⁹⁷ Zob. pkt 4 poniżej.

zwłaszcza sektorowych wyłączeń grupowych, można odnieść również wskazane w art. 83 ust. 2 lit. c) TWE uprawnienie Rady do „dokładnego określenia, w razie potrzeby, zakresu zastosowania postanowień art. 81 i 82 w różnych gałęziach gospodarki”.

Praktyka pokazuje, że wspólnotowy system ustanawiania wyłączeń grupowych ma charakter dwustopniowy. Najpierw zatem Rada, działając jednomyślnie na podstawie projektu Komisji i po zasięgnięciu opinii Parlamentu Europejskiego (art. 83 ust. 1 TWE), wydaje rozporządzenie kompetencyjne, delegujące na Komisję Europejską uprawnienia do wydawania rozporządzeń wyłączających, następnie Komisja – w oparciu o delegację Rady – przyjmuje rozporządzenia wyłączające konkretne grupy porozumień. Procedura taka stosowana była zarówno w odniesieniu do wyłączeń grupowych ogólnych (np. porozumienia dystrybucyjne, porozumienia specjalizacyjne), jak i sektorowych (np. porozumienia konsorcjów żeglugowych)⁹⁸. Rozporządzenia kompetencyjne Rady nie określają szczegółowo i wyczerpująco wymaganej treści regulacji wyłączających (inaczej niż robi to delegacja ustawowa w polskiej uokik). Warto jednak podkreślić, że dotąd obowiązują rozporządzenia kompetencyjne wydane jeszcze w latach 60. (rozporządzenie 19/65) i 70. (rozporządzenie 2821/71).

44. Polski prawodawca na mocy art. 8 ust. 3 uokik delegował uprawnienie do wydawania rozporządzeń wyłączających na Radę Ministrów. Obok określenia uzasadnionego gospodarczo przedmiotu wyłączenia grupowego, do obligatoryjnych elementów rozporządzeń wyłączających, wskazanych w ustawie, należą: (1) określenie warunków, jakie muszą spełniać wyłączane porozumienia (art. 8 ust. 3 pkt 1 uokik); (2) klauzule, których występowanie w porozumieniu stanowi naruszenie zakazu porozumień ograniczających konkurencję z art. 6 ust. 1 uokik (art. 8 ust. 3 pkt 2 uokik); (3) okres obowiązywania wyłączenia (art. 8 ust. 3 pkt 3 uokik). Jedynie fakultatywnie Rada Ministrów może wskazać w rozporządzeniu klauzule, których występowania w porozumieniu nie uznaje się za naruszenie art. 6. Jest to istotna zmiana w stosunku do treści delegacji ustawowej z obowiązującej wcześniej ustawy z dnia 15 grudnia 2000 r. o ochronie konkurencji i konsumentów, na podstawie której wydane zostały pierwsze polskie rozporządzenia wyłączające⁹⁹.

4. Warunki wyłączeń grupowych określone w rozporządzeniach

4.1. Uwagi ogólne

45. Jak wskazano już powyżej, na poziomie Traktatu o WE oraz uokik określone są przesłanki wyłączeń grupowych, które następnie są precyzowane – w formie warunków wyłączenia – w rozporządzeniach dotyczących określonych kategorii porozumień. Generalnie, warunki (kryteria) wyłączeń wskazane w rozporządzeniach mogą mieć wymiar ilościowy lub jakościowy. Wczesne regulacje wyłączające we WE posługiwały się w zasadzie tylko kryteriami jakościowymi. Z czasem dopiero, wraz z postępującym procesem ekonomizacji prawa ochrony konkurencji, w rozporządzeniach zaczęły pojawiać się także kryteria ilościowe. W toku ewolucji wspólnotowego prawa ochrony konkurencji wielokrotnie zmieniała się zarówno postać obydwu rodzajów kryteriów, jak i zakres poszczególnych – tak jakościowych, jak i ilościowych – warunków wyłączeń.

⁹⁸ Zob. pkt 4 poniżej.

⁹⁹ Zob. pkt 6.

Główną oś warunków współczesnych wyłączeń grupowych stanowią listy klauzul czarnych oraz kryterium ilościowe w postaci progu udziału w rynku. Należy jednak podkreślić, że porozumienia aspirujące do wyłączenia muszą kumulatywnie spełniać określone rozporządzeniami kryteria ilościowe i jakościowe.

4.2. Kryteria jakościowe

4.2.1. Uwagi ogólne

46. Jakościowe kryteria wyłączeń grupowych określane są w zasadzie na dwóch poziomach. Pierwszy z nich – poziom ogólny – stanowi jakościowe wskazanie zakresu przedmiotowego wyłączenia, rozumianego jako zbiór pewnych elementów charakteryzujących porozumienie kwalifikujące się do wyłączenia. Wśród tych elementów wyróżniają się przede wszystkim: gospodarczy cel porozumienia, przedmiot współdziałania przedsiębiorców (np. dystrybucja, produkcja), sposób organizacji współpracy przedsiębiorców (np. franchising, dystrybucja selektywna).

47. Drugi – szczegółowy – poziom określania kryteriów jakościowych wyłączeń grupowych tworzą jednostkowe kryteria odnoszące się do zdefiniowanych na poziomie ogólnym – poprzez przedmiot wyłączenia – kategorii porozumień. Szczegółowe kryteria jakościowe mogą być wyrażane na dwa sposoby. Pierwszym sposobem jest wskazanie na postanowienia umowne (klauzule), których istnienie w porozumieniu jest dozwolone (klauzule białe), dozwolone warunkowo (klauzule szare) lub zakazane (klauzule czarne). Rozporządzenie wyłączające może kompleksowo regulować kwestię dopuszczalności porozumień i zawierać tak listy klauzul czarnych, jak i białych i/lub szarych; może również wymieniać jedynie jeden rodzaj klauzul (zazwyczaj czarne). Drugi sposób wyrażania kryteriów jakościowych polega na tym, że prawodawca wskazuje inne niż klauzule warunki, jakie musi spełniać wyłączane porozumienie.

Na dwa rodzaje jakościowych kryteriów wyłączeń wyraźnie wskazuje pośrednio delegacja dla Rady Ministrów z art. 8 ust. 3 uokik – ustawodawca wymaga określenia w rozporządzeniu zarówno „warunków, jakie muszą być spełnione, aby porozumienie mogło być uznane za wyłączone spod zakazu” (art. 8 ust. 3 pkt 1 uokik)¹⁰⁰, jak i „klauzul, których występowanie w porozumieniu stanowi naruszenie art. 6” (art. 8 ust. 3 pkt 2 uokik) oraz – choć tylko fakultatywnie – „klauzul, których występowania w porozumieniu nie uznaje się za naruszenie art. 6” (art. 8 ust. 3 zd. ostatnie uokik).

48. Przykład innych „pozaklauzulowych” jakościowych kryteriów wyłączeń stanowią przede wszystkim warunki odnoszące się do ukształtowania kooperacji w porozumieniach badawczo-rozwojowych, określone tak w odpowiednim rozporządzeniu wspólnotowym (art. 3 rozporządzenia 2659/00), jak i krajowym (§ 7 rozporządzenia w sprawie wyłączenia porozumień kooperacyjnych¹⁰¹).

4.2.2. Klauzule czarne

49. Kategoria klauzul czarnych **nie jest wewnątrznie jednorodna** – tworzą ją dwie grupy postanowień. Są to: (1) **zakazane postanowienia** porozumień, występujące

¹⁰⁰ Kategoria „warunków” wskazana w art. 8 ust. 3 pkt 1 jest jednakże znacznie pojemniejsza – obok warunków jakościowych mieści ona również ilościowe warunki wyłączeń.

¹⁰¹ Rozporządzenie Rady Ministrów z dnia 19 listopada 2007 r. w sprawie wyłączenia określonych porozumień specjalizacyjnych i badawczo-rozwojowych spod zakazu porozumień ograniczających konkurencję (Dz. U. z 2007 r., nr 230, poz. 1692).

zarówno w porozumieniach horyzontalnych, jak i wertykalnych, oraz (2) **niedozwolone postanowienia** porozumień, charakteryzujące porozumienia wertykalne.

Do pierwszej wskazanej powyżej grupy **klauzul czarnych** zaliczane są tradycyjnie te postanowienia porozumień, które powodują najpoważniejsze ograniczenia konkurencji (*hardcore restraints*). Zakłada się, że klauzule te tak dalece ingerują w skuteczną konkurencję, iż **powodowane przez nie zakłócenia rywalizacji rynkowej nie mogą być przeważone przez żadne korzyści**¹⁰². Z reguły zatem występowanie takich klauzul pozbawia porozumienie możliwości spełnienia co najmniej dwóch pozytywnych przesłanek z art. 81 ust. 3 TWE oraz art. 8 ust. 1 uokik¹⁰³, postanowienia tego rodzaju trudno uznać także za niezbędne dla osiągnięcia celu porozumienia ograniczenia konkurencji (pierwsza przesłanka negatywna)¹⁰⁴. Klauzule te są zakazane bez względu na to, czy prowadzą do naruszenia zasad skutecznej konkurencji bezpośrednio (gdy mają na celu ograniczenie konkurencji) czy pośrednio (gdy wywołują, mimo braku takiego zamiaru, antykonkurencyjny skutek). Są one zakazane także wówczas, gdy powodują antykonkurencyjny skutek dopiero w powiązaniu z innymi, zależnymi od stron czynnikami. W pierwszej grupie klauzul czarnych znajdują się zatem takie postanowienia, które uznaje się za *per se* zakazane – bez względu na przedmiot współpracy gospodarczej, czy poziom udziału uczestników porozumienia w rynku. Postanowienia takie godzą w samo jądro rywalizacji rynkowej i ograniczają jej podstawowe parametry. Istnienie w porozumieniu klauzul wskazanych w rozporządzeniach wyłączających jako czarne rodzi domniemanie antykonkurencyjnego celu porozumienia (*restrictions by object*)¹⁰⁵. Współczesne klauzule czarne, których wykazy są co do zasady tożsame w różnych prawodawstwach, zostały wypracowane w toku stosowania prawa antytrustowego (wspólnotowego i krajowego) w przeciągu wielu lat, ich źródła szukać należy w prawie amerykańskim¹⁰⁶. Lista najpoważniejszych ograniczeń konkurencji (*hardcore restraints*) w porozumieniach horyzontalnych obejmuje trzy podstawowe rodzaje ograniczeń konkurencji: **cenowe, kontyngentowe i podziałowe**¹⁰⁷, zaś do najpoważniejszych ograniczeń w porozumieniach wertykalnych należą: **utrzymywanie sztywnych i minimalnych cen odsprzedaży** (*Resale Price Maintenance, RPM*), **bezwzględna ochrona terytorialna**, w tym ograniczenia sprzedaży biernej. Występowanie w porozumieniu już jednej z klauzul uznanych za najpoważniejsze ograniczenia konkurencji **pozbawia przywileju wyłączenia całe porozumienie**¹⁰⁸.

50. Oprócz klauzul stanowiących najpoważniejsze ograniczenia konkurencji, prowadzących do unieważnienia całego porozumienia, wśród klauzul czarnych występują także takie **postanowienia**, które – same w sobie niedozwolone – **nie powodują jednak unicestwienia porozumienia w całości (porozumienie obowiązuje z pominięciem danej klauzuli)**. Ta niejednorodność kategorii klauzul czarnych ujawnia się na gruncie rozporządzeń wyłączających porozumienia wertykalne („ogólne” porozumienia dystrybucyjne oraz porozumienia o dystrybucji samochodów); nie jest ona natomiast widoczna w rozporządzeniach wyłączających porozumienia horyzontalne, gdzie w zasadzie występują

¹⁰² A. Jurkowska, *Porozumienia kooperacyjne we wspólnotowym i polskim prawie ochrony konkurencji. Od formalizmu do ekonomizacji*, WPiPG, Warszawa 2005, s. 142.

¹⁰³ Wytyczne w sprawie stosowania art. 81 ust. 3 TWE, pkt 46.

¹⁰⁴ Tamże, pkt 79.

¹⁰⁵ Wytyczne w sprawie stosowania art. 81 ust. 3 TWE, pkt 23.

¹⁰⁶ T. Skoczny, *Ustawodawstwo antymonopolowe na świecie w latach 1890–1989*, Wyd. Przemiany, Warszawa 1990, s. 14; A. Jurkowska, *Porozumienia kooperacyjne...*, op. cit., s. 142.

¹⁰⁷ R. Whish, *Competition Law*, Fourth Edition, Butterworths, London, Edinburgh 2001, s. 415.

¹⁰⁸ Wytyczne w sprawie stosowania art. 81 TWE do porozumień kooperacji horyzontalnej, pkt 37.

tylko klauzule bezwzględnie (*per se*) zakazane. W konsekwencji, **jedynie w odniesieniu do porozumień poziomych klauzule czarne mogą być definiowane jako postanowienia bezwzględnie (*per se*) zakazane.** W przypadku **porozumień wertykalnych** klauzule czarne obejmują zarówno **klauzule (*per se*) zakazane** (powodujące nieważność całego porozumienia), jak i **klauzule niedozwolone**.

Podział na klauzule zakazane i niedozwolone może budzić jednak wątpliwości ze względu na brzmienie przepisów niektórych polskich rozporządzeń, które wskazując na „klauzule, które stanowią naruszenie art. 6 ustawy”, określają je jako „klauzule niedozwolone” (§ 1 pkt 3 rozporządzenia wyłączającego porozumienia specjalizacyjne i badawczo-rozwojowe; § 1 pkt 2 rozporządzenia wyłączającego porozumienia wertykalne; § 1 pkt 2 rozporządzenia wyłączającego porozumienia o transferze technologii). Nie ma przy tym wątpliwości co do tego, że polski prawodawca – wyznaczając kategorię „klauzul niedozwolonych” miał na myśli tylko klauzule bezwzględnie zakazane (w przypadku wyłączenia dla porozumień specjalizacyjnych i badawczo-rozwojowych) lub klauzule bezwzględnie zakazane oraz klauzule niedozwolone (np. w przypadku wyłączenia dla porozumień). W tej sytuacji, posługując się pojęciem klauzul czarnych w doktrynie, należy precyzować, czy chodzi o **szerokie (klauzule *per se* zakazane i niedozwolone)**, czy też **wąskie rozumienie** tego terminu (**tylko klauzule *per se* zakazane**). Klauzule czarne w rozumieniu wąskim występują tylko na gruncie rozporządzeń wyłączających porozumienia horyzontalne.

51. Klauzule czarne stanowią, obok ilościowego kryterium udziału w rynku, istotę warunków jakościowych współczesnych wyłączeń grupowych i wyznaczają granicę swobody przedsiębiorców w konstruowaniu zasad współpracy gospodarczej. Listy klauzul czarnych gwarantują z jednej strony minimalny poziom ochrony konkurencji, z drugiej zaś – maksymalną elastyczność dla kształtowania takich stosunków między przedsiębiorcami, które zdolne są do generowania optymalnych korzyści gospodarczych.

4.2.3. Klauzule białe

52. Do klauzul białych należą takie postanowienia, które **co do zasady nie wywierają negatywnych skutków dla konkurencji** i przez to **nie naruszają zakazu porozumień ograniczających konkurencję** z art. 81 ust. 1 TWE oraz art. 6 ust. 1 uokik. Brak naruszenia zakazu może wynikać stąd, że analizowane postanowienia są rzeczywiście neutralne dla konkurencji¹⁰⁹ (klauzule białe w rozumieniu wąskim) bądź mogą one ograniczać konkurencję w niewielkim stopniu, stanowiąc jednocześnie warunek zabezpieczenia pożądanych korzyści dla stron i konsumentów¹¹⁰ (klauzule białe w rozumieniu szerokim). W tym pierwszym przypadku klauzule zazwyczaj w ogóle nie dotyczą sfery stosunków konkurencyjnych między przedsiębiorcami, mogą natomiast znacząco wpływać na zakres relacji między podejmującymi współpracę przedsiębiorcami oraz ich jakość. Z kolei klauzule białe w rozumieniu szerokim winny być postrzegane jako tzw. niezbędne ograniczenia konkurencji (*ancillary restraints*), których istnienie jest

¹⁰⁹ Zob. pkt 11 preambuły do rozporządzenia 418/85 (Rozporządzenie (EWG) nr 418/85 Komisji z dnia 19 grudnia 1984 r. w sprawie stosowania art. 85 ust. 3 do kategorii porozumień badawczo-rozwojowych (Dz. U. EWG 1985 L 53/5), w jęz. polskim opublikowane w: M. du Vall, *Reguły konkurencji a umowy o prace badawczo-rozwojowe (Raport)*, w: *Reguły konkurencji a umowy o prace badawczo-rozwojowe*, PHARE: Harmonizacja Polskiego Prawa Antymonopolowego z Regulami Konkurencji Unii Europejskiej, seria: *Reguły konkurencji a wybrane rodzaje porozumień*, Urząd Antymonopolowy, Warszawa 1995, s. 79–94; (dalej rozporządzenie 418/85).

¹¹⁰ Tamże, pkt 6.

warunkiem realizacji danego porozumienia. Najlepszy przykład dozwolonych ograniczeń tego rodzaju stanowią postanowienia o wielkości produkcji, które same w sobie mają charakter zakazanych uzgodnień kontyngentowych, jednak są one niezbędne do tego, aby w rzeczywistości funkcjonowały porozumienia specjalizacyjne.

53. Namiastki doktryny niezbędnych ograniczeń pojawiły się już w orzeczeniach dotyczących porozumień wertykalnych, wydanych przez ETS w latach 60. (wyroki w sprawach: *STM v. Maschinenbau*¹¹¹, *Consten v. Grundig*¹¹²), 70. (*Metro*¹¹³) oraz 80. (*Pronuptia*¹¹⁴, *Nungesser*¹¹⁵, *Remia*¹¹⁶). Bezpośrednie orzecznicze odniesienia do doktryny niezbędnych ograniczeń w porozumieniach poziomych zaistniały dopiero w latach 90., w wyrokach ETS wydanych w związku ze sprawami dotyczącymi spółdzielni rolniczych¹¹⁷. Kluczową rolę dla rozwoju doktryny niezbędnych ograniczeń konkurencji odegrało jednak wydane w 2001 r. orzeczenie w sprawie *Métropole*¹¹⁸, gdzie po raz pierwszy dokonana została kompleksowa analiza i wykładnia tej doktryny¹¹⁹. Stanowisko przyjęte przez Sąd znalazło odzwierciedlenie w wytycznych w sprawie stosowania art. 81 ust. 3 TWE¹²⁰.

54. Podkreślenia wymaga fakt, że współczesne wspólnotowe prawo konkurencji operuje pojęciem klauzul białych – jak się wydaje – jedynie w zidentyfikowanym powyżej rozumieniu wąskim. Klauzule stanowiące „niezbędne ograniczenia konkurencji” nie są traktowane jako „klauzule białe”, a raczej jako postanowienia specyficzne, stanowiące same w sobie odrębną kategorię pojęciową. Świadczy o tym między innymi deklaracja Komisji wyrażona w preambułach do rozporządzeń wyłączających porozumienia horyzontalne, w której stwierdza ona, że „właściwym jest odchodzenie od podejścia polegającego na wyliczeniu wyłączonych postanowień”¹²¹. Jednocześnie obydwie regulacje wskazują na takie postanowienia porozumień, które stanowią „niezbędne ograniczenia konkurencji” – Komisja wyraźnie jednak nie chce nazywać takich postanowień „klauzulami białymi”.

Polski ustawodawca, jak się wydaje, na gruncie wyłączeń grupowych wydanych na podstawie uokik z 2007 r. również opowiada się za wąskim rozumieniem klauzul białych. Jedynie jedno nowe rozporządzenie wyłączające (porozumienia specjalizacyjne i badawczo-rozwojowe) przewiduje „klauzule, których występowania w porozumieniu nie uznaje się za naruszenie art. 6” – wskazane w tej regulacji postanowienia mają charakter niezbędnych ograniczeń konkurencji, warunkujących funkcjonowanie porozumień danego rodzaju. Kategorii „niezbędnych ograniczeń konkurencji” nie znajdziemy natomiast w rozporządzeniach wyłączających porozumienia wertykalne – pewien stopień ograniczenia konkurencji jest bowiem immanentną częścią takich systemów dystrybucyjnych, jak

¹¹¹ Sprawa *STM v. Maschinenbau Ulm* (Zb. Orz. 1966, 235).

¹¹² Sprawa 56/64 i 58/64 *Consten v. Grundig* (Zb. Orz. 1966, 299).

¹¹³ Sprawa 26/76 *Metro v. Komisja* (Zb. Orz. 1977, 1875).

¹¹⁴ Sprawa 161/84 *Pronuptia v. Komisja* (Zb. Orz. 1986, 353).

¹¹⁵ Sprawa 258/78 *Nungesser v. Komisja* (Zb. Orz. 1982, 2015).

¹¹⁶ Sprawa 42/84 *Remia v. Komisja* (Zb. Orz. 1985, 2545).

¹¹⁷ C-250/92 *Göttrup–Klim* (Zb. Orz. 1994, I-5641); C-399/93 *Coberco* (Zb. Orz. 1995, I-4515); C-319/93, C-40/94, C-224/94 *Frico Domo (Campina)* (Zb. Orz. 1994, I-5641).

¹¹⁸ T-112/99 *Métropole* (Zb. Orz. 2001, II-97).

¹¹⁹ A. Jurkowska, *Doktryna niezbędnych ograniczeń we wspólnotowym orzecznictwie antymonopolowym w sprawach porozumień ograniczających konkurencję*, „Problemy Zarządzania” 2004, nr 3(5), s. 53–54. Zob. także przegląd orzecznictwa dotyczącego doktryny *ancillary restraints* dokonany w: Faull & Nikpay, *The EC Law of Competition*, op. cit., s. 235–244

¹²⁰ Wytyczne w sprawie stosowania art. 81 ust. 3 TWE, pkt 28–31.

¹²¹ Zob. pkt 5 preambuły do rozporządzenia 2658/00; pkt 7 preambuły do rozporządzenia 2659/00.

dystrybucja selektywna, dystrybucja wyłączna, czy franchising. Niezbędne ograniczenia konkurencji stanowią element definicji poszczególnych systemów dystrybucji.

Warto zauważyć także, że polski ustawodawca – już na poziomie konstrukcji delegacji ustawowej do wydania rozporządzeń w art. 8 ust. 3 uokik z 2007 r. – nie postępuje się prostym przeciwstawieniem „klauzule niedozwolone” (czarne) – „klauzule dozwolone” (białe), co także może być argumentem przemawiającym za tym, że ustawodawca wskazał na możliwość określenia w rozporządzeniach wyłączających raczej postanowień generujących „niezbędne ograniczenia” konkurencji niż „tradycyjnych” klauzul białych, wyznaczających dopuszczalny zakres współpracy.

4.2.4. Klauzule szare

55. Klauzulami szarymi są takie postanowienia, których wpływ na konkurencję może różnić się zależnie od okoliczności (takich jak np. struktura rynku, zakres przedmiotowy klauzuli), ocena tych klauzul musi być często dokonana na podstawie analizy konkretnego przypadku; są to klauzule dopuszczalne warunkowo. Klauzule szare występowały m.in. w rozporządzeniu wyłączającym porozumienia o transferze technologii (rozporządzenie 240/96). W zasadzie doktryna i praktyka prawa konkurencji odeszła od trójdzielnej klasyfikacji klauzul (czarne, białe, szare), jednak nawet we współczesnych regulacjach wyłączających można zidentyfikować postanowienia przypominającej w swej istocie klauzule szare. W naszej ocenie do klauzul tego rodzaju można zaliczyć te postanowienia, których dopuszczalność uzależniona jest np. od czasu, w jakim mają one pozostać w mocy¹²².

Wyodrębnianie klauzul szarych nie ma jednak istotnego znaczenia dla praktycznego stosowania wyłączeń grupowych, można zatem przyjąć, że warunki (np. czasowe), od których zależy dozwolony lub niedozwolony charakter danej klauzuli, stanowią po prostu immanentny element klauzul czarnych.

4.3. Kryteria ilościowe

56. Kryteria ilościowe generalnie powiązane są z wyznaczaniem siły rynkowej przedsiębiorców uczestniczących w porozumieniach. Głównym zadaniem kryteriów ilościowych jest wskazanie granicy, po przekroczeniu której władza rynkowa przedsiębiorców staje się na tyle istotna, że mogą oni – zwłaszcza łącząc swoje potencjały w drodze porozumienia – znacznie oddziaływać na rynek w kierunku zniekształcania konkurencji. Wskazanie kryteriów ilościowych służy zatem **wyznaczeniu maksymalnego poziomu siły rynkowej**, jaką mogą osiągnąć uczestnicy porozumień kwalifikujących się do skorzystania z wyłączenia grupowego. Z kolei progi „bagatelności” wyznaczające kategorię „porozumień o mniejszym znaczeniu”, o czym była już mowa powyżej¹²³, poniekąd wskazują na minimalny poziom władzy rynkowej uczestników porozumień objętych wyłączeniami grupowymi.

57. Przyjęcie kryteriów ilościowych jako warunku wyłączenia stanowi zatem przejaw ekonomizacji ocen antymonopolowych porozumień, zyskiwało ono coraz to większą rolę w toku ewolucji prawa ochrony konkurencji. Warto przypomnieć, że mierzenie

¹²² Np. § 8 ust. 1 rozporządzenia RM z dnia 19 listopada 2007 r. w sprawie wyłączenia niektórych rodzajów porozumień wertykalnych spod zakazu porozumień ograniczających konkurencję (Dz. U. z 2007 r., nr 230, poz. 1691), dalej rozporządzenie wyłączające w sprawie porozumień wertykalnych.

¹²³ Zob. pkt 2.2.

siły rynkowej wiązało się, szczególnie w początkowych stadiach kształtowania i rozwoju wspólnotowego prawa konkurencji, przede wszystkim ze stosowaniem przepisów o nadużywaniu pozycji dominującej (art. 82 TWE), obecnie jednak wyznaczanie poziomu władzy rynkowej wywiera istotne piętno również w zakresie stosowania prawa porozumień, w tym instytucji wyłączeń grupowych.

Kryteria ilościowe w rozporządzeniach wyłączających określają tzw. bezpieczne porty (*safe harbours*) dla uczestników porozumień, tym samym są one jednym z głównych gwarantów pewności prawnej, jaką uzyskują – co do legalności realizowanych porozumień – przedsiębiorcy spełniający określone w rozporządzeniach warunki wyłączenia.

58. Kryteria ilościowe mogą przyjąć różną postać, wynikającą z wyboru przez prawodawcę sposobu wyznaczania siły rynkowej. **Kryterium pomiaru poziomu władzy rynkowej** może być **wielkość udziału w rynku** lub **rozmiar przedsiębiorców** uczestniczących w porozumieniu. Pierwsze wymienione kryterium wyrażane jest za pomocą wielkości procentowych, drugie zaś – poprzez kwotowe wskazanie wielkości obrotów przedsiębiorców (ogólny obrót towarami i usługami osiągnięty przez wszystkie uczestniczące przedsiębiorstwa, po odliczeniu podatku). W obydwu przypadkach chodzi oczywiście o wskazanie wielkości maksymalnych. W przeszłości w większości regulacji wyłączających kryteria ilościowe używane były łącznie – jako warunek skorzystania z wyłączenia jednocześnie wyznaczano próg udziału w rynku oraz dopuszczalną wielkość obrotów. Z czasem we WE zaczęto wycofywać się z uzależniania oceny porozumień od kryterium obrotu. Ostatecznie KE zdecydowanie opowiedziała się za definiowaniem siły rynkowej przedsiębiorstw na podstawie udziału rynku, a nie rozmiar przedsiębiorstwa, co równocześnie oznacza to, że badanie porozumień ukierunkowane jest bardziej na ich ekonomiczny wpływ na konkurencję niż wielkość uczestniczących w nich podmiotów¹²⁴. Udział w rynku lepiej niż kryteria wielkości obrotów (rozmiaru przedsiębiorstwa) odzwierciedla wpływ porozumienia na konkurencję. Dlatego, kiedy funkcjonowały podwójne kryteria ilościowe, to właśnie wysokość udziału w rynku służyła Komisji jako barometr dla badania rzeczywistych skutków porozumień, szczególnie w przypadkach, gdy brakowało odczuwalnego wpływu na konkurencję¹²⁵. Na obecnym etapie rozwoju prawa ochrony konkurencji **udział stron porozumienia w rynku** pozostaje **podstawową miarą ich siły rynkowej (podstawowym kryterium ilościowym wyłączenia)**, a tym samym jednym z determinantów wpływu danego porozumienia na konkurencję¹²⁶.

59. Kluczową kwestią dla określenia udziałów rynkowych przedsiębiorców uczestniczących w porozumieniu pozostaje wyznaczenie rynku właściwego, dokonywane z zastosowaniem odpowiedniej metodologii¹²⁷. W przypadku niektórych rodzajów porozumień określenie rynku może nastręczać pewnych trudności, szczególnie wtedy, gdy dotyczy ono produktów lub usług przyszłych. Należy zaznaczyć, że w zależności od rodzaju porozumienia próg udziału w **porozumienia horyzontalne, między konkurentami**) bądź **rynku jednego z tych uczestników**, np. dostawcy (**porozumienia wertykalne**). Rozróżnienie to wynika naturalnie z charakteru porozumień – uczestnicy porozumień pionowych nie uczestniczą w jednym i tym samym rynku właściwym.

¹²⁴ A. Jurkowska, *Porozumienia kooperacyjne...*, op. cit., s. 295.

¹²⁵ B.E. Hawk, *United States, Common Market and International Antitrust: A Comparative Guide*, 1991, suplement pkt 118.

¹²⁶ A. Jurkowska, *Porozumienia kooperacyjne...*, op. cit., s. 294.

¹²⁷ Zob. obwieszczenie Komisji w sprawie definicji rynku właściwego do celów wspólnotowego prawa konkurencji (Dz. U. WE 1997 C 372/5; Dz. U. UE Polskie Wyd. Specjalne, rozdz. 8, t. 1, s. 155).

60. Praktyczne zastosowanie kryterium ilościowego wyłączenia wymaga ustalenia **standardów obliczenia udziału w rynku**, szczególnie w obliczu tego, że wyłączenia grupowe stosowane są automatycznie, a ciężar udowodnienia spełnienia przesłanek wyłączenia spoczywa na samych zainteresowanych przedsiębiorcach. Udział w rynku wyznaczany jest w pierwszej kolejności na podstawie **wielkość sprzedaży uczestników porozumienia**, przy czym nie uwzględnia się sprzedaży dokonywanej między przedsiębiorcami należącymi do jednej grupy kapitałowej¹²⁸ (przy czym należy tutaj zastrzec, że pojęcie „grupy kapitałowej” jest właściwe dla prawa polskiego, zaś prawo wspólnotowe posługuje się terminem „przedsiębiorstwa powiązane”). Jeśli dane o wielkości sprzedaży są niedostępne, prawodawcy nakazują korzystanie z innych wiarygodnych informacji rynkowych, w tym informacji o ilości towarów będących przedmiotem sprzedaży. Udział w rynku obliczany jest zazwyczaj na podstawie danych z roku kalendarzowego poprzedzającego rok, w którym zawarte zostało porozumienie. Należy zauważyć, że oparcie metodologii obliczania udziału w rynku na kryterium wielkości sprzedaży w pewnym stopniu wiąże ze sobą stosowane kryterium udziału w rynku z wykorzystywanym w przeszłości kryterium wielkości obrotów przedsiębiorców. Ponadto, aby przyjęte kluczowe kryterium ilościowe wyłączeń odzwierciedlało rzeczywistą siłę rynkową uczestników porozumienia, konieczne jest przyjęcie w regulacjach zasady, zgodnie z którą **udział w rynku musi być obliczany dla uczestników porozumienia oraz ich grup kapitałowych**¹²⁹ (**przedsiębiorców powiązanych**¹³⁰).

61. Dla poszczególnych rodzajów porozumień poziom udziału w rynku – jako kryterium wyłączenia grupowego – określony został odrębnie. W obecnie obowiązujących regulacjach wyłączających progi udziału w rynku dla wyłączanych porozumień ustanowione są na poziomie 20–30%. Niewątpliwie przy wyznaczaniu kryterium ilościowego wyłączenia, trzeba uwzględnić fakt, że gospodarka jest podatna na zmiany, ma charakter dynamiczny, więc udział w rynku przedsiębiorców również podlega modyfikacjom. W tej sytuacji regulacje wyłączające powinny przewidywać **możliwość czasowego utrzymania wyłączenia** w przypadku **przekroczenia wskazywanych progów**. Nie zawsze bowiem zmiana poziomu udziału w rynku jest wynikiem aktywności danego przedsiębiorcy, często bywa ona rezultatem niezależnych od niego procesów (np. wycofanie się konkurenta z rynku). Takie zmiany sytuacji rynkowej, zwłaszcza te pozostające poza wpływem zainteresowanych przedsiębiorców, nie powinny powodować automatycznej utraty przywileju wyłączenia. Tak wspólnotowe, jak i krajowe rozporządzenia wyłączające zawierają przepisy umożliwiające utrzymywanie wyłączenia przez pewien okres (1–2 lata) po przekroczeniu (o 5–10%) progu udziału w rynku stanowiącego warunek wyłączenia spod zakazu porozumień ograniczających konkurencję.

Możliwość zachowania przywileju wyłączenia w przypadku czasowego przekroczenia progów udziału w rynku stanowi przejaw uelastycznienia regulacji wyłączających, wpisującego się w nurt podejścia ekonomicznego do porozumień ograniczających konkurencję. Im większy jest dozwolony poziom przekroczenia progu udziału w rynku oraz im dłużej

¹²⁸ Zob. § 6 ust. 3 rozporządzenia Rady Ministrów z dnia 13 sierpnia 2002 r. w sprawie wyłączenia porozumień specjalizacyjnych i badawczo-rozwojowych spod zakazu porozumień ograniczających konkurencję (Dz. U. z 2002 r., nr 142, poz. 1188).

¹²⁹ Zob. np. § 4 ust. 2 rozporządzenia wyłączającego w sprawie porozumień wertykalnych.

¹³⁰ Zob. § 3 ust. 4 rozporządzenia Rady Ministrów z dnia 30 lipca 2007 r. w sprawie wyłączenia niektórych rodzajów porozumień dotyczących transferu technologii spod zakazu porozumień ograniczających konkurencję (Dz. U. z 2007 r., nr 137, poz. 963).

może trwać wyłączenie porozumienia między przedsiębiorcami o zwiększonej sile rynkowej, tym bardziej liberalne pozostaje prawodawstwo przewidujące takie rozwiązania.

62. W kontekście przekroczenia kryteriów ilościowych wyłączenia ujawnia się również pytanie o to, czy porozumienie, które nie spełnia kryteriów ilościowych (nie spełniało ich nigdy lub przestało je spełniać w toku wykonywania porozumienia), ale w pełni realizuje jakościowe warunki wyłączenia (nie zawiera klauzul czarnych), może jednak korzystać z wyjątku spod zakazu porozumień ograniczających konkurencję na zasadzie samooceny? Odpowiedź na to pytanie powinna być twierdząca. Ani prawodawca wspólnotowy, ani krajowy nie zastrzegają wprost, że kategorie porozumień, dla których wydane zostały rozporządzenia wyłączające, nie mogą korzystać z wyjątku na podstawie art. 81 ust. 3 TWE lub art. 8 ust. 1 uokik. Zastrzeżenia takiego nie zawierają również odpowiednie wspólnotowe rozporządzenia kompetencyjne do wydawania regulacji wyłączających. Nie bez znaczenia pozostaje także fakt, że przesłanki z art. 81 ust. 3 TWE i art. 8 ust. 1 uokik mają charakter wyłącznie jakościowy, a nie ilościowy – nie ma zatem podstaw, aby przekroczenie jakiegoś progu udziału w rynku, określonego na poziomie prawa wtórnego lub aktu wykonawczego, pozbawiało dane porozumienie możliwości skorzystania z wyjątku na zasadzie samooceny. Co więcej, samoocena porozumienia, które spełnia kryteria jakościowe wyłączenia grupowego, jest ułatwiona, gdyż można *a priori* założyć, że porozumienie należące do kategorii porozumień wyłączonych grupowo realizuje obie pozytywne przesłanki wyjątku spod zakazu karteli, tj. przyczynianie się do rozwoju gospodarczego i technicznego oraz udział konsumentów w zysku. Spełnianie tych przesłanek leży bowiem u podstaw uznania danej grupy porozumień za kwalifikującą się do wyłączenia grupowego¹³¹. W przypadku porozumień niemieszczących się w kryteriach ilościowych wyłączeń grupowych analizie powinny zostać poddane zatem jedynie dwie pozostałe (negatywne) przesłanki, zwłaszcza przesłanka mówiąca o eliminacji konkurencji na znaczącej części rynku. Przekroczenie progów udziału w rynku wskazanych w rozporządzeniach wyłączających rodzi bowiem domniemanie, że dane porozumienie może negatywnie oddziaływać na konkurencję. Pogląd, że porozumienie, które nie spełnia ilościowych warunków wyłączenia grupowego, może skorzystać z wyjątku na zasadzie samooceny (dawnego wyłączenia indywidualnego) jest powszechnie akceptowany w literaturze i doktrynie – tak wypowiadają się: w doktrynie polskiej m.in. I. Wiszniewska¹³², I. Zużewicz¹³³, w doktrynie obcej zaś m.in. Faull & Nikpay, M. Furse¹³⁴. Jak ujmuje to M. Furse, „nie istnieją okoliczności, w których przedsiębiorstwo mogłoby korzystać z przywileju wyłączenia grupowego, a jednocześnie nie byłoby w stanie uzyskać wyłączenia grupowego”¹³⁵.

62a. O ile jednak niespełnienie kryterium ilościowego wyłączenia grupowego nie zamyka jeszcze drogi do wyjątku na zasadzie samooceny w oparciu o przesłanki z art. 81 ust. 3 TWE lub art. 8 ust. 1 uokik, o tyle – jak się wydaje – sytuacja, w której porozumienie nie dostosowuje się do kryteriów jakościowych wyłączenia grupowego pozbawia je praktycznie możliwości skorzystania z innego wyjątku i niepodlegania tym

¹³¹ Zob. Faull & Nikpay, *The EC Law of Competition*, op. cit., s. 299.

¹³² I. Wiszniewska, *Transakcje wyłączne w świetle europejskiego i polskiego prawa antymonopolowego*, w: *Reguły konkurencji a transakcje wyłączne*, PHARE: Harmonizacja polskiego prawa antymonopolowego z regułami konkurencji Unii Europejskiej. Reguły konkurencji a wybrane rodzaje porozumień, Urząd Antymonopolowy, Warszawa 1995, s. 68.

¹³³ I. Zużewicz, *Prawo antymonopolowe*, w: *Konkurencja*, red. Z. Brodecki, LexisNexis, Warszawa 2004, s. 172.

¹³⁴ M. Furse, *Competition Law of the UK & EC*, Blackstone Press Limited 1999, s. 148.

¹³⁵ Tamże.

samym zakazowi karteli. W przypadku, gdy kryteria jakościowe wyłączeń grupowych przyjmują w zasadzie tylko postać klauzul czarnych (ewentualnie klauzul stanowiących niezbędne ograniczenia konkurencji), każde naruszenie tych warunków stanowi jednocześnie niekwestionowane naruszenie zakazu z art. 81 ust. 1 TWE lub z art. 6 ust. 1 uokik.

62b. Okoliczność, że porozumienia niespełniające wymogów rozporządzeń wyłączających mogą korzystać z wyjątku na zasadzie samooceny została potwierdzona również we wspólnotowym orzecznictwie, m.in. w wyroku w sprawie C-234/89 *Henniger Brau v. Delimitis*¹³⁶.

63. Specyficzny rodzaj kryterium ilościowego stanowią warunki czasowe wyłączeń grupowych. Służą one przede wszystkim limitowaniu w czasie niektórych ograniczeń konkurencji, co do zasady dopuszczalnych w kontekście wyłączenia grupowego. Wyznaczenie okresów dopuszczalności ograniczeń musi być dokonywane w taki sposób, aby zrównoważyć z jednej strony interes publiczny w postaci utrzymania (ochrony) skutecznej konkurencji na rynku, z drugiej zaś – interes prywatny przedsiębiorców zaangażowanych w porozumienie, dla których odpowiednio długi czas wyłączenia stanowi gwarancję powodzenia podejmowanych przedsięwzięć gospodarczych. Przykład zastosowania kryterium tego rodzaju stanowi np. zakaz ograniczania zakresu konsumentów, którzy mogą być obsługiwani przez uczestników porozumienia po upływie 7 lat od chwili wprowadzenia produktów objętych porozumieniem badawczo-rozwojowym po raz pierwszy na rynek¹³⁷. Powyższe przykłady wskazują, że choć kryterium czasu samo w sobie ma wymiar ilościowy, to na poziomie konstrukcji wyłączeń grupowych staje się ono elementem kryteriów jakościowych, jakimi są klauzule. Stąd też kategoria kryteriów ilościowych we współczesnej doktrynie prawa ochrony konkurencji zawężona jest raczej tylko do wielkości wyznaczających udziały uczestników porozumień w rynku.

5. Kształtowanie się wyłączeń grupowych we Wspólnocie Europejskiej

5.1. Uwagi ogólne

64. Działania legislacyjne Wspólnoty odnoszące się do wyłączeń grupowych polegają na wydaniu bądź przepisów o charakterze proceduralnym, bądź przepisów materialnych, ustanawiających zasady wyłączeń grupowych konkretnych kategorii porozumień. Organem ochrony konkurencji we WE pozostaje Komisja, jednak jej aktywność we wdrażaniu i stosowaniu art. 81 ust. 3 TWE (w tym kształtowanie przepisów materialnych dotyczących wyłączeń) uzależniona była od uprzedniego wydania przez Radę przepisów proceduralnych. Faktycznie zatem stosowanie wspólnotowych reguł konkurencji nie było możliwe aż do dnia wejścia w życie rozporządzenia 17/62, które umożliwiło także KE przyznawanie wyłączeń indywidualnych spod art. 81 [85] TWE. Lawinowa ilość spraw z tego zakresu zmusiła organy wspólnotowe do wydania rozporządzeń ustanawiających wyłączenia grupowe spod zakazu porozumień ograniczających konkurencję. Charakterystyczne jest, że podstawy prawne wydawania rozporządzeń ustanawiających wyłączenia grupowe spod zakazu porozumień ograniczających konkurencję stworzone zostały

¹³⁶ Zb. Orz. 1991, I-935.

¹³⁷ Zob. art. 5 ust. 1 lit. e) rozporządzenia 2659/00; § 9 pkt 3 rozporządzenia w sprawie porozumień specjalizacyjnych i badawczo-rozwojowych.

odrębnie dla porozumień wertykalnych i horyzontalnych¹³⁸. Ze względu na charakter aktów prawnych ustanawiających wyłączenia grupowe (rozporządzenia), wyłączenia te wiążą i skutkują bezpośrednio na całym terytorium Wspólnoty.

65. Proces kształtowania się wyłączeń grupowych w WE, który doprowadził do funkcjonowania tej instytucji prawa konkurencji w obecnej, współczesnej postaci, można podzielić na **trzy etapy**.

Pierwszy etap przypadł na **lata 60.** i objął wydanie: rozporządzenia 17/62 (które zdeterminowało zasady wdrażania art. 81 TWE, w tym art. 81 ust. 3 TWE), rozporządzeń kompetencyjnych do wydania regulacji o wyłączeniach grupowych oraz aktów niewiążących dotyczących stosowania zakazu porozumień ograniczających konkurencję.

Drugi etap kształtowania się regulacji wyłączeniowych we WE przypadł na **lata 80.**, kiedy pojawiła się znacząca liczba rozporządzeń wyłączających określone kategorie porozumień, a także **przełom lat 80. i 90.**, gdy wydany został szereg rozporządzeń wyłączających porozumienia w podsektorach transportowych.

Wreszcie, **trzeci etap** rozwoju regulacji wyłączających można zidentyfikować w **drugiej połowie lat 90. oraz na przełomie lat 90. XX w. i początków XXI w.** – wówczas pojawiły się regulacje dotyczące wyłączeń grupowych „nowej generacji”, reprezentujące tzw. podejście ekonomiczne do oceny porozumień w świetle art. 81 TWE.

Przedstawiony podział ma jedynie charakter porządkujący – należy zastrzec, że także poza wskazanymi ramami czasowymi wspólnotowe organy ochrony konkurencji podejmowały pewne inicjatywy związane z wyłączeniami grupowymi.

5.2. Etap pierwszy – podstawy proceduralne wyłączeń grupowych i wyłączenia „pierwszej generacji” dla porozumień wertykalnych

66. Zasadnicze zręby wtórnego prawa ochrony konkurencji zaczęły rodzić się we WE w latach 60. Podstawowym, niemal „konstytucyjnym”, w zakresie wdrażania art. 81 i 82 TWE, aktem prawnym było tzw. pierwsze rozporządzenie wykonawcze 17/62 (dalej jako **rozporządzenie 17/62**), które stworzyło proceduralne podstawy wdrażania wspólnotowych reguł konkurencji. Art. 81 TWE był co do zasady bezpośrednio skuteczny i mogły go stosować także krajowe organy ochrony konkurencji, jednak dotyczyło to tylko ustępu 1. tego artykułu. Dopiero rozporządzenie 17/62, na podstawie art. 4, umożliwiło Komisji **przyznawanie tzw. wyłączeń indywidualnych** na podstawie art. 81 ust. 3 TWE. W następstwie wydania rozporządzenia 17/62 do Komisji zaczęły trafiać notyfikacje (zgłoszenia) porozumień aspirujących do wyłączeń indywidualnych spod zakazu karteli. Liczba zgłoszeń (notyfikacji) porozumień należących do poszczególnych kategorii (np. porozumienia dystrybucyjne) wraz z upływem czasu wzrastała lawinowo, co w konsekwencji skłoniło Radę do skorzystania z delegacji zawartej w art. 83 TWE i wydania rozporządzeń kompetencyjnych dotyczących wyłączeń grupowych. Jak wskazała Rada w preambule do pierwszego rozporządzenia kompetencyjnego (19/65), „w świetle wielkiej ilości zgłoszeń dokonanych zgodnie z rozporządzeniem nr 17 jest pożądane, aby Komisja, w celu przyspieszenia wykonywania swoich zadań, mogła uznać, w formie rozporządzenia, że art. 85 ust. 1 TWE nie ma zastosowania do określonych grup porozumień i praktyk uzgodnionych”. Rada podkreśliła przy tym, że określenie samych grup porozumień, które mogą podlegać wyłączeniu grupowemu oraz zasad

¹³⁸ T. Skoczny, *Zakres i rozwój prawa konkurencji...*, op. cit., s. 14–16.

tych wyłączeń jest możliwe dopiero dzięki zgromadzeniu „wystarczających doświadczeń w świetle decyzji indywidualnych”.

67. Charakterystyczne jest, że podstawy prawne wydawania przez Komisję wyłączeń grupowych stworzone zostały odrębnie dla porozumień wertykalnych i horyzontalnych¹³⁹. Rozporządzenie 19/65 upoważniło Komisję do wydania rozporządzeń wyłączających spod zakazu porozumień ograniczających konkurencję „szczególnie te porozumienia, w których uczestniczą tylko dwa przedsiębiorstwa, przy czym jedna strona zobowiązuje się dostarczać tylko drugiej stronie określone towary w celu odsprzedaży w obrębie oznaczonego obszaru wspólnego rynku lub jedna ze stron zobowiązuje się kupować tylko od drugiej strony określone towary w celu odsprzedaży, lub dwa przedsiębiorstwa składają wzajemnie zobowiązania odnośnie wyłącznej dostawy i wyłącznego zakupu w celu odsprzedaży”. Mimo zatem, że tytuł rozporządzenia nie wskazywał tego wprost, rozporządzenie 19/65 odnosiło się jedynie do porozumień (wertykalnych) dystrybucji wyłącznej. Dopiero w kilka lat po przyjęciu rozporządzenia kompetencyjnego dla porozumień wertykalnych, w 1971 r. Rada zdecydowała o wydaniu analogicznej regulacji dla porozumień horyzontalnych – rozporządzenia 2821/71. Obydwa rozporządzenia kompetencyjne obowiązują (z pewnymi zmianami w przypadku rozporządzenia 19/65) do dziś i stanowiły one podstawę wydania co najmniej dwóch generacji wyłączeń grupowych.

68. Rozporządzenia kompetencyjne określają w pierwszej kolejności **przedmiot wyłączenia**, tj. kategorię porozumień kwalifikujących się do wyłączenia na podstawie art. 81 ust 3 TWE.

W przypadku porozumień dystrybucyjnych przedmiot ten wskazany jest – w art. 1 ust. 1 rozporządzenia 19/65 – w sposób bardziej opisowy niż ma to miejsce w odniesieniu do porozumień horyzontalnych, których typy wymienia art. 1 ust. 1 rozporządzenia 2821/71. Rada pozostawiła Komisji stosunkowo dużą swobodę w zakresie kształtowania treści rozporządzeń wyłączających, nie przesądzając np. tego, na jakich kryteriach (jakościowych czy ilościowych) mogą opierać się wyłączenia grupowe. Akty te mają określać „ograniczenia lub postanowienia, które mogą lub nie mogą występować w porozumieniach, decyzjach i praktykach uzgodnionych”¹⁴⁰ – wynika stąd, że Komisja dysponuje swobodnym uznaniem co do tego, czy wyłączenia grupowe są oparte na listach klauzulach czarnych, białych, czy też jednych i drugich.

Ponadto Rada wymaga, aby Komisja określiła „postanowienia, które muszą być zawarte w porozumieniach, decyzjach i praktykach uzgodnionych lub inne warunki, które muszą być spełnione”¹⁴¹. W tej drugiej kategorii wydają się mieścić m.in. kryteria ilościowe wyłączeń. Rozporządzenia kompetencyjne ustanowiły także zasadę okresowości wyłączeń grupowych – Komisja, wydając rozporządzenia wyłączające, wskazuje okres, przez jaki mają one obowiązywać. Rada zastrzega, że rozporządzenie wyłączające „może być uchylone lub zmienione, gdy zmieniły się okoliczności w jakimkolwiek punkcie, który był istotny dla jego wydania”¹⁴². W takim przypadku należy jednak ustalić okres dostosowawczy dla porozumień podlegających poprzedniemu rozporządzeniu. Czasowy charakter regulacji wyłączających pozwala na lepsze dostosowanie

¹³⁹ T. Skoczny, *Zakres i rozwój prawa konkurencji...*, op. cit., s. 15.

¹⁴⁰ Art. 1 ust. 2 lit. a) rozporządzenia 2821/71.

¹⁴¹ Art. 1 ust. 2 lit. b) rozporządzenia 2821/71; art. 1 ust. 2 lit. a) i b) rozporządzenia 19/65.

¹⁴² Art. 2 ust. 2 rozporządzenia 2821/71; art. 2 ust. 2 rozporządzenia 19/65.

ich do zmian w sferze gospodarki i ewolucji poszczególnych sektorów¹⁴³. Wydanie rozporządzenia wyłączającego przez Komisję powinno być poprzedzone konsultacjami – wszystkim zainteresowanym podmiotom należy umożliwić zgłoszenie uwag do projektu aktu, w terminie nie krótszym niż miesiąc¹⁴⁴. Należy zaznaczyć, że Komisja realizowała tę wytyczną w szerszym nawet zakresie niż przewidywały to rozporządzenia kompetencyjne – KE zwykła konsultować nie tylko ostateczne projekty rozporządzeń, ale już same założenia nowych regulacji, takie jak np. Zielona Księga w sprawie ograniczeń wertykalnych¹⁴⁵, o ile wprowadzały one całkowicie nową jakość do wyłączeń grupowych. Przed publikacją projektu rozporządzenia, jak również przed jego wydaniem Komisja jest zobowiązana zasięgnąć opinii Komitetu Doradczego ds. Porozumień Ograniczających i Pozycji Dominujących¹⁴⁶. Ponadto, rozporządzenia przewidywały także możliwość ewentualnego retroaktywnego stosowania wydanych przez Komisję regulacji wyłączających wobec porozumień zawartych przed wejściem w życie danego rozporządzenia wyłączającego¹⁴⁷, o ile do takiego porozumienia mogła zostać wydana decyzja wsteczna zgodnie z art. 6 rozporządzenia 17/62.

Wreszcie, rozporządzenia przewidywały możliwość cofnięcia przywileju wyłączenia grupowego, jeśli Komisja stwierdzi, z urzędu lub na wniosek państwa członkowskiego, że porozumienie, które spełnia warunki wyłączenia grupowego, wywiera, mimo to, skutki niezgodne z art. 81 ust. 3 TWE. Kwestię ewentualnego cofnięcia przywileju wyłączenia podejmują obecnie także poszczególne rozporządzenia wyłączające oraz rozporządzenie nr 1/2003.

69. Ani samo stosowanie art. 81 ust. 1 TWE przez Komisję, ani też wydanie przez Radę rozporządzeń kompetencyjnych, nie wymagało co prawda obligatoryjnego stworzenia wykonawczych przepisów materialno-prawnych, niemniej jednak Komisja już w początkowym okresie wdrażania traktatowego zakazu porozumień ograniczających konkurencję (lata 60.) wydała, na podstawie rozporządzenie 19/65, rozporządzenie wyłączające grupowo porozumienia o wyłącznej dystrybucji i wyłącznych zakupach¹⁴⁸, a ponadto kilka niewiążących aktów (*soft law*) dotyczących różnych aspektów stosowania zakazu porozumień ograniczających konkurencję¹⁴⁹. Dokumenty te zawierały wyjaśnienia odnoszące się do sposobu stosowania art. 81 ust. 1 TWE do określonych kategorii porozumień, przy czym nacisk kładziony był raczej (odwrotnie niż we współczesnych regulacjach wyłączających) na dopuszczalny niż zakazany zakres współdziałania przedsiębiorstw. Do takich „instruktażowych” aktów niewiążących należały m.in.: obwieszczenie w sprawie umów o wyłącznej dystrybucji z przedstawicielami handlowymi¹⁵⁰ oraz obwieszczenie w sprawie porozumień kooperacyjnych¹⁵¹. Pod koniec lat 70. do tej

¹⁴³ I. Zużewicz, *Prawo antymonopolowe...*, op. cit., s. 172. Autorka, definiując tę cechę regulacji wyłączających, posługuje się pojęciem „tymczasowości”, co nie wydaje się do końca trafne, gdyż „tymczasowy” oznacza raczej „przejściowy” niż „ustanowiony na czas określony”.

¹⁴⁴ Art. 5 rozporządzenia 2821/71; art. 5 rozporządzenia 19/65.

¹⁴⁵ Zielona Księga dotycząca ograniczeń wertykalnych (*Green Paper on Vertical Restraints in EC Competition Policy*); tekst dostępny pod: http://europa.eu/documents/comm/green_papers/pdf/com96_721_en.pdf.

¹⁴⁶ Art. 6 rozporządzenia 19/65; art. 6 ust. 1 rozporządzenia 2821/71.

¹⁴⁷ Art. 3 rozporządzenia 19/65; art. 3 rozporządzenia 2821/71.

¹⁴⁸ Regulation No 67/67/EEC of the Commission of 22 March 1967 on the application of Article 85 (3) of the Treaty to certain categories of exclusive dealing agreements (OJ 57, 25.3.1967, pp. 849–852).

¹⁴⁹ T. Skoczny, *Zakres i rozwój prawa konkurencji...*, op. cit., s. 15.

¹⁵⁰ Dz. U. EWG nr 36 z 24.12.1962 r., s. 2921.

¹⁵¹ Wyjaśnienia w sprawie porozumień, decyzji i uzgodnionych praktyk w dziedzinie kooperacji między przedsiębiorstwami (Dz. U. EWG 1968 C 75/3; popr. Dz. U. EWG 1984 C 84); w jęz. polskim opublikowane w: M. Kępiński, A. Nowicka, *Reguły konkurencji a porozumienia kooperacyjne*, PHARE: Harmonizacja

grupy aktów niewiązujących dołączyło obwieszczenie w sprawie porozumień o podwykonawstwie¹⁵². Wypracowane wówczas przez Komisję zasady oceny antymonopolowej najpopularniejszych porozumień występujących w obrocie gospodarczym okazały się na tyle trwałe, że „obowiązywały” one stosunkowo długo – w przypadku porozumień wertykalnych do połowy lat 80., zaś w przypadku porozumień kooperacyjnych nawet do 2000 r. Dzisiaj akty te, mimo ich niewiążącego charakteru, należy postrzegać jako „prototypy” wyłączeń grupowych.

5.3. Etap drugi – wyłączenia grupowe „pierwszej generacji” dla porozumień horyzontalnych; nowe wyłączenia dla porozumień wertykalnych; pierwsze sektorowe wyłączenia grupowe

70. Mimo rosnącej liczby notyfikowanych porozumień, w latach 70. Komisja nie skorzystała z możliwości stworzonej przez rozporządzenia 2821/71 i nie wydała żadnych rozporządzeń wyłączających grupowo określone kategorie porozumień horyzontalnych. Zmiana nastąpiła dopiero w latach 80., gdy Komisja zdecydowała się na opracowanie i przyjęcie regulacji wyłączających także dla porozumień poziomych. Pierwszą regulacją wyłączeniową z dziedziny porozumień poziomych było wydane w 1982 r. rozporządzenie 3604/82 ustanawiające wyłączenie grupowe dla porozumień specjalizacyjnych (produkcyjnych)¹⁵³. Wkrótce regulacja ta została zastąpiona nowym rozporządzeniem 417/85¹⁵⁴, które w 1984 r. zostało wydane wraz z rozporządzeniem 418/85¹⁵⁵ wyłączającym porozumienia badawczo-rozwojowe. Równocześnie, ze względu na to, że w dniu 30 czerwca 1983 r. wygasło rozporządzenie 67/67 dla porozumień o wyłącznej sprzedaży, korzystając z delegacji zawartej w rozporządzeniu 19/65, Komisja przyjęła w tym zakresie nowe, obowiązujące od 1 lipca 1983 r., rozporządzenie 1983/83¹⁵⁶. Dodatkowo, Komisja zdecydowała o wydaniu bliźniaczej regulacji wyłączającej dla porozumień o wyłącznych zakupach (rozporządzenie 1984/83¹⁵⁷). Dodatkowo regulacjom tym towarzyszyło wydanie przez Komisję wyjaśnień dotyczących stosowania nowych rozporządzeń¹⁵⁸

Polskiego Prawa Antymonopolowego z Regulami Konkurencji Unii Europejskiej, seria: Reguły konkurencji a wybrane rodzaje porozumień, Urząd Antymonopolowy, Warszawa 1995, s. 119–127.

¹⁵² Dz. U. EWG 1979 C 1/2.

¹⁵³ Commission Regulation (EEC) No 3604/82 of 23 December 1982 on the application of Article 85 (3) of the Treaty to categories of specialization agreements (OJ 1982 L 376/33).

¹⁵⁴ Rozporządzenie (EWG) nr 417/85 Komisji z dnia 19 grudnia 1984 r. w sprawie stosowania art. 85 ust. 3 do kategorii porozumień specjalizacyjnych (Dz. U. EWG 1985 L 53/1), w jęz. polskim opublikowane w: Van Bael & Bellis, *Reguły konkurencji a porozumienia specjalizacyjne (Raport)*, w: *Reguły konkurencji a porozumienia specjalizacyjne*, PHARE: Harmonizacja Polskiego Prawa Antymonopolowego z Regulami Konkurencji Unii Europejskiej, seria: Reguły konkurencji a wybrane rodzaje porozumień, Urząd Antymonopolowy, Warszawa 1995, s. 201–209; dalej rozporządzenie 417/85.

¹⁵⁵ Zob. przypis 36.

¹⁵⁶ Rozporządzenie Komisji (EWG) nr 1983/83 z dnia 22 czerwca 1983 r. o zastosowaniu art. 85 ust. 3 Traktatu Rzymskiego do porozumień dotyczących wyłącznej dystrybucji (Dz. U. EWG 1983 L 173/1), dalej rozporządzenie 1983/83; w jęz. polskim opublikowane w: I. Wiszniewska, *Reguły konkurencji a transakcje wyłączne*, op. cit., s. 225–233.

¹⁵⁷ Rozporządzenie Komisji (EWG) nr 1984/83 z dnia 22 czerwca 1983 r. w sprawie stosowania art. 85 ust. 3 Traktatu Rzymskiego do porozumień dotyczących wyłącznego zakupu (Dz. U. EWG 1983 L 173/5), dalej rozporządzenie 1984/83; w jęz. polskim opublikowane w: I. Wiszniewska, *Reguły konkurencji a transakcje wyłączne*, op. cit., s. 235–250.

¹⁵⁸ Wyjaśnienia Komisji (EWG) dotyczące rozporządzeń nr 1983/83 i 1984/83 (Dz. U. EWG 1984 C 101/2, ze zm. 1992 C 2121/2), w jęz. polskim opublikowane w: I. Wiszniewska, *Reguły konkurencji a transakcje wyłączne*, op. cit., s. 251–271.

– dokument ten zastąpił akt niewiązący wydany jeszcze w latach 60. Doświadczenie Komisji w zakresie oceny porozumień dystrybucyjnych w ramach systemu wyłączeń indywidualnych zaowocowały również wydaniem w 1988 r. rozporządzenia wyłączającego dla porozumień franchisingowych (rozporządzenie 4087/88¹⁵⁹). Ponadto, w 1985 r. wydano także pierwsze rozporządzenie wyłączające porozumienia dystrybucji selektywnej w sektorze samochodowym (rozporządzenie 123/85¹⁶⁰). Nigdy nie wydano natomiast rozporządzenia wyłączającego porozumienia dystrybucji selektywnej innych towarów niż samochody¹⁶¹.

71. W latach 80. Komisja zdecydowała się również na poszerzenie kategorii porozumień wyłączanych grupowo o porozumienia licencyjne (rozporządzenie nr 2349/84¹⁶²) oraz porozumienia o know-how (rozporządzenie 556/89¹⁶³). W przyszłości obydwa te akty miała zastąpić jedna regulacja (rozporządzenie 240/96¹⁶⁴).

72. Rozporządzenia wyłączające „pierwszej generacji” charakteryzowały się tym, że – w przeciwieństwie do obecnie obowiązujących regulacji wyłączających – nie koncentrowały się one na wycisnieniach klauzul czarnych. Główną oś konstrukcji wyłączeń grupowych stanowiły wycisnienia klauzul białych i szarych¹⁶⁵, w ograniczonym zakresie – czarnych; niektóre z wyłączeń opierały się jedynie na wykazach klauzul białych (np. rozporządzenie wyłączające dla porozumień specjalizacyjnych¹⁶⁶). Marginalne znaczenie miały również kryteria ilościowe wyłączeń – niektóre z rozporządzeń wyłączających w ogóle nie zawierały warunków tego rodzaju (np. rozporządzenie wyłączające dla porozumień franchisingowych), inne posługiwały się podwójnymi kryteriami ilościowymi, tj. udział w rynku oraz obrót uczestników (np. rozporządzenie wyłączające dla porozumień badawczo-rozwojowych¹⁶⁷). Uwagę zwraca także „przedmiotowe” rozproszenie regulacji wyłączających porozumienia wertykalne – zupełnie inaczej, niż dzieje się to współcześnie, w ramach wyłączeń „pierwszej generacji” każda kategoria porozumień wertykalnych korzystała z przywileju wyłączenia na podstawie odrębnego rozporządzenia.

¹⁵⁹ Rozporządzenie (EWG) nr 4087/88 Komisji z dnia 30 listopada 1988 r. w sprawie zastosowania art. 85 ust. 3 Traktatu do umów franchisingu (Dz. U. EWG 1988 L 359/46), dalej rozporządzenie 4087/88; w jęz. polskim opublikowane w: M. Skrzek, E. Wojtaszek, *Reguły konkurencji a franchising*, PHARE: Harmonizacja polskiego prawa antymonopolowego z regułami konkurencji Unii Europejskiej. Reguły konkurencji a wybrane rodzaje porozumień, Urząd Antymonopolowy, Warszawa 1995, s. 217–230.

¹⁶⁰ Rozporządzenie (EWG) nr 123/85 Komisji z dnia 12 grudnia 1984 r. w sprawie stosowania art. 85 ust. 3 Traktatu do określonych grup porozumień dotyczących dystrybucji i serwisu pojazdów samochodowych (Dz. U. WE 1985 L 15/16); w jęz. polskim opublikowane w: E. Nowińska, *Reguły konkurencji a umowy dystrybucyjne i serwisowe w zakresie pojazdów samochodowych*, Harmonizacja polskiego prawa antymonopolowego z regułami konkurencji Unii Europejskiej. Reguły konkurencji a wybrane rodzaje porozumień, Urząd Antymonopolowy, Warszawa 1995, s. 79–95.

¹⁶¹ T. Skoczny, *Zakres i rozwój prawa konkurencji...*, op. cit., s. 20.

¹⁶² Rozporządzenie (EWG) nr 2349/84 z dnia 23 lipca 1984 r. w sprawie stosowania art. 85 ust. 3 Traktatu do określonych grup porozumień dotyczących licencji patentowych (Dz. U. EWG 1984 L 219/15); w jęz. polskim opublikowane w: M. du Vall, J. Szwaja, *Reguły konkurencji a licencje patentowe i know-how*, PHARE: Harmonizacja Polskiego Prawa Antymonopolowego z Regułami Konkurencji Unii Europejskiej, seria: Reguły konkurencji a wybrane rodzaje porozumień, Urząd Antymonopolowy, Warszawa 1996.

¹⁶³ Rozporządzenie (EWG) nr 556/89 z dnia 30 listopada 1989 r. w sprawie stosowania art. 85 ust. 3 Traktatu do określonych grup porozumień dotyczących licencji know-how (Dz. U. EWG 1989 L 21/8); w jęz. polskim opublikowane w: M. du Vall, J. Szwaja, *Reguły konkurencji a licencje patentowe i know-how*, Urząd Antymonopolowy Warszawa 1996, s. 113 i nast.

¹⁶⁴ Rozporządzenie (WE) nr 240/96 z dnia 31 stycznia 1996 r. w sprawie stosowania art. 85 ust. 3 Traktatu do określonych grup porozumień o transferze technologii (Dz. U. WE 1996 L 31/2); w jęz. polskim opublikowane w: *Prawo konkurencji Wspólnoty Europejskiej. Źródła*, t. 1: *Reguły generalne*, op. cit., s. 255–272.

¹⁶⁵ Zob. art. 3 rozporządzenia 4087/88.

¹⁶⁶ Zob. art. 1 i 2 rozporządzenia 417/85.

¹⁶⁷ Zob. art. 3 rozporządzenia 418/85.

73. Inną kategorię działań w ramach drugiego etapu kształtowania się stanowiło kształtowanie się sektorowych wyłączeń grupowych. Na przełomie lat 80. i 90. rozpoczęła się bowiem liberalizacja sektorów infrastrukturalnych, w tym transportowego. W związku z tym wydane zostały zarówno rozporządzenia upoważniające Komisję do wyłączenia spod zakazu z art. 81 ust. 1 TWE określonych grup w podsektorze transportu lotniczego (rozporządzenia 3975/87¹⁶⁸ i 3976/87¹⁶⁹, zmienione późniejszym regulacjami) i żegludowym (rozporządzenie 479/92¹⁷⁰), jak i same materialne regulacje wyłączeń¹⁷¹. Odnotowania wymaga fakt, że rozporządzenia kompetencyjne w zakresie wyłączeń w sektorze transportu, jak również same rozporządzenia wyłączające, podlegały w krótkim czasie bardzo dynamicznym zmianom, odpowiadającym zmieniającemu się sposobowi funkcjonowania tego sektora.

74. W aktywność legislacyjną dotyczącą sektorowych wyłączeń grupowych wpisują się również rozporządzenia dotyczące postrzegania w świetle traktatowych reguł konkurencji porozumień w sektorze ubezpieczeniowym. W roku 1991 Rada wydała rozporządzenie 1534/91¹⁷² upoważniające Komisję do przyjęcia wyłączenia grupowego dla porozumień w tym sektorze. Komisja skorzystała z tej delegacji rok później, wydając rozporządzenie 3922/92¹⁷³ wyłączające cztery typy porozumień kooperacyjnych między podmiotami prowadzącymi działalność ubezpieczeniową (towarzystwami ubezpieczeniowymi). Regulacja ta obowiązywała do 31 marca 2003 r.¹⁷⁴

5.4. Etap trzeci – wyłączenia grupowe „drugiej generacji”; modyfikacja i wygasanie sektorowych wyłączeń grupowych

75. Na kolejny etap rozwoju regulacji wyłączających bardzo silnie oddziaływał proces ekonomizacji wspólnotowego prawa konkurencji, które pośrednio był wynikiem zakończenia budowy rynku wewnętrznego i związanej z tym zmiany roli reguł konkurencji we WE. Zmiana ta polegała przede wszystkim na odejściu od funkcji integracyjnej

¹⁶⁸ Rozporządzenie Rady (EWG) nr 3975/87 z dnia 14 grudnia 1987 r. ustanawiające procedurę stosowania reguł konkurencji do przedsiębiorstw w sektorze transportu lotniczego (Dz. U. EWG 1989 L 374/1; Dz. U. UE Polskie Wyd. Specjalne, rozdz. 7, t. 01, s. 262).

¹⁶⁹ Rozporządzenie Rady (EWG) nr 3976/87 z dnia 14 grudnia 1987 r. w sprawie stosowania art. 85 ust. 3 Traktatu do pewnych kategorii porozumień i praktyk uzgodnionych w sektorze transportu lotniczego (Dz. U. EWG 1987 L 374/9; Dz. U. UE Polskie Wyd. Specjalne, rozdz. 7, t. 1, s. 270–272).

¹⁷⁰ Rozporządzenie Rady (EWG) nr 479/92 z dnia 25 lutego 1992 r. w sprawie stosowania art. 85 ust. 3 Traktatu do pewnych kategorii porozumień, decyzji i praktyk uzgodnionych pomiędzy kompaniami liniowymi (konsorcja) (Dz. U. WE 1992 L 55/3; Dz. U. UE Polskie Wyd. Specjalne, rozdz. 7, t. 1, s. 356–358).

¹⁷¹ Szerzej na temat regulacji wyłączających w sektorze transportu – zob. T. Skoczny, *Wygaśnięcie wyłączeń lotniczych*, oraz M.A. Nesterowicz, I. Zużewicz-Wiewiórska, *Wyłączenia dla porozumień w transporcie morskim*, publikowane w niniejszym tomie.

¹⁷² Rozporządzenie (EWG) nr 1534/91 Rady z dnia 31 maja 1991 r. w sprawie stosowania art. 85 ust. 3 TWE do niektórych grup porozumień, decyzji i praktyk uzgodnionych w sektorze ubezpieczeniowym (Dz. U. EWG 1991 L 143/1), dalej rozporządzenie 1534/91; w jęz. polskim opublikowane w: *Prawo konkurencji Wspólnoty Europejskiej. Źródła*, t. 2: *Reguły sektorowe* (wybór i opracowanie T. Skoczny), Warszawa 2002, s. 449–453.

¹⁷³ Rozporządzenie (EWG) nr 3932/92 Komisji z 21.12.1992 r. w sprawie stosowania art. 81 ust. 3 TWE do niektórych grup porozumień, decyzji i praktyk uzgodnionych w sektorze ubezpieczeniowym (Dz. U. EWG 1992 L 398/7); dalej rozporządzenie 3932/92; w jęz. polskim opublikowane w: *Prawo konkurencji Wspólnoty Europejskiej. Źródła*, t. 2: *Reguły sektorowe*, op. cit., s. 455–467.

¹⁷⁴ Zob. R. Stankiewicz, *Wyłączenie dla porozumień kooperacyjnych w sektorze ubezpieczeń*, publikowane w niniejszym tomie.

(wspierania budowy rynku wewnętrznego) na rzecz funkcji ochrony konkurencji¹⁷⁵. W ramach ekonomizacji prawa konkurencji warunki wyłączeń grupowych mogły stać się bardziej elastyczne i w znacznie szerszym zakresie mogły zostać oparte na kryteriach ekonomicznych. Kształt nowych regulacji wyłączających został poniekąd zdeterminowany nowym reżimem stosowania art. 81 ust. 3 TWE, wprowadzonym mocą rozporządzenia 1/2003. W związku ze stosowaniem art. 81 ust. 3 TWE na zasadzie samooceny zmieniła się także nieco rola rozporządzeń wyłączających, które jeszcze silniej niż do tej pory, mają spełniać funkcję gwaranta legalności porozumień w świetle zakazu karteli z art. 81 ust. 1 TWE.

Rozporządzenie 1/2003, ustanawiające nowy reżim stosowania art. 81 i 82 TWE, nie wprowadziło zasadniczych zmian co do wydawania rozporządzeń wyłączających grupowo pewne kategorie porozumień¹⁷⁶. Sama instytucja wyłączeń grupowych zachowała swój charakter prawny; wszystkie rozporządzenia wyłączające, obowiązujące w chwili wejścia w życie rozporządzenia 1/2003, pozostały w mocy, podobnie jak porozumienia objęte wyłączeniami grupowymi przed 1 maja 2004 r.¹⁷⁷ W nowym systemie wdrażania wspólnotowego prawa konkurencji wyłączenia grupowe zapewniają spójne stosowanie art. 81 ust. 3 TWE przez organy ochrony konkurencji w państwach członkowskich i w ten sposób redukują one ryzyko „denacjonalizacji” europejskiego prawa konkurencji związane z modernizacją systemu wdrażania art. 81 TWE¹⁷⁸. Sądy krajowe, orzekające w związku z prywatnymi powództwami z tytułu naruszenia zakazu z art. 81 ust. 1 TWE, nie mogą uznać rozporządzeń wyłączających za nieważne¹⁷⁹.

W warunkach reformy systemu wdrażania art. 81 TWE Komisja przystąpiła do stopniowej, zgodnej z harmonogramem wygasania rozporządzeń przyjętych w latach 80., zmiany konstrukcji poszczególnych wyłączeń grupowych. W myśl regulacji wydawanych od połowy lat 90. zasadnicze warunki wyłączeń przybrały postać klauzul czarnych (kryterium jakościowe) oraz progu udziału w rynku (kryterium ilościowe). Warto odnotować, że rozporządzenia wyłączające oparte na nowym podejściu ekonomicznym wydane zostały na podstawie regulacji kompetencyjnych pochodzących z lat 60. (rozporządzenie 19/65) i 70. (rozporządzenie 2821/71), które okazały się – co do zasady – na tyle elastyczne, że pozwoliły Komisji istotnie przebudować system wdrażania art. 81 ust. 3 TWE w postaci wyłączeń grupowych. Rozporządzenie 2821/71 nie podlegało nawet żadnym zmianom, nieco inaczej było w przypadku rozporządzenia 19/65, które zostało znowelizowane rozporządzeniem 1215/1999¹⁸⁰. U podstaw tej nowelizacji legły właśnie cele ekonomizacji prawa konkurencji, szczególnie w obszarze porozumień wertykalnych, do których dotychczasowe podejście było „powszechnie odbierane jako zbyt

¹⁷⁵ Por. T. Skoczny, *Europejskie prawo konkurencji – od doskonalenia przez modernizację w kierunku transformacji?*, w: *Studia Prawno-europejskie. Studies on European Law*, t. VI, red. M. Seweryński, Wydawnictwo Uniwersytetu Łódzkiego, Łódź 2002, s. 112 i nast.

¹⁷⁶ Zob. pkt 10 preambuły do rozporządzenia 1/2003: „(...) W dziedzinach określonych przez takie rozporządzenia **Komisja przyjęła i może przyjmować nadal rozporządzenia** o tak zwanych wyłączeniach „grupowych”, na mocy których art. 81 ust. 1 Traktatu nie ma zastosowania do pewnych kategorii porozumień, decyzji i praktyk uzgodnionych”.

¹⁷⁷ Zob. wytyczne w sprawie stosowania art. 81 ust. 3 TWE, pkt 2.

¹⁷⁸ A. P. Komninos, *Modernisation...*, op. cit., s. 642.

¹⁷⁹ Wytyczne w sprawie stosowania art. 81 ust. 3 TWE, pkt 2.

¹⁸⁰ Rozporządzenie Rady (WE) nr 1215/1999 z dnia 10 czerwca 1999 r. zmieniające rozporządzenie nr 19/65/EWG w sprawie stosowania art. 81 ust. 3 Traktatu do niektórych kategorii porozumień i praktyk uzgodnionych (Dz. U. WE 1999 L 148/1; Dz. U. UE Polskie Wyd. Specjalne, rozdz. 8, t. 1, s. 348).

surowe w kategoriach ekonomicznych, skoro struktury i techniki dystrybucji szybko się zmieniają”¹⁸¹.

76. Kategoria wyłączeń „drugiej generacji” obejmuje regulacje wyłączające: porozumienia zawierające wertykalne ograniczenia konkurencji (rozporządzenie 2790/1999¹⁸²), porozumienia specjalizacyjne (rozporządzenie 2658/00¹⁸³), porozumienia badawczo-rozwojowe (rozporządzenie 2659/00¹⁸⁴), porozumienia o transferze technologii (rozporządzenie 772/2004¹⁸⁵), porozumienia o dystrybucji samochodów (rozporządzenie 1400/2002¹⁸⁶). Wskazane powyżej regulacje zostały wydane na okres dziesięciu lat. Cechą charakterystyczną rozporządzeń „drugiej generacji” jest widoczne w nich podejście ekonomiczne do oceny porozumień, przejawiające się przede wszystkim w nadaniu priorytetowego charakteru kryteriom ilościowym (udział w rynku) wyłączeń oraz rezygnacji z wylczania klauzul białych na rzecz określenia klauzul czarnych. W wybranych przypadkach doszło także do poszerzenia zakresu wyłączeń w ramach poszczególnych grup porozumień (nowe wyłączenia grupowe objęły porozumienia dystrybucji selektywnej i porozumienia specjalizacji wzajemnej), odnotować należy także „zintegrowanie” wyłączeń dla różnych porozumień dystrybucyjnych w ramach jednej regulacji. Uzupełnieniem regulacji wyłączających są wytyczne dotyczące stosowania art. 81 ust. 1 TWE do poszczególnych kategorii porozumień (porozumienia wertykalne¹⁸⁷, porozumienia horyzontalne¹⁸⁸, porozumienia o transferze technologii¹⁸⁹, porozumienia o dystrybucji samochodów¹⁹⁰). Należy jednak zaznaczyć, że – co do zasady – wytyczne te znajdują zastosowanie dopiero wobec tych porozumień, które nie kwalifikują się do korzystania z wyłączenia grupowego. W wyjątkowych przypadkach wytyczne mogą być jednak pomocne także dla oceny, czy dane porozumienie rzeczywiście zawiera klauzule czarne, zakazane przez rozporządzenie wyłączające.

77. W trzecim etapie ewolucji wyłączeń grupowych mamy do czynienia także z modyfikacjami wyłączeń sektorowych. Postępująca liberalizacja, zwłaszcza w sektorze transportowym, skutkuje przede wszystkim ograniczaniem ilości i zakresu wyłączeń grupowych poszczególnych kategorii porozumień. W związku z wydaniem rozporządzenia nr 1/2003 modyfikacji uległy także przepisy proceduralne dotyczące konstruowania

¹⁸¹ Pkt 6 preambuły rozporządzenia 1215/1999.

¹⁸² Zob. przypis 1.

¹⁸³ Tamże.

¹⁸⁴ Tamże.

¹⁸⁵ Rozporządzenie (WE) nr 772/2004 Komisji z dnia 7 kwietnia 2004 r. w sprawie stosowania art. 81 ust. 3 TWE do grup porozumień o transferze technologii (Dz. U. UE 2004 L 123/11; Dz. U. UE Polskie Wyd. Specjalne, rozdz. 8, t. 3, s. 74).

¹⁸⁶ Rozporządzenie (WE) nr 1400/2002 Komisji z dnia 31 lipca 2002 r. w sprawie stosowania art. 81 ust. 3 Traktatu do określonych grup porozumień pionowych w sektorze samochodowym (Dz. U. WE 2002 L 203/30; Dz. U. UE Polskie Wyd. Specjalne, rozdz. 8, t. 2, s. 158).

¹⁸⁷ Zob. przypis 4.

¹⁸⁸ Zob. przypis 6.

¹⁸⁹ Wytyczne w sprawie stosowania art. 81 ust. 3 TWE do porozumień o transferze technologii (Dz. U. UE 2004 C 101/2); w jęz. polskim opublikowane w niniejszym tomie.

¹⁹⁰ Distribution and Servicing of Motor Vehicles in the European Union. Commission Regulation (EC) No. 1400/2002 of 31 July 2002 on the application of Article 81(3) of the Treaty to categories of vertical agreements and concerted practices in the motor vehicle sector. Explanatory brochure [Dystrybucja i serwis pojazdów samochodowych w Unii Europejskiej. Rozporządzenie (WE) Nr 1400/2002 Komisji z dnia 31 lipca 2002 r. w sprawie stosowania art. 81 ust. 3 Traktatu do grup wertykalnych porozumień i praktyk uzgodnionych w sektorze pojazdów samochodowych. Broszura wyjaśniająca] (cyt. dalej jako Explanatory brochure); dostępna na stronie internetowej: http://europa.eu.int/comm/competition/car_sector/distribution. Dokument ten nie jest nigdzie publikowany w języku polskim.

wyłączeń grupowych dla poszczególnych podsektorów (np. w odniesieniu do transportu lotniczego Rada, mocą rozporządzenia 411/2004¹⁹¹, całkowicie uchyliła rozporządzenie kompetencyjne 3975/87). Od lat 90. mamy do czynienia ze stopniowym wygasaniem wyłączeń dla porozumień w sektorze lotniczym – ostatnie rozporządzenia przestały obowiązywać z dniem 31 października 2007 r.¹⁹² Podobne zjawisko obserwowane jest w odniesieniu do transportu morskiego. Wyłączenie spod zakazu z art. 81 ust. 1 TWE dla konferencji żeglugowych pozostanie w mocy do 18 października 2008 r., zaś wyłączenie dla konsorcjów – do 26 kwietnia 2010 r. Komisja zamierza ponadto wydać wytyczne w sprawie stosowania art. 81 TWE w sektorze usług transportu morskiego, które prawdopodobnie przejmą funkcję rozporządzeń wyłączających jako wskazówek co do zgodności porozumień przewoźników morskich ze wspólnotowymi regułami konkurencji.

Również porozumienia kooperacyjne w ubezpieczeniach doczekały się nowej regulacji (rozporządzenie 358/2003¹⁹³), która ma obowiązywać do 31 marca 2010 r.

78. Charakterystyczną cechą wspólnotowych regulacji wyłączających jest również możliwość wycofania przywileju wyłączenia w sytuacji, gdy dane porozumienie, mimo że spełnia określone rozporządzeniem przesłanki, to w konsekwencji powoduje nadmierne ograniczenie konkurencji (skutki niezgodne z art. 81 ust. 3 TWE). Instytucja cofnięcia wyłączenia przewidziana jest zarówno w art. 29 ust. 1 rozporządzenia 1/2003, jak i we wszystkich rozporządzeniach wyłączających wydanych we Wspólnocie¹⁹⁴. Kompetencję do cofnięcia wyłączenia posiada Komisja, jednakże art. 29 ust. 2 rozporządzenia 1/2003 przewiduje także możliwość cofnięcia wyłączenia grupowego przez krajowy organ ochrony konkurencji, o ile „porozumienie, decyzja związku przedsiębiorstw lub praktyki uzgodnione, do których mają zastosowanie rozporządzenia Komisji, (...), powodują skutki niezgodne z art. 81 ust. 3 Traktatu na terytorium Państwa Członkowskiego lub jego części, która nosi znamiona odrębnego rynku geograficznego”¹⁹⁵. Cofnięcie wyłączenia przez organ krajowy skutkuje tylko wobec terytorium tego państwa, w którym dane porozumienie zostało pozbawione przywileju wyłączenia. Podkreślenia wymaga fakt, że kompetencja do cofnięcia wyłączenia przysługuje tylko administracyjnym organom ochrony konkurencji w państwach członkowskich, o cofnięciu przywileju nie mogą natomiast decydować sądy krajowe orzekające w sprawach naruszenia art. 81 TWE. Sądy nie mogą również modyfikować w żaden sposób zakresu wyłączenia określonego wspólnotowymi rozporządzeniami¹⁹⁶. „Sztwywny” sposób stosowania rozporządzeń wyłączających stanowi jedyne ograniczenie sądów krajowych w aplikowaniu art. 81 TWE.

79. Wykładnia rozporządzeń wyłączających przez sądy (zarówno wspólnotowe, jak i polskie) powinna być dokonywana w sposób zawężający i nie może ona rozciągać skutków rozporządzenia ponad to, co jest niezbędne do zabezpieczenia interesów

¹⁹¹ Rozporządzenie (WE) nr 411/2004 Rady z dnia 27 lutego 2004 r. uchylające rozporządzenie (EWG) nr 3975/87 i zmieniające rozporządzenia (EWG) nr 3976/87 i (WE) nr 1/2003 w odniesieniu do transportu lotniczego między Wspólnotą a państwami trzecimi (Dz. U. UE 2004 L 68/1; Dz. U. UE Polskie Wyd. Specjalne, rozdz. 7, t. 8, s. 17).

¹⁹² Zob. T. Skoczny, *Wygaśnięcie wyłączeń lotniczych*, publikowane w niniejszym tomie.

¹⁹³ Rozporządzenie (WE) nr 358/2003 Komisji z dnia 27 lutego 2003 r. w sprawie stosowania art. 81 ust. 3 TWE do niektórych grup porozumień, decyzji i praktyk uzgodnionych w sektorze ubezpieczeniowym (Dz. U. UE 2003 L 53/8; Dz. U. UE Polskie Wyd. Specjalne, rozdz. 8, t. 2, s. 230–238).

¹⁹⁴ Zob. m.in. art. 7 rozporządzenia 2658/00; art. 7 rozporządzenia 2659/00; art. 6 rozporządzenia 2790/1999.

¹⁹⁵ Zob. także pkt 10 preambuły do rozporządzenia 1/2003.

¹⁹⁶ Wytyczne w sprawie stosowania art. 81 ust. 3 TWE, pkt 37.

leżących u podstaw tych regulacji¹⁹⁷. Jak stwierdził SPI w wyroku w sprawie T-213/95 i T-18/96 *SCK i FNK*¹⁹⁸, jurysdykcja sądów wspólnotowych ogranicza się do badania prawidłowości zastosowania reguł proceduralnych i poprawności uzasadnienia decyzji, sprawdzenia materialnej zgodności faktów oraz ustalenia, czy nie zachodzi rażąco błąd w ocenie i nadużycie władzy.

80. Wyłączenia grupowe nie mogą być stosowane do takich działań przedsiębiorców, które podlegają zakazowi nadużywania pozycji dominującej (art. 82 TWE i art. 9 uokik), co potwierdził SPI w wyroku w sprawie T-51/89 *Tetra Pak Rausing S.A. v Komisja*¹⁹⁹.

6. Kształtowanie się wyłączeń grupowych w polskim prawie ochrony konkurencji

81. Prawodawca polski, podobnie jak inni prawodawcy w krajach ubiegających się o członkostwo we WE, już w zasadzie na etapie akceptacji modelu ochrony konkurencji musiał również zdecydować o możliwości stosowania wyłączeń grupowych w wewnętrznym systemie prawnym naszego kraju. Przyjęcie wspólnotowego wzorca regulacji, opartego na względnym zakazie porozumień ograniczających konkurencję i towarzyszącym mu wyłączeniu, nie przesądza jeszcze o praktycznym wykorzystaniu instytucji wyłączeń grupowych poprzez wydanie odpowiednich rozporządzeń. Ze względu na równoległe kompetencje Wspólnoty i państw członkowskich w dziedzinie polityki konkurencji, regulacje wyłączające nie były i nie są objęte obowiązkiem harmonizacji. Nie ma przymusu wydawania regulacji wyłączających w państwach członkowskich – o ich istnieniu oraz przedmiocie decydują same państwa członkowskie. Przepisy wspólnotowego prawa konkurencji, obok maksymalizacji dobrobytu konsumentów, realizują bowiem inne cele, które są obce polskiemu prawu konkurencji (w szczególności zapewnienie prawidłowego funkcjonowania rynku wewnętrznego). Niemniej jednak ze względów systemowych, krajowe (także polskie) wyłączenia grupowe muszą być kompatybilne z wyłączeniami wspólnotowymi. Regulacje wspólnotowe stanowią jednak główne źródło inspiracji tego typu wyłączeń w państwach członkowskich WE, w tym w Polsce. Nie ulega wątpliwości, że polscy przedsiębiorcy mają prawo do przynajmniej takiego samego poziomu pewności prawnej, jaką stwarzają przedsiębiorcom działającym na rynku wewnętrznym rozporządzenia wspólnotowe.

82. Jak wskazywano już powyżej²⁰⁰, na gruncie ustawy antymonopolowej z 1990 r. funkcjonowała tzw. klauzula rozsądku. Klauzula ta, zawarta w art. 6 ustawy antymonopolowej z 1990 r., wskazywała, że praktyka monopolistyczna nie jest zakazana, jeśli jest ona niezbędna do prowadzenia działalności gospodarczej ze względów techniczno-organizacyjnych lub ekonomicznych²⁰¹ oraz gdy nie powoduje istotnego ograniczenia konkurencji²⁰². Przesłanki wyłączenia były zatem mniej rozbudowane i różne niż te

¹⁹⁷ C-70/93 *Bayerische Motorenwerke v. ALD* (Zb. Orz. 1995, I-3439); C-266/93 *Bundeskartellamt v. Volkswagen i VAG* (Zb. Orz. 1995, I-3477). Zob. I. Zużewicz, *Prawo antymonopolowe...*, op. cit., s. 172; M. Furse, *Competition Law...*, op. cit., s. 148.

¹⁹⁸ Zb. Orz. 1997, II-1739.

¹⁹⁹ Zb. Orz. 1990, II-309. Zob. M. Furse, *Competition Law...*, op. cit., s. 149.

²⁰⁰ Zob. pkt 2.1.

²⁰¹ Doprecyzowanie przesłanki niezbędności o względy techniczno-organizacyjne lub ekonomiczne nastąpiło na podstawie nowelizacji ustawy antymonopolowej z dnia 3 lutego 1995 r. (Dz. U. z 1995 r., nr 41, poz. 208).

²⁰² Zob. wyr. SAM z 12.10.1994 r., XVII Amr 27/94 (nie publ.). Zob. także T. Skoczny, *Wprowadzenie*, w: *Prawo konkurencji. Teksty jednolite z indeksem rzeczowym*, C.H. Beck, Warszawa 1995, s. XXXII („Brak

określone przez art. 81 ust. 3 TWE i późniejsze regulacje krajowe (uokik z 2000 r. i 2007 r.), ale interpretowane były w podobny²⁰³ – zobiektywizowany, ale i możliwie wąski²⁰⁴ – sposób, „uwzględniający szerszy kontekst gospodarczy, a nie tylko interes podmiotu stosującego praktyki monopolistyczne”²⁰⁵. Klauzula rozsądku przewidziana w art. 6 ustawy antymonopolowej z 1990 r. miała jednak szersze zastosowanie niż współczesna instytucja wyłączenia w prawie wspólnotowym i krajowym – klauzula rozsądku odnosiła się bowiem zarówno do porozumień ograniczających konkurencję, jak i praktyk nadużywania pozycji dominującej (wykluczone było jedynie stosowanie tej reguły do praktyk podmiotów zajmujących pozycję monopolistyczną)²⁰⁶. Sąd Antymonopolowy, szczególnie do noweli z 1995 r., odwoływał się jednak do niej stosunkowo rzadko²⁰⁷. Reguła ta nie mogła być szczególnie często stosowana, albowiem ustawa antymonopolowa z 1990 r. z jednej strony nie określała, jakie porozumienia są przez nią zakazane, z drugiej zaś tworzyła odrębną podstawę prawną dla zakazywania wykonywania niektórych porozumień (specjalizacyjnych i syndykatowych), które w winnych systemach z reguły podlegają wyłączeniu *ex ante* lub legalizacji *ex post*. Art. 6 ustawy antymonopolowej przeznaczony był jednak do stosowania w indywidualnych przypadkach, ustawa z 1990 r. nie przewidywała natomiast żadnej formy grupowego wyłączenia spod zakazu praktyk monopolistycznych.

83. W regulacji, która zastąpiła ustawę antymonopolową, tj. w ustawie z dnia 15 grudnia 2000 r. o ochronie konkurencji i konsumentów, pojawiła się instytucja wyłączenia grupowego, wzorowanego na modelu wspólnotowym. Art. 7 ust. 1 uokik z 2000 r. ustanowił cztery przesłanki wyłączenia spod zakazu porozumień ograniczających konkurencję, odzwierciedlające regulację art. 81 ust. 3 TWE. Na podstawie art. 7 uokik z 2000 r. na Radę Ministrów delegowane zostało uprawnienie do wydania rozporządzeń wyłączających kategorie porozumień. Regulacje wyłączające mogły objąć dowolne grupy porozumień (o ile spełniały one przesłanki określone w art. 7), ponieważ ustawodawca nie przesądził zakresu przedmiotowego wyłączeń grupowych. Delegacja ustawowa miała charakter fakultatywny, Rada Ministrów nie była zobligowana do wydania odpowiednich rozporządzeń. Jeśli jednak Rada Ministrów zdecydowała się na wydanie regulacji wyłączających, ich treść musiała odpowiadać, określonym wiążąco przez ustawodawcę, wymogom. Artykuł 7 ust. 2 uokik przewidywał, że rozporządzenia wyłączające muszą określać: warunki wyłączenia („warunki, jakie muszą być spełnione, aby porozumienie mogło zostać wyłączone spod zakazu”), klauzule białe („klauzule, których występowania w porozumieniu nie uznaje się za naruszenie art. 5”, tj. zakazu porozumień ograniczających konkurencję), klauzule czarne („klauzule, których występowanie w porozumieniu uznaje się za naruszenie art. 5”), okres obowiązywania wyłączenia. Taki sposób sformułowania delegacji ustawowej przesądził o tym, że przyjęte na podstawie uokik

istotnego ograniczenia konkurencji nie wchodzi w grę w sytuacji dążenia do wyłączności rynkowej”). Szerzej o obydwu przesłankach: D. Miąsik, *Reguła rozsądku...*, op. cit., s. 376–382.

²⁰³ Szerzej: E. Wojtaszek, *Reguła rozsądku w prawie konkurencji Polski i Wspólnoty Europejskiej*, w: *Polska w Unii Europejskiej: Perspektywy, warunki, szanse i zagrożenia*, red. C. Mik, TNOiK – Dom Organizatora, Toruń 1997, s. 176.

²⁰⁴ W. Modzelewski, *Nowa ustawa o przeciwdziałaniu praktykom monopolistycznym. Podstawowe zagadnienia*, Warszawa 1990, s. 74.

²⁰⁵ S. Gronowski, *Polskie prawo antymonopolowe*, Wydawnictwo Zrzeszenia Prawników Polskich, Warszawa 1998, s. 161; Zob. także J. Napierała, *Komentarz do wyroku SAM XVII Amr 21/92*, OG 1993, z. 1, s. 35.

²⁰⁶ E. Wojtaszek, *Reguła rozsądku...*, op. cit., s. 176.

²⁰⁷ Zob. C. Kosikowski, T. Ławicki, *Ochrona prawna konkurencji i zwalczanie praktyk monopolistycznych*, Wydawnictwo Naukowe PWN, Warszawa 1994, s. 124; T. Skoczny, *Wprowadzenie*, w: *Prawo konkurencji. Teksty jednolite z indeksem rzeczowym*, C.H. Beck, Warszawa 1995, s. XXXII.

z 2000 r. wyłączenia grupowe różniły się co do swej istoty od rozporządzeń wyłączających obowiązujących wówczas we WE. Wyłączenia grupowe w Polsce opierały się na wyliczeniu klauzul czarnych (zakazanych) i białych (dozwolonych) w porozumieniach, podczas gdy rozporządzenia wspólnotowe poprzestawały na wskazaniu tylko zakazanych postanowień²⁰⁸. Różnica ta uzasadniona była jednak tym, że instytucja wyłączeń grupowych zagościła po raz pierwszy w polskim porządku prawnym właśnie na gruncie uokik z 2000 r.; było to zatem całkowite novum dla przedsiębiorców – potencjalnych beneficjentów wyłączeń grupowych. Należy przyjąć, że wskazanie zarówno niedopuszczalnego, jak i dozwolonego zakresu współdziałania, miało służyć zapewnieniu przedsiębiorcom możliwie najwyższego poziomu pewności co do legalności ich porozumień w świetle uokik. Pierwsze rozporządzenia wyłączające, wydane na podstawie art. 7 uokik z 2000 r., miały zatem walor edukacyjny.

Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów z 2000 r. nie przewidywała możliwości wydania przez Prezesa UOKiK decyzji o cofnięciu – wynikającego z wyłączenia grupowego – przywileju niestosowania zakazu kartelu wobec danego porozumienia²⁰⁹. Z powodu braku podstaw ustawowych rozporządzenia wyłączające naturalnie nie mogły również wprowadzić takiego rozwiązania.

84. W oparciu o art. 7 uokik z 2000 r. Rada Ministrów wydała w sumie pięć rozporządzeń wyłączających grupowo wybrane kategorie porozumień. Cztery z tych rozporządzeń, dotyczące porozumień kooperacyjnych (specjalizacyjnych i badawczo-rozwojowych)²¹⁰, porozumień wertykalnych²¹¹, porozumień o transferze technologii²¹² oraz porozumień kooperacyjnych w sektorze ubezpieczeniowym²¹³, przyjęte zostały w 2002 r. Rozporządzenia wyłączające porozumienia kooperacyjne i wertykalne obowiązywały do dnia 31 grudnia 2007 r., zaś regulacje dla porozumień w sektorze ubezpieczeniowym oraz porozumień o transferze technologii wygasły z dniem 31 lipca 2007 r. Ostatnie rozporządzenie wyłączające, dotyczące porozumień dystrybucyjnych w sektorze samochodowym²¹⁴, wydane zostało w 2003 r. i będzie ono obowiązywać do 31 maja 2010 r. Wszystkie krajowe rozporządzenia wyłączające bazowały na dorobku wspólnotowym w zakresie wyłączeń grupowych spod zakazu porozumień ograniczających konkurencję. Rada Ministrów skorzystała ze wzorców wspólnotowych zarówno jeśli chodzi o przedmiot wyłączeń, jak i katalogi klauzul czarnych i białych oraz inne, w tym ilościowe, warunki wyłączenia. Konstrukcja regulacji krajowych musiała uwzględniać wymogi delegacji ustawowej, co w skutkowało tym, że treść wyłączeń grupowych stanowiła kompila-

²⁰⁸ Zob. A. Jurkowska, T. Skoczny, *Wyłączenie określonych porozumień...*, op. cit., s. 18.

²⁰⁹ Tamże, s. 18–19.

²¹⁰ Rozporządzenie Rady Ministrów z dnia 13 sierpnia 2002 r. w sprawie wyłączenia porozumień specjalizacyjnych i badawczo-rozwojowych spod zakazu porozumień ograniczających konkurencję (Dz. U. z 2002 r., nr 142, poz. 1188).

²¹¹ Rozporządzenie Rady Ministrów z dnia 13 sierpnia 2002 r. w sprawie wyłączenia określonych porozumień wertykalnych spod zakazu porozumień ograniczających konkurencję (Dz. U. z 2002 r., nr 142, poz. 1189; zm. Dz. U. z 2004 r., nr 95, poz. 951).

²¹² Rozporządzenie Rady Ministrów z dnia 30 lipca 2002 r. w sprawie wyłączenia niektórych kategorii porozumień dotyczących transferu technologii spod zakazu porozumień ograniczających konkurencję (Dz. U. z 2002 r., nr 137, poz. 1152).

²¹³ Rozporządzenie Rady Ministrów z dnia 30 lipca 2002 r. w sprawie wyłączenia niektórych kategorii porozumień, zawieranych między przedsiębiorcami prowadzącymi działalność ubezpieczeniową, spod zakazu porozumień ograniczających konkurencję (Dz. U. z 2002 r., nr 137, poz. 1151).

²¹⁴ Rozporządzenie Rady Ministrów z dnia 28 stycznia 2003 r. w sprawie wyłączenia określonych porozumień wertykalnych w sektorze pojazdów samochodowych spod zakazu porozumień ograniczających konkurencję (Dz. U. z 2003 r., nr 38, poz. 329 z późn. zm.).

cję rozwiązań zaczerpniętych ze wspólnotowych rozporządzeń wyłączających pierwszej i drugiej generacji – z tych pierwszych polski prawodawca przejął wyliczenia klauzul białych dla poszczególnych kategorii porozumień, z drugich zaś – wykazy klauzul czarnych oraz progi udziału w rynku.

85. W czasie obowiązywania wszystkich wyżej wymienionych rozporządzeń wyłączających uokik z 2000 r. została zastąpiona ustawą o ochronie konkurencji i konsumentów z 2007 r. Po wejściu w życie nowej ustawy, na mocy art. 136 ust. 2 uokik z 2007 r., rozporządzenia wydane na podstawie art. 7 uokik z 2000 r. zachowały moc aż do czasu ich wygaśnięcia, co w przypadku czterech aktów nastąpiło jeszcze w 2007 r. Było to rozwiązanie racjonalne, tym bardziej, że w nowej ustawie utrzymana została – przy niezmiennych warunkach materialnych – instytucja wyłączenia grupowego. Delegacja do wydawania odpowiednich rozporządzeń przez Radę Ministrów zawarta jest w art. 8 ust. 3 uokik, przy czym podobnie jak w poprzedniej ustawie ma ona charakter fakultatywny. Skoro Rada Ministrów może, ale nie musi wypełniać delegacji z art. 8 ust. 3 uokik, wraz z wygaśnięciem w 2007 r. czterech rozporządzeń wyłączających, wydanych na podstawie uokik z 2000 r., polski prawodawca stanął przed decyzją o kontynuowaniu wyłączeń grupowych dla wybranych kategorii porozumień oraz ich ewentualnej treści²¹⁵. Jeśli chodzi o kwestię „przedłużenia” wyłączeń grupowych z 2002 r., swoją aktualność zachowały wszelkie argumenty, które w ogóle przemawiają za zasadnością utrzymywania tej instytucji w prawie ochrony konkurencji. Polski prawodawca zdecydował ostatecznie o wydaniu w 2007 r., na podstawie delegacji z art. 8 ust. 3 uokik, nowych rozporządzeń wyłączających, zastępujących wygasające regulacje z 2002 r.

86. Kształt i zawartość niektórych nowych polskich rozporządzeń wyłączających musiała zostać jednak zmieniona, albowiem istotnie zmieniły się zewnętrzne uwarunkowania prawne, w tym w szczególności regulacje zawarte w analogicznych rozporządzeniach wspólnotowych (zmiany te dotyczyły przede wszystkim rozporządzeń wyłączających porozumienia o kooperacji w ubezpieczeniach oraz porozumienia o transferze technologii). Znaczący wpływ na treść nowych rozporządzeń wyłączających miała także okoliczność, że w art. 8 ust. 3 uokik z 2007 r. zmienił się – chociaż nieznacznie – zakres delegacji do ich wydawania w stosunku do tej zawartej w art. 7 ust. 2 uokik z 2000 r. Zmiana polega na tym, że „klauzule, których występowania nie uznaje się za naruszenie art. 6” stanowią nieobligatoryjny element rozporządzeń wyłączających, mogą się w nich znaleźć jedynie fakultatywnie. Rozwiązanie to było podyktowane przede wszystkim tym, że z wyliczenia klauzul białych zrezygnował już w rozporządzeniach wyłączających wydawanych od końca lat 90. XX w. prawodawca wspólnotowy – przy czym nie był to jedynie zabieg techniki legislacyjnej, ale ta modyfikacja wyłączeń grupowych podyktowana była względami merytorycznymi (ekonomizacja prawa ochrony konkurencji). Polski ustawodawca, rezygnując z obligatoryjnego charakteru katalogu klauzul białych, także wydaje się zmierzać w podobnym kierunku. Jeśli rozporządzenia mają spełniać swoją stymulującą dla współdziałania przedsiębiorców rolę, powinny one zawierać proste, przejrzyste przepisy, a więc choćby z tego względu należy zrezygnować z włączania do treści aktu klauzul białych. Należy także przyjąć, że po pięciu latach obowiązywania rozporządzeń wydanych na podstawie uokik z 2000 r. zrealizowana została funkcja edukacyjna regulacji wyłączającej, polegająca na bezpośrednim wskazaniu przedsiębiorcom dopuszczalnego zakresu kooperacji. Zmiana ta zresztą oceniana jest pozytywnie²¹⁶.

²¹⁵ Zob. A. Jurkowska, T. Skoczny, *Wyłączenia grupowe...*, op. cit., s. 303–304.

²¹⁶ A. Jurkowska, D. Miąsik, T. Skoczny, M. Szydło, *Nowa uokik z 2007 r.: krytyczna analiza niektórych rozwiązań*, „PUG” 2007, nr 5, s. 19.

87. W praktyce wskazanie klauzul, których występowanie nie stanowi naruszenia art. 6 uokik, nastąpiło jedynie w nowym rozporządzeniu wyłączającym porozumienia specjalizacyjne i badawczo-rozwojowe. Jak już zostało wskazane powyżej w pkt. 4.2.3 klauzule te – odzwierciedlające odpowiednie postanowienia rozporządzeń wspólnotowych dla analogicznych kategorii porozumień – przypominają raczej „niezbędne ograniczenia konkurencji” (*ancillary restraints*), są to zatem klauzule białe w rozumieniu wąskim.

88. Ostatecznie w 2007 r. Rada Ministrów zdecydowała o wydaniu nowych regulacji, zastępujących wygasające rozporządzenia z 2002 r. Od dnia 1 sierpnia 2007 r. zaczęły obowiązywać rozporządzenie wyłączające porozumienia o transferze technologii²¹⁷ oraz rozporządzenie wyłączające porozumienia w sektorze ubezpieczeń²¹⁸. Pierwszy ze wskazanych aktów wygaśnie z dniem 30 kwietnia 2015 r., drugi zaś będzie obowiązywać do dnia 31 marca 2011 r. Z kolei w dniu 1 stycznia 2008 r. weszły w życie: rozporządzenie o wyłączeniu grupowym dla porozumień kooperacyjnych²¹⁹ oraz rozporządzenie dla porozumień wertykalnych²²⁰. Obydwa wskazane akty wygasną z dniem 31 grudnia 2011 r. Stosunkowo krótkie okresy obowiązywania rozporządzeń podyktowane są tym, że nieco wcześniej wygasają rozporządzenia wspólnotowe, stanowiące wszak istotny punkt odniesienia dla krajowych regulacji. Zanim wygasną rozporządzenia krajowe, będzie już jasne, co zdecydowała Wspólnota, jeśli chodzi o kontynuację wyłączeń i ich ewentualny przyszły kształt.

89. Rozporządzenia wydane w 2007 r. **recypowały aktualne standardy wspólnotowe** co do przedmiotu i warunków **wyłączeń grupowych**. Podobnie jak we WE **konstrukcja wyłączeń grupowych** (w wymiarze jakościowym) **opiera się jedynie na klauzulach czarnych** (za wyjątkiem wyłączenia dla porozumień kooperacyjnych, posługującego się także wycięciem „niezbędnych ograniczeń konkurencji”). **Drugą**, obok katalogów klauzul czarnych, „osią” **wyłączeń grupowych** poszczególnych kategorii porozumień pozostają **progi udziału w rynku** jako kryteria ilościowe.

90. W porównaniu ze wspólnotowymi rozporządzeniami polskie rozporządzenia nie zawierają przepisów dotyczących możliwości cofnięcia przywileju wyłączenia. Nie pozwala na to ani treść delegacji ustawowej do wydania aktu, ani przepisy ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów w zakresie rodzajów decyzji, jakie mogą być wydawane przez Prezesa Urzędu²²¹.

7. Uwagi końcowe

Wyłączenia grupowe stanowią immanentną część systemu prawa ochrony konkurencji. Należą one zresztą do najbardziej szczegółowych norm w tej dziedzinie, co zresztą

²¹⁷ Rozporządzenie Rady Ministrów z dnia 30 lipca 2007 r. w sprawie wyłączenia niektórych rodzajów porozumień dotyczących transferu technologii spod zakazu porozumień ograniczających konkurencję (Dz. U. z 2007 r., nr 137, poz. 963).

²¹⁸ Rozporządzenie Rady Ministrów z dnia 30 lipca 2007 r. w sprawie wyłączenia niektórych rodzajów porozumień, zawieranych pomiędzy przedsiębiorcami prowadzącymi działalność ubezpieczeniową, spod zakazu porozumień ograniczających konkurencję (Dz. U. z 2007 r., nr 137, poz. 964).

²¹⁹ Zob. przypis 26.

²²⁰ Zob. przypis 48.

²²¹ Możliwość cofnięcia przywileju wyłączenia przewidują niektóre ustawodawstwa krajowe – zob. art. 16/A ust. 2 węgierskiej ustawy o ochronie konkurencji, art. 6 ust. 4 litewskiej ustawy o konkurencji. W niektórych przypadkach możliwość cofnięcia wyłączenia przewidziana jest już na poziomie rozporządzenia (np. Rumunia).

powoduje, że stosunkowo szybko (a przynajmniej dużo szybciej niż ogólne przepisy prawa ochrony konkurencji) dezaktualizują się one. W ciągu ostatnich dwóch dekad kształt i treść regulacji dotyczących wyłączeń grupowych uległa znaczącym zmianom, odzwierciedlającym przemiany gospodarcze i idące za nimi modyfikacje roli prawa ochrony konkurencji. Zmiany dotyczące wyłączeń grupowych na poziomie wspólnotowym przenoszone są naturalnie również na poziom krajowy, co daje się zauważyć także na gruncie polskich regulacji, które w krótkim czasie „odtworzyły” ścieżkę rozwoju wspólnotowych wyłączeń grupowych. W niniejszym artykule zanalizowana została rzeczywista rola wyłączeń grupowych w prawie ochrony konkurencji oraz ogólne zasady regulacji wyłączających i ich ewolucja na szczeblu wspólnotowym i krajowym. Kolejne artykuły zawarte w dalszej części tej publikacji analizują wyłączenia grupowe dla poszczególnych kategorii porozumień (porozumienia kooperacyjne, wertykalne, porozumienia dystrybucji selektywnej, porozumienia dystrybucyjne w sektorze motoryzacyjnym, porozumienia o transferze technologii, porozumienia kooperacyjne w sektorze ubezpieczeniowym, porozumienia w sektorze żeglugowym, porozumienie w sektorze lotniczym). Prezentacja wyłączeń grupowych poszczególnych porozumień zarówno w ujęciu współczesnym, jak i historycznym, stanowi niezbędne dopełnienie ogólnej charakterystyki instytucji wyłączeń grupowych jako instrumentu relatywizacji zakazu porozumień ograniczających konkurencję.

Traktat ustanawiający Wspólnotę Europejską
(wersja skonsolidowana, Dz. U. UE 2006 C 321 E/1)

Artykuł 81

1. Niezgodne ze wspólnym rynkiem i zakazane są wszelkie porozumienia między przedsiębiorstwami, wszelkie decyzje związków przedsiębiorstw i wszelkie praktyki uzgodnione, które mogą wpływać na handel między Państwami Członkowskimi i których celem lub skutkiem jest zapobieżenie, ograniczenie lub zakłócenie konkurencji wewnątrz wspólnego rynku, a w szczególności te, które polegają na:

- a) ustalaniu w sposób bezpośredni lub pośredni cen zakupu lub sprzedaży albo innych warunków transakcji;
- b) ograniczaniu lub kontrolowaniu produkcji, rynków, rozwoju technicznego lub inwestycji;
- c) podziale rynków lub źródeł zaopatrzenia;
- d) stosowaniu wobec partnerów handlowych nierównych warunków do świadczeń równoważnych i stwarzaniu im przez to niekorzystnych warunków konkurencji;
- e) uzależnianiu zawarcia kontraktów od przyjęcia przez partnerów zobowiązań dodatkowych, które ze względu na swój charakter lub zwyczaje handlowe nie mają związku z przedmiotem tych kontraktów.

2. Porozumienia lub decyzje zakazane na mocy niniejszego artykułu są nieważne z mocy prawa.

1. Jednakże postanowienia ustępu 1 mogą zostać uznane za niemające zastosowania do:

- każdego porozumienia lub kategorii porozumień między przedsiębiorstwami,
- każdej decyzji lub kategorii decyzji związków przedsiębiorstw,
- każdej praktyki uzgodnionej lub kategorii praktyk uzgodnionych,

które przyczyniają się do polepszenia produkcji lub dystrybucji produktów bądź do popierania postępu technicznego lub gospodarczego, przy zastrzeżeniu dla użytkowników słusznej części zysku, który z tego wynika, oraz bez:

- a) nakładania na zainteresowane przedsiębiorstwa ograniczeń, które nie są niezbędne do osiągnięcia tych celów;
- b) dawania przedsiębiorstwom możliwości eliminowania konkurencji w stosunku do znacznej części danych produktów.

Rozporządzenie 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
(Tekst mający znaczenie dla EOG)

(Dz. U. UE 2003 L 1/1; Dz. U. UE Polskie Wyd. Specjalne, Rozdz. 08, tom 02, s. 205–229)

RADA UNII EUROPEJSKIEJ,

uwzględniając Traktat ustanawiający Wspólnotę Europejską, w szczególności jego art. 83,

uwzględniając wniosek Komisji¹,

uwzględniając opinię Parlamentu Europejskiego²,

uwzględniając opinię Europejskiego Komitetu Ekonomiczno-Społecznego³,

a także mając na uwadze, co następuje:

(1) W celu ustanowienia systemu, który gwarantuje, że konkurencja na wspólnym rynku nie zostanie zakłócona, art. 81 i 82 Traktatu muszą być skutecznie i jednolicie stosowane we Wspólnocie. Rozporządzenie Rady nr 17 z dnia 6 lutego 1962 r., pierwsze rozporządzenie wprowadzające w życie art. 81 i 82⁴

¹ Dz. U. C 365 E z 19.12.2000, s. 284.

² Dz. U. C 72 E z 21.3.2002, s. 305.

³ Dz. U. C 155 z 29.5.2001, s. 73.

⁴ Tytuł rozporządzenia nr 17 został dostosowany w celu uwzględnienia zmiany numeracji artykułów Traktatu WE, zgodnie z art. 12 Traktatu z Amsterdamu; pierwotne odniesienie było do art. 85 i 86 Traktatu.

Traktatu⁵, umożliwiło rozwój wspólnotowej polityki konkurencji, co pomogło upowszechnić kulturę konkurencji w obrębie Wspólnoty. Dotychczasowe doświadczenia wskazują jednak, że rozporządzenie to powinno zostać zastąpione przepisami prawnymi, które mają na celu sprostanie wyzwaniom zintegrowanego rynku i przyszłemu poszerzeniu Wspólnoty.

(2) W szczególności konieczne jest ponowne rozważenie uzgodnień dotyczących stosowania wyłączeń spod zakazu porozumień, które ograniczają konkurencję, ustanowionych w art. 81 ust. 3 Traktatu. Na mocy art. 83 ust. 2 lit. b) Traktatu należy w tym względzie wziąć pod uwagę potrzebę zapewnienia skutecznego nadzoru z jednej strony i uproszczenia w możliwie najszerszym zakresie procedur administracyjnych z drugiej strony.

(3) Scentralizowany system ustanowiony rozporządzeniem nr 17 nie zapewnia już równowagi w realizacji tych dwóch celów. Utrudnia on stosowanie wspólnotowych reguł konkurencji przez sądy i organy ochrony konkurencji Państw Członkowskich, zaś obowiązujący system zgłoszeń uniemożliwia Komisji skoncentrowanie zasobów na przeciwdziałaniu najpoważniejszym naruszeniom konkurencji. Ponadto system ten nakłada na przedsiębiorstwa znaczące koszty.

(4) Obecny system należy zatem zastąpić systemem bezpośrednio stosowanych wyłączeń, w którym organy ochrony konkurencji oraz sądy Państw Członkowskich są uprawnione do stosowania nie tylko art. 81 ust. 1 i art. 82 Traktatu, mających bezpośrednią skuteczność na mocy orzecznictwa Trybunału Sprawiedliwości Wspólnot Europejskich, lecz także art. 81 ust. 3 Traktatu.

(5) W celu zapewnienia skutecznego stosowania wspólnotowych reguł konkurencji i jednoczesnego przestrzegania podstawowych praw do obrony rozporządzenie niniejsze powinno określać podmiot, na którym spoczywa ciężar przeprowadzenia dowodu naruszenia art. 81 i 82 Traktatu. Jest obowiązkiem strony lub organu zarzucającego naruszenie art. 81 ust. 1 i 82 Traktatu udowodnienie zgodnie z wymaganym standardem prawnym zaistnienia tego naruszenia. Jest obowiązkiem przedsiębiorstwa lub związku przedsiębiorstw powołującego się na prawo do obrony wobec zarzutu naruszenia wykazanie zgodnie z wymaganym standardem prawnym, że warunki skorzystania z takiej obrony są spełnione. Niniejsze rozporządzenie nie wpływa ani na krajowe przepisy dotyczące standardu dowodów, ani na obowiązki organów ochrony konkurencji i sądów Państw Członkowskich odnoszące się do ustalenia stosownych okoliczności sprawy, pod warunkiem że przepisy te i zobowiązania są zgodne z ogólnymi zasadami prawa wspólnotowego.

(6) W celu zagwarantowania, że wspólnotowe reguły konkurencji są skutecznie stosowane, organy ochrony konkurencji Państw Członkowskich powinny w większym stopniu uczestniczyć w ich stosowaniu. W tym celu organy te powinny być uprawnione do stosowania prawa wspólnotowego.

(7) Sądy krajowe mają do odegrania zasadniczą rolę w dziedzinie stosowania wspólnotowych reguł konkurencji. Kiedy rozstrzygają spór między podmiotami prywatnymi, chronią prawa przedmiotowe na mocy prawa wspólnotowego, na przykład przyznając odszkodowanie poszkodowanym. Rola sądów krajowych w takim przypadku uzupełnia rolę organów ochrony konkurencji Państw Członkowskich. Dlatego sądy powinny być uprawnione do pełnego stosowania art. 81 i 82 Traktatu.

(8) W celu zapewnienia skutecznego stosowania wspólnotowych reguł konkurencji i właściwego funkcjonowania mechanizmów współpracy zawartych w niniejszym rozporządzeniu konieczne jest zobowiązanie organów ochrony konkurencji i sądów Państw Członkowskich do stosowania również art. 81 i 82 Traktatu, wtedy gdy stosują krajowe prawo konkurencji w odniesieniu do porozumień i praktyk, które mogą wpływać na handel między Państwami Członkowskimi. W celu stworzenia jednakowych warunków dla porozumień, decyzji związków przedsiębiorstw i praktyk uzgodnionych na rynku wewnętrznym konieczne jest również określenie zgodnie z art. 83 ust. 2 lit. e) relacji między krajowymi przepisami prawnymi i wspólnotowym prawem konkurencji. Dla osiągnięcia tego celu konieczne jest zastrzeżenie, że stosowanie krajowego prawa konkurencji do porozumień, decyzji i praktyk uzgodnionych w rozumieniu art. 81 ust. 1 Traktatu nie może prowadzić do zakazu takich porozumień, decyzji i praktyk uzgodnionych, jeżeli nie są one również zakazane na podstawie wspólnotowego prawa konkurencji. Pojęcia porozumień, decyzji i praktyk uzgodnionych są autonomicznymi pojęciami z dziedziny wspólnotowego prawa konkurencji, których interpretacji dokonały sądy wspólnotowe, i obejmują uzgadnianie zachowań przedsiębiorstw na rynku. Niniejsze rozporządzenie nie powinno ograniczać Państw Członkowskich w przyjmowaniu

⁵ Dz. U. 13 z 21.2.1962, s. 204/62. Rozporządzenie ostatnio zmienione rozporządzeniem (WE) nr 1216/1999 (Dz.U. L 148 z 15.6.1999, s. 5).

i stosowaniu na swoim terytorium bardziej rygorystycznych krajowych przepisów prawa konkurencji, które zakazują lub nakładają sankcje na jednostronne praktyki stosowane przez przedsiębiorstwa. Te bardziej rygorystyczne krajowe przepisy prawne mogą zawierać przepisy, które zakazują lub nakładają sankcje za zachowania antykonkurencyjne stosowane wobec przedsiębiorstw uzależnionych ekonomicznie. Ponadto rozporządzenia niniejszego nie stosuje się do krajowych przepisów prawnych nakładających sankcje karne na osoby fizyczne, z wyłączeniem sankcji, które stosowane są jako środek wdrażania reguł konkurencji mających zastosowanie wobec przedsiębiorstw.

(9) Artykuły 81 i 82 Traktatu mają na celu ochronę konkurencji na rynku. Niniejsze rozporządzenie, które zostało przyjęte w celu wprowadzenia w życie tych postanowień Traktatu, nie wyklucza wprowadzenia w życie na terytorium Państw Członkowskich krajowego ustawodawstwa, chroniącego pozostałe uzasadnione interesy, pod warunkiem że takie ustawodawstwo jest zgodne z ogólnymi zasadami i innymi przepisami prawa wspólnotowego. W takim zakresie, w jakim to ustawodawstwo krajowe służy głównie realizacji celu odmiennego niż ochrona konkurencji na rynku, organy ochrony konkurencji i sądy Państw Członkowskich mogą stosować takie ustawodawstwo na własnym terytorium. Państwa Członkowskie mogą odpowiednio na mocy niniejszego rozporządzenia wprowadzić w życie na własnym terytorium ustawodawstwo krajowe, które zakazuje lub nakłada sankcje za działania nieuczciwych praktyk handlowych, czy to jednostronne, czy wynikające z zawartej umowy. Takie ustawodawstwo ma szczególnie cel, bez względu na rzeczywisty lub przypuszczalny wpływ takich działań na konkurencję na rynku. W szczególności odnosi się to do ustawodawstwa, które zabrania przedsiębiorstwom nakładania, uzyskiwania lub usiłowania uzyskania od partnerów handlowych nieuzasadnionych, nieproporcjonalnych lub nieadekwatnych do okoliczności postanowień i warunków umownych.

(10) Rozporządzenia takie jak 19/65/EWG⁶, (EWG) nr 2821/71⁷, (EWG) nr 3976/87⁸, (EWG) nr 1534/91⁹ lub (EWG) nr 479/92¹⁰ upoważniają Komisję do stosowania art. 81 ust. 3 Traktatu w drodze rozporządzenia do pewnych kategorii porozumień, decyzji związków przedsiębiorstw i praktyk uzgodnionych. W dziedzinach określonych przez takie rozporządzenia Komisja przyjęła i może przyjmować nadal rozporządzenia o tak zwanych wyłączeniach 'grupowych', na których mocy art. 81 ust. 1 Traktatu nie ma zastosowania do pewnych kategorii porozumień, decyzji i praktyk uzgodnionych. Jeżeli jednak takie porozumienia, decyzje i praktyki uzgodnione objęte wspomnianymi rozporządzeniami mają skutki niezgodne z art. 81 ust. 3 Traktatu, to Komisja i organy ochrony konkurencji Państw Członkowskich

⁶ Rozporządzenie Rady nr 19/65/EWG z dnia 2 marca 1965 r. w sprawie stosowania art. 81 ust. 3 (tytuły rozporządzeń zostały dostosowane w celu uwzględnienia zmiany numeracji artykułów Traktatu WE, zgodnie z art. 12 Traktatu z Amsterdamu; pierwotne odniesienie było do art. 85 ust. 3 Traktatu) Traktatu do pewnych kategorii porozumień i praktyk uzgodnionych (Dz.U. 36 z 6.3.1965, s. 533). Rozporządzenie ostatnio zmienione rozporządzeniem (WE) nr 1215/1999 (Dz.U. L 148 z 15.6.1999, s.1).

⁷ Rozporządzenie Rady (EWG) nr 2821/71 z dnia 20 grudnia 1971 r. w sprawie stosowania art. 81 ust. 3 (Tytuły rozporządzeń zostały dostosowane w celu uwzględnienia zmiany numeracji artykułów Traktatu WE, zgodnie z art. 12 Traktatu z Amsterdamu; pierwotne odniesienie było do art. 85 ust. 3 Traktatu) Traktatu do kategorii porozumień, decyzji i praktyk uzgodnionych (Dz.U. L 285 z 29.12.1971, s. 46). Rozporządzenie ostatnio zmienione Aktem Przystąpienia z 1994 r.

⁸ Rozporządzenie Rady (EWG) nr 3976/87 z dnia 14 grudnia 1987 r. w sprawie stosowania art. 81 ust. 3 (tytuły rozporządzeń zostały dostosowane w celu uwzględnienia zmiany numeracji artykułów Traktatu WE, zgodnie z art. 12 Traktatu z Amsterdamu; pierwotne odniesienie było do art. 85 ust. 3 Traktatu) Traktatu do pewnych kategorii porozumień i praktyk uzgodnionych w sektorze transportu lotniczego (Dz.U. L 374 z 31.12.1987, s. 9). Rozporządzenie ostatnio zmienione Aktem Przystąpienia z 1994 r.

⁹ Rozporządzenie Rady (EWG) nr 1534/91 z dnia 31 maja 1991 r. w sprawie stosowania art. 81 ust. 3 (tytuły rozporządzeń zostały dostosowane w celu uwzględnienia zmiany numeracji artykułów Traktatu WE, zgodnie z art. 12 Traktatu z Amsterdamu; pierwotne odniesienie było do art. 85 ust. 3 Traktatu) Traktatu do niektórych kategorii porozumień, decyzji i praktyk uzgodnionych w sektorze ubezpieczeniowym (Dz.U. L 143 z 7.6.1991, s. 1).

¹⁰ Rozporządzenie Rady (EWG) nr 479/92/WE z dnia 25 lutego 1992 r. w sprawie stosowania art. 81 ust. 3 (tytuły rozporządzeń zostały dostosowane w celu uwzględnienia zmiany numeracji artykułów Traktatu WE, zgodnie z art. 12 Traktatu z Amsterdamu; pierwotne odniesienie było do art. 85 ust. 3 Traktatu) Traktatu do pewnych kategorii porozumień, decyzji i praktyk uzgodnionych pomiędzy towarzystwami żeglugi liniowej (konsorcja) (Dz.U. L 55 z 29.2.1992, s. 3). Rozporządzenie ostatnio zmienione Aktem Przystąpienia z 1994 r.

powinny być uprawnione do odmowy w określonych przypadkach prawa do korzystania z przepisów rozporządzenia o wyłączeniu grupowym.

(11) W celu zapewnienia, że postanowienia Traktatu są stosowane, Komisja powinna mieć możliwość wydawania decyzji skierowanych do przedsiębiorstw lub związków przedsiębiorstw w celu doprowadzenia do zaprzestania naruszeń art. 81 i 82 Traktatu. Jeżeli istnieje uzasadniony interes, Komisja powinna mieć możliwość wydania decyzji stwierdzającej naruszenie przepisów w przeszłości, nawet bez nakładania grzywny. Niniejsze rozporządzenie powinno również zawierać wyraźne przepisy określające uprawnienia Komisji w zakresie wydawania decyzji nakazującej zastosowanie środków tymczasowych, które zostały uznane za dopuszczalne przez Trybunał Sprawiedliwości.

[...]

(14) W wyjątkowych wypadkach, jeżeli interes publiczny Wspólnoty tego wymaga, zasadne może być wydanie przez Komisję decyzji o charakterze deklaratoryjnym, stanowiącej, że zakaz z art. 81 i 82 Traktatu nie ma zastosowania w celu uczynienia prawa jaśniejszym i zapewnienia jego jednolitego stosowania na całym obszarze Wspólnoty, w szczególności w odniesieniu do nowych typów porozumień i praktyk, które nie zostały stwierdzone w istniejącym orzecznictwie i praktyce administracyjnej.

[...]

(36) Zgodnie z przyjętym orzecznictwem jasno stanowiącym, że reguły konkurencji stosuje się do transportu, sektor ten powinien być przedmiotem przepisów proceduralnych niniejszego rozporządzenia. Rozporządzenie Rady nr 141 z dnia 26 listopada 1962 r. wyłączające stosowanie rozporządzenia nr 17 do sektora transportu¹² powinno więc zostać uchylone, a rozporządzenia (EWG) nr 1017/68¹³, (EWG) nr 4056/86¹⁴ i (EWG) nr 3975/87¹⁵ powinny zostać zmienione, aby skreślić niektóre zawarte w nich przepisy proceduralne.

(38) Pewność prawa dla przedsiębiorstw działających na podstawie wspólnotowych reguł konkurencji przyczynia się do promocji innowacyjności i inwestycji. Jeżeli sprawy powodują powstanie autentycznej niepewności z powodu obecnej nowelizacji lub nierozwiązanych kwestii w odniesieniu do stosowania tych reguł, poszczególne przedsiębiorstwa mogą uzyskać nieformalne wytyczne od Komisji. Niniejsze rozporządzenie pozostaje bez uszczerbku dla uprawnienia Komisji do udzielania takich nieformalnych wytycznych,

PRZYJMUJE NINIEJSZE ROZPORZĄDZENIE:

ROZDZIAŁ I

ZASADY

Artykuł 1

Stosowanie art. 81 i 82 Traktatu

1. Porozumienia, decyzje i praktyki uzgodnione, o których mowa w art. 81 ust. 1 Traktatu, które nie spełniają warunków określonych w art. 81 ust. 3 Traktatu, są zakazane, bez konieczności podejmowania w tym celu poprzedniej decyzji.

[...]

¹² Dz.U. 124 z 28.11.1962, s. 2751/62; rozporządzenie ostatnio zmienione rozporządzeniem nr 1002/67/EWG (Dz.U. 306 z 16.12.1967, s. 1).

¹³ Rozporządzenie Rady (EWG) nr 1017/68 z dnia 19 lipca 1968 r. wprowadzające reguły konkurencji do transportu kolejowego, drogowego i żeglugi śródlądowej (Dz.U. L 175 z 23.7.1968, s. 1). Rozporządzenie ostatnio zmienione Aktem Przystąpienia z 1994 r.

¹⁴ Rozporządzenie Rady (EWG) nr 4056/86 z dnia 22 grudnia 1986 r. ustanawiające szczegółowe zasady stosowania art. 81 i 82 (Tytuł rozporządzenia został dostosowany w celu uwzględnienia zmiany numeracji artykułów Traktatu WE, zgodnie z art. 12 Traktatu z Amsterdamu; pierwotne odniesienie było do art. 85 i 86 Traktatu) Traktatu do transportu morskiego (Dz.U. L 378 z 31.12.1986, s. 4). Rozporządzenie ostatnio zmienione Aktem Przystąpienia z 1994 r.

¹⁵ Rozporządzenie Rady (EWG) nr 3975/87/EWG z dnia 14 grudnia 1987 r. ustanawiające procedurę stosowania reguł konkurencji do przedsiębiorstw w sektorze transportu lotniczego (Dz.U. L 374 z 31.12.1987, s. 1). Rozporządzenie ostatnio zmienione rozporządzeniem (EWG) nr 2410/92/EWG (Dz.U. L 240 z 24.8.1992, s. 18).

2. Porozumienia, decyzje i praktyki uzgodnione, o których mowa w art. 81 ust. 1 Traktatu, które spełniają warunki określone w art. 81 ust. 3 Traktatu, nie są zakazane, bez konieczności podejmowania w tym celu uprzedniej decyzji.

3. Nadużywanie pozycji dominującej, o którym mowa w art. 82 Traktatu, jest zakazane, bez konieczności podejmowania w tym celu uprzedniej decyzji.

Artykuł 2 **Ciężar dowodu**

W każdym krajowym lub wspólnotowym postępowaniu w sprawie stosowania art. 81 i 82 Traktatu ciężar udowodnienia naruszenia art. 81 ust. 1 lub art. 82 Traktatu spoczywa na stronie lub organie zarzucającym naruszenie. Przedsiębiorstwo lub związek przedsiębiorstw ubiegający się o wyłączenie na mocy art. 81 ust. 3 Traktatu ma obowiązek udowodnienia, że przesłanki określone w tym przepisie są spełnione.

Artykuł 3 **Związek między art. 81 i 82 Traktatu a krajowym prawem konkurencji**

1. Jeżeli organy ochrony konkurencji Państw Członkowskich lub krajowe sądy stosują krajowe prawo konkurencji do porozumień, decyzji związków przedsiębiorstw lub praktyk uzgodnionych w rozumieniu art. 81 ust. 1 Traktatu, które mogą wpływać na handel między Państwami Członkowskimi w rozumieniu tego przepisu, stosują również art. 81 Traktatu do takich porozumień, decyzji lub praktyk uzgodnionych. W przypadkach, gdy organy ochrony konkurencji Państw Członkowskich lub krajowe sądy stosują krajowe prawo konkurencji do praktyk zakazanych art. 82 Traktatu, stosują również art. 82 Traktatu.

2. Zastosowanie krajowego prawa konkurencji nie może prowadzić do zakazania porozumień, decyzji związków przedsiębiorstw lub praktyk uzgodnionych, które mogą wpływać na handel między Państwami Członkowskimi, lecz nie ograniczają konkurencji w rozumieniu art. 81 ust. 1 Traktatu lub spełniają przesłanki art. 81 ust. 3 Traktatu, lub które objęte są rozporządzeniem w celu stosowania art. 81 ust. 3 Traktatu. Niniejsze rozporządzenie nie ogranicza możliwości przyjmowania i stosowania przez Państwa Członkowskie na swoim terytorium bardziej restrykcyjnych krajowych przepisów prawnych, które zakazują lub przewidują sankcje za jednostronne praktyki stosowane przez przedsiębiorstwa.

3. Bez uszczerbku dla ogólnych zasad i innych postanowień prawa wspólnotowego ust. 1 i 2 nie mają zastosowania, jeżeli organy ochrony konkurencji i sądy Państw Członkowskich stosują krajowe przepisy dotyczące kontroli koncentracji przedsiębiorstw, ani nie wykluczają stosowania krajowych przepisów prawnych, które w sposób przeważający dążą do celu odmiennego niż ten, do którego prowadzą art. 81 i 82 Traktatu.

ROZDZIAŁ II **UPRAWNIENIA**

Artykuł 4 **Uprawnienia Komisji**

Do celów stosowania art. 81 i 82 Traktatu Komisja ma uprawnienia przewidziane niniejszym rozporządzeniem.

Artykuł 5 **Uprawnienia organów ochrony konkurencji Państw Członkowskich**

Organy ochrony konkurencji Państw Członkowskich mają prawo stosowania art. 81 i 82 Traktatu w indywidualnych sprawach. W tym celu, działając z urzędu lub na wniosek, mogą wydać następujące decyzje:

- domagające się zaprzestania naruszenia,
- zarządzające środki tymczasowe,
- akceptujące zobowiązania,
- nakładające grzywny lub okresowe kary pieniężne, lub inne kary przewidziane w krajowych przepisach prawa.

Jeżeli na podstawie informacji, które posiadają organy ochrony konkurencji Państw Członkowskich, warunki ustanowienia zakazu nie zostały spełnione, mogą również zdecydować, że nie ma podstaw do działania z ich strony.

Artykuł 6 **Uprawnienia sądów krajowych**

Sądy krajowe mają uprawnienia do stosowania art. 81 i 82 Traktatu.

ROZDZIAŁ III **DECYZJE KOMISJI**

Artykuł 7 **Stwierdzenie i zaprzestanie naruszenia**

1. Jeżeli Komisja, działając z urzędu lub na wniosek, stwierdzi naruszenie art. 81 lub 82 Traktatu, może w drodze decyzji nakazać przedsiębiorstwom lub związkom przedsiębiorstw, których sprawa dotyczy, by zaprzestały takiego naruszenia. W tym celu Komisja może użyć wobec przedsiębiorstw środków zaradczych o charakterze behawioralnym lub strukturalnym, proporcjonalnych do popełnionego naruszenia i koniecznych do jego skutecznego zakończenia. Środki strukturalne zastosować można jedynie, gdy nie istnieją równie skuteczne środki behawioralne lub gdy równie skuteczne środki behawioralne byłyby bardziej uciążliwe dla zainteresowanych przedsiębiorstw niż środki strukturalne. Jeżeli Komisja posiada uzasadniony interes, może stwierdzić, że naruszenie zostało popełnione w przeszłości.

2. Uprawnione do składania wniosków, o których mowa w ust. 1, są osoby fizyczne lub osoby prawne, które wykazą uzasadniony interes, oraz Państwa Członkowskie.

Artykuł 8 **Środki tymczasowe**

1. W przypadkach nagłych ze względu na ryzyko zaistnienia poważnej i nienaprawialnej szkody dla konkurencji Komisja, działając z urzędu, może w drodze decyzji na podstawie wykrycia naruszenia *prima facie* zarządzić zastosowanie środków tymczasowych.

2. Decyzja, o której mowa w ust. 1, obowiązuje przez czas oznaczony, który może być przedłużony, jeżeli to konieczne i stosowne.

Artykuł 9 **Zobowiązania**

1. Jeżeli Komisja zamierza przyjąć decyzję nakazującą zaprzestania naruszenia i zainteresowane przedsiębiorstwa zaproponują zobowiązania uwzględniające zastrzeżenia wyrażone przez Komisję we wstępnej fazie rozpatrywania sprawy, Komisja może, w drodze decyzji, uczynić takie zobowiązania wiążącymi dla przedsiębiorstw. Decyzja taka może zostać przyjęta na czas określony i oznacza, że nie ma już dalszych podstaw do podejmowania działań przez Komisję.

2. Komisja może, działając z urzędu lub na wniosek, wznowić postępowanie:

- a) jeżeli nastąpiła istotna zmiana odnośnie do jakiegokolwiek faktu, który był podstawą do podjęcia decyzji;
- b) jeżeli zainteresowane przedsiębiorstwo działa wbrew swoim zobowiązaniom; lub
- c) jeżeli decyzja została podjęta na podstawie niekompletnych, nieprawdziwych lub wprowadzających w błąd informacji dostarczonych przez strony.

Artykuł 10 **Stwierdzenie niestosowania**

Jeżeli interes publiczny Wspólnoty w zakresie stosowania art. 81 i 82 Traktatu tego wymaga, Komisja, działając z urzędu, może w drodze decyzji stwierdzić, że art. 81 Traktatu nie ma zastosowania do porozumienia, decyzji związków przedsiębiorstw lub praktyki uzgodnionej, ponieważ warunki określone w art. 81 ust. 1 Traktatu nie zostały spełnione lub warunki określone w art. 81 ust. 3 Traktatu zostały spełnione.

Komisja może podobnie dokonać takiego stwierdzenia odnośnie do art. 82 Traktatu.

ROZDZIAŁ IV WSPÓŁPRACA

Artykuł 11

Współpraca między Komisją i organami ochrony konkurencji Państw Członkowskich

1. Komisja i organy ochrony konkurencji Państw Członkowskich stosują wspólnotowe reguły konkurencji w ścisłej współpracy.
2. Komisja przekazuje organom ochrony konkurencji Państw Członkowskich kopie najistotniejszych dokumentów, które zebrała w celu stosowania art. 7, 8, 9, 10 i 29 ust. 1. Na wniosek organu ochrony konkurencji Państwa Członkowskiego Komisja dostarczy mu kopie innych istniejących dokumentów koniecznych do dokonania oceny sprawy.
3. Organy ochrony konkurencji Państw Członkowskich, w przypadku gdy działają na mocy art. 81 lub 82 Traktatu, informują Komisję pisemnie przed lub bezzwłocznie po wszczęciu pierwszych formalnych działań dochodzeniowych. Informacja ta może być również udostępniona organom ochrony konkurencji innych Państw Członkowskich.
4. Nie później niż 30 dni przed przyjęciem decyzji nakazującej zaprzestania naruszenia, akceptującej zobowiązania lub wycofującej stosowanie rozporządzenia o wyłączeniu grupowym organy ochrony konkurencji Państw Członkowskich powiadomią o tym Komisję. W tym celu dostarczą Komisji streszczenie sprawy, przewidywaną decyzję, lub – wobec jej braku – inny dokument przedstawiający proponowany kierunek działań. Informację tę można również udostępnić organom ochrony konkurencji innych Państw Członkowskich. Na wniosek Komisji działający w sprawie organ ochrony konkurencji udostępni Komisji inne posiadane dokumenty, które są konieczne do rozstrzygnięcia sprawy. Informację dostarczoną Komisji można udostępnić organom ochrony konkurencji innych Państw Członkowskich. Krajowe organy ochrony konkurencji mogą również wymieniać między sobą informacje konieczne do rozstrzygnięcia sprawy, którą zajmują się na mocy art. 81 lub 82 Traktatu.
5. Organy ochrony konkurencji Państw Członkowskich mogą konsultować się z Komisją w każdej sprawie, która wiąże się ze stosowaniem prawa wspólnotowego.
6. Wszczęcie przez Komisję postępowania w celu przyjęcia decyzji na mocy rozdziału III pozbawia organy ochrony konkurencji Państw Członkowskich ich kompetencji w zakresie stosowania art. 81 i 82 Traktatu. Jeżeli organ ochrony konkurencji Państwa Członkowskiego prowadzi już postępowanie w sprawie, Komisja wszczyna postępowanie po zasięgnięciu opinii krajowego organu ochrony konkurencji.

Artykuł 12

Wymiana informacji

1. W celu stosowania art. 81 i 82 Traktatu Komisja i organy ochrony konkurencji Państw Członkowskich mają uprawnienia do wzajemnego przekazywania i wykorzystywania jako dowodu wszelkiego rodzaju materiałów o charakterze faktycznym lub prawnym, w tym informacji poufnych.
2. Uzyskane w drodze wymiany informacje można wykorzystywać wyłącznie jako dowód w celu stosowania art. 81 lub 82 Traktatu i w odniesieniu do przedmiotu, w którego sprawie zostały zebrane przez przekazujący organ. Jeżeli w tej samej sprawie stosuje się krajowe prawo konkurencji i równoległe wspólnotowe prawo konkurencji i nie prowadzi to do odmiennego rozstrzygnięcia, informacje podlegające wymianie na mocy niniejszego artykułu można również wykorzystywać do stosowania krajowego prawa konkurencji.
3. Informacja udzielona na mocy ust. 1 może zostać wykorzystana jedynie jako dowód w celu nałożenia sankcji na osoby fizyczne, jeżeli:
 - przepisy prawne organu przekazującego informacje przewidują sankcje podobnego rodzaju w odniesieniu do naruszenia art. 81 lub 82 Traktatu, lub w razie ich braku,
 - informacja została zebrana w sposób, który odzwierciedla ten sam zakres ochrony prawa do obrony osób fizycznych, jaki przewidziano w krajowych przepisach organu otrzymującego. Jednakże w takim wypadku udzielona informacja nie może być wykorzystana przez organ ją otrzymujący do nałożenia kary pozbawienia wolności.

Artykuł 13**Zawieszenie lub zamknięcie postępowania**

1. Jeżeli organy ochrony konkurencji dwóch lub więcej Państw Członkowskich działają na wniosek lub z urzędu na mocy art. 81 lub 82 Traktatu w sprawie tego samego porozumienia, decyzji związku lub praktyki uzgodnionej, okoliczność, iż jeden organ zajmuje się tą sprawą, jest wystarczającą podstawą dla innych organów do zawieszenia postępowania toczącego się przed nimi lub odrzucenia wniosku. Komisja może odrzucić wniosek na tej podstawie, że organ ochrony konkurencji Państwa Członkowskiego zajmuje się tą sprawą.

2. Organ ochrony konkurencji Państwa Członkowskiego lub Komisja może odrzucić wniosek w sprawie porozumienia, decyzji związku lub praktyki uzgodnionej, jeżeli sprawa jest już rozpatrywana przez inny organ ochrony konkurencji.

[...]

Artykuł 15**Współpraca z sądami krajowymi**

1. W postępowaniach dotyczących stosowania art. 81 lub 82 Traktatu sądy Państw Członkowskich mogą prosić Komisję o przekazanie informacji pozostających w jej posiadaniu lub opinii odnośnie do kwestii dotyczących stosowania wspólnotowego prawa konkurencji.

2. Państwa Członkowskie przekazują Komisji kopie wszelkich wyroków na piśmie, w których stosowane były art. 81 lub 82 Traktatu. Kopie takie dostarczane są niezwłocznie po doręczeniu stronom wyroku na piśmie.

3. Działając z urzędu, organy ochrony konkurencji Państw Członkowskich mogą przedstawiać pisemne uwagi sądom krajowym własnych Państw Członkowskich w sprawach dotyczących stosowania art. 81 lub 82 Traktatu. Organy te mogą również przedstawiać ustne uwagi sądom krajowym własnych Państw Członkowskich, o ile sądy te wyrażą na to zgodę. Jeżeli spójne stosowanie art. 81 lub 82 Traktatu tego wymaga, Komisja, działając z urzędu, może przedstawiać pisemne uwagi sądom Państw Członkowskich. Za zgodą właściwego sądu Komisja może również przedstawiać ustne uwagi.

Wyłącznie w celu przygotowania własnych uwag organy ochrony konkurencji Państw Członkowskich i Komisja mogą zwracać się z wnioskiem do odpowiedniego sądu Państwa Członkowskiego o przekazanie lub zapewnienie przekazania wszelkich dokumentów koniecznych dla rozstrzygnięcia sprawy.

4. Niniejszy artykuł pozostaje bez uszczerbku dla szerszych uprawnień do wnoszenia uwag przed sądy przyznanymi organom ochrony konkurencji Państw Członkowskich na mocy przepisów prawa tych państw.

Artykuł 16**Jednolite stosowanie wspólnotowego prawa konkurencji**

1. Jeżeli krajowe sądy orzekają w sprawie porozumień, decyzji lub praktyk na mocy art. 81 lub 82 Traktatu, które są już przedmiotem decyzji Komisji, nie mogą wydawać decyzji sprzecznych z decyzją wydaną przez Komisję. Sądy muszą również unikać wydawania decyzji pozostających w sprzeczności z decyzją rozważaną przez Komisję w trakcie postępowania, które Komisja wszczęła. W tym celu sąd krajowy może rozważyć, czy konieczne jest zawieszenie toczącego się postępowania. Obowiązek ten pozostaje bez uszczerbku dla praw i obowiązków wynikających z art. 234 Traktatu.

2. Jeżeli organy ochrony konkurencji Państw Członkowskich orzekają w sprawie porozumień, decyzji lub praktyk na mocy art. 81 lub 82 Traktatu, które już są przedmiotem decyzji Komisji, nie mogą wydawać decyzji sprzecznych z decyzją przyjętą przez Komisję.

[...]

ROZDZIAŁ IX**ROZPORZĄDZENIA O WYŁĄCZENIACH****Artykuł 29****Wycofanie w indywidualnych przypadkach**

1. Jeżeli Komisja upoważniona na mocy rozporządzeń Rady, takich jak rozporządzenie 19/65/EWG, rozporządzenie (EWG) nr 2821/71, rozporządzenie (EWG) nr 3976/87, rozporządzenie (EWG) nr 1534/91

lub rozporządzenie (EWG) nr 479/92, do stosowania art. 81 ust. 3 Traktatu w drodze rozporządzenia, stwierdzi, że art. 81 ust. 1 Traktatu nie stosuje się do określonych kategorii porozumień, decyzji związków przedsiębiorstw lub praktyk uzgodnionych, to może ona, działając z urzędu lub na wniosek, wycofać wyłączenie przewidziane w rozporządzeniu o wyłączeniu, jeżeli uzna, że w danym przypadku porozumienie, decyzja lub praktyka uzgodniona, do których stosuje się wyłączenie, spowoduje skutki niezgodne z art. 81 ust. 3 Traktatu.

2. Jeżeli w danym przypadku porozumienie, decyzja związku przedsiębiorstw lub praktyki uzgodnione, do których mają zastosowanie rozporządzenia Komisji, o których mowa w ust. 1, powodują skutki niezgodne z art. 81 ust. 3 Traktatu na terytorium Państwa Członkowskiego lub jego części, która nosi znamiona odrębnego rynku geograficznego, organ ochrony konkurencji Państwa Członkowskiego może wycofać wyłączenie przewidziane w rozporządzeniu o wyłączeniach w odniesieniu do tego terytorium.

[...]

ROZDZIAŁ X PRZEPISY OGÓLNE

Artykuł 32 Wyłączenia

Niniejsze rozporządzenie nie ma zastosowania do:

- a) międzynarodowych usług trampowych, o których mowa w art. 1 ust. 3 lit. a) rozporządzenia (EWG) nr 4056/86;
- b) usług transportu morskiego, odbywających się wyłącznie między portami tego samego Państwa Członkowskiego, o których mowa w art. 1. ust. 2 rozporządzenia (EWG) nr 4056/86;
- c) transportu lotniczego między lotniskami Wspólnoty a państwami trzecimi.

Artykuł 33 Przepisy wykonawcze

1. Komisja jest upoważniona do podejmowania takich środków, które są odpowiednie do stosowania niniejszego rozporządzenia. Środki te mogą dotyczyć między innymi:

- a) formy, treści i innych kwestii odnoszących się do wniosków przedstawionych na mocy art. 7 i procedury odrzucania wniosków;
- b) praktycznych ustaleń w sprawie wymiany informacji i konsultacji przewidzianych w art. 11;
- c) praktycznych ustaleń w sprawie wysłuchań stron, przewidzianych w art. 27.

2. Przed przyjęciem jakichkolwiek środków na mocy ust. 1 Komisja ogłasza stosowny projekt i zaprasza wszystkie zainteresowane strony do przedłożenia uwag w wyznaczonym terminie, który nie może być krótszy niż jeden miesiąc. Przed ogłoszeniem projektów środków i przed ich wydaniem Komisja konsultuje się z Komitetem Doradczym ds. Praktyk Ograniczających Konkurencję i Pozycji Dominujących.

ROZDZIAŁ XI PRZEPISY PRZEJŚCIOWE, ZMIENIAJĄCE I KOŃCOWE

Artykuł 34 Przepisy przejściowe

1. Wnioski wniesione do Komisji na mocy art. 2 rozporządzenia nr 17, zgłoszenia dokonane na mocy art. 4 i 5 tego rozporządzenia i odpowiednie wnioski i zgłoszenia dokonane na mocy rozporządzenia (EWG) nr 1017/68, rozporządzenia (EWG) nr 4056/86 i rozporządzenia (EWG) nr 3975/87 tracą ważność od dnia stosowania niniejszego rozporządzenia.

2. Kroki proceduralne podjęte na mocy rozporządzenia nr 17 i rozporządzenia (EWG) nr 1017/68, rozporządzenia (EWG) nr 4056/86 i rozporządzenia (EWG) nr 3975/87 pozostają w mocy do celów stosowania niniejszego rozporządzenia.

Artykuł 35**Wyznaczanie organów ochrony konkurencji Państw Członkowskich**

1. Państwa Członkowskie wyznaczają organ lub organy ochrony konkurencji odpowiedzialne za stosowanie art. 81 i 82 Traktatu w sposób, który zapewni skuteczne wykonanie przepisów niniejszego rozporządzenia. Środki konieczne do nadania organom uprawnień do stosowania tych artykułów zostaną podjęte przed dniem 1 maja 2004 r. Wyznaczonymi organami ochrony konkurencji mogą być również sądy.
2. Jeżeli egzekwowanie wspólnotowego prawa konkurencji powierzono krajowym organom administracyjnym i organom sądowym, Państwa Członkowskie mogą przydzielić różne uprawnienia i funkcje krajowym organom administracyjnym lub sądowym.
3. Przepisy art. 11 ust. 6 stosuje się do organów wyznaczonych przez Państwa Członkowskie, w tym do sądów, które wykonują swoje zadania w zakresie przygotowania i wydania decyzji, przewidzianych w art. 5. Przepisów art. 11 ust. 6 nie stosuje się do sądów w takim zakresie, w jakim działają one jako sądy odwoławcze w odniesieniu do decyzji, przewidzianych w art. 5.
4. Nie naruszając ust. 3, w Państwach Członkowskich, w których dla wydania decyzji, przewidzianych w art. 5, organy wnoszą sprawę przed organy sądowe, które są oddzielone i różne od władz prokuratorskich i z zastrzeżeniem, że zastosowano się do warunków niniejszego ustępu, skutki art. 11 ust. 6 zostają ograniczone do organów prokuratorskich badających sprawę, które wycofają swój wniosek złożony przed organem sądowym, jeżeli Komisja rozpocznie postępowanie, a takie wycofanie zakończy całkowicie postępowanie krajowe.

Artykuł 36**Zmiany w rozporządzeniu (EWG) nr 1017/68**

W rozporządzeniu (EWG) nr 1017/68 wprowadza się następujące zmiany:

- 1) uchyla się art. 2;
- 2) w art. 3 ust. 1 wyrazy „Zakazu określonego w art. 2” zastępuje się wyrazami „Zakazu określonego w art. 81 ust. 1 Traktatu”;
- 3) w art. 4 wprowadza się następujące zmiany:
 - a) w ust. 1 wyrazy „Porozumienia, decyzje i praktyki uzgodnione, określone w art. 2” zastępuje się wyrazami „Porozumienia, decyzje i praktyki uzgodnione, stosownie do art. 81 ust. 1 Traktatu”;
 - b) ustęp 2 otrzymuje następujące brzmienie:

„2. Jeżeli wykonanie jakiegokolwiek porozumienia, decyzji lub praktyki uzgodnionej, określonych w ust. 1, spowodowało w danym przypadku skutki niezgodne z wymaganiami określonymi w art. 81 ust. 3 Traktatu, przedsiębiorstwa lub związki przedsiębiorstw mogą zostać wezwane do usunięcia takich skutków.”;
- 4) uchyla się art. 5–29, z wyjątkiem art. 13 ust. 3, który nadal ma zastosowanie do decyzji przyjętych na mocy art. 5 rozporządzenia (EWG) nr 1017/68 przed dniem stosowania niniejszego rozporządzenia aż do wygaśnięcia tych decyzji;
- 5) w art. 30 skreśla się ust. 2, 3 i 4.

Artykuł 37**Zmiany w rozporządzeniu (EWG) nr 2988/74**

W rozporządzeniu (EWG) nr 2988/74 dodaje się artykuł w brzmieniu:

„Artykuł 7a

Wyłączenie

Niniejszego rozporządzenia nie stosuje się do środków podjętych na mocy 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.”

Artykuł 38**Zmiany w rozporządzeniu (EWG) nr 4056/86**

W rozporządzeniu (EWG) nr 4056/86 wprowadza się następujące zmiany:

- 1) w art. 7 wprowadza się następujące zmiany:

a) ustęp 1 otrzymuje następujące brzmienie:

„1. Naruszenie obowiązku

Jeżeli określone osoby naruszają obowiązek, który zgodnie z art. 5 jest powiązany z wyłączeniem przewidzianym w art. 3, to Komisja może w celu doprowadzenia do zaprzestania takiego naruszenia i na mocy warunków ustanowionych w rozporządzeniu 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* przyjąć decyzję, która zabrania tym osobom stosowania praktyk lub nakazuje im wykonanie pewnych szczególnych działań bądź wycofuje przyznane im wyłączenie grupowe.

* Dz.U. L 1 z 4.1.2003, s. 1.”

b) w ust. 2 wprowadza się następujące zmiany:

i) w lit. a) wyrazy „zgodnie z warunkami, określonymi w sekcji II” zastępuje się wyrazami „zgodnie z warunkami, określonymi w rozporządzeniu (WE) nr 1/2003”;

ii) zdanie drugie w akapicie drugim lit. c) ppkt i) otrzymuje brzmienie:

„Równocześnie podejmuje decyzję, zgodnie z art. 9 rozporządzenia (WE) nr 1/2003, czy przyjąć zobowiązania przedstawione przez zainteresowane przedsiębiorstwa w celu, między innymi, uzyskania dostępu do rynku przez armatorów liniowych nienależących do konferencji.”;

2) w art. 8 wprowadza się następujące zmiany:

a) skreśla się ust. 1;

b) w ust. 2 wyrazy „zgodnie z art. 10” zastępuje się wyrazami „zgodnie z rozporządzeniem (WE) nr 1/2003”;

c) skreśla się ust. 3;

3) w art. 9 wprowadza się następujące zmiany:

a) w ust. 1 wyrazy „Komitet Doradczy, określony w art. 15” zastępuje się wyrazami „Komitet Doradczy, określony w art. 14 rozporządzenia (WE) nr 1/2003”;

b) w ust. 2 wyrazy „Komitetem Doradczym, określonym w art. 15” zastępuje się wyrazami „Komitetem Doradczym, określonym w art. 14 rozporządzenia (WE) nr 1/2003”;

4) uchyla się art. 10–25, z wyjątkiem art. 13 ust. 3, który nadal ma zastosowanie do decyzji przyjętych na mocy art. 81 ust. 3 Traktatu przed dniem stosowania niniejszego rozporządzenia, aż do wygaśnięcia tych decyzji;

5) w art. 26 skreśla się wyrazy „formy, treści i innych elementów skarg zgodnie z art. 10 wniosków zgodnie z art. 12 i w sprawie przesłuchań przewidzianych w art. 23 ust. 1 i 2.”

Artykuł 39

Zmiany w rozporządzeniu (EWG) nr 3975/87

Artykuły 3–19 rozporządzenia (EWG) nr 3975/87 uchyla się, z wyjątkiem art. 6 ust. 3, który nadal ma zastosowanie do decyzji przyjętych na mocy art. 81 ust. 3 Traktatu przed dniem stosowania niniejszego rozporządzenia, aż do wygaśnięcia tych decyzji.

Artykuł 40

Zmiany w rozporządzeniach nr 19/65/EWG, (EWG) nr 2821/71 i (EWG) nr 1534/91

Uchyla się art. 7 rozporządzenia nr 19/65/EWG, art. 7 rozporządzenia (EWG) nr 2821/71 i art. 7 rozporządzenia (EWG) nr 1534/91.

Artykuł 41

Zmiany w rozporządzeniu (EWG) nr 3976/87

W rozporządzeniu (EWG) nr 3976/87 wprowadza się następujące zmiany:

1) artykuł 6 otrzymuje brzmienie:

„Artykuł 6

Komisja skonsultuje się z Komitetem Doradczym, określonym w art. 14 rozporządzenia Rady (WE) nr 1/2003 z dnia 16 grudnia 2002 r. w sprawie wprowadzania w życie reguł konkurencji ustanowionych w art. 81 i 82 Traktatu* przed publikacją projektu rozporządzenia i przed jego przyjęciem.

* Dz.U. L 1 z 4.1.2003, s. 1.”;

2) Uchyla się art. 7.

Artykuł 42**Zmiany w rozporządzeniu (EWG) nr 479/92**

W rozporządzeniu (EWG) nr 479/92 wprowadza się następujące zmiany:

1) artykuł 5 otrzymuje brzmienie:

„Artykuł 5

Przed opublikowaniem projektu rozporządzenia i przed jego przyjęciem Komisja skonsultuje się z Komitetem Doradczym, określonym w art. 14 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.”;

2) uchyla się art. 6.

Artykuł 43**Uchylenie rozporządzeń nr 17 i nr 141**

1. Traci moc rozporządzenie nr 17, z wyjątkiem art. 8 ust. 3, który nadal ma zastosowanie do decyzji przyjętych na mocy art. 81 ust. 3 Traktatu przed dniem stosowania niniejszego rozporządzenia aż do wygaśnięcia tych decyzji.

2. Traci moc rozporządzenie nr 141.

3. Wszelkie odniesienia do uchylonych rozporządzeń należy rozumieć jako odniesienia do niniejszego rozporządzenia.

Artykuł 44**Sprawozdanie o stosowaniu niniejszego rozporządzenia**

Po upływie 5 lat od dnia stosowania niniejszego rozporządzenia Komisja przedstawi Parlamentowi Europejskiemu oraz Radzie sprawozdanie ze stosowania niniejszego rozporządzenia, w szczególności ze stosowania art. 11 ust. 6 i art. 17.

Na podstawie tego sprawozdania Komisja stwierdzi, czy jest właściwe proponowanie Radzie przeglądu niniejszego rozporządzenia.

Artykuł 45**Wejście w życie**

Niniejsze rozporządzenie wchodzi w życie dwudziestego dnia po jego opublikowaniu w Dzienniku Urzędowym Wspólnot Europejskich.

Niniejsze rozporządzenie stosuje się od dnia 1 maja 2004 r.

Niniejsze rozporządzenie wiąże w całości i jest bezpośrednio stosowane we wszystkich Państwach Członkowskich.

Sporządzono w Brukseli, dnia 16 grudnia 2002 r.

w imieniu Rady

M. FISCHER BOEL

Przewodniczący

Obwieszczenie KE – wytyczne w sprawie stosowania art. 81 ust. 3 TWE

(Dz. U. UE 2004 C 101/97)*

1. WPROWADZENIE

1. Artykuł 81(3) Traktatu określa zasadę wyjątku, która zapewnia podmiotom obronę przed stwierdzeniem naruszenia art. 81(1) Traktatu. Porozumienia, decyzje związków przedsiębiorstw oraz praktyki uzgodnione¹ objęte art. 81(1), które spełniają warunki określone w art. 81(3), są ważne i wykonalne, przy czym nie jest wymagana żadna wcześniejsza decyzja w tym zakresie.

2. Artykuł 81(3) może być zastosowany w indywidualnych przypadkach lub do kategorii porozumień oraz praktyk uzgodnionych, za pomocą regulacji dotyczącej wyłączenia grupowego.

Rozporządzenie 1/2003 dotyczące wdrażania reguł konkurencji określonych w art. 81 oraz 82², nie ma wpływu na ważność oraz charakter prawny regulacji przewidujących wyłączenie grupowe. Wszystkie obecnie istniejące regulacje dotyczące wyłączenia grupowego będą nadal obowiązywać, a porozumienia objęte regulacjami dotyczącymi wyłączenia grupowego są ważne i wykonalne pod względem prawnym, nawet jeżeli ograniczają one konkurencję w rozumieniu artykułu 81(1)³. Zawieranie takich porozumień może być jedynie zabronione w przyszłości oraz wyłącznie po formalnym zniesieniu wyłączenia grupowego przez Komisję lub krajowy organ ds. konkurencji⁴. Porozumienia objęte wyłączeniem grupowym nie mogą być uznane za nieważne przez sądy krajowe w kontekście prywatnego postępowania sądowego.

3. Istniejące wytyczne dotyczące ograniczeń pionowych, porozumień współpracy poziomej oraz porozumień o transferze technologii⁵ obejmują zastosowanie artykułu 81 do różnych rodzajów porozumień i praktyk uzgodnionych. Celem tych wytycznych jest określenie opinii Komisji odnośnie merytorycznych kryteriów oceny zastosowanych do różnego rodzaju porozumień i praktyk.

4. Niniejsze wytyczne określają wykładnię Komisji co do przesłanek wyjątku określonego w artykule 81(3). Dostarczają one wskazówek jak stosować art. 81 w indywidualnych przypadkach. Mimo niewątpliwego charakteru, wytyczne te mają na celu również ustanowienie wskazówek dla sądów oraz organów w Państwach Członkowskich w zakresie stosowania przez nie artykułu 81 ustęp 1 i ustęp 3 Traktatu

5. Wytyczne zapewniają ramy analityczne zastosowania artykułu 81(3). Ich celem pozostaje rozwinięcie metodologii stosowania tego postanowienia Traktatu. Metodologia ta opiera się na podejściu ekonomicznym wprowadzonym już i rozwiniętym w wytycznych w sprawie ograniczeń pionowych, porozumień kooperacji horyzontalnej oraz porozumień o transferze technologii. Komisja będzie stosować niniejsze wytyczne, które zawierają bardziej szczegółowe instrukcje w zakresie zastosowania czterech przesłanek artykułu 81(3) niż instrukcje zawarte w wytycznych dotyczących ograniczeń pionowych, porozumień kooperacji horyzontalnej oraz porozumień o transferze technologii; ramy niniejszych wytycznych dotyczą także porozumień objętych wymienionymi wytycznymi.

6. Standardy określone w niniejszych wytycznych powinny być zastosowane w świetle specyficznych okoliczności każdej sprawy. Wyłącza to automatyczne ich zastosowanie. Każda sprawa powinna być oceniona na podstawie dotyczących jej faktów, a wytyczne powinny być zastosowane w sposób rozsądny i elastyczny.

7. W odniesieniu do wielu zagadnień, niniejsze wytyczne odzwierciedlają obecny stan orzecznictwa Trybunału Sprawiedliwości. Jednakże, Komisja zamierza także wyjaśnić swoją politykę w odniesieniu do kwestii, którymi dotąd nie zajęło się orzecznictwo lub które są przedmiotem wykładni. Stanowi-

* Prezentowane tłumaczenie nie ma charakteru tłumaczenia oficjalnego. Na potrzeby niniejszej publikacji tekst został zweryfikowany i zmodyfikowany (ze znacznym wkładem autorskim) przez A. Jurkowską.

¹ W niniejszym dokumencie termin „porozumienie” obejmuje praktyki uzgodnione oraz decyzje związków przedsiębiorstw.

² Dz. U. L 1, 4.1.2003, s. 1.

³ Wszystkie istniejące rozporządzenia dotyczące wyłączeń grupowych oraz obwieszczenia Komisji są dostępne na stronie internetowej DG Competition: <http://www.europa.eu.int/comm/dgs/competition>.

⁴ Zob. pkt 36 poniżej.

⁵ Zob. obwieszczenie Komisji – wytyczne w sprawie ograniczeń pionowych (Dz. U. C 291, 13.10.2000, s. 1), obwieszczenie Komisji – wytyczne w sprawie stosowania art. 81 do porozumień kooperacji horyzontalnej (Dz. U. C 3, 6.01.2001, s. 2), obwieszczenie Komisji – wytyczne w sprawie stosowania art. 81 TWE do porozumień o transferze technologii, jeszcze niepublikowane.

ska Komisji nie jest jednak sprzeczne z orzecznictwem Trybunału Sprawiedliwości lub Sądu Pierwszej Instancji odnośnie interpretacji artykułu 81 ustęp 1 i ustęp 3, ani też z wykładnią tych przepisów, jakiej sądy mogą dokonać w przyszłości.

2. RAMY OGÓLNE ARTYKUŁU 81

2.1. Postanowienia Traktatu

8. Artykuł 81(1) zabrania wszelkich porozumień pomiędzy przedsiębiorstwami, decyzji związków przedsiębiorstw oraz praktyk uzgodnionych, które mogą oddziaływać na handel pomiędzy Państwami Członkowskimi⁶, oraz których celem lub skutkiem jest zapobieganie, ograniczanie lub zakłócanie konkurencji⁷.

9. Jako wyjątek od tej zasady, artykuł 81(3) przewiduje, że zakaz zawarty w artykule 81(1) może być uznany za nie mający zastosowania w przypadku umów, które przyczyniają się do usprawnienia produkcji lub dystrybucji towarów, bądź do promowania postępu technicznego, lub gospodarczego, umożliwiając zarazem konsumentom odpowiedni udział w wynikających z tego korzyściach, oraz które nie nakładają ograniczeń, które nie są niezbędne do osiągnięcia tych celów, oraz nie dają przedsiębiorstwom możliwości wyeliminowania konkurencji w odniesieniu do znacznej części rozpatrywanych produktów.

10. Zgodnie z artykułem 1(1) rozporządzenia 1/2003, porozumienia, które są objęte artykułem 81(1) oraz które nie spełniają przesłanek artykułu 81(3) są zabronione, przy czym nie jest wymagana żadna wcześniejsza decyzja w tym zakresie⁸. Zgodnie z artykułem 1(2) tego rozporządzenia, porozumienia, które są objęte artykułem 81(1), lecz które spełniają przesłanki określone w artykule 81(3) nie są zabronione, przy czym nie jest wymagana żadna wcześniejsza decyzja w tym zakresie. Porozumienia tego rodzaju są ważne i wykonalne od momentu spełnienia przesłanek artykułu 81(3) oraz tak długo, jak długo będą one nadal spełniane.

11. Zatem ocena na podstawie artykułu 81 składa się z dwóch części. Pierwszym krokiem jest dokonanie oceny, czy porozumienie między przedsiębiorstwami, które może oddziaływać na

handel między Państwami Członkowskimi, ma antykonkurencyjny cel lub rzeczywiste bądź potencjalne⁹ antykonkurencyjne skutki. Drugim krokiem, właściwym jedynie w przypadku stwierdzenia, że porozumienie ogranicza konkurencję, jest określenie prokonkurencyjnych korzyści wynikających z porozumienia oraz określenie czy prokonkurencyjne skutki przeważają nad negatywnymi skutkami. Zrównoważenie antykonkurencyjnych i prokonkurencyjnych przeprowadzane jest wyłącznie w ramach zasad określonych w artykule 81(3)¹⁰.

12. Ocena jakichkolwiek przeważających korzyści zgodnie z artykułem 81(3) koniecznie wymaga wcześniejszego określenia ograniczającego charakteru i skutku porozumienia. Aby umieścić artykuł 81(3) w jego odpowiednim kontekście, należy zwięźle przedstawić cel i najważniejsze treści zakazu zawartego w artykule 81(1). Wytyczne Komisji w sprawie ograniczeń pionowych, porozumień kooperacji horyzontalnej oraz porozumień o transferze technologii¹¹ zawierają istotne wskazówki co do stosowania artykułu 81(1) do różnych rodzajów porozumień. Niniejsze wytyczne ograniczają się zatem do przywołania podstawowych ram analitycznych dla stosowania artykułu 81(1).

2.2. Zakaz zawarty w artykule 81(1)

2.2.1. Uwagi ogólne

13. Celem artykułu 81(1) jest ochrona konkurencji na rynku jako środka służącego poprawie dobrobytu konsumentów oraz zapewnieniu efektywnej alokacji zasobów. Konkurencja oraz integracja rynkowa służą

⁶ Koncepcja wpływu na handel pomiędzy Państwami Członkowskimi jest omawiana w odrębnych wytycznych

⁷ W niniejszym dokumencie termin „ograniczenie” obejmuje uniemożliwianie i zakłócanie konkurencji.

⁸ Zgodnie z artykułem 81(2) porozumienia tego rodzaju stają się automatycznie nieważne.

⁹ Artykuł 81(1) zakazuje zarówno rzeczywistych, jak i potencjalne skutków, zob. np. sprawa C-7/95 P *John Deere* (Zb. Orz. 1998, I-3111), pkt 77.

¹⁰ Zob. wyroki w sprawach: T-65/98 *Van den Bergh Foods* (Zb. Orz. 2003, II...), pkt 107 oraz T-112/99, *Métropole télévision (M6) i inni* (Zb. Orz. 2001, II-2459), pkt 74, gdzie Sąd Pierwszej Instancji stwierdził, że prokonkurencyjne i antykonkurencyjne aspekty ograniczeń mogą być ważne jedynie w ramach artykułu 81(3) Traktatu.

¹¹ Zob. przypis powyżej.

tym celom, gdyż tworzenie i ochrona otwartego jednego rynku sprzyja efektywnej alokacji zasobów w ramach Wspólnoty na korzyść konsumentów.

14. Zakaz zawarty w artykule 81(1) dotyczy porozumień ograniczających, praktyk uzgodnionych między przedsiębiorstwami oraz decyzji związków przedsiębiorstw w zakresie, w jakim mogą one oddziaływać na handel pomiędzy Państwami Członkowskimi. Ogólna zasada leżąca u podstaw artykułu 81(1), wyrażona w orzecznictwie sądów Wspólnoty, przewiduje, że każdy podmiot gospodarczy musi samodzielnie określić politykę, którą zamierza realizować na rynku¹². W tym kontekście, sądy Wspólnoty zdefiniowały „porozumienia”, „decyzje” oraz „praktyki uzgodnione” jako pojęcia prawa Wspólnoty, które umożliwiają rozróżnienie pomiędzy jednostronnym działaniem przedsiębiorstw a koordynacją zachowania lub znową pomiędzy przedsiębiorstwami¹³. Jednostronne działanie podlega jedynie postanowieniom artykułu 82 Traktatu w zakresie przepisów Wspólnoty dotyczących konkurencji. Ponadto, zasada konwergencji określona w artykule 3(2) rozporządzenia 1/2003 nie dotyczy jednostronnego działania. Przepis ten stosuje się jedynie do porozumień, decyzji i praktyk uzgodnionych, które mogą oddziaływać na handel pomiędzy Państwami Członkowskimi. Artykuł 3(2) stanowi, że jeśli takie porozumienia, decyzje i praktyki uzgodnione nie są zakazane przez artykuł 81, nie mogą być zakazane przez krajowe prawo konkurencji. Artykuł 3 nie jest sprzeczny z fundamentalną zasadą prymatu prawa Wspólnoty, która przewiduje w szczególności, że porozumienia oraz praktyki nadużycia zabronione na mocy artykułów 81 oraz 82 nie mogą być wspierane przez przepisy krajowe¹⁴.

15. Koordynacja zachowań lub znowa między przedsiębiorstwami w rozumieniu artykułu 81(1) ma miejsce wówczas, gdy co najmniej jeden podmiot zobowiązuje się w stosunku do drugiego podmiotu do podjęcia określonego działania na rynku oraz gdy w wyniku kontaktów pomiędzy nimi zostaje wyeliminowana lub przynajmniej znacznie ograniczona niepewność co do ich działań na rynku¹⁵. Wynika stąd, że koordynacja może przyjąć formę zobowiązań regulujących przedsiębiorstwo na rynku przez przynajmniej jedną ze stron, jak również uzgodnień, które mają wpływ na działania na rynku przynajmniej jednej ze stron poprzez zmianę jej motywacji. Nie jest wymagane, aby koordynacja leżała w interesie wszystkich zaangażowanych podmiotów¹⁶. Koordynacja nie musi być również wyraźnie określona. Może ona być „cicha”. Aby uznać porozumienie za zawarte poprzez „cichą” akceptację, konieczne jest uprzednie zaproszenie skierowane przez jedno przedsiębiorstwo do innego przedsiębiorstwa, wyraźne lub dorozumiane, co do osiągnięcia wspólnie jakiegoś celu¹⁷. W pewnych okolicznościach porozumienie może być wywiedzione i związane z bieżącymi stosunkami handlowymi między stronami¹⁸. Jednakże sam fakt, że środek przyjęty przez przedsiębiorstwo mieści się w kontekście bieżących relacji gospodarczych nie jest wystarczający¹⁹.

16. Porozumienia między przedsiębiorstwami są objęte zakazem zawartym w artykule 81(1), jeżeli istnieje prawdopodobieństwo ich odczuwalnego negatywnego oddziaływania na parametry konkurencji na rynku, tj. cenę, produkcję, jakość produktu, zróżnicowanie i innowacyjność produktu. Porozumienia mogą wywierać taki wpływ poprzez odczuwalne ograniczenie rywalizacji między stronami porozumienia lub pomiędzy nimi a osobami trzecimi.

2.2.2. Podstawowe zasady oceny porozumień na gruncie artykułu 81(1)

17. Ocena tego, czy porozumienie wywiera ograniczający wpływ na konkurencję powinna być dokonana w rzeczywistym kontekście, w którym miałyby miejsce konkurencja w sytuacji braku porozumienia z

¹² Zob. wyrok w sprawie C-49/92 P *Anic Participazioni* (Zb. Orz. 1999, I-4125, pkt 116) i połączone sprawy 40/73 do 48/73 *Suiker Unie i inni* (Zb. Orz. 1975, 1663), pkt 173.

¹³ W tej kwestii zob. pkt 108 wyroku w sprawie *Anic Participazioni* cytowanego w poprzednim przepisie oraz sprawa C-277/87 *Sandoz Prodotti* (Zb. Orz. 1990, I-45).

¹⁴ Zob. w tej kwestii wyrok w sprawie 14/68 *Walt Wilhelm* (Zb. Orz. 1969, 1) i nowsze orzeczenie w sprawie T-203/01 *Michelin (II)* (Zb. Orz. 2003, II...), pkt 112.

¹⁵ Zob. połączone sprawy T-25/95 i in. *Cimenteries CBR* (Zb. Orz. 2000, II-491), pkt 1849 i 1852; oraz połączone sprawy T-202/98 i in., *British Sugar* (Zb. Orz. 2001, II-2035), pkt 58 do 60.

¹⁶ Zob. w tym zakresie sprawa C-453/99, *Courage v Crehan* (Zb. Orz. 2001, I-6297), oraz pkt 3444 orzeczenia w sprawie *Cimenteries CBR* cytowanego w poprzednim przypisie.

¹⁷ Zob. w tym kontekście połączone sprawy C-2/01 P i C-3/01 P, *Bundesverband der Arzneimittel-Importeure* (Zb. Orz. 2004, I...), pkt 102.

¹⁸ Zob. np. połączone sprawy 25/84 i 26/84, *Ford* (Zb. Orz. 1985, 2725).

¹⁹ Zob. w tym kontekście pkt 141 wyroku w sprawie *Bundesverband der Arzneimittel-Importeure*, przywołanego powyżej.

jego domniemanymi ograniczeniami²⁰. Przy przeprowadzaniu oceny niezbędne jest uwzględnienie prawdopodobnego wpływu umowy na konkurencję międzymarkową (tj. konkurencję pomiędzy dostawcami konkurencyjnych marek towarów) oraz na konkurencję wewnątrzmarkową (tj. konkurencję pomiędzy dystrybutorami towarów tej samej marki). Artykuł 81(1) zabrania ograniczania zarówno konkurencji międzymarkowej, jak i wewnątrzmarkowej²¹.

18. W celu stwierdzenia, czy porozumienie lub jego poszczególne części mogą ograniczać konkurencję międzymarkową i/lub wewnątrzmarkową, należy uwzględnić w jaki sposób i do jakiego stopnia porozumienia wpływa lub jest w stanie wpłynąć na konkurencję na rynku. Użytecznymi ramami dla dokonania takiej oceny są następujące dwa pytania. Pierwsze pytanie dotyczy wpływu porozumienia na konkurencję międzymarkową, podczas gdy drugie pytanie odnosi się do wpływu porozumienia na konkurencję wewnątrzmarkową. Ze względu na fakt, iż ograniczenia mogą oddziaływać równocześnie na konkurencję międzymarkową oraz konkurencję

wewnątrzmarkową, niezbędne może być przeanalizowanie danego ograniczenia w świetle obydwu pytań przed wydaniem decyzji o tym, czy stanowi ono ograniczenie dla konkurencji w rozumieniu artykułu 81(1):

(1) Czy porozumienie ogranicza rzeczywistą lub potencjalną konkurencję, która istniałaby w przypadku braku porozumienia? Jeżeli odpowiedź brzmi tak, wówczas porozumienie może podlegać artykułowi 81(1). Przy dokonywaniu oceny należy uwzględnić konkurencję między stronami oraz konkurencję ze strony osób trzecich. Na przykład, gdy dwa przedsiębiorstwa mające siedzibę w różnych Państwach Członkowskich wzajemnie zobowiązują się do niesprzedawania produktów na rynku krajowym drugiego przedsiębiorstwa, (potencjalna) konkurencja, która istniała przed zawarciem umowy, zostaje ograniczona. Podobnie, jeżeli dostawca zabrania swoim dystrybutorom sprzedawania konkurencyjnych produktów, a zobowiązania te zamykają dostęp do rynku osób trzecich, wówczas ograniczona zostaje rzeczywista lub potencjalna konkurencja, która istniałaby w braku porozumienia. Przy ocenie, czy strony porozumienia są rzeczywistymi lub potencjalnymi konkurentami, należy uwzględnić kontekst gospodarczy i prawny. Na przykład, jeśli ze względu na ryzyko finansowe oraz możliwości techniczne stron nie jest możliwe, w oparciu o obiektywne czynniki, aby każda ze stron była w stanie wykonywać swoje działania objęte porozumieniem, strony będą raczej raczej uznane za niekonkurentów w odniesieniu do tej działalności²². To na stronach ciąży dowód co do takiego skutku.

(2) Czy porozumienie ogranicza rzeczywistą lub potencjalną konkurencję, która istniałaby w przypadku braku umownego ograniczenia (ograniczeń) dla konkurencji? Jeśli tak, porozumienie może podlegać artykułowi 81(1). Na przykład, jeśli dostawca ogranicza dystrybutorów w obszarze konkurowania między sobą, (potencjalna) konkurencja, która istniałaby między dystrybutorami w braku tego ograniczenia, zostaje ograniczona. Takie ograniczenia obejmują ustalanie ceny odsprzedaży oraz ograniczenia terytorialne czy zakresu klientów między dystrybutorami. Jednakże pewne ograniczenia mogą w pewnych wypadkach nie być objęte artykułem 81(1), jeśli ograniczenie jest obiektywnie niezbędne dla istnienia porozumienia tego typu lub tego rodzaju²³. Taki wyjątek w stosowaniu artykułu 81(1) może być poczyniony na podstawie obiektywnych czynników o charakterze zewnętrznym w stosunku do stron, a nie na podstawie subiektywnych opinii oraz cech charakterystycznych stron. Pytanie nie dotyczy tego, czy strony w ich konkretnej sytuacji zgodziłyby się zawrzeć mniej ograniczające porozumienie, lecz czy, biorąc pod uwagę charakter porozumienia oraz charakterystykę rynku, w analogicznych okolicznościach, zawarte zostałyby mniej ograniczające porozumienie pomiędzy przedsiębiorstwami. Na przykład, ograniczenia terytorialne w porozumieniu pomiędzy dostawcą oraz dystrybutorem mogą przez pewien czas nie być objęte postanowieniami artykułu 81(1), jeżeli ograniczenia są obiektywnie niezbędne do penetracji nowego rynku przez dystrybutora²⁴.

²⁰ Zob. sprawa 56/65, *Société Technique Minière* (Zb. Orz. 1966, 337), oraz pkt 76 wyroku w sprawie *John Deere*, przywołanego w przypisie 9.

²¹ Zob. w tym kontekście połączone sprawy 56/64 i 58/66, *Consten and Grundig* (Zb. Orz. 1966, 429).

²² Zob. w tym kontekście np. decyzja Komisji w sprawach: *Elopak/Metal Box – Odin* (OJ 1990 L 209, p. 15) oraz *TPS* (OJ 1999 L 90, p. 6).

²³ Zob. w tym kontekście wyrok w sprawie *Société Technique Minière*, przywołany w przypisie 20 oraz w sprawie 258/78, *Nungesser* (Zb. Orz. 1982, 2015).

²⁴ Zob. zasadę 10 w pkt 119 Wytocznych w sprawie ograniczeń wertykalnych, przywołanych powyżej, zgodnie z którą między innymi bierne ograniczenia sprzedaży – jedno z najpoważniejszych ograniczeń konkurencji

Podobnie, nałożony na wszystkich dystrybutorów zakaz sprzedaży pewnym kategoriom użytkowników końcowym może nie być ograniczający dla konkurencji, jeśli takie ograniczenie jest obiektywnie niezbędne ze względu na bezpieczeństwo lub zdrowie związane z niebezpiecznym charakterem produktów będących przedmiotem porozumienia. Nie są wystarczające stwierdzenia, iż w przypadku braku ograniczeń dostawca zastosowałby pionową integrację. Decyzje dotyczące integracji pionowej są uzależnione od wielu złożonych czynników ekonomicznych, przy czym niektóre z nich mają charakter wewnętrzny w stosunku do danego przedsiębiorstwa.

19. Przy stosowaniu ram analitycznych określonych w poprzednim punkcie należy uwzględnić, że artykuł 81(1) rozróżnia postanowienia, które mają na celu ograniczanie konkurencji, oraz postanowienia, które skutkują ograniczeniem konkurencji. Porozumienia lub ograniczenia umowne są zakazane przez artykuł 81(1), jeśli jego celem lub skutkiem jest ograniczenie konkurencji międzymarkowej i/lub wewnątrzmarkowej.

20. Rozróżnienie między ograniczeniami ze względu na cel oraz ograniczeniami ze względu na skutek jest ważne. Jeśli zostało już ustalone, że porozumienie ma na celu ograniczenie konkurencji, nie ma potrzeby uwzględniania jego konkretnych skutków²⁵. Innymi słowy, w celu stosowania artykułu 81(1) nie ma potrzeby wskazywania żadnych rzeczywistych antykonkurencyjnych skutków, jeśli porozumienie ma na celu ograniczenie konkurencji. Artykuł 81(3), z drugiej strony, nie rozróżnia porozumień, które mają na celu ograniczenia konkurencji, oraz porozumień, które skutkują ograniczeniem konkurencji. Artykuł 81(3) stosowany jest do wszystkich porozumień spełniających wszystkie cztery zawarte w nim przesłanki²⁶.

21. Ograniczeniami konkurencji ze względu na cel są te ograniczenia, które poprzez swoją naturę potencjalnie ograniczają konkurencję. Są to ograniczenia, które w świetle celów ustanowionych przez wspólnotowe reguły konkurencji, mają wysoki potencjał negatywnych skutków dla konkurencji, tak, że nie jest koniecznym – w celu stosowania artykułu 81(1) – wykazywanie jakichkolwiek rzeczywistych skutków na rynku. To domniemanie oparte jest na poważnym charakterze ograniczeń oraz doświadczeniu wskazującym, że ograniczenia konkurencji ze względu na cel mogą powodować negatywne skutki na rynku oraz podważać cele ustanowione wspólnotowym prawem konkurencji. Ograniczenia ze względu na cel, takie jak ustalanie cen i podział rynku redukują produkcję i podnoszą ceny, prowadząc do niewłaściwej alokacji zasobów, ponieważ towary i usługi pożądane przez klientów nie są wytwarzane. Prowadzą one również do obniżenia dobrobytu, ponieważ konsumenci muszą płacić wyższe ceny za dane produkty i usługi.

22. Ocena stwierdzająca, czy celem porozumienia jest ograniczenie konkurencji, opiera się na szeregu czynników. Czynniki te obejmują w szczególności treść porozumienia oraz obiektywne cele realizowane przez dane porozumienie. Niezbędne może być również rozważenie kontekstu, w którym porozumienie jest (ma być) zastosowane oraz faktyczne działania i zachowania stron na rynku²⁷. Innymi słowy, pożądane może być badanie faktów leżących u podstaw porozumienia oraz specyficznych okoliczności, w jakim ono funkcjonuje, zanim będzie można stwierdzić, czy dane ograniczenie stanowi ograniczenie konkurencji ze względu na cel. Sposób, w jaki porozumienie jest faktycznie realizowane może ukazywać ograniczenia ze względu na cel, nawet jeżeli formalna umowa nie zawiera wyraźnych postanowień o takiej treści. Istnienie dowodu subiektywnego zamiaru stron, zmierzającego do ograniczenia konkurencji, stanowi istotny czynnik, lecz nie jest warunkiem koniecznym.

23. Niewyczerpujące wskazówki odnośnie tego, co stanowi ograniczenia ze względu na cel, można w rozporządzeniach wyłączających, wytycznych i obwieszczeniach. Ograniczenia, które figurują na „czarnej liście” w wyłączeniach grupowych lub są określone jako najpoważniejsze ograniczenia w wytycznych oraz obwieszczeniach generalnie są uznawane przez Komisję za stanowiące ograniczenia ze względu na cel. W przypadku porozumień poziomych ograniczenia konkurencji ze względu na cel obejmują:

– pozostaje poza zasięgiem art. 81 ust. 1 przez dwa lata, jeśli to ograniczenie jest związane z wprowadzeniem nowego produktu lub otwarciem rynku geograficznego.

²⁵ Zob. np. pkt 99 wyroku w sprawie *Anic Partecipazioni*, przywołanego w przypisie 12.

²⁶ Zob. pkt 46 poniżej.

²⁷ Zob. połączone sprawy 29/83 i 30/83, *CRAM and Rheinzink* (Zb. Orz. 1984, 1679), pkt 26, oraz połączone sprawy 96/82 i in., *ANSEAU/NAWEWA* (Zb. Orz. 1983, 3369), pkt 23–25.

ustalanie cen, ograniczanie produkcji oraz podział rynków i konsumentów²⁸. W przypadku porozumień pionowych, kategoria ograniczeń ze względu na cel obejmuje w szczególności utrzymywanie stałych i minimalnych cen odsprzedaży oraz ograniczenia zapewniające absolutną ochronę terytorialną, łącznie z ograniczeniami w zakresie biernej sprzedaży²⁹.

24. Jeżeli porozumienie nie stanowi ograniczenia dla konkurencji ze względu na cel, wówczas należy zbadać, czy wywiera ono ograniczający wpływ na konkurencję. Należy uwzględnić zarówno rzeczywisty, jak i potencjalny wpływ³⁰. Innymi słowy, porozumienie ma prawdopodobnie wywoływać antykonkurencyjne skutki. W przypadku ograniczeń dla konkurencji stanowiących skutek umowy, brak jest założenia o negatywnym wpływie na konkurencję. Aby porozumienie wywierało ograniczający skutek, musi ono mieć możliwość oddziaływania na rzeczywistą lub potencjalną konkurencję w takim stopniu, że można oczekiwać, z racjonalnym poziomem prawdopodobieństwa, niekorzystnego wpływu na ceny, produkcję, innowacje bądź zróżnicowanie lub jakość towarów i usług na rynku właściwym. Negatywne oddziaływanie musi być znaczące³¹. Takie negatywne oddziaływanie musi być odczuwalne/ Zasada zakazu przewidziana w artykuł 81(1) nie obowiązuje, jeżeli zidentyfikowane antykonkurencyjne skutki są mało istotne³². Ten test odzwierciedla stosowane przez Komisję podejście ekonomiczne. Zakaz z artykułu 81(1) stosowany jest tylko wówczas, gdy na bazie podstawowych analiz rynku właściwego można stwierdzić, że porozumienie może wywoływać antykonkurencyjne skutki na rynku³³. Nie jest wystarczającym dla takiego stwierdzenia, że udziały stron w rynku przekraczają progi określone w obwieszczeniu de minimis³⁴. Porozumienia wypadające z „bezpiecznych portów” rozporządzeń wyłączających grupowo, mogą podlegać, choć niekoniecznie, artykułowi 81(1). Ponadto, fakt, że według udziałów stron w rynku, porozumienia wykraczają poza „bezpieczne porty” wyłączeń grupowych, jest sam w sobie niewystarczającą podstawą dla stwierdzenia, że porozumienie podlega artykułowi 81(1) lub że nie spełnia ono przesłanek z artykułu 81(3). Wymagana jest indywidualna ocena prawdopodobnych skutków wywołanych danym porozumieniem.

25. Negatywne oddziaływanie na konkurencję na rynku właściwym prawdopodobnie będzie miało miejsce, gdy strony indywidualnie lub łącznie wykazują lub osiągną pewien poziom siły rynkowej, a porozumienie przyczynia się do powstania, utrzymania lub wzmocnienia tejże siły rynkowej, bądź umożliwia stronom wykorzystanie siły rynkowej. Siła rynkowa stanowi możliwość utrzymania cen powyżej konkurencyjnego poziomu w znacznym okresie czasu lub utrzymania produkcji w kategoriach ilości produktów, jakości produktów oraz zróżnicowania lub

innowacji poniżej poziomu konkurencyjnego w znaczącym okresie czasu. Na rynkach z wysokimi kosztami stałymi przedsiębiorstwa muszą wystawiać ceny powyżej ich kosztów końcowych produkcji w celu zapewnienia konkurencyjnego zwrotu inwestycji. Fakt, że przedsiębiorstwa stosują ceny powyżej swoich końcowych kosztów nie jest zatem samo w sobie znakiem, że na rynku nie funkcjonuje właściwie konkurencja oraz że przedsiębiorstwa posiadają siłę rynkową, która pozwala im na stosowanie cen powyżej poziomu konkurencyjnego. Gdy ramy konkurencyjne są niewystarczające do tego, aby utrzy-

²⁸ Zob. Wytyczne w sprawie porozumień kooperacji horyzontalnej, przywołane powyżej, pkt 25, oraz art. 5 rozporządzenia Komisji 2658/00 w sprawie stosowania art. 81 ust. 3 Traktatu do kategorii porozumień specjalizacyjnych (Dz. U. L 304, 5.12.2000, s. 3).

²⁹ Zob. art. 4 rozporządzenia Komisji 2790/1999 w sprawie art. 81 ust. 3 Traktatu do kategorii porozumień wertykalnych i praktyk uzgodnionych (OJ L 336, 29.12.1999, p. 21) oraz Wytyczne w sprawie ograniczeń wertykalnych, przywołany powyżej, pkt 46 i nast. Zob. także 279/87, *Tipp-Ex* (Zb. Orz. 1990, I-261), oraz T-62/98, *Volkswagen v Komisja* (Zb. Orz. 2000, II-2707), pkt 178.

³⁰ Zob. pkt 77 wyroku w sprawie *John Deere*, przywołanym w przypisie 9.

³¹ Nie jest wystarczające samo w sobie, aby porozumienie ograniczało swobodę działania jednej lub więcej stron, zob. pkt 76 i 77 wyroku w sprawie *Métropole television (M6)*, przywołanego w przypisie 10. Pozostaje to w zgodzie z tym, że celem art. 81 jest ochrona konkurencji na rynku z korzyścią dla konsumentów.

³² Zob. np. sprawa 5/69, *Völk* (Zb. Orz. 1969, 295), pkt 7. Wytyczne co do kwestii odczuwalności można znaleźć w obwieszczeniu Komisji w sprawie porozumień o mniejszym znaczeniu, które nie ograniczają odczuwalnie konkurencji w rozumieniu art. 81 ust. 1 Traktatu (OJ C 368, 22.12.2001, p. 13). Obwieszczenie definiuje odczuwalność w sposób negatywny. Porozumienia, które wypadają poza zakres obwieszczenia de minimis, niekoniecznie wywierają odczuwalne skutki ograniczające. Niezbędna jest indywidualna ocena.

³³ Zob. w tym zakresie wyrok w połączonych sprawach T-374/94 i in., *European Night Services* (Zb. Orz. 1998, II-3141).

³⁴ Zob. przypis 32.

mać ceny i produkcję na poziomie konkurencyjnym, przedsiębiorstwa mają siłę rynkową w rozumieniu art. 81(1).

26. Powstanie, utrzymanie lub wzmocnienie siły rynkowej może wynikać z ograniczenia konkurencji pomiędzy stronami porozumienia. Może ono również wynikać z ograniczenia konkurencji między jedną ze stron oraz osobami trzecimi, np. ze względu na fakt, że porozumienie prowadzi do wyeliminowania konkurentów lub powoduje zwiększenie kosztów ponoszonych przez konkurentów, ograniczając ich zdolność do skutecznego konkutowania z umawiającymi się stronami. Siła rynkowa stanowi kwestię poziomu. Poziom siły rynkowej wymagany do stwierdzenia naruszenia artykułu 81(1), w przypadku porozumień ograniczających konkurencję poprzez skutki, jest mniejszy niż poziom siły rynkowej niezbędny do stwierdzenia dominacji na gruncie artykułu 82.

27. Dla celów analizy ograniczających skutków porozumienia, niezbędne jest zwykle zdefiniowanie rynków właściwych³⁵. Niezbędne jest również zbadanie oraz dokonanie, między innymi, oceny charakteru produktów, pozycji rynkowej stron, pozycji rynkowej konkurentów, pozycji rynkowej kupujących, istnienia potencjalnych konkurentów oraz poziomu barier wejścia. Jednakże, w niektórych przypadkach można wykazać negatywne oddziaływanie na konkurencję bezpośrednio poprzez analizowanie zachowania stron porozumienia na rynku. Można na przykład wykazać, iż porozumienie spowodowało podniesienie cen. Wytyczne w sprawie porozumień kooperacji horyzontalnej oraz w sprawie ograniczeń pionowych określają szczegółowe ramy analizy konkurencyjnego wpływu różnego rodzaju porozumień poziomych i pionowych na gruncie artykułu 81(1)³⁶.

2.2.3. Niezbędne ograniczenia (*ancillary restraints*)

28. Punkt 18 powyżej wskazuje ramy analizy wpływu porozumienia i jego indywidualnych ograniczeń na konkurencję międzymarkową i wewnątrzmarkową. Jeśli na podstawie tych zasad stwierdzone zostanie, że główna transakcja objęta porozumieniem nie ogranicza konkurencji, właściwe staje się badanie, czy indywidualne ograniczenia zawarte w porozumieniu są także zgodne z artykułem 81(1), ponieważ są one niezbędne wobec głównej nieograniczającej transakcji.

29. We wspólnotowym prawie konkurencji, koncepcja niezbędnych ograniczeń obejmuje wszelkie domniemane ograniczenia konkurencji, które są bezpośrednio związane oraz konieczne dla przeprowadzenia głównej nieograniczającej transakcji oraz są proporcjonalne do niej³⁷. Jeżeli porozumienie w jego zasadniczych częściach, na przykład porozumienie dystrybucyjne lub porozumienie o joint venture nie ma na celu lub nie powoduje ograniczenia konkurencji, wówczas ograniczenia, które są bezpośrednio związane oraz niezbędne do przeprowadzenia tej transakcji, również nie mieszczą się w zakresie artykułu 81(1)³⁸. Tego rodzaju ograniczenia zwane są niezbędnymi ograniczeniami. Ograniczenie jest bezpośrednio związane z główną transakcją, jeżeli jest podporządkowane wdrożeniu tej transakcji oraz w nierozłączny sposób jest z nią związane. Test niezbędności wymaga, aby ograniczenie było obiektywnie niezbędne dla wdrożenia głównej transakcji oraz było do niej proporcjonalne. Wynika stąd, że test niezbędnych ograniczeń jest podobny do testu określonego w punkcie 18(2) powyżej. Jednakże, test niezbędnych ograniczeń jest stosowany we wszystkich przypadkach, w których główna transakcja nie ogranicza konkurencji³⁹. Nie jest on limitowany do określenia wpływu porozumienia na konkurencję międzymarkową.

30. Należy odróżnić zastosowanie koncepcji niezbędnego ograniczenia od zastosowania obrony na podstawie artykułu 81(3), który dotyczy określonych korzyści ekonomicznych wynikających z porozumień ograniczających oraz równoważących ograniczające skutki porozumień. Zastosowanie koncepcji niezbędnego ograniczenia nie obejmuje jakiegokolwiek ważenia prokonkurencyjnych i antykonkurencyjnych skutków. Takie ważenie zastrzeżone jest dla artykułu 81(3)⁴⁰.

31. Ocena niezbędnych ograniczeń sprowadza się do określenia, czy w specyficznym kontekście głównej transakcji lub działania o charakterze nieograniczającym dane ograniczenie jest niezbędne do przepro-

³⁵ Zob. w tym zakresie Obwieszczenie Komisji w sprawie definicji rynku właściwego dla celów wspólnotowego prawa konkurencji (Dz. U. WE C 372, 9.12.1997, s. 1).

³⁶ Miejsce publikacji w Dz. U. – zob. przypis 5.

³⁷ Zob. pkt 104 wyroku w sprawie *Métropole télévision (M6) i inni*, przywołanego w przypisie 10.

³⁸ Zob. np. wyrok w sprawie C-399/93 *Luttikhuis* (Zb. Orz. 1995, I-4515), pkt 12–14.

³⁹ Zob. w tym zakresie pkt 118 i nast. w wyroku w sprawie *Métropole television* przywołanym w przypisie 10.

⁴⁰ Zob. pkt 107 wyroku w sprawie *Métropole télévision* przywołanym w przypisie 10.

wadzenia tej transakcji lub działania i czy jest w stosunku do niego proporcjonalne. Jeżeli na podstawie obiektywnych przesłanek można wyciągnąć wniosek, iż bez ograniczenia utrudnione lub niemożliwe byłoby przeprowadzenie głównej transakcji o charakterze nieograniczającym, wówczas ograniczenie może być uznane za obiektywnie niezbędne dla jej przeprowadzenia i mające proporcjonalny zakres⁴¹. Jeżeli na przykład, główny przedmiot porozumienia franchisingowego nie ogranicza konkurencji, wówczas ograniczenia niezbędne dla prawidłowego funkcjonowania porozumienia, takie jak obowiązki zachowania jednorodności oraz reputacji systemu franchisingowego, również nie są objęte zakresem artykułu 81(1)⁴². Podobnie, jeśli joint venture nie jest samo w sobie ograniczające, ograniczenia, które są konieczne dla funkcjonowania porozumienia, są uznawane za niezbędne wobec głównej transakcji i dlatego nie podlegają artykułowi 81(1). Na przykład, w sprawie TPS⁴³ Komisja stwierdziła, że nałożone na strony zobowiązanie do nieangażowania się w firmach aktywnych w dziedzinie dystrybucji i wprowadzania na rynek programów telewizyjnych poprzez satelitę było niezbędne dla stworzenia joint venture w początkowej fazie. Ograniczenie zostało zatem uznane za nie podlegające artykułowi 81(1) przez okres 3 lat. Dochodząc do takiego wniosku, Komisja uwzględniła poważne inwestycje oraz ryzyko handlowe związane z wchodzeniem na rynek płatnej telewizji.

2.3. Wyjątek z artykułu 81(3)

32. Ocena ograniczeń ze względu na cel i skutek na gruncie artykułu 81(1) stanowi jedynie jedną stronę analizy. Drugą stroną, która jest odzwierciedlona w artykule 81(3), stanowi ocena pozytywnych skutków gospodarczych porozumień ograniczających.

33. Celem wspólnotowych reguł konkurencji jest ochrona konkurencji na rynku jako środek poprawy dobrobytu konsumentów oraz zapewnienie efektywnej alokacji zasobów. Porozumienia, które ograniczają konkurencję, mogą równocześnie wywierać prokonkurencyjne skutki poprzez poprawę efektywności⁴⁴. Lepsza efektywność może prowadzić do wytworzenia dodatkowych wartości poprzez obniżenie kosztu wytworzenia, poprawę jakości produktu lub tworzenie nowego produktu. Jeżeli prokonkurencyjne skutki porozumie przeważają nad antykonkurencyjnymi skutkami, porozumienie jest w ogólny bilansie prokonkurencyjne i zgodne z celami wspólnotowych reguł konkurencji. Wpływ netto takich porozumień ma na celu promowanie procesu konkurencji, tzn. zdobywanie klientów poprzez oferowanie lepszych produktów lub bardziej korzystnych cen niż te oferowane przez konkurentów. Powyższe ramy analityczne są odzwierciedlone w artykule 81(1) oraz w artykule 81(3). Postanowienia tego drugiego potwierdzają wyraźnie, że porozumienia ograniczające mogą generować obiektywne korzyści ekonomiczne dla zrównoważenia negatywnych skutków ograniczenia konkurencji⁴⁵.

34. Zastosowanie zasady wyjątku z artykułu 81(3) jest uwarunkowane spełnieniem czterech łącznych przesłanek, dwóch pozytywnych i dwóch negatywnych:

- (a) Porozumienie musi przyczyniać się do poprawy produkcji lub dystrybucji towarów, bądź przyczyniać się do promowania postępu technicznego lub gospodarczego,
- (b) Konsumentci powinni uzyskiwać odpowiedni udział w wynikających z niego korzyściach, (c) Ograniczenia muszą być niezbędne dla osiągnięcia tych celów, a wreszcie
- (d) Porozumienie nie może dawać stronom możliwości wyeliminowania konkurencji w odniesieniu do znacznej części określonych produktów.

Jeżeli wszystkie cztery przesłanki są spełnione, wówczas porozumienie zwiększa konkurencję na rynku właściwym, gdyż prowadzi ono do tego, że zaangażowane przedsiębiorstwa oferują tańsze i lepsze produkty konsumentom, rekompensując im negatywny wpływ ograniczeń konkurencji.

35. Artykuł 81(3) może być zastosowany zarówno do indywidualnych porozumień, jak i do kategorii porozumień poprzez rozporządzenie o wyłączeniu grupowym. Jeżeli porozumienie objęte jest wyłączeniem grupowym, wówczas strony porozumienia ograniczającego zwolnione są z przewidzianego w artykule 2 rozporządzenia 1/2003 ciężaru wykazania, że ich indywidualne porozumienie spełnia każdą z przesłanek

⁴¹ Zob. np. decyzję Komisji w sprawie *Elopak/Metal Box – Odin*, przywołaną w przypisie 22.

⁴² Zob. wyrok w sprawie 161/84 *Pronuptia* (Zb. Orz. 1986, 353).

⁴³ Zob. przypis 22. Decyzja została utrzymana w mocy przez Sąd Pierwszej Instancji w wyroku w sprawie *Métropole télévision (M6)*, przywołanej w przypisie 10.

⁴⁴ Oszczędności kosztów oraz inne korzyści odniesione przez strony, które wynikają z wykonywania władzy rynkowej nie powodują obiektywnych korzyści i nie mogą być uwzględniane, zob. pkt 49 poniżej.

⁴⁵ Zob. wyrok w sprawie *Consten i Grundig*, przywołany w przypisie 21.

określonych w artykule 81(3). Strony muszą jedynie udowodnić, że ograniczające porozumienie korzysta z przywileju wyłączenia. Zastosowanie artykułu 81(3) do kategorii porozumień poprzez rozporządzenie o wyłączeniu grupowym jest oparte na założeniu, że ograniczające porozumienia, które mieszczą się w ich zakresie⁴⁶ spełniają każdą z czterech przesłanek określonych w artykule 81(3).

36. Jeżeli w indywidualnym przypadku porozumienie podlega artykułowi 81(1) i nie spełnia przesłanek artykułu 81(3), wówczas wyłączenie grupowe może być wycofane. Zgodnie z artykułem 29(1) rozporządzenia 1/2003, Komisja jest upoważniona do cofnięcia przywileju wyłączenia grupowego, jeżeli stwierdzi, że w danym przypadku porozumienie objęte rozporządzeniem o wyłączeniu grupowym wywiera określony wpływ, który jest niezgodny z artykułem 81(3) Traktatu. Na podstawie artykułu 29(2) rozporządzenia 1/2003, organ ochrony konkurencji Państwa Członkowskiego może również wycofać przywilej wyłączenia grupowego na podstawie rozporządzenia Komisji w odniesieniu do swojego terytorium (lub części jego terytorium), jeżeli to terytorium posiada wszelkie cechy odrębnego rynku geograficznego. W przypadku takiego cofnięcia przywileju, obowiązkiem organu ochrony konkurencji jest wykazanie, że porozumienie narusza artykuł 81(1) oraz nie spełnia przesłanek artykułu 81(3).

37. Sądy Państw Członkowskich nie są uprawnione do cofnięcia przywileju wyłączenia grupowego na podstawie rozporządzenia. Ponadto, w stosowaniu przez nie rozporządzeń o wyłączeniach grupowych, sądy Państwa Członkowskiego nie mogą zmieniać zakresu tych rozporządzeń poprzez rozszerzanie ich stosowania na porozumienia nie objęte danym rozporządzeniem wyłączającym⁴⁷. Poza zakresem rozporządzenia wyłączającego grupowo sądy Państw Członkowskich mają kompetencję do stosowania artykułu 81(1) w całości (art. 6 rozporządzenia 1/2003).

3. STOSOWANIE CZTERECH PRZESŁANEK ARTYKUŁU 81(3)

38. Pozostała część niniejszych wytycznych omawiać będzie cztery przesłanki artykułu 81(3)⁴⁸. Biorąc pod uwagę, że wymienione cztery przesłanki mają charakter kumulatywny⁴⁹, nie ma potrzeby badania jakichkolwiek pozostałych przesłanek po stwierdzeniu, że jedna z przesłanek artykułu 81(3) nie jest spełniona. W indywidualnych przypadkach może zatem zaistnieć konieczność rozważenia owych czterech przesłanek w innej kolejności.

39. Dla celów niniejszych wytycznych uważa się za wskazane odwrócenie kolejności drugiej i trzeciej przesłanki, rozważając kwestię niezbędności przed kwestią przeniesienia korzyści na konsumentów. Analiza przeniesienia korzyści wymaga porównania negatywnego i pozytywnego wpływu porozumienia na konsumentów. Analiza ta nie powinna obejmować skutków jakichkolwiek ograniczeń, które nie przeszły testu niezbędności oraz które z tej przyczyny są zabronione na podstawie artykułu 81.

3.1. Zasady ogólne

40. Artykuł 81(3) Traktatu ma zastosowanie jedynie wtedy, gdy porozumienie między przedsiębiorstwami ogranicza konkurencję w rozumieniu artykułu 81(1). W przypadku porozumień, które nie ograniczają konkurencji, nie ma potrzeby badania korzyści generowanych przez porozumienie.

41. Jeżeli w indywidualnym przypadku udowodnione zostało ograniczenie konkurencji w rozumieniu artykułu 81(1), wówczas można powołać się na artykuł 81(3) dla obrony. Zgodnie z artykułem 2 rozporządzenia 1/2003, ciężar dowodu na podstawie artykułu 81(3) spoczywa na przedsiębiorstwie (przedsiębiorstwach) powołującym (powołujących) się na korzyści z wyjątku.

Jeśli przesłanki z artykułu 81(3) nie są spełnione, porozumienie jest nieważne (art. 81(2)). Jednakże, taka automatyczna nieważność dotyka tylko tych części porozumienia, które są niezgodne z artykułem 81, pod warunkiem, że części te można wyodrębnić z całości porozumienia⁵⁰. Jeśli tylko część poro-

⁴⁶ Okoliczność, że porozumienie jest wyłączone grupowo nie wskazuje sama w sobie, że indywidualne porozumienie podlega art. 81 ust. 1 TWE.

⁴⁷ Zob. np. wyrok w sprawie C-234/89 *Delimitis* (Zb. Orz. 1991, I-935), pkt 46.

⁴⁸ Art. 36 ust. 4 rozporządzenia 1/2003 uchylił, między innymi, art. 5 rozporządzenia 1017/68 o stosowaniu reguł konkurencji w transporcie kolejowym, drogowym oraz żegludze śródlądowej. Jednak praktyka Komisji przyjęta pod rządami rozporządzenia 1017/68 pozostaje właściwa w celu stosowania art. 81 ust. 3 w sektorze żegludgi śródlądowej.

⁴⁹ Zob. pkt 42 poniżej.

⁵⁰ Zob. wyrok w sprawie *Société Technique Minière*, przywołany w przypisie 20.

mienia jest nieważna, to ze stosowanego prawa krajowego wynikają konsekwencji tej nieważności dla pozostałej części porozumienia⁵¹.

42. Zgodnie z ugruntowanym orzecznictwem, cztery przesłanki artykułu 81(3) mają charakter kumulatywny⁵², tzn. muszą być one wszystkie spełnione, aby miała zastosowanie reguła wyjątku. Jeżeli nie są spełnione, należy odmówić zastosowania wyjątku przewidzianego w artykule 81(3)⁵³. Cztery przesłanki artykułu 81(3) są również wyczerpujące. Jeżeli są one spełnione, wówczas wyjątek ma zastosowanie i nie może być uzależniony od innych warunków. Cele przewidziane w innych postanowieniach Traktatu mogą być uwzględnione w zakresie, w jakim mogą one być poddane przesłankom z artykułu 81(3)⁵⁴.

43. Ocena korzyści wynikających z porozumień ograniczających konkurencję na podstawie artykułu 81(3) jest zasadniczo przeprowadzana w ramach każdego z rynków właściwych, którego dotyczy porozumienie. Wspólnotowe reguły konkurencji mają na celu ochronę konkurencji na rynku i nie mogą być oderwane od tego celu. Ponadto, przesłanka stanowiąca, że konsumenci⁵⁵ otrzymują odpowiedni udział w zysku, wymaga, aby korzyści wynikające z ograniczającego porozumienia na rynku właściwym musiały być wystarczające do przeważenia antykonkurencyjnych skutków generowanych przez to porozumienie na tym samym rynku właściwym⁵⁶. Niekorzystny wpływ na konsumentów na jednym rynku geograficznym lub produktowym nie może być zazwyczaj zrównoważony i skompensowany pozytywnym wpływem na konsumentów na innym niezwiązanym rynku geograficznym lub produktowym. Jednakże w przypadku, gdy dwa rynki są ściśle ze sobą związane, wówczas można uwzględnić korzyści uzyskane na odrębnych rynkach, pod warunkiem, że grupa konsumentów podlegających ograniczeniom i uzyskujących korzyści jest zasadniczo tożsama⁵⁷. Oczywiście w niektórych przypadkach jedynie konsumenci na rynku niższego szczebla (*downstream market*) podlegają wpływowi porozumienia. W takim

⁵¹ Zob. w tym zakresie wyrok w sprawie 319/82 *Kerpen & Kerpen* (Zb. Orz. 1983, 4173), pkt 11 i 12.

⁵² Zob. np. wyroki w sprawach: T-185/00 i inni *Métropole télévision SA (M6)* (Zb. Orz. 2002, II-3805), pkt 86; T-17/93 *Matra* (Zb. Orz. 1994, II-595), pkt 85; 43/82 i 63/82 *VBVB i VBBB* (Zb. Orz. 1984, 19), pkt 61.

⁵³ Zob. wyrok w sprawie T-213/00 *CMA CGM i inni* (Zb. Orz. 2003, II...), pkt 226.

⁵⁴ Zob. w odniesieniu do tego bezpośrednio pkt 139 wyroku w sprawie *Matra*, przywołanego w przypisie 52 oraz wyrok w sprawie 26/76 *Metro (I)* (Zb. Orz. 1977, 1875), pkt 43.

⁵⁵ W odniesieniu do pojęcia konsumentów zob. pkt 84 poniżej, gdzie stwierdza się, że konsumentami są klienci stron oraz dalsi kupujący. Same strony nie są „konsumentami” w rozumieniu art. 81 ust. 3 TWE.

⁵⁶ Test zależy od specyfiki rynku, zob. co do tego wyrok w sprawie T-131/99 *Shaw* (Zb. Orz. 2002, II-2023), pkt 163, gdzie Sąd Pierwszej Instancji stwierdził, że ocena na gruncie art. 81 ust. 3 musi być dokonywana w tych samych ramach analitycznych, które są używane dla oceny skutków ograniczających, oraz wyrok w sprawie C-360/92 *P Publishers Association* (Zb. Orz. 1995, I-23), pkt 29, gdzie w sprawie, w której rynek właściwy był wyznaczony szerzej niż rynek krajowy, Trybunał Sprawiedliwości stwierdził, że przy stosowaniu art. 81 ust. 3 TWE nie jest odpowiednim uwzględnianie tylko skutków na terytorium kraju.

⁵⁷ W wyroku w sprawie T-86/95 *Compagnie Générale Maritime i inni* (Zb. Orz. 2002, II-1011), pkt 343–345, Sąd Pierwszej Instancji stwierdził, że art. 81 ust. 3 TWE nie wymaga tego, aby korzyści związane były ze specyficznym rynkiem, oraz że w niektórych przypadkach należy uwzględnić korzyści „dla każdego innego rynku, na który może korzystnie wpływać rozpatrywane porozumienie, a nawet, w bardziej ogólnym sensie, wszystkie usługi, których jakość lub efektywność mogła się poprawić wskutek istnienia porozumienia”. Co ważne, jednak, w tej sprawie, grupa konsumentów poddanych wpływowi porozumienia była taka sama. Sprawa dotyczyła usług transportu intermodalnego, obejmującego połączenie, między innymi, transportu śródlądowego i morskiego wykonywanego przez przewoźników morskich we Wspólnocie. Ograniczenia związane były z usługami transportu śródlądowego, które miały stanowić odrębny rynek, podczas gdy korzyści miały ujawnić się w sektorze transportu morskiego. Obydwa rodzaje usług były pożądaną przez przewoźników wymagających usług transportu intermodalnego między północną Europą a południowo-wschodnią i wschodnią Azją. Orzeczenie w sprawie *CMA CGM*, przywołane w przypisie 53 powyżej, również dotyczyło sytuacji, w której porozumienie, choć obejmowało kilka różnych usług, wpływało na tę samą grupę konsumentów, głównie przewoźników ładunków kontenerowych między północną Europą a Dalekim Wschodem. Na podstawie tego porozumienia strony ustaliły stawki opłat głównych i dodatkowych odnoszące się do usług żeglugi śródlądowej, usług portowych oraz usług transportu morskiego. Sąd Pierwszej Instancji stwierdził (zob. pkt 226–228), że w okolicznościach sprawy nie było potrzeby definiowania rynków właściwych w celu zastosowania art. 81 ust. 3. Porozumienie ograniczało konkurencję ze względu na swój cel i nie przynosiło żadnych korzyści konsumentom.

przypadku, należy poddać ocenie wpływ porozumienia na tych konsumentów. Ma to miejsce na przykład w przypadku porozumień o zakupach⁵⁸.

44. Ocena porozumień ograniczających konkurencję na gruncie artykułu 81(3) przeprowadzana jest w rzeczywistym kontekście, w którym one występują⁵⁹ oraz na podstawie faktów istniejących w określonym czasie. Ocena jest uzależniona od istotnej zmiany faktów. Reguła uwzględniania wyjątku, przewidziana w artykule 81(3), obowiązuje tak długo, jak długo spełniane są wszystkie cztery przesłanki oraz przestaje obowiązywać, gdy wszystkie przesłanki nie są spełnione⁶⁰. Jeśli artykuł 81(3) stosowany jest zgodnie z powyższymi zasadami, niezbędne jest uwzględnienie początkowych kosztów utopionych inwestycji poczynionych przez którąkolwiek ze stron, koniecznego czasu oraz ograniczeń wymaganych dla poniesienia kosztów i zwrotu korzyści z inwestycji. Artykuł 81 nie może być stosowany bez uwzględniania takich inwestycji *ex ante*. Ryzyko, przed jakim stoją strony, oraz koszty utopione inwestycji, które muszą być związane z wdrażaniem tego porozumienia, mogą zatem prowadzić do tego, że porozumienie nie podlega artykułowi 81(1), lub spełnia ono przesłanki artykułu 81(3) przez czas wymagany dla zwrotu inwestycji.

45. Jednakże w niektórych przypadkach porozumienie ograniczające konkurencję stanowi fakt nieodwracalny. Po wdrożeniu porozumienia ograniczającego sytuacja *ex ante* nie może zostać przywrócona. W takich przypadkach ocena powinna być przeprowadzona na podstawie faktów istniejących w momencie wdrażania porozumienia. Na przykład, w odniesieniu do porozumienia badawczo-rozwojowego, na podstawie którego każda ze stron zgadza się zaniechać swoich badań oraz połączyć swoje moce badawcze z mocami innej strony, może okazać się z obiektywnego punktu widzenia technicznie oraz ekonomicznie niemożliwe reaktywowanie projektu po zaniechaniu jego realizacji. Ocena negatywnego i pozytywnego wpływu na konkurencję porozumienia przewidującego zaniechanie indywidualnych projektów badawczych powinna być zatem dokonana w momencie zakończenia jego wdrażania. Jeżeli w tym momencie porozumienie jest zgodne z postanowieniami artykułu 81, na przykład ze względu na fakt, że wystarczająca liczba podmiotów trzecich prowadzi konkurencyjne projekty badawczo-naukowe, wówczas porozumienie pomiędzy stronami przewidujące zaniechanie ich indywidualnych projektów nadal pozostanie zgodne z artykułem 81, nawet jeżeli w późniejszym czasie projekty osób trzecich zakończą się niepowodzeniem. Jednakże, zakaz przewidziany w artykule 81 może dotyczyć innych stron porozumienia, w odniesieniu do których nie powstaje kwestia nieodwracalności. Jeżeli na przykład, oprócz wspólnych prac badawczo – rozwojowych, porozumienie przewiduje wspólne korzystanie z wyników, artykuł 81 może dotyczyć tej części porozumienia, jeżeli w wyniku kolejnych zmian na rynku porozumienie będzie ograniczało konkurencję i nie będzie spełniało przesłanek z artykułu 81(3), uwzględniając koszty utopione inwestycji *ex ante* (zob. poprzedni punkt).

46. Artykuł 81(3) nie wyklucza *a priori* określonych rodzajów porozumień z jego zakresu. Zasadniczo, wszystkie porozumienia ograniczające konkurencję, które spełniają cztery przesłanki artykułu 81(3), objęte są wyjątkiem⁶¹. Jednakże, poważne ograniczenia konkurencji będą prawdopodobnie spełniały przesłanki artykułu 81(3) jedynie w wyjątkowych okolicznościach. Ograniczenia tego rodzaju są zwykle zakazane na podstawie rozporządzeń o wyłączeniach grupowych lub kwalifikowane jako poważne ograniczenia w wytycznych i obwieszczeniach Komisji. Porozumienia tego rodzaju zwykle nie spełniają (przynajmniej) dwóch pierwszych przesłanek artykułu 81(3). Nie stwarzają one obiektywnych korzyści gospodarczych⁶², ani korzyści dla konsumentów⁶³. Na przykład, porozumienie kooperacji horyzontalnej ustalające ceny ogranicza produkcję, co prowadzi do niewłaściwej alokacji zasobów. Przenosi ono także wartości z konsumentów na producentów, gdyż powoduje podwyższenie cen bez kreowania jakiegokolwiek

⁵⁸ Zob. pkt 126–132 Wytycznych w sprawie porozumień kooperacji horyzontalnej, przywołanych w przypisie 5 powyżej.

⁵⁹ Zob. wyrok w sprawie *Ford* przywołany w przypisie 18.

⁶⁰ Zob. w tym zakresie na przykład decyzję Komisji w sprawie *TPS* (Dz. U. WE L 90, 2.4.1999, s. 6). Podobnie, zakaz z art. 81 ust. 1 znajduje zastosowanie o tyle, o ile porozumienie ma ograniczający cel lub skutek.

⁶¹ Zob. pkt 85 wyroku w sprawie *Matra*, przywołanego w przypisie 52.

⁶² W odniesieniu do tych wymogów zobacz pkt 49 poniżej.

⁶³ Zob. np. wyrok w sprawie T-29/92 *Vereniging van Samenwerkende Prijsregelende Organisaties in de Bouwnijverheid (SPO)* (Zb. Orz. 1995, II-289).

równoważącej wartości dla konsumentów na rynku właściwym. Ponadto, porozumienia tego rodzaju generalnie nie spełniają także warunków testu niezbędności przewidzianego w przesłance trzeciej⁶⁴.

47. Jakikolwiek stwierdzenie, że porozumienia ograniczające konkurencję są uzasadnione, gdyż mają na celu zapewnienie godziwych warunków konkurencji na rynku, są z natury rzeczy nieuzasadnione i należy je odrzucić⁶⁵. Celem artykułu 81 jest ochrona skutecznej konkurencji poprzez zapewnienie, że rynki pozostaną nadal otwarte i konkurencyjne. Ochrona godziwych warunków konkurencji jest zadaniem dla legislatora, zgodnie ze zobowiązaniami wynikającymi z prawa wspólnotowego⁶⁶, a nie dla przedsiębiorstw do regulacji we własnym zakresie.

3.2. Pierwsza przesłanka artykułu 81(3): Korzyści gospodarcze

3.2.1. Uwagi ogólne

48. Zgodnie z pierwszą przesłanką artykułu 81(3), porozumienia ograniczające konkurencję powinny przyczynić się do usprawnienia produkcji lub dystrybucji towarów, bądź do promowania postępu technicznego lub gospodarczego. Postanowienie to odnosi się wprost jedynie do towarów, lecz na zasadzie analogii obejmuje także usługi.

49. Z orzecznictwa Trybunału Sprawiedliwości wynika, że można uwzględniać jedynie obiektywne korzyści⁶⁷. Oznacza to, że korzyści nie są oceniane z subiektywnego punktu widzenia stron⁶⁸. Oszczędności kosztowe wynikające jedynie z wykorzystania siły rynkowej przez strony nie mogą być brane pod uwagę. Na przykład, jeżeli firmy zgadzają się na ustalenie cen lub na podział rynku, wówczas ograniczają produkcję i zarazem koszty produkcji. Ograniczona konkurencja może prowadzić także do obniżenia kosztów sprzedaży i marketingu. Tego rodzaju redukcje kosztów stanowią bezpośrednią konsekwencję ograniczenia produkcji i wartości. Omawiane redukcje kosztów nie wywierają żadnego pozytywnego wpływu na konkurencję na rynku. W szczególności, nie prowadzą do powstania wartości poprzez integrację aktywów i działań. Umożliwiają jedynie zainteresowanym podmiotom zwiększenie zysków i z tego względu nie są właściwe z punktu widzenia artykułu 81(3).

50. Celem pierwszej przesłanki artykułu 81(3) jest określenie rodzajów korzyści, które mogą być uwzględniane i mogą być przedmiotem dalszych testów w zakresie drugiej i trzeciej przesłanki z artykułu 81(3). Celem analizy jest stwierdzenie, jakie są obiektywne korzyści generowane przez porozumienie i jakie jest gospodarcze znaczenie tych korzyści. Zakładając, że na gruncie artykułu 81(3) zastosowanie pro-konkurencyjnych skutków wynikających z porozumienia musi przeważać nad skutkami antykonkurencyjnymi, konieczne jest zweryfikowanie, jakie jest powiązanie między porozumieniem a stwierdzanymi korzyściami oraz jaka jest wartość tych korzyści.

51. Wszelkie stwierdzenia dotyczące uzyskiwanych korzyści muszą zatem być uzasadnione, umożliwiając weryfikację następujących kwestii:

- (a) *Charakter* stwierdzanych korzyści;
- (b) *Związek* pomiędzy porozumieniem oraz korzyściami;
- (c) *Prawdopodobieństwo* oraz *skala* każdej stwierdzanej korzyści;
- (d) *Jak i kiedy* zostanie uzyskana każda stwierdzana korzyść.

52. Litera (a) umożliwia osobie podejmującej decyzję określenie, czy stwierdzane korzyści mają charakter obiektywny (zob. punkt 49 powyżej).

53. Litera (b) umożliwia osobie podejmującej decyzję określenie, czy istnieje wystarczający związek przyczynowo-skutkowy pomiędzy porozumieniem ograniczającym konkurencję i stwierdzanymi korzyściami. Ten warunek wymaga zazwyczaj, aby korzyści wynikały z działalności gospodarczej, która stanowi przedmiot porozumienia. Taka działalność może, na przykład, przyjmować formę dystrybucji, licencjonowania technologii, wspólnej produkcji oraz wspólnych prac badawczo-rozwojowych. W zakresie, jednakże, w jakim porozumienie ma szersze skutki podnoszące efektywność na rynku właściwym, na

⁶⁴ Zob. np. wyrok w sprawie 258/78 *Nungesser* (Zb. Orz. 1982, 2015), pkt 77, dotyczący bezwzględnej ochrony terytorialnej.

⁶⁵ Zob. w tym zakresie np. wyrok w sprawie *SPO*, przywołany w przypisie 63.

⁶⁶ Środki krajowe muszą, między innymi, pozostawać zgodne z regułami Traktatu dotyczącymi swobody przepływu towarów, usług, osób i kapitału.

⁶⁷ Zob. np. wyrok w sprawie *Consten i Grundig*, przywołany w przypisie 21.

⁶⁸ Zob. w tym zakresie decyzję Komisji w sprawie *Van Bergh Foods* (Dz. U. WE 1998 L 246, s. 1).

przykład ze względu na to, że prowadzi do obniżenia szerokich kosztów w przemyśle, te dodatkowe korzyści są także uwzględniane.

54. Związek przyczynowo-skutkowy między porozumieniem a stwierdzanymi korzyściami musi być bezpośredni⁶⁹. Stwierdzenia oparte na skutkach pośrednich są zwykle obciążone zbyt dużym stopniem niepewności i zbyt trudne do zweryfikowania, aby mogły być uwzględniane. Bezpośredni związek przyczynowo-skutkowy istnieje na przykład wówczas, gdy porozumienie o transferze technologii pozwala na licencjodawcom na produkowanie nowych lub udoskonalonych towarów bądź gdy porozumienie dystrybucyjne pozwala na dystrybuowanie towarów po niższych kosztach lub wytwarzanie wartościowych usług. Przykładem skutku pośredniego jest przypadek, gdy stwierdzone zostaje, że porozumienie ograniczające pozwala na to, aby zaangażowane przedsiębiorstwa zwiększały swoje zyski, umożliwiając im inwestowanie więcej w prace badawczo-rozwojowe z ostateczną korzyścią dla konsumentów. Jeśli istnieje związek między dochodowością a pracami badawczo-rozwojowymi, ten związek generalnie nie wystarczy, aby uwzględnić go w kontekście artykułu 81(3).

55. Litery (c) oraz (d) umożliwiają osobie podejmującej decyzję określenie wartości stwierdzanych korzyści, które w kontekście trzeciej przesłanki z artykułu 81(3) muszą równoważyć negatywne oddziaływanie porozumienia na konkurencję (zob. punkt 101 poniżej).

Zakładając, że artykuł 81(1) stosowany jest tylko w przypadkach, gdy porozumienie ma prawdopodobny negatywny wpływ na konkurencję i konsumentów (w przypadku najpoważniejszych ograniczeń domniemywa się istnienie takiego wpływu), twierdzenia o korzyściach muszą być uzasadnione tak, aby mogły zostać zweryfikowane. Twierdzenia nieuzasadnione są odrzucane.

56. W przypadku stwierdzanych korzyści kosztowych, przedsiębiorstwa powołujące się na korzyści na podstawie artykułu 81(3) powinny jak najdokładniej wyliczyć bądź oszacować (pieniężną wartość) korzyści oraz szczegółowo opisać, w jaki sposób kwota została wyliczona. Muszą również opisać metodę (metody), przy pomocy której korzyści zostały lub zostaną osiągnięte. Przedstawione dane muszą być możliwe do zweryfikowania, aby występował określony stopień pewności, że korzyści się zmaterializowały lub mogą się zmaterializować.

57. W przypadku stwierdzanych korzyści w formie nowych lub ulepszonych produktów, przedsiębiorstwa deklarujące korzyści na podstawie artykułu 81(3) powinny opisać i szczegółowo wyjaśnić charakter korzyści oraz w jaki sposób i dlaczego stanowią one obiektywną korzyść gospodarczą.

58. W przypadkach, gdy porozumienie ma być dopiero w pełni zrealizowane, strony muszą uzasadnić wszelkie projekcje dotyczące terminu, począwszy od tego, od którego korzyści będą miały charakter operacyjny, tak aby mogły wywierać znaczny pozytywny wpływ na rynek.

3.2.2. Różne kategorie korzyści

59. Rodzaje korzyści wymienionych w artykule 81(3) stanowią szerokie kategorie, które mają na celu uwzględnienie wszystkich obiektywnych korzyści gospodarczych. Różnorodne kategorie wymienione w artykule 81(3) nakładają się na siebie w znacznym stopniu, a to samo porozumienie może prowadzić do uzyskania kilku rodzajów korzyści. Nie należy zatem rozgraniczać wyraźnie poszczególnych kategorii. Dla celów niniejszych wytycznych, dokonano rozróżnienia pomiędzy korzyściami kosztowymi oraz korzyściami natury jakościowej w formie nowych lub ulepszonych produktów, większej różnorodności produktów, etc.

60. Generalnie korzyści wynikają z integracji działalności gospodarczej, w ramach której przedsiębiorstwa dokonują zespolenia swoich aktywów, aby osiągnąć cele, których nie mogłyby osiągnąć w tak efektywny sposób działając samodzielnie, lub w ramach której powierzają innemu przedsiębiorstwu zadania, które mogą być realizowane w bardziej efektywny sposób przez to inne przedsiębiorstwo.

61. Działalność badawczo-naukowa, proces produkcji i dystrybucji mogą być postrzegane jako łańcuch wartości, który podzielić można na szereg etapów. Na każdym etapie tego łańcucha przedsiębiorstwo musi wybierać pomiędzy samodzielnym wykonywaniem tego działania, wykonywaniem go wspólnie z innym(i) przedsiębiorstwem (przedsiębiorstwami) lub zleceniem wykonania tego działania całkowicie innemu przedsiębiorstwu (innym przedsiębiorstwom).

62. W każdym przypadku, gdy dokonany wybór oznacza kooperację na rynku z innym przedsiębiorstwem, wymagane jest zwykle zawarcie porozumienia w znaczeniu artykułu 81(1). Porozumienia takie

⁶⁹ Zob. w tym zakresie decyzję Komisji w sprawie *Glaxo Wellcome* (Dz. U. WE 2001 L 302, s. 1).

mogą mieć charakter pionowy, jak w przypadku, gdy strony prowadzą działalność na różnych szczeblach łańcucha wartości, bądź poziomy, jak wtedy, gdy firmy funkcjonują na tym samym poziomie łańcucha wartości. Obie kategorie porozumień mogą generować korzyści poprzez umożliwienie przedsiębiorstwom wykonywania określonego zadania po niższych kosztach lub wytwarzając wyższą wartość dodaną dla konsumentów. Jednakże, porozumienia takie mogą także zawierać ograniczenia konkurencji, lub prowadzić do ich powstania, w których to przypadkach może mieć zastosowanie zakaz przewidziany w artykułe 81(1) oraz zasada wyjątku określona w artykułe 81(3).

63. Rodzaje korzyści wymienione w niniejszym dokumencie stanowią jedynie przykłady i nie stanowią wyczerpującej listy.

3.2.2.1. Korzyści kosztowe

64. Korzyści kosztowe wynikające z porozumień pomiędzy przedsiębiorstwami mogą pochodzić z wielu różnorodnych źródeł. Bardzo istotnym źródłem oszczędności kosztowych jest rozwój nowych technologii i metod produkcji. Ogólnie rzecz biorąc, gdy dokonuje się przeskok technologiczny, wówczas istnieje największe prawdopodobieństwo uzyskania oszczędności kosztowych. Na przykład, wprowadzenie linii montażowej doprowadziło do uzyskania bardzo istotnego ograniczenia kosztów produkcji pojazdów silnikowych.

65. Innym istotnym źródłem korzyści jest zjawisko synergii wynikającej z integracji istniejących aktywów. Jeżeli strony porozumienia konsolidują swoje odpowiednie aktywa, wówczas mogą uzyskać taką konfigurację kosztów/produkcji, która w innym przypadku nie byłaby możliwa. Kombinacja dwóch istniejących technologii o komplementarnych walorach może obniżyć koszty produkcji lub doprowadzić do wytwarzania produktu wyższej jakości. Na przykład, może zdarzyć się, że produkcja firmy A w ciągu godziny kształtuje się na wysokim poziomie, ale wymaga stosunkowo dużego wkładu surowców na jednostkę produkcji, podczas gdy produkcja firmy B generuje niższy poziom produkcji w ciągu godziny, ale wymaga relatywnie niższego wkładu surowców na jednostkę produkcji. Synergia może być kreowana wówczas, gdy poprzez ustanowienie joint venture łączące aktywa firmy A i B, strony mogą osiągnąć wysoki (wyższy) poziom produkcji w ciągu godziny przy niższym wkładzie surowców na jednostkę produkcji. Podobnie, jeśli jedno przedsiębiorstwo optymalizuje jedną część łańcucha wartości, a inne przedsiębiorstwo optymalizuje inną część łańcucha wartości, kombinacja tych działań może prowadzić do niższych kosztów. Firma A może na przykład mieć wysoko zautomatyzowaną produkcję skutkującą niskimi kosztami produkcji na jednostkę, podczas gdy firma B rozwija skuteczny system realizacji zamówień. Ten system pozwala łączyć produkcję z popytem klientów, zapewniając czasową dostawę oraz obniżając koszty składowania i opróżnienia. Połączenie aktywów A i B może prowadzić do obniżenia kosztów.

66. Korzyści kosztowe mogą także wynikać z korzyści skali, tzn. obniżenia kosztów na jednostkę produkcji w miarę wzrostu skali produkcji. Na przykład: inwestycje w sprzęt oraz inne aktywa muszą być często dokonywane w niepodzielnych blokach. Jeżeli przedsiębiorstwo nie może w pełni wykorzystać bloku, jego średnie koszty będą wyższe niż w przypadku pełnego wykorzystania. Na przykład, koszt eksploatacji samochodu ciężarowego jest prawie taki sam, niezależnie od tego, czy jest prawie pusty, załadowany do połowy lub załadowany w całości. Porozumienia, na podstawie których przedsiębiorstwa konsolidują swoje operacje logistyczne, umożliwiają im zwiększenie wskaźnika ładunku oraz ograniczenie liczby zaangażowanych pojazdów. Większa skala może także umożliwić lepszą alokację siły roboczej, co prowadzi do obniżenia kosztów jednostkowych. Firmy mogą osiągać korzyści skali w zakresie wszystkich części łańcucha wartości, łącznie z badaniami i rozwojem, produkcją, dystrybucją oraz marketingiem. Gospodarki uczące się stanowią podobny rodzaj oszczędności. Ze względu na to, iż uzyskuje się większe doświadczenie w przeprowadzaniu określonego procesu produkcji lub w wykonywaniu określonego zadania, może wzrosnąć produktywność, gdyż proces będzie przebiegał bardziej efektywnie lub zadanie będzie wykonywane szybciej.

67. Oszczędności wynikające z zakresu są kolejnym źródłem korzyści kosztowych, które występują, jeżeli firmy osiągają oszczędności kosztów poprzez produkowanie różnych produktów na bazie tego samego surowca wejściowego. Korzyści tego rodzaju mogą wynikać z faktu, iż możliwe jest wykorzystanie tych samych komponentów oraz tych samych urządzeń i personelu do produkcji różnorodnych produktów. Analogicznie, oszczędności wynikające z zakresu mogą powstać w procesie dystrybucji, gdy kilka rodzajów towarów jest dystrybuowanych tymi samymi pojazdami. Na przykład, producent mrożonej pizzy oraz producent mrożonek warzywnych mogą uzyskać oszczędności wynikające z zakresu

poprzez wspólną dystrybucję swoich produktów. Obydwie grupy produktów muszą być dystrybuowane w samochodach chłodniach oraz prawdopodobne jest, że znaczna część klientów jest odbiorcą obu grup produktów. Poprzez połączenie działalności obydwaj producenci mogą uzyskać niższe koszty dystrybucji na dystrybuowaną jednostkę.

68. Korzyści w formie redukcji kosztów mogą wynikać także z porozumień, które umożliwiają lepsze planowanie produkcji, ograniczanie potrzeby utrzymywania drogich zapasów oraz umożliwiają lepsze wykorzystanie mocy produkcyjnych. Korzyści o takim charakterze mogą na przykład wynikać z wykorzystania systemu zakupów „dokładnie na czas”, tzn. zobowiązania dostawcy komponentów do bieżącego dostarczania ich nabywcy zgodnie z jego potrzebami, unikając w ten sposób konieczności utrzymywania przez kupującego znacznych zapasów komponentów, które mogą okazać się zbędne. Oszczędności kosztowe mogą także wynikać z porozumień umożliwiających stronom racjonalizację produkcji wewnątrz ich zakładów produkcyjnych.

3.2.2.2. Korzyści jakościowe

69. Porozumienia między przedsiębiorstwami mogą generować różne korzyści natury jakościowej, które są właściwe do zastosowania artykułu 81(3). W wielu przypadkach zasadniczą korzyścią potencjału podnoszącego efektywność porozumienia nie jest obniżanie kosztów, ale udoskonalenia jakości oraz inne korzyści natury jakościowej. W zależności od indywidualnego przypadku takie korzyści mogą być również lub ważniejsze od korzyści kosztowych.

70. Postęp techniczny i technologiczny stanowi zasadniczą, i dynamiczną część gospodarki, generującą znaczne korzyści w formie nowych lub ulepszonych towarów oraz usług. Poprzez wzajemną współpracę przedsiębiorstwa mogą generować korzyści, które nie byłyby możliwe bez porozumienia ograniczającego konkurencję lub byłyby możliwe jedynie ze znacznym opóźnieniem lub przy wyższych kosztach. Korzyści takie stanowią ważne źródło korzyści gospodarczych objętych pierwszą przesłanką artykułu 81(3). Porozumienia, które mogą generować korzyści o takim charakterze obejmują, w szczególności, porozumienia dotyczące prac badawczo – rozwojowych. Przykładem może być sytuacja, gdy A i B tworzą joint venture w celu prowadzenia prac rozwojowych oraz, jeśli powiodą się one, w celu wspólnego produkowania opon komórkowych. Przebicie jednej komórki nie wpływa na inne komórki, co oznacza, że nie istnieje ryzyko uszkodzenia całej opony w przypadku przebicia. Taka opona jest zatem bezpieczniejsza niż tradycyjna opona. Oznacza to również, że nie istnieje natychmiastowa potrzeba wymiany opony i wożenia opony zapasowej. Obydwa rodzaje korzyści stanowią korzyści obiektywne w rozumieniu pierwszej przesłanki artykułu 81(3).

71. W ten sam sposób, w jaki połączenie uzupełniających się aktywów może spowodować oszczędność kosztów, połączenie aktywów może również stwarzać synergii, z którą wynikają korzyści natury jakościowej. Połączenie aktywów produkcyjnych może na przykład prowadzić do produkcji towarów wyższej jakości lub produktów o nowatorskich cechach. Dzieje się tak na przykład w przypadku porozumień licencyjnych oraz porozumień dotyczących wspólnej produkcji nowych bądź ulepszonych produktów lub usług. Porozumienia licencyjne mogą w szczególności zapewnić szybsze rozprzestrzenianie się nowych technologii we Wspólnocie i umożliwiać licencjodawcy (licencjodawcom) udostępnianie nowych produktów lub zastosowanie nowych technologii produkcji, które prowadzą do poprawy jakości. Porozumienia dotyczące wspólnej produkcji mogą, w szczególności, pozwalać na szybsze i tańsze wprowadzanie na rynek nowych bądź ulepszonych produktów lub usług⁷⁰. Na przykład w sektorze telekomunikacyjnym umowy o współpracy są uznawane za generujące korzyści poprzez szybsze udostępnianie nowych usług globalnych⁷¹. W sektorze bankowym porozumienia o współpracy, które umożliwiają usprawnienie płatności transgranicznych, są również uznawane za generujące korzyści mieszczące się w zakresie pierwszej przesłanki artykułu 81(3)⁷².

⁷⁰ Zob. np. decyzję Komisji w sprawie *GEAE/P&W* (Dz. U. WE 2000 L 58, s. 16); w sprawie *British Interactive Broadcasting/Open* (Dz. U. WE 1999 L 312, s. 1) oraz w sprawie *Asahi/Saint Gobain* (Dz. U. WE 1994 L 354, s. 87).

⁷¹ Zob. np. decyzję Komisji w sprawie *Atlas* (Dz. U. WE 1996 L 239, s. 23), oraz w sprawie *Phoenix/Global One* (Dz. U. WE 1996 L 239, s. 57).

⁷² Zob. np. decyzję Komisji w sprawie *Uniform Eurocheques* (Dz. U. WE 1985 L 35, s. 43).

72. Porozumienia dystrybucyjne również mogą podnosić efektywność jakościową. Na przykład wyspecjalizowani dystrybutorzy mogą świadczyć usługi, które są lepiej dostosowane do potrzeb klienta lub zapewnić szybsze dostawy bądź zapewnić lepszą jakość poprzez łańcuch dystrybucyjny⁷³.

3.3. Trzecia przesłanka artykułu 81(3): niezbędność ograniczeń

73. Zgodnie z trzecią przesłanką artykułu 81(3), porozumienie ograniczające konkurencję nie powinno nakładać ograniczeń, które nie są konieczne do uzyskania korzyści generowanych przez dane porozumienie. Przesłanka ta wymaga przeprowadzenia dwojakiego rodzaju testów. Po pierwsze, porozumienie ograniczające konkurencję jako takie powinno być racjonalnie niezbędne do uzyskania korzyści. Po drugie, poszczególne ograniczenia konkurencji, które wynikają z porozumienia, powinny być również racjonalnie niezbędne dla uzyskania korzyści.

74. W kontekście trzeciej przesłanki artykułu 81(3), czynnikiem decydującym jest określenie, czy ograniczające konkurencję porozumienie oraz indywidualne ograniczenia umożliwiają wykonanie rozważanych działań w bardziej efektywny sposób niż miałyby to miejsce w przypadku braku porozumienia lub ograniczeń. Pytanie nie dotyczy tego, czy porozumienie nie zostałoby zawarta w przypadku braku ograniczenia, lecz czy więcej korzyści generowanych jest dzięki porozumieniu lub ograniczeniu, niż w przypadku braku porozumienia lub ograniczenia⁷⁴.

75. Pierwszy test zawarty w trzeciej przesłance artykułu 81(3) wymaga, aby korzyści były specyficzne dla danego porozumienia w tym sensie, że nie istnieją inne gospodarczo wykonalne i mniej ograniczające środki prowadzące do uzyskania korzyści. Dokonując tej drugiej oceny, należy uwzględnić warunki rynkowe oraz realne warunki działalności gospodarczej, z jakimi mają do czynienia strony porozumienia. Przedsiębiorstwa powołujące się na korzyści na podstawie artykułu 81(3) nie muszą rozważać czysto hipotetycznych lub teoretycznych alternatyw. Komisja nie będzie podważać gospodarczego osądu stron. Będzie ona interweniować tylko wówczas, gdy oczywistym jest, że istnieją realistyczne i możliwe do osiągnięcia alternatywy. Strony muszą wyjaśnić tylko i wykazać, dlaczego pozornie realistycznie i mniej ograniczające alternatywy porozumienia byłyby znacznie mniej efektywne.

76. Szczególnie istotne jest zbadanie, przy uwzględnieniu okoliczności indywidualnej sprawy, czy strony mogłyby osiągnąć korzyści lub przy pomocy innego, mniej ograniczającego konkurencję rodzaju porozumienia oraz, w takim przypadku, kiedy byłyby w stanie uzyskać korzyści. Może być również konieczne zbadanie, czy strony mogły osiągnąć korzyści samodzielnie. Na przykład, jeżeli stwierdzone korzyści przybierają formę redukcji kosztów wynikających z korzyści skali lub zakresu, wówczas zainteresowane podmioty muszą uzasadnić, dlaczego te same korzyści nie byłyby prawdopodobnie możliwe do uzyskania poprzez wewnętrzny wzrost i konkurencję cenową. Przy dokonywaniu tej oceny istotne jest rozważenie między innymi, jaka jest minimalna efektywna skala na danym rynku. Minimalna efektywna skala stanowi poziom produkcji wymagany do zminimalizowania przeciętnych kosztów oraz wyczerpania oszczędności skali⁷⁵. Im większa jest minimalna efektywna skala w porównaniu z obecną wielkością każdej ze stron porozumienia, tym bardziej prawdopodobne jest, że korzyści zostaną uznane za specyficzne dla danego porozumienia. W przypadku porozumień, które generują znaczny efekt synergii poprzez konsolidację komplementarnych aktywów oraz mocy produkcyjnych, charakter korzyści prowadzi do założenia, iż porozumienie jest niezbędne do ich osiągnięcia.

77. Te zasady mogą być zilustrowane następującym hipotetycznym przykładem:

A i B łączą w ramach joint venture ich odpowiednie technologie produkcji, aby osiągnąć wyższy poziom produkcji i niższy poziom zużycia surowców. Joint venture posiada wyłączną licencję na wykorzystanie odpowiednich technologii produkcyjnych. Strony przekazują istniejące udogodnienia produkcyjne joint venture. Przekazują one również personel kluczowy w celu zapewnienia, że gospodarka ucząca się może być wykorzystana i dalej rozwijana. Ocenia się, czy te korzyści zmniejszą koszty produkcji o dalsze 5%. Produkcja joint venture jest sprzedawana niezależnie przez A i B. W tym przypadku przesłanka niezbędności wymaga oceny, czy możliwe byłoby uzyskanie korzyści poprzez porozumienie licencyjne, które byłoby mniej ograniczające, ponieważ A i B kontynuowałyby samodzielnie produkcję.

⁷³ Zob. np. decyzję Komisji w sprawie Cégétel + 4 (Dz. U. WE 1999 L 88, s. 26).

⁷⁴ W odniesieniu do poprzedniego pytania, które może być właściwe w kontekście art. 81 ust. 1 TWE, zob. pkt 18 powyżej.

⁷⁵ Korzyści skali wyczerpują się zazwyczaj w pewnym punkcie. Następnie koszty przeciętne ustabilizują się i w końcu wzrosną ze względu na, na przykład, ograniczenia wydajności lub zjawisko „wąskiego gardła”.

W opisanych okolicznościach nie jest to możliwe, ponieważ na podstawie porozumienia licencyjnego strony nie byłyby w stanie korzystać w ten sam seamless i ciągły sposób ze swojego własnego doświadczenia w wykorzystaniu dwóch technologii, skutkującym w znacznych korzyściach w postaci uczenia się. 78. Uznawszy, że rozważane porozumienie jest niezbędne do generowania korzyści, należy zbadać, czy niezbędne jest każde ograniczenie dla konkurencji wynikające z porozumienia. W tym kontekście należy ocenić, czy poszczególne ograniczenia są faktycznie niezbędne do uzyskania korzyści. Strony porozumienia muszą uzasadnić swoje stwierdzenie, zarówno w odniesieniu do charakteru ograniczenia, jak i jego intensywności.

79. Ograniczenie jest niezbędne, jeżeli jego brak doprowadziłby do wyeliminowania lub znacznego ograniczenia korzyści wynikających z umowy lub poważnie ograniczyłby prawdopodobieństwo ich zaistnienia. Ocena alternatywnych rozwiązań powinna uwzględniać rzeczywiste oraz potencjalne ulepszenia w zakresie konkurencji poprzez eliminację danego ograniczenia lub zastosowanie mniej ograniczającej konkurencję alternatywy. Im bardziej restryktywne jest ograniczenie, tym bardziej surowy jest test przewidziany w ramach trzeciej przesłanki⁷⁶. Ograniczenia, które są zakazane na podstawie rozporządzeń o wyłączeniu zbiorowym lub zakwalifikowane jako najpoważniejsze ograniczenia w wytycznych oraz obwieszczeniach Komisji nie będą prawdopodobnie uznane za niezbędne w wyjątkowych okolicznościach.

80. Ocena niezbędności jest dokonywana w faktycznym kontekście, w którym funkcjonuje umowa oraz powinna w szczególności uwzględniać strukturę rynku, ryzyko gospodarcze związane z porozumieniem oraz zachęty dla stron. Im bardziej niepewne jest powodzenie produktu objętego porozumieniem, tym bardziej wymagane może być zapewnienie, iż ograniczenie doprowadzi do urzeczywistnienia korzyści. Ograniczenia mogą być również niezbędne do wyrównania zachęt dla stron i zapewnienia, że skoncentrują one swoje wysiłki na realizacji porozumienia. Ograniczenie może być na przykład niezbędne w celu uniknięcia problemów związanych z opóźnieniem, gdy poniesione zostały przez jedną ze stron znaczne koszty nieudanej inwestycji. Na przykład, jeżeli dostawca dokonał poważnej inwestycji, związanej wyłącznie z określonym kontrahentem w celu dostarczenia klientowi surowca, wówczas dostawca jest trwale związany z klientem. W celu uniknięcia sytuacji, w której *ex post* klient wykorzystuje to uzależnienie do uzyskania bardziej korzystnych warunków, niezbędne może być wprowadzenie zakazu kupowania danego komponentu od osób trzecich lub obowiązku kupowania minimalnych ilości komponentu od dostawcy⁷⁷.

81. W niektórych przypadkach ograniczenie może być niezbędne jedynie przez określony czas, w którym to przypadku wyjątek przewidziany w artyku 81(3) obowiązuje jedynie w tym okresie. Przy przeprowadzaniu tej oceny niezbędne jest należyte uwzględnienie okresu wymaganego dla uzyskania przez strony korzyści uzasadniających zastosowanie zasady wyjątku⁷⁸. W przypadkach, w których niemożliwe jest uzyskanie korzyści bez znacznych inwestycji, należy w szczególności wziąć pod uwagę okres niezbędny do zapewnienia odpowiedniego zwrotu z inwestycji (zob. także punkt 44 powyżej).

82. Te zasady mogą być zilustrowane następującymi hipotetycznymi przykładami:

P produkuje i dystrybuuje zamrożone pizze, posiadają 15% rynku Państwa Członkowskiego. Dostawy dokonywane są bezpośrednio do sprzedawców detalicznych. Ze względu na to, że większość detalistów ma ograniczone możliwości składowania, pożądane są stosunkowo częste dostawy, prowadzące do niskich mocy wykorzystania oraz korzystania ze stosunkowo małych pojazdów. T jest hurtowym sprzedawcą mrożonej pizzy oraz innych mrożonek, dostarczającym je do większości tych samych klientów, co P. Pizza dystrybuowana przez T stanowi 30% rynku. T posiada flotę większych pojazdów i ma większe moce dystrybucyjne. P zawiera z T porozumienie o wyłącznej dystrybucji na Państwo Członkowskie X i zobowiązuje się zapewnić, że dystrybutorzy w innych Państwach Członkowskich nie będą prowadzić ani aktywnej, ani biernej sprzedaży na terytorium T. T zobowiązuje się reklamować produkty, badać gusty i poziom zadowolenia konsumentów oraz zapewniać sprzedawcom detalicznym dostawę wszystkich produktów w ciągu 24 godzin. Porozumienie prowadzi do obniżenia 30% kosztów całkowitych dystrybucji, gdyż moce są lepiej wykorzystywane i nie powiela się ścieżek dystrybucji. Porozumienie

⁷⁶ Zob. w tym zakresie pkt 392–395 wyroku w sprawie *Compagnie Générale Maritime*, przywołanym w przypisie 57.

⁷⁷ Zob. więcej szczegółów w pkt 116 Wytycznych w sprawie ograniczeń wertykalnych, przywołanych w przypisie 5.

⁷⁸ Zob. wyrok w połączonych sprawach T-374/94 i inni, *European Night Services* (Zb. Orz. 1998, II-3141), pkt 230.

prowadzi także do zapewnienia dodatkowych usług konsumentom. Ograniczenia biernej sprzedaży stanowią najpoważniejsze ograniczenia konkurencji na podstawie rozporządzenia wyłączającego grupowo ograniczenia pionowe⁷⁹ oraz mogą być uznane za niezbędne tylko w wyjątkowych sytuacjach. Ustalona pozycja rynkowa T oraz charakter nakładanych na niego zobowiązań wskazuje, że nie jest to wyjątkowy przypadek. Zakaz sprzedaży aktywnej, z drugiej strony, może być niezbędny. T byłby mniej zmotywowany do sprzedaży i reklamowania marki P, jeśli dystrybutorzy w innych Państwach Członkowskich mogliby sprzedawać aktywnie w Państwie Członkowskim X, a dzięki temu stosować strategię wolnego jeźdźca wobec wysiłków T. Dzieje się tak w szczególności, gdy T dystrybuuje również konkurujące marki i dlatego ma możliwość operowania większą liczbą marek, które są najmniej wyeksponowane na strategię wolnego jeźdźca.

S jest producentem gazowanych napojów bezalkoholowych, zajmującym 40% rynku. Najbliższy konkurent posiada 20%. S zawiera porozumienie o dostawach z klientem zapewniającym 25% popytu, który zobowiązuje się kupować wyłącznie od S przez 5 lat. S zawiera porozumienie z innymi klientami obejmującymi 15% popytu, którym zapewnia kwartalne rabaty docelowe, jeśli ich zakupy będą przekraczać pewne określone indywidualnie wielkości. S twierdzi, że porozumienia pozwolą mu bardziej dokładnie przewidzieć wielkość popytu, a tym samym – lepiej planować produkcję, zmniejszając ilość przechowywanych surowców oraz koszty składowania i unikając braków w dostawach. Uwzględniając pozycję rynkową S i łączny zakres ograniczeń, jest mało prawdopodobne, aby uznać ograniczenia za niezbędne. Zobowiązanie wyłącznego zakupu przekracza to, co jest wymagane do planowania produkcji, to samo odnosi się do systemu rabatów docelowych. Przewidywalność popytu może zostać osiągnięta mniej ograniczającymi środkami. S mógłby, na przykład, zachęcić klientów do zamawiania większych ilości, oferując rabaty ilościowe lub oferując rabat klientom którzy składają zamówienia z wyprzedzeniem, w określonych datach.

3.4. Druga przesłanka artykułu 81(3): odpowiedni udział dla konsumentów

3.4.1. Uwagi ogólne

83. Zgodnie z drugą przesłanką artykułu 81(3) konsumenci powinni uzyskiwać odpowiedni udział w korzyściach generowanych przez porozumienie ograniczające konkurencję.

84. Pojęcie „konsumentci” obejmuje wszystkich użytkowników produktów stanowiących przedmiot porozumienia, łącznie z hurtownikami, detalistami oraz finalnymi konsumentami, tj. osobami fizycznymi działającymi w celu pozagospodarczym i pozazawodowym. Innymi słowy, konsumenci w rozumieniu artykułu 81(3) są to klienci stron porozumienia oraz kolejni nabywcy. Tymi klientami tymi mogą być przedsiębiorstwa, jak w przypadku nabywców urządzeń przemysłowych lub surowców do dalszego przetwarzania, bądź finalni konsumenci, na przykład kupujący spontanicznie lody lub rowery.

85. Koncepcja „odpowiedniego udziału” wymaga, aby przekazanie korzyści kompensowało przynajmniej konsumentom wszelkie rzeczywiste lub domniemane negatywne skutki odczuwane przez nich w wyniku ograniczenia konkurencji stwierdzonego zgodnie z artykułem 81(1). Zgodnie z nadrzędnym celem artykułu 81, jakim jest uniemożliwienie zawierania porozumień oddziałujących negatywnie na konkurencję, efekt netto porozumienia musi przynajmniej być neutralny z punktu widzenia konsumentów dotkniętych bezpośrednio lub potencjalnie przez to porozumienie⁸⁰. Jeżeli sytuacja konsumentów pogarsza się w wyniku zawarcia porozumienia, wówczas druga przesłanka artykułu 81(3) nie jest spełniona. Pozytywny wpływ porozumienia powinien być zbilansowany oraz powinien kompensować negatywny wpływ na konsumentów⁸¹. Gdy tak się dzieje, wówczas konsumenci nie są krzywdzeni przez dane porozumienie. Ponadto, poprawia się sytuacja całego społeczeństwa, gdyż korzyści prowadzą do wykorzystywania mniejszej ilości zasobów do wytworzenia konsumowanej produkcji lub do wytwarzania bardziej wartościowych produktów, a zarazem do bardziej efektywnej alokacji zasobów.

⁷⁹ Zob. rozporządzenie Komisji nr 2790/1999 w sprawie stosowania art. 81 ust. 3 Traktatu do kategorii porozumień wertykalnych i praktyk uzgodnionych (Dz. U. WE 1999 L 336, s. 21).

⁸⁰ Zob. w tym zakresie wyrok w sprawie *Consten i Grundig*, przywołany w przypisie 21, gdzie Trybunał Sprawiedliwości stwierdził, że poprawa w rozumieniu pierwszego warunku z art. 81 ust. 3 musi wykazywać odczuwalne obiektywne korzyści o takim charakterze, aby kompensowały one niedogodności, jakie powodują w obszarze konkurencji.

⁸¹ Należy przypomnieć, że pozytywne i negatywne skutki dla konsumentów są co do zasady równoważone w ramach każdego rynku właściwego (zob. pkt 43 powyżej).

86. Nie jest wymagane, aby konsumenci uzyskiwali udział w wszystkich korzyściach identyfikowanych zgodnie z pierwszą przesłanką. Wystarczające jest przekazanie określonych korzyści w celu skompensowania negatywnych skutków porozumienia ograniczającego konkurencję. W takim przypadku konsumenci otrzymują odpowiedni udział w ogólnych korzyściach⁸². Jeżeli porozumienie ograniczające konkurencję prawdopodobnie doprowadzi do podwyższenia cen, konsumenci muszą uzyskać pełną rekompensatę w postaci wyższej jakości lub innych korzyści. Jeśli się tak nie dzieje, wówczas druga przesłanka artykułu 81(3) nie jest spełniona.

87. Czynnikiem decydującym jest ogólny wpływ na konsumentów produktów na rynku właściwym, a nie wpływ na indywidualnych członków tej grupy konsumentów⁸³. W niektórych przypadkach wymagany może być pewien okres aż do momentu urzeczywistnienia się korzyści. Do tego czasu umowa może powodować jedynie negatywne skutki. Fakt przekazywania korzyści konsumentom z pewnym opóźnieniem czasowym nie wyklucza zastosowania artykułu 81(3). Jednakże, im większe opóźnienie w czasie, tym większe muszą być korzyści, aby konsumentom kompensować także straty poniesione w okresie poprzedzającym przekazanie korzyści.

88. Dokonując tej oceny, należy wziąć pod uwagę, że wartość korzyści dla konsumentów w przyszłości nie jest taka sama, jak wartość obecnych korzyści dla konsumentów. Dzisiaj wartość oszczędności 100 Euro jest większa niż wartość oszczędności w tej samej kwocie za rok. A zatem, korzyść dla konsumentów w przyszłości nie kompensuje w pełni bieżącej straty dla konsumentów o tej samej wielkości nominalnej. Aby umożliwić odpowiednie porównanie obecnej straty dla konsumentów z przyszłymi korzyściami dla konsumentów, wartość przyszłych korzyści powinna być zdyskontowana. Zastosowana stopa dyskontowa musi odzwierciedlać stopę inflacji oraz ewentualne utracone odsetki jako wskazanie niższej wartości przyszłych korzyści.

89. W innych przypadkach porozumienie może umożliwiać stronom uzyskiwanie korzyści wcześniej niż byłoby to możliwe w innej sytuacji. W takich okolicznościach konieczne jest uwzględnienie prawdopodobnego negatywnego wpływu na konsumentów w ramach rynku właściwego po upływie okresu realizacji. Jeżeli w wyniku porozumienia ograniczającego konkurencję strony uzyskały silną pozycję na rynku, mogą mieć możliwość żądania znacznie wyższej ceny niż w innej sytuacji. Dla spełnienia drugiej przesłanki artykułu 81(3), korzyść konsumentów w postaci wcześniejszego dostępu do produktów musi być równie istotna. Może to być na przykład sytuacja, w której porozumienie pozwala dwóm producentom opon wprowadzenia na rynek trzy lata wcześniej nowych znacznie bezpieczniejszych opon, ale jednocześnie, dzięki wzmocnieniu ich siły rynkowej, pozwala im na podniesienie cen o 5%. W takim przypadku prawdopodobne jest, że wczesny dostęp do istotnie ulepszonych produktów przeważa wzrost cen.

90. Druga przesłanka artykułu 81(3) przewiduje skalę proporcjonalną. Im większe ograniczenie konkurencji zostało wykryte zgodnie z artykułem 81(1), tym większy powinien być pozytywny skutek oraz korzyści przekazane konsumentom. Podejście proporcjonalnej skali przewiduje, że w przypadku gdy ograniczające skutki porozumienia są stosunkowo limitowane, a korzyści są znaczne, wówczas prawdopodobne jest, że odpowiedni udział w oszczędnościach kosztowych zostanie przekazany konsumentom. W takich przypadkach nie jest zwykle niezbędne angażowanie się w szczegółowe analizy drugiej przesłanki z artykułu 81(3), pod warunkiem, że spełnione są trzy pozostałe przesłanki zastosowania tego przepisu.

91. Jeżeli, z drugiej strony, ograniczające skutki porozumienia są znaczne, a oszczędności kosztów – stosunkowo niewielkie, istnieje małe prawdopodobieństwo spełnienia drugiej przesłanki artykułu 81(3). Wpływ ograniczenia konkurencji jest uzależniony od intensywności ograniczenia oraz poziomu konkurencji pozostającej po zawarciu porozumienia.

92. Jeżeli porozumienia wywiera zarówno znaczny negatywny, jak również znaczny pozytywny wpływ na konkurencję, wówczas wymagana jest bardzo dokładna analiza. Przy zastosowaniu testu równoważenia należy uwzględnić w takich przypadkach fakt, że konkurencja stanowi ważny czynnik determinujący w długim okresie czasu efektywność i innowacje. Przedsiębiorstwa, które nie podlegają efektywnym ograniczeniom konkurencyjnym, takie jak na przykład firmy dominujące, mają mniejszą motywację do utrzymywania lub budowania korzyści. Im większy jest wpływ porozumienia na konkurencję, tym większe jest prawdopodobieństwo jego negatywnego oddziaływania na konsumentów w dłuższym okresie.

⁸² Zob. w tym zakresie pkt 48 wyroku w sprawie *Metro (I)*, przywołanego w przypisie 54.

⁸³ Zob. pkt 163 wyroku w sprawie *Shaw*, przywołanego w przypisie 56.

93. Kolejne dwie sekcje opisują bardziej szczegółowo ramy analityczne oceny przekazywania korzyści konsumentom. Pierwsza część dotyczy korzyści kosztowych, podczas gdy kolejna część obejmuje innego rodzaju korzyści, takie jak nowe lub ulepszone produkty (korzyści jakościowe). Ramy ogólne, które zostały przedstawione w tych dwóch sekcjach, są szczególnie istotne w sytuacji, gdy nie jest od samego początku oczywiste, iż negatywne oddziaływanie na konkurencję przekracza korzyści dla konsumentów lub *vice versa*⁸⁴.

94. Przy zastosowaniu zasad przedstawionych poniżej Komisja uwzględni fakt, że w wielu przypadkach trudno jest dokładnie obliczyć współczynnik korzyści przekazywanych konsumentom oraz inne rodzaje korzyści dla konsumentów. Wymaga się jedynie, aby przedsiębiorstwa uzasadniły ich stwierdzenia poprzez dostarczenie szacunków i innych danych w możliwie jak największym zakresie, biorąc pod uwagę okoliczności indywidualnej sprawy.

3.4.2. Przekazywanie i równoważenie korzyści kosztowych

95. Jeżeli rynki, tak jak ma to normalnie miejsce, nie są idealnie konkurencyjne, jak to ma zwykle miejsce, wówczas przedsiębiorstwa mogą oddziaływać na cenę rynkową w większym lub mniejszym stopniu poprzez zmianę wielkości produkcji⁸⁵. Mogą także stosować dyskryminację cenową w stosunku do klientów.

96. Korzyści kosztowe mogą w niektórych okolicznościach prowadzić do zwiększenia produkcji oraz obniżenia cen dla konsumentów. Jeżeli skutek korzyści kosztowych przedsiębiorstwa mogą zwiększyć zyski poprzez zwiększenie produkcji, wówczas może nastąpić przekazanie korzyści konsumentom.

Przy ocenie zakresu, w jakim korzyści kosztowe mogą być przeniesione na konsumentów, oraz wyniku testu równoważenia zawartego w artykułe 81(3), należy w szczególności wziąć pod uwagę następujące czynniki:

- (a) Charakterystyka oraz struktura rynku,
- (b) Charakter i skala korzyści,
- (c) Elastyczność popytu, oraz
- (d) Wielkość ograniczenia dla konkurencji.

Zwykle należy przeanalizować wszystkie czynniki. Ze względu na to, że artykuł 81(3) dotyczy jedynie przypadków, w których konkurencja na rynku ulega znacznemu ograniczeniu, nie można założyć, że pozostała konkurencja zapewni uzyskanie przez konsumentów odpowiedniego udziału w korzyściach. Jednakże, stopień konkurencji pozostającej na rynku oraz charakter konkurencji determinują prawdopodobieństwo przekazania korzyści.

97. Im większy stopień pozostającej konkurencji, tym bardziej prawdopodobne jest, że poszczególne przedsiębiorstwa będą starały się zwiększyć swoją sprzedaż poprzez przekazywanie korzyści kosztowych. Jeżeli przedsiębiorstwa konkurują głównie cenowo i nie podlegają znacznym ograniczeniom mocy produkcyjnych, wówczas przekazanie korzyści może nastąpić stosunkowo szybko. Jeżeli konkurencja koncentruje się głównie na mocach produkcyjnych oraz zmiany mocy produkcyjnych następują z pewnym ograniczeniem czasowym, wówczas przekazanie korzyści będzie wolniejsze. Przekazanie nastąpi także prawdopodobnie wolniej, jeżeli struktura rynku sprzyja powstaniu cichej zмовы⁸⁶. Jeżeli konkurenci będą stosowali środki odwetowe przeciwko zwiększeniu produkcji przez jedną ze stron porozumienia, wówczas motywacja do zwiększenia produkcji może być ograniczona, chyba że przewaga konkurencyjna wynikająca z korzyści jest tak duża, że zainteresowane przedsiębiorstwa mają motywację do wyłamania się ze wspólnej polityki przyjętej na rynku przez członków oligopolu. Innymi słowy, korzyści generowane

⁸⁴ W kolejnych sekcjach, dla wygody szkodę konkurencyjną ujmuje się w kategoriach wyższych cen; szkoda konkurencyjna może także znaczyć niższą jakość, mniejszy wybór lub niższą innowacyjność niż miałyby to miejsce w innych warunkach.

⁸⁵ Na doskonałym konkurencyjnym rynku przedsiębiorstwa są biorcami cen (price-takers). Sprzedają one swoje produkty po cenach rynkowych, które określane są poprzez ogólną podaż i popyt. Produkcja indywidualnego przedsiębiorstwa jest tak niska, że zmiana produkcji indywidualnego przedsiębiorstwa nie wpływa na cenę rynkową.

⁸⁶ Przedsiębiorstwa zмовiają się w sposób ukryty, jeśli na rynku oligopolistycznym są one w stanie koordynować swoje działanie na rynku bez uciekania się do wyraźnego porozumienia kartelowego.

przez porozumienie mogą spowodować przekształcenie się zainteresowanych przedsiębiorstw w tak zwane firmy niezależne (*mavericks*)⁸⁷.

98. Poważną rolę odgrywa także charakter korzyści. Zgodnie z teorią ekonomii, przedsiębiorstwa maksymalizują zyski poprzez sprzedaż jednostek produkcji do czasu zrównania się krańcowego przychodu oraz krańcowego kosztu. Przychód krańcowy stanowi zmianę w całkowitym przychodzie wynikającą ze sprzedaży dodatkowych jednostek produkcji, a koszt krańcowy stanowi zmianę w całkowitym koszcie wynikającą z wytworzenia owej dodatkowej jednostki produkcji. Z zasady tej wynika, że generalnie decyzje dotyczące produkcji i cen podejmowane przez podmiot maksymalizujący zyski nie są determinowane przez jego koszty stałe (tzn. koszty które nie ulegają zmianom wraz ze skalą produkcji), lecz przez jego koszty zmienne (tzn. koszty które ulegają zmianom wraz ze skalą produkcji). Po poniesieniu kosztów stałych i określeniu mocy produkcyjnych, decyzje dotyczące cen i mocy produkcyjnych są determinowane przez koszt zmienny i warunki popytowe. Można przykładowo rozważyć sytuację, w której dwie firmy wytwarzają dwa produkty na dwóch liniach produkcyjnych przy wykorzystaniu jedynie połowy mocy produkcyjnych. Porozumienie specjalizacyjne może umożliwić przedsiębiorstwu specjalizowanie się w wytworzeniu jednego z dwóch produktów i rezygnację z drugiej linii do wytworzenia drugiego produktu. Specjalizacja może również umożliwić firmom ograniczenie zmiennych kosztów surowców i składowania. Tylko oszczędności tego drugiego rodzaju będą oddziaływać bezpośrednio na decyzje przedsiębiorstw dotyczące cen i produkcji, gdyż wywierają one wpływ na krańcowe koszty produkcji. Rezygnacja przez każde z przedsiębiorstw z jednej ze swoich linii produkcyjnych nie ograniczy ich kosztów zmiennych oraz nie będzie miała wpływu na koszty produkcji. W wyniku tego przedsiębiorstwa mogą mieć bezpośrednią motywację do przekazywania konsumentom korzyści w postaci większej produkcji oraz niższych cen, które ograniczają koszty krańcowe, podczas gdy nie mają takiej motywacji w przypadku korzyści, które ograniczają koszty stałe. Istnieje zatem większe prawdopodobieństwo, iż konsumenci uzyskają odpowiedni udział w korzyściach kosztowych w przypadku ograniczania kosztów zmiennych, niż w przypadku ograniczania kosztów stałych.

99. Fakt, że przedsiębiorstwa mogą mieć motywację do przekazywania pewnego rodzaju korzyści kosztowych nie oznacza, iż współczynnik przekazania korzyści wynosić będzie 100%. Rzeczywisty współczynnik przekazania korzyści jest uzależniony od zakresu, w którym konsumenci reagują na zmiany cenowe, tzn. od elastyczności popytu. Im większy jest wzrost popytu spowodowany obniżeniem ceny, tym wyższy będzie współczynnik przekazania korzyści. Wynika to z faktu, że im większa jest dodatkowa sprzedaż spowodowana obniżeniem ceny w wyniku zwiększenia produkcji, tym bardziej prawdopodobne jest, że sprzedaż ta zrekomensuje straty w dochodach spowodowane obniżeniem cen w wyniku zwiększenia produkcji. Przy braku dyskryminacji cenowej, obniżenie cen wpływa na wszystkie jednostki sprzedane przez dane przedsiębiorstwo. W takim przypadku przychód krańcowy jest niższy od ceny uzyskanej za krańcowy produkt. Jeżeli zainteresowane przedsiębiorstwa podmioty mogą żądać różnych cen od różnych klientów, tzn. stosować dyskryminację cenową, wówczas przekazanie korzyści dotyczyć będzie jedynie konsumentów wrażliwych na zmiany cen⁸⁸.

100. Należy także wziąć pod uwagę, że korzyści bardzo często nie dotyczą całej struktury kosztów zainteresowanych przedsiębiorstw. W takim przypadku wpływ na ceny oferowane konsumentom jest ograniczony. Jeżeli na przykład porozumienie umożliwi ograniczenie kosztów produkcji o 6%, lecz koszty produkcji kompensują jedynie jedną trzecią kosztów, na podstawie których określane są ceny, wówczas wpływ na cenę produktu wynosi 2%, zakładając że cała kwota będzie przekazana.

101. Wreszcie, bardzo ważne jest zrównoważenie dwóch przeciwstawnych sił wynikających z ograniczenia konkurencji oraz korzyści kosztowych. Z jednej strony, każde zwiększenie siły rynkowej spowodowane przez porozumienie ograniczające konkurencję daje przedsiębiorstwom możliwość i motywację do podniesienia cen. Z drugiej strony, rodzaje uwzględnianych korzyści kosztowych mogą motywować przedsiębiorstwa do obniżenia cen (zob. punkt 87 powyżej). Należy zrównoważyć efekt oddziaływania owych dwóch przeciwstawnych sił. Przypomina się w tym miejscu, aby warunek przekazania korzyści konsumentom obejmował skalę proporcjonalną. Jeżeli porozumienie powoduje znaczne obniżenie

⁸⁷ Pojęcie to odnosi się do przedsiębiorstw, które ograniczają działania cenowe innych przedsiębiorstw na rynku, które w innych warunkach mogłyby uczestniczyć w cichych zмовach.

⁸⁸ Porozumienie ograniczające konkurencję może nawet pozwalać rozpatrywanym przedsiębiorstwom na pobieranie wyższych cen od klientów z niską elastycznością popytu.

ograniczeń konkurencyjnych, na jakie napotykać strony, wówczas zwykle wymagane są bardzo duże korzyści kosztowe, aby nastąpiło wystarczające przekazanie korzyści konsumentom.

3.4.3. Przekazanie oraz zrównoważenie innego rodzaju korzyści

102. Przekazanie korzyści konsumentom może przybrać także formę korzyści jakościowych, takich jak nowe lub ulepszone produkty, generując wystarczające wartości dla konsumentów do zrównoważenia niekorzystnego wpływu porozumienia na konkurencję, łącznie z podwyżką cen.

103. Każda tego rodzaju ocena wymaga określenia wartości. Trudno jest nadać określone wartości dynamicznym korzyściom tego rodzaju. Jednakże, fundamentalny cel oceny jest taki sam, tzn. określenie ogólnego wpływu porozumienia na konsumentów na rynku właściwym. Przedsiębiorstwa stwierdzające korzyść z artykułu 81(3) musi udowodnić, że konsumenci uzyskują przeważające korzyści (zob. w odniesieniu do tej kwestii pkt 57 i 86).

104. Dostępność nowych i ulepszonych produktów stanowi istotne źródło dobrobytu konsumentów. Tak długo, jak długo wzrost wartości wynikający z tego rodzaju ulepszeń przekracza negatywne skutki wynikające ze wzrostu cen powodowanego przez porozumienie ograniczające konkurencję, sytuacja konsumentów jest lepsza niż w sytuacji braku porozumienia oraz wymóg przekazania korzyści konsumentom zawarty w artykule 81(3) jest zwykle spełniony. W przypadku, gdy w wyniku porozumienia prawdopodobne jest podwyższenie cen dla konsumentów na rynku właściwym, należy starannie ocenić, czy stwierdzane korzyści stanowią prawdziwą wartość dla konsumentów na tym rynku, aby kompensować niekorzystny wpływ ograniczenia konkurencji.

3.5. Czwarta przesłanka artykułu 81(3): zakaz eliminacji konkurencji

105. Zgodnie z czwartą przesłanką artykułu 81(3), porozumienie nie powinno umożliwiać zainteresowanemu przedsiębiorstwu eliminacji konkurencji w odniesieniu do znacznej części produktów. Ostatecznie ochrona rywalizacji i procesu konkurencji ma priorytet nad potencjalnie prokonkurencyjnymi korzyściami, które wynikają z porozumień ograniczających. Ostatnia przesłanka artykułu 81(3) uznaje fakt, że rywalizacja między przedsiębiorstwami jest istotnym czynnikiem efektywności, w tym efektywności dynamicznej w postaci innowacji. Innymi słowy, ostatecznym celem artykułu 81 jest ochrona procesu konkurencji. Jeżeli konkurencja jest eliminowana, wówczas proces konkurencji ulega zakończeniu i korzyści krótkoterminowe są przeważone przez długoterminowe straty wynikające między innymi z wydatków ponoszonych przez podmioty obecne na rynku w związku z utrzymaniem ich pozycji (pozyskiwanie renty), nieprawidłową alokacją zasobów, niższym poziomem innowacji i wyższymi cenami.

106. Przedstawiona w artykule 81(3) koncepcja eliminacji konkurencji w odniesieniu do znacznej części produktów stanowi autonomiczną koncepcję prawa Wspólnoty, charakterystyczną dla artykułu 81(3)⁸⁹. Jednakże, zgodnie z utrwalonym orzecznictwem zastosowanie artykułu 81(3) nie może uniemożliwiać zastosowania artykułu 82 Traktatu⁹⁰. Ponadto, ze względu na to, że zarówno artykuł 81, jak i 82 mają na celu utrzymanie skutecznej konkurencji na rynku, spójność wymaga, aby artykuł 81(3) interpretowany był w ten sposób, aby wykluczać stosowanie tego przepisu w odniesieniu do porozumień ograniczających, które równocześnie stanowią nadużycie pozycji dominującej^{91, 92}. Jednakże, nie wszystkie porozumienia ograniczające zawarte przez przedsiębiorstwo dominujące stanowią nadużycie pozycji dominującej. Tak dzieje się na przykład w sytuacji, gdy przedsiębiorstwo dominujące jest stroną niepełnofunkcyjnego

⁸⁹ Zob. wyrok w połączonych sprawach T-191/98, T-212/98 i T-214/98 *Atlantic Container Line (TACA)* (Zb. Orz. 2003, II-...), pkt 939, oraz wyrok w sprawie T-395/94 *Atlantic Container Line* (Zb. Orz. 2002], II-875), pkt 330.

⁹⁰ Zob. wyrok w połączonych sprawach C-395/96 P i C-396/96 P *Compagnie maritime belge* (Zb. Orz. 2000, I-1365), pkt 130. Podobnie, stosowanie art. 81 ust. 3 nie sprzeciwia się stosowaniu reguł Traktatu w sprawie swobody przepływu towarów, usług, osób i kapitału. Przepisy te w pewnych okolicznościach znajdują zastosowanie wobec porozumień, decyzji i praktyk uzgodnionych w rozumieniu art. 81 ust. 1, zob. w odniesieniu do tego problemu wyrok w sprawie C-309/99 *Wouters* (Zb. Orz. 2002, I-1577), pkt 120.

⁹¹ Zob. w tym zakresie wyrok w sprawie T-51/89 *Tetra Pak (I)* (Zb. Orz. 1990, II-309), oraz wyrok w połączonych sprawach T-191/98, T-212/98 i T-214/98 *Atlantic Container Line (TACA)* (Zb. Orz. 2003, II-...), pkt 1456.

⁹² W takim sposób powinny być rozumiane pkt 135 Wytycznych w sprawie ograniczeń wertykalnych oraz pkt 36, 71, 105, 134 i 155 Wytycznych w sprawie porozumień kooperacji horyzontalnej, przywołanych w przypisie 5, jeśli stwierdzają one, że w zasadzie porozumienia ograniczające zawarte przez przedsiębiorstwa dominujące nie mogą korzystać z wyłączenia.

joint venture⁹³, które uznawane jest za ograniczające konkurencję, ale jednocześnie obejmujące istotną integrację aktywów.

107. Eliminacja konkurencji w rozumieniu ostatniej przesłanki artykułu 81(3) jest uzależniona od poziomu konkurencji istniejącej przed zawarciem porozumienia oraz od wpływu ograniczającego porozumienia na konkurencję, tzn. ograniczenia konkurencji powodowanego przez porozumienie. W im większym stopniu konkurencja uległa już osłabieniu na danym rynku, tym mniejsze jest niezbędne dalsze ograniczenie konkurencji, którego eliminacja jest wymagana w rozumieniu artykułu 81(3). Ponadto, im większe jest ograniczenie konkurencji spowodowane przez porozumienie, tym większe jest prawdopodobieństwo, że konkurencja w odniesieniu do znacznej części produktów objętych ryzykiem zostanie wyeliminowana.

108. Zastosowanie ostatniej przesłanki artykułu 81(3) wymaga realistycznej analizy różnych źródeł konkurencji na rynku, poziomu ograniczeń konkurencji nakładanych przez nie na strony porozumienia oraz wpływu porozumienia na ograniczenie dla konkurencji. Należy przeanalizować zarówno istniejącą, jak i potencjalną konkurencję.

109. Wielkość pozostałych źródeł rzeczywistej konkurencji nie może być mierzona wyłącznie na podstawie udziału w rynku. Wymagana jest zwykle szersza analiza jakościowa i ilościowa. Należy zbadać zdolność rzeczywistych rywali do konkurowania oraz ich motywację. Jeżeli na przykład konkurenci napotykają ograniczenia mocy produkcyjnych, lub ponoszą relatywnie wyższe koszty produkcji, wówczas ich konkurencyjna reakcja będzie z pewnością ograniczona.

110. Przy ocenie wpływu porozumienia na konkurencję bardzo istotne jest także zbadanie jej wpływu na różnorodne parametry konkurencji. Ostatnia przesłanka wyłączenia zgodnie z artykułem 81(3) nie jest spełniona, jeżeli porozumienie eliminuje konkurencję w jednym z jej najważniejszych aspektów. Ma to miejsce szczególnie wówczas, jeżeli porozumienie eliminuje konkurencję cenową⁹⁴ lub konkurencję w zakresie innowacji i rozwoju nowych produktów.

111. Faktyczne działania stron na rynku dostarczają informacji odnośnie wpływu wywieranego przez porozumienie. Jeżeli w wyniku zawarcia porozumienia strony wprowadziły i utrzymały znaczne podwyżki cen lub zaangażowały się w inne działania wskazujące istnienie znacznej siły rynkowej, oznacza to, że strony nie ulegają jakimkolwiek rzeczywistym naciskom konkurencyjnym oraz konkurencja została wyeliminowana w odniesieniu do znacznej części produktów.

112. Interakcje konkurencyjne w przeszłości mogą także dostarczać informacji dotyczących wpływu porozumienia na przyszłe interakcje konkurencyjne. Przedsiębiorstwo może mieć możliwość wyeliminowania konkurencji w rozumieniu artykułu 81(3) poprzez zawarcie porozumienia z konkurentem, który był w przeszłości przedsiębiorstwem niezależnym (*maverick*)⁹⁵. Porozumienie tego rodzaju może zmienić motywację konkurencyjną i możliwości rywala oraz zarazem zlikwidować istotne źródło konkurencji na rynku.

113. W przypadkach obejmujących zróżnicowane produkty, tzn. produkty różniące się od siebie w oczach konsumentów, wpływ porozumienia może być uzależniony od stosunków konkurencyjnych pomiędzy produktami sprzedawanymi przez strony porozumienia. Jeżeli przedsiębiorstwa oferują zróżnicowane produkty, wówczas ograniczenia konkurencyjne nakładane wzajemnie przez poszczególne produkty różnią się zależnie od stopnia substytucyjności pomiędzy nimi. Należy zatem rozważyć stopień substytucyjności pomiędzy produktami oferowanymi przez strony, tzn. jakie są wzajemne ograniczenia konkurencyjne nakładane przez nie. W im większym stopniu produkty stron porozumienia są bliskimi substytutami, tym większe jest prawdopodobieństwo ograniczającego wpływu porozumienia. Innymi słowy, im bardziej substytucyjne są produkty, tym większe jest prawdopodobieństwo wprowadzenia zmian przez porozumienie pod względem ograniczenia konkurencji na rynku oraz tym większe jest prawdopodobieństwo eliminacji ryzyka konkurencji w odniesieniu do znacznej części produktów.

114. Podczas gdy źródła rzeczywistej konkurencji są zwykle najważniejsze, gdyż są łatwe do zweryfikowania, należy również wziąć pod uwagę źródła potencjalnej konkurencji. Ocena potencjalnej konkurencji

⁹³ Pelnofunkcyjne wspólne przedsiębiorstwa, tj. Wspólne przedsiębiorstwa, które długotrwale wykonują wszystkie funkcje autonomicznego podmiotu gospodarczego, są objęte rozporządzeniem Rady (EWG) nr 4064/89 w sprawie kontroli koncentracji między przedsiębiorstwami (Dz. U. EWG 1990 L 257, s. 13).

⁹⁴ Zob. pkt 21 wyroku w sprawie *Metro (I)*, przywołanego w przypisie 54.

⁹⁵ Zob. pkt 97 powyżej.

wymaga przeanalizowania barier utrudniających wejście na rynek, z jakimi stykają się przedsiębiorstwa jeszcze nie konkurujące na rynku właściwym. Zapewnienia stron, że bariery wejścia na rynek są niewielkie powinny być poparte informacjami określającymi źródła potencjalnej konkurencji. Strony powinny również uzasadnić dlaczego wspomniane źródła wywierają rzeczywisty nacisk konkurencyjny na strony.

115. Podczas oceny barier wejścia na rynek oraz faktycznej możliwości wejścia na rynek przez nowy podmiot należy zbadać między innymi:

(i) Ramy regulacyjne w aspekcie określenia ich wpływu na wejście nowego podmiotu.

(ii) Koszt wejścia na rynek, łącznie z kosztami utopionymi. Są to koszty których nie można odzyskać, gdy podmiot następnie opuszcza rynek. Im wyższe są koszty utopione inwestycji, tym wyższe jest ryzyko komercyjne dla podmiotów planujących wejście na rynek.

(iii) Minimalna efektywna skala w ramach sektora, tzn. skala produkcji, przy której średnie koszty są minimalne. Jeżeli minimalna efektywna skala jest duża w porównaniu z wielkością rynku, wówczas efektywne wejście na rynek będzie prawdopodobnie bardziej kosztowne i ryzykowne.

(iv) Siła konkurencyjna podmiotów planujących wejście na rynek. Efektywne wejście na rynek jest szczególnie prawdopodobne w sytuacji, gdy potencjalnie nowe podmioty na rynku mają dostęp do tak samo efektywnych kosztowo technologii jak podmioty działające na rynku lub innego rodzaju przewagę konkurencyjną, która umożliwi im efektywną konkurencję. Jeżeli potencjalni kandydaci znajdują się na takiej samej lub mniej doskonałej ścieżce technologicznej jak podmioty obecne na rynku i nie dysponują innego rodzaju przewagą konkurencyjną, wejście na rynek jest bardziej ryzykowne i mniej efektywne.

(v) Pozycja nabywców oraz możliwość wprowadzenia przez nich na rynek nowych źródeł konkurencji. Nieistotne jest, że określeni silni nabywcy mogą uzyskać bardziej korzystne warunki od stron porozumienia niż ich słabsi konkurenci⁹⁶. Obecność silnych nabywców może służyć jedynie odparciu stwierdzenia *prima facie* eliminacji konkurencji, jeżeli prawdopodobne jest przetarcie przez wspomnianego powyżej nabywcę ścieżki bardziej efektywnego wejścia na rynek.

(vi) Prawdopodobna reakcja podmiotów działających na rynku na próbę wejścia przez nowy podmiot. Podmioty obecne na rynku mogły na przykład zyskać na podstawie wcześniejszego zachowania na rynku opinie agresywnych, wywierając w ten sposób wpływ na przyszłe próby wejścia na rynek.

(vii) Perspektywy gospodarcze dla danej branży mogą stanowić wskaźnik jej długoterminowej atrakcyjności. Branże znajdujące się w fazie stagnacji lub obniżenia tempa rozwoju są mniej atrakcyjnymi kandydatami do wejścia niż branże charakteryzujące się wzrostem.

(viii) Wejście na rynek na dużą skalę w przeszłości lub jego brak.

116. Powyższe zasady mogą być ilustrowane następującymi hipotetycznymi przykładami, które nie mają służyć ustaleniu progów udziału w rynku:

Firma A jest browarem, posiadającym 70% rynku właściwego, obejmującego sprzedaż piwa za pośrednictwem kawiarni i innych lokali. W ciągu ostatnich 5 lat A zwiększyła swój udział w rynku z 60%. Na rynku funkcjonuje czterech innych konkurentów: B, C, D i E z udziałami w rynku na poziomie 10%, 10%, 5% i 5%. Żaden nowy podmiot nie pojawił się w niedawnej przeszłości, a konkurenci podążali za podwyżkami cen wprowadzonymi przez A. Firma A zawiera porozumienia z 20% lokali reprezentującymi 40% wielkości sprzedaży, w których kontrahenci zobowiązują się nabywać piwo tylko od A przez okres 5 lat. Porozumienia podnoszą koszty i obniżają dochody rywali, którzy są wypierani z najbardziej atrakcyjnych punktów zbytu. Biorąc pod uwagę pozycję rynkową A, która wzmocniła się w ostatnich latach, nieobecność nowych podmiotów oraz już słabą pozycję konkurentów, istnieje prawdopodobieństwo, że konkurencja zostanie wyeliminowana w rozumieniu artykułu 81(3).

Firmy przewozowe A, B, C i D, zajmujące łącznie więcej niż 70% rynku właściwego, zawierają porozumienie, w którym uzgadniają koordynowanie ich harmonogramów i taryf. W następstwie zawarcia porozumienia ceny wzrastają od 30% do 100%. Na rynku istnieje czterech innych dostawców, z których największy zajmuje około 14% rynku właściwego. W ostatnich latach żaden nowy podmiot nie wszedł na rynek, a strony porozumienia nie straciły znaczącego udziału w rynku w następstwie wzrostu cen. Istniejący konkurencji nie wnieśli istotnych nowych mocy na rynek i nie pojawił się żaden nowy podmiot. W świetle pozycji rynkowej stron oraz braku odpowiedzi konkurencyjnej na

⁹⁶ Zob. w tym zakresie wyrok w sprawie T-228/97 *Irish Sugar* (Zb. Orz. 1999, II-2969), pkt 101.

wspólne działanie, można racjonalnie przyjąć, że strony porozumienia nie są poddane rzeczywistej presji konkurencyjnej oraz że porozumienie daje im możliwość eliminowania konkurencji w rozumieniu artykułu 81(3).

A jest producentem sprzętu elektrycznego dla profesjonalnych użytkowników, z 65%-owym udziałem w krajowym rynku właściwym. B jest konkurującym wytwórcą z 5%-owym udziałem w rynku, który rozwinął nowy typ silnika, który jest silniejszy, a przy zużywa mniej elektryczności. A i B zawarły porozumienie, w którym ustanowiły produkcyjne joint venture w celu wytwarzania tego nowego silnika. B podjął zobowiązanie udzielenia wyłącznej licencji temu joint venture. Joint venture łączy nową technologię B ze skutecznym procesem wytwarzania i procesem kontroli jakości w A. Na rynku istnieje jeszcze jeden główny konkurent z 15% udziałem. Inny konkurent z 5%-owym udziałem w rynku został niedawno przejęty przez C, dużego międzynarodowego producenta konkurencyjnych urządzeń elektrycznych, który sam posiada efektywne technologie. C nie był zatem dotąd aktywny na rynku, głównie ze względu na fakt, że klienci pożądamy lokalnej obecności i obsługi. Poprzez przejęcie C zyskuje dostęp do organizacji usług wymaganej do penetracji rynku. Wejście C na rynek może zatem zapewnić, że konkurencja na rynku nie jest eliminowana.

USTAWA
z dnia 16 lutego 2007 r.
o ochronie konkurencji i konsumentów

(Dz. U. 2007 nr 50, poz. 331; zm. nr 99, poz. 660; nr 171, poz. 1206)

DZIAŁ I
Przepisy ogólne

Art. 1. 1. Ustawa określa warunki rozwoju i ochrony konkurencji oraz zasady podejmowanej w interesie publicznym ochrony interesów przedsiębiorców i konsumentów.

2. Ustawa reguluje zasady i tryb przeciwdziałania praktykom ograniczającym konkurencję oraz praktykom naruszającym zbiorowe interesy konsumentów, a także antykonkurencyjnym koncentracjom przedsiębiorców i ich związków, jeżeli te praktyki lub koncentracje wywołują lub mogą wywoływać skutki na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej.

3. Ustawa określa także organy właściwe w sprawach ochrony konkurencji i konsumentów.

Art. 2. 1. Ustawa nie narusza praw przysługujących na podstawie przepisów dotyczących ochrony własności intelektualnej i przemysłowej, w szczególności przepisów o ochronie wynalazków, wzorów użytkowych i przemysłowych, topografii układów scalonych, znaków towarowych, oznaczeń geograficznych, praw autorskich i praw pokrewnych.

2. Ustawę stosuje się do zawieranych między przedsiębiorcami:

1) umów, w szczególności licencji, a także innych niż umowy praktyk wykonywania praw, o których mowa w ust. 1;

2) umów dotyczących nieujawnionych do wiadomości publicznej:

- a) informacji technicznych lub technologicznych,
- b) zasad organizacji i zarządzania

– co do których podjęto działania zmierzające do zapobieżenia ich ujawnieniu, jeżeli skutkiem tych umów jest nieuzasadnione ograniczenie swobody działalności gospodarczej stron lub istotne ograniczenie konkurencji na rynku.

Art. 3. Przepisów ustawy nie stosuje się do ograniczeń konkurencji dopuszczonych na podstawie odrębnych ustaw.

Art. 4. Ilekroć w ustawie jest mowa o:

1) przedsiębiorcy – rozumie się przez to przedsiębiorcę w rozumieniu przepisów o swobodzie działalności gospodarczej, a także:

- a) osobę fizyczną, osobę prawną, a także jednostkę organizacyjną niemającą osobowości prawnej, której ustawa przyznaje zdolność prawną, organizującą lub świadczącą usługi o charakterze uży-

teczności publicznej, które nie są działalnością gospodarczą w rozumieniu przepisów o swobodzie działalności gospodarczej,

- b) osobę fizyczną wykonującą zawód we własnym imieniu i na własny rachunek lub prowadzącą działalność w ramach wykonywania takiego zawodu,
 - c) osobę fizyczną, która posiada kontrolę, w rozumieniu pkt 4, nad co najmniej jednym przedsiębiorcą, choćby nie prowadziła działalności gospodarczej w rozumieniu przepisów o swobodzie działalności gospodarczej, jeżeli podejmuje dalsze działania podlegające kontroli koncentracji, o której mowa w art. 13,
 - d) związek przedsiębiorców w rozumieniu pkt 2 – na potrzeby przepisów dotyczących praktyk ograniczających konkurencję oraz praktyk naruszających zbiorowe interesy konsumentów;
- 2) związkach przedsiębiorców – rozumie się przez to izby, zrzeszenia i inne organizacje zrzeszające przedsiębiorców, o których mowa w pkt 1, jak również związki tych organizacji;

(...)

5) porozumieniach – rozumie się przez to:

- a) umowy zawierane między przedsiębiorcami, między związkami przedsiębiorców oraz między przedsiębiorcami i ich związkami albo niektóre postanowienia tych umów,
- b) uzgodnienia dokonane w jakiegokolwiek formie przez dwóch lub więcej przedsiębiorców lub ich związki,
- c) uchwały lub inne akty związków przedsiębiorców lub ich organów statutowych;

6) porozumieniach dystrybucyjnych – rozumie się przez to porozumienia zawierane między przedsiębiorcami działającymi na różnych szczeblach obrotu, których celem jest zakup towarów dokonywany z zamiarem ich dalszej odsprzedaży;

7) towarach – rozumie się przez to rzeczy, jak również energię, papiery wartościowe i inne prawa majątkowe, usługi, a także roboty budowlane;

8) cenach – rozumie się przez to ceny, jak również opłaty o charakterze cen, marże handlowe, prowizje i narzuty do cen;

9) rynku właściwym – rozumie się przez to rynek towarów, które ze względu na ich przeznaczenie, cenę oraz właściwości, w tym jakość, są uznawane przez ich nabywców za substytuty oraz są oferowane na obszarze, na którym, ze względu na ich rodzaj i właściwości, istnienie barier dostępu do rynku, preferencje konsumentów, znaczące różnice cen i koszty transportu, panują zbliżone warunki konkurencji;

(...)

11) konkurentach – rozumie się przez to przedsiębiorców, którzy wprowadzają lub mogą wprowadzać albo nabywają lub mogą nabywać, w tym samym czasie, towary na rynku właściwym;

12) konsumencie – rozumie się przez to konsumenta w rozumieniu przepisów ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. – Kodeks cywilny (Dz. U. Nr 16, poz. 93, z późn. zm.³⁾);

(...)

14) grupie kapitałowej – rozumie się przez to wszystkich przedsiębiorców, którzy są kontrolowani w sposób bezpośredni lub pośredni przez jednego przedsiębiorcę, w tym również tego przedsiębiorcę;

(...)

17) tajemnicy przedsiębiorstwa – rozumie się przez to tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu art. 11 ust. 4 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz. U. z 2003 r. Nr 153, poz. 1503, z późn. zm.⁴⁾);

18) Prezesie Urzędu – rozumie się przez to Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów;

19) Traktacie WE – rozumie się przez to Traktat ustanawiający Wspólnotę Europejską (Dz. Urz. WE C 325 z 24.12.2002);

20) rozporządzeniu nr 1/2003/WE – rozumie się przez to rozporządzenie Rady nr 1/2003/WE z dnia 16 grudnia 2002 r. w sprawie wprowadzenia w życie reguł konkurencji ustanowionych w art. 81 i 82 Traktatu WE (Dz. Urz. UE L 1 z 04.01.2003, s. 1; Dz. Urz. UE Polskie wydanie specjalne, rozdz. 08, t. 02, s. 205);

(...)

DZIAŁ II**Zakaz praktyk ograniczających konkurencję****Rozdział 1****Zakaz porozumień ograniczających konkurencję**

Art. 6. 1. Zakazane są porozumienia, których celem lub skutkiem jest wyeliminowanie, ograniczenie lub naruszenie w inny sposób konkurencji na rynku właściwym, polegające w szczególności na:

- 1) ustalaniu, bezpośrednio lub pośrednio, cen i innych warunków zakupu lub sprzedaży towarów;
- 2) ograniczaniu lub kontrolowaniu produkcji lub zbytu oraz postępu technicznego lub inwestycji;
- 3) podziale rynków zbytu lub zakupu;
- 4) stosowaniu w podobnych umowach z osobami trzecimi uciążliwych lub niejednorodnych warunków umów, stwarzających tym osobom zróżnicowane warunki konkurencji;
- 5) uzależnianiu zawarcia umowy od przyjęcia lub spełnienia przez drugą stronę innego świadczenia, niemającego rzeczowego ani zwyczajowego związku z przedmiotem umowy;
- 6) ograniczaniu dostępu do rynku lub eliminowaniu z rynku przedsiębiorców nieobjętych porozumieniem;
- 7) uzgadnianiu przez przedsiębiorców przystępujących do przetargu lub przez tych przedsiębiorców i przedsiębiorcę będącego organizatorem przetargu warunków składanych ofert, w szczególności zakresu prac lub ceny.

2. Porozumienia, o których mowa w ust. 1, są w całości lub w odpowiedniej części nieważne, z zastrzeżeniem art. 7 i 8.

Art. 7. 1. Zakazu, o którym mowa w art. 6 ust. 1, nie stosuje się do porozumień zawieranych między:

- 1) konkurentami, których łączny udział w rynku w roku kalendarzowym poprzedzającym zawarcie porozumienia nie przekracza 5%;
- 2) przedsiębiorcami, którzy nie są konkurentami, jeżeli udział w rynku posiadany przez któregokolwiek z nich w roku kalendarzowym poprzedzającym zawarcie porozumienia nie przekracza 10%.

2. Przepisów ust. 1 nie stosuje się do przypadków określonych w art. 6 ust. 1 pkt 1–3 i 7.

Art. 8. 1. Zakazu, o którym mowa w art. 6 ust. 1, nie stosuje się do porozumień, które jednocześnie:

- 1) przyczyniają się do polepszenia produkcji, dystrybucji towarów lub do postępu technicznego lub gospodarczego;
- 2) zapewniają nabywcy lub użytkownikowi odpowiednią część wynikających z porozumień korzyści;
- 3) nie nakładają na zainteresowanych przedsiębiorców ograniczeń, które nie są niezbędne do osiągnięcia tych celów;
- 4) nie stwarzają tym przedsiębiorcom możliwości wyeliminowania konkurencji na rynku właściwym w zakresie znacznej części określonych towarów.

2. Ciężar udowodnienia okoliczności, o których mowa w ust. 1, spoczywa na przedsiębiorcy.

3. Rada Ministrów może, w drodze rozporządzenia, wyłączyć określone rodzaje porozumień spełniające przesłanki, o których mowa w ust. 1, spod zakazu, o którym mowa w art. 6 ust. 1, biorąc pod uwagę korzyści, jakie mogą przynieść określone rodzaje porozumień. W rozporządzeniu Rada Ministrów określi:

- 1) warunki, jakie muszą być spełnione, aby porozumienie mogło być uznane za wyłączone spod zakazu;
- 2) klauzule, których występowanie w porozumieniu stanowi naruszenie art. 6;
- 3) okres obowiązywania wyłączenia

oraz może określić klauzule, których występowanie w porozumieniu nie uznaje się za naruszenie art. 6.

[...]

Rozdział 3**Decyzje w sprawach praktyk ograniczających konkurencję**

Art. 10. Prezes Urzędu wydaje decyzję o uznaniu praktyki za ograniczającą konkurencję i nakazującą zaniechanie jej stosowania, jeżeli stwierdzi naruszenie zakazu określonego w art. 6 lub 9 ustawy lub art. 81 lub 82 Traktatu WE.

Art. 11. 1. Nie wydaje się decyzji, o której mowa w art. 10, jeżeli zachowanie rynkowe przedsiębiorcy przestało naruszać zakazy określone w art. 6 lub 9 ustawy lub w art. 81 lub 82 Traktatu WE.

2. W przypadku określonym w ust. 1 Prezes Urzędu wydaje decyzję o uznaniu praktyki za ograniczającą konkurencję i stwierdzającą zaniechanie jej stosowania.^a

3. Ciężar udowodnienia okoliczności, o których mowa w ust. 1, spoczywa na przedsiębiorcy.

Art. 12. 1. Jeżeli w toku postępowania antymonopolowego zostanie uprawdopodobnione – na podstawie okoliczności sprawy, informacji zawartych w zawiadomieniu lub będących podstawą wszczęcia postępowania z urzędu – że został naruszony zakaz, o którym mowa w art. 6 lub 9 ustawy lub w art. 81 lub 82 Traktatu WE, a przedsiębiorca, któremu jest zarzucane naruszenie tego zakazu, zobowiąże się do podjęcia lub zaniechania określonych działań zmierzających do zapobieżenia tym naruszeniom, Prezes Urzędu może, w drodze decyzji, zobowiązać przedsiębiorcę do wykonania tych zobowiązań.

2. W decyzji, o której mowa w ust. 1, Prezes Urzędu może określić termin wykonania zobowiązań.

3. W decyzji, o której mowa w ust. 1, Prezes Urzędu nakłada na przedsiębiorcę obowiązek składania w wyznaczonym terminie informacji o stopniu realizacji zobowiązań.

4. W przypadku wydania decyzji, o której mowa w ust. 1, nie stosuje się art. 10 i 11 oraz art. 106 ust. 1 pkt 1 i 2, z zastrzeżeniem ust. 7.

5. Prezes Urzędu może, z urzędu, uchylić decyzję, o której mowa w ust. 1, w przypadku gdy:

1) została ona wydana w oparciu o nieprawdziwe, niekompletne lub wprowadzające w błąd informacje lub dokumenty;

2) przedsiębiorca nie wykonuje zobowiązań lub obowiązków, o których mowa w ust. 1–3.

6. Prezes Urzędu może, za zgodą przedsiębiorcy, z urzędu, uchylić decyzję, o której mowa w ust. 1, w przypadku gdy nastąpiła zmiana okoliczności mających istotny wpływ na wydanie decyzji.

7. W przypadku uchylenia decyzji Prezes Urzędu orzeka co do istoty sprawy.

[...]

WYŁĄCZENIA POROZUMIEŃ KOOPERACYJNYCH

Agata Jurkowska

Wyłączenia grupowe dla porozumień kooperacyjnych (specjalizacyjnych i badawczo-rozwojowych)

1. Istota porozumień kooperacyjnych

1. Pojęcie kooperacji sensu stricto obejmuje **porozumienia poziome**, zawierane między przedsiębiorcami działającymi na tym samym szczeblu obrotu gospodarczego¹. Z natury zatem porozumienia te są postrzegane w świetle prawa antymonopolowego jako zagrożenie dla konkurencji. Z reguły porozumienia kooperacyjne podlegają **zakazowi porozumień ograniczających konkurencję**, wyrażonemu w art. 81 ust. 1 TWE oraz art. 6 ust. 1 ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów². Co do zasady porozumienia między przedsiębiorcami mogą korzystać z wyłączenia spod tego, względnego ze swej natury, zakazu. Kooperacja w niektórych obszarach, mimo ograniczenia w pewnym stopniu konkurencji, może również generować istotne korzyści gospodarcze. Przesłanki wyłączeń spod zakazu karteli (określone w art. 81 ust. 3 TWE oraz art. 8 ust. 1 uokik), jak również treść delegacji ustawowej z art. 8 ust. 3 uokik, nie wykluczają możliwości skorzystania przez porozumienia kooperacyjne z przywileju wyłączenia. Przesłanki wyłączenia, zwłaszcza pozytywne, z powodzeniem mogą być odniesione do wybranych obszarów kooperacji, zwłaszcza kooperacji specjalizacyjnej oraz kooperacji badawczo-rozwojowej.

2. Kooperacja specjalizacyjna niewątpliwie przyczynia się, co najmniej, do **poprawy produkcji**, o której mowa w art. 81 ust. 3 lit. a) TWE oraz art. 8 ust. 1 pkt 1 uokik. Poprawa produkcji może z kolei łatwo przełożyć się na **korzyści dla nabywców lub użytkowników**³, których wymaga art. 81 ust. 3 lit. a) TWE oraz art. 8 ust. 1 pkt 2 uokik. Korzyści ze specjalizacji mogą przejawiać się choćby w obniżeniu ceny oferowanych towarów, podwyższeniu ich jakości, czy poprawie dostępności na rynku. **Ograniczenia konkurencji w specjalizacji** muszą być **niezbędne dla osiągnięcia zakładanych korzyści** (art. 81 ust. 3 TWE; art. 8 ust. 1 pkt 3 uokik), wobec czego strony porozumień spe-

¹ J. Faull, A. Nikpay, *The EC Law of Competition*, Oxford University Press, 2007, s. 660–663.

² Ustawa z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (Dz. U. z 2007 r., nr 50, poz. 331; zm. nr 99, poz. 660; nr 171, poz. 1206), dalej: uokik lub uokik z 2007 r.

³ Zob. pkt 102 obwieszczenia Komisji – wytyczne w sprawie stosowania art. 81 Traktatu WE do horyzontalnych porozumień kooperacyjnych (Dz. U. WE 2001 C 3/2; Dz. U. UE Polskie Wyd. Specjalne, rozdz. 8, t. 2, s. 25), dalej: wytyczne w sprawie stosowania art. 81 TWE do porozumień kooperacji horyzontalnej.

cializacyjnych nie mogą np. zobowiązać się do wyłączności kooperacji⁴. Z wyłączenia mogą korzystać tylko te porozumienia, których **uczestnicy nie mają nadmiernej siły rynkowej**, o czym przesądza choćby poziom ich udziału w rynku⁵.

3. Kooperacja badawczo-rozwojowa z natury przyczynia się do postępu technicznego (art. 81 ust. 3 lit. a) TWE; art. 8 ust. 1 pkt 1 uokik), przynosząc konsumentom **korzyści** przede wszystkim w postaci nowych ulepszonych produktów, często tańszych w eksploatacji (art. 81 ust. 3 lit. b) TWE; art. 8 ust. 1 pkt 2 uokik)⁶. Z wyłączenia mogą skorzystać te porozumienia, które nie nakładają **nadmiernych** – w stosunku do przewidywanych korzyści – **ograniczeń konkurencji** (art. 81 ust. 3 TWE; art. 8 ust. 1 pkt 3 uokik), takich jak np. zakaz prowadzenia działalności badawczo-rozwojowej w dziedzinie objętej porozumieniem po jego wygaśnięciu. Ze względu na ryzyko **eliminacji konkurencji** (art. 81 ust. 3 TWE; art. 8 ust. 1 pkt 4 uokik) wyłączeniu nie będzie podlegać porozumienie łączące dwa podmioty jako jedyne prowadzące działalność badawczo-rozwojową na danym rynku⁷.

4. Wyłączenia grupowe porozumień kooperacyjnych powinny być postrzegane jako **jeden z pierwszych przejawów ekonomizacji prawa ochrony konkurencji** – nurtu zmierzającego do **racjonalizacji stosowania przepisów o ochronie konkurencji**. Nowoczesne regulacje wyłączeniowe zarówno na poziomie wspólnotowym, jak i krajowym, powinny w możliwie najszerszym zakresie uwzględniać założenia i wytyczne podejścia ekonomicznego w zakresie stosowania przepisów o ochronie konkurencji. Ze względu na wysoce prawdopodobny szkodliwy wpływ porozumień kooperacyjnych na konkurencję **warunki wyłączenia grupowego** winny być **szczególnie precyzyjnie określone**.

2. Wyłączenia kooperacji B+R i specjalizacyjnej w prawie wspólnotowym

2.1. Kształtowanie się regulacji wyłączających porozumienia kooperacyjne we Wspólnocie Europejskiej

5. Porozumienia kooperacyjne objęte są zakazem porozumień ograniczających konkurencję wyrażonym w art. 81 TWE, mogą jednak korzystać z wyłączeń spod tego zakazu, o ile spełniały przesłanki z art. 81 ust. 3 TWE. Ze względu na to, że kooperacja horyzontalna bezpośrednio zagraża konkurencji, w początkowej fazie wdrażania art. 81 TWE we Wspólnocie Europejskiej porozumienia kooperacyjne traktowane były **bardziej restryktywnie niż porozumienia wertykalne**⁸.

Jednak już w 1968 r. wydane zostały wytyczne dotyczące wybranych aspektów kooperacji⁹. Wytyczne te nie były jednak wyłączeniami grupowymi ani w sensie formalnym

⁴ Zob. pkt 104 wytycznych w sprawie stosowania art. 81 TWE do porozumień kooperacji horyzontalnej.

⁵ Zob. tamże, pkt 105.

⁶ Zob. tamże, pkt 68.

⁷ Zob. tamże, pkt 71.

⁸ M. Kępiński, A. Nowicka, *Reguły konkurencji a porozumienia kooperacyjne (Raport)*, w: *Reguły konkurencji a porozumienia kooperacyjne*, PHARE: Harmonizacja Polskiego Prawa Antymonopolowego z Regulami Konkurencji Unii Europejskiej, seria: *Reguły konkurencji a wybrane rodzaje porozumień*, Urząd Antymonopolowy, Warszawa 1995, s. 15–16.

⁹ Wyjaśnienia w sprawie porozumień, decyzji i uzgodnionych praktyk w dziedzinie kooperacji między przedsiębiorstwami (Dz. U. EWG 1968 C 75/3; popr. Dz. U. EWG 1984 C 84); w jęz. polskim opublikowane w: M. Kępiński, A. Nowicka, *Reguły konkurencji a porozumienia kooperacyjne*, op. cit., s. 119–127. Szersze omówienie tych wytycznych: tamże, s. 40–47.

(wydane zostały w formie komunikatu, aktu niewiążącego), ani w sensie materialnym, ponieważ wskazywały tylko te rodzaje kooperacji, które co do zasady nie ograniczały konkurencji. Podobny (niewiążący i „subsidiarny”) charakter miały wytyczne towarzyszące rozporządzeniu 4064/89¹⁰, a dotyczące rozróżniania kooperacyjnych i koncentracyjnych *joint ventures*¹¹, czy wreszcie – wytyczne odnoszące się tylko do antymonopolowej oceny kooperacyjnych *joint ventures*¹².

6. O innym, w porównaniu z porozumieniami wertykalnymi, postrzeganiu porozumień kooperacyjnych świadczy także fakt, iż o wydaniu właściwych regulacji umożliwiających wyłączenie porozumień kooperacyjnych organy wspólnotowe zdecydowały dopiero w 1982 r.¹³, tj. piętnaście lat później niż miało to miejsce w przypadku porozumień wertykalnych¹⁴. Mimo, że rozporządzenie delegujące na Komisję Europejską kompetencje do wydania regulacji wyłączających grupowo wydane zostało już w latach siedemdziesiątych¹⁵, to właściwe akty wyłączające pojawiły się dopiero na początku lat 80. Pierwsze rozporządzenie (3604/82) z 1982 r. dotyczyło kooperacji specjalizacyjnej (produkcyjnej), w 1984 r. zostało ono zastąpione nowym aktem wyłączającym porozumienia specjalizacyjne (417/85)¹⁶. Dodatkowo w tym samym roku Komisja przyjęła także rozporządzenie o wyłączeniu porozumień badawczo-rozwojowych¹⁷. Podkreślenia

¹⁰ Rozporządzenie (EWG) nr 4064/89 Rady z dnia 21 grudnia 1989 r. w sprawie kontroli koncentracji przedsiębiorstw (Dz. U. EWG 1990 L 257/13), zmienione rozporządzeniem (WE) nr 1310/97 Rady z dnia 30 czerwca 1997 r. (Dz. U. WE 1997 L 180/1), w jęz. polskim opublikowane w: *Prawo konkurencji Wspólnoty Europejskiej. Źródła*, t. 1: *Reguły generalne*, wybór i oprac. T. Skoczny, Wydawnictwo Naukowe WZ UW, Warszawa 2002, s. 371–393.

¹¹ Obwieszczenie Komisji w sprawie rozróżnienia pomiędzy wspólnymi przedsiębiorstwami o charakterze koncentracyjnym i kooperacyjnym w związku z rozporządzeniem Rady (EWG) nr 4964/89 (Dz. U. WE 1994 C 385/1); w jęz. polskim opublikowane w: *Kontrola łączenia przedsiębiorstw I*, PHARE-SIERRA: Harmonizacja Prawa Polskiego z Prawem Wspólnot Europejskich, seria: *Prawo konkurencji*, Urząd Antymonopolowy, Warszawa 1998, s. 91–100. Szersze omówienie tego obwieszczenia znajduje się w: M. Kępiński, A. Nowicka, *Reguły konkurencji a porozumienia kooperacyjne*, op. cit., s. 78–86.

¹² Obwieszczenie Komisji w sprawie oceny kooperacyjnych joint ventures w świetle art. 85 TWE (Dz. U. WE 1993 C 43/2); w jęz. polskim opublikowane w: *Zakaz porozumień ograniczających konkurencję I*, PHARE-SIERRA: Harmonizacja Prawa Polskiego z Prawem Wspólnot Europejskich, seria: *Prawo konkurencji*, Urząd Antymonopolowy, Warszawa 1998, s. 65–89.

¹³ Commission Regulation (EEC) No. 3604/82 of 23 December 1982 on the application of Article 85 (3) of the Treaty to categories of specialization agreements (OJ 1982 L 376/33).

¹⁴ Pierwszym aktem było: Regulation No. 67/67/EEC of the Commission of 22 March 1967 on the application of Article 85 (3) of the Treaty to certain categories of exclusive dealing agreements (OJ 57, 25.3.1967, pp. 849–852).

¹⁵ Rozporządzenie (EWG) nr 2821/71 Rady z dnia 20 grudnia 1971 r. w sprawie stosowania art. 85 ust. 3 do określonych grup porozumień, decyzji i praktyk uzgodnionych (Dz. U. EWG 1971 L 285/46; Dz. U. UE Polskie Wyd. Specjalne, Rozdz. 08, tom 1, s. 14).

¹⁶ Rozporządzenie (EWG) nr 417/85 Komisji z dnia 19 grudnia 1984 r. w sprawie stosowania art. 85 ust. 3 do kategorii porozumień specjalizacyjnych (Dz. U. EWG 1985 L 53/1), dalej: rozporządzenie 417/85; w jęz. polskim opublikowane w: Van Bael & Bellis, *Reguły konkurencji a porozumienia specjalizacyjne (Raport)*, w: *Reguły konkurencji a porozumienia specjalizacyjne*, PHARE: Harmonizacja Polskiego Prawa Antymonopolowego z Regulami Konkurencji Unii Europejskiej, seria: *Reguły konkurencji a wybrane rodzaje porozumień*, Urząd Antymonopolowy, Warszawa 1995, s. 201–209; Szerzej na temat tej regulacji: tamże, s. 20–31.

¹⁷ Rozporządzenie (EWG) nr 418/85 Komisji z dnia 19 grudnia 1984 r. w sprawie stosowania art. 85 ust. 3 do kategorii porozumień badawczo-rozwojowych (Dz. U. EWG 1985 L 53/5), dalej: rozporządzenie 418/85; w jęz. polskim opublikowane w: M. du Vall, *Reguły konkurencji a umowy o prace badawczo-rozwojowe (Raport)*, w: *Reguły konkurencji a umowy o prace badawczo-rozwojowe*, PHARE: Harmonizacja Polskiego Prawa Antymonopolowego z Regulami Konkurencji Unii Europejskiej, seria: *Reguły konkurencji a wybrane rodzaje porozumień*, Urząd Antymonopolowy, Warszawa 1995, s. 79–94; Szerzej na temat tej regulacji: tamże, s. 29–57.

wymaga fakt, że zakres przedmiotowy wyłączeń kooperacji horyzontalnej ukształtowany został poprzez wcześniejsze doświadczenia Komisji w udzielaniu wyłączeń indywidualnych. Ze statystyk decyzji Komisji wynika, że wyłączenia indywidualne były najczęściej przyznawane właśnie porozumieniom specjalizacyjnym i badawczo-rozwojowym.

7. Obydwa akty wyłączające z połowy lat 80. obowiązywały do końca 1999 r., zaś od 1 stycznia 2000 r. weszły w życie **dwa nowe rozporządzenia wyłączające: porozumienia specjalizacyjne** (2658/2000)¹⁸ oraz **badawczo-rozwojowe** (2659/2000)¹⁹. Akty te, które **pozostaną w mocy do końca 2010 r.**, odzwierciedlają już podejście ekonomiczne do kooperacji horyzontalnej. Zakres przedmiotowy grupowych wyłączeń porozumień kooperacyjnych na przestrzeni lat nie uległ rozszerzeniu; zakazowi karteli z art. 81 ust. 1 TWE nie podlega jedynie (przy spełnieniu szeregu określonych warunków) **współpraca w dwóch dziedzinach kooperacji** – badania i rozwój oraz specjalizacja produkcji. Kooperacja w innych dziedzinach lub współpraca badawczo-rozwojowa bądź specjalizacyjna, wykraczająca poza zakres dozwolony w ramach wyłączeń grupowych, mogła w prawie wspólnotowym korzystać (do 1 maja 2004 r.) z przywileju wyłączenia indywidualnego.

8. W ramach szerokiego procesu modernizacji wspólnotowego prawa ochrony konkurencji, którego kulminacją było rozporządzenie 1/2003²⁰, m.in. ustanawiające zasadę bezpośredniego stosowania art. 81 ust. 3 TWE, już w 2001 r. wydane zostały **wytyczne w sprawie kooperacji poziomej**. Wytyczne te pomagają w ustaleniu dopuszczalnego – z punktu widzenia art. 81 TWE – wymiaru horyzontalnej współpracy przedsiębiorców, polegającej nie tylko na wspólnej produkcji czy działalności badawczo-rozwojowej, ale przyjmującej także postać porozumień o wspólnej sprzedaży, wspólnych zakupach, porozumień standaryzacyjnych oraz porozumień z zakresu ochrony środowiska. W wytycznych w sprawie kooperacji horyzontalnej Komisja wyraźnie akcentowała **konieczność dokonywania antymonopolowej oceny** porozumień kooperacyjnych z możliwie najszerszym **wykorzystaniem kryteriów ekonomicznych**²¹. Opisy poszczególnych rodzajów kooperacji uwyplikują zarówno potencjalne zagrożenia współpracy przedsiębiorców dla konkurencji, jak i potencjalne korzyści, jakie z tego współdziałania mogą wynikać. Tym samym wytyczne zerwały z **tradycyjnym postrzeganiem** porozumień **kooperacji horyzontalnej** wyłącznie jako **najpoważniejszych (najcięższych) ograniczeń** konkurencji (*hardcore cartels*).

9. Standardy dotyczące wyłączeń grupowych, wypracowane przez WE, recypowały również państwa członkowskie UE, a także kraje kandydujące do UE w ramach procesu harmonizacji prawa krajowego z prawem wspólnotowym.

¹⁸ Rozporządzenie (WE) nr 2658/2000 Komisji w sprawie stosowania art. 81 ust. 3 Traktatu do kategorii porozumień specjalizacyjnych (Dz. U. WE 2000 L 304/3; Dz. U. UE Polskie Wyd. Specjalne, rozdz. 8, t. 2, s. 15), dalej: rozporządzenie 2658/2000.

¹⁹ Rozporządzenie (WE) nr 2659/2000 Komisji w sprawie stosowania art. 81 ust. 3 Traktatu do kategorii porozumień badawczo-rozwojowych (Dz. U. WE 2000 L 304/7; Dz. U. UE Polskie Wyd. Specjalne, rozdz. 8, t. 2, s. 19), dalej: rozporządzenie 2659/2000.

²⁰ Rozporządzenie 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. UE 2003 L 1/1; Dz. U. UE Polskie Wyd. Specjalne, Rozdz. 08, tom 02, s. 205–229); dalej: rozporządzenie 1/2003.

²¹ Pkt 6 wytycznych stanowi: „W zakresie oceny [porozumień horyzontalnych] większy nacisk musi być kładziony na kryteria ekonomiczne, aby lepiej odzwierciedlić ostatni rozwój w sferze egzekwowania prawa i w orzecznictwie Trybunału Sprawiedliwości oraz Sądu Pierwszej Instancji”.

2.2. Ewolucja wspólnotowych regulacji wyłączających porozumienia kooperacyjne

10. Obecny kształt regulacji wyłączających porozumienia kooperacyjne odzwierciedla przeobrażenia, jakim w ostatnich dwóch dekadach podlegało wspólnotowe prawo ochrony konkurencji. **Rozporządzenia** wyłączające porozumienia specjalizacyjne (417/85) i badawczo-rozwojowe (418/85) z 1984 r. posługiwały się **dwoma rodzajami kryteriów** wyłączenia spod zakazu karteli: ilościowymi i jakościowymi. **Warunki ilościowe** wyłączenia określone zostały w rozporządzeniach za pomocą dwóch elementów: **udziału w rynku** uczestników porozumienia oraz ich **obrotu rynkowego**. Wyłączenie dla porozumień specjalizacyjnych możliwe było wówczas, gdy udział w rynku uczestniczących przedsiębiorców nie przekraczał 20%, a ich całkowity obrót nie był wyższy niż 1 mln ecu (art. 3 ust. 1 rozporządzenia 417/85). Dodatkowo wyznaczony był niższy -10% – próg udziału w rynku, jeśli porozumienie przewidywało opcję wyłącznej dystrybucji (art. 3 ust 2 lit a) rozporządzenia 417/85), przy zachowaniu kryterium 1 mln obrotu.

Jeśli chodzi natomiast o wyłączenie porozumień badawczo-rozwojowych, to próg udziału w rynku dla tego rodzaju kooperacji ustanowiony rozporządzeniem wynosił 20% (art. 3 ust. 2 rozporządzenia 418/86), nie skorzystano natomiast w tym przypadku z kryterium całkowitego obrotu kooperujących przedsiębiorców.

11. Wśród kryteriów jakościowych rozporządzenia wyłączające z lat 80. wskazywały na dozwolone ograniczenia konkurencji, jakie mogą zawierać porozumienia kooperacyjne, aby – mimo to – nie podlegać zakazowi karteli z art. 81 TWE. Wyłączenie porozumień specjalizacyjnych było oparte jedynie na wskazaniu klauzul białych, a ich katalog w art. 2 rozporządzeniu 417/85 miał nawet charakter zamknięty²². Z kolei rozporządzenie 418/85 wśród warunków jakościowych wyłączenia porozumień badawczo-rozwojowych wskazało zarówno klauzule białe, jak i postanowienia, których występowanie w porozumieniach było zakazane.

12. Konsekwencją oparcia wyłączeń na klauzulach białych było to, że przedsiębiorcy mieli ograniczone możliwości kształtowania swoich stosunków kooperacyjnych. Wskazanie dozwolonych postanowień w porozumieniach powodowało swoisty „automatyzm” w projektowaniu umów kooperacyjnych, przedsiębiorcy mogli obawiać się, że wszelkie uzgodnienia wychodzące poza to, na co zezwalało rozporządzenie wyłączające, postrzegane będą jako naruszające zakaz karteli. **Kooperacja** była zatem **dozwolona**, ale w **ściśle wyznaczonych ramach prawnych**, co w rezultacie **mogło hamować realizację celów ekonomicznych**²³.

13. W nowych regulacjach wyłączających, które zastąpiły rozporządzenia z 1984 r., Komisja zaproponowała **dwojakiego rodzaju zmiany zasadnicze**: po pierwsze, istotną **zmianę sposobu konstruowania kryteriów jakościowych** wyłączeń; po drugie zaś – **modyfikację kryteriów ilościowych**. Jeśli chodzi o pierwszy zakres reform, to po kilkunastu latach obowiązywania rozporządzeń wyłączających Komisja doszła do wniosku, że akty te nie w pełni realizują swoje zadanie, gdyż sztywne ramy prawne, narzucone w pewnym sensie przez klauzule białe, nie sprzyjają kreatywności w projektowaniu stosunków kooperacyjnych i dostosowywaniu warunków i zakresu współpracy do rzeczywistych

²² Van Bael & Bellis, *Reguły konkurencji a porozumienia specjalizacyjne*, op. cit., s. 23.

²³ A. Jurkowska, „Economic approach” jako jeden z głównych kierunków modernizacji wspólnotowego prawa konkurencji na przykładzie nowych regulacji w dziedzinie porozumień kooperacyjnych, w: *Prawo gospodarcze Wspólnoty Europejskiej na progu XXI wieku*, red. C. Mik, TNOiK – Dom Organizatora, Toruń 2002, s. 182–183.

potrzeb gospodarczych i rynkowych²⁴. W tej sytuacji Komisja zaproponowała **porzucenie katalogu klauzul białych** na rzecz wyznaczenia wyłącznie katalogu klauzul czarnych. W efekcie, w nowych rozporządzeniach wyłączających (2658/2000 i 2659/2000) znalazły się **jedynie postanowienia**, których występowanie w porozumieniach kooperacyjnych jest **zabronione** jako naruszające art. 81 ust. 1 TWE. Tym samym przedsiębiorcy podejmujący współpracę badawczo-rozwojową lub specjalizacyjną zyskali – w ramach wyłączenia grupowego – większą swobodę w określaniu zasad kooperacji. Rozporządzenia wyłączające „nowej generacji” stosuje się bowiem zgodnie z zasadą *in dubio pro libertate* – jeśli porozumienie nie zawiera żadnego z zakazanych postanowień, wszystkie inne uzgodnienia między przedsiębiorcami są dozwolone.

Jeśli chodzi o wymiar ilościowy wyłączeń, to Komisja zdecydowała o rezygnacji z podwójnych kryteriów i obecnie obowiązujące rozporządzenia posługują się tylko jednym z nich – progiem udziału w rynku. W przypadku porozumień badawczo-rozwojowych próg ten został zresztą podniesiony do poziomu 25%.

14. Wszystkie wskazane zmiany dokonane zostały z uwzględnieniem podejścia ekonomicznego do kooperacji²⁵, oznaczającego, że w ocenach antymonopolowych porozumień kooperacyjnych w tym samym stopniu bierze się pod uwagę powodowane współdziałaniem przedsiębiorców ograniczenia konkurencji, jak i korzyści gospodarcze wynikające z podejmowanej współpracy.

2.3. Współczesne wspólnotowe regulacje wyłączające porozumienia kooperacyjne

2.3.1. Rozporządzenie 2658/2000 (porozumienia specjalizacyjne)

15. Rozporządzenie 2658/2000 dotyczące wyłączenia grupowego porozumień specjalizacyjnych zastąpiło z dniem 1 stycznia 2001 r. wcześniejsze rozporządzenie 417/85. Nowy akt w pełni recypował **założenia modernizacji** regulacji wyłączających **w duchu podejścia ekonomicznego** (*economic approach*), co znalazło swoje odzwierciedlenie w zakresie przedmiotowym wyłączenia oraz w sposobie sformułowania kryteriów ilościowych i jakościowych, samej konstrukcji rozporządzenia²⁶. Regulacja **poszerzyła zakres wyłączenia**, obejmujący dotychczas specjalizację wzajemną oraz wspólną produkcję, **o specjalizację jednostronną** (o ile porozumienie tego typu zawarte jest między konkurentami)²⁷. W obszarze kryteriów jakościowych **listę klauzul białych**, obowiązującą w rozporządzeniu 417/85, **zastąpiono wykazem klauzul czarnych**. Za postanowienia niedozwolone uznano te, które mają na celu, bezpośrednio lub pośrednio, ustalanie cen sprzedaży produktów, ograniczanie (ilościowe) produkcji lub sprzedaży bądź podział rynków lub klientów²⁸. Możliwe jest natomiast wskazywanie ilości produktów w kontekście porozumień o specjalizacji jednostronnej lub wzajemnej bądź porozumień o wspólnej produkcji, realizowanej przez wspólnego przedsiębiorcę. Przedsiębiorcom pozostawia się

²⁴ Pkt 5 preambuły rozporządzenia 2658/2000 i pkt 7 preambuły rozporządzenia 2659/2000. Zob. także J. Lücking, *Horizontal Co-operation Agreements: Ensuring a Modern Policy*, „EC CPN” 2000, nr 2, s. 42.

²⁵ A. Jurkowska, *Porozumienia kooperacyjne w świetle wspólnotowego i polskiego prawa ochrony konkurencji. Od formalizmu do ekonomizacji*, WPIPG, Warszawa 2005, s. 21–31.

²⁶ Zob. Fauli & Nikpay, *The EC Law of Competition*, op. cit., s. 702–703; M. Jephcott, *Horizontal Agreements and EU Competition Law*, Richmond Law & Tax, 2005, s. 119–124.

²⁷ Zob. art. 1 rozporządzenia 2658/2000. Van Bael & Bellis, *Reguly konkurencji a porozumienia specjalizacyjne*, op. cit., s. 22; J. Lücking, D. Woods, *Horizontal Co-operation: New Rules in Force*, EC CPN 2001, nr 1, s. 9.

²⁸ Zob. art. 5 ust. 1 rozporządzenia 2658/2000.

także możliwość ustalania celów sprzedaży oraz cen w sytuacji, gdy porozumienie przewiduje wspólną dystrybucję dóbr w kontekście utworzenia produkcyjnego *joint venture*. Art. 3 rozporządzenia 2658/2000 wyraźnie wskazuje także dopuszczalność porozumień, w których strony akceptują zobowiązanie wyłącznego zakupu²⁹ i/lub wyłączonej dostawy³⁰ bądź wspólnej dystrybucji³¹. Te postanowienia w nowym wspólnotowym rozporządzeniu są, do pewnego stopnia, odpowiednikami białych klauzul z poprzednio obowiązującego rozporządzenia 417/85³².

16. W ramach kryteriów ilościowych wyłączenia, w rozporządzeniu 2658/2000 utrzymany został 20% próg udziału w rynku właściwym uczestników porozumienia, przy jednoczesnej rezygnacji z konieczności spełnienia warunku osiągania przez kooperantów określonych obrotów rocznych³³. W rozporządzeniu 2658/2000 nie ma też oddzielnego progu udziału w rynku (poprzednio 10% rynku właściwego³⁴) dla porozumień przewidujących wspólną dystrybucję produktów objętych specjalizacją. W stosunku do regulacji z 1984 r. rozporządzenie 2658/2000 przewiduje korzystniejsze dla przedsiębiorców zasady utrzymania wyłączenia w sytuacji, gdy udział stron w rynku wzrasta ponad wskazany próg 20%³⁵.

17. Rozporządzenie 2658/2000, podobnie jak dawna regulacja³⁶, zawiera postanowienia o możliwości cofnięcia przywileju wyłączenia w konkretnych przypadkach³⁷. Cofnięcie może nastąpić wtedy, gdy wyłączone porozumienie wywiera skutki niezgodne z przesłankami art. 81 ust. 3 TWE, a w szczególności jeśli porozumienie nie pociąga za sobą istotnych efektów racjonalizacyjnych, konsumenci nie uczestniczą zasadniczo w osiągniętym zysku, bądź, gdy produkty będące przedmiotem specjalizacji nie podlegają skutecznej konkurencji ze strony produktów uznawanych za ekwiwalentne. Katalog „antykonykurencyjnych” efektów, uzasadniających cofnięcie przywileju wyłączenia, nie jest zamknięty. Kompetencję do cofnięcia wyłączenia posiada Komisja, ale może to zrobić tak z własnej inicjatywy, jak i – co stanowi *novum* wobec poprzedniej regulacji – na wniosek państwa członkowskiego, osoby fizycznej lub prawnej, o ile podmioty te wykażą swój uprawniony interes.

2.3.2. Rozporządzenie 2659/2000 (porozumienia badawczo-rozwojowe)

18. Rozporządzenie 2659/2000 stanowiące o wyłączeniu grupowym porozumień badawczo-rozwojowych zastąpiło z dniem 1 stycznia 2001 r. rozporządzenie 418/85. **Zakres wyłączenia nie zmienił się i**, podobnie jak w rozporządzeniu z lat 80., obejmuje trzy rodzaje współpracy: 1) prowadzenie prac badawczo-rozwojowych, 2) wykorzystanie wyników prac badawczo-rozwojowych, 3) prowadzenie prac badawczo-rozwojowych z jednoczesnym wspólnym korzystaniem z ich rezultatów³⁸. Również warunki jakościowe

²⁹ *ACEC/Berliet* (Dz. U. EWG 1968 L 201/7); *Clima Chappé* (Dz. U. EWG 1969 L 195/1); *Sopelem/Langen* (Dz. U. EWG 1972 L 13/47).

³⁰ *Bayer/Gist Brocades* (Dz. U. EWG 1976 L 30/13); *Alcatel/ANT* (Dz. U. EWG 1990 L 32/19).

³¹ *SOPELEM/Vickers* (Dz. U. EWG 1978 L 70/47); *VW/MAN* (Dz. U. EWG 1983 L 376/11).

³² A. Jurkowska, *Porozumienia kooperacyjne...*, op. cit., s. 114.

³³ Zob. art. 3 ust. 1 lit. b) rozporządzenia 417/85.

³⁴ Zob. art. 3 ust. 2 lit. a) rozporządzenia 417/85.

³⁵ Zob. art. 6 ust. 2 i 3 rozporządzenia 2658/2000. Szerzej: A. Jurkowska, *Reforma wspólnotowego prawa konkurencji w zakresie wyłączenia spod zakazu kartelu porozumień horyzontalnych*, PUE nr 2/2001, s. 22.

³⁶ Van Bael & Bellis, *Reguły konkurencji a porozumienia specjalizacyjne*, op. cit., s. 29.

³⁷ Zob. art. 7 rozporządzenia 2658/2000 i art. 8 rozporządzenia 417/85.

³⁸ Zob. art. 1 ust. 1 rozporządzenia 2659/2000 i art. 1 ust. 1 rozporządzenia 418/85. Zob. Faull & Nikpay, *The EC Law of Competition*, op. cit., s. 686–687; M. Jephcott, *Horizontal Agreements and EU Competition Law*, Richmond Law & Tax, 2005, s. 107–113.

wyłaczenia, charakterystyczne dla porozumień kooperacyjnych tego rodzaju, takie jak dostęp stron do wyników prac badawczych, zostały jedynie z niewielkimi korektami przeniesione do rozporządzenia 2659/2000 z poprzedniej regulacji. Jedyna zasadnicza zmiana w tym względzie polegała na **rezygnacji z warunku** obligatoryjnego **przygotowania programu prac badawczo-rozwojowych**, na którym miało być oparte porozumienie³⁹. Warunek opracowania programu słusznie oceniany był jako „niepraktyczny”⁴⁰. Zmiana ta zdecydowanie „uelastyczniła” kooperację badawczo-rozwojową, co odpowiada założeniom podejścia ekonomicznego w zakresie antymonopolowej oceny współpracy przedsiębiorców.

19. Rozporządzenie 2659/2000 **nie posługuje się już katalogiem klauzul białych**⁴¹, prawodawca wspólnotowy poprzestał bowiem – w art. 5 ust. 1 – na wskazaniu postanowień niedopuszczalnych w porozumieniach badawczo-rozwojowych. **Katalog klauzul czarnych** dla porozumień badawczo-rozwojowych, obok „klasycznych” najpoważniejszych ograniczeń konkurencji w „czyste” postaci, tj. klauzul cenowych, kontyngentowych i podziałowych, obejmuje także charakterystyczne dla tej dziedziny kooperacji takie ograniczenia, jak nieuzasadniony zakaz konkurencji, zakaz podważania praw własności intelektualnej, czy ograniczanie licencjonowania⁴².

20. Bezwzględny zakaz klauzul cenowych i ilościowych nie obowiązuje jednak w stosunku do tych postanowień porozumień badawczo-rozwojowych, które są niezbędne dla ich funkcjonowania („niezbędne ograniczenia konkurencji”). Dotyczy to przede wszystkim klauzul o ustaleniach związanych z polityką produkcji i sprzedaży w sytuacji, gdy porozumienie obejmuje wykorzystanie wyników prac badawczo-rozwojowych w formie wspólnej produkcji i wspólnej dystrybucji produktów lub usług stanowiących rezultat kooperacji⁴³.

21. Istotne zmiany wprowadzone zostały w rozporządzeniu 2659/2000 w odniesieniu do kryteriów ilościowych wyłączeń. Próg udziału w rynku podniesiony został z 20% do 25%⁴⁴, co w praktyce oznacza „złagodzenie” warunków wyłączenia.

Ponadto, z pięciu lat wydłużony został okres wyłączenia (dla porozumień zawieranych między niekonkurentami, a przewidujących wspólne wykorzystywanie wyników)⁴⁵. Obydwa przypadki zmian warunków ilościowych stanowią przykład ekonomizacji wyłączenia grupowego porozumień badawczo-rozwojowych.

22. Podobnie jak w rozporządzeniu 2658/2000, tak i w rozporządzeniu wyłączającym kooperację badawczo-rozwojową, Komisja zastrzegła **możliwość cofnięcia przywileju wyłączenia grupowego** spod zakazu karteli. Może ono nastąpić, jeśli konkretne porozumienie badawczo-rozwojowe, formalnie podlegające wyłączeniu, wywiera mimo wszystko skutki przeczące przesłankom art. 81 ust. 3 TWE. Za takie skutki w art. 7 rozporządzenia 2659/2000 uznaje się w szczególności limitowanie dostępu stron trzecich do prowadzenia prac badawczo-rozwojowych z powodu ograniczonego potencjału badawczego, ograniczenie dostępu do rynku produktów umownych, eliminowanie skutecznej konkurencji

³⁹ Zob. art. 2 lit. a) rozporządzenia 418/85; M. du Vall, *Reguły konkurencji a umowy o prace badawczo-rozwojowe*, op. cit., s. 34.

⁴⁰ Bellamy & Child, *EC Law of Competition*, fifth edition, Sweet & Maxwell. A Thomson Company, London 2001, s. 323.

⁴¹ Zob. art. 4 i 5 rozporządzenia 2659/2000.

⁴² M. du Vall, *Reguły konkurencji a umowy o prace badawczo-rozwojowe*, op. cit., s. 42–52.

⁴³ Zob. art. 5 ust. 2 rozporządzenia 2659/2000.

⁴⁴ Zob. art. 3 ust. 2 rozporządzenia 418/85 i art. 4 ust. 2 rozporządzenia 2659/2000; J. Lücking, D. Woods, *Horizontal Co-operation...*, op. cit., s. 9.

⁴⁵ Zob. art. 3 ust. 1 rozporządzenia 418/85 i art. 4 ust. 1 i 2 rozporządzenia 2659/2000.

w pracach badawczo-rozwojowych lub w stosunku do produktów będących przedmiotem specjalizacji. Cofnięcie przywileju wyłączenia grupowego może być także uzasadnione tym, że bez żadnej obiektywnie ważnej przyczyny, strony nie korzystają z wyników wspólnych prac badawczo-rozwojowych⁴⁶. Podmioty legitymowane do wnioskowania o cofnięcie przywileju wyłączenia pozostają identyczne jak w przypadku porozumień specjalizacyjnych. Cofnięcia dokonuje również Komisja Europejska.

2.3.3. Wytyczne w sprawie stosowania art. 81 TWE do porozumień kooperacji horyzontalnej

23. Wytyczne w sprawie porozumień kooperacji horyzontalnej opublikowane zostały przez Komisję na początku 2001 r. ze względu na to, że „zmieniające się rynki wygenerowały większą różnorodność i zastosowanie kooperacji horyzontalnej. Potrzebny jest obszerniejszy i uaktualniony przewodnik dla polepszenia jasności i przejrzystości stosowania art. 81 TWE w tej dziedzinie”⁴⁷. Wytyczne nie mają statusu prawa obowiązującego, jednak stanowią one w gruncie rzeczy namiastkę wyłączeń grupowych, gdyż wskazują zakres dopuszczalnej i zakazanej kooperacji w określonych dziedzinach⁴⁸. Znaczenia wytycznych należy upatrywać szczególnie w zapewnieniu przedsiębiorcom odpowiedniego poziomu pewności prawnej w kontekście bezpośredniego stosowania art. 81 ust. 3 TWE.

24. Wytyczne obejmują sześć kategorii porozumień: badawczo-rozwojowe⁴⁹, specjalizacyjne⁵⁰, o wspólnych zakupach⁵¹, o wspólnej sprzedaży (komercjalizacyjne)⁵², standaryzacyjne⁵³, o ochronie środowiska⁵⁴. W odniesieniu do porozumień badawczo-rozwojowych i specjalizacyjnych wytyczne stanowią naturalne uzupełnienie rozporządzeń wyłączających⁵⁵ i dotyczą one tych porozumień, które ze względu na niespełnienie kryteriów (głównie ilościowych) wyłączenia nie mogą korzystać z przywileju wyłączenia grupowego⁵⁶. Dla pozostałych obszarów kooperacji wytyczne stanowią pewną formę nobilitacji – porozumienia kooperacyjne w tych dziedzinach, ogólnie postrzegane jako pozytywne, nie zostały dotąd wyłączone grupowo (przeszkodą może tu być np. nazbyt szeroki zakres przedmiotowy kooperacji czy różnorodność form współdziałania przedsiębiorców w danej dziedzinie)⁵⁷.

25. Każdy rodzaj kooperacji analizowany jest w wytycznych według podobnego modelu. Po pierwsze, Komisja wskazuje na podstawowe cechy danego porozumienia kooperacyjnego w świetle art. 81 ust. 1 TWE. Analizie poddany zostaje charakter porozumienia, siła rynkowa stron, struktura rynku. Takie podejście do analiz, oparte

⁴⁶ M. du Vall, *Reguły konkurencji a umowy o prace badawczo-rozwojowe*, op. cit., s. 57.

⁴⁷ Pkt 6 wytycznych w sprawie stosowania art. 81 TWE do porozumień kooperacji horyzontalnej.

⁴⁸ A. Jurkowska, *Porozumienia kooperacyjne...*, op. cit., s. 117.

⁴⁹ Pkt 39–77 wytycznych w sprawie stosowania art. 81 TWE do porozumień kooperacji horyzontalnej.

⁵⁰ Tamże, pkt 78–114.

⁵¹ Tamże, pkt 115–138.

⁵² Tamże, pkt 139–158.

⁵³ Tamże, pkt 159–178.

⁵⁴ Tamże, pkt 179–198.

⁵⁵ M. Glader, *Innovation Markets and Competition Analysis. EU Competition Law and US Antitrust Law*, Edward Elgar Publishing, Cheltenham, Northampton, 2006, s. 77.

⁵⁶ Niespełnienie kryteriów jakościowych w postaci np. występowania klauzul czarnych uniemożliwia jakiegokolwiek, tak grupowe, jak i indywidualne, wyłączenie porozumienia spod zakazu karteli – Zob. pkt 37 wytycznych w sprawie porozumień kooperacji horyzontalnej.

⁵⁷ A. Jurkowska, *Porozumienia kooperacyjne...*, op. cit., s. 117; M. Griffiths, S. Nesce, *Modernising the treatment of horizontal agreements – an analysis of the Commission's proposal*, „ECLR” 2000, Vol. 21, No. 10, s. 452–462.

na „środku ciężkości” porozumienia, nie zaś tylko na jego przedmiotowym zakresie sprawia, że wytyczne mogą być stosowane do oceny porozumień obejmujących wiele różnych rodzajów aktywności gospodarczej⁵⁸. Dla niektórych z porozumień, np. o wspólnych zakupach i sprzedaży, Komisja ustanowiła nawet kryteria dopuszczalnego udziału w rynku (tzw. *safe harbours*), poniżej którego porozumienia są w zasadzie „wyłączone” spod zakazu karteli. Po drugie, wytyczne przedstawiają ocenę porozumień przez pryzmat art. 81 ust. 3 TWE, analizując przy tym możliwości spełnienia przez dane porozumienie kooperacyjne poszczególnych przesłanek wyłączenia. Ponadto, każda analiza porozumienia kooperacyjnego ilustrowana jest przykładami zaczerpniętymi z praktyki Komisji w zakresie przyznawania wyłączeń indywidualnych. Warto podkreślić, że wytyczne w znacznej części zawierają wskazówki, które z powodzeniem mogą być przeniesione do analiz porozumień kooperacyjnych dokonywanych na gruncie krajowego prawa ochrony konkurencji.

2.4. Recepja wspólnotowego modelu wyłączeń porozumień kooperacyjnych w państwach członkowskich UE

26. Recepja wspólnotowego wzorca prawa ochrony konkurencji wpływa oczywiście na fakt, że wyłączenia spod zakazu porozumień ograniczających konkurencję przewidziane są także w prawie krajowym. Możliwość wyłączenia grupowego porozumień przewidują zarówno ustawodawstwa państw tzw. starej Unii (m.in. Austria⁵⁹, Francja⁶⁰, Holandia⁶¹, Niemcy⁶²), jak i „nowych” państw członkowskich (m.in. Czechy⁶³, Estonia⁶⁴, Litwa⁶⁵, Rumunia⁶⁶, Słowacja⁶⁷, Słowenia⁶⁸, Węgry⁶⁹). Niektóre państwa członkowskie

⁵⁸ K. Kuik, *The Quest for Legal Certainty – The EC Competition Law Approach to Horizontal Co-operation Agreements*, w: *EC Competition Law. A Critical Assessment*, eds. G. Amato, C.D. Ehlermann, Hart Publishing, 2007, s. 169.

⁵⁹ Zob. § 2 ust. 1 i § 3 austriackiej Kartellgesetz, tekst dostępny pod: <http://www.bwb.gv.at/BWB/Gesetze/Kartellgesetz/default.htm#1hs1a>

⁶⁰ Zob. art. L420-4 francuskiego kodeksu handlowego, tekst dostępny pod: http://www.conseil-concurrence.fr/user/standard.php?id_rub=114;

art. 5 portugalskiej ustawy o ochronie konkurencji, tekst dostępny pod: <http://www.autoridadedaconcorrenca.pt/Download/descre18ix.pdf>

art. 8 i 8a szwedzkiej ustawy o ochronie konkurencji, tekst dostępny pod: http://www.kkv.se/t/Page___905.aspx

⁶¹ Zob. § 1 sec. 6.1 i 7.3 holenderskiej ustawy o ochronie konkurencji, dostępny pod: http://www.nmanet.nl/Images/14_26063_tcm16-24409.pdf

⁶² Zob. § 2 ust. 1 niemieckiej Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen, tekst dostępny pod: <http://bundesrecht.juris.de/gwb/index.html>

⁶³ Zob. art. 3 i 4 czeskiej ustawy o ochronie konkurencji (akt nr 143/2001), tekst dostępny pod: http://www.compet.cz/fileadmin/user_upload/Legislativa/legislativa_EN/Act_143_2004.doc

⁶⁴ Zob. § 6 i 7 estońskiej ustawy o ochronie konkurencji, tekst dostępny pod: http://www.konkurentsiamet.ee/public/documents/eng/competition_act_july_2006.pdf

⁶⁵ Art. 5 ust. 4 i art. 6 litewskiej ustawy o ochronie konkurencji, tekst dostępny pod: <http://www.konkuren.lt/english/antitrust/legislation.htm>

⁶⁶ Zob. art. 5 ust. 2 i 4 rumuńskiej ustawy o ochronie konkurencji (akt nr 21/1996), tekst dostępny pod: http://www.competition.ro/en/Diverse/l21_1996_mod.pdf

⁶⁷ Zob. art. 6 ust. 3 i 4 słowackiej ustawy o ochronie konkurencji (akt nr 136/2001), przy czym art. 6 ust. 4 odsyła w tym zakresie wprost do wspólnotowych rozporządzeń wyłączających; tekst dostępny pod: <http://www.antimon.gov.sk/eng/?c=356>

⁶⁸ Zob. art. 5 i 9 słoweńskiej ustawy o ochronie konkurencji, tekst dostępny pod: http://www.uvk.gov.si/fileadmin/uvk.gov.si/pageuploads/ZPOMK_neuradno_precisceno_besedilo_-_ZPOMK-B_-_ang.pdf

⁶⁹ Zob. art. 11, 15–17 węgierskiej ustawy o ochronie konkurencji (act LVII 1996), tekst dostępny pod: http://www.gvh.hu/domain2/files/modules/module25/pdf/Competition_Act.pdf

zrezygnowały jednak z wydania własnych aktów wyłączających, uznając wspólnotowe rozporządzenia wyłączające za obowiązujące także w odniesieniu do porozumień oddziałujących tylko na rynek krajowy.

Recepcja wspólnotowego wzorca wyłączeń porozumień kooperacyjnych w prawie polskim zostanie omówiona w dalszej części niniejszego artykułu.

3. Wyłączenia kooperacji B+R i specjalizacyjnej w prawie polskim do 2007 r.

3.1. Kształtowanie się regulacji wyłączających porozumienia kooperacyjne w Polsce

27. W procesie adaptacji *acquis communautaire* na grunt krajowy polski ustawodawca skorzystał ze **wspólnotowego wzorca** ukształtowania **zakazu porozumień ograniczających konkurencję**. Art. 5 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów z 2000 r.⁷⁰ powielił przesłanki zakazu karteli sformułowane w art. 81 ust. 1 TWE, zaś z kolejnych dwóch artykułów ustawy wynikało, że zakaz porozumień ograniczających konkurencję – tak jak w Traktacie o WE – ma charakter względny. Art. 6 uokik z 2000 r. ustanowił wyłączenie legalne dla porozumień o mniejszym znaczeniu (*de minimis*), zaś art. 7 uokik wskazywał jakościowe przesłanki wyłączenia spod zakazu porozumień ograniczających konkurencję. Art. 7 uokik z 2000 r. zawierał również delegację dla Rady Ministrów do wydania rozporządzeń wyłączających grupowo pewne kategorie porozumień. Po ponad roku obowiązywania ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów Rada Ministrów zdecydowała o wydaniu rozporządzeń wyłączających. Zakres przedmiotowy wyłączeń grupowych odzwierciedlał ten ukształtowany w WE. **Z przywileju wyłączenia grupowego** – na podstawie **rozporządzenia Rady Ministrów z dnia 13 sierpnia 2002 r.**⁷¹ – mogły zatem zacząć korzystać także **porozumienia badawczo-rozwojowe oraz specjalizacyjne**. Polski prawodawca zdecydował się jednak na uregulowanie wyłączenia obydwu dziedzin kooperacji w jednym akcie prawnym (nie zaś w dwóch odrębnych rozporządzeniach, jak ma to miejsce w prawie wspólnotowym). Dzięki takiemu rozwiązaniu, to na gruncie polskiego prawa ochrony konkurencji, bardziej niż w prawie wspólnotowym, uprawnione jest mówienie o wyłączeniu zbiorczej kategorii porozumień kooperacyjnych (mimo, że w tytule rozporządzenia brak odpowiedniego sformułowania). Rozporządzeniu z 2002 r. nie towarzyszył jednak żaden dodatkowy dokument, o charakterze lub treści zbliżonej do wspólnotowych wytycznych w sprawie kooperacji horyzontalnej (mogły to być np. wyjaśnienia UOKiK). Jednocześnie należy zauważyć, że **treść krajowego rozporządzenia z 2002 r.** była znacznie **rozbudowana** w porównaniu do obowiązujących w momencie wydawania polskiej regulacji rozporządzeń wspólnotowych – 2658/200 i 2659/2000. Polskie rozporządzenia wyłączające – zgodnie z treścią delegacji ustawowej z art. 7 ust. 2 uokik z 2000 r. – musiały bowiem wskazywać, obok zakazanych postanowień umownych (klauzul czarnych), także „klauzule, których występowania w porozumieniu nie uznaje się za naruszenie art. 5”, tj. postanowienia dozwolone (klauzule białe). Dlatego też polskie rozporządzenie wyłączające z 2002 r. **nie stanowiło wiernego odzwierciedlenia regulacji wspólnotowych z 2000 r.** – jego twórcy byli bowiem zmuszeni – przede wszyst-

⁷⁰ Ustawa z dnia 15 grudnia 2000 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (tekst jedn. Dz. U. z 2005 r., nr 244, poz. 2080, z późn. zm.), dalej: uokik z 2000 r.

⁷¹ Rozporządzenie Rady Ministrów z dnia 13 sierpnia 2002 r. w sprawie wyłączenia porozumień specjalizacyjnych i badawczo-rozwojowych spod zakazu porozumień ograniczających konkurencję (Dz. U. z 2002 r., nr 142, poz. 1188).

kim ze względu na potrzebę zapewnienia zgodności treści rozporządzenia z delegacją ustawową – do skompilowania rozwiązań przyjętych w aktualnych i starszych (z 1985 r.) regulacjach wspólnotowych.

28. Nowa ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów z 2007 r. **utrzymała względny charakter zakazu** porozumień ograniczających konkurencję. Nadal możliwe jest wyłączenie grupowe określonych kategorii porozumień, **nie zmieniły się też przesłanki materialne wyłączenia** (art. 8 ust. 1 uokik). Pod rządami ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów, na podstawie art. 136 ust. 2, do czasu jej wygaśnięcia zachowały moc rozporządzenia wyłączające wydane w oparciu o art. 7 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów z 2000 r. Rozporządzenie dotyczące wyłączenia porozumień kooperacyjnych wygasło z dniem 31 grudnia 2007 r., zaś w dniu 1 stycznia 2008 r. weszła w życie nowa regulacja – **rozporządzenie z dnia 19 listopada 2007 r.** w sprawie wyłączenia określonych porozumień specjalizacyjnych i badawczo-rozwojowych spod zakazu porozumień ograniczających konkurencję⁷². Rozporządzenie to weszło w życie 1 stycznia 2008 r.

3.2. Rozporządzenie Rady Ministrów z 2002 r.

29. Rozporządzenie Rady Ministrów z dnia 13 sierpnia 2002 r. w sprawie wyłączenia określonych porozumień specjalizacyjnych i porozumień badawczo-rozwojowych spod zakazu porozumień ograniczających konkurencję było **pierwszą** w polskim prawie ochrony konkurencji **regulacją wyłączającą dla porozumień kooperacyjnych**. Rozporządzenie zostało wydane na podstawie delegacji zawartej w art. 7 uokik z 2000 r. Przepis ten wymagał, aby rozporządzenie określało **zarówno postanowienia**, których występowanie jest w wyłączanych porozumieniach **zakazane, jak i postanowienia dozwolone**, nieuznawane za naruszające zakaz karteli. W momencie wejścia w życie ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów z 2000 r. (1 kwietnia 2001 r.) w WE obowiązywały już **rozporządzenia** wyłączające 2658/2000 i 2659/2000⁷³, **oparte na wyliczeniach tylko klauzul czarnych**. Przyjęcie takiego sposobu regulacji wyłączeń przez Radę Ministrów było jednak **niemożliwe do zaakceptowania**, gdyż **nie realizowałoby ono treści delegacji ustawowej**. W tej sytuacji krajowe rozporządzenie wyłączające porozumienia kooperative w swojej treści nawiązywało zarówno do obowiązujących wówczas (i obecnie) rozporządzeń wspólnotowych 2658/2000 i 2659/2000, jak i do wcześniejszych regulacji wyłączeniowych – rozporządzeń 417/85 i 418/85. **Z treści rozporządzeń 2658/2000 i 2659/2000** polski prawodawca przejął:

- 1) **zakres przedmiotowy wyłączenia** (obejmujący także specjalizację wzajemną, która nie korzystała z przywileju wyłączenia w rozporządzeniu 417/85);
- 2) **wyraźnie sformułowany katalog klauzul czarnych**;
- 3) **sposób konstruowania oraz wymiar kryteriów ilościowych** wyłączeń (tylko próg udziału w rynku, bez obrotu).

Z kolei **nawiązania do rozporządzeń** wspólnotowych z lat 80. polegały na wykorzystaniu zawartych w nich **katalogów klauzul białych**. Mimo, że wskazanie w rozporządzeniu krajowym postanowień dozwolonych było wbrew nowoczesnym trendom w rozwoju prawa ochrony konkurencji, nie można odmówić słuszności argumentacji, zgodnie z którą klauzule białe należało traktować jako ważną wytyczną dla działających na rynku

⁷² Dz. U. 2007 nr 230, poz. 1692, dalej: rozporządzenie wyłączające lub rozporządzenie z 2007 r.

⁷³ Rozporządzenia te weszły w życie dnia 1 stycznia 2001 r.

krajowym przedsiębiorców⁷⁴. Wyraźne sformułowanie tego, co jest dozwolone w ramach stosunków kooperacyjnych, było doskonałą lekcją dla przedsiębiorców niedoświadczonych w ocenie swojej działalności z punktu widzenia prawa ochrony konkurencji⁷⁵.

30. Mimo, że rozporządzenie z 2002 r. ewidentnie czerpało z dorobku wspólnotowego w zakresie wyłączeń grupowych porozumień kooperacyjnych, polski prawodawca, kompilując treść starszych i nowszych regulacji wspólnotowych, dokonał stosownych modyfikacji przepisów wspólnotowych celem zapewnienia wewnętrznej spójności tekstu regulacji krajowej oraz jego zgodności z rozwiązaniami ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów z 2000 r. **Modyfikacje** te dokonane zostały w **trzech obszarach**. Pierwszym z nich były **zmiany terminologiczne**. Rozporządzenie krajowe musiało posługiwać się pojęciami ugruntowanymi w polskim prawie ochrony konkurencji. Dobrym przykładem jest choćby zastąpienie pojęcia „przedsiębiorcy powiązanego” (*associated undertakings*), jakim posługują się rozporządzenia wspólnotowe, terminem „grupa kapitałowa” zaczerpniętym z polskiej ustawy (art. 4 pkt 14 uokik z 2000 r.). Ponadto prawodawca krajowy zrezygnował z wyjaśniania w rozporządzeniu pojęć, których definicje legalne zawarte były w ustawie o ochronie konkurencji i konsumentów. Na przykład wśród terminów definiowanych w rozporządzeniu 2658/2000 znajdował się „towar” – pojęcie to było jednak wyjaśniane w art. 4 pkt 6 uokik z 2000 r., zatem nie uzasadnione było powtarzanie tej definicji w akcie wykonawczym do ustawy.

Drugi obszar zmian dotyczył **wyliczenia w ramach katalogu klauzul białych** w polskim rozporządzeniu tych **postanowień, które rozporządzenia 2658/2000 i 2659/2000 wymieniają jako klauzule niezbędne dla istnienia porozumienia (*ancillary restraints*)⁷⁶, bądź klauzule, które mimo podobieństwa z klauzulami czarnymi, nie są objęte zakazem porozumień ograniczających konkurencję⁷⁷. Przykładem takiego postanowienia jest uzgodnienie ilości wytwarzanych towarów, stanowiące konieczny i oczywisty element uzgodnień porozumień specjalizacyjnych (zwłaszcza tych polegających na wspólnej produkcji), choć obiektywnie jest to postanowienie ograniczające ilościowy aspekt konkurowania. Uzgodnienie tego rodzaju wskazane jest w rozporządzeniu 2658/2000 w art. 5 ust. 2 lit. a) jako wyjątek od zakazu, w polskim rozporządzeniu znalazło się ono w § 8, wyliczającym klauzule białe. Rozwiązanie takie, przyjęte przez polskiego prawodawcę, było w pełni racjonalne, gdyż nadawało ono właściwą systematykę przepisom rozporządzenia.**

Trzeci rodzaj modyfikacji polegał na **rezygnacji w rozporządzeniu krajowym z instytucji cofnięcia przywileju wyłączenia**. Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów z 2000 r. wśród decyzji, jakie mogły być wydane w sprawach praktyk ograniczających konkurencję, nie wymieniała decyzji stwierdzającej, że dane porozumienie, mimo spełnienia przesłanek określonych w rozporządzeniu wyłączającym, istotnie ogranicza konkurencję i nie może korzystać z przywileju wyłączenia (decyzja o cofnięciu przywileju wyłączenia). Skoro ustawa nie przypisywała Prezesowi UOKiK kompetencji do wydawania decyzji tego typu, tym bardziej nie mogło robić tego rozporządzenie. Chociaż w praktyce taka

⁷⁴ A. Jurkowska, T. Skoczny, *Wyłączenie określonych porozumień specjalizacyjnych i badawczo-rozwojowych spod zakazu porozumień ograniczających konkurencję*, „PPH” 2003, nr 1, s. 12.

⁷⁵ International Chamber of Commerce (ICC) w swoim komentarzu do projektu wspólnotowych rozporządzeń wyłączających, przyjętych ostatecznie w 2000 r., wskazała, że wykreślenie z treści aktów klauzul białych obniża pewność prawną przedsiębiorców w stosowaniu wyłączeń grupowych – Zob. *Comments on European Commission Proposals for reform relating to horizontal cooperation*, 29 May 2000; tekst dostępny pod: <http://www.iccwbo.org/id446/index.html>

⁷⁶ Zob. art. 1 ust. 2 rozporządzenia 2658/2000, art. 1 ust. 2 rozporządzenia 2659/2000.

⁷⁷ Zob. art. 5 ust. 2 rozporządzenia 2658/2000, art. 5 ust. 2 rozporządzenia 2658/2000.

sytuacja nie miała miejsca, to należy przyjąć, że gdyby zaistniała sytuacja, w której porozumienie spełniające formalnie przesłanki wyłączenia, w rzeczywistości nadmiernie ogranicza konkurencję, Prezes Urzędu musiałby wydać – na podstawie art. 9 uokik z 2000 r. – decyzję uznającą porozumienie za naruszające art. 5 uokik z 2000 r.

31. Ostatecznie rozporządzenie wyłączające porozumienia kooperacyjne składało się z pięciu rozdziałów. Pierwszy z nich zawierał przepisy ogólne określające treść rozporządzenia (§ 1), przepisy definiujące pojęcia używane w rozporządzeniu (§ 2) oraz przepisy wskazujące kategorie porozumień podlegających wyłączeniu (§ 3). Rozdział drugi rozporządzenia określał warunki dopuszczalności wyłączenia. Warunki ilościowe określone zostały poprzez wskazanie progów udziału w rynku stron porozumień (§ 4), dodatkowo sprecyzowano także możliwości utrzymania przywileju wyłączenia w sytuacji przekroczenia przepisanych progów uczestnictwa w rynku (§ 5). Ponadto, rozporządzenie określało sposób obliczania udziału w rynku przedsiębiorców zaangażowanych w kooperację (§ 6). Warunki jakościowe wskazane w § 7 rozporządzenia dotyczyły możliwości dostępu do wyników działalności badawczo-rozwojowej, zasad wykorzystania wyników tej działalności, w tym zasad realizacji specjalizacji produkcji (jeśli na tym polegałoby korzystanie z rezultatów kooperacji badawczo-rozwojowej). Trzeci rozdział rozporządzenia zawierał katalogi klauzul dozwolonych odrębnie dla porozumień specjalizacyjnych (§ 8) i badawczo-rozwojowych (§ 9). Analogicznie, rozdział czwarty rozporządzenia obejmował katalog klauzul niedozwolonych dla porozumień specjalizacyjnych (§ 10) i badawczo-rozwojowych (§ 11). Przepisy rozdziału piątego rozporządzenia stanowiły natomiast, że wyłączeniu podlegały także porozumienia zawarte przed wejściem w życie tego aktu (§ 12), ustanawiały okres obowiązywania rozporządzenia do dnia 31 grudnia 2007 r. (§ 13) oraz datę wejścia w życie rozporządzenia (§ 14)⁷⁸.

32. Specyfika rozporządzeń wyłączających, polegająca na automatycznym ich stosowaniu oraz na tym, że **znajdują one zastosowanie wobec nieokreślonej liczby beneficjentów**, nie pozwalała szczegółowo monitorować wdrażania omawianych przepisów. To však sami przedsiębiorcy decydują o tym, czy porozumienia spełnia warunki wyłączenia, czy też nie. Jeśli porozumienie rzeczywiście może korzystać z przywileju wyłączenia, wówczas żadna interwencja Prezesa Urzędu nie jest potrzebna i nie występuje. Ewentualnie, w toku postępowania antymonopolowego, w sytuacji podejrzenia występowania praktyki ograniczającej konkurencję, Prezes Urzędu może podjąć się badania, czy dane porozumienia rzeczywiście spełnia przesłanki wyłączenia.

4. Rozporządzenie Rady Ministrów z 2007 r.

4.1. Uzasadnienie dla wydania i modyfikacji nowej regulacji wyłączającej

33. Wydanie nowego rozporządzenia wyłączającego porozumienia kooperacyjne po wygaśnięciu rozporządzenia z 2002 r. nie było oczywiste – zawarta w art. 8 ust. 3 uokik delegacja dla Rady Ministrów do wydania regulacji wyłączających nie ma charakteru obligatoryjnego, nie wskazuje ona także żadnego zakresu przedmiotowego potencjalnych wyłączeń grupowych. Rozważając potrzebę wydania kolejnego rozporządzenia wyłączającego porozumienia kooperacyjne, należało przede wszystkim wziąć pod uwagę

⁷⁸ Szczegółowe regulacje omówione zostały w artykule: A. Jurkowska, T. Skoczny, *Wyłączenie określonych porozumień...*, op. cit.

gospodarcze znaczenie takiego wyłączenia. Rzetelną ocenę potencjalnych skutków regulacji utrudnia fakt, że nieznaną są właściwie dokładne dane dotyczące skali zjawiska kooperacji B+R i specjalizacyjnej w Polsce. Brak badań nie oznacza jednak, że te dziedziny kooperacji mają nikłe znaczenie i nie istnieje potrzeba wyłączenia ich spod zakazu porozumień. W sytuacji, gdy amerykańskie duże firmy inwestują znacznie więcej (w 2002 roku o 2 mld euro) w sektor B+R niż firmy europejskie i coraz częściej lokują inwestycje nie w kraju pochodzenia – inwestycje w Chinach przyrastają w tempie 25% rocznie i szacuje się że osiągną poziom europejskiej intensywności badawczo-rozwojowej już w 2010 roku, stymulowanie kooperacji jest istotnym zadaniem ustawodawstwa krajowego. European Innovation Scoreboard⁷⁹ umiejscawia Polskę (razem ze Słowacją i Malcią) na pozycji kraju, który potrzebuje ponad 50 lat, aby dorównać do średniego poziomu innowacyjności EU-25. Liderzy inwestycji przeznaczają na B+R około 4 razy więcej niż wydatki polskiego budżetu na badania (Ford Motor w 2005 r. przeznaczył 6782 mln euro). Ośrodki B+R ma w Polsce około 30 korporacji transnarodowych, w których pracuje kilka tysięcy polskich specjalistów⁸⁰, ale część największych inwestorów w ogóle nie prowadzi lub nie deklaruje badań w Polsce⁸¹. Tylko 15 polskich firm znajduje się w rankingu 1000 europejskich liderów pod względem inwestycji w B+R (próg wejścia to 2,6 mln euro).

Nawet gdyby przyjąć, że współpraca badawczo-rozwojowa między przedsiębiorcami jest w Polsce na tyle rzadka, iż nie ma potrzeby utrzymywania specjalnej regulacji wyłączeniowej w tym zakresie, to dla uzasadnienia istnienia wyłączenia grupowego kooperacji badawczo-rozwojowej można z powodzeniem przywołać argument **konieczności stymulowania współdziałania przedsiębiorców** w tym obszarze. Akt prawny, który dokładnie, a jednocześnie elastycznie, wyznacza granice dopuszczalnej kooperacji, może być postrzegany przez przedsiębiorców jako **zachęta do podejmowania kooperacji** na rzecz wspólnych badań i rozwoju lub/i wspólnej produkcji. Argument ten wydaje się szczególnie istotny w kontekście rosnącej świadomości przedsiębiorców co do antykonkurencyjnego wymiaru wielu form współdziałania gospodarczego. Ów wzrost poziomu świadomości wydaje się wynikać z nasilającej się w ostatnich latach aktywności UOKiK w wykrywaniu karteli. Rozporządzenie wyłączające porozumienia kooperacji horyzontalnej, zachęcając przedsiębiorców do współpracy, ułatwiając ją, a także oferując przedsiębiorcom odpowiedni poziom pewności prawnej w zakresie antymonopolowej oceny kooperacji, może stanowić zatem swoisty instrument wdrażania polityki przemysłowej państwa, co pozostaje w zgodności z założeniem ekonomizacji prawa ochrony konkurencji.

Na marginesie należy zaznaczyć, że także Komisja Europejska uznaje wyłączenie grupowe za narzędzie wspierania przedsiębiorców wpisujące się w ogólne założenia polityki badawczo-rozwojowej na poziomie wspólnotowym, realizowanej m.in. poprzez programy ramowe⁸².

34. Innym problemem, jaki wiązał się z wydaniem nowego rozporządzenia, było określenie **zakresu przedmiotowego wyłączenia porozumień kooperacyjnych**. Czy wyłączeniu

⁷⁹ European Innovation Scoreboard 2006.

⁸⁰ B.W. Mikołajczyk, *Mozolna budowa rynku innowacji: centra badawczo-rozwojowe pomogą we wdrożeniach*, „Gazeta Prawna”, 2 lutego 2006.

⁸¹ *The 2006 EU industrial R&D investment scoreboard*. European Communities, październik 2006. Raport obejmuje tylko nakłady poniesione przez przedsiębiorców na własną działalność B+R, bez wydatków na prace w ramach kontraktu z rządem lub z innymi przedsiębiorcami, w tym również w ramach wspólnych prac badawczo – rozwojowych.

⁸² Zob. pkt 2 preambuły rozporządzenia 2659/2000.

powinny podlegać nadal jedynie porozumienia specjalizacyjne i badawczo-rozwojowe, czy także porozumienia w innych obszarach kooperacji? Odpowiedź na to pytania musiała uwzględniać okoliczność, że wyłączenia grupowe przewidziane są dla takich porozumień, w których ograniczenia konkurencji są rekompensowane (a nawet przewyższane) przez istotne korzyści gospodarcze. Praktyka decyzyjna Komisji Europejskiej realizowana w reżimie rozporządzenia 17/62 wykazała, że porozumienia specjalizacyjne i porozumienia badawczo-rozwojowe szczególnie często spełniają postulat generowania korzyści ekonomicznych, dlatego też kooperacja w tych dziedzinach od ponad dwudziestu lat korzysta z przywileju wyłączenia grupowego we WE. Pozytywne rezultaty kooperacji w dziedzinie badań i rozwoju oraz specjalizacji w postaci postępu technologicznego, czy lepszej jakości towarów, są pożądane na wszystkich poziomach rozwoju gospodarczego i mogą być wszędzie wytwarzane. Korzyści ze współdziałania w badaniach i rozwoju czy produkcji nie są właściwe tylko dla gospodarki wspólnotowej, z powodzeniem mogą być osiągnięte także na poziomie krajowym. Nie ma zatem powodu, aby Polska odrzucała dorobek wspólnotowy w tym obszarze i negowała zasadność wyłączenia porozumień specjalizacyjnych i badawczo-rozwojowych, zwłaszcza, że funkcjonują one również (lub funkcjonowały w przeszłości) w wielu innych państwach członkowskich UE. Potrzeba wydania regulacji wyłączającej porozumienia badawczo-rozwojowe i specjalizacyjnej wydaje się uzasadniona także ze względu na ogólną wytyczną recepcji porządku prawnego WE w regulacjach krajowych (choć oczywistym jest, że w przypadku rozporządzeń nie istnieje formalny obowiązek harmonizacji prawa).

35. Inne rodzaje kooperacji horyzontalnej albo pozostają **neutralne dla konkurencji** (nie podlegają zatem zakazowi karteli i nie muszą korzystać z wyłączenia), albo **nie generują** na tyle **oczywistych korzyści** gospodarczych, aby uzasadnione było wydanie rozporządzenia wyłączającego grupowo daną kategorię porozumień. Nie oznacza to jednak, że wszelkie inne niż badania i rozwój oraz specjalizacja obszary kooperacji, zawsze i w każdym przypadku podlegają zakazowi karteli. Być może należałoby rozważyć koncepcję opracowania przez UOKiK (i opublikowania w Dzienniku Urzędowym UOKiK⁸³) wyjaśnień dotyczących dozwolonego zakresu współpracy przedsiębiorców działających na tym samym szczeblu obrotu gospodarczego, wzorowanych na wytycznych Komisji Europejskiej w sprawie kooperacji horyzontalnej. Na taką potrzebę wskazują także niektóre sprawy będące w przeszłości przedmiotem postępowania prowadzonego przez Prezesa UOKiK. Rozstrzygnięcia w takich sprawach jak kooperacja w serwisie sprzętu gaśniczego⁸⁴ dowodzą, że przedsiębiorcy nie są świadomi tego, w jakim zakresie współpraca między nimi może ograniczać konkurencję.

36. Do rozstrzygnięcia pozostawało również to, **czy wyłączenie dla obydwu obszarów kooperacji** powinno być nadal **zawarte w jednym akcie** prawnym, skoro w prawie wspólnotowym każdej z kategorii porozumień poświęcone zostało odrębne rozporządzenie. Wydaje się jednak, że względy racjonalnego prawodawstwa przemawiają za wspólną regulacją krajową dla obydwu kategorii porozumień⁸⁵. Przede wszystkim zarówno **porozumienia badawczo-rozwojowe**, jak i **porozumienia specjalizacyjne** są przejawem

⁸³ Zob. art. 32 ust. 4 uokik.

⁸⁴ Decyzja Prezesa UOKiK z dnia 14 sierpnia 2002 r. nr RKT-44/2002; wyrok SOKiK z dnia 21 marca 2005 r., sygn. XVII Ama 95/04, „Wokanda” 2005, nr 12, s. 59.

⁸⁵ W ustawodawstwach krajowych spotykane są różne rozwiązania co do zakresu przedmiotowego aktów wyłączających: 1) jedna regulacja dla wszystkich kategorii porozumień, tak horyzontalnych, jak i wertykalnych (Słowenia); 2) jedna regulacja wyłączająca obydwie kategorie porozumień kooperacyjnych (Estonia); 3) odrębne regulacje dla każdej z kategorii porozumień kooperacji horyzontalnej (Węgry).

współdziałania gospodarczego tego samego typu (kooperacja horyzontalna). Ponadto, kooperacja badawczo-rozwojowa, jeśli przewiduje wspólne wykorzystanie wyników działalności badawczo-rozwojowej, „może upodabniać się do porozumienia produkcyjnego (specjalizacyjnego), ponieważ prace badawczo-rozwojowe mogą *de facto* wcale nie stanowić punktu ciężkości takiej współpracy”⁸⁶. Objęcie jedną regulacją obydwu kategorii porozumień przyczynia się do tego, że akty wydawane w celu wykonania delegacji z art. 8 ust. 3 uokik są odpowiednio usystematyzowane w sposób trójdzielny: rozporządzenie dotyczące kooperacji horyzontalnej, rozporządzenie dotyczące kooperacji wertykalnej oraz (ewentualnie) rozporządzenia sektorowe. Po drugie, połączenie porozumień specjalizacyjnych i badawczo-rozwojowych jest o tyle uzasadnione, że te ostatnie bardzo często zawierają klauzule przewidujące **wspólne wykorzystanie wyników działalności badawczo-rozwojowej** właśnie w postaci specjalizacji (także w rozumieniu wspólnej produkcji). Po trzecie, skoro w 2002 r. Rada Ministrów zdecydowała o wydaniu jednej regulacji dla porozumień kooperacyjnych, w braku argumentów przemawiających za zmianą dotychczasowego stanu prawnego, racjonalnym wydawało się utrzymanie tego rozwiązania.

37. Wreszcie, po podjęciu pozytywnej decyzji co do samego wydania nowego rozporządzenia i jego (niezmienionego w stosunku do regulacji z 2002 r.) zakresu przedmiotowego, niezbędne było rozstrzygnięcie kwestii co do rezygnacji z wyliczenia w rozporządzeniu wyłączającym klauzul, które nie stanowią naruszenia art. 6 ustawy, skoro zezwoliła na to treść delegacji ustawowej z art. 8 ust. 3 uokik z 2007 r. Ostatecznie Rada Ministrów zdecydowała się na ponowne umieszczenie w rozporządzeniu wyłączającym katalogu klauzul dozwolonych. Rozporządzenie wypełnia zatem w całości delegację ustawową, obejmując swoim zakresem: (1) warunki, jakie muszą być spełnione, aby porozumienie zostało uznane za wyłączone, (2) klauzul, które nie stanowią naruszenia art. 6 ustawy (dozwolone), (3) klauzul, które stanowią naruszenie art. 6 ustawy (zakazane), (4) okres obowiązywania wyłączenia⁸⁷. Należy jednak podkreślić, że klauzule dozwolone wskazane w rozporządzeniu mają charakter „niezbędnych ograniczeń konkurencji”, tj. są klauzulami białymi w znaczeniu wąskim.

4.2. Przedmiot wyłączenia

4.2.1. Porozumienia specjalizacyjne

38. Przedmiot wyłączenia określony jest w § 3 ust. 1 w sposób ogólny jako „porozumienia specjalizacyjne i badawczo-rozwojowe zawierane między dwoma lub więcej przedsiębiorcami, o ile porozumienia te spełniają warunki określone w rozporządzeniu”, jednak w ramach każdej z tych kategorii można wyróżnić – ze względu na sposób lub zakres kooperacji – kilka rodzajów porozumień. Z wyłączenia dla porozumień specjalizacyjnych – w myśl § 3 ust. 2 pkt 1 rozporządzenia – korzystają:

- 1) porozumienia **specjalizacji jednostronnej** („na mocy których jedna ze stron zobowiązuje się do zaprzestania lub zaniechania produkcji określonych towarów i do nabywania ich od drugiej strony lub pozostałych stron, które zobowiązują się towary te produkować i dostarczać”),
- 2) porozumienia **specjalizacji wzajemnej** („na mocy których strony wyrażają zgodę na zasadach wzajemności na zaprzestanie lub zaniechanie produkcji określonych, lecz

⁸⁶ Zob. pkt 64 wyciecznych w sprawie stosowania art. 81 TWE do porozumień kooperacji horyzontalnej.

⁸⁷ Zob. § 1 rozporządzenia.

różnych towarów, oraz zobowiązują się do nabywania tych towarów od pozostałych stron porozumienia, które akceptują ich dostarczenie”),

- 3) porozumienia o **wspólnej produkcji** („na mocy których strony zobowiązują się wspólnie produkować określone towary”).

Jest to **możliwie najszerszej określony zakres wyłączenia** spod zakazu karteli, obejmujący w zasadzie **wszystkie wymiary specjalizacji produkcji**. Na taki sam zakres wyłączenia wskazuje również art. 1 ust. 1 rozporządzenia 2658/2000. Wyłączenie grupowe dla specjalizacji wzajemnej zostało zaakceptowane we WE zresztą dopiero na gruncie rozporządzenia z 2000 r. Obowiązujące wcześniej rozporządzenie wyłączające 417/85 nie obejmowało swoim zakresem tego rodzaju specjalizacji. Definicje poszczególnych rodzajów specjalizacji w polskim rozporządzeniu w pełni odpowiadają tym z art. 1 ust. 1 rozporządzenia 2658/2000.

39. Definicja specjalizacji jednostronnej i specjalizacji wzajemnej musi akcentować zobowiązanie dostaw i zakupów – jest to niezbędny warunek wyłączenia spod zakazu porozumień ograniczających konkurencję. Celem porozumień specjalizacyjnych jest bowiem zmiana (racjonalizacja) struktury produkcji, nie może nim być natomiast wycofanie się przedsiębiorcy ze szerebla obrotu położonego powyżej produkcji (ryнку dystrybucji lub sprzedaży)⁸⁸. Stąd wyłączeniem nie są objęte porozumienia przewidujące jedynie zaniechanie produkcji określonych towarów, gdyż brak zobowiązania dostaw i zakupów unicestwiłby korzyści ze specjalizacji.

40. W przypadku specjalizacji jednostronnej wyłączeniu, jako porozumienia kooperative, **podlegają** tylko **porozumienia między konkurentami**. Porozumienia specjalizacji jednostronnej między przedsiębiorcami niebędącymi konkurentami powinny podlegać bowiem raczej rozporządzeniu o wyłączeniu porozumień wertykalnych⁸⁹, gdyż w swojej istocie są to porozumienia o podwykonawstwie. Stąd konieczne jest zastrzeżenie poczynione w § 3 ust. 4 rozporządzenia, w myśl którego wyłączenia „(...) nie stosuje się do porozumień zawieranych między przedsiębiorcami niebędącymi konkurentami”.

41. Określenie przedmiotu wyłączenia w odniesieniu do porozumień specjalizacyjnych odpowiada nowoczesnemu, ekonomicznemu podejściu w zakresie ocen antymonopolowych kooperacji oraz uwzględnia nowoczesne tendencje w rozwoju prawa ochrony konkurencji w Europie, nie zostało ono także zmienione w stosunku do § 3 ust. 1 pkt 1 regulacji wyłączeniowej z 2002 r.

4.2.2. Porozumienia badawczo-rozwojowe

42. Wyłączenie dla porozumień badawczo-rozwojowych obejmuje – w myśl § 3 ust. 2 pkt 2 rozporządzenia – wszystkie trzy możliwe zakresy kooperacji w tym obszarze, to jest:

- 1) **wspólne wykonywanie działalności badawczo-rozwojowej** w odniesieniu do towarów lub procesów oraz wspólnego wykorzystywania wyników tej działalności oraz
- 2) **wspólne wykorzystywanie wyników działalności badawczo-rozwojowej**, prowadzonej wspólnie na podstawie porozumienia zawartego wcześniej między tymi samymi stronami,
- 3) **wspólne wykonywanie działalności badawczo-rozwojowej** w odniesieniu do towarów lub procesów, **z wyłączeniem wspólnego wykorzystywania wyników** tej działalności.

⁸⁸ Zob. pkt 12 preambuły rozporządzenia 2658/2000.

⁸⁹ Zob. pkt 10 preambuły rozporządzenia 2658/2000.

43. Tak określony zakres wyłączenia silnie akcentuje **gospodarczy wymiar współpracy badawczo-rozwojowej** – dozwolona współpraca nie jest ograniczona tylko do wspólnego prowadzenia działalności badawczo-rozwojowej, ale obejmuje także etap gospodarczego wykorzystania jej rezultatów. W ten sam sposób zakres wyłączenia kooperacji badawczo-rozwojowej definiowany jest przez art. 1 ust. 1 rozporządzenia 2659/2000, co stanowi ujęcie zgodne z podejściem ekonomicznym do potencjalnego antymonopolowego wymiaru porozumień badawczo-rozwojowych.

44. Pojęcie działalności badawczo-rozwojowej – kluczowe dla stosowania wyłączenia – definiowane jest dwójako (§ 2 pkt 3): pierwszy element (badania) – poprzez odesłanie do ustawy z dnia 8 października 2004 r. o zasadach finansowania nauki, zaś drugi – poprzez stworzenie własnej definicji legalnej „prac rozwojowych” (§ 2 pkt 2). Odpowiednikiem tego pojęcia w rozporządzeniu wspólnotowym 2659/2000 jest, definiowane w art. 2 pkt 4 tego aktu, sformułowanie *research and development* (ang.), *Forschung und Entwicklung* (niem.), *recherche et de développement* (fr.), które w polskiej literaturze przedmiotu tłumaczone było w przeszłości jako „prace badawczo-rozwojowe”⁹⁰. Pojęcie „prace badawczo-rozwojowe” wykorzystane zostało także w oficjalnym tłumaczeniu na język polski rozporządzenia 2659/2000⁹¹. Polski prawodawca w 2002 r. zdecydował się jednak na wprowadzenie do regulacji wyłączeniowej pojęcia „działalności badawczo-rozwojowej”, definiowanej w § 2 pkt 1 jako „pozyskiwanie know-how w odniesieniu do produktów lub procesów, prowadzenie analiz teoretycznych, systematycznych studiów lub doświadczeń, włączając w to produkcję doświadczalną, próby techniczne produktów lub procesów, próby techniczne w tym zakresie oraz pozyskiwanie prawa własności intelektualnej i przemysłowej w odniesieniu do wyników tych prac”. Definicja ta stworzona została na potrzeby rozporządzenia wyłączającego z uwzględnieniem rozwiązań zawartych w regulacjach w sferze organizacji nauki i szkolnictwa wyższego, obowiązujących w 2002 r. Regulacje te w ostatnich latach uległy znaczącym przeobrażeniom, które nie mogły pozostać bez wpływu na definicję legalną działalności badawczo-rozwojowej w rozporządzeniu wyłączającym.

Ponadto, rozporządzenie przejęło z art. 2 pkt 8 rozporządzenia 2659/2000 definicję wykorzystania wyników, która – jak się wydaje – wyczerpuje wszystkie przypadki praktycznego wdrażania rezultatów działalności badawczo-rozwojowej (§ 2 pkt 6). Również konstruując definicję „wspólnego wykonywania lub wykorzystywania wyników działalności badawczo-rozwojowej” (§ 2 pkt 7), prawodawca skorzystał ze wzoru wspólnotowego (art. 2 pkt 11 rozporządzenia 2659/2000).

4.3. Klauzule powodujące ograniczenia konkurencji niezbędne dla istnienia porozumienia

45. We wspólnotowych rozporządzeniach **wyłączenia grupowe obejmują** nie tylko poszczególne rodzaje kooperacji w zakresie specjalizacji czy badań i rozwoju, ale **także klauzule stanowiące istotę porozumień** specjalizacyjnych lub badawczo-rozwojowych. Klauzule te, choć budują treść porozumień, są odrębnie (w oddzielnych artykułach lub ustępach) wskazane w aktach wspólnotowych jako przedmiot wyłączenia. W uproszczeniu można byłoby uznać te dozwolone przez prawodawcę wspólnotowego postano-

⁹⁰ Zob. tłumaczenie rozporządzenia 2659/2000, w: *Prawo konkurencji Wspólnoty Europejskiej. Źródła*, t. 1, *Reguly generalne*, op. cit., s. 71–80.

⁹¹ Dz. U. UE Polskie Wyd. Specjalne, rozdz. 8, t. 2, s. 15–18.

wienia za klauzule białe. Są to jednak klauzule specyficzne, bez których trudno byłoby w zasadzie mówić o istnieniu porozumień specjalizacyjnych czy badawczo-rozwojowych. Powinny być one postrzegane jako „**niezbędne ograniczenia konkurencji**” (*ancillary restraints*)⁹², definiowane przez Komisję Europejską jako „ograniczenia nałożone na strony porozumienia, które nie stanowią głównego celu (przedmiotu) porozumienia, ale są bezpośrednio związane i niezbędne dla właściwego funkcjonowania porozumienia”⁹³. Klauzule, którym można nadać status niezbędnych ograniczeń konkurencji, często **sprawiają wrażenie najpoważniejszych ograniczeń konkurencji**, w rzeczywistości jednak – **ze względu na swoją funkcję** w porozumieniach – **nie mogą być traktowane jako bezwzględnie zakazane**. Przykładem może być postanowienie o celach i wielkości sprzedaży w porozumieniach specjalizacyjnych, które w swej istocie przypomina klauzulę kontyngentową, choć jest to niekwestionowana część uzgodnień specjalizacyjnych.

46. W rozporządzeniach wyłączających opartych na dychotomicznym wyliczeniu klauzul czarnych i białych (takich jak polskie rozporządzenie z 2002 r.) postanowienia stanowiące niezbędne ograniczenia konkurencji umieszczane były w katalogu klauzul dozwolonych (§ 8 i § 9 rozporządzenia z 2002 r.). W rozporządzeniach wspólnotowych postanowienia te są umieszczone w odrębnych artykułach, zastrzegających, że wyłączenie ma zastosowanie także do wskazanych sytuacji (art. 3 rozporządzenia 2658/2000), bądź w ustępach artykułów wymieniających klauzule czarne, zastrzegających, że zakazowi bezwzględnemu nie podlegają jednak wskazane w danym ustępie klauzule (art. 5 ust. 2 rozporządzenia 2658/2000; art. 5 ust. 2 rozporządzenia 2659/2000), bądź też w oddzielnych ustępach artykułów, określających przedmiot wyłączenia (art. 1 ust. 2 rozporządzenia 2658/2000). Takie jak ostatnie wskazane rozwiązanie wprowadzone zostało także w nowym krajowym rozporządzeniu wyłączającym, w § 3 ust. 3, który stanowi, że „wyłączenie (...) stosuje się także do klauzul (...), które nie stanowią głównego przedmiotu tych porozumień, ale są bezpośrednio z nimi powiązane i są niezbędne do ich wykonywania (...)”. Zarówno sposób usytuowania tych klauzul, jak i treść § 3 ust. 3 rozporządzenia wskazują, że należą one do „niezbędnych ograniczeń konkurencji”, nie zaś do klasycznych klauzul białych.

47. § 3 ust. 3 rozporządzenia wymienia dozwolone klauzule zbiorczo dla obydwu kategorii porozumień, co jest o tyle uzasadnione, że porozumienia specjalizacyjne mogą w wielu wypadkach stanowić część porozumień badawczo-rozwojowych (tych, które przewidują wspólne wykorzystanie wyników prac badawczo-rozwojowych), stąd analogiczne postanowienia mogą pojawiać się w obydwu typach wyłączanych porozumień.

48. Listę niezbędnych ograniczeń konkurencji, dopuszczalnych w porozumieniach kooperacyjnych, otwierają „klauzule dotyczące udostępniania lub korzystania z praw własności intelektualnej i przemysłowej w ramach specjalizacji” (§ 3 ust. 3 pkt 1). Postanowienia tego rodzaju mogą w wielu przypadkach być koniecznym warunkiem podjęcia produkcji towarów objętych specjalizacją. Odpowiednikiem tego przepisu w rozporządzeniu wspólnotowym 2658/2000 jest art. 1 ust. 2.

49. § 3 ust. 3 pkt 2 rozporządzenia zezwala na umieszczenie w porozumieniach badawczo-rozwojowych zakazu konkurowania, polegającego na zobowiązaniu „(...) do nieprowadzenia przez okres wykonywania porozumienia, niezależnie lub razem z innymi stronami, działalności badawczo-rozwojowej w obszarze, którego porozumienie dotyczy, lub w obszarze ściśle z nim związanym”. Klauzula ta stanowi naturalnie pewne ogranicze-

⁹² A. Jurkowska, *Doktryna niezbędnych ograniczeń we wspólnotowym orzecznictwie antymonopolowym w sprawach porozumień ograniczających konkurencję*, „Problemy Zarządzania” 2004, nr 3, s. 48–58.

⁹³ *Competition Glossary*, European Commission – Competition DG, 2003.

nie konkurencji poprzez limitowanie swobody działania kooperantów, ale jednocześnie przyczynia się do wzmocnienia efektywności porozumień współpracy badawczo-rozwojowej. Zakaz konkutowania zmusza kooperantów do całkowitego skoncentrowania swoich środków na osiąganiu głównego celu porozumienia, co powinno powodować oszczędność czasu i środków finansowych⁹⁴. Odpowiednikiem tego przepisu jest art. 1 ust. 2 wspólnotowego rozporządzenia 2659/2000.

50. W odniesieniu do **porozumień specjalizacyjnych** prawodawca zastrzegł również możliwość wyłączenia spod zakazu z art. 6 ust. 1 uokik klauzul związanych z **wyłącznymi dostawami i zakupami** (§ 3 ust. 3 pkt 3). Są to wszak postanowienia stanowiące **konieczny element specjalizacji**⁹⁵, gdyż gwarantują one, że kooperujący **przedsiębiorcy nie wycofają się z uczestnictwa w rynku dystrybucji/sprzedaży towarów** objętych specjalizacją. Znaczenie klauzul tego rodzaju dla porozumień specjalizacyjnych potwierdza także art. 3 lit. a) rozporządzenia 2658/2000.

51. Sfery sprzedaży produktów objętych specjalizacją dotyczy także inna klauzula, dozwolona jedynie w porozumieniach (specjalizacyjnych) o wspólnej produkcji, w myśl której strony mogą zaprzestać samodzielnej sprzedaży towarów objętych specjalizacją, „(...) z jednoczesnym ustanowieniem klauzuli o wspólnej dystrybucji lub powierzeniu dystrybucji wskazanej osobie trzeciej na zasadach wyłączności, pod warunkiem, że ta osoba trzecia nie jest ich konkurentem na rynku właściwym” (§ 3 ust. 3 pkt 3). Przepis ten nawiązuje w swojej treści do art. 3 lit. b) rozporządzenia 2658/2000, który każe stosować wyłączenie dla porozumień specjalizacyjnych także wtedy, gdy „strony nie prowadzą samodzielnie sprzedaży produktów będących przedmiotem porozumienia specjalizacyjnego, ale przewidują łączną dystrybucję lub dystrybucję przez wskazaną stronę trzecią na zasadach wyłączności lub niewyłączności pod warunkiem, że strona trzecia nie jest konkurentem na rynku właściwym”. Uwagę zwraca to, że przepis wspólnotowy akcentuje, iż dystrybucja może być wykonywana na zasadzie wyłącznej lub niewyłącznej. Dodanie zastrzeżenia o niewyłącznym charakterze dystrybucji wydaje się być jednak zbędną kazuistyką. Oczywiście jest, że wykonywanie wyłącznej dystrybucji ogranicza konkurencję w stopniu większym niż dystrybuowanie bez wyłączności. *Ad majorem a minus*, jeśli wyłączeniu podlega klauzula powodująca poważniejsze ograniczenie konkurencji, tym bardziej z przywileju wyłączenia skorzystać mogą mniej poważne ograniczenia konkurencji⁹⁶.

52. Wspólna dystrybucja wymaga **pewnego poziomu uzgodnień polityki sprzedaży**, w tym jej **aspektu cenowego**. Powszechnie uzgodnienia cenowe uznaje się za godzące w samo jądro konkurencji, najpoważniejsze jej ograniczenie (*hardcore restraints*), co skutkuje bezwzględny zakazem stosowania klauzul cenowych. Jednak koordynacja polityki sprzedaży (w tym cen) w przypadku wspólnej dystrybucji **nie jest ukierunkowana na ograniczanie konkurencji, ale stanowi niezbędny instrument wykonywania uzgodnień o wspólnej dystrybucji**, które z kolei czyni bardziej efektywnymi porozumienia specjalizacyjne lub porozumienia badawczo-rozwojowe z opcją wspólnego wykorzystania wyników podjętej działalności. Wspólna dystrybucja może być skutecznym sposobem wejścia na

⁹⁴ A. Jurkowska, *Porozumienia kooperacyjne...*, op. cit., s. 225.

⁹⁵ M.in. w decyzji *Prym-Beka* (Dz. U. EWG 1973 L 296/24) KE stwierdziła, że wyłączność dostaw jest niezbędna do osiągnięcia oraz utrzymania korzyści wynikających z porozumienia specjalizacji jednostronnej.

⁹⁶ Zob. art. 2 ust. 2 rozporządzenia 417/85, który stanowił, że wyłączenie dla porozumień specjalizacyjnych „ma zastosowanie również, gdy strony podejmą zobowiązania, jak te wymienione w ust. 1 [klauzule białe], jednakże w o wiele bardziej ograniczonym zakresie niż na to pozwala ten ustęp”.

rynek (np. dzięki wzajemnego wykorzystaniu sieci dystrybucyjnych)⁹⁷, co jest niebagatelną korzyścią zwłaszcza w przypadku wprowadzania na rynek całkowicie nowego produktu. Niekiedy wspólna dystrybucję wymusza również specyfika produktu⁹⁸.

Pozbawienie klauzuli o łącznej dystrybucji przywileju wyłączenia spod zakazu karteli oznaczałoby unicestwienie korzyści, jakie mogą wynikać z porozumień specjalizacyjnych i badawczo-rozwojowych. Ze względu na zbieżność omawianej klauzuli z zakazanymi uzgodnieniami cenowymi⁹⁹ konieczne było zaakcentowanie jej wyłączenia w rozporządzeniu wyłączającym. § 3 pkt 5 rozporządzenia stanowi zatem, że „określenie kierunków sprzedaży oraz cen pobieranych od bezpośrednich klientów” jest możliwe w przypadku porozumień specjalizacyjnych polegających na wspólnej produkcji, a przewidujących wspólną dystrybucję, oraz w przypadku, gdy wykorzystywanie wyników działalności badawczo-rozwojowej obejmuje wspólną dystrybucję towarów objętych porozumieniem. Analogiczne przepisy zawierają w swoich art. 5 ust. 2 lit. b) obydwie rozporządzenia wspólnotowe.

53. Trudno wyobrazić sobie porozumienia produkcyjne bez uzgodnienia wielkości produkcji¹⁰⁰. **Istotą** tej klauzuli – dopuszczalnej na mocy § 3 pkt 6 rozporządzenia – pozostają **uzgodnienia ilościowe** (kontyngentowe), polegające na ustaleniu ilości towarów objętych specjalizacją (gdy chodzi o specjalizację jednostronną lub wzajemną) bądź ustaleniu zdolności produkcyjnej i wielkości produkcji w przypadku specjalizacji w postaci wspólnej produkcji. W normalnych warunkach (tj. **poza** specyficznym **kontekstem** wyłączanych **porozumień specjalizacyjnych**) uzgodnienia takie byłyby **bezwzględnie zakazane** jako najpoważniejsze ograniczenia konkurencji (*hardcore cartels*). **Bez wyłączenia klauzul kontyngentowych** tego rodzaju **nie można** byłoby jednak **zawierać efektywnych porozumień specjalizacyjnych**, pozbawionych w takiej sytuacji kluczowych ustaleń. Odpowiednikiem tego postanowienia w regulacji wspólnotowej jest art. 5 ust. 2 lit. a) rozporządzenia 2658/2000.

54. Zbliżoną do omówionej powyżej klauzulą jest także postanowienie porozumień badawczo-rozwojowych, dozwolone przez § 3 ust. 3 pkt 7 rozporządzenia wyłączającego, a polegające na „(...) ustaleniu kierunków produkcji, jeśli wykorzystywanie wyników działalności badawczo-rozwojowej obejmuje wspólne wytwarzanie towarów objętych porozumieniem”. Odpowiednikiem tego przepisu w rozporządzeniu 2659/2000 jest art. 5 ust. 2. Klauzula ustalająca kierunki produkcji również przypomina uzgodnienia kontyngentowe, ale nie może ona – jak dzieje się to zazwyczaj z ustaleniami ilościowymi – być bezwzględnie zakazana, gdyż bez uzgodnień tego rodzaju wykorzystywanie wyników wspólnych prac badawczo-rozwojowych w formie wspólnego wytwarzania towarów całkowicie traciłoby sens. Tym samym blokowane byłoby praktyczne wdrażanie rezultatów współpracy badawczo-rozwojowej, które samo w sobie tworzy sens kooperacji tego rodzaju między przedsiębiorcami. Brak wyłączenia dla klauzul ilościowych w pewnych porozumieniach badawczo-rozwojowych mógłby zatem zniechęcać przedsiębiorców do podejmowania kooperacji ze względu na ograniczone możliwości wykorzystania wyników podjętych prac. Z drugiej strony postanowienie zezwalające na ustalanie kierunków wspólnej produkcji na tyle mocno kojarzy się z bezwzględnie zakazanymi uzgodnieniami

⁹⁷ Zob. pkt 143 wytycznych w sprawie stosowania art. 81 TWE do porozumień kooperacji horyzontalnej.

⁹⁸ Decyzja Komisji w sprawie *Alcatel Espace/ANT Nachrichtentechnik* (Dz. U. EWG 1990 L 32/19). Zob. A. Jurkowska, *Porozumienia kooperacyjne...*, op. cit., s. 245.

⁹⁹ Zob. § 8 pkt 1.

¹⁰⁰ Zob. pkt 90 wytycznych w sprawie stosowania art. 81 TWE do porozumień kooperacji horyzontalnej.

kontyngentowymi, że konieczne jest wyraźne zaznaczenie w rozporządzeniu wyłączającym, iż klauzula tego rodzaju może korzystać z przywileju wyłączenia.

4.4. Warunki dopuszczalności wyłączenia

4.4.1. Wielkość udziału w rynku

55. Dla porozumień specjalizacyjnych przyjęto w § 4 ust. 1 rozporządzenia **20%-owy próg udziału w rynku**¹⁰¹, analogicznie do rozstrzygnięć wspólnotowych (art. 4 ust. 2 rozporządzenia 2658/2000) . Wydaje się, że jest to poziom optymalny i trudno byłoby znaleźć argumenty przemawiające za podniesieniem tego progu do poziomu 25% czy 30%¹⁰². Już obecnie, przy 20% progu, może dojść do sytuacji, w której rynek właściwy zostanie podzielony między pięć porozumień kooperacyjnych, korzystających z przywileju wyłączenia.

56. Dla porozumień badawczo-rozwojowych próg udziału w rynku stron porozumienia w § 4 ust. 2 rozporządzenia wyznaczony został na **25%, analogicznie** do rozwiązania przyjętego w art. 4 ust. 2 rozporządzenia 2659/2000. Podobnie jak w przypadku porozumień specjalizacyjnych, poziom ten należy uznać za optymalny¹⁰³ – teoretycznie z wyłączenia grupowego na jednym rynku właściwym mogą skorzystać co najwyżej cztery porozumienia kooperacyjne, co w zasadzie kreuje sytuację oligopolistyczną. Chociaż jednym z celów wyłączeń grupowych ma być ułatwianie kooperacji mniejszym przedsiębiorcom, to w praktyce mniejsze firmy odgrywają ważną rolę w przygotowywaniu innowacji (tj. na etapie czysto badawczym), natomiast to zwykle duże firmy rozwijają wyniki tych prac, a następnie je praktycznie wykorzystują i wdrażają¹⁰⁴. Wskazane **kryterium ilościowe** odnosi się jednak tylko do porozumień między konkurentami, **nie natomiast zastosowania do porozumień zawieranych przez przedsiębiorców niekonkurencyjnych** ze sobą bezpośrednio (§ 4 ust. 2 rozporządzenia) – przyjmuje się bowiem, że porozumienia między niekonkurentami mają niewielkie możliwości negatywnego oddziaływania na konkurencję¹⁰⁵. Z taką sytuacją mamy do czynienia między innymi wtedy, gdy porozumienie ma dotyczyć nowych (nieistniejących dotąd) towarów lub procesów. Jeśli mamy do czynienia z działalnością badawczą ukierunkowaną na stworzenie nowego towaru (procesu), niemożliwe jest wyznaczenie udziału w rynku właściwym, który faktycznie nie istnieje. Uwagę zwraca jednak fakt, że w doktrynie prawa antymonopolowego oraz w praktyce organów ochrony konkurencji, zwłaszcza w USA, coraz częściej zwycięża pogląd o konieczności wyznaczania, obok rynków właściwych produktów (*product market*) i technologii (*technology market*), także rynku innowacji

¹⁰¹ Zob. np. art. 1 ust. 3 rumuńskiego rozporządzenia wyłączającego porozumienia specjalizacyjne (tekst dostępny pod: <http://www.competition.ro/en/regulament/Regulation%20%20on%20specialisation%20agreements.pdf>).

¹⁰² Niemniej jednak węgierskie rozporządzenie wyłączające porozumienia specjalizacyjne przewiduje w art. 2 ust. 1 próg 30%.

¹⁰³ ICC w opinii na temat projektu rozporządzenia wyłączającego wspólnotowe porozumienia badawczo-rozwojowe zaproponowało całkowite zniesienie kryterium progu udziału w rynku. Jeśli miałyby ono zostać utrzymane, to według ICC powinno ono wynosić 30%. Taki wyższy próg (30%) przewiduje węgierskie rozporządzenie wyłączające porozumienia badawczo-rozwojowe (art. 3 ust. 1 rozporządzenia 54/2002. (III. 26); tekst dostępny pod: http://www.gvh.hu/domain2/files/modules/module25/pdf/54_2002_kutatas_a.pdf). Z kolei słoweńskie rozporządzenie wyłączające w ogóle nie ustanawia progu udziału w rynku dla porozumień badawczo-rozwojowych

¹⁰⁴ M. Glader, *Innovation Markets and Competition Analysis...*, op. cit., s. 33.

¹⁰⁵ Pkt 65 wytycznych w sprawie stosowania art. 81 TWE do porozumień kooperacji horyzontalnej.

(*innovation market*). Wyodrębnienie rynku innowacji skutkuje tym, że podmioty niekonkurujące na rynku (istniejących) produktów czy technologii, mogą zostać uznane za konkurentów na rynku innowacji. Problemem pozostaje wypracowanie metodologii wyznaczenia rynku innowacji. Koncepty w tym zakresie są obecnie rozwijane zarówno w USA, jak i w Europie¹⁰⁶. Na potrzeby antymonopolowej oceny porozumień kooperacyjnych Komisja Europejska przyjęła, że „jeśli badania i prace rozwojowe mają na celu rozwój produktów, które stworzą zupełnie nowy popyt, obliczanie udziałów w rynku nie może być oparte na sprzedaży. (...) W konsekwencji, wspólnotowe rozporządzenie o wyłączeniu grupowym porozumień badawczo-rozwojowych wyłącza te porozumienia, bez względu na udział w rynku, na okres siedmiu lat od czasu wprowadzenia produktu na rynek po raz pierwszy”¹⁰⁷. Odstąpienie od wymogu spełnienia warunku udziału w rynku zrekomensowane zostało zastosowaniem innego kryterium ilościowego w postaci określonej (7) liczby lat ograniczającej czasowo okres trwania wyłączenia w przypadku wspólnego wykorzystywania wyników działalności badawczo-rozwojowej (art. 4 ust. 1 rozporządzenia 2659/2000). Okres ten traktowany jest jako czas zwrotu inwestycji w badania i rozwój; ma on na celu zapewnić przedsiębiorcom odpowiednią stopę zwrotu nakładów poniesionych w związku z podjęciem prac nad nowym produktem czy technologią. Długość okresu wyłączenia dla porozumień badawczo-rozwojowych, z opcją wspólnego wykorzystywania wyników, między niekonkurentami należy postrzegać jako rodzaj zachęty dla przedsiębiorców do podejmowania kooperacji, „bezpiecznej” z punktu widzenia prawa ochrony konkurencji.

57. Polski prawodawca również zaakceptował takie rozwiązania, **wyłączając** wszystkie **porozumienia badawczo-rozwojowe między niekonkurentami, niezależnie od poziomu udziału w rynku** na cały okres trwania działalności badawczo-rozwojowej (§ 4 ust. 3), a jeśli porozumienie przewiduje wspólne wykorzystanie wyników, to wyłączenie stosowane jest przez siedem lat od momentu wprowadzenia towarów objętych porozumieniem po raz pierwszy na rynek. Należy podkreślić, że polski prawodawca wydłużył – w stosunku do regulacji z 2002 r. – okres wyłączenia (z pięciu do siedmiu lat)¹⁰⁸, dostosowując go tym samym do postanowienia z art. 4 ust. 1 rozporządzenia 2659/2000. Zmianę tę należy oceniać pozytywnie, zwłaszcza przy założeniu, że polska regulacja ma spełniać, między innymi, rolę pewnego stymulatora współpracy w badaniach i rozwoju.

58. Ponadto, § 4 ust. 4 rozporządzenia zastrzega, że po upływie siedmioletniego okresu, wyłączenie porozumienia badawczo-rozwojowego można stosować się nadal, jeśli łączny udział w rynku kooperujących przedsiębiorców nie przekracza 25% rynku właściwego dla towarów objętych porozumieniem.

4.4.2. Przekroczenie progu udziału w rynku

59. Rozporządzenie wyłączające porozumienia badawczo-rozwojowe, tak jak wszystkie nowoczesne regulacje wyłączające, umożliwia utrzymywanie wyłączenia przez pewien okres także w sytuacji przekroczenia progu udziału w rynku wskazanego jako warunek wyłączenia spod zakazu porozumień ograniczających konkurencję (§ 5). Dla obydwu kategorii porozumień wyznaczone zostały dwie cezury przekroczenia progu udziału w rynku: **wzrost udziału do 5% oraz powyżej 5%**. W tym pierwszym przypadku, tj. gdy udział w rynku uczestników porozumienia wzrasta, ale nie przekracza 25% w porozumie-

¹⁰⁶ M. Glader, *Innovation Markets and Competition Analysis...*, op. cit., s. 1–4, 130–150.

¹⁰⁷ Pkt 54 wytycznych w sprawie stosowania art. 81 TWE do porozumień kooperacji horyzontalnej.

¹⁰⁸ A. Jurkowska, T. Skoczny, *Wyłączenie określonych porozumień...*, op. cit., s. 19.

niach specjalizacyjnych lub 30% w porozumieniach badawczo-rozwojowych, wyłączenie stosuje się nadal przez dwa lata kalendarzowe po upływie roku, w którym przekroczenie progu nastąpiło po raz pierwszy (§ 5 ust. 1 pkt 1 i 2). Jeżeli natomiast udział w rynku wzrośnie o ponad 5% (tj. do poziomu przekraczającego 25% w przypadku porozumień specjalizacyjnych i 30% przy porozumieniach badawczo-rozwojowych), wyłączenie może być kontynuowane przez kolejny rok kalendarzowy następujący po roku, w którym zwiększony o 5% próg został przekroczony po raz pierwszy (§ 5 ust. 2 pkt 1 i 2).

60. Prawodawca nie zezwala na łączenie przedłużonych okresów wyłączenia (§ 5 ust. 3). Przepis ten ma **przeciwdziałać przekształcaniu się nadzwyczajnego stanu** uzasadnionego ekonomicznie przedłużenia wyłączenia **w stan permanentny**, co groziłoby zniweczeniem gospodarczej istoty wyłączeń grupowych poprzez dopuszczenie do wyłączenia porozumień generujących znaczną siłę rynkową. Rozwiązanie przyjęte przez prawodawcę może być postrzegane jako swoisty „złoty środek” pomiędzy utrzymaniem ekonomicznej zasadności wyłączenia a elastycznym podejściem do kwestii zmiennych struktur rynkowych¹⁰⁹. Rozwiązanie to zostało zaczerpnięte z regulacji wspólnotowych (art. 6 ust. 2–4 rozporządzenia 2658/2000 i art. 6 ust. 2–4 rozporządzenia 2659/2000).

4.4.3. Obliczanie udziału w rynku

61. Udział w rynku oblicza się w oparciu o **wielkość sprzedaży uczestników porozumienia** (§ 6 ust. 1), tj. przedsiębiorców-stron porozumienia oraz członków ich grup kapitałowych. Dla wyznaczenia poziomu udziału w rynku nie uwzględnia się „sprzedaży dokonywanej między przedsiębiorcami należącymi do jednej grupy kapitałowej” (§ 6 ust. 3). Jeśli dane o wielkości sprzedaży są niedostępne, prawodawca nakazuje korzystanie z „innych wiarygodnych informacji rynkowych, w tym informacji o ilości towarów będących przedmiotem sprzedaży” (§ 6 ust. 2). Przy obliczaniu udziału w rynku należy wziąć pod uwagę dane z roku kalendarzowego poprzedzającego rok, w którym zawarte zostało porozumienie. Określenie sposobu obliczania udziału w rynku zostało przejęte do polskiego prawodawstwa z regulacji wspólnotowych (art. 6 ust. 1 rozporządzenia 2658/2000 i art. 6 ust. 1 rozporządzenia 2659/2000).

4.5. Inne (jakościowe) warunki wyłączenia

4.5.1. Dostęp do wyników działalności badawczo-rozwojowej

62. Pozostałe, pozailościowe warunki wyłączenia dotyczą przede wszystkim porozumień badawczo-rozwojowych, tylko jeden z nich odnosi się do porozumień specjalizacyjnych. Wskazane w rozporządzeniu warunki wprowadzają takie **zasady organizacji współpracy**, które czynią kooperację optymalną z punktu widzenia zasadności wyłączenia i wymiaru korzyści, jakie powinny nieść z sobą porozumienia wyłączone spod zakazu karteli.

Pierwszą z zasad, jakie muszą respektować porozumienia badawczo-rozwojowe, jest **swoboda dostępu wszystkich kooperantów do wyników działalności badawczo-rozwojowej**, które mogą być wykorzystane przez nich w dowolny sposób zarówno dla prowadzenia dalszych badań, jak i w celu praktycznego wdrożenia rezultatów prac badawczo-rozwojowych. Wprowadzenie takiego zastrzeżenia ma służyć **zagwarantowaniu możliwości multiplikowania sposobów i przypadków zastosowania wyników działalności**

¹⁰⁹ Tamże, s. 17.

badawczo-rozwojowej. Gwarantując swobodę dostępu do tych wyników, prawodawca zapewnia jednocześnie, że korzyści z kooperacji wyłączzonej spod zakazu karteli nie wyczerpią się w jednym akcie współpracy, ale na bazie osiągniętych w wyniku kooperacji rezultatów strony będą mogły podejmować w przyszłości kolejne przedsięwzięcia gospodarcze.

63. Wyjątkowo, tylko jednostki, które prowadzą działalność badawczo-rozwojową na zasadzie komercyjnej (zarobkowej), mogą zgodzić się na ograniczenie obszarów eksploatacji wyników kooperacji badawczo-rozwojowej tylko do prowadzenia w przyszłości innych badań. Ograniczenie takie jest możliwe, gdyż przyjmuje się, że jednostki badawczo-rozwojowe, instytuty, uczelnie itp. i tak nie będą zainteresowane przemysłowym wdrażaniem wyników badań. Zasady te zostały przejęte przez polskiego prawodawcę w § 7 pkt 1 z rozporządzenia wspólnotowego (art. 3 ust. 2 rozporządzenia 2659/2000).

4.5.2. Niezależność w wykorzystaniu wyników działalności badawczo-rozwojowej i know-how

64. Kolejna zasada kooperacji badawczo-rozwojowej dotyczy **niezależności uczestników porozumienia co do sposobu wykorzystania wyników** współpracy badawczej **oraz know-how**, istniejącego wcześniej, a niezbędnego do zastosowania tych rezultatów. Zasada ta musi być bezwzględnie realizowana wówczas, gdy porozumienie przewiduje wyłącznie wspólne prowadzenie działalności badawczo-rozwojowej. Celem takiego zastrzeżenia jest, podobnie jak w przypadku zasady swobody dostępu do wyników działalności badawczo-rozwojowej, **zagwarantowanie możliwie najszerszego upowszechnienia rezultatów kooperacji**. Zasada ta ma również przeciwdziałać sytuacji, w której kooperacja badawczo-rozwojowa nie zrealizowałaby w pełni swojego gospodarczego celu przejawiającego się w praktycznym, ale i możliwe najbardziej efektywnym wdrożeniu wyników współpracy. Omawiana zasada oznacza przede wszystkim, że strony porozumienia o wspólnym prowadzeniu działalności badawczo-rozwojowej nie mogą umówić się co do wyznaczenia poszczególnym uczestnikom kooperacji konkretnego obszaru zastosowania wyników prac badawczo-rozwojowych. Takie limitowanie obszarów wykorzystania mogłoby bowiem przyczynić się do obniżenia poziomu efektywności praktycznego zastosowania rezultatów działalności badawczo-rozwojowej – przedsiębiorcy traciliby elastyczność w dostosowywaniu się do popytu, byłiby ograniczeni w podejmowaniu nowych wyzwań rynkowych, do których realizacji miałyby przyczynić się wdrożenie rezultatów działalności badawczo-rozwojowej. **Podział dziedzin zastosowania** wyników prac badawczo-rozwojowych nosiłby **znamiona zakazanej klauzuli kontyngentowej**. **Zasada pełnej niezależności** w wykorzystaniu wyników działalności badawczo-rozwojowej i know-how **nie obowiązuje** jednak w sytuacji, **gdy uczestnicy porozumienia nie są konkurentami w chwili zawarcia porozumienia**. Wówczas możliwe jest ograniczenie wykorzystania wyników działalności badawczo-rozwojowej do „jednego lub więcej technicznych obszarów zastosowania” (§ 7 pkt 2). Analogiczne rozstrzygnięcie zawiera art. 3 ust. 3 rozporządzenia 2659/2000.

4.5.3. Charakter wspólnie wykorzystywanych wyników działalności badawczo-rozwojowej

65. Kolejna zasada organizacji działalności badawczo-rozwojowej, którą przewiduje zarówno rozporządzenie 2659/2000 (art. 3 ust. 4), jak i rozporządzenie Rady Ministrów z 2007 r. (§ 7 pkt 3), **definiuje pośrednio wyniki działalności badawczo-rozwojowej, jakie mogą podlegać wspólnemu wykorzystaniu**. Definicja ta obejmuje kilka elementów: po

pierwsze, wspólne wykorzystanie wyników może dotyczyć **tylko rezultatów chronionych przez prawa własności intelektualnej i przemysłowej bądź stanowiących know-how**; po drugie, rezultaty działalności badawczo-rozwojowej lub wypracowane know-how **muszą istotnie przyczynić się do postępu technicznego lub gospodarczego**; po trzecie zaś, wyniki te muszą mieć **decydujący wpływ na wytwarzanie towarów lub procesów objętych porozumieniem**.

66. Taki sposób określenia wyników podlegający wykorzystaniu jest o tyle istotny, że skoro rozporządzenie wyłączeniowe pozwala na pewne ograniczenia swobody wykorzystywania wspólnych wyników działalności badawczo-rozwojowej, to zbyt szerokie zdefiniowanie kategorii wyników mogłoby prowadzić do nadmiernego, pod względem przedmiotowym, limitowania zakresu korzystania z różnych aspektów wiedzy, także luźno związanych z podjętymi pracami badawczo-rozwojowymi. Potencjalne blokowanie dostępu do „pobocznych” wyników badań i rozwoju, niekoniecznie kluczowych dla praktycznego zastosowania zasadniczych rezultatów porozumienia, mogłoby skutkować eliminowaniem konkurencji w sferze badań i rozwoju.

4.5.4. Sposób realizacji zamówień w specjalizacji

67. Inny warunek organizacji stosunków kooperacyjnych przedsiębiorców dotyczy specjalizacji, która może stanowić samoistny przedmiot współpracy, bądź może być też częścią porozumienia badawczo-rozwojowego, jeśli przewiduje ono wspólne wykorzystanie wyników prac badawczo-rozwojowych w postaci wytwarzania towarów objętych porozumieniem. Jeśli wytwarzanie to ma odbywać się na zasadzie specjalizacji – jednostronnej lub wzajemnej – istnieje ryzyko, że uczestnik porozumienia zobowiązany do produkcji określonych towarów przejąłby całkowicie aktywność na rynku dystrybucji/sprzedaży tych towarów, eliminując z niego pozostałych uczestników porozumienia. Tymczasem celem specjalizacji nie może być wycofanie się strony porozumienia z rynku wyższego (niż produkcja) szczebla. Aby zapobiec takiej sytuacji, **każdy z przedsiębiorców podejmujących się produkcji w ramach specjalizacji, musi równocześnie zobowiązać się do zaopatrywania pozostałych stron porozumienia. Wyjątkiem jest sytuacja, gdy porozumienie (specjalizacyjne lub badawczo-rozwojowe) przewiduje także wspólną dystrybucję towarów** – wówczas wykluczone jest niebezpieczeństwo eliminacji poszczególnych uczestników kooperacji z rynku następujące po rynku produktowym.

68. Zobowiązanie dostaw w porozumieniach specjalizacyjnych jest akcentowane już w samej definicji specjalizacji jednostronnej i wzajemnej, jednak prawodawca decydował się na jego uwypuklenie poprzez odrębne wskazanie obligatoryjnego zobowiązania dostaw wśród uczestników porozumień specjalizacyjnych jako zasady kooperacyjnej oraz warunku wyłączenia (§ 7 pkt 4). Przepis ten wzorowany jest na art. 3 lit a) rozporządzenia nr 2658/2000.

4.6. Klauzule niedozwolone

4.6.1. Porozumienia specjalizacyjne

69. Porozumienia o specjalizacji są szczególnie **narażone na występowanie klasycznych klauzul czarnych**, głównie tych **ograniczających aspekty cenowe i ilościowe konkurencji**. Przy uzgodnieniach o produkcji niezbędny jest pewien poziom ustaleń dotyczących ilości wytwarzanych towarów, podziału asortymentowego produkcji (który stanowi przecież istotę kooperacji specjalizacyjnej), czy polityki cenowej (jeśli poro-

zumienie przewiduje także wspólną dystrybucję towarów). W takim zakresie, w jakim ustalenia tego rodzaju służą zaprojektowaniu i realizacji porozumienia specjalizacyjnego, są one dozwolone i nie są objęte zakazem¹¹⁰. W wykazie niedozwolonych klauzul w specjalizacji znalazły się zatem te klauzule, które nie służą realizacji porozumienia, ale powodują, że porozumienia „(..) mają na celu:

- 1) ustalanie cen sprzedaży towarów objętych specjalizacją osobom trzecim,
- 2) ograniczanie produkcji lub sprzedaży towarów objętych specjalizacją,
- 3) podział rynków zbytu towarów objętych specjalizacją”.

Przepis ten odpowiada treści art. 5 ust. 1 rozporządzenia 2658/2000. Takie regulacje odnajdujemy także w niektórych prawodawstwach obcych, np. w rozporządzeniu węgierskim¹¹¹, słoweńskim¹¹², rumuńskim¹¹³.

70. Negatywny wpływ uzgodnień cenowych na konkurencję jest niepodważalny. Postanowienia tego rodzaju odrywają cenę od rzeczywistych kosztów produkcji, eliminują niepewność co do zachowań konkurentów, naruszają zasady racjonalnego gospodarowania¹¹⁴. Przepis rozporządzenia wyłączającego musi wyraźnie zaznaczać, że zakazane jest określanie cen w relacjach z osobami trzecimi, za które należy uważać tak konsumentów, jak i odbiorców z wyższych szczebli obrotu gospodarczego. Jedyny dozwolony przypadek klauzuli cenowej, to – jak wskazano powyżej¹¹⁵ – uzgodnienie, jakie może być zawarte w porozumieniu specjalizacyjnym (o wspólnej produkcji) przewidującym również łączną dystrybucję towarów.

71. Klauzule ilościowe polegają na uzgadnianiu wielkości produkcji i/lub sprzedaży towarów, co prowadzi do ograniczania podaży, a tym samym do generowania sztucznego popytu. Postanowienia kontyngentowe mogą być wykorzystane w celu eliminowania konkurentów z rynku lub co najmniej w celu tworzenia barier dostępu do niego¹¹⁶. Zakazaną klauzulą ilościową – co zostało powiedziane już powyżej¹¹⁷ – nie będzie jednak ustalanie ilości produktów objętych specjalizacją jednostronną lub wzajemną ani też określanie wielkości produkcji w przypadku realizacji porozumienia o wspólnej produkcji.

4.6.2. Porozumienia badawczo-rozwojowe

72. W odniesieniu do porozumień badawczo-rozwojowych **aktualność zachowują uwagi dotyczące klauzul cenowych i ilościowych** poczynione **na gruncie rozważań nad niedozwolonymi postanowieniami porozumień specjalizacyjnych**, tym bardziej, że postanowienia tego rodzaju znajdują zastosowanie przede wszystkim w przypadku wspólnego wykorzystywania wyników działalności badawczo-rozwojowej, często w postaci specjalizacji produkcji.

73. Lista klauzul czarnych dla porozumień badawczo-rozwojowych obejmuje jednak, oprócz „uniwersalnych” klauzul cenowych, kontyngentowych i podziałowych (§ 9 pkt 1

¹¹⁰ M. Jephcott, *Horizontal Agreements...*, op. cit., s. 123.

¹¹¹ Art. 3 ust. 1 węgierskiego rozporządzenia 53/2002. (III. 26.), tekst dostępny pod: http://www.gvh.hu/doma-in2/files/modules/module25/pdf/53_2002_specjalizacio_a.pdf

¹¹² Art. 15 ust. 2 słoweńskiego rozporządzenia wyłączającego, tekst dostępny pod: http://www.uvk.gov.si/file-admin/uvk.gov.si/pageuploads/Uredba_o_skupinskih_izjemah_-_ang.pdf

¹¹³ Art. 7 ust. 1 rumuńskiego rozporządzenia wyłączającego, tekst dostępny pod: <http://www.competition.ro/en/regulament/Regulation%20on%20specialisation%20agreements.pdf>

¹¹⁴ S. Gronowski, *Ustawa antymonopolowa. Komentarz*, Beck, Warszawa 1999, s. 171.

¹¹⁵ Zob. pkt 4.3.

¹¹⁶ A. Jurkowska, *Porozumienia kooperacyjne...*, op. cit., s. 161–167.

¹¹⁷ Zob. pkt 4.3.

i 2), także **postanowienia ściśle związane ze specyfiką współpracy badawczo-rozwojowej**. Z uwzględnieniem szczególnego charakteru działalności badawczo-rozwojowej należy postrzegać już klauzule podziałowe. **Podziałem rynku** może skutkować **ograniczenie kręgu odbiorców**, którzy mogą być zaopatrywani przez uczestników porozumienia. Przyczynkiem do ustanowienia klauzuli tego rodzaju w porozumieniu może być chęć zagwarantowania stronom porozumienia zysku ze sprzedaży towarów objętych porozumieniem określonym grupom odbiorców. Postanowienie takie ewidentnie ogranicza konkurencję, ale równocześnie jest to jedna z możliwości rekompensowania sobie przez przedsiębiorców nakładów na działalność badawczo-rozwojową, a tym samym zachęcania przedsiębiorców do podejmowania kooperacji badawczo-rozwojowej. Jednak **wyłączenie** dla takiego ograniczenia konkurencji powinno być **limitowane czasowo**. Długość tego okresu powinna być **zbieżna z czasem wyłączenia przewidzianym dla porozumień badawczo-rozwojowych między niekonkurentami**, jeśli przewidują one wspólne wykorzystywanie wyników. Rozwiązanie to zapewnia spójność regulacji. Długość okresu wyłączenia także może być postrzegana jako zachęta do podejmowania kooperacji badawczo-rozwojowej – wydłużenie czasu wyłączenia stanowi przejaw ekonomizacji antymonopolowych ocen współdziałania przedsiębiorców. Prawodawca przyjął zatem w § 9 pkt 3, że ograniczenie kręgu odbiorców może obowiązywać przez siedem lat; podobne rozstrzygnięcie zawiera art. 5 ust. 1 lit. e) rozporządzenia 2659/2000. Termin ten biegnie od momentu wprowadzenia na rynek po raz pierwszy towarów objętych porozumieniem.

74. Za klauzulę czarną w porozumieniach badawczo-rozwojowych uznaje się **postanowienie o niekonkurowaniu, jeśli dotyczy** ono dziedzin **niezwiązanych z działalnością badawczo-rozwojową** podejmowaną **w ramach kooperacji**, a nawet **jeżeli dotyczy obszaru kooperowania, ale ma obowiązywać po zakończeniu działalności badawczo-rozwojowej** (§ 9 pkt 4). Klauzula wyłączności współpracy (niekonkurowania) ma swoje ekonomiczne uzasadnienie tylko wówczas, gdy odnosi się do tej samej dziedziny, w jakiej prowadzone są prace badawczo-rozwojowe oraz obowiązuje przez okres realizacji tych prac. Jest to bowiem forma zabezpieczenia się uczestników kooperacji przed potencjalnym brakiem lojalności ze strony jednego z partnerów, polegającym na przenoszeniu wyników poszczególnych etapów prac do działań własnych lub działań podejmowanych w innym układzie kooperacyjnym. Takie „wyciekanie” informacji, nawet jeśli następowałoby bez złej wiary, narażałoby na szwank interesy współpracujących przedsiębiorców i unicestwiałoby korzyści płynące z kooperacji. Zakaz stosowania klauzul tego rodzaju zawarty jest także w art. 5 ust. 1 lit. a) rozporządzenia 2659/2000.

75. Podejmowanie działalności badawczo-rozwojowej w sposób oczywisty wiąże się z **ochroną praw własności intelektualnej i przemysłowej**. Na etapie podejmowania i realizacji prac badawczo-rozwojowych przedsiębiorcy często angażują własne prawa (np. patenty). Kooperacja powinna opierać się na wzajemnym zaufaniu, przejawiającym się m.in. w poszanowaniu wyłącznych praw własności intelektualnej i przemysłowej partnerów. **Zakaz podważania praw** przysługujących uczestnikom porozumienia może obowiązywać tylko w czasie obowiązywania umowy kooperacyjnej. Rozciągnięcie w czasie (poza okres obowiązywania porozumienia) takiej klauzuli postrzegane będzie jako nieuzasadnione i zakazane ograniczenie konkurencji, zasługujące na wciągnięcie go na listę klauzul niedozwolonych. Klauzula taka obowiązująca uczestników także po wygaśnięciu porozumienia mogłaby bowiem ograniczać dostęp osób trzecich (w tym także konsumentów) do wiedzy lub procesów, które same w sobie zasługują na

ochronę w świetle praw własności intelektualnej i przemysłowej¹¹⁸. Analogicznie, za niedopuszczalny należy uznać także zakaz podważania praw własności intelektualnej i przemysłowej chroniących wyniki działalności badawczo-rozwojowej po wygaśnięciu porozumienia. Obydwie wskazane powyżej sytuacje są regulowane w prawie wspólnotowym jednym przepisem (art. 5 ust. 1 lit. b) rozporządzenia 2659/2000), w polskim rozporządzeniu wyłączającym zostały one jednak rozbite na dwa odrębne przepisy (§ 9 pkt 5 i 6).

76. Jeżeli wystąpi sytuacja, w której żaden z uczestników porozumienia badawczo-rozwojowego nie wykorzystuje w praktyce jego wyników, wdrożeniem i upowszechnieniem rezultatów działalności badawczo-rozwojowej mogą zająć się – w drodze licencjonowania – osoby trzecie. **Zakaz udzielania licencji na wykorzystanie wyników** w takiej sytuacji (gdy wykorzystanie rezultatów prac badawczo-rozwojowych przez żadną ze stron nie jest przewidziane, ani faktycznie wykonywane) oznaczałby, że porozumienie nie będzie miało żadnego skutku gospodarczego, a ograniczenie konkurencji, jakim było wspólne prowadzenie działalności badawczo-rozwojowej, nie zostanie zrekompensowane odpowiednimi korzyściami (np. w postaci nowego produktu). Dlatego klauzula tego typu także znalazła się na liście postanowień zakazanych (§ 10 pkt 7). Zakaz ten wzorowany jest na art. 5 ust. 1 lit. h) rozporządzenia 2659/2000. Analogiczne regulacje odnajdujemy także w prawodawstwach obcych, np. w rozporządzeniu węgierskim¹¹⁹ czy słoweńskim¹²⁰.

4.6.3. Obowiązywanie rozporządzenia

77. Na podstawie § 10 uczestnicy porozumień kooperacyjnych, które korzystały z wyłączenia na mocy rozporządzenia z 2002 r., utrzymali wyłączenie przysługujące im ze względu na spełnienie wymogów „starej” regulacji. Prawodawca przewidział, że przedsiębiorcy mogą przez cały 2008 rok weryfikować zgodność swoich porozumień z warunkami ustanowionymi w nowym rozporządzeniu. Jest to okres wystarczający, zważywszy na fakt, że ewentualne zmiany warunków wyłączenia w nowym akcie dokonane zostały na korzyść przedsiębiorców (np. wydłużenie okresu wyłączenia do siedmiu lat (§ 4 ust. 3)). Podobny przepis przejściowy stosowany był także w regulacjach wspólnotowych (art. 8 rozporządzenia 2658/2000 i art. 8 rozporządzenia 2659/2000), z tym, że akty wspólnotowe przewidywały dłuższy, półtoraroczny okres przejściowy.

78. Pierwszym z kluczowych czynników wpływających na decyzję o okresie obowiązywania rozporządzenia wyłączającego z 2007 r., jest **data wygaśnięcia wspólnotowych rozporządzeń wyłączających** porozumienia specjalizacyjne i badawczo-rozwojowe, przypadająca na dzień **31 grudnia 2010 r.** Istnieje jednak duże prawdopodobieństwo, że Komisja zdecyduje o kontynuacji wyłączeń grupowych dla porozumień specjalizacyjnych i badawczo-rozwojowych, gdyż często są one przywoływane (w szczególności wyłącznie dla kooperacji badawczo-rozwojowej) jako instrumenty polityki przemysłowej WE. Warunki wyłączenia w przyszłych regulacjach nie powinny zasadniczo różnić się od tych określonych w obecnie obowiązujących aktach. Realizując podejście ekonomiczne do oceny porozumień kooperacyjnych, Komisja osiągnęła, jak się wydaje, optymalny poziom równowagi dla ograniczeń konkurencji i korzyści gospodarczych związanych

¹¹⁸ Zob. *Bayer/Gist Brocades* (Dz. U. EWG 1976 L 30/13), pkt III.3.c.

¹¹⁹ Zob. art. 4 węgierskiego rozporządzenia wyłączającego porozumienia badawczo-rozwojowe, tekst dostępny pod: http://www.gvh.hu/domain2/files/modules/module25/pdf/54_2002_kutatas_a.pdf.

¹²⁰ Zob. art. 15 ust. 1 słoweńskiego rozporządzenia wyłączającego.

z kooperacją. Być może zatem Komisja zdecyduje się na przedłużenie obowiązywania dotychczasowej regulacji.

Rozsądne wydaje się zatem obranie za **punkt odniesienia dla okresu obowiązywania** rozporządzenia **terminu potencjalnych zmian regulacji wspólnotowych**. Ewentualne nowe rozporządzenie krajowe należałoby konstruować w oparciu o obowiązujące akty prawa wspólnotowego. Uzasadnia to przyjęcie dłuższego o rok (w stosunku do rozporządzeń wspólnotowych) okresu obowiązywania krajowej regulacji – będzie to czas wystarczający dla prawodawcy, aby stworzyć nowy akt wzorowany na rozwiązaniach wspólnotowych. Jeśli Komisja zdecydowałaby się na wydanie nowych rozporządzeń, obowiązywałyby one prawdopodobnie od początku 2011 r. Uzasadnione jest zatem przyjęcie rozwiązania, że **polskie rozporządzenie będzie obowiązywało do 31 grudnia 2011 r.**

5. Podsumowanie

79. Im większa intensywność zjawiska kooperowania gospodarczego, tym bardziej oczywista jest potrzeba utrzymania wyłączenia grupowego porozumień o współpracy gospodarczej określonego rodzaju. Równocześnie regulacje wyłączeniowe można postrzegać także jako **narzędzie inspirowania współpracy** przedsiębiorców, pożądanej ze względu na rosnącą presję konkurencyjną, dynamikę rynków wywołane globalizacją, czy szybkość postępu technicznego¹²¹. Obok kontekstu ekonomicznego, ocena krajowych regulacji wyłączeniowych winna być dokonywana również z **uwzględnieniem wspólnotowego dorobku prawnego** w tej dziedzinie – oczywistym jest bowiem, że zarówno sama instytucja wyłączeń, jak i szczegółowe rozwiązania krajowe są wzorowane na regulacjach WE.

Polskie rozporządzenie wyłączające z 2007 r. realizuje obowiązujące standardy regulacji wspólnotowych – jedynym wyjątkiem pozostaje brak możliwości cofnięcia przywileju wyłączenia grupowego w Polsce. Różnica ta wynika jednak nie tyle ze sposobu ukształtowania wyłączenia konkretnej kategorii porozumień, jaką są porozumienia kooperacyjne, ile z całości kształtu prawa ochrony konkurencji w Polsce.

Obecne rozporządzenie wyłączające porozumienia specjalizacyjne i badawczo-rozwojowe ustanawia zadowalające standardy prawne wyłączenia, należy jednak postulować zintensyfikowanie badań nad rzeczywistym praktycznym zastosowaniem wyłączeń. Badania takie powinny zdecydowanie poprzedzać decyzję o ewentualnym dalszym funkcjonowaniu wyłączenia dla porozumień kooperacyjnych po 2011 roku.

¹²¹ Zob. pkt 2 wytycznych w sprawie stosowania art. 81 TWE do porozumień kooperacji horyzontalnej. Zob. M. Motta, *Competition Policy. Theory and Practice*, Cambridge University Press, 2007, s. 203–211.

Rozporządzenie Komisji (WE) nr 2658/2000
z dnia 29 listopada 2000 r.
w sprawie stosowania art. 81 ust. 3 Traktatu do kategorii porozumień specjalizacyjnych
(Tekst mający znaczenie dla EOG)

(Dz. U. WE 2000 L 304/3; Dz. U. UE Polskie Wyd. Specjalne, Rozdz. 08, tom 02, s. 15)

KOMISJA WSPÓLNOT EUROPEJSKICH,

uwzględniając Traktat ustanawiający Wspólnotę Europejską,

uwzględniając rozporządzenie Rady (EWG) nr 2821/71 z dnia 20 grudnia 1971 r. w sprawie stosowania art. 85 ust. 3 Traktatu do kategorii porozumień, decyzji i praktyk uzgodnionych¹, ostatnio zmienione Aktem Przystąpienia Austrii, Finlandii i Szwecji, w szczególności jego art. 1 ust. 1 lit. c), po opublikowaniu projektu niniejszego rozporządzenia², uwzględniając opinię Komitetu Doradczego ds. Praktyk Ograniczających Konkurencję i Pozycji Dominującej,

a także mając na uwadze, co następuje:

(1) Rozporządzenie (EWG) nr 2821/71 upoważnia Komisję do stosowania art. 81 ust. 3 Traktatu (poprzednio art. 85 ust. 3), poprzez rozporządzenie do niektórych kategorii porozumień, decyzji i praktyk uzgodnionych, wchodzących w zakres art. 81 ust. 1, które mają na celu specjalizację, włączając w to porozumienia niezbędne do jej osiągnięcia.

(2) Zgodnie z rozporządzeniem (EWG) nr 2821/71, Komisja wydała rozporządzenie (EWG) nr 417/85 z dnia 19 grudnia 1984 r. w sprawie stosowania art. 85 ust. 3 Traktatu do kategorii porozumień specjalizacyjnych³, ostatnio zmienione rozporządzeniem (WE) nr 2236/97⁴. Rozporządzenie (EWG) nr 417/85 wygasa z dniem 31 grudnia 2000 r.

(3) Nowe rozporządzenie powinno spełnić dwa wymogi. Powinno zapewniać skuteczną ochronę konkurencji oraz gwarantować odpowiedni poziom bezpieczeństwa prawnego dla przedsiębiorstw. Realizacja tych celów powinna uwzględnić potrzebę możliwie największego uproszczenia nadzoru administracyjnego i ram legislacyjnych. Dla celu stosowania art. 81 ust. 3 można generalnie przyjąć, że poniżej pewnego poziomu pozycji rynkowej, pozytywne rezultaty porozumień specjalizacyjnych przeważają nad ich negatywnymi skutkami na konkurencji.

(4) Rozporządzenie (EWG) nr 2821/71 wymaga, żeby rozporządzenie wyłączające Komisji definiowało kategorie porozumień, decyzji i praktyk uzgodnionych, do których ma ono zastosowanie, wyszczególniało ograniczenia lub klauzule, które mogą lub nie mogą występować w tych porozumieniach, decyzjach i praktykach uzgodnionych oraz wyszczególniało klauzule, które muszą być zawarte w porozumieniach, decyzjach i praktykach uzgodnionych, lub inne warunki, które muszą być spełnione.

(5) Właściwe jest odchodzenie od podejścia polegającego na wylczeniu klauzul podlegających wyłączeniu i położenie większego nacisku na definiowanie kategorii porozumień, które podlegają wyłączeniu do pewnego poziomu pozycji rynkowej oraz na wyszczególnienie ograniczeń lub klauzul, które nie mogą być zawierane w takich porozumieniach. Jest to zgodne z podejściem gospodarczym, które ocenia skutki porozumień na właściwym rynku.

(6) Do stosowania art. 81 ust. 3 poprzez rozporządzenie nie jest konieczne zdefiniowanie tych porozumień, które mogą wchodzić w zakres art. 81 ust. 1. Przy indywidualnej ocenie porozumień na mocy art. 81 ust. 1 należy uwzględnić kilka czynników, w szczególności strukturę właściwego rynku.

(7) Przywilej wyłączenia grupowego powinien być ograniczony do tych porozumień, w przypadku których można z wystarczającą pewnością założyć, że spełniają warunki określone w art. 81 ust. 3.

(8) Porozumienia specjalizacyjne dotyczące produkcji ogólnie przyczyniają się do poprawy produkcji lub dystrybucji produktów, ponieważ uczestniczące w nich przedsiębiorstwa mogą koncentrować się na wytwarzaniu określonych produktów, a przez to działać skuteczniej i oferować produkty po niższej cenie. Porozumienia specjalizacyjne w świadczeniu usług mogą, co do zasady, być uznane za przynoszące

¹ Dz. U. L 285 z 29.12.1971, s. 46.

² Dz. U. C 118 z 27.4.2000, s. 3.

³ Dz. U. L 53 z 22.2.1985, s. 1.

⁴ Dz. U. L 306 z 11.11.1997, s. 12.

podobną poprawę. Prawdopodobne jest, że w warunkach skutecznej konkurencji, konsumenci uzyskają słuszną część powstałego zysku.

(9) Takie korzyści mogą jednakowo powstawać w przypadku porozumień, na mocy których jeden uczestnik zaprzestaje wytwarzania określonych produktów lub świadczenia określonych usług na rzecz innego uczestnika („specjalizacja jednostronna”), w przypadku porozumień, na mocy których każdy z uczestników zaprzestaje wytwarzania określonych produktów lub świadczenia określonych usług na rzecz innego uczestnika („specjalizacja wzajemna”) oraz w przypadku porozumień, na mocy których uczestnicy zobowiązują się wspólnie wytwarzać określone produkty lub świadczyć określone usługi („wspólna produkcja”).

(10) Jako że porozumienia dotyczące specjalizacji jednostronnej między nie-konkurentami mogą korzystać z przywileju wyłączenia grupowego przewidzianego w rozporządzeniu Komisji (WE) nr 2790/1999 z dnia 22 grudnia 1999 r. w sprawie stosowania art. 81 ust. 3 Traktatu do kategorii porozumień wertykalnych i praktyk uzgodnionych⁵, zastosowanie niniejszego rozporządzenia do porozumień dotyczących specjalizacji jednostronnej powinno być ograniczone do porozumień między konkurentami.

(11) Wszystkie inne porozumienia zawierane między przedsiębiorstwami, odnoszące się do warunków, na jakich specjalizują się one w produkcji towarów i/lub świadczeniu usług, powinny wchodzić w zakres niniejszego rozporządzenia. Wyłączenie grupowe powinno mieć zastosowanie również do zawartych w porozumieniach specjalizacyjnych przepisów, które nie stanowią podstawowego przedmiotu takich porozumień, lecz są bezpośrednio związane i niezbędne do wprowadzania w życie porozumień specjalizacyjnych oraz do niektórych związanych z nimi porozumień dotyczących zakupu i obrotu.

(12) W celu zagwarantowania, że korzyści ze specjalizacji zostaną zrealizowane bez względu na to, że jedna strona wycofa się z rynku w trakcie produkcji, porozumienia o specjalizacji jednostronnej i wzajemnej powinny zostać objęte niniejszym rozporządzeniem wtedy, gdy zawierają zobowiązania dostaw lub kupna. Zobowiązania te mogą, ale nie muszą, mieć charakter wyłączny.

(13) Można zakładać, że jeżeli udział przedsiębiorstw uczestniczących we właściwym rynku nie przekracza 20%, porozumienia specjalizacyjne określone w niniejszym rozporządzeniu niosą ze sobą, co do zasady, korzyści gospodarcze w postaci korzyści skali lub zakresu, lub lepszych technologii produkcji, przy zastrzeżeniu dla konsumentów słusznej części zysku, który z tego wynika.

(14) Niniejsze rozporządzenie nie wyłącza porozumień zawierających ograniczenia, które nie są niezbędne do osiągnięcia pozytywnych skutków wyżej wymienionych. Co do zasady, niektóre poważne ograniczenia konkurencji odnoszące się do ustalania cen pobieranych od osób trzecich, ograniczenia produkcji lub sprzedaży lub podziału rynków lub konsumentów powinny zostać wykluczone z przywileju wyłączenia grupowego określonego niniejszym rozporządzeniem, niezależnie od udziału rynkowego uczestniczących przedsiębiorstw.

(15) Ograniczenie udziału rynkowego, niewyłączenie niektórych porozumień oraz warunki przewidziane w niniejszym rozporządzeniu gwarantują w normalnych warunkach, że porozumienia, do których stosuje się wyłączenie grupowe, nie umożliwiają uczestniczącym w nich przedsiębiorstwom możliwości eliminowania konkurencji w stosunku do znacznej części danych produktów i usług.

(16) W szczególnych przypadkach, w których porozumienia wchodzące w zakres niniejszego rozporządzenia wywołują mimo to skutki niezgodne z art. 81 ust. 3 Traktatu, Komisja może wycofać przywilej wyłączenia grupowego.

(17) W celu ułatwienia zawierania porozumień specjalizacyjnych, które mogą mieć wpływ na strukturę przedsiębiorstw uczestniczących, właściwe jest ustalenie okresu ważności niniejszego rozporządzenia na 10 lat.

(18) Rozporządzenie pozostaje bez uszczerbku dla stosowania art. 82 Traktatu.

(19) Zgodnie z zasadą nadrzędności prawa wspólnotowego, żaden środek, podjęty na mocy prawa krajowego w sprawie konkurencji, nie może stać na przeszkodzie jednolitemu stosowaniu wspólnotowych reguł konkurencji na wspólnym rynku lub pełnemu skutkowi wszelkich środków przyjętych w celu wprowadzenia w życie tych reguł, włącznie z niniejszym rozporządzeniem,

PRZYJMUJE NINIEJSZE ROZPORZĄDZENIE:

⁵ Dz. U. L 336 z 29.12.1999, s. 21.

Artykuł 1 **Wyłączenie**

1. Zgodnie z art. 81 ust. 3 Traktatu oraz z zastrzeżeniem przepisów niniejszego rozporządzenia oświadcza się, że art. 81 ust. 1 nie ma zastosowania do następujących porozumień zawartych między dwoma lub więcej przedsiębiorstwami (zwanymi dalej: „Stronami”), które odnoszą się do warunków, na jakich te przedsiębiorstwa specjalizują się w wytwarzaniu produktów (zwane dalej „porozumieniami specjalizacyjnymi”):

- a) porozumień o specjalizacji jednostronnej, na mocy których jedna strona zgadza się na zaniechanie lub powstrzymanie się od wytwarzania niektórych produktów i na nabywanie ich od konkurującego przedsiębiorstwa, a konkurujące przedsiębiorstwo zobowiązuje się te produkty wytwarzać i dostarczać; lub
- b) porozumień o specjalizacji wzajemnej, na mocy których dwie strony lub więcej zgadzają się, na zasadzie wzajemności, na zaprzestanie lub powstrzymanie się od wytwarzania niektórych, lecz różnych, produktów oraz na nabycie tych produktów od innych stron, które zgadzają się na ich dostarczenie; lub
- c) porozumień o wspólnej produkcji, na mocy których dwie strony lub więcej zgadzają się wspólnie wytwarzać niektóre produkty.

Niniejsze wyłączenie stosuje się w zakresie, w jakim takie porozumienia specjalizacyjne zawierają ograniczenia konkurencji wchodzące w zakres art. 81 ust. 1 Traktatu.

2. Wyłączenie przewidziane w ust. 1 stosuje się również do przepisów zawartych w porozumieniach specjalizacyjnych, które nie stanowią ich podstawowego przedmiotu, lecz są bezpośrednio związane i niezbędne dla ich wprowadzenia w życie, takich jak przepisy dotyczące cesji lub korzystania z praw własności intelektualnej.

Akapitu pierwszego nie stosuje się do przepisów, które mają taki sam cel, jak ograniczenia konkurencji wymienione w art. 5 ust. 1.

Artykuł 2 **Definicje**

Dla Celów niniejszego rozporządzenia:

- 1) „porozumienie” oznacza porozumienie, decyzję związku przedsiębiorstw lub praktykę uzgodnioną.
- 2) „przedsiębiorstwa uczestniczące” oznaczają przedsiębiorstwa będące stronami porozumienia i ich odpowiednia przedsiębiorstwa powiązane.
- 3) „przedsiębiorstwa powiązane” oznaczają:
 - a) przedsiębiorstwa, w których strona porozumienia, bezpośrednio lub pośrednio:
 - i) jest uprawniona do dysponowania więcej niż połową praw głosu, lub
 - ii) jest uprawniona do mianowania więcej niż połowy członków rady nadzorczej, zarządu lub organów ustawowo uprawnionych do reprezentowania przedsiębiorstwa, lub
 - iii) ma prawo prowadzić sprawy przedsiębiorstwa;
 - b) przedsiębiorstwa, które, bezpośrednio lub pośrednio, posiadają wobec strony porozumienia prawa lub uprawnienia wymienione w lit. a);
 - c) przedsiębiorstwa, w których przedsiębiorstwo określone w lit. b), bezpośrednio lub pośrednio, posiada prawa lub uprawnienia wymienione w lit. a);
 - d) przedsiębiorstwa, w których strona porozumienia wraz z jednym lub więcej przedsiębiorstwami, określonymi w lit. a), b) lub c), lub w których dwa lub więcej z tych ostatnich przedsiębiorstw wspólnie posiadają prawa lub uprawnienia wymienione w lit. a);
 - e) przedsiębiorstwa, w których prawa lub uprawnienia wymienione w lit. a) są wspólnie posiadane przez:
 - i) strony porozumienia lub ich odpowiednie przedsiębiorstwa powiązane określone w lit. a)–d), lub
 - ii) jedną stronę lub więcej stron porozumienia lub jedno ich przedsiębiorstwo powiązane lub więcej określonych w lit. a)–d) lub jedną stronę trzecią lub więcej;
- 4) „produkt” oznacza towary i/lub usługi, włączając w to zarówno towary i/lub usługi pośrednie, jak i towary i/lub usługi ostateczne, z wyłączeniem usług dystrybucji i najmu.

- 5) „produkcja” oznacza wytwarzanie towarów lub świadczenie usług, włączając produkcję w formie podwykonawstwa.
- 6) „właściwy rynek” oznacza rynek właściwy lub rynki właściwe produktów lub geograficzne, do którego lub do których należą produkty stanowiące przedmiot porozumienia specjalizacyjnego.
- 7) „przedsiębiorstwo konkurujące” oznacza przedsiębiorstwo aktywne na rynku właściwym (konkurent rzeczywisty) lub przedsiębiorstwo, które w realnych założeniach mogłoby przedsięwziąć niezbędne, dodatkowe inwestycje lub inne konieczne zmiany kosztów tak, aby wejść na rynek właściwy w odpowiedzi na mały i stały wzrost w cenach stosunkowych (konkurent potencjalny).
- 8) „zobowiązanie wyłącznej dostawy” oznacza zobowiązanie zaniechania dostarczania przedsiębiorstwu konkurującemu, innemu niż strona porozumienia, produktu, którego dotyczy porozumienie specjalizacyjne.
- 9) „obowiązanie wyłącznych zakupów” oznacza zobowiązanie zakupu produktu, którego dotyczy porozumienie specjalizacyjne, tylko od strony, która zgodziła się na jego dostarczenie.

Artykuł 3

Porozumienia dotyczące zakupu i obrotu

Wyłączenie przewidziane w art. 1 stosuje się również gdy:

- a) strony akceptują zobowiązanie wyłącznych zakupów i/lub wyłącznej dostawy w kontekście porozumienia o specjalizacji jednostronnej lub wzajemnej, bądź porozumienia o wspólnej produkcji, lub
- b) strony nie prowadzą samodzielnie sprzedaży produktów będących przedmiotem porozumienia specjalizacyjnego, ale przewidują łączną dystrybucję lub dystrybucję przez wyznaczoną stronę trzecią na zasadzie wyłączności lub braku wyłączności, pod warunkiem że strona trzecia nie jest przedsiębiorstwem konkurującym.

Artykuł 4

Próg udziału rynkowego

Wyłączenia przewidziane w art. 1 stosuje się pod warunkiem, że łączny udział rynkowy przedsiębiorstw uczestniczących nie przekracza 20% w rynku właściwym.

Artykuł 5

Porozumienia nieobjęte wyłączeniem

1. Wyłączenia przewidzianego w art. 1 nie stosuje się do porozumień, które, bezpośrednio lub pośrednio, samodzielnie lub w połączeniu z innymi czynnikami pod kontrolą stron, mają na celu:
 - a) ustalenie cen sprzedaży produktów osobom trzecim;
 - b) ograniczenie produkcji lub sprzedaży; lub
 - c) podział rynków lub klientów.
2. Ustępu 1 nie stosuje się do:
 - a) przepisów o uzgodnionej ilości produktów w kontekście porozumień o specjalizacji jednostronnej lub wzajemnej lub o ustaleniu zdolności i wielkości produkcji wspólnego przedsięwzięcia produkcyjnego w kontekście porozumienia o wspólnej produkcji;
 - b) określania celów sprzedaży oraz ustalania cen, których wspólne przedsięwzięcie produkcyjne żąda od swoich bezpośrednich klientów w kontekście art. 3 lit. b).

Artykuł 6

Stosowanie progu udziału rynkowego

1. Dla celów stosowania progu udziału rynkowego przewidzianego w art. 4 stosuje się następujące zasady:
 - a) udział rynkowy oblicza się na podstawie wartości sprzedaży rynkowej; jeżeli dane dotyczące wartości sprzedaży rynkowej nie są dostępne, dla ustalenia udziału rynkowego przedsiębiorstw uczestniczących używa się szacunków opartych na innych wiarygodnych informacjach rynkowych, włączając wielkość sprzedaży rynkowej;

b) udział rynkowy oblicza się na podstawie danych odnoszących się do poprzedniego roku kalendarzowego;

c) udział rynkowy przedsiębiorstwa określony w art. 2 ust. 3 lit. e) jest zaliczany w częściach równych każdemu przedsiębiorstwu dysponującemu prawami lub uprawnieniami wymienionymi w art. 2 ust. 3 lit. a).

2. Jeżeli udział rynkowy, określony w art. 4, początkowo nie przekracza 20%, ale następnie rośnie ponad ten próg, nie przekraczając jednak 25%, wyłączenie przewidziane w art. 1 ma w dalszym ciągu zastosowanie przez okres dwóch kolejnych lat kalendarzowych następujących po upływie roku, w którym próg 20% został przekroczony po raz pierwszy.

3. Jeżeli udział rynkowy, określony w art. 4, początkowo nie przekracza 20%, ale następnie rośnie do poziomu ponad 25%, wyłączenie przewidziane w art. 1 ma w dalszym ciągu zastosowanie przez okres jednego roku kalendarzowego następującego po upływie roku, w którym próg 25% został przekroczony po raz pierwszy.

4. Przywileje wynikające z ust. 2 i 3 nie mogą być łączone w sposób pozwalający przekroczyć okres dwóch lat kalendarzowych.

Artykuł 7 **Cofnięcie wyłączenia**

Zgodnie z art. 7 rozporządzenia (EWG) nr 2821/71, Komisja może, z własnej inicjatywy lub na wniosek Państwa Członkowskiego, bądź osoby fizycznej lub prawnej posiadającej uzasadniony interes, cofnąć przywilej wyłączenia ustanowiony niniejszym rozporządzeniem, gdy w konkretnym przypadku stwierdzi, że porozumienie wyłączone przez niniejsze rozporządzenia wywołuje jednak skutki, które są niezgodne z warunkami ustanowionymi w art. 81 ust. 3 Traktatu, w szczególności gdy:

a) porozumienie nie pociąga za sobą istotnych efektów w zakresie racjonalizacji lub konsumenci nie uczestniczą słusznie w osiągniętym zysku, lub

b) produkty, które są przedmiotem specjalizacji, na wspólnym rynku lub na jego istotnej części nie są poddane skutecznej konkurencji produktów tożsamych lub produktów uznawanych przez konsumentów za równoważne pod względem ich właściwości, ceny i przeznaczenia.

Artykuł 8 **Okres przejściowy**

Zakaz ustanowiony w art. 81 ust. 1 Traktatu nie ma zastosowania w okresie od dnia 1 stycznia 2001 r. do dnia 30 czerwca 2002 r. w odniesieniu do porozumień będących w mocy w dniu 31 grudnia 2000 r., które nie spełniają warunków wyłączenia przewidzianego niniejszym rozporządzeniem, ale które spełniają warunki wyłączenia przewidziane w rozporządzeniu (EWG) nr 417/85.

Artykuł 9 **Okres obowiązywania**

Niniejsze rozporządzenie wchodzi w życie z dniem 1 stycznia 2001 r.

Niniejsze rozporządzenie wygasa z dniem 31 grudnia 2010 r.

Niniejsze rozporządzenie wiąże w całości i jest bezpośrednio stosowane we wszystkich Państwach Członkowskich.

Sporządzono w Brukseli, dnia 29 listopada 2000 r.
W imieniu Komisji
Mario Monti
Członek Komisji

Rozporządzenie Komisji (WE) nr 2659/2000
z dnia 29 listopada 2000 r.
w sprawie stosowania art. 81 ust. 3 Traktatu do kategorii porozumień o badaniach i rozwoju
(Tekst mający znaczenie dla EOG)

(Dz. U. WE 2000 L 304/7; Dz. U. UE Polskie Wyd. Specjalne, Rozdz. 08, tom 02, s. 19)

KOMISJA WSPÓLNOT EUROPEJSKICH

uwzględniając Traktat ustanawiający Wspólnotę Europejską,

uwzględniając rozporządzenie Rady (EWG) nr 2821/71 z dnia 20 grudnia 1971 r. w sprawie stosowania art. 85 ust. 3 Traktatu do pewnych kategorii porozumień, decyzji i uzgodnionych praktyk¹, ostatnio zmienionego Aktem Przystąpienia Austrii, Finlandii i Szwecji, w szczególności art. 1 ust. 1 lit. b) niniejszego rozporządzenia,

uwzględniając projekt niniejszego rozporządzenia²,

uwzględniając opinię Komitetu Doradczego ds. Porozumień Ograniczających Konkurencję i Pozycji Dominującej,

a także mając na uwadze, co następuje:

(1) Rozporządzenie (EWG) nr 2821/71 upoważnia Komisję do zastosowania art. 81 ust. 3 Traktatu (poprzednio art. 85 ust. 3) w formie rozporządzenia w sprawie niektórych kategorii porozumień, decyzji i praktyk uzgodnionych wchodzących w zakres zastosowania art. 81 ust. 1, mających na celu prowadzenie prac badawczo-rozwojowych nad produktami lub procesami, aż do etapu przemysłowego zastosowania oraz wykorzystywanie ich rezultatów, włączając w to postanowienia dotyczące prawa własności intelektualnej.

(2) Artykuł 163 ust. 2 Traktatu wzywa Wspólnotę do zachęcania przedsiębiorstw, włączając w to małe i średnie przedsiębiorstwa, w ich staraniach o wysoką jakość badań i rozwoju technologicznego oraz popiera ich wysiłki służące współpracy między nimi. Stosownie do decyzji Rady nr 1999/65/WE z dnia 22 grudnia 1998 r. dotyczącej reguł udziału przedsiębiorstw, ośrodków badawczych i uniwersytetów oraz upowszechniania wyników badań dla realizacji piątego programu ramowego Wspólnoty Europejskiej (1998–2002)³ oraz rozporządzenia Komisji (WE) nr 996/1999⁴ z dnia 11 maja 1999 r. w sprawie wykonania decyzji nr 1999/65/WE, pośrednie działania w zakresie badań i rozwoju technologicznego (BRT), wspierane na gruncie piątego programu ramowego Wspólnoty Europejskiej, powinny być realizowane wspólnie.

(3) Porozumienia dotyczące wspólnego wspierania realizacji prac badawczych lub wspólnego rozwoju rezultatów badań, aż do, ale z wyłączeniem etapu ich przemysłowego zastosowania, generalnie nie są objęte zakresem art. 81 ust. 1 Traktatu. W pewnych okolicznościach jednakże, gdy strony postanowią nie prowadzić innych badań i prac rozwojowych w tej samej dziedzinie, rezygnując tym samym z możliwości zdobycia przewagi konkurencyjnej nad innymi stronami, porozumienia takie mogą być objęte zakresem art. 81 ust. 1 i dlatego powinny być objęte zakresem niniejszego rozporządzenia.

(4) Na podstawie rozporządzenia (EWG) nr 2821/71, Komisja wydała rozporządzenie (EWG) nr 418/85 z dnia 19 grudnia 1984 r. w sprawie stosowania art. 85 ust. 3 Traktatu do kategorii porozumień o badaniach i rozwoju⁵, ostatnio zmienione rozporządzeniem (WE) nr 2236/97⁶. Rozporządzenie EWG nr 418/85 wygasa z dniem 31 grudnia 2000 r.

(5) Nowe rozporządzenie musi spełnić dwa wymogi — zapewnić skuteczną ochronę konkurencji oraz zagwarantować odpowiedni poziom ochrony prawnej dla przedsiębiorstw. Przy realizacji niniejszego celu, należy wziąć pod uwagę potrzebę maksymalnie możliwego uproszczenia nadzoru administracyjnego i ram prawnych. W celu stosowania art. 81 ust. 3 Traktatu można generalnie przyjąć, że poniżej

¹ Dz. U. L 285 z 29.12.1971, s. 46.

² Dz. U. C 118 z 27.4.2000, s. 3.

³ Dz. U. L 26 z 1.2.1999, s. 46.

⁴ Dz. U. L 122 z 12.5.1999, s. 9.

⁵ Dz. U. L 53 z 22.2.1985, s. 5.

⁶ Dz. U. L 306 z 11.11.1997, s. 12.

pewnego poziomu siły rynku pozytywne rezultaty porozumień o badaniach i rozwoju przeważają nad ich negatywnym wpływem na konkurencję.

(6) Rozporządzenie (EWG) nr 2821/71 wymaga, ażeby rozporządzenie wyłączające określało kategorie porozumień, decyzji i praktyk uzgodnionych, do których ma ono zastosowanie, sprecyzowało ograniczenia lub klauzule, które mogą lub nie mogą występować w tych porozumieniach, decyzjach i praktykach uzgodnionych, oraz sprecyzowało klauzule, które muszą znajdować się w tych porozumieniach, decyzjach i praktykach uzgodnionych, lub inne warunki, które muszą być spełnione.

(7) Właściwe jest odchodzenie od podejścia polegającego na wyliczaniu wyłączonych postanowień i położenie większego nacisku na określenie grup porozumień, które są wyłączone do pewnego poziomu siły rynku i na określenie ograniczeń lub klauzul, które nie mogą występować w takich porozumieniach. Jest to zgodne z podejściem opartym na zasadach ekonomicznych, które bada wpływ porozumień na rynek właściwy.

(8) Dla zastosowania art. 81 ust. 3 w formie rozporządzenia nie jest konieczne określenie tych porozumień, które mogą wchodzić w zakres zastosowania art. 81 ust. 1. Przy indywidualnej ocenie porozumień na mocy art. 81 ust. 1 trzeba uwzględnić kilka czynników, w szczególności strukturę rynku właściwego.

(9) Przywilej wyłączenia grupowego powinien być ograniczony do tych porozumień, w przypadku których można z wystarczającą pewnością założyć, że spełniają one warunki określone w art. 81 ust. 3.

(10) Współpraca dotycząca badań i rozwoju oraz wykorzystanie ich wyników generalnie promują postęp techniczny i gospodarczy, zwiększając upowszechnianie know-how między stronami oraz unikając powielania prac badawczo-rozwojowych, stymulując postęp poprzez wymianę uzupełniającej się know-how oraz racjonalizując wytwarzanie produktów lub stosowanie technologii wynikającej z prac badawczo-rozwojowych.

(11) Wspólne wykorzystywanie wyników może być uznane za naturalne następstwo wspólnych prac badawczo-rozwojowych. Może ono przybrać różne formy, takie jak produkcja, korzystanie z praw własności intelektualnej, które istotnie przyczyniają się do postępu technicznego lub gospodarczego, lub sprzedaży nowych produktów.

(12) Konsumentom mogą generalnie spodziewać się pewnych korzyści ze zwiększonej wielkości oraz skuteczności prac badawczo-rozwojowych, polegających na wprowadzeniu nowych lub ulepszonych produktów lub usług bądź na zmniejszeniu cen spowodowanym ulepszonymi technologiami.

(13) W celu osiągnięcia korzyści oraz wspólnych celów prac badawczo-rozwojowych przywilejem wynikającym z niniejszego rozporządzenia powinny być objęte także te postanowienia porozumień o badaniach i rozwoju, które nie stanowią głównego celu takich porozumień, ale są z nimi bezpośrednio związane i konieczne dla ich wdrażania.

(14) W celu uzasadnienia wyłączenia, wspólne wykorzystywanie powinno odnosić się do produktów lub technologii, dla których użycie wyników badań i rozwoju jest decydujące, a każda ze stron ma możliwość wykorzystania wszystkich wyników, jakie ją interesują. Jednakże jeśli w pracach badawczo-rozwojowych biorą udział instytucje akademickie, instytuty badawcze lub przedsiębiorstwa, które prowadzą prace badawczo-rozwojowe na zasadzie komercyjnego świadczenia usług, nie korzystając aktywnie z wyników prac, mogą one zgodzić się na wykorzystanie wyników prac badawczo-rozwojowych tylko do celów dalszych badań. Podobnie, niekonkurenci mogą zgodzić się na ograniczenie ich prawa do wykorzystania wyników w postaci zastosowania w jednej lub więcej sferach technicznych, aby ułatwić współpracę między stronami posiadającymi uzupełniające się umiejętności.

(15) Wyłączenie zapewnione na podstawie niniejszego rozporządzenia powinno być ograniczone do porozumień o badaniach i rozwoju, które nie dają przedsiębiorstwom możliwości wyeliminowania konkurencji w stosunku do istotnej części danych produktów lub usług. Konieczne jest wyjęcie spod wyłączeń grupowych porozumień pomiędzy konkurentami, których łączny udział rynkowy produktów lub usług, ulepszanych lub zastępowanych przez wyniki prac badawczo-rozwojowych, przekracza w chwili wejścia w życie porozumienia pewien poziom.

(16) W celu zagwarantowania utrzymania skutecznej konkurencji w czasie wspólnego wykorzystywania wyników należy wprowadzić przepis, w myśl którego wyłączenie grupowe przestaje być stosowane, jeśli łączny udział stron w rynku produktów objętych wspólnymi pracami badawczo-rozwojowymi staje się zbyt duży. Wyłączenie powinno być nadal stosowane, bez względu na udział rynkowy stron, przez pewien okres po rozpoczęciu wspólnego wykorzystywania wyników, aby poczekać na stabilizację ich udziałów

rynkowych, zwłaszcza po wprowadzeniu na rynek całkowicie nowego produktu, oraz aby zagwarantować minimalny okres zwrotu poniesionych nakładów.

(17) Niniejsze rozporządzenie nie powinno wyłączać porozumień zawierających ograniczenia, które nie są niezbędne dla osiągnięcia wskazanych powyżej pozytywnych skutków. W zasadzie pewne poważne ograniczenia antykonkurencyjne, takie jak ograniczenie wolności stron w prowadzeniu prac badawczo-rozwojowych w sferze niezwiązanej z porozumieniem, ustalanie cen pobieranych od osób trzecich, ograniczenia produkcji lub sprzedaży, podział rynków lub klientów oraz ograniczenia skutecznej sprzedaży pasywnej produktów objętych umową na terytoriach zarezerwowanych dla innych stron, powinny być wyjęte spod przywileju wyłączenia grupowego ustanowionego niniejszym rozporządzeniem, bez względu na udział rynkowy przedsiębiorstw uczestniczących.

(18) Ograniczenie udziału rynkowego, bez wyłączenia pewnych porozumień, oraz warunki przewidziane przez niniejsze rozporządzenie zwykle zapewniają, że porozumienia, do których stosuje się wyłączenie grupowe, nie są w stanie umożliwić przedsiębiorstwom uczestniczącym eliminowania konkurencji co do istotnej części rozpatrywanych produktów i usług.

(19) W szczególnych przypadkach, w których porozumienia objęte niniejszym rozporządzeniem wywierają skutki niezgodne z art. 81 ust. 3 Traktatu, Komisja może wycofać przywilej wyłączenia grupowego.

(20) Porozumienia między przedsiębiorstwami niebędącymi konkurującymi wytwórcami produktów, które mogą być ulepszone lub zastąpione wynikami prac badawczo-rozwojowych, wykluczają zasady konkurencji w sferze prac badawczo-rozwojowych tylko w szczególnych okolicznościach. Dlatego właściwe jest umożliwienie takim porozumieniom korzystania z przywileju wyłączenia grupowego, bez względu na udział rynkowy, i skierowania takich wyjątkowych spraw na zasadzie wycofania tego przywileju. Natomiast tylko w szczególnych przypadkach należy cofnąć przywilej wyłączenia.

(21) Ze względu na to, że porozumienia o badaniach i rozwoju często mają charakter długoterminowy, szczególnie jeśli współpraca obejmuje wykorzystanie wyników, właściwe jest ustalenie okresu ważności rozporządzenia na 10 lat.

(22) Rozporządzenie pozostaje bez uszczerbku dla stosowania art. 82 Traktatu.

(23) Zgodnie z zasadą primatu prawa wspólnotowego żaden środek podjęty w zastosowaniu krajowych ustaw dotyczących ochrony konkurencji nie może naruszać jednolitego stosowania wspólnotowych zasad konkurencji na obszarze Wspólnego Rynku lub pełnemu oddziaływaniu wszelkich środków podjętych w celu wykonania tych reguł, włączając w to niniejsze rozporządzenie.

PRZYJMUJE NINIEJSZE ROZPORZĄDZENIE:

Artykuł 1 **Wyłączenie**

1. Na podstawie art. 81 ust. 3 Traktatu i przepisów niniejszego rozporządzenia stwierdza się, że art. 81 ust. 1 Traktatu nie ma zastosowania do porozumień zawartych między dwoma lub więcej przedsiębiorstwami (zwanymi dalej: stronami), odnoszącymi się do warunków, na jakich przedsiębiorstwa te podejmują:

- a) wspólne prace badawczo-rozwojowe produktów i technologii oraz wspólne korzystanie z wyników tych prac;
- b) wspólne wykorzystywanie wyników prac badawczo-rozwojowych w dziedzinie produktów lub technologii, prowadzonych wspólnie w myśl porozumienia zawartego wcześniej między tymi samymi stronami;
- c) wspólne prace badawczo-rozwojowe w dziedzinie produktów i technologii, z wyłączeniem wspólnego korzystania z wyników tych prac.

Wyłączenie to stosuje się w zakresie, w jakim porozumienia te (zwane dalej porozumieniami o badaniach i rozwoju) zawierają ograniczenia konkurencji objęte zakresem art. 81 ust. 1.

2. Wyłączenie przewidziane w ust. 1 ma zastosowanie także do postanowień zawartych w porozumieniach o badaniach i rozwoju, które nie stanowią ich głównego celu, lecz są bezpośrednio związane i niezbędne dla ich wykonywania, jak zobowiązanie do nieprowadzenia, przez okres wykonywania porozumienia, niezależnie lub razem z innymi stronami, prac badawczo-rozwojowych w obszarze, którego porozumienie dotyczy lub w obszarze ściśle z nim związanym.

Akapit pierwszy nie ma jednak zastosowania do postanowień, które mają taki sam cel, jak ograniczenia konkurencji wyliczone w art. 5 ust. 1.

Artykuł 2 Definicje

Dla celów niniejszego rozporządzenia:

- 1) „porozumienie” oznacza porozumienie, decyzję związku przedsiębiorstw lub praktykę uzgodnioną;
- 2) „przedsiębiorstwa uczestniczące” oznaczają przedsiębiorstwa będące stronami porozumienia o badaniach i rozwoju oraz ich odpowiednie przedsiębiorstwa powiązane;
- 3) „przedsiębiorstwa powiązane” oznaczają:
 - a) przedsiębiorstwa, w których strona porozumienia, bezpośrednio lub pośrednio:
 - i) jest uprawniona do dysponowania więcej niż połową praw do głosowania;
 - ii) jest uprawniona do mianowania więcej niż połowy członków rady nadzorczej, zarządu lub organów ustawowo uprawnionych do reprezentowania przedsiębiorstwa; lub
 - iii) ma prawo zarządzać sprawami przedsiębiorstwa;
 - b) przedsiębiorstwa, które, bezpośrednio lub pośrednio, dysponują wobec strony porozumienia prawami lub uprawnieniami wymienionymi w lit. a);
 - c) przedsiębiorstwa, w których przedsiębiorstwo określone w lit. b), bezpośrednio lub pośrednio, dysponuje prawami lub uprawnieniami wymienionymi w lit. a);
 - d) przedsiębiorstwa, w których strona porozumienia razem z jednym lub wieloma przedsiębiorstwami wymienionymi w lit. a), b) lub c), bądź w którym dwa lub więcej tych przedsiębiorstw wspólnie dysponują prawami lub uprawnieniami wymienionymi w lit. a);
 - e) przedsiębiorstwa, w których prawami lub uprawnieniami wymienionymi w lit. a) dysponują łącznie:
 - i) strony porozumienia lub ich odpowiednio powiązane przedsiębiorstwa określone w lit. a)–d); lub
 - ii) jedna lub więcej stron porozumienia lub jedno lub więcej ich przedsiębiorstw powiązanych określonych w lit. a)–d) lub jedna lub więcej stron trzecich;
- 4) „prace badawczo-rozwojowe” oznaczają pozyskiwanie know-how odnoszącej się do produktów lub technologii oraz prowadzenie teoretycznych analiz, systematycznych studiów lub doświadczeń, włączając w to produkcję eksperymentalną, techniczne testowanie produktów lub technologii, pozyskiwanie koniecznego oprzyrządowania oraz uzyskiwanie praw własności intelektualnej na ich wynikach;
- 5) „produkt” oznacza towar i/lub usługę, włączając w to zarówno towary i/lub usługi pośrednie, jak i towary i/lub usługi finalne;
- 6) „technologia umowna” oznacza technologię lub proces powstały w wyniku wspólnych prac badawczo-rozwojowych;
- 7) „produkt objęty umową” oznacza produkt powstały ze wspólnych prac badawczo-rozwojowych bądź wytworzony lub dostarczony w związku z zastosowaniem technologii umownej;
- 8) „wykorzystanie wyników” oznacza produkcję lub dystrybucję produktów objętych umową lub zastosowanie umownych technologii bądź przeniesienie praw własności intelektualnej lub udzielenie licencji na te prawa, bądź też udostępnianie know-how wymaganej do takiej produkcji lub stosowania;
- 9) „prawa własności intelektualnej” obejmują prawa własności przemysłowej, prawa autorskie oraz prawa pokrewne;
- 10) „know-how” oznacza zbiór nieopatentowanych, praktycznych informacji wywodzących się z doświadczeń i testów, które są tajne, istotne oraz zidentyfikowane: w tym kontekście „tajny” oznacza, że know-how nie jest ogólnie znany lub powszechnie dostępny; „istotny” oznacza, że dany wycinek know-how zawiera informacje, które są niezbędne dla wytwarzania produktów objętych umową lub zastosowania umownych technologii; „zidentyfikowany” oznacza, iż know-how jest określana w sposób wystarczająco zrozumiały, aby można było to zweryfikować dla zbadania czy wypełnia kryteria tajności i istotności;
- 11) prace badawczo-rozwojowe lub korzystanie z wyników są wykonywane „wspólnie”, jeśli zaangażowana praca jest:
 - a) wykonywana przez wspólny zespół, organizację lub przedsiębiorstwo;
 - b) wspólnie powierzona stronie trzeciej; lub
 - c) rozdzielona między strony w formie specjalizacji prac badawczych, rozwojowych, produkcji lub dystrybucji;

12) „przedsiębiorstwo konkurujące” oznacza każde przedsiębiorstwo dostarczające produkt, który może być ulepszony lub zastąpiony przez produkt objęty umową (konkurent rzeczywisty), lub każde przedsiębiorstwo, które przy realnych założeniach mogłoby przedsięwziąć dodatkowe inwestycje lub inne konieczne koszty dostosowawcze, tak aby móc dostarczyć taki produkt w odpowiedzi na mały i stały wzrost odnośnych cen (konkurent potencjalny);

13) „rynek właściwy dla produktów objętych umową” oznacza rynek (rynk) właściwy dla produktów lub geograficznie, do którego lub do których należą produkty objęte umową.

Artykuł 3

Warunki wyłączenia

1. Wyłączenie przewidziane w art. 1 stosuje się z zastrzeżeniem warunków przewidzianych w ust. 2–5 niniejszego artykułu.
2. Wszystkie strony muszą mieć dostęp do wyników wspólnych prac badawczo-rozwojowych dla celów dalszych badań lub korzystania z tych wyników. Jednakże instytucje badawcze, instytucje akademickie lub przedsiębiorstwa, które prowadzą prace badawczo-rozwojowe na zasadzie komercyjnego świadczenia usług, nie będąc stale aktywnym w wykorzystaniu wyników prac, mogą zgodzić się na ograniczenie użycia wyników prac badawczo-rozwojowych tylko do celów dalszych badań.
3. Bez uszczerbku dla ust. 2, jeśli porozumienie o badaniach i rozwoju przewiduje tylko wspólne prowadzenie prac badawczo-rozwojowych, każda ze stron musi pozostać niezależna w zakresie korzystania z wyników wspólnych prac badawczo-rozwojowych oraz istniejącej wcześniej know-how, niezbędnej w celu takiego wykorzystania. Takie prawo wykorzystania może być ograniczone do jednego lub więcej technicznych obszarów zastosowania, jeśli strony nie są przedsiębiorstwami konkurującymi w chwili zawierania porozumienia o badaniach i rozwoju.
4. Jakikolwiek wspólny korzystanie musi dotyczyć wyników chronionych przez prawa własności intelektualnej lub stanowiących know-how, które istotnie przyczyniają się do postępu technicznego i gospodarczego, przy czym wyniki te muszą być decydujące dla wytwarzania produktów objętych umową lub stosowania technologii umownych.
5. Od przedsiębiorstw obciążonych wytwarzaniem w formie specjalizacji produkcji należy wymagać, aby realizowały zamówienia na dostawy pochodzące od wszystkich stron, z wyjątkiem sytuacji, gdy porozumienie o badaniach i rozwoju przewiduje także wspólną dystrybucję.

Artykuł 4

Progi udziałów rynkowych i okres wyłączenia

1. Jeśli przedsiębiorstwa uczestniczące nie są przedsiębiorstwami konkurującymi, wyłączenie przewidziane w art. 1 stosuje się przez czas trwania prac badawczo-rozwojowych. Jeśli wyniki prac są wspólnie wykorzystywane, wyłączenie stosuje się nadal przez 7 lat od chwili, gdy produkty objęte umową są po raz pierwszy wprowadzone do obrotu na wspólnym rynku.
2. Jeśli dwa lub więcej przedsiębiorstw uczestniczących są przedsiębiorstwami konkurującymi, wyłączenie przewidziane w art. 1 stosuje się przez czas określony ust. 1 tylko wtedy, gdy w czasie obowiązywania porozumienia o badaniach i rozwoju, łączny udział rynkowy przedsiębiorstw uczestniczących nie przekracza 25% rynku właściwego dla produktów, które mogą być ulepszone lub zastąpione przez produkty objęte umową.
3. Po zakończeniu okresu określonego w ust. 1 wyłączenie stosuje się nadal przez taki czas, w którym łączny udział rynkowy przedsiębiorstw uczestniczących nie przekracza 25% rynku właściwego dla produktów objętych umową.

Artykuł 5

Porozumienia nieobjęte wyłączeniem

1. Wyłączenie przewidziane w art. 1 nie ma zastosowania do porozumień o badaniach i rozwoju, które, bezpośrednio lub pośrednio, samodzielnie lub w powiązaniu z innymi czynnikami, na które strony mają wpływ, mają na celu:
 - a) ograniczenie swobody uczestniczenia przedsiębiorstw w prowadzeniu prac badawczo-rozwojowych samodzielnie lub we współpracy ze stronami trzecimi w dziedzinie niezwiązanej z tą, do której odnoszą

się prace badawczo-rozwojowe objęte porozumieniem, bądź, po ich zakończeniu, w dziedzinie, której prace dotyczą lub innej pokrewnej;

b) zakaz podważania po zakończeniu prac badawczo-rozwojowych, ważności praw własności intelektualnej wykonywanych przez strony na wspólnym rynku i odpowiednich do prac badawczo-rozwojowych, bądź po wygaśnięciu porozumienia o badaniach i rozwoju ważności praw własności intelektualnej wykonywanych przez strony na wspólnym rynku oraz chroniących wyniki prac badawczo-rozwojowych, z uwzględnieniem możliwości zapewnienia zakończenia porozumienia o badaniach i rozwoju, w przypadku gdy jedna ze stron kwestionuje ważność takich praw własności intelektualnej;

c) ograniczenie produkcji lub sprzedaży;

d) ustalenie cen sprzedaży produktu objętego umową osobom trzecim;

e) ograniczenie dotyczące konsumentów, którzy mogą być obsługiwani przez uczestniczące przedsiębiorstwa, po upływie 7 lat od chwili wprowadzenia produktów objętych umową na wspólny rynek po raz pierwszy;

f) zakaz prowadzenia biernej sprzedaży produktów objętych umową na terytoriach zarezerwowanych dla innych stron;

g) zakaz wprowadzania produktów objętych umową na rynek lub prowadzenie wobec nich polityki aktywnej sprzedaży na tych terytoriach w ramach wspólnego rynku, które są zastrzeżone dla innych stron, po upływie 7 lat od chwili wprowadzenia produktów objętych umową na wspólny rynek po raz pierwszy;

h) wymóg nieudzielania stronom trzecim licencji na wytwarzanie produktów objętych umową lub stosowania umownych technologii, jeśli korzystanie z wyników prac badawczo-rozwojowych przez przynajmniej jedną ze stron nie jest przewidziane lub nie jest wykonywane;

i) wymóg odmowy zaspokojenia popytu ze strony tych użytkowników lub odsprzedawców na ich odpowiednich terytoriach, którzy sprzedawaliby produkty objęte umową na innych obszarach w ramach wspólnego rynku; lub

j) wymóg mający na celu utrudnianie użytkownikom lub odsprzedawcom uzyskania produktów objętych umową od innych odsprzedawców w ramach wspólnego rynku, w szczególności wykonywanie praw własności intelektualnej w taki sposób, bądź podejmowanie takich środków, aby uniemożliwić użytkownikom lub odsprzedawcom otrzymanie lub wprowadzenie na wspólny rynek produktów, które zostały zgodnie z prawem wprowadzone już do obrotu we Wspólnocie przez inną stronę lub za jej pozwoleniem.

2. Ustęp 1 nie ma zastosowania do:

a) ustalania celów produkcji, jeśli wykorzystywanie wyników obejmuje wspólne wytwarzanie produktów objętych umową;

b) ustalenia celów sprzedaży oraz cen pobieranych od bezpośrednich klientów, jeśli wykorzystanie wyników prac badawczo-rozwojowych obejmuje wspólną dystrybucję produktów objętych umową.

Artykuł 6

Stosowanie progu udziałów rynkowych

1. Dla celów stosowania progu udziałów rynkowych przewidzianego w art. 4 stosuje się następujące zasady:

a) udział rynkowy oblicza się na podstawie wartości sprzedaży rynkowej; jeżeli dane dotyczące wartości sprzedaży rynkowej nie są dostępne, dla ustalenia udziału w rynku przedsiębiorstw uczestniczących można wykorzystać dane szacunkowe oparte na innych wiarygodnych informacjach rynkowych, włączając wielkość sprzedaży;

b) udział rynkowy jest obliczany na podstawie danych odnoszących się do poprzedniego roku kalendarzowego;

c) udział rynkowy przedsiębiorstwa określonego w art. 2 ust. 3 lit. e) jest zaliczany w częściach równych każdemu przedsiębiorstwu dysponującemu prawami lub uprawnieniami wymienionymi w art. 2 ust. 3 lit. a).

2. Jeżeli udział rynkowy określony w art. 4 ust. 3 początkowo nie przekracza 25%, ale następnie rośnie ponad ten próg, nie przekraczając jednak 30%, wyłączenie przewidziane w art. 1 stosuje się w dalszym

ciągu przez okres dwóch następnych lat kalendarzowych po upływie roku, w którym próg 25% został przekroczony po raz pierwszy.

3. Jeżeli udział rynkowy, o którym mowa w art. 4 ust. 3, początkowo nie przekracza 25%, ale następnie rośnie do poziomu ponad 30%, wyłączenie przewidziane w art. 1 ma w dalszym ciągu zastosowanie przez okres jednego roku kalendarzowego po upływie roku, w którym próg 30% został przekroczony po raz pierwszy;

4. Przywileje wynikające z ust. 2 i 3 nie mogą być połączone tak, że przekroczą okres dwóch lat kalendarzowych.

Artykuł 7 **Cofnięcie wyłączenia**

Zgodnie z art. 7 rozporządzenia EWG nr 2821/71 Komisja może, z własnej inicjatywy lub na wniosek Państwa Członkowskiego albo osoby fizycznej lub prawnej, mających w tym uzasadniony interes, cofnąć przywilej stosowania niniejszego rozporządzenia, gdy w konkretnym przypadku stwierdzi, że porozumienie wyłączone przez niniejsze rozporządzenie ma jednak skutki, które są niezgodne z warunkami ustanowionymi w art. 81 ust. 3 Traktatu, w szczególności gdy:

- a) istnienie porozumienia o badaniach i rozwoju istotnie ogranicza dostęp stron trzecich do prowadzenia prac badawczo-rozwojowych w odpowiedniej dziedzinie z powodu ograniczonego potencjału badawczego;
- b) ze względu na szczególną strukturę podaży istnienie porozumienia o badaniach i rozwoju istotnie ogranicza dostęp stron trzecich do rynku produktów objętych umową;
- c) bez żadnej obiektywnie ważnej przyczyny, strony nie korzystają z wyników wspólnych prac badawczo-rozwojowych;
- d) produkty objęte umową nie są poddane na wspólnym rynku lub jego istotnej części skutecznej konkurencji produktów identycznych lub produktów uznawanych przez konsumentów za ekwiwalentne pod względem ich właściwości, ceny i celu używania;
- e) istnienie porozumienia o badaniach i rozwoju eliminowałoby skuteczną konkurencję w pracach badawczo-rozwojowych na określonym rynku.

Artykuł 8 **Okres przejściowy**

Zakaz ustanowiony w art. 81 ust. 1 Traktatu nie ma zastosowania przez okres od dnia 1 stycznia 2001 r. do dnia 30 czerwca 2002 r. w odniesieniu do porozumień będących w mocy w dniu 31 grudnia 2000 r., które nie spełniają przesłanek wyłączenia przewidzianego przez niniejsze rozporządzenie, ale spełniają przesłanki rozporządzenia (EWG) nr 418/85.

Artykuł 9 **Okres obowiązywania rozporządzenia**

Niniejsze rozporządzenie wchodzi w życie z dniem 1 stycznia 2001 r.

Obowiązuje ono do dnia 31 grudnia 2010 r.

Niniejsze rozporządzenie wiąże w całości i jest bezpośrednio stosowane we wszystkich Państwach Członkowskich.

Sporządzono w Brukseli, dnia 29 listopada 2000 r.

W imieniu Komisji

Mario Monti

Członek Komisji

Obwieszczenie Komisji
Wytyczne w sprawie stosowania art. 81 Traktatu WE do horyzontalnych porozumień kooperacyjnych
(2001/C 3/02)

(Dz. U. WE 2001 C 3/2; Dz. U. UE Polskie Wyd. Specjalne, Rozdz. 08, tom 02, s. 25)

1. WPROWADZENIE

1.1. Cel

1. W niniejszych wytycznych zawarto zasady dokonywania oceny horyzontalnych porozumień kooperacyjnych w świetle art. 81 Traktatu. Współpraca ma „charakter horyzontalny”, jeśli stronami porozumienia lub uzgodnionej praktyki są przedsiębiorstwa działające na tym samym poziomie lub poziomach na rynku. W większości przypadków współpraca horyzontalna polega na współpracy między konkurentami. Obejmuje ona, na przykład takie dziedziny, jak badania i rozwój (R&D^{*}), produkcja, zamówienia czy komercjalizacja.

2. Współpraca horyzontalna może prowadzić do powstania problemów w dziedzinie konkurencji. Tak dzieje się na przykład w przypadku gdy strony porozumienia kooperacyjnego podejmują decyzję o ustalaniu cen lub produkcji czy też o podziale rynków, lub gdy współpraca pozwala stronom utrzymywać, pozyskiwać lub zwiększać siłę rynkową, a przez to wywiera negatywny wpływ na rynek w odniesieniu do cen, produkcji, innowacji lub różnorodności i jakości produktów.

3. Z drugiej strony współpraca horyzontalna może prowadzić do uzyskania znaczących korzyści gospodarczych. Przedsiębiorstwa muszą określić swoje stanowisko wobec rosnącej presji konkurencyjnej, zmieniających się wskutek globalizacji warunków rynkowych, szybkości postępu technologicznego oraz zasadniczo bardziej dynamicznego charakteru rynków. Współpraca może okazać się sposobem na zmniejszenie ryzyka, oszczędność kosztów, gromadzenie know-how i szybsze wprowadzanie innowacji na rynek. Zwłaszcza dla małych i średnich przedsiębiorstw współpraca jest ważnym środkiem w przystosowywaniu się do zmieniającej się sytuacji na rynku.

4. Wiedząc o możliwości generowania przez współpracę korzyści gospodarczych, Komisja musi zapewnić istnienie skutecznej konkurencji. Artykuł 81 zawiera ramy prawne dla dokonania wyważonej oceny uwzględniającej zarówno skutki antykonkurencyjne, jak i korzyści gospodarcze.

5. W przeszłości Komisja wydała dwa obwieszczenia oraz dwa rozporządzenia w sprawie wyłączeń grupowych, w których zawarła wytyczne dotyczące oceny współpracy horyzontalnej w świetle art. 81. Rozporządzenie Komisji (EWG) nr 417/85¹ ostatnio zmienione rozporządzeniem (WE) nr 2236/97² oraz rozporządzenie Komisji (EWG) nr 418/85³ ostatnio zmienione rozporządzeniem (WE) nr 2236/97 przewidywały wyłączenie, odpowiednio, niektórych form porozumień specjalizacyjnych i porozumień o badaniach i rozwoju (R&D). Te dwa rozporządzenia zostały obecnie zastąpione rozporządzeniem Komisji (WE) nr 2658/2000 z dnia 29 listopada 2000 r. w sprawie stosowania art. 81 ust. 3 Traktatu do kategorii porozumień specjalizacyjnych⁴ („rozporządzenie w sprawie wyłączeń grupowych w zakresie porozumień specjalizacyjnych”) oraz rozporządzeniem Komisji (WE) nr 2659/2000 z dnia 29 listopada 2000 r. w sprawie stosowania art. 81 ust. 3 Traktatu do kategorii porozumień o badaniach i rozwoju⁵ („rozporządzenie w sprawie wyłączeń grupowych w zakresie porozumień R&D”). Dwa wspomniane obwieszczenia zawierały wytyczne dotyczące niektórych typów porozumień kooperacyjnych nieobjętych zakresem art. 81⁶ oraz oceny kooperacyjnych wspólnych przedsiębiorstw (*joint venture*)⁷.

6. Zmieniająca się sytuacja na rynkach prowadzi do coraz większego zróżnicowania i wykorzystania współpracy horyzontalnej. Dlatego też potrzebne są pełniejsze i aktualne wytyczne, które poprawią jas-

* Tłumaczenie oficjalne posługuje się angielskim skrótem R&D, jednak w krajowej literaturze powszechnie używany jest polski skrót badań i rozwoju, tj. B&R

¹ Dz. U. L 53 z 22.2.1985, s. 1.

² Dz. U. L 306 z 11.11.1997, s. 12.

³ Dz. U. L 53 z 22.2.1985, s. 5.

⁴ Dz. U. L 304 z 5.12.2000, s. 3.

⁵ Dz. U. L 304 z 5.12.2000, s. 7.

⁶ Dz. U. C 75 z 29.7.1968, s. 3.

⁷ Dz. U. C 43 z 16.2.1993, s. 2.

ność i przejrzystość stosowania art. 81 w tym obszarze. W ramach oceny należy położyć większy nacisk na kryteria ekonomiczne, ażeby lepiej odzwierciedlić rozwój praktyki stosowania prawa i orzecznictwa Trybunału Sprawiedliwości i Sądu Pierwszej Instancji Wspólnot Europejskich.

7. Celem niniejszych wytycznych jest przedstawienie analitycznych ram dla najczęściej spotykanych rodzajów współpracy horyzontalnej. Ramy te zasadniczo opierają się na kryteriach ułatwiających analizę gospodarczego kontekstu porozumienia kooperacyjnego. Kryteria ekonomiczne, takie jak siła rynkowa stron czy inne czynniki związane ze strukturą rynku są kluczowym elementem oceny potencjalnego wpływu danej współpracy na rynek i w związku z tym kluczowym elementem oceny dokonywanej w świetle art. 81. Zważywszy na ogromną różnorodność typów i kombinacji współpracy horyzontalnej oraz okoliczności rynkowych, w jakich współpraca ta jest prowadzona, niemożliwością jest dostarczenie konkretnych odpowiedzi na każdy możliwy scenariusz. Niemniej przedstawione tu ramy analityczne oparte na kryteriach ekonomicznych pomogą przedsiębiorstwom ocenić zgodność poszczególnych porozumień kooperacyjnych z art. 81.

8. Niniejsze wytyczne nie tylko zastępują obwieszczenia wspomniane w ust. 5, ale także obejmują szerszy zakres najbardziej powszechnych rodzajów porozumień horyzontalnych. Uzupełniają one rozporządzenie w sprawie wyłączeń grupowych w zakresie porozumień R&D oraz rozporządzenie w sprawie wyłączeń grupowych w zakresie porozumień specjalizacyjnych.

1.2. Zakres wytycznych

9. Wytyczne obejmują porozumienia lub praktyki uzgodnione (zwane dalej „porozumieniami”), które są zawierane między dwoma lub większą liczbą przedsiębiorstw działających na tym samym poziomie lub poziomach rynku, np. na tym samym poziomie produkcji lub dystrybucji. W tym kontekście uwaga jest kierowana na współpracę między konkurentami. Stosowane w niniejszych wytycznych pojęcie „konkurenci” obejmuje zarówno konkurentów rzeczywistych⁸, jak i potencjalnych⁹.

10. Niniejsze wytyczne nie uwzględniają jednak wszystkich możliwych porozumień horyzontalnych. Dotyczą one tylko tych rodzajów współpracy, które potencjalnie generują wzrost efektywności, mianowicie porozumień w zakresie prac badawczo-rozwojowych, produkcji, zakupów, komercjalizacji, normalizacji i ochrony środowiska. Pozostałe rodzaje porozumień horyzontalnych między konkurentami dotyczące, na przykład, wymiany informacji lub objęcia udziałów mniejszościowych, muszą być rozpatrywane osobno.

⁸ Przedsiębiorstwo traktowane jest jako rzeczywisty konkurent, jeśli jest albo aktywne na tym samym rynku właściwym, albo jeśli – w przypadku braku porozumienia – jest w stanie przestawić produkcję na odpowiednie produkty i wprowadzić je do obrotu w krótkim czasie bez ponoszenia istotnych dodatkowych kosztów lub ryzyka w odpowiedzi na niewielki, ale stały wzrost cen względnych (natychmiastowa substytucyjność po stronie podaży). Takie samo rozumowanie może prowadzić do grupowania różnych obszarów geograficznych. Jednak kiedy substytucyjność po stronie pociągałaby za sobą konieczność znacznego dostosowania istniejących środków trwałych oraz wartości niematerialnych i prawnych, dokonania dodatkowych inwestycji, podjęcia strategicznych decyzji lub doświadczenia opóźnień w czasie, przedsiębiorstwo nie będzie traktowane jako konkurent, ale jako potencjalny konkurent (zob. niżej). Zob. obwieszczenie Komisji w sprawie definicji rynku właściwego do celów wspólnotowego prawa konkurencji (Dz. U. C 372 z 9.12.1997, s. 5, ust. 20–23).

⁹ Przedsiębiorstwo traktowane jest jako potencjalny konkurent, jeżeli istnieją dowody na to, że – w przypadku braku porozumienia – przedsiębiorstwo to mogłoby przeprowadzić i prawdopodobnie przeprowadziłoby konieczne dodatkowe inwestycje lub poniosło inne niezbędne koszty przekierowania działalności, tak aby móc wejść na rynek właściwy w odpowiedzi na niewielki, ale stały wzrost cen względnych. Ocena taka musi opierać się na realnych podstawach, bowiem jedynie teoretyczna możliwość wejścia na rynek jest niewystarczająca (zob. obwieszczenie Komisji w sprawie definicji rynku właściwego do celów wspólnotowego prawa konkurencji (ust. 24); zob. również trzynasty raport Komisji w sprawie polityki konkurencji, punkt 55, a także decyzję Komisji 90/410/EWG w sprawie *Elopak/Metal Box-Odin* (Dz. U. L 209 z 8. 8.1990, s. 15). Wejście na rynek musi odbywać się dostatecznie szybko, ażeby groźba potencjalnego wejścia ograniczyła zachowanie uczestników rynku. Zwykle oznacza to, że wejście na rynek musi nastąpić w krótkim okresie. W wytycznych w sprawie ograniczeń wertykalnych (Dz. U. C 291 z 13.10.2000, s. 1, ust. 26) jest mowa o okresie o długości maksymalnie 1 roku dla celów stosowania rozporządzenia w sprawie wyłączeń grupowych w przypadku ograniczeń wertykalnych (zob. przypis nr 11). Niemniej w indywidualnych przypadkach można brać pod uwagę dłuższe okresy. Jako miara w określaniu długości takiego okresu może posłużyć czas potrzebny działającym już na rynku przedsiębiorstwom na dostosowanie swoich zdolności.

11. Porozumienia, które są zawierane między przedsiębiorstwami działającymi na różnym poziomie łańcucha produkcji i dystrybucji, innymi słowy porozumienia wertykalne, zostały z założenia wyłączone z zakresu niniejszych wytycznych i omówione w rozporządzeniu Komisji (WE) nr 2790/1999¹⁰ („rozporządzenie w sprawie wyłączeń grupowych w przypadku ograniczeń wertykalnych”) oraz w wytycznych w sprawie ograniczeń wertykalnych¹¹. Jednak w zakresie, w jakim porozumienia wertykalne, np. porozumienia dystrybucyjne, są zawierane między konkurentami, wpływ danego porozumienia na rynek oraz potencjalne problemy w dziedzinie konkurencji mogą być podobne do wpływu i problemów powodowanych przez porozumienia horyzontalne. Dlatego porozumienia te należy oceniać zgodnie z zasadami opisanymi w niniejszych wytycznych. Nie wyłącza to możliwości dodatkowego wykorzystania w przypadku tych porozumień wertykalnych w sprawie ograniczeń wertykalnych do dokonania oceny ograniczeń wertykalnych zawartych w takich porozumieniach¹².

12. Porozumienia mogą łączyć różne etapy współpracy, na przykład R&D z produkcją ich rezultatów. Jeśli porozumienia te nie wchodzą w zakres rozporządzenia Rady (EWG) nr 4064/89 z dnia 21 grudnia 1989 r. w sprawie kontroli koncentracji przedsiębiorstw¹³, ostatnio zmienionego rozporządzeniem (WE) nr 1310/97¹⁴ („rozporządzenie w sprawie połączeń”), są one regulowane przez niniejsze wytyczne. Środek ciężkości współpracy decyduje, która sekcja niniejszych wytycznych stosuje się do danego porozumienia. Aby określić środek ciężkości należy w szczególności wziąć pod uwagę dwa czynniki: po pierwsze, moment rozpoczęcia współpracy oraz, po drugie, stopień zintegrowania różnych funkcji, które są łączone. Współpraca obejmująca zarówno wspólne prace R&D, jak i wspólną produkcję wyników, powinna zatem podlegać pod sekcję „Porozumienia o badaniach i rozwoju”, jako że wspólna produkcja jest warunkowana pomyślnym prowadzeniem wspólnych prac R&D. Oznacza to, że wyniki wspólnych prac R&D mają decydujące znaczenie dla produkcji. Porozumienie R&D może być zatem uznane za punkt wyjścia współpracy. Ocena ta uległaby zmianie, gdyby porozumienie przewidywało pełną integrację w obszarze produkcji i jedynie częściową integrację niektórych prac R&D. W takim przypadku potencjalne skutki ograniczające konkurencję oraz korzyści ekonomiczne ze współpracy byłyby w dużej mierze związane ze wspólną produkcją, a porozumienie byłoby wówczas oceniane według zasad przedstawionych w sekcji „Porozumienia o produkcji”. Bardziej złożone porozumienia, na przykład aliansy strategiczne, które łączą szereg różnych obszarów i instrumentów współpracy na różnorakie sposoby, nie są objęte zakresem niniejszych wytycznych. Ocena poszczególnych obszarów współpracy w ramach aliansu może zostać dokonana przy pomocy odpowiedniego rozdziału wytycznych. Złożone porozumienia muszą być jednak analizowane również całościowo. Z uwagi na możliwość łączenia w ramach aliansu różnorodnych obszarów, niemożliwe jest udzielenie ogólnej wskazówki co do przeprowadzenia takiej całościowej oceny. Alianse lub inne formy współpracy, które opierają się przede wszystkim na deklarowaniu woli, nie podlegają ocenie w świetle zasad konkurencji tak długo, jak długo nie mają precyzyjnie określonego zakresu.

13. Kryteria przedstawione w niniejszych wytycznych stosuje się do współpracy dotyczącej zarówno towarów jak i usług, zbiorczo określanych mianem „produktów”. Niemniej wytyczne nie znajdują zastosowania w takim zakresie, w jakim stosowane są uregulowania sektorowe, na przykład w przypadku rolnictwa, transportu lub ubezpieczeń¹⁵. Również działania, które są objęte zakresem rozporządzenia w sprawie połączeń nie podlegają niniejszym wytycznym.

¹⁰ Dz. U. L 336 z 29.12.1999, s. 21.

¹¹ Dz. U. C 291 z 13.10.2000, s. 1.

¹² Rozgraniczenie pomiędzy porozumieniami horyzontalnymi i wertykalnymi zostanie szerzej omówione w rozdziałach poświęconych wspólnym zakupom (Rozdział 4) i wspólnej komercjalizacji (Rozdział 5). Zob. również ust. 26 i 29 wytycznych w sprawie ograniczeń wertykalnych.

¹³ Dz. U. L 395 z 30.12.1989, s. 1. Wersja poprawiona: Dz. U. L 257 z 21.9.1990, s. 13.

¹⁴ Dz. U. L 180 z 9. 7.1997, s. 1.

¹⁵ Rozporządzenie Rady 26/62 (Dz. U. 30 z 20.4.1962, s. 993) (rolnictwo); Rozporządzenie Rady (EWG) nr 1017/68 (Dz. U. L 175 z 23.7.1968, s. 1) (transport kolejowy, drogowy i żegluga śródlądowa); Rozporządzenie Rady (EWG) nr 4056/86 (Dz. U. L 378 z 31.12.1986, s. 4) (transport morski); Rozporządzenie Rady (EWG) nr 3975/87 (Dz. U. L 374 z 31.12.1987, s. 1) (transport lotniczy); Rozporządzenie Rady (EWG) nr 3976/87 (Dz. U. L 374 z 31.12.1987, s. 9) (transport lotniczy); Rozporządzenie Komisji (EWG) nr 1617/93 (Dz. U. L 155 z 26. 6.1993, s. 18) (wyłączenie grupowe w zakresie wspólnego planowania i koordynacji rozkładów, wspólnych przedsięwzięć i konsultacji w sprawie taryf pasażerskich i towarowych w regularnych usługach lotniczych oraz przydziału czasu na strat lub lądowanie); Rozporządzenie Rady

14. Artykuł 81 stosuje się jedynie do tych horyzontalnych porozumień kooperacyjnych, które mogą wpływać na wymianę handlową między Państwami Członkowskimi. Wytyczne te nie dotyczą analizy możliwości wywierania przez dane porozumienie wpływu na wymianę handlową. Dlatego też poniższe zasady dotyczące zastosowania art. 81 opierają się na założeniu, że porozumienia te mają wpływ na wymianę handlową między Państwami Członkowskimi. Jednak w praktyce kwestię tę należy rozważyć osobno w każdym przypadku.

15. Artykuł 81 nie stosuje się do porozumień o mniejszym znaczeniu, gdyż nie są one w stanie odczuwalnie ograniczyć konkurencji pod względem celu lub skutku. Niniejsze wytyczne pozostają bez uszczerbku dla stosowania obecnych lub przyszłych obwieszczeń dotyczących zasady *de minimis*¹⁶.

16. Ocena w świetle art. 81, przedstawiona w niniejszych wytycznych, pozostaje bez uszczerbku dla możliwości równoległego stosowania art. 82 Traktatu do horyzontalnych porozumień kooperacyjnych. Ponadto wytyczne te nie naruszają wykładni, jaka może zostać wydana przez Sąd Pierwszej Instancji i Trybunał Sprawiedliwości Wspólnot Europejskich w odniesieniu do stosowania art. 81 do horyzontalnych porozumień kooperacyjnych.

1.3. Podstawowe zasady oceny w świetle art. 81

1.3.1. Artykuł 81 ust. 1

17. Artykuł 81 ust. 1 stosuje się do horyzontalnych porozumień kooperacyjnych, których celem lub skutkiem jest zapobieżenie, ograniczenie lub zakłócenie konkurencji (zwane dalej „ograniczeniami konkurencji”).

18. W niektórych przypadkach charakter współpracy wskazuje już od samego początku na zastosowanie art. 81 ust. 1. Tak dzieje się w przypadku porozumień, które mają na celu ograniczanie konkurencji poprzez ustalanie cen, ograniczanie produkcji bądź podział rynków lub klientów. Uznaje się, że takie porozumienia wywierają negatywny wpływ na rynek. Dlatego nie jest konieczne zbadanie ich rzeczywistych skutków na konkurencję i rynek w celu dowiedzenia, że są one objęte zakresem art. 81 ust. 1.

19. Jednak wiele horyzontalnych porozumień kooperacyjnych nie ma na celu ograniczania konkurencji. Dlatego konieczna jest analiza skutków danego porozumienia. W przypadku takiej analizy nie wystarczy, że dane porozumienie ogranicza konkurencję między stronami. Musi ono również wskazywać na możliwość oddziaływania na konkurencję na rynku w takim zakresie, że można oczekiwać negatywnych skutków na rynku w odniesieniu do cen, produkcji, innowacji bądź różnorodności lub jakości towarów i usług.

20. Możliwość wywoływania przez porozumienie takich negatywnych skutków na rynku zależy od kontekstu gospodarczego, uwzględniającego zarówno charakter porozumienia, jak i łączną siłę rynkową stron, która określa – wraz z innymi czynnikami strukturalnymi – zdolność wpływania współpracy na całą konkurencję w tak znacznym stopniu.

Charakter porozumienia

21. Charakter porozumienia wiąże się z takimi czynnikami jak obszar i cel współpracy, konkurencyjne relacje między stronami oraz zakres, w jakim łączą one swoje działania. Czynniki te wskazują prawdopodobieństwo koordynowania przez strony ich zachowania na rynku.

22. Istnieje mniejsze prawdopodobieństwo zawierania ograniczeń w odniesieniu do cen i produkcji w niektórych rodzajach porozumień, na przykład większości porozumień R&D lub porozumień kooperacyjnych nakierowanych na ustanowienie norm lub poprawę warunków ochrony środowiska. Jeśli takie rodzaje porozumień wywierają jakiegokolwiek negatywne skutki, to najprawdopodobniej na innowacyjność lub różnorodność produktów. Mogą one również wywoływać problemy związane z ograniczeniem możliwości dostępu do rynku.

23. Inne rodzaje współpracy, na przykład porozumienia o produkcji lub zakupie, zwykle prowadzą do pewnego stopnia wspólności kosztów (całkowitych). Jeśli stopień ten jest znaczny, strony mogą łatwiej

(EWG) nr 479/92 (Dz. U. L 55 z 29.2.1992, s. 3) (kompanie liniowe); Rozporządzenie Komisji (WE) nr 870/95 (Dz. U. L 89 z 21.4.1995, s. 7) (wyłączenie grupowe obejmujące niektóre porozumienia między towarzystwami żeglugi liniowej); Rozporządzenie Rady (EWG) nr 1534/91 (Dz. U. L 143 z 7.6.1991, s. 1) (sektor ubezpieczeniowy); Rozporządzenie Komisji (EWG) nr 3932/92 (Dz. U. L 398 z 31.12.1992, s. 7) (wyłączenie grupowe obejmujące niektóre porozumienia w sektorze ubezpieczeniowym).

¹⁶ Zob. Obwieszczenie w sprawie porozumień o niewielkim znaczeniu (Dz. U. C 372 z 9.12.1997, s. 13).

koordynować ceny na rynku i produkcję. Znaczny stopień wspólności kosztów może zostać osiągnięty jedynie pod pewnymi warunkami: po pierwsze, obszar współpracy, np. produkcja i zakupy, musi odpowiadać za dużą część kosztów całkowitych na danym rynku; po drugie, strony muszą w znaczącym zakresie połączyć swoje działania w obszarze współpracy. Tak dzieje się na przykład w sytuacji, gdy strony wspólnie produkują lub kupują ważny półprodukt lub dużą część swojej całkowitej produkcji wyrobu gotowego.

Porozumienia nieobjęte zakresem art. 81 ust. 1

24. Niektóre kategorie porozumień nie są objęte zakresem art. 81 ust. 1 z powodu samego ich charakteru. Zwykle dotyczy to współpracy, która nie implikuje koordynacji konkurencyjnego zachowania stron na rynku, np.:

- współpracy między stronami nie będącymi konkurentami,
- współpraca między konkurującymi przedsiębiorstwami, którzy nie mogą niezależnie realizować projektu lub działalności będących przedmiotem współpracy,
- współpraca dotycząca działalności, która nie wpływa na właściwe parametry konkurencji.

Wymienione kategorie współpracy mogłyby być objęte zakresem art. 81 ust. 1 tylko wówczas, gdyby dotyczyły przedsiębiorstw o znaczącej sile rynkowej¹⁷ oraz mogły wywoływać względem osób trzecich problemy związane z ograniczeniem możliwości dostępu do rynku.

Porozumienia prawie zawsze objęte zakresem art. 81 ust. 1

25. Druga kategoria porozumień może być oceniana od samego początku jako zwykle objęte zakresem art. 81 ust. 1. Dotyczy to porozumień kooperacyjnych, których celem jest ograniczenie konkurencji w drodze ustalania cen, ograniczania produkcji lub podziału rynków lub klientów. Ograniczenia te są uznawane za najbardziej szkodliwe, ponieważ bezpośrednio ingerują w wynik procesu konkurencyjnego. Ustalanie cen i ograniczanie produkcji bezpośrednio prowadzi do płacenia przez konsumentów wyższych cen lub nieotrzymywania pożądaných ilości. Podział rynków lub klientów zmniejsza wybór dostępny klientom i w związku z tym prowadzi również do wyższych cen lub zmniejszonej produkcji. Dlatego można założyć, że ograniczenia te wywierają negatywne skutki na rynek. Są one zatem prawie zawsze zakazane¹⁸.

Porozumienia, które mogą być objęte zakresem art. 81 ust. 1

26. Porozumienia, które nie należą do wspomnianych wyżej kategorii wymagają dalszej analizy, która pozwoli określić, czy są one objęte zakresem art. 81 ust. 1. Analiza musi uwzględniać kryteria związane z rynkiem, takie jak pozycja rynkowa stron i inne czynniki strukturalne.

Siła rynkowa i struktura rynku

27. Punktem wyjścia analizy jest pozycja stron na rynkach, na które wywiera wpływ współpraca. Pozwala to określić prawdopodobieństwo utrzymania, zyskania lub zwiększenia przez strony swojej siły rynkowej w drodze współpracy, tzn. posiadania zdolności do wywoływania negatywnych skutków na rynku w odniesieniu do cen, produkcji, innowacyjności bądź różnorodności lub jakości towarów i usług. Aby przeprowadzić taką analizę rynek lub rynki właściwe muszą być zdefiniowane przy wykorzystaniu metodologii przedstawionej w obwieszczeniu Komisji w sprawie sposobu wyznaczania rynku¹⁹. Jeśli chodzi o szczególne rodzaje rynków, takie jak rynki zakupów lub technologii, niniejsze wytyczne dostarczą dodatkowych wskazówek.

¹⁷ Przedsiębiorstwa mogą posiadać znaczącą siłę rynkową poniżej poziomu dla pozycji dominującej na rynku, który jest progiem dla stosowania art. 82.

¹⁸ Wyjątkowo nie dotyczy to wspólnego przedsiębiorstwa (*joint venture*) produkcyjnego. Właściwe dla funkcjonowania takiego wspólnego przedsiębiorstwa jest, że decyzje dotyczące produkcji są podejmowane wspólnie przez strony. Jeśli wspólne przedsiębiorstwo (*joint venture*) to również zajmuje się obrotem wspólnie wytworzonymi towarami, wówczas decyzje dotyczące cen muszą być podejmowane wspólnie przez strony takiego porozumienia. W takim przypadku włączenie postanowień dotyczących cen lub produkcji nie powoduje automatycznie objęcia danego porozumienia art. 81 ust. 1. Aby określić zakres stosowania art. 81 ust. 1, postanowienia dotyczące cen lub produkcji będą musiały być oceniane wraz z pozostałymi skutkami wywieranymi na rynek przez wspólne przedsiębiorstwo (*joint venture*) (zob. ust. 90).

¹⁹ Zob. obwieszczenie Komisji w sprawie definicji rynku właściwego do celów wspólnotowego prawa konkurencji (Dz. U. C 372 z 9.12.1997, s. 5).

28. Jeśli strony razem posiadają niski łączny udział w rynku²⁰, ograniczający konkurencję skutek współpracy jest mało prawdopodobny i zwykle nie jest konieczna dalsza analiza. Jeśli jedna z dwóch stron posiada jedynie nieznaczny udział w rynku oraz jeśli nie posiada ona istotnych zasobów, zwykle nawet wysoki łączny udział w rynku nie może być postrzegany jako wskazujący na skutek ograniczający konkurencję na rynku²¹. Zważywszy na różnorodność rodzajów współpracy i różnorakie skutki, jakie mogą one wywoływać w różnych sytuacjach rynkowych, niemożliwe jest wskazanie ogólnego progu udziału w rynku, powyżej którego można założyć istnienie dostatecznej siły rynkowej, która wywołuje skutki ograniczające konkurencję.

29. Oprócz pozycji rynkowej stron oraz udziałów w rynku może wystąpić konieczność uwzględnienia koncentracji rynku, tj. pozycji i liczby konkurentów, jako dodatkowego czynnika w ocenie wpływu współpracy na konkurencję na rynku. Jako miernik można wykorzystać wskaźnik Herfindahla-Hirshmana (HHI), który jest sumą kwadratów poszczególnych udziałów w rynku wszystkich konkurentów²²; przy HHI poniżej 1000 koncentrację rynku można scharakteryzować jako niską, między 1000 a 1800 – jako średnią, a powyżej 1800 – jako wysoką. Drugim wskaźnikiem byłby ewentualnie wskaźnik koncentracji dla wiodących przedsiębiorstw, który sumuje poszczególne udziały w rynku wiodących konkurentów²³.

30. W zależności od pozycji rynkowej stron i koncentracji rynku, należy brać pod uwagę również inne czynniki, np. stabilność udziałów w rynku w czasie, bariery wejścia i prawdopodobieństwo wejścia na rynek, równoważąca siła kupujących/dostawców lub charakter produktów (np. homogeniczność, dojrzałość). Jeśli prawdopodobny jest wpływ na konkurencję w odniesieniu do innowacyjności, a nie może on być odpowiednio zmierzony na podstawie istniejących rynków, podczas analizy tego wpływu konieczne może okazać się uwzględnienie szczególnych czynników (zob. Rozdział 2, „Porozumienia o badaniach i rozwoju”).

1.3.2. Artykuł 81 ust. 3

31. Porozumienia, które są objęte zakresem art. 81 ust. 1, mogą zostać wyłączone z zakresu obowiązywania tego przepisu, jeśli spełnione są warunki przedstawione w art. 81 ust. 3. Dotyczy to przypadków, w których porozumienie:

- przyczynia się do polepszenia produkcji lub dystrybucji produktów bądź do popierania postępu technicznego lub gospodarczego,
- zastrzega dla konsumentów słuszną część zysku, który z tego wynika, oraz bez
- nakładania ograniczeń, które nie są niezbędne do osiągnięcia tych celów,
- dawania możliwości eliminowania konkurencji w stosunku do znacznej części danych produktów.

Korzyści ekonomiczne

32. Pierwszy warunek wymaga, by porozumienie przyczyniało się do polepszenia produkcji lub dystrybucji produktów, albo do rozwoju postępu technicznego lub gospodarczego. Jako że korzyści te są związane z efektywnością statyczną lub dynamiczną, można je określić mianem korzyści ekonomicznych. Korzyści ekonomiczne mogą być większe niż skutki ograniczające konkurencję. Na przykład współpraca może umożliwiać przedsiębiorstwom oferowanie towarów lub usług po niższych cenach lub o lepszej jakości, lub na szybsze wprowadzanie innowacji na rynek. W większości efektywność jest wynikiem kombinacji i integracji różnych umiejętności lub zasobów. Strony muszą wykazać, że efektywność będzie z dużym prawdopodobieństwem wynikała ze współpracy i nie może zostać osiągnięta poprzez wykorzystanie

²⁰ Udziały w rynku powinny być obliczane na podstawie wartości sprzedaży rynkowej (zob. art. 6 rozporządzenia w sprawie wyłączeń grupowych w zakresie porozumień R&D i art. 6 rozporządzenia w sprawie wyłączeń grupowych w zakresie porozumień specjalizacyjnych). Podczas określania udziału strony w danym rynku należy uwzględnić przedsiębiorstwa, które są powiązane ze stronami (zob. punkt 2 art. 2 rozporządzenia w sprawie wyłączeń grupowych w zakresie porozumień R&D i punkt 2 art. 2 rozporządzenia w sprawie wyłączeń grupowych w zakresie porozumień specjalizacyjnych).

²¹ Jeśli występuje więcej stron niż dwie, wówczas łączny udział wszystkich współpracujących konkurentów musi być znacznie większy niż udział jednego, największego konkurenta uczestniczącego w porozumieniu.

²² Jeśli występuje więcej stron niż dwie, wówczas łączny udział wszystkich współpracujących konkurentów musi być znacznie większy niż udział jednego, największego konkurenta uczestniczącego w porozumieniu.

²³ Np. wskaźnik koncentracji dla trzech przedsiębiorstw CR3 jest sumą udziałów w rynku trzech wiodących konkurentów na rynku.

środków, które w mniejszym stopniu ograniczają konkurencję (zob. również niżej). Argumenty wykorzystujące efektywność muszą zostać poparte dowodami. Spekulacje lub ogólne stwierdzenia dotyczące oszczędności kosztów są niewystarczające.

33. Komisja nie uwzględnia oszczędności kosztów, które wynikają z ograniczenia produkcji, podziału rynku lub zwykłego wykorzystywania siły rynkowej.

Słuszną część zysku dla konsumentów

34. Korzyści ekonomiczne muszą przypadać nie tylko stronom porozumienia, ale także konsumentom. W zasadzie transfer korzyści na rzecz konsumentów będzie zależeć od intensywności konkurencji w obrocie rynku właściwego. Presja konkurencyjna zwykle zapewnia, że oszczędności kosztów są przenoszone w formie niższych cen, lub że przedsiębiorstwa zyskują bodziec do wprowadzania nowych produktów na rynek możliwie najszybciej. Dlatego jeśli na rynku utrzymywana jest wystarczająca konkurencja, która skutecznie ogranicza strony porozumienia proces konkurencyjny zwykle zapewni, że konsumenci otrzymają słuszną część korzyści ekonomicznych.

Niezbędność

35. Ograniczenie konkurencji musi być konieczne do osiągnięcia korzyści ekonomicznych. Jeśli do osiągnięcia podobnych korzyści można posłużyć się środkami ograniczającymi konkurencję w mniejszym stopniu, zgłaszana efektywność nie może być stosowana w celu uzasadnienia ograniczania konkurencji. To, czy dane ograniczenie jest konieczne, zależy od sytuacji na rynku i czasu trwania porozumienia. Na przykład porozumienia o wyłączności mogą ustrzec uczestniczącą stroną od problemu „gapowicza” (ang. *free riding*) i mogą dzięki temu być akceptowalne. W pewnych okolicznościach mogą one jednak nie być konieczne i zwiększać skutek ograniczający konkurencję.

Nieeliminowanie konkurencji

36. Ostatnie kryterium, mówiące o eliminacji konkurencji w zakresie znacznej części odnośnych produktów wiąże się z zagadnieniem dominacji. Jeśli przedsiębiorstwo jest lub staje się dominujące w konsekwencji porozumienia horyzontalnego, porozumienie, które wywołuje skutki antykonkurencyjne w rozumieniu art. 81, może z zasady nie być objęte wyłączeniem.

Rozporządzenia w sprawie wyłączeń grupowych w zakresie porozumień R&D i specjalizacyjnych

37. W pewnych warunkach można przyjąć, że kryteria przedstawione w art. 81 ust. 3 mogą zostać spełnione w przypadku określonych kategorii porozumień. Dotyczy to w szczególności porozumień R&D i porozumień o produkcji, w których to przypadkach kombinacja uzupełniających się umiejętności lub aktywów może być źródłem znacznej efektywności. Niżej wymienione wytyczne powinny być postrzegane jako uzupełnienie rozporządzeń w sprawie wyłączeń grupowych w zakresie porozumień R&D i specjalizacyjnych. Te rozporządzenia w sprawie wyłączeń grupowych obejmują wyłączeniem najbardziej powszechne formy porozumień w dziedzinie produkcji/specjalizacji do progu udziału w rynku wynoszącego maksymalnie 20%, a w dziedzinie R&D do progu udziału w rynku wynoszącego 25%, pod warunkiem że dane porozumienia spełniają warunki pozwalające przedsiębiorstwom wnioskować o objęcie wyłączeniem grupowym i nie zawierają ograniczeń bardzo mocno zagrażających konkurencji („czarnych klauzul”), które sprawiają, że wyłączenie grupowe nie znajduje zastosowania. Rozporządzenia w sprawie wyłączeń grupowych nie przewidują rozdzielenia w przypadku ograniczeń bardzo mocno zagrażających konkurencji. Jeśli istnieje jedno lub większa liczba takich ograniczeń, korzyść zapewniana przez rozporządzenie w sprawie wyłączeń grupowych zostaje zaprzeczona dla całego porozumienia.

1.4. Struktura kolejnych rozdziałów o rodzajach współpracy

38. Wytyczne zostały podzielone na rozdziały, w których omawiane są niektóre rodzaje porozumień. Struktura każdego rozdziału została dostosowana do opisanej wyżej, w punkcie 1.3, ramy analitycznej. Tam gdzie jest to konieczne, przedstawiane są szczególne wskazówki dotyczące definicji rynków właściwych (np. w dziedzinie R&D lub w odniesieniu do rynków zakupów).

2. POROZUMIENIA O BADANIACH I ROZWOJU

2.1. Definicja

39. Porozumienia o badaniach i rozwoju mogą różnić się pod względem formy i zakresu. Począwszy od outsourcingu niektórych prac badawczo-rozwojowych, przez wspólne ulepszanie istniejących technologii, po współpracę w zakresie badań, rozwoju i wprowadzania do obrotu zupełnie nowych produktów. Porozumienia R&D mogą przybierać formę porozumienia kooperacyjnego lub wspólnie kontrolowanego

przedsiębiorstwa. Niniejszy rozdział dotyczy wszystkich form porozumień R&D, w tym powiązanych z nimi porozumień o produkcji lub komercjalizacji wyników prac badawczo-rozwojowych, o ile środek ciężkości współpracy został położony na te prace, z wyjątkiem łączenia się przedsiębiorstw i wspólnych przedsiębiorstw (*joint venture*), które są objęte zakresem rozporządzenia w sprawie połączeń.

40. Współpraca w dziedzinie badań i rozwoju może zmniejszyć niepotrzebnie powielane koszty, prowadzić do znacznej wymiany pomysłów i doświadczeń oraz zaowocować szybszym rozwojem produktów i technologii, niż miałyby to miejsce bez takiej współpracy. Ogólną zasadą jest, że współpraca w dziedzinie R&D zwykle zwiększa całkowitą działalność badawczo-rozwojową.

41. Małe i średnie przedsiębiorstwa (MSP) tworzą dynamiczną i heterogeniczną społeczność, która musi sprostać wielu wyzwaniom, w tym spełnić rosnące żądania większych przedsiębiorstw, dla których MSP często pracują jako podwykonawcy. W sektorach szczególnie chłonnych pod względem badań i rozwoju, szybko rosnące MSP, częściej zwane „nowymi spółkami” (ang. *start-up companies*), również mają na celu zajęcie pozycji lidera w szybko rozwijających się segmentach rynku. Aby sprostać tym wyzwaniom i nie utracić konkurencyjności, MSP muszą nieustannie pracować nad innowacyjnymi rozwiązaniami. Dzięki współpracy w dziedzinie badań i rozwoju istnieje prawdopodobieństwo, że ogół działalności badawczo-rozwojowej prowadzonej przez MSP będzie się zwiększał, a same MSP będą w stanie dynamicznie konkurować z silniejszymi uczestnikami rynku.

42. Jednak w pewnych okolicznościach porozumienia o badaniach i rozwoju mogą być źródłem problemów w dziedzinie konkurencji, wywołując na przykład skutki ograniczające konkurencję w odniesieniu do cen, produkcji, innowacyjności bądź różnorodności lub jakości produktów.

2.2. Rynki właściwe

43. Kluczem do zdefiniowania rynku właściwego podczas oceny skutków porozumień R&D jest identyfikacja tych produktów, technologii lub prac badawczo-rozwojowych, które będą działały jak ograniczenie konkurencji między stronami. Z jednej strony, innowacyjność może zaowocować produktem (lub technologią), który stanie się konkurencyjny na istniejącym rynku asortymentowym (lub rynku technologii). Tak dzieje się w przypadku prac badawczo-rozwojowych nakierowanych na nieznaczne ulepszenia lub modyfikacje, na przykład nowe modele niektórych produktów. W tym przypadku potencjalne skutki dotyczą rynku istniejących produktów. Z drugiej strony, innowacyjność może zaowocować zupełnie nowym produktem, który stworzy własny nowy rynek (np. spektrum nowej szczepionki dla uprzednio nieuleczalnej choroby). W takim przypadku istniejące rynki są właściwe tylko wtedy, gdy są w pewien sposób powiązane z daną innowacją. W konsekwencji, a także w miarę możliwości, należy ocenić skutki współpracy dla innowacyjności. Jednak większość przypadków najprawdopodobniej dotyczy sytuacji znajdujących się pomiędzy tymi dwoma ekstremami, tj. sytuacji, w których rezultatem prac innowacyjnych mogą być produkty (lub technologia), które z czasem zastąpią produkty już istniejące (np. płyty CD zastąpiły płyty winylowe). Możliwe, że dokładna analiza tych sytuacji będzie musiała obejmować zarówno istniejące rynki, jak i wpływ porozumienia na innowacyjność.

Istniejące rynki

a) Rynki asortymentowe

44. Jeśli współpraca dotyczy prac badawczo-rozwojowych nakierowanych na ulepszenie istniejących produktów, te istniejące produkty, łącznie z ich najbliższymi substytutami, tworzą rynek właściwy, którego dotyczy dana współpraca (definicja rynku zob. obwieszczenie Komisji w sprawie definicji rynku właściwego do celów wspólnotowego prawa konkurencji²⁴).

45. Jeśli prace badawczo-rozwojowe są nakierowane na znaczącą zmianę istniejącego produktu lub nawet na nowy produkt zastępujący dotychczasowy, substytucja istniejących produktów może być niedoskonała lub długoterminowa. W konsekwencji mało prawdopodobne jest by produkty stare i nowe potencjalnie wchodzące na rynek należały do tego samego rynku właściwego. Sytuacja może jednak dotyczyć rynku istniejących produktów, jeśli połączenie prac badawczo-rozwojowych z dużym prawdopodobieństwem doprowadzi do koordynacji zachowań stron jako dostawców istniejących produktów. Niemniej wykorzystanie siły rynkowej na istniejącym rynku jest możliwe tylko wtedy, gdy obie strony mają silną pozycję zarówno w odniesieniu do rynku istniejących produktów, jak i prac badawczo-rozwojowych.

²⁴ Definicja rynku zob. obwieszczenie Komisji w sprawie definicji rynku właściwego do celów wspólnotowego prawa konkurencji.

46. Jeśli prace badawczo-rozwojowe dotyczą ważnego komponentu produktu końcowego, w ocenie uwzględniany jest nie tylko rynek tego komponentu, ale także istniejący rynek produktu końcowego. Na przykład jeśli producenci samochodów współpracują w dziedzinie R&D związanej z nowym typem silnika, rynek samochodowy może znaleźć się pod wpływem takiej współpracy w dziedzinie R&D. Jednak rynek produktów końcowych jest właściwy na potrzeby oceny tylko wtedy, gdy komponent będący celem prac badawczo-rozwojowych jest pod względem technicznym lub ekonomicznym kluczowym elementem tych produktów końcowych, oraz gdy strony porozumienia o badaniach i rozwoju są ważnymi konkurentami w odniesieniu do produktów końcowych.

b) Rynki technologii

47. Współpraca w dziedzinie R&D może dotyczyć nie tylko produktów, ale również technologii. Kiedy prawa do własności intelektualnej są przedmiotem obrotu oddzielnie od produktów, z którymi są związane, należy zdefiniować również właściwy rynek technologii. Rynki technologii obejmują własność intelektualną, która jest licencjonowana, a także jej bliskie substytuty, tj. inne technologie, które konsumenci mogliby wykorzystywać w zastępstwie.

48. Metodologia definiowania rynków technologii podlega tym samym zasadom, co definiowanie rynków asortymentowych²⁵. Wychodząc od technologii, która jest wprowadzana do obrotu przez strony, należy zidentyfikować inne technologie, które konsumenci mogliby zacząć stosować w odpowiedzi na niewielki, ale stały wzrost cen względnych. Po zidentyfikowaniu takich technologii można obliczyć udziały w rynku dzieląc wygenerowany przez strony dochód pochodzący z licencjonowania przez całkowity dochód z licencjonowania wszystkich sprzedających technologie substytucyjne.

49. Pozycja stron na rynku istniejącej technologii jest właściwym kryterium oceny, w przypadku gdy współpraca w dziedzinie R&D dotyczy znaczącego udoskonalenia istniejącej technologii lub wprowadzenia nowej technologii, która prawdopodobnie zastąpi dotychczasową. Jednak udziały stron w rynku mogą być traktowane tylko jako punkt wyjścia dla tej analizy. W przypadku rynków technologii szczególnie nacisk należy położyć na potencjalną konkurencję. Jeśli przedsiębiorstwa, które obecnie nie licencjonują swojej technologii mogą potencjalnie wejść na rynek technologii, mogliby one ograniczyć zdolność stron do poniesienia ceny za ich technologię (zob. przykład 3 poniżej).

Konkurencja w innowacyjności (prace badawczo-rozwojowe)

50. Współpraca w dziedzinie R&D może nie naruszać, lub nie tylko naruszać konkurencję na istniejących rynkach, ale konkurencję w innowacyjności. Tak dzieje się w sytuacji, gdy współpraca dotyczy rozwoju nowych produktów/technologii, które albo mogą – jeśli dopiero powstają – pewnego dnia zastąpić istniejące produkty/technologie, albo są opracowywane z myślą o nowym zastosowaniu i w związku z tym nie zastąpią istniejących produktów, lecz wywołają zupełnie nowy popyt. Skutki dla konkurencji w dziedzinie innowacji są istotne w takich sytuacjach, ale mogą w niektórych przypadkach nie być w wystarczającym stopniu oceniane poprzez analizę rzeczywistej lub potencjalnej konkurencji na rynkach istniejących produktów/technologii. Pod tym względem można wyodrębnić dwa scenariusze w zależności od charakteru procesu innowacji w danym przemyśle.

51. W pierwszym scenariuszu, który występuje na przykład w przemyśle farmaceutycznym proces innowacji jest skonstruowany w taki sposób, że już na bardzo wczesnym etapie możliwe jest zidentyfikowanie biegunów badawczo-rozwojowych (R&D poles). Bieguny R&D są pracami badawczo-rozwojowymi nakierowanymi na pewien nowy produkt lub technologię, a także na substytuty tychże prac badawczo-rozwojowych, tj. prace badawczo-rozwojowe, których celem jest rozwój substytucyjnych produktów lub technologii dla produktów i technologii opracowanych w drodze współpracy, które mają porównywalny dostęp do zasobów oraz podobny czas trwania. W tym przypadku można analizować, czy po zawarciu porozumienia pozostanie wystarczająca liczba biegunów R&D. Punktem wyjścia dla analizy są prace badawczo-rozwojowe stron. Następnie należy zidentyfikować wiarygodne konkurencyjne bieguny R&D. Aby dokonać oceny wiarygodności konkurencyjnych biegunów należy uwzględnić następujące aspekty: charakter, zakres i rozmiar potencjalnych innych prac badawczo-rozwojowych, ich dostęp do zasobów finansowych i ludzkich, know-how/patenty, lub inne wyspecjalizowane aktywa, a także ich czas trwania i zdolność do wykorzystania potencjalnych rezultatów. Biegun R&D nie jest wiarygodnym konkurentem,

²⁵ Zob. obwieszczenie Komisji w sprawie definicji rynku właściwego; zob. również, na przykład, decyzję Komisji 94/811/WE z dnia 8 czerwca 1994 r. w sprawie nr IV/M269 – *Shell/Montecatini* (Dz. U. L 332 z 22.12.1994, s. 48).

jeśli nie może zostać uznany za bliski substytut prac badawczo-rozwojowych stron z punktu widzenia, na przykład, dostępu do zasobów lub czasu trwania.

52. W drugim scenariuszu, prace innowacyjne w przemyśle nie mają struktur wyraźnie pozwalających na identyfikację biegunów R&D. W takiej sytuacji Komisja nie starałaby się, wyłączając wyjątkowe okoliczności, ocenić wpływu danej współpracy w dziedzinie badań i rozwoju na innowacyjność, ale ograniczyłaby swoją ocenę do rynków asortymentowych i/lub rynków technologii, które są związane z daną współpracą w dziedzinie R&D.

Obliczanie udziałów w rynku

53. Obliczanie udziałów w rynku dla celów zarówno rozporządzenia w sprawie wyłączeń grupowych w zakresie porozumień R&D, jak i niniejszych wytycznych, musi odzwierciedlać rozróżnienie między rynkami istniejącymi a konkurencją w innowacyjności. Na początku współpracy punktem odniesienia jest rynek produktów, które mogą zostać ulepszone lub zastąpione przez produkty znajdujące się w trakcie rozwoju. Jeśli porozumienie R&D ma na celu jedynie ulepszenie lub udoskonalenie istniejących produktów, rynek ten obejmuje produkty, których prace badawczo-rozwojowe bezpośrednio dotyczą. Udziały w rynku można zatem obliczyć na podstawie wartości sprzedaży istniejących produktów. Jeśli prace badawczo-rozwojowe mają na celu zastąpienie istniejącego produktu, nowy produkt – zakładając pomyślny obrót spraw – stanie się substytutem istniejących produktów. Aby ocenić pozycję konkurencyjną stron, można również obliczyć udziały w rynku na podstawie wartości sprzedaży istniejących produktów. W konsekwencji, rozporządzenie w sprawie wyłączeń grupowych w zakresie porozumień R&D opiera wyłączenie takich sytuacji na udziale w rynku „właściwym dla produktów, które mogą być ulepszone lub zastąpione przez produkty umowne”. W przypadku automatycznego wyłączenia udział w rynku nie może przekroczyć 25%²⁶.

54. Jeśli prace badawczo-rozwojowe mają na celu rozwój produktu, który wywoła zupełnie nowy popyt, udziały w rynku nie mogą być obliczane na podstawie sprzedaży. Możliwa jest tylko analiza skutków porozumienia dla konkurencji w innowacyjności. W rezultacie rozporządzenie w sprawie wyłączeń grupowych w zakresie porozumień R&D obejmuje wyłączeniem takie porozumienia niezależnie od udziału w rynku na okres siedmiu lat od chwili, gdy dany produkt został po raz pierwszy wprowadzony do obrotu²⁷. Jednak przywilej wyłączenia grupowego może zostać wycofany, jeśli porozumienie eliminowałoby skuteczną konkurencję w innowacyjności²⁸. Po upływie siedmiu lat można obliczyć udziały w rynku na podstawie wartości sprzedaży i zastosować 25% próg udziałów w rynku²⁹.

2.3. Ocena w świetle art. 81 ust. 1

2.3.1. Charakter porozumienia

2.3.1.1. Porozumienia nieobjęte zakresem art. 81 ust. 1

55. Większość porozumień o badaniach i rozwoju nie jest objętych zakresem art. 81 ust. 1. Po pierwsze, można to odnieść do porozumień dotyczących współpracy w dziedzinie R&D na etapie raczej teoretycznym, dalekim od wykorzystania potencjalnych wyników.

56. Ponadto współpraca w dziedzinie R&D między podmiotami nie konkurującymi ze sobą zwykle nie ogranicza konkurencji³⁰. Konkurencyjny związek między stronami musi być analizowany w kontekście wywierania wpływu na istniejące rynki i/lub innowacje. Jeśli strony nie są w stanie prowadzić koniecznych prac badawczo-rozwojowych niezależnie, nie następuje ograniczenie konkurencji. Może to dotyczyć, na przykład, przedsiębiorstw łączących uzupełniające się umiejętności, technologie i inne zasoby. Kwestia potencjalnej konkurencji musi być oceniana na realistycznej podstawie. Na przykład strony nie mogą być definiowane jako potencjalni konkurenci po prostu dlatego, że współpraca umożliwia im prowadzenie prac badawczo-rozwojowych. Decydującym pytaniem jest to, czy każda strona niezależnie posiada konieczne środki w odniesieniu do aktywów, know-how i innych zasobów.

²⁶ Art. 4 ust. 2 rozporządzenia w sprawie wyłączeń grupowych w zakresie porozumień R&D.

²⁷ Art. 4 ust. 1 rozporządzenia w sprawie wyłączeń grupowych w zakresie porozumień R&D.

²⁸ Art. 7 lit. e) rozporządzenia w sprawie wyłączeń grupowych w zakresie porozumień R&D.

²⁹ Art. 4 ust. 3 rozporządzenia w sprawie wyłączeń grupowych w zakresie porozumień R&D.

³⁰ Współpraca w dziedzinie R&D między podmiotami nie konkurującymi ze sobą może jednak w świetle art. 81 ust. 1 wywoływać skutki ograniczające możliwości dostępu do rynku, jeśli porozumienie dotyczy wyłącznego wykorzystania wyników, oraz jeśli jest zawierane między przedsiębiorstwami, z których jedno posiada znaczącą siłę rynkową w odniesieniu do kluczowej technologii.

57. Współpraca w dziedzinie R&D w drodze outsourcingu uprzednio wewnętrznych prac badawczo-rozwojowych jest często prowadzona przez wyspecjalizowane przedsiębiorstwa, instytuty badawcze lub placówki akademickie, które nie wykorzystują aktywnie wyników. Zwykle takie porozumienia są połączone z transferem know-how i/lub z klauzulą o wyłącznej dostawie odnoszącej się do potencjalnych wyników. W takich przypadkach, z uwagi na komplementarny charakter stron uczestniczących we współpracy, art. 81 ust. 1 nie stosuje się.

58. Współpraca w dziedzinie R&D, która nie obejmuje wspólnego wykorzystania potencjalnych wyników w drodze licencjonowania, produkcji i/lub wprowadzenia do obrotu rzadko jest objęta zakresem art. 81 ust. 1. Te „czyste” porozumienia o badaniach i rozwoju mogą wywołać problem w zakresie konkurencji tylko wtedy, gdy znacząco zostanie zmniejszona skuteczna konkurencja w odniesieniu do innowacyjności.

2.3.1.2. Porozumienia prawie zawsze objęte zakresem art. 81 ust. 1

59. Jeśli prawdziwym przedmiotem porozumienia nie są badania i rozwój, ale stworzenie tajnego kartelu, tj. dopuszczenie się w przeciwnym razie zakazanego ustalania cen, ograniczania produkcji lub podziału rynku, dane porozumienie jest objęte zakresem art. 81 ust. 1. Jednak porozumienie o badaniach i rozwoju, które obejmuje wspólne wykorzystanie potencjalnych przyszłych wyników, nie musi zawsze ograniczać konkurencji.

2.3.1.3. Porozumienia, które mogą być objęte zakresem art. 81 ust. 1

60. Porozumienia o badaniach i rozwoju, które nie mogą zostać ocenione na samym początku jako wyraźnie nieograniczające konkurencji, mogą być objęte zakresem art. 81 ust. 1³¹ i muszą być analizowane w swoim kontekście gospodarczym. Dotyczy to współpracy w dziedzinie R&D, która odbywa się na poziomie raczej bliższym do wprowadzenia do obrotu, i która została uzgodniona przez przedsiębiorstwa będące konkurentami albo na rynkach istniejących produktów/technologii, albo na rynkach innowacji.

2.3.2. Siła rynkowa i struktury rynku

61. Współpraca w dziedzinie R&D może wywoływać negatywne skutki na rynku w trzech aspektach: po pierwsze może ona ograniczać innowacyjność; po drugie może prowadzić do koordynacji zachowania stron na istniejących rynkach; a po trzecie, na poziomie wykorzystania potencjalnych wyników mogą wystąpić problemy związane z ograniczeniem możliwości dostępu do rynku. Jednak prawdopodobieństwo pojawienia się tych rodzajów negatywnych skutków na rynku występuje tylko wtedy, gdy strony uczestniczące we współpracy posiadają znaczącą siłę na istniejących rynkach i/lub znacząco zmniejszona zostanie konkurencja w odniesieniu do innowacyjności. Bez siły rynkowej nie ma bodźca do koordynowania zachowania na istniejących rynkach bądź do zmniejszania lub spowalniania innowacji. Problem związany z ograniczeniem możliwości dostępu do rynku może powstać tylko w kontekście współpracy, w której uczestniczy przynajmniej jeden podmiot o znaczącej sile rynkowej w odniesieniu do kluczowej technologii i wyłącznego wykorzystania wyników.

62. Nie istnieje żaden bezwzględny próg udziału w rynku, który wskazuje, że porozumienie o badaniach i rozwoju wytwarza pewien stopień siły rynkowej i w związku z tym jest objęte zakresem art. 81 ust. 1. Niemniej porozumienia R&D są obejmowane wyłączeniem, jeśli są zawierane między stronami o łącznym udziale w rynku nie przekraczającym 25% oraz jeśli spełnione są pozostałe warunki zastosowania rozporządzenia w sprawie wyłączeń grupowych w zakresie porozumień R&D. Dlatego w przypadku większości porozumień R&D skutki ograniczające konkurencję należy analizować tylko wtedy, gdy łączny udział stron w rynku przekracza 25%.

63. Porozumienia, których z uwagi na silniejszą pozycję rynkową stron nie obejmuje rozporządzenie w sprawie wyłączeń grupowych w zakresie porozumień R&D, nie zawsze ograniczają konkurencję. Jednak im silniejsza jest łączna pozycja stron na istniejących rynkach i/lub im bardziej ograniczana jest konkurencja w innowacyjności, tym bardziej prawdopodobne staje się zastosowanie art. 81 ust. 1, a ocena wymaga bardziej szczegółowej analizy.

64. Jeśli prace badawczo-rozwojowe są nakierowane na ulepszenie lub udoskonalenie istniejących produktów/technologii, potencjalne skutki dotyczą rynku(-ów) właściwego(-ych) dla tych istniejących

³¹ Zgodnie z art. 4 ust. 2 i 3 Rozporządzenia nr 17, porozumienia, których przedmiotem jest tylko wspólne prowadzenie badań i wspólne prace rozwojowe nie muszą, choć mogą, zostać zgłoszone Komisji.

produktów/technologii. Wpływ na ceny, produkcję i/lub innowacyjność na istniejących rynkach prawdopodobny jest jednak tylko wtedy, gdy strony razem zajmują silną pozycję, wejście na rynek jest trudne i można zidentyfikować zaledwie kilka innych prac innowacyjnych. Ponadto jeśli badania i rozwój dotyczą względnie niewielkiego wkładu do produktu końcowego, skutki w odniesieniu do konkurencji w dziedzinie takich produktów końcowych są, jeśli niezmiennie, bardzo ograniczone. Zasadniczo należy dokonać rozróżnienia między czystymi porozumieniami o badaniach i rozwoju a bardziej kompleksową współpracą obejmującą różne etapy wykorzystania wyników (tzn. licencjonowanie, produkcja, obrót). Jak wspomniano powyżej, czyste porozumienia R&D rzadko są objęte zakresem art. 81 ust. 1. Dotyczy to zwłaszcza prac badawczo-rozwojowych, których celem jest ograniczone ulepszenie istniejących produktów/technologii. Jeśli w takim przypadku współpraca w dziedzinie badań i rozwoju obejmuje wspólne wykorzystanie wyników jedynie w drodze licencjonowania, mało prawdopodobne jest, że wystąpią skutki ograniczające konkurencję, np. problemy związane z ograniczeniem możliwości dostępu do rynku. Jeśli jednak współpraca uwzględni wspólną produkcję i/lub wprowadzanie do obrotu nieznacznie ulepszonych produktów/technologii, należy ją poddać bardziej szczegółowej analizie. Po pierwsze, wystąpienie negatywnych skutków w odniesieniu do cen i produkcji na istniejących rynkach jest bardziej prawdopodobne, gdy w taką sytuację zaangażowani są silni konkurenci. Po drugie, współpraca może upodobnić się do porozumienia o produkcji, gdyż prace badawczo-rozwojowe mogą de facto nie stanowić głównego punktu ciężkości takiego współdziałania.

65. Jeśli celem prac badawczo-rozwojowych jest zupełnie nowy produkt (lub technologia), który tworzy własny nowy rynek, skutki na ceny i produkcję na istniejących rynkach są raczej mało prawdopodobne. Analiza powinna koncentrować się na potencjalnych ograniczeniach innowacyjności w zakresie, na przykład, jakości i różnorodności potencjalnych, przyszłych produktów/technologii lub szybkości innowacji. Takie skutki ograniczające konkurencję mogą wystąpić wtedy, gdy dwóch lub większa liczba z tych kilku przedsiębiorstw zaangażowanych w rozwój takiego nowego produktu, podejmie współpracę na etapie, gdy każde z nich niezależnie znajduje się raczej blisko wprowadzenia danego produktu do obrotu. W takim przypadku innowacyjność może zostać ograniczona nawet przez czyste porozumienie R&D. Ogólnie jednak współpraca w dziedzinie badań i rozwoju dotycząca zupełnie nowych produktów jest prokonkurencyjna. Zasada ta nie ulega istotnej zmianie, jeśli następuje wspólne wykorzystanie wyników, a nawet wspólne wprowadzanie do obrotu. W istocie, w takich przypadkach kwestia wspólnego wykorzystania ma znaczenie tylko wtedy, gdy dochodzi do ograniczenia możliwości dostępu do kluczowych technologii. Problemy te nie powstałyby jednak, gdyby strony udzielały licencji osobom trzecim.

66. Większość porozumień o badaniach i rozwoju będzie znajdowała się gdzieś pomiędzy tymi dwoma sytuacjami opisanymi powyżej. Dlatego porozumienia te mogą oddziaływać nie tylko na innowacyjność, ale i na istniejące rynki. W konsekwencji, zarówno istniejący rynek, jak i wpływ na innowacyjność mogą okazać się istotne podczas oceny łącznej pozycji stron, wskaźników koncentracji, liczby uczestników/ innowatorów i warunków wejścia na rynek. W niektórych przypadkach na istniejących rynkach mogą wystąpić skutki ograniczające konkurencję w odniesieniu do ceny/produkcji oraz negatywny wpływ na innowacyjność poprzez spowalnianie szybkości rozwoju. Na przykład, jeśli znaczący konkurenci na istniejącym rynku technologii współpracują w celu opracowania nowej technologii, która może pewnego dnia zastąpić dotychczasowe produkty, istnieje prawdopodobieństwo, że współpraca ta będzie wywoływała skutki ograniczające konkurencję, jeśli strony posiadają znaczącą siłę rynkową na istniejącym rynku (która dałaby bodziec do eksploatowania go), oraz jeśli mają one również silną pozycję w odniesieniu do badań i rozwoju. Podobny skutek może wystąpić, gdy główny uczestnik istniejącego rynku współpracuje z o wiele mniejszym lub nawet potencjalnym konkurentem, który łączy wprowadzi do obrotu nowy produkt/technologię, które mogą zagrażać pozycji przedsiębiorstwa dominującego.

67. Porozumienia mogą również nie kwalifikować się do wyłączenia grupowego bez względu na siłę rynkową stron. Dotyczy to, na przykład, porozumień, które ograniczają dostęp strony do wyników pracy, ponieważ nie promują one, z zasady, technicznego i gospodarczego postępu poprzez coraz lepsze upowszechnianie wiedzy technicznej między stronami³². Wyłączenie grupowe przewiduje szczególne odstępstwo od tej ogólnej zasady w przypadku instytucji akademickich, instytutów badawczych lub wyspecjalizowanych przedsiębiorstw, które prowadzą prace badawczo-rozwojowe na zasadzie świadczenia usług, i które nie są aktywne w przemysłowym wykorzystywaniu wyników prac badawczo-rozwojowych³³.

³² Zob. art. 3 ust. 2 rozporządzenia w sprawie wyłączeń grupowych w zakresie porozumień R&D.

³³ Zob. art. 3 ust. 2 rozporządzenia w sprawie wyłączeń grupowych w zakresie porozumień R&D.

Należy jednak zauważyć, że porozumienia zawierające postanowienia o wyłącznych prawach dostępu mogą, gdy są objęte zakresem art. 81 ust. 1, spełniać kryteria wyłączenia z art. 81 ust. 3, zwłaszcza gdy wyłączne prawa dostępu są ekonomicznie niezbędne z uwagi na rynek, ryzyka i skalę inwestycji wymaganych do wykorzystywania wyników prac badawczo-rozwojowych.

2.4. Ocena w świetle art. 81 ust. 3

2.4.1. Korzyści ekonomiczne

68. Większość porozumień o badaniach i rozwoju – zakładających lub niezakładających wspólne wykorzystanie potencjalnych wyników – przysparza korzyści ekonomicznych dzięki oszczędnościom kosztów oraz wzajemnej wymianie pomysłów i doświadczeń, prowadząc do powstania ulepszonych lub nowych produktów i technologii, które są opracowywane szybciej niż miałyby to miejsce w przeciwnym razie. W takich warunkach rozsądne wydaje się zapewnienie wyłączenia takich porozumień, które powodują ograniczenie konkurencji do wysokości progu udziału w rynku, poniżej którego można – do celów stosowania art. 81 ust. 3 – w sposób ogólny założyć, że pozytywne skutki porozumień o badaniach i rozwoju będą większe niż jakiegokolwiek negatywne skutki wywierane na konkurencję. Dlatego rozporządzenie w sprawie wyłączeń grupowych w zakresie porozumień R&D obejmuje wyłączeniem takie porozumienia R&D, które spełniają określone warunki (zob. art. 3) i nie zawierają ograniczeń bardzo mocno zagrażających konkurencji (zob. art. 5), o ile łączny udział stron w istniejącym rynku lub rynkach na które wpływ ma porozumienie, nie przekracza 25%.

69. Jeśli współpraca przyczynia się do tworzenia lub zwiększania znacznej siły rynkowej strony muszą wykazać, że z prowadzenia prac badawczo-rozwojowych wynikają znaczące korzyści, szybsze wprowadzenie do obrotu nowych produktów/technologii lub innego rodzaju efektywność.

2.4.2. Niezbędność

70. Porozumienie o badaniach i rozwoju nie może zostać objęte wyłączeniem, jeśli nakłada ograniczenia, które nie są niezbędne do osiągnięcia wspomnianych wyżej korzyści. Poszczególne klauzule przedstawione w art. 5 rozporządzenia w sprawie wyłączeń grupowych w zakresie porozumień R&D, będą w większości przypadków wykluczały możliwość objęcia wyłączeniem również po dokonaniu indywidualnej oceny i w związku z tym mogą zostać uznane za dobre potwierdzenie ograniczeń, które nie są niezbędne dla współpracy.

2.4.3. Nieeliminowanie konkurencji

71. Objęcie wyłączeniem nie będzie możliwe, jeśli strony korzystają ze sposobności wyeliminowania konkurencji w odniesieniu do znaczącej części danych produktów (lub technologii). Jeśli w konsekwencji zawarcia porozumienia o badaniach i rozwoju przedsiębiorstwo jest lub staje się dominujące albo na istniejących rynkach, albo w odniesieniu do innowacyjności, takie porozumienie wywołujące skutki antykonkurencyjne w rozumieniu art. 81, nie może z zasady zostać objęte wyłączeniem. W przypadku innowacji sytuacja taka ma miejsce, na przykład, jeśli porozumienie łączy jedyne dwa istniejące bieżące badania.

Czas dokonywania oceny i czas trwania wyłączenia

72. Porozumienia o badaniach i rozwoju obejmujące wspólną produkcję i obrót nowymi produktami/technologiami, wymagają szczególnej uwagi w odniesieniu do czasu dokonywania oceny.

73. Na początku współpracy w dziedzinie badań i rozwoju, jej powodzenie oraz takie czynniki, jak przyszła pozycja stron na rynku i rozwój przyszłych rynków asortymentowych lub rynków technologii często nie są znane. W konsekwencji ocena w chwili podejmowania współpracy jest ograniczona do (wówczas) istniejących rynków asortymentowych lub rynków technologii i/lub rynków innowacji opisanych w niniejszym rozdziale. Jeśli na podstawie takiej analizy, konkurencja prawdopodobnie nie zostanie wyeliminowana, porozumienie o badaniach i rozwoju może zostać objęte wyłączeniem. Będzie ono zwykle obejmowało czas trwania prac badawczo-rozwojowych oraz, w przypadku wspólnej produkcji i sprzedaży produktów, dodatkową fazę potencjalnego wypuszczenia i wprowadzenia na rynek. Ta dodatkowa faza została uwzględniona w wyłączeniu dlatego, iż pierwsze przedsiębiorstwa, które wprowadzają na rynek nowy produkt/technologię, często posiadają na początku bardzo wysokie udziały w rynku, a zakończone sukcesem prace badawczo-rozwojowe często korzystają z ochroną praw własności intelektualnej. Silna pozycja rynkowa wynikająca z takiej „przewagi z racji pierwszeństwa” nie może być w normalnych warunkach interpretowana jako eliminacja konkurencji. Dlatego wyłączenie grupowe obejmuje porozumienia o badaniach i rozwoju przez dodatkowy okres o długości siedmiu lat (tj. wykraczający poza

fazę badań i rozwoju) niezależnie od tego, czy strony uzyskają dzięki swoim nowym produktom/technologiom wysoki udział w rynku w ciągu tego okresu. Dotyczy to również indywidualnej oceny przypadków niekwalifikujących się do objęcia wyłączeniem grupowym, o ile spełnione są kryteria art. 81 ust. 3 w odniesieniu do pozostałych aspektów porozumienia. Nie wyklucza to możliwości spełniania kryteriów art. 81 ust. 3 przez okres dłuższy niż 7 lat, jeśli można wykazać, że jest to minimalny okres konieczny do zagwarantowania adekwatnego zwrotu z danej inwestycji.

74. Jeśli po tym okresie dokonywana jest ponowna ocena współpracy w dziedzinie badań i rozwoju – na przykład po otrzymaniu skargi – analiza musi opierać się na sytuacji panującej na (ówczesnym) istniejącym rynku. Wyłączenie grupowe wciąż ma zastosowanie, jeśli udział stron w (ówczesnym) rynku właściwym nie przekracza 25%. W podobny sposób art. 81 ust. 3 stosuje się nadal do porozumień R&D niekwalifikujących się do objęcia wyłączeniem grupowym pod warunkiem że spełnione są kryteria uzyskania wyłączenia.

2.5 Przykłady

75. Przykład 1

Sytuacja: Na europejskim rynku producentów istniejących komponentów elektronicznych działają dw główne przedsiębiorstwa: A (30%) i B (30%). Każde z nich dokonało znaczących nakładów inwestycyjnych w prace badawczo-rozwojowe konieczne do rozwoju zminiaturyzowanych komponentów elektronicznych oraz opracowało wczesne prototypy. Teraz przedsiębiorstwa te uzgodniły, że połączą wysiłki badawczo-rozwojowe w drodze utworzenia wspólnego przedsiębiorstwa (joint venture), które dokończy prace badawczo-rozwojowe i będzie produkowało komponenty. Będą one następnie odsprzedawane przedsiębiorstwom dominującym, które niezależnie od siebie zajmą się ich komercjalizacją. Pozostała część rynku składa się z małych spółek, które nie posiadają wystarczających zasobów, by dokonać koniecznych inwestycji.

Analiza: Choć zminiaturyzowane komponenty elektroniczne mogą konkurować w niektórych obszarach z istniejącymi komponentami, są one zasadniczo nową technologią i należy przeprowadzić analizę biegunów badań przeznaczonych na ten przyszły rynek. Jeśli wspólne przedsiębiorstwo (joint venture) rozpocznie działalność, wówczas będzie istniała tylko jedna droga do uzyskania technologii koniecznej do produkcji, a prawdopodobne wydaje się, że A i B mogłyby osobno wprowadzić na ten rynek odrębne produkty. Chociaż porozumienie to mogłoby przynieść korzyści w postaci szybszego wprowadzenia nowej technologii, zmniejsza ono także różnorodność i stwarza sytuację wspólności kosztów między stronami. Ponadto należy uwzględnić możliwość wykorzystywania przez strony swojej silnej pozycji na istniejącym rynku. Jako że nie groziłaby im żadna konkurencja na poziomie R&D, bodźce zachęcające je do rozwijania nowej technologii w szybkim tempie mogłyby zostać poważnie zmniejszone. Chociaż niektóre z tych obaw można byłoby rozwiązać nakładając na strony wymóg licencjonowania osobom trzecim na rozsądnych warunkach kluczowego know-how w zakresie wytwarzania miniaturowych komponentów, niemożliwe może okazać się usunięcie wszystkich obaw i spełnienie warunków uzyskania wyłączenia.

76. Przykład 2

Sytuacja: Mała spółka badawcza A, która nie posiada swojej własnej organizacji zajmującej się obrotem odkryła i opatentowała substancję farmaceutyczną opartą na nowej technologii, która zrewolucjonizuje leczenie pewnej choroby. Spółka A zawiera porozumienie o badaniach i rozwoju z dużym producentem farmaceutycznym B wytwarzającym produkty, które dotychczas były stosowane w leczeniu tej choroby. Spółka B nie realizuje żadnego podobnego programu badawczo-rozwojowego. Udział spółki B w rynku w przypadku istniejących produktów wynosi około 75% we wszystkich Państwach Członkowskich, ale patenty wygasają w ciągu pięciu następnych lat. Istnieją również dwa inne bieguny badań będące na mniej więcej tym samym poziomie rozwoju i wykorzystujące tę samą podstawową nową technologię. Spółka B będzie zapewniała znaczne środki finansowe i know-how do rozwoju produktu, a w przyszłości również dostęp do rynku. Spółka B otrzymuje licencję na wyłączną produkcję i dystrybucję produktu będącego wynikiem prac na czas trwania patentu. Oczekuje się, że strony mogłyby wspólnie wprowadzić przedmiotowy produkt na rynek w ciągu 5–7 lat.

Analiza: Produkt zapewne będzie należał do nowego rynku właściwego. Strony wnoszą do współpracy wzajemnie uzupełniające się zasoby i umiejętności, istotnie zwiększając tym prawdopodobieństwo wejścia produktu na rynek. Chociaż spółka B prawdopodobnie będzie miała znaczną siłę rynkową na istniejącym rynku, siła ta będzie się szybko zmniejszała, a obecność innych biegunów badań zapewne wyeliminuje wszelkie bodźce zachęcające do zmniejszania wysiłków badawczo-rozwojowych. Prawa do wykorzystania

wyników przez pozostały czas trwania patentu są prawdopodobnie konieczne, aby spółka B dokonała znacznych, wymaganych inwestycji, a spółka A nie dysponuje własnymi zasobami w zakresie obrotu. W związku z powyższym porozumienie to prawdopodobnie nie będzie ograniczało konkurencji.

77. Przykład 3

Sytuacja: Dwie spółki inżynierskie, które produkują komponenty samochodowe postanawiają utworzyć wspólne przedsiębiorstwo (joint venture) w celu połączenia swoich wysiłków badawczo-rozwojowych nakierowanych na usprawnienie produkcji i poprawienie parametrów istniejących komponentów. Łączą one także swoją działalność w zakresie licencjonowania istniejącej technologii w tym obszarze, lecz zachowują odrębną produkcję. Udział tych dwóch przedsiębiorstw w europejskim rynku asortymentowym producentów oryginalnego wyposażenia (OEM) wynosi 15% i 20%. Na rynku działają dwaj inni, dość znaczący konkurenci oraz realizowanych jest kilka wewnętrznych programów badawczych przez dużych producentów pojazdów. Udziały tych dwóch przedsiębiorstw w światowym rynku licencjonowania technologii dla tych produktów, mierzone względem generowanych przychodów, wynoszą 20% i 25%, a ponadto istnieją jeszcze dwie inne główne technologie. Cykl życia komponentu trwa zwykle od dwóch do trzech lat. W każdym z ostatnich pięciu lat jedna z wiodących spółek wprowadzała nową lub ulepszoną wersję.

Analiza: Ponieważ prace badawczo-rozwojowe tych przedsiębiorstw nie są nakierowane na zupełnie nowy produkt, należy uwzględnić rynek istniejących komponentów i rynek licencjonowania odnośnej technologii. Chociaż ich istniejące programy R&D w wielu aspektach pokrywają się, zmniejszenie w drodze współpracy dublowania się mogłoby pozwolić tym przedsiębiorstwom przeznaczyć więcej środków na R&D, niż byłoby to możliwe, gdyby prowadziły one prace badawczo-rozwojowe osobno. Istnieje kilka innych technologii, a łączny udział stron w rynku OEM nie prowadzi do zajęcia pozycji dominującej. Mimo iż ich udział w rynku technologii jest bardzo wysoki (45%), istnieją konkurencyjne technologie. Ponadto producenci pojazdów, którzy obecnie nie licencjonują swojej technologii, są potencjalnymi konkurentami na tym rynku, ograniczając w ten sposób zdolność stron do podnoszenia cen. Jak opisano, wspólne przedsiębiorstwo (joint venture) prawdopodobnie skorzysta z przywileju wyłączenia.

3. POROZUMIENIA O PRODUKCJI (W TYM POROZUMIENIA SPECJALIZACYJNE)

3.1. Definicja

78. Porozumienia o produkcji mogą różnić się pod względem formy i zakresu. Mogą one przybierać formę wspólnej produkcji w ramach wspólnego przedsiębiorstwa (joint venture)³⁴ [34], tzn. wspólnie kontrolowanej spółki, która kieruje jednym lub kilkoma zakładami produkcyjnymi, lub może być prowadzona za pomocą porozumień specjalizacyjnych lub o podwykonawstwo, na mocy których jedna strona zgadza się prowadzić produkcję pewnego produktu.

79. Zasadniczo można wyróżnić trzy kategorie porozumień o produkcji: porozumienia o wspólnej produkcji, na mocy których strony zgadzają się wspólnie wytwarzać niektóre produkty; porozumienia o specjalizacji (jednostronnej lub wzajemnej), na mocy których jedna strona lub obie na zasadzie wzajemności zgadzają się zaniechać wytwarzania danego produktu oraz nabywać go od drugiej strony; oraz porozumienia o podwykonawstwo, na mocy których jedna strona („kontrahent”) powierza drugiej stronie („podwykonawcy”) wytwarzanie danego produktu.

80. Porozumienia o podwykonawstwo są porozumieniami wertykalnymi. W związku z tym w zakresie, w jakim zawierają one ograniczenia konkurencji, są one regulowane rozporządzeniem w sprawie wyłączeń grupowych oraz wytycznymi w sprawie ograniczeń wertykalnych. Od tej zasady istnieją jednak dwa wyjątki: porozumienia o podwykonawstwo między konkurentami³⁵ oraz porozumienia o podwy-

³⁴ Jak wspomniano powyżej, wspólne przedsiębiorstwa (joint venture), do których stosuje się rozporządzenie w sprawie połączeń, nie są przedmiotem niniejszych wytycznych. Wspólnymi przedsiębiorstwami o pełnym zakresie funkcji w wymiarze wspólnotowym zajmują się zwykle organy ochrony konkurencji w państwach członkowskich. Zastosowanie rozporządzenia nr 17 byłoby właściwe tylko wtedy, gdy takie wspólne przedsiębiorstwo o pełnym zakresie funkcji prowadziłoby do ograniczenia konkurencji, wynikającego z koordynacji spółek macierzystych poza wspólnym przedsiębiorstwem (efekt „rozlewania się”; ang. *spill-over effect*). Pod tym względem Komisja oświadczyła, że pozostawia ocenę takich działań państwu członkowskiemu w możliwie najszerszym zakresie (zob. oświadczenie do protokołu rady w sprawie rozporządzenia (WE) nr 1310/97, punkt 4).

³⁵ Artykuł 2 ust. 4 rozporządzenia w sprawie wyłączeń grupowych w przypadku ograniczeń wertykalnych.

konawstwo między przedsiębiorstwami niekonkurującymi ze sobą, obejmujące transfer know-how do podwykonawcy³⁶.

81. Porozumienia o podwykonawstwo między konkurentami są objęte niniejszymi wytycznymi³⁷. Wytyczne dotyczące oceny porozumień o podwykonawstwo między przedsiębiorstwami niekonkurującymi ze sobą, które przewidują transfer know-how do podwykonawcy zostały przedstawione w osobnym obwieszczeniu³⁸.

3.2. Rynki właściwe

82. Aby ocenić konkurencyjny stosunek między współpracującymi stronami, należy najpierw określić właściwy rynek lub rynki asortymentowe i geograficzne, których bezpośrednio dotyczy współpraca (tj. rynek lub rynki, do których należą produkty będące przedmiotem porozumienia). Po drugie, porozumienie o produkcji na jednym rynku może również oddziaływać na konkurencyjne zachowanie stron na rynku, który jest poprzednim lub następnym ogniwem łańcucha produkcyjnego, lub na rynku sąsiednim blisko związanym z rynkiem, którego bezpośrednio dotyczy współpraca³⁹ (tzw. rynki rozlewające się; ang. *spill-over markets*). Jednak efekty „rozlewania się” występują jedynie wtedy, gdy współpraca na jednym rynku w sposób konieczny prowadzi do koordynacji konkurencyjnego zachowania na innym rynku, tj. jeśli rynki są powiązane współzależnościami, oraz jeśli strony posiadają silną pozycję na rynku „rozlewającym się”.

3.3. Ocena w świetle art. 81 ust. 1

3.3.1. Charakter porozumienia

83. Głównym źródłem problemów w dziedzinie konkurencji, które mogą wynikać z porozumień o produkcji jest koordynacja konkurencyjnego zachowania stron jako dostawców. Taki problem w dziedzinie konkurencji powstaje, gdy współpracujące strony są rzeczywistymi lub potencjalnymi konkurentami na przynajmniej jednym z tych rynków właściwych, tj. na rynkach, których bezpośrednio dotyczy współpraca i/lub na potencjalnych rynkach „rozlewających się”.

84. Fakt, że strony są konkurentami nie powoduje automatycznej koordynacji ich zachowania. Ponadto strony muszą zwykle współpracować w zakresie znacznej części swojej działalności, aby osiągnąć znaczny stopień wspólności kosztów. Im większy stopień wspólności kosztów, tym większa możliwość ograniczenia konkurencji cenowej, zwłaszcza w przypadku produktów homogenicznych.

85. Oprócz problemów związanych z koordynacją, porozumienia o produkcji mogą również wywoływać problemy związane z ograniczeniem możliwości dostępu do rynku oraz inne negatywne skutki wobec osób trzecich. Nie wynikają one z konkurencyjnego stosunku między stronami, ale z silnej pozycji rynkowej przynajmniej jednej ze stron (np. na rynku kluczowego komponentu, będącym poprzednim ogniwem łańcucha produkcyjnego, który umożliwia stronom podnieść koszty swoich rywali na rynku będącym następnym ogniwem łańcucha produkcyjnego) w kontekście bardziej wertykalnego lub komplementarnego związku między współpracującymi stronami. Dlatego głównie możliwość ograniczenia dostępu do rynku musi być analizowana w przypadku wspólnej produkcji ważnego komponentu i porozumień o podwykonawstwo (zob. poniżej).

3.3.1.1. Porozumienia nieobjęte zakresem art. 81 ust. 1

86. O ile nie powstaną problemy związane z ograniczeniem możliwości dostępu do rynku, porozumienia o produkcji między przedsiębiorstwami niekonkurującymi w normalnych warunkach nie są regulowane przez art. 81 ust. 1. Dotyczy to również porozumień, na mocy których nakłady produkcyjne lub kom-

³⁶ Artykuł 2 ust. 3 rozporządzenia w sprawie wyłączeń grupowych w przypadku ograniczeń wertykalnych. Zob. również ust. 33 wytycznych w sprawie ograniczeń wertykalnych, w którym stwierdza się, że porozumienia o podwykonawstwie między przedsiębiorstwami niekonkurującymi ze sobą, na mocy których kupujący zapewniają dostawcy jedynie specyfikacje opisujące towary lub usługi podlegające dostawie są regulowane przez rozporządzenie w sprawie wyłączeń grupowych w przypadku ograniczeń wertykalnych.

³⁷ Jeśli porozumienie o podwykonawstwie między konkurentami przewiduje, że kontrahent zaprzestanie wytwarzania produktu będącego przedmiotem porozumienia, porozumienie to jest porozumieniem o specjalizacji jednostronnej, które jest regulowane, z zastrzeżeniem pewnych warunków, przez rozporządzenie w sprawie wyłączeń grupowych w zakresie porozumień specjalizacyjnych.

³⁸ Obwieszczenie dotyczące oceny niektórych porozumień o podwykonawstwie w odniesieniu do art. 85 ust. 1 Traktatu EWG, Dz. U. C 1 z 3. 1.1979, s. 2.

³⁹ O tej kwestii wspomniano również w art. 2 ust. 4 rozporządzenia w sprawie połączeń.

ponenty, które dotychczas były wytwarzane na potrzeby własnej konsumpcji (ang. *captive production*), są kupowane od osoby trzeciej w drodze podwykonawstwa lub specjalizacji jednostronnej, chyba że wiele wskazuje na to, iż przedsiębiorstwo, które dotychczas produkowało tylko na potrzeby własnej konsumpcji mógł wejść na rynek handlowy celem prowadzenia sprzedaży dla osób trzecich bez ponoszenia znacznych dodatkowych kosztów lub ryzyka w odpowiedzi na małe, ale ciągle zmiany względnych cen rynkowych.

87. Nawet porozumienia o produkcji między konkurentami nie zawsze są objęte zakresem art. 81 ust. 1. Po pierwsze, współpraca między przedsiębiorstwami, które konkurują na rynkach blisko związanych z rynkiem, którego bezpośrednio dotyczy współpraca, nie może być definiowana jako ograniczająca konkurencję, jeśli współpraca jest jedynym możliwym do uzasadnienia pod względem gospodarczym sposobem na wejście na nowy rynek, wprowadzenie do obrotu nowego produktu lub usługi, lub realizację określonego projektu.

88. Po drugie, wpływ na konkurencyjne zachowanie stron jako dostawców rynkowych jest wysoce nieprawdopodobny, jeżeli udział stron we wspólnych kosztach całkowitych jest niewielki. Na przykład, można założyć niski stopień wspólności w kosztach całkowitych, gdy dwóch lub większa liczba przedsiębiorstw zgadza się na specjalizację/wspólną produkcję półproduktu, który ma jedynie niewielki udział w kosztach produkcji produktu końcowego i, w konsekwencji, w kosztach całkowitych. To samo dotyczy porozumienia o podwykonawstwo między konkurentami, w którego przypadku nakłady produkcyjne, które jeden konkurent kupuje od innego, mają jedynie niewielki udział w kosztach produkcji produktu końcowego. Mały stopień wspólności kosztów całkowitych można również założyć, gdy strony wspólnie wytwarzają produkt końcowy, ale ta wspólna produkcja stanowi tylko małą część w porównaniu do ich całkowitej produkcji produktu końcowego. Nawet jeśli wspólnie wytwarzana jest znaczna część, stopień wspólności kosztów całkowitych może i tak być niski lub średni, jeśli współpraca dotyczy produktów heterogenicznych, które wymagają kosztownego wprowadzania do obrotu.

89. Po trzecie, porozumienia o podwykonawstwo między konkurentami nie są objęte zakresem art. 81 ust. 1, jeżeli ograniczają się one do indywidualnej sprzedaży i zakupów na rynku handlowym bez jakichkolwiek dalszych zobowiązań i bez tworzenia części szerszych stosunków handlowych między stronami⁴⁰.

3.3.1.2. Porozumienia prawie zawsze objęte zakresem art. 81 ust. 1

90. Porozumienia, które ustalają ceny na dostawy rynkowe stron, ograniczają produkcję, dzielą udziały w rynku lub grupy klientów, mają za swój cel ograniczanie konkurencji i niemal zawsze są objęte zakresem art. 81 ust. 1. Nie dotyczy to jednak sytuacji, w których:

– strony uzgadniają produkcję, której bezpośrednio dotyczy porozumienie o produkcji (np. zdolność produkcyjną i wielkość produkcji wspólnego przedsiębiorstwa (joint venture) lub ilość produktów outsourcingowanych), lub

– wspólne przedsiębiorstwo (joint venture) produkcyjne, które również zajmuje się dystrybucją wytworzonych produktów, ustala ceny sprzedaży tych produktów, pod warunkiem że ustalanie cen przez wspólne przedsiębiorstwo (joint venture) jest skutkiem integrowania różnych funkcji⁴¹.

W obu sytuacjach porozumienie dotyczące produkcji lub cen nie będzie oceniane osobno, ale w świetle całkowitych skutków wywoływanych przez wspólne przedsiębiorstwo (*joint venture*) na rynku w celu określenia możliwości zastosowania art. 81 ust. 1.

3.3.1.3. Porozumienia, które mogą być objęte zakresem art. 81 ust. 1

91. Porozumienia o produkcji, które nie mogą być scharakteryzowane jako wyraźnie ograniczające lub nieograniczające konkurencji na podstawie powyższych czynników, mogą być objęte zakresem art. 81 ust. 1⁴² i muszą być analizowane w swoim kontekście gospodarczym. Dotyczy to porozumień koope-

⁴⁰ Jak każde porozumienie o podwykonawstwie, takie porozumienie może jednak wchodzić w zakres art. 81 ust. 1, jeżeli zawiera ograniczenia wertykalne, np. ograniczenie pasywnej sprzedaży czy utrzymanie cen odsprzedaży.

⁴¹ Wspólne przedsiębiorstwo (joint venture) produkcyjne, które również prowadzi wspólną dystrybucję, w większości przypadków jednak wykonuje na stałe wszystkie funkcje samodzielnego przedsiębiorstwa.

⁴² Zgodnie z art. 4 ust. 2 i 3 rozporządzenia Rady nr 17, porozumienia, których przedmiotem jest tylko specjalizacja produkcji, nie muszą, pod pewnymi warunkami, być zgłaszane Komisji. Można je jednak zgłosić.

racyjnych między konkurentami, które tworzą znaczny stopień wspólności kosztów, ale nie zawierają wspomnianych powyżej ograniczeń bardzo mocno zagrażających konkurencji.

3.3.2. Siła rynkowa i struktury rynku

92. Punktem wyjścia do analizy jest pozycja stron na odpowiednim rynku(-ach). Wynika to z faktu, że bez siły rynkowej strony porozumienia o produkcji nie mają bodźca zachęcającego je do koordynowania swojego konkurencyjnego zachowania jako dostawcy. Po drugie, skutek na konkurencję na rynku nie jest wywierany bez siły rynkowej stron, nawet jeśli strony koordynowałyby swoje zachowanie.

93. Nie istnieje żaden bezwzględny próg udziału w rynku, który wskazuje, że porozumienie o produkcji stwarza pewien stopień siły rynkowej, a przez to jest objęte zakresem art. 81 ust. 1. Niemniej porozumienia dotyczące specjalizacji jednostronnej lub wzajemnej oraz wspólnej produkcji są objęte wyłączeniem grupowym pod warunkiem że są zawarte między stronami, których łączny udział w rynku lub rynkach właściwych nie przekracza 20% oraz spełnione są pozostałe warunki do zastosowania rozporządzenia w sprawie wyłączeń grupowych w zakresie porozumień specjalizacyjnych. Dlatego w przypadku porozumień objętych wyłączeniem grupowym, skutki ograniczające konkurencję muszą być analizowane tylko wtedy, gdy łączny udział stron w rynku przekracza 20%.

94. Porozumienia, które nie są objęte rozporządzeniem o wyłączeniach grupowych, wymagają bardziej szczegółowej analizy. Punktem wyjścia jest pozycja rynkowa stron. Następnie zwykle uwzględniany jest wskaźnik koncentracji i liczba uczestników rynku oraz inne czynniki opisane w rozdziale 1.

95. Zwykle analiza będzie uwzględniała tylko rynek lub rynki właściwe, których bezpośrednio dotyczy współpraca. W pewnych okolicznościach, np. jeśli strony mają bardzo silną łączną pozycję na rynkach asortymentowych będących poprzednim lub następnym ogniwem łańcucha produkcyjnego lub na rynkach blisko związanych z rynkami, których bezpośrednio dotyczy współpraca, może wystąpić konieczność dokonania analizy również takich rynków „rozlewających się”. Dotyczy to w szczególności współpracy na rynkach będących poprzednim ogniwem łańcucha produkcyjnego między przedsiębiorstwami, które posiadają również silną łączną pozycję rynkową na rynkach będących kolejnymi ogniwami. Analiza problemów związanych z ograniczeniem możliwości dostępu do rynku może również okazać się konieczna, jeśli każda strona osobno ma silną pozycję jako dostawca nakładów produkcyjnych lub kupujący nakłady produkcyjne.

Pozycja rynkowa stron, wskaźnik koncentracji, liczba uczestników rynku oraz inne czynniki strukturalne

96. Jeśli łączny udział stron w rynku jest większy niż 20%, należy ocenić prawdopodobny wpływ porozumienia o produkcji na rynek. Pod tym względem istotnymi czynnikami będą koncentracja rynku i udziały w rynku. Im wyższy łączny udział stron w rynku, tym wyższa koncentracja na danym rynku. Jednak nieznacznie wyższy udział w rynku niż dozwolony w przypadku wyłączenia grupowego nie musi świadczyć o wysokim wskaźniku koncentracji. Na przykład, łączny udział stron w rynku nieco powyżej 20% może występować na rynku o umiarkowanej koncentracji (wskaźnik HHI poniżej 1800). W takim przypadku wystąpienie skutku ograniczającego konkurencję jest mało prawdopodobne. Jednak na rynku o wyższej koncentracji udział w rynku powyżej 20% może, wraz z innymi czynnikami, prowadzić do ograniczenia konkurencji (zob. również przykład 1 poniżej). Sytuacja ta może jednak ulec zmianie, jeśli rynek jest bardzo dynamiczny, zwiększa się liczba nowych uczestników na rynku, a pozycje rynkowe często się zmieniają.

97. W przypadku wspólnej produkcji efekty sieci, tj. powiązania między znaczną liczbą konkurentów, również mogą odgrywać ważną rolę. Utworzenie dodatkowego powiązania na skoncentrowanym rynku może przeważać szalę i zwiększyć na tym rynku prawdopodobieństwo wystąpienia zмовы, nawet jeśli strony mają znaczny, choć wciąż umiarkowany, łączny udział w rynku (zob. przykład 2 poniżej).

98. W szczególnych okolicznościach współpraca między potencjalnymi konkurentami może również wywoływać obawy związane z konkurencją. Ogranicza się to jednak do przypadków, w których silny uczestnik jednego rynku współpracuje z realnym, potencjalnym kandydatem do wejścia na rynek, na przykład z silnym dostawcą tego samego produktu lub usługi na sąsiednim rynku geograficznym. Zmniejszenie potencjalnej konkurencji stwarza szczególne problemy, jeśli rzeczywista konkurencja już jest słaba, a groźba wejścia konkurenta na rynek jest głównym źródłem konkurencji.

Współpraca na rynkach będących poprzednim ogniwem łańcucha produkcyjnego

99. Wspólna produkcja ważnego komponentu lub innego nakładu produkcyjnego dla produktu końcowego stron może w pewnych okolicznościach wywoływać na rynku negatywne skutki:

– problemy związane z ograniczeniem możliwości dostępu do rynku (zob. przykład 3 poniżej), jeśli strony posiadają silną pozycję na rynku właściwym nakładów produkcyjnych (na użytek zewnętrzny), a przechodzenie między produkcją na użytek wewnętrzny a zewnętrzny nie następowaloby w obecności niewielkiego, ale stałego wzrostu cen względnych danego produktu,

– efekty „rozlewania się” (zob. przykład 4 poniżej), jeśli nakład produkcyjny jest ważnym komponentem kosztów, a strony mają silną pozycję na rynku będącym następnym ogniwem łańcucha produkcyjnego produktu końcowego.

Porozumienia o podwykonawstwo między konkurentami

100. Podobne problemy mogą powstać, jeśli konkurent zawiera z innym konkurentem porozumienie o podwykonawstwo w odniesieniu do ważnego komponentu lub innego nakładu produkcyjnego dla swojego produktu końcowego. Może to również prowadzić do:

– problemów związanych z ograniczeniem możliwości dostępu do rynku, jeśli strony mają silną pozycję jako dostawcy lub kupujący na rynku właściwym będącym rynkiem nakładów produkcyjnych (użytek zewnętrzny). Podwykonawstwo mogłoby wówczas prowadzić do tego, że albo inni konkurenci nie byłiby w stanie pozyskać takiego nakładu produkcyjnego po konkurencyjnej cenie, albo inni dostawcy nie byłiby w stanie dostarczać nakładów w sposób konkurencyjny, jeśli traciliby dużą część swojego popytu.

– efektów „rozlewania się”, jeśli nakład produkcyjny jest ważnym komponentem kosztów, a strony mają silną pozycję na rynku będącym następnym ogniwem łańcucha produkcyjnego produktu końcowego.

Porozumienia specjalizacyjne

101. Porozumienia o specjalizacji wzajemnej przy udziałach w rynku przekraczających wartość progową dla wyłączenia grupowego będą niemal zawsze objęte zakresem art. 81 ust. 1 i muszą być dokładnie analizowane przez sąd z ryzyko podziału rynku (zob. przykład 5 poniżej).

3.4. Ocena w świetle art. 81 ust. 3

3.4.1. Korzyści ekonomiczne

102. Można założyć, że najbardziej powszechne rodzaje porozumień o produkcji przynoszą pewne korzyści ekonomiczne w formie korzyści skali lub zakresu, lub lepszych technologii produkcji, o ile nie są one instrumentem służącym do ustalania cen, ograniczania produkcji lub podziału rynku i klientów. Z zastrzeżeniem tych warunków, rozsądne wydaje się zapewnienie wyłączenia takich porozumień, które skutkują ograniczeniem konkurencji do wysokości progu udziału w rynku, poniżej którego można – do celów stosowania art. 81 ust. 3 – w sposób ogólny założyć, że pozytywne skutki porozumień o produkcji będą większe niż jakiegokolwiek negatywne skutki wywierane na konkurencję. Dlatego porozumienia dotyczące specjalizacji jednostronnej lub wzajemnej oraz wspólnej produkcji są objęte wyłączeniem grupowym (rozporządzenie w sprawie wyłączeń grupowych w zakresie porozumień specjalizacyjnych) pod warunkiem że nie zawierają ograniczeń bardzo mocno zagrażających konkurencji (zob. art. 5) oraz są zawierane między stronami, których łączny udział w rynku nie przekracza 20% na rynku lub rynkach właściwych.

103. W przypadku porozumień, które nie są objęte wyłączeniem grupowym, strony muszą dowieść usprawnienia produkcji lub innego rodzaju efektywności. Efektywność, która przynosi korzyści jedynie stronom, lub oszczędności kosztów wynikające z ograniczenia produkcji lub podziału rynku nie mogą być brane pod uwagę.

3.4.2. Niezbędność

104. Ograniczenia, które wykraczają poza to, co jest konieczne do osiągnięcia opisanych wyżej korzyści gospodarczych nie będą akceptowane. Na przykład, strony nie powinny być ograniczone w swoim konkurencyjnym zachowaniu w stosunku do produkcji nie będącej przedmiotem współpracy.

3.4.3. Nieeliminowanie konkurencji

105. Objęcie wyłączeniem nie będzie możliwe, jeśli strony korzystają ze sposobności wyeliminowania konkurencji w odniesieniu do znaczącej części danych produktów. Jeśli w konsekwencji zawarcia porozumienia o produkcji przedsiębiorstwo jest lub staje się dominujące, takie porozumienie, które generuje skutki antykonkurencyjne w rozumieniu art. 81, nie może z zasady zostać objęte wyłączeniem. Wymaga to analizy na podstawie rynku właściwego, do którego należą produkty objęte współpracą, oraz na podstawie potencjalnych rynków „rozlewających się”.

3.5 Przykłady

Wspólna produkcja

106. Poniższe dwa przykłady dotyczą hipotetycznych sytuacji wywołujących problemy w dziedzinie konkurencji na rynku właściwym, do którego należą wspólnie wytwarzane produkty.

107. Przykład 1

Sytuacja: Dwóch dostawców, A i B, podstawowego produktu chemicznego X postanawia zbudować nowy zakład produkcyjny kontrolowany przez wspólne przedsiębiorstwo (joint venture). Zakład ten będzie wytwarzał około 50% ich całkowitej produkcji. X jest produktem homogenicznym i nie jest substytucyjny względem innych produktów, tj. tworzy swój własny rynek właściwy. Na rynku tym panuje raczej stagnacja. Strony nie zwiększą znacząco całkowitej produkcji, ale zamkną dwie stare fabryki i przeniosą zdolność produkcyjną do nowego zakładu. Zarówno A, jak i B posiadają 20% udział w rynku. Działa również trzech innych znaczących dostawców, z których każdy posiada 10–15% udział w rynku, a także kilku mniejszych uczestników rynku.

Analiza: Istnieje prawdopodobieństwo, że przedmiotowe wspólne przedsiębiorstwo (joint venture) będzie miało wpływ na konkurencyjne zachowanie stron, ponieważ koordynacja pozwoliłaby im uzyskać znaczną siłę rynkową, a może nawet pozycję dominującą. Prawdopodobne jest również, że wystąpią poważne skutki ograniczające konkurencję na rynku. Korzyści płynące z wyższej efektywności, które mogą być większe niż takie skutki, są mało prawdopodobne w sytuacji, w której nie można oczekiwać znacznego wzrostu produkcji.

108. Przykład 2

Sytuacja: Dwóch dostawców, A i B, zawiązują wspólne przedsiębiorstwo (joint venture) na tym samym rynku właściwym, o którym mowa w przykładzie 1. Wspólne przedsiębiorstwo (joint venture) również wytwarza 50% całkowitej produkcji stron. A i B mają po 15% udziału w rynku. Na rynku jest również 3 innych uczestników: C, którego udział w rynku wynosi 30%, D – 25% i E – 15%. B posiada już wspólny zakład produkcyjny z E.

Analiza: W tym przypadku rynek charakteryzuje się bardzo małą liczbą uczestników i raczej symetrycznymi strukturami. Wspólne przedsiębiorstwo (joint venture) tworzy dodatkowe powiązanie między uczestnikami rynku. Koordynacja między A i B de facto jeszcze bardziej zwiększyłaby koncentrację, a także powiązałaby E z A i B. Istnieje prawdopodobieństwo, że współpraca wywoła poważny skutek ograniczający konkurencję, przy czym – jak w przykładzie 1 – nie można oczekiwać korzyści płynących z wyższej efektywności.

109. Przykład 3 również dotyczy rynku właściwego, do którego należą wspólnie wytwarzane produkty, ale demonstruje znaczenie kryteriów innych niż udział w rynku (w tym przypadku przejście od produkcji wewnętrznej do zewnętrznej).

110. Przykład 3

Sytuacja: A i B zawiązują wspólne przedsiębiorstwo (joint venture) dla półproduktu X w drodze restrukturyzacji obecnych zakładów. Joint venture sprzedaje X wyłącznie do A i B, wytwarzając 40% całkowitej produkcji A i 50% całkowitej produkcji B. A i B zużywają X na własne potrzeby oraz są dostawcami na rynku zewnętrznym. Udział A w całkowitej produkcji X w przemyśle wynosi 10%, udział B sięga 20%, a udział wspólnego przedsiębiorstwa (joint venture) – 14%. Jednak na rynku zewnętrznym udział A i B wynosi odpowiednio 25% i 35%.

Analiza: Mimo silnej pozycji stron na rynku zewnętrznym współpraca może nie wyeliminować skutecznej konkurencji na rynku w odniesieniu do X, jeśli koszty przejścia między produkcją na użytek wewnętrzny a zewnętrzny. Niemniej tylko bardzo szybkie przejście mogłoby przeciwdziałać wysokiemu udziałowi w rynku, sięgającemu 60%. W przeciwnym razie przedmiotowe przedsiębiorstwo produkcyjne wywołuje poważne obawy co do konkurencji, które nie mogą zostać zneutralizowane nawet znacznymi korzyściami ekonomicznymi.

111. Przykład 4 dotyczy współpracy w zakresie ważnego półproduktu, wywołującej skutki „rozlewania się” na rynku będącym następnym ogniwem łańcucha produkcyjnego.

112. Przykład 4

Sytuacja: A i B zawiązują wspólne przedsiębiorstwo (joint venture) produkcyjne dla półproduktu X. Zamkną one własne fabryki, w których wytwarzany był X, i będą zaspokajały swoje zapotrzebowanie na

X wyłącznie w oparciu o wspólne przedsiębiorstwo (joint venture). Przedmiotowy półprodukt stanowi 50% całkowitych kosztów produktu końcowego Y. Udział zarówno A, jak i B w rynku dla produktu Y wynosi 20%. Działają również dwaj inni znaczący dostawcy produktu Y, z których każdy posiada po 15% rynku, a także kilku mniejszych konkurentów.

Analiza: W tym przypadku wspólność kosztów jest wysoka; ponadto strony zyskałyby siłę rynkową poprzez koordynację swojego zachowania na rynku Y. Sytuacja ta wywołuje problemy w dziedzinie konkurencji i ocena jest niemal identyczna, jak w przykładzie 1, choć w tym przypadku współpraca odbywa się na rynku będącym poprzednim ogniwem łańcucha produkcyjnego.

Specjalizacja wzajemna

113. Przykład 5

Sytuacja: Zarówno A, jak i B wytwarzają i dostarczają homogeniczne produkty X i Y, które należą do różnych rynków. Udział A w rynku w przypadku X wynosi 28%, a w przypadku Y – 10%. Z kolei udział B w rynku w przypadku X wynosi 10%, a w przypadku Y – 30%. Przez wzgląd na oszczędności skali strony zawierają porozumienie o specjalizacji wzajemnej, na mocy którego A będzie w przyszłości produkowała tylko X, a B – tylko Y. Obie strony zgadzają się na dostawy wzajemne, tak aby obie utrzymały się na rynku jako dostawcy. Z uwagi na homogeniczny charakter produktów koszty dystrybucji są niewielkie. Funkcjonuje również dwóch innych dostawców produktów X i Y, a każdy z nich posiada mniej więcej 15-procentowy udział w rynku; udziały pozostałych dostawców w rynku wynoszą 5–10%.

Analiza: Stopień wspólności kosztów jest wyjątkowo wysoki, jedynie względnie niewielkie koszty dystrybucji pozostają odrębne. W konsekwencji, stworzono by bardzo mało możliwości do konkutowania. Strony uzyskałyby siłę rynkową w drodze koordynacji swojego zachowania na rynkach produktów X i Y. Ponadto istnieje prawdopodobieństwo, że dostawy rynkowe Y pochodzące od A oraz X pochodzące od B z czasem się zmniejszą. Przypadek ten prowadzi do powstania problemów w dziedzinie konkurencji, których raczej nie przeważa oszczędności skali.

Scenariusz ten mógłby się zmienić, gdyby X i Y były produktami heterogenicznymi o bardzo dużym udziale kosztów związanych z obrotem i dystrybucją (np. 65–70% całkowitych kosztów). Ponadto gdyby oferta pełnego asortymentu zróżnicowanych produktów była warunkiem skutecznej konkurencji, wycofanie się jednej lub większej liczby stron jako dostawców X i/lub Y nie byłoby prawdopodobne. W przypadku takiego scenariusza kryteria wyłączenia mogą być spełnione (o ile oszczędności skali są znaczne), mimo wysokich udziałów w rynku.

Podwykonawstwo między konkurentami

114. Przykład 6

Sytuacja: A i B są konkurentami na rynku produktu końcowego X. Udział A w rynku wynosi 15%, B – 20%. Zarówno A i B wytwarzają półprodukt Y, który jest nakładem produkcyjnym w wytwarzaniu X, ale jest również stosowany do produkcji innych produktów. Stanowi on 10% kosztów X. A produkuje Y tylko do wewnętrznej konsumpcji, natomiast B również sprzedaje Y klientom będącym osobami trzecimi. Udział B w rynku w przypadku Y wynosi 10%. A i B zgadzają się zawrzeć porozumienie o podwykonawstwo, na mocy którego A będzie pokrywała 60% swojego zapotrzebowania na Y kupując go od B. Natomiast 40% swojego zapotrzebowania będzie nadal zaspokajała za pomocą produkcji wewnętrznej, aby nie utracić know-how związanego z produkcją Y.

Analiza: Jako że A produkowała Y jedynie w celu konsumpcji wewnętrznej, należy najpierw przeanalizować, czy A jest realistycznym konkurentem, który w przyszłości może wejść na rynek handlowy i sprzedawać Y osobom trzecim. Jeśli nie jest takim konkurentem, wówczas porozumienie nie ogranicza konkurencji w odniesieniu do Y. Efekty „rozlewania się” na rynku produktu X są również mało prawdopodobne z uwagi na niski stopień wspólności kosztów generowanych przez porozumienie.

Jeśli A zostałaby uznana za realistycznego, potencjalnego konkurenta na rynku handlowym w zakresie sprzedaży Y osobom trzecim, należałoby uwzględnić pozycję rynkową B na rynku produktu Y. Ponieważ udział B w rynku jest raczej niski, wynik analizy nie uległby zmianie.

4. POROZUMIENIA DOTYCZĄCE ZAKUPU

4.1. Definicja

115. Niniejszy rozdział koncentruje się na porozumieniach dotyczących wspólnego kupowania produktów. Wspólne zakupy mogą być dokonywane przez wspólnie kontrolowaną spółkę, przez spółkę, w której duża liczba przedsiębiorstw posiada niewielki udział, w drodze porozumienia umownego lub nawet w ramach współpracy o luźniejszej formie.

116. Porozumienia dotyczące zakupu są często zawierane przez małe i średnie przedsiębiorstwa w celu uzyskania wolumenu zamówień i rabatów podobnych do zamówień i rabatów większych konkurentów. Takie porozumienia między małymi i średnimi przedsiębiorstwami są zatem zwykle prokonkurencyjne. Nawet jeśli wytworzona zostanie umiarkowana siła rynkowa, może ona zostać przeważona przez oszczędności skali, o ile strony faktycznie połączą wolumen.

117. Wspólne zakupy mogą być elementem zarówno porozumień horyzontalnych, jak i wertykalnych. W takich przypadkach konieczne jest przeprowadzenie dwuetapowej analizy. Po pierwsze, porozumienia horyzontalne muszą być oceniane zgodnie z zasadami przedstawionymi w niniejszych wytycznych. Jeśli taka ocena prowadzi do wniosku, że współpraca między konkurentami w obszarze zakupów jest możliwa do zaakceptowania, konieczne będzie przeprowadzenie dalszej analizy w celu zbadania porozumień wertykalnych zawartych z dostawcami lub indywidualnymi sprzedawcami. Druga z ocen zostanie przeprowadzona zgodnie z zasadami określonymi w rozporządzeniu w sprawie wyłączeń grupowych i wytycznych w sprawie ograniczeń wertykalnych⁴³.

118. Jako przykład można podać stowarzyszenie utworzone przez grupę sprzedawców detalicznych w celu dokonywania wspólnych zakupów produktów. Porozumienia horyzontalne zawarte między członkami stowarzyszenia lub decyzje podjęte przez stowarzyszenie muszą być ocenione najpierw jako porozumienie horyzontalne stosownie do niniejszych wytycznych. Tylko jeśli ocena ta będzie pozytywna, zasadne stanie się dokonanie oceny wyników porozumień wertykalnych między stowarzyszeniem i indywidualnymi członkami lub między stowarzyszeniem i dostawcami. Porozumienia te są objęte – do pewnego stopnia – wyłączeniem grupowym dla ograniczeń wertykalnych⁴⁴. Te porozumienia, które nie są objęte wertykalnym wyłączeniem grupowym, nie będą uznawane za nielegalne, choć mogą wymagać indywidualnej oceny.

4.2. Rynki właściwe

119. Wspólne zakupy mogą oddziaływać na dwa rynki: po pierwsze, na rynek lub rynki, których bezpośrednio dotyczy współpraca, tj. właściwy rynek zakupów; po drugie, na rynek lub rynki zbytu, tj. rynki będące następnym ogniwem łańcucha produkcyjnego, na którym uczestnicy porozumienia o wspólnym zakupie są aktywni jako sprzedający.

120. Definicja właściwego rynku zakupów jest zgodna z zasadami przedstawionymi w obwieszczeniu Komisji w sprawie sposobu wyznaczania rynku właściwego i opiera się na koncepcji substytucyjności w celu zidentyfikowania ograniczeń konkurencji. Jediną różnicą w wyznaczaniu rynków zbytu jest to, iż substytucyjność musi być definiowana z punktu widzenia podaży, a nie z punktu widzenia popytu. Innymi słowy, alternatywy dla dostawców są decydujące w identyfikowaniu ograniczeń konkurencji w odniesieniu do kupujących. Mogłyby one być analizowane, na przykład, poprzez badanie reakcji dostawców na niewielkie, ale utrzymujące się obniżenie cen. Jeśli zdefiniowany został rynek, udział w rynku można obliczyć jako wartość procentową, którą stanowią zakupy dokonane przez zainteresowane strony z całkowitej sprzedaży zakupionego produktu lub usługi na rynku właściwym.

121. Przykład 1

Grupa producentów samochodów uzgadnia, iż będzie wspólnie kupowała produkt X. Ich wspólne zakupy X stanowią 15 jednostek. Całkowita sprzedaż X producentom samochodów stanowi 50 jednostek. Jednak X jest również sprzedawany producentom produktów innych niż samochody. Całkowita sprzedaż X stanowi 100 jednostek. Zatem udział grupy w rynku (zakupów) wynosi 15%.

122. Jeśli strony są ponadto konkurentami na jednym lub większej liczbie rynków zbytu, rynki te są również właściwe dla potrzeb oceny. Ograniczenia konkurencji na tych rynkach są bardziej prawdopodobne, jeśli strony osiągną siłę rynkową poprzez koordynację swojego zachowania, oraz jeśli znaczna część

⁴³ Zob. wytyczne w sprawie ograniczeń wertykalnych, ust. 29.

⁴⁴ Art. 2 ust. 2 rozporządzenia w sprawie wyłączeń grupowych w przypadku ograniczeń wertykalnych.

kosztów całkowitych stron jest wspólna. Tak dzieje się na przykład, gdy sprzedawcy detaliczni, którzy są aktywni na tym samym właściwym rynku lub rynkach detalicznych, wspólnie kupują znaczną część produktów oferowanych przez nich do sprzedaży. Dotyczyć to może również sytuacji, w której konkurujący producenci i sprzedawcy produktu końcowego razem kupują dość dużą część swoich nakładów. Rynki zbytu muszą być definiowane poprzez zastosowanie metodologii przedstawionej w obwieszczeniu Komisji w sprawie sposobu wyznaczania rynku właściwego.

4.3. Ocena w świetle art. 81 ust. 1

4.3.1 Charakter porozumienia

4.3.1.1. Porozumienia nieobjęte zakresem art. 81 ust. 1

123. Przez wzgląd na sam swój charakter, porozumienia dotyczące zakupu będą zawierane między przedsiębiorstwami, które są przynajmniej konkurentami na rynkach zakupów. Jeśli jednak współpracują konkurujący nabywcy, którzy nie są aktywni na tym samym rynku właściwym, będącym dalszym ogniwem łańcucha produkcyjnego (np. sprzedawcy detaliczni, którzy są aktywni na innych rynkach geograficznych i nie mogą być uznani za rzeczywistych potencjalnych konkurentów), art. 81 ust. 1 będzie rzadko znajdował zastosowanie, chyba że strony posiadają bardzo silną pozycję na rynkach zakupów, która mogłaby zostać wykorzystana do zaszkodzenia konkurencyjnej pozycji pozostałych uczestników rynku na ich odnośnych rynkach zbytu.

4.3.1.2. Porozumienia prawie zawsze objęte zakresem art. 81 ust. 1

124. Porozumienia dotyczące zakupu są objęte zakresem art. 81 ust. 1 tylko przez wzgląd na swój charakter, jeśli współpraca nie dotyczy w rzeczywistości wspólnego kupowania, ale służy jako narzędzie do angażowania się w działalność tajnego kartelu, tj. w przeciwnym razie zakazane ustalanie cen, ograniczanie produkcji lub podział rynku.

4.3.1.3. Porozumienia, które mogą być objęte zakresem art. 81 ust. 1

125. Większość porozumień o zakupie musi być analizowana w swoim kontekście prawnym i ekonomicznym. Analiza musi obejmować zarówno rynki zakupów, jak i rynki zbytu.

4.3.2. Siła rynkowa i struktury rynku

126. Punktem wyjścia analizy jest zbadanie siły nabywczej stron. Można założyć istnienie siły nabywczej, jeśli porozumienie o zakupie obejmuje dostatecznie dużą część całkowitego wolumenu rynku zakupów, tak że ceny mogą zostać obniżone poniżej konkurencyjnego poziomu lub rynek może zostać zamknięty dla konkurujących nabywców. Wysoki stopień siły nabywczej wobec dostawców na rynku może spowodować nieefektywność w postaci, na przykład, obniżenia jakości, zmniejszenia intensywności prac innowacyjnych, czy też ostatecznie nieoptymalnych dostaw. Jednak główne obawy w kontekście siły nabywczej wywodzą się z możliwości zaniechania przeniesienia niższych cen na konsumentów w dalszych ogniwach łańcucha produkcyjnego oraz z możliwości doprowadzenia do wzrostu kosztów w przypadku konkurentów nabywców na rynkach zbytu, ponieważ albo dostawcy będą starali się zrekompensować sobie obniżenie ceny dla jednej grupy klientów podnosząc ceny dla innych klientów, albo konkurenci będą mieli mniejszy dostęp do efektywnych dostawców. Jak z tego wynika, rynki zakupów i zbytu charakteryzują się współzależnościami, które przedstawiono poniżej.

Współzależności między rynkami zakupów i zbytu

127. Współpraca konkurujących nabywców może znacząco ograniczyć konkurencję poprzez wytworzenie siły nabywczej. Choć wytworzenie siły nabywczej może prowadzić do niższych cen dla konsumentów, siła nabywcza nie jest zawsze prokonkurencyjna i może nawet, w pewnych okolicznościach, wywoływać bardzo silne negatywne skutki dla konkurencji.

128. Po pierwsze, niższe koszty zakupu wynikające z wykorzystania siły nabywczej nie mogą być postrzegane jako prokonkurencyjne, jeśli nabywcy razem posiadają siłę na rynkach zbytu. W takim przypadku oszczędności kosztów prawdopodobnie nie są przenoszone na klientów. Im wyższą łączną siłę posiadają strony na swoich rynkach zbytu, tym większy jest bodziec zachęcający strony do koordynowania swojego zachowania jako sprzedający. Może to stać się łatwiejsze, jeśli strony osiągną wysoki stopień wspólności kosztów w drodze wspólnego dokonywania zakupów. Na przykład, jeśli grupa dużych sprzedawców detalicznych razem kupuje dużą część swoich produktów, duża część ich kosztów całkowitych będzie wspólna. Negatywne skutki wspólnych zakupów mogą być zatem w pewnej mierze podobne do wspólnej produkcji.

129. Po drugie, siła na rynkach zbytu może zostać wytworzona lub zwiększona za pomocą siły nabywczej, która jest wykorzystywana do ograniczania możliwości dostępu do rynku konkurentom lub zwiększenia kosztów rywali. Znacząca siła nabywcza ze strony jednej grupy klientów może prowadzić do ograniczenia możliwości dostępu do rynku dla konkurujących nabywców poprzez ograniczanie ich dostępu do efektywnych dostawców. Może ona również prowadzić do wzrostu kosztów u konkurentów, ponieważ dostawcy będą usiłowali zrekompensować sobie obniżenie cen dla jednej grupy klientów podwyższając ceny dla innych klientów (np. dyskryminowanie w zakresie udzielania rabatów przez dostawców sprzedawców detalicznych). Jest to możliwe tylko wtedy, gdy dostawcy na rynkach zakupów również posiadają pewien stopień siły rynkowej. W obu przypadkach konkurencja na rynkach zbytu może być jeszcze bardziej ograniczana przez siłę nabywczą.

130. Nie istnieje żaden bezwzględny próg, który wskazuje, że współpraca w dziedzinie zakupów generuje pewien stopień siły rynkowej i w związku z tym jest objęta zakresem art. 81 ust. 1. Niemniej w większości przypadków mało prawdopodobne jest, by istniała siła rynkowa, jeśli strony porozumienia posiadają łączny udział w rynku(-ach) zakupów wynoszący poniżej 15% oraz łączny udział w rynku lub rynkach zbytu również poniżej 15%. W każdym razie, przy takim poziomie udziału w rynku istnieje prawdopodobieństwo, że przedstawione poniżej warunki art. 81 ust. 3 są spełnione przez rozpatrywane porozumienie.

131. Udział w rynku powyżej tego progu nie świadczy automatycznie, że współpraca wywiera negatywny skutek na rynek, ale że wymaga bardziej szczegółowej oceny wpływu porozumienia o wspólnym zakupie na rynek, przy uwzględnieniu takich czynników, jak koncentracja rynku i potencjalna siła równoważąca ze strony silnych dostawców. Wspólne kupowanie, w które zaangażowane są strony o łącznym udziale w rynku sięgającym znacznie powyżej 15% na skoncentrowanym rynku, będzie prawdopodobnie podlegało pod art. 81 ust. 1, a strony muszą wykazać efektywność, która może przeważać skutek ograniczający konkurencję.

4.4. Ocena w świetle art. 81 ust. 3

4.4.1. Korzyści ekonomiczne

132. Porozumienia o zakupie mogą być źródłem takich korzyści ekonomicznych, jak oszczędności skali w składaniu zamówień lub w transporcie, które mogą być większe niż skutki ograniczające konkurencję. Jeśli strony razem mają znaczącą siłę nabywczą lub siłę sprzedaży należy dokładnie przeanalizować kwestię efektywności. Oszczędności kosztów, które są generowane zaedwie przez wykorzystanie siły, i które nie przynoszą korzyści konsumentom, nie mogą być brane pod uwagę.

4.4.2. Niezbędność

133. Porozumienia o zakupie nie mogą zostać objęte wyłączeniem, jeśli nakładają one ograniczenia, które nie są niezbędne do osiągnięcia wspomnianych wyżej korzyści. Zobowiązanie do dokonywania zakupów wyłącznie w ramach współpracy może w niektórych przypadkach być niezbędne do osiągnięcia wolumenu koniecznego do realizacji oszczędności skali. Jednak takie zobowiązanie musi być oceniane w kontekście indywidualnego przypadku.

4.4.3. Nieeliminowanie konkurencji

134. Objęcie wyłączeniem nie będzie możliwe, jeśli strony zyskują możliwość wyeliminowania konkurencji w odniesieniu do znacznej części danych produktów. Ocena musi obejmować rynki zakupów i zbytu. Za punkt wyjścia można uznać łączne udziały stron w rynku. Następnie należy ocenić, czy te udziały w rynku są przejawem pozycji dominującej oraz czy istnieją jakiegokolwiek czynniki łagodzące, takie jak siła równoważąca ze strony dostawców na rynkach zakupów lub możliwość wejścia na rynek na rynkach zbytu. Jeśli w konsekwencji porozumienia o zakupie dane przedsiębiorstwo jest lub staje się dominujące albo na rynku zakupów, albo na rynku zbytu, takie porozumienie wywołujące skutki antykonkurencyjne w rozumieniu art. 81, nie może z zasady zostać objęte wyłączeniem.

4.5. Przykłady

135. Przykład 2

Sytuacja: Dwóch producentów, A i B, postanawia wspólnie kupować komponent X. Są oni konkurentami na swoim rynku zbytu. Łącznie ich zakupy stanowią 35% całkowitej sprzedaży X w EOG, który uznaje się za właściwy rynek geograficzny. Jest również 6 innych producentów (konkurentów A i B na ich rynku zbytu), którzy posiadają pozostałe 65% rynku zakupów; przy czym udział jednego wynosi 25%, a pozostałych znacznie mniej. Strona podaży jest raczej skoncentrowana – 6 dostawców komponentu

X, z których dwóch posiada po 30% rynku, a pozostali między 10 a 15% (HHI wynosi 2300–2500). Na swoim rynku zbytu A i B posiadają łączny udział w rynku wynoszący 35%.

Analiza: Z uwagi na siłę rynkową stron na ich rynku zbytu korzyści z potencjalnych oszczędności kosztów mogą nie być przeniesione na konsumentów końcowych. Ponadto wspólne dokonywanie zakupów zapewne zwiększy koszty mniejszych konkurentów stron, ponieważ tych dwóch potężnych dostawców prawdopodobnie zrekomensuje sobie obniżenie cen dla grupy poprzez zwiększenie cen dla mniejszych klientów. Rezultatem może być rosnąca koncentracja na rynku będącym następnym ogniwem łańcucha produkcyjnego. Dodatkowo współpraca ta może prowadzić do dalszej koncentracji wśród dostawców, gdyż mniejsi z nich, którzy już teraz mogą funkcjonować blisko lub poniżej minimalnej skali efektywnej, mogą zostać wypchnięci z rynku, jeśli nie będą w stanie dalej obniżać cen. Taki przypadek prawdopodobnie doprowadzi do znacznego ograniczenia konkurencji, które może okazać się większe niż potencjalne zyski z efektywności wynikającej z połączenia wolumenów.

136. Przykład 3

Sytuacja: 150 małych sprzedawców detalicznych zawiera porozumienie, którego celem jest utworzenie wspólnej organizacji zakupów. Są oni zobowiązani do zakupu minimalnego wolumenu poprzez organizację, co stanowi mniej więcej 50% całkowitych kosztów każdego detalisty. Detaliści mogą kupować w ramach organizacji więcej niż minimalny wolumen, a także mogą dokonywać zakupów poza ramami współpracy. Ich łączny udział w rynku wynosi 20% na każdym rynku zakupów i zbytu. A i B są ich dwoma dużymi konkurentami; udział A na każdym z odnośnych rynków wynosi 25%, a B – 35%. Pozostali mniejsi konkurenci również utworzyli grupę dokonującą zakupów. 150 sprzedawców detalicznych uzyskuje oszczędności skali łącząc znaczną ilość wolumenu i czynności związanych z kupowaniem.

Analiza: Detaliści mogą osiągnąć wysoki stopień wspólności kosztów, jeśli ostatecznie będą kupowali razem więcej niż uzgodniony minimalny wolumen. Jednak razem posiadają oni jedynie umiarkowaną pozycję rynkową na rynkach zakupów i zbytu. Ponadto wynikiem współpracy są pewne oszczędności skali. Współpraca ta zostanie prawdopodobnie objęta wyłączeniem.

137. Przykład 4

Sytuacja: Dwie sieci supermarketów zawierają porozumienie mając na celu wspólne kupowanie produktów, które stanowią około 50% ich całkowitych kosztów. Na właściwych rynkach zakupów dla różnych kategorii produktów udziały stron wahają się między 25% a 40%; natomiast na właściwym rynku zbytu (zakładając, że jest tylko jeden właściwy rynek geograficzny) udziały stron sięgają 40%. Działa również pięciu innych znaczących sprzedawców detalicznych, a udział każdego z nich w rynku sięga 10–15%. Wejście na rynek jest mało prawdopodobne.

Analiza: Istnieje prawdopodobieństwo, że to porozumienie o wspólnych zakupach wywarłoby wpływ na konkurencyjne zachowanie stron, ponieważ koordynacja dałaby im znaczącą siłę rynkową. Dotyczy to w szczególności sytuacji, w której możliwość wejścia na rynek jest niewielka. Bodziec zachęcający do koordynowania zachowania jest większy, jeśli koszty są podobne. Podobne marże stron wprowadziłyby dodatkowo bodziec zachęcający do żądania takich samych cen. Nawet jeśli wynikiem współpracy jest różnego rodzaju efektywność, mało prawdopodobne jest, aby porozumienie zostało objęte wyłączeniem z uwagi na wysoki stopień siły rynkowej.

138. Przykład 5

Sytuacja: Małe współpracujące ze sobą podmioty zawierają porozumienie w celu utworzenia wspólnej organizacji zakupów. Są one zobowiązane do kupowania poprzez organizację minimalnego wolumenu. Strony mogą kupić w ramach organizacji więcej niż minimalny wolumen, ale mogą również dokonywać zakupów poza organizacją. Całkowity udział każdej ze stron w rynku wynosi 5% na każdym z rynków zakupów i zbytu, dając łączny udział w rynku wynoszący 25%. Działa również dwóch innych znaczących sprzedawców detalicznych, z których każdy posiada 20–25% udział w rynku, a także szereg mniejszych detalistów, których udziały w rynku nie przekraczają 5%.

Analiza: Utworzenie wspólnej organizacji zakupów prawdopodobnie pozwoli uzyskać stronom taką pozycję rynkową zarówno na rynkach zakupów, jak i na rynkach zbytu, która umożliwi im konkurowanie z dwoma największymi detalistami. Ponadto obecność dwóch innych uczestników rynku, posiadających podobną pozycję rynkową, prawdopodobnie doprowadzi do tego, iż efektywność osiągnięta wskutek porozumienia będzie przenoszona na konsumentów. W takim przypadku porozumienie to prawdopodobnie zostanie objęte wyłączeniem.

5. POROZUMIENIA O KOMERCJALIZACJI

5.1. Definicja

139. Porozumienia omawiane w niniejszej sekcji dotyczą współpracy między konkurentami w dziedzinie sprzedaży, dystrybucji lub promocji swoich produktów. Takie porozumienia mogą mieć niezwykle różnorodny zakres w zależności od funkcji związanych z wprowadzaniem do obrotu, które są przedmiotem współpracy. Z jednej strony znajduje się wspólna sprzedaż, która prowadzi do wspólnego decydowania o wszystkich aspektach handlowych związanych ze sprzedażą danego produktu, łącznie z ceną. Z drugiej zaś strony znajdują się porozumienia o bardziej ograniczonym zakresie, które dotyczą tylko jednej konkretnej funkcji wprowadzania do obrotu, np. dystrybucji, świadczenia usług czy reklamy.

140. Najważniejszymi z porozumień o bardziej ograniczonym zakresie wydają się być porozumienia dystrybucyjne. Porozumienia te są zasadniczo regulowane przez rozporządzenie w sprawie wyłączeń grupowych i wytyczne w sprawie ograniczeń wertykalnych, chyba że strony są rzeczywistymi lub potencjalnymi konkurentami. W takim przypadku rozporządzenie w sprawie wyłączeń grupowych obejmuje jedynie zawierane między konkurentami porozumienia wertykalne o charakterze niewzajemnym, jeśli a) kupujący, wraz ze swoimi powiązаныmi przedsiębiorstwami, ma roczny obrót nie przekraczający 100 mln EUR lub b) dostawca jest producentem i dystrybutorem produktów, podczas gdy kupujący jest dystrybutorem, który nie jest równocześnie wytwórcą produktów konkurujących z produktami będącymi przedmiotem porozumienia, lub c) dostawca świadczy usługi na kilku szczeblach obrotu towarowego, natomiast kupujący nie świadczy usług konkurencyjnych na tym szczeblu obrotu towarowego, na którym nabywa usługi będące przedmiotem porozumienia⁴⁵. Jeśli konkurenci zgodzą się dystrybuować swoje produkty na zasadzie wzajemności, w niektórych przypadkach istnieje możliwość, że celem lub skutkiem tych porozumień będzie podział rynków między stronami lub doprowadzą one do zмовy. To samo dotyczy porozumień o charakterze niewzajemnym między konkurentami powyżej pewnej wielkości. Porozumienia te muszą zatem najpierw zostać ocenione zgodnie z zasadami przedstawionymi poniżej. Jeżeli taka ocena prowadzi do wniosku, że współpraca między konkurentami w dziedzinie dystrybucji byłaby w zasadzie możliwa do zaakceptowania, konieczna będzie dalsza ocena w celu zbadania ograniczeń wertykalnych obecnych w takich porozumieniach. Ocena ta powinna opierać się na zasadach przedstawionych w wytycznych w sprawie ograniczeń wertykalnych.

141. Kolejnego rozróżnienia należy dokonać między porozumieniami, w których strony zgadzają się jedynie na wspólną komercjalizację, a porozumieniami, w których komercjalizacja wiąże się z innego rodzaju współpracą. Może to dotyczyć na przykład sytuacji, w której następuje wspólna produkcja lub wspólne dokonywanie zakupów. Takie porozumienia będą rozpatrywane tak, jak w przypadku oceny takich rodzajów współpracy.

5.2. Rynki właściwe

142. Aby ocenić konkurencyjny stosunek między współpracującymi stronami, należy na początku zdefiniować właściwy rynek lub rynki asortymentowe i geograficzne, których bezpośrednio dotyczy współpraca (tj. rynek lub rynki, do którego należą produkty będące przedmiotem porozumienia). Po drugie, porozumienie o komercjalizacji na jednym rynku może również oddziaływać na konkurencyjne zachowanie stron na rynku sąsiednim blisko związanym z rynkiem, którego bezpośrednio dotyczy współpraca.

5.3. Ocena w świetle art. 81 ust. 1

5.3.1. Charakter porozumienia

5.3.1.1. Porozumienia nieobjęte zakresem art. 81 ust. 1

143. Porozumienia o komercjalizacji omawiane w niniejszej sekcji podlegają zasadom konkurencji tylko wtedy, gdy strony porozumień są konkurentami. Jeśli strony wyraźnie nie konkurują między sobą w odniesieniu do produktów lub usług będących przedmiotem danego porozumienia, porozumienie to nie może wywoływać w dziedzinie konkurencji problemów o charakterze horyzontalnym. Niemniej porozumienie może być objęte zakresem art. 81 ust. 1, jeśli zawiera ograniczenia wertykalne, na przykład ograniczenie pasywnej sprzedaży, utrzymanie cen odsprzedaży itd. Znajduje to również zastosowanie, jeśli współpraca w komercjalizacji jest obiektywnie konieczna, ażeby pozwolić jednej stronie wejść na rynek, na który nie byłaby w stanie wejść indywidualnie, na przykład z powodu związanych z tym kosztów. Szczególnym zastosowaniem tej zasady byłyby umowy konsorcjalne, które umożliwiają

⁴⁵ Artykuł 2 ust. 4 rozporządzenia w sprawie wyłączeń grupowych w przypadku ograniczeń wertykalnych.

zaangażowanym przedsiębiorstwom uczestnictwo w wiarygodnym przetargu na realizację projektów, którego warunków nie byłyby w stanie spełnić, lub w którym nie złożyłyby oferty przetargowej, gdyby działały indywidualnie. Ponieważ przedsiębiorstwa te nie są potencjalnymi konkurentami w przetargu, nie następuje ograniczenie konkurencji.

5.3.1.2. Porozumienia prawie zawsze objęte zakresem art. 81 ust. 1

144. Głównym problemem w obszarze konkurencji w przypadku porozumienia o komercjalizacji między konkurentami jest ustalanie cen. Z reguły celem i skutkiem porozumień poprzestających na wspólnej sprzedaży jest koordynacja polityki cenowej konkurujących wytwórców. W tym przypadku nie tylko eliminują one konkurencję cenową między stronami, ale także ograniczają wolumen produktów, jakie będą dostarczane przez uczestników w ramach systemu alokacji zamówień. Ograniczają one zatem konkurencję między stronami po stronie podaży, zmniejszają możliwość wyboru dla nabywców oraz są objęte zakresem es art. 81 ust. 1.

145. Ocena ta nie ulega zmianie, jeśli porozumienie nie ma charakteru wyłącznego. Artykuł 81 ust. 1 nadal znajduje zastosowanie nawet wówczas, gdy strony mogą swobodnie sprzedawać poza porozumieniem, dopóki można założyć, że dane porozumienie będzie prowadziło do ogólnej koordynacji cen nakładanych przez strony.

5.3.1.3. Porozumienia, które mogą być objęte zakresem art. 81 ust. 1

146. W przypadku porozumień o komercjalizacji, które nie dotyczą wspólnej sprzedaży, występowałyby dwa zasadnicze problemy. Po pierwsze, wspólna komercjalizacja stwarza wyraźną możliwość wymiany wrażliwych informacji handlowych dotyczących zwłaszcza strategii marketingowej i polityki cenowej. Po drugie, w zależności od struktury kosztowej komercjalizacji, znaczna część kosztów końcowych stron może okazać się wspólna. W rezultacie rzeczywisty zakres konkurencji cenowej na ostatnim poziomie sprzedaży może być ograniczony. Porozumienia o wspólnej komercjalizacji mogą zatem być objęte zakresem art. 81 ust. 1, jeśli albo umożliwiają one wymianę wrażliwych informacji handlowych, albo wywierają wpływ na znaczną część kosztów końcowych stron.

147. Szczególnym problemem związanym z porozumieniami dystrybucyjnymi między konkurentami, którzy są aktywni na różnych rynkach geograficznych jest to, iż mogą one prowadzić do podziału rynku lub stać się narzędziem takiego podziału. W przypadku porozumień wzajemnych mających na celu dystrybucję produktów stron, strony porozumienia dokonują podziału rynków lub klientów oraz eliminują konkurencję między sobą. Kluczowym pytaniem w ocenie tego rodzaju porozumienia jest czy przedmiotowe porozumienie jest obiektywnie konieczne, by jedna strona mogła wejść na rynek drugiej strony. Jeśli jest konieczne, dane porozumienie nie stwarza w dziedzinie konkurencji problemów o charakterze horyzontalnym. Porozumienie dystrybucyjne może jednak być objęte zakresem art. 81 ust. 1, jeśli zawiera ograniczenia wertykalne, na przykład ograniczenie pasywnej sprzedaży czy utrzymanie cen odsprzedaży. Jeśli dane porozumienie nie jest obiektywnie konieczne, by strony mogły wzajemnie wejść na swoje rynki, jest ono objęte art. 81 ust. 1. Jeżeli dane porozumienie nie ma charakteru wzajemnego, ryzyko podziału rynku jest mniej wyraziste. Musi być ono jednak poddane ocenie, jeśli porozumienie o charakterze niewzajemnym stanowi podstawę wzajemnego zrozumienia, by nie wchodzić na rynki innych stron lub jest środkiem do kontrolowania dostępu do rynku „importującego” lub konkurencji na tym rynku.

5.3.2. Siła rynkowa i struktura rynku

148. Jak wspomniano powyżej, porozumienia dotyczące ustalania cen zawsze będą objęte zakresem art. 81 ust. 1 bez względu na siłę rynkową stron. Mogą one jednak zostać objęte wyłączeniem na mocy art. 81 ust. 3 po spełnieniu warunków opisanych poniżej.

149. Porozumienia o komercjalizacji między konkurentami, które nie dotyczą ustalania cen, są objęte art. 81 ust. 1 tylko wtedy, gdy strony porozumienia dysponują pewną siłą rynkową. W większości przypadków istnienie siły rynkowej jest mało prawdopodobne, jeśli łączny udział stron porozumienia w rynku wynosi mniej niż 15%. W każdym razie przy takim poziomie udziału w rynku istnieje prawdopodobieństwo, że przedmiotowe porozumienie spełnia warunki z art. 81 ust. 3, o których mowa poniżej.

151. Jeśli łączny udział stron w rynku jest większy niż 15%, należy ocenić prawdopodobny wpływ porozumienia o wspólnej komercjalizacji na rynek. Pod tym względem istotnym czynnikiem jest koncentracja rynku i udziały w rynku. Im bardziej skoncentrowany rynek, tym bardziej użyteczne są informacje

o cenach lub strategii marketingowej pozwalające zmniejszyć niepewność i tym większy jest bodziec zachęcający strony do wymiany takich informacji⁴⁶.

5.4. Ocena w świetle art. 81 ust. 3

5.4.1. Korzyści ekonomiczne

151. Efektywność, którą należy uwzględnić decydując o tym, czy porozumienie o wspólnej komercjalizacji może zostać objęte wyłączeniem, będzie zależała od charakteru danej działalności. Zasadniczo ustalanie cen nie może być uzasadnione, chyba że jest ono konieczne do integracji innych funkcji związanych z obrotem, a integracja ta będzie generowała znaczną efektywność. Wielkość generowanej efektywności zależy między innymi od znaczenia wspólnej działalności związanej z obrotem wobec ogólnej struktury kosztów przedmiotowego produktu. Jest zatem bardziej prawdopodobne, że wspólna dystrybucja wygeneruje znaczącą efektywność w przypadku producentów szeroko dystrybuowanych produktów konsumpcyjnych, aniżeli w przypadku producentów artykułów przemysłowych, które są kupowane jedynie przez ograniczoną liczbę użytkowników.

152. Ponadto zgłaszana efektywność nie może przybierać formy oszczędności będących jedynie wynikiem eliminacji kosztów, które są nieodłącznie częścią konkurencji, ale muszą wynikać z integracji czynności gospodarczych. Zmniejszenie kosztów transportu, które jest wyłącznie wynikiem podziału klientów, i któremu nie towarzyszy jakakolwiek integracja systemu logistycznego nie może zatem zostać uznane za efektywność, która stwarzałaby możliwość objęcia danego porozumienia wyłączeniem.

153. Zgłaszane korzyści płynące z efektywności muszą zostać wykazane. Pod tym względem ważnym elementem byłby dokonanie przez obie strony wkładu w formie znacznego kapitału, technologii lub innych aktywów. Akceptowane mogą być również oszczędności kosztów wynikające z ograniczenia dublowania zasobów i zaplecza. Jeśli, z drugiej strony, wspólna komercjalizacja jest niczym więcej niż tylko agencją sprzedaży bez jakichkolwiek inwestycji istnieje prawdopodobieństwo, że jest ona ukrytym kartelem i jako taka nie może spełnić warunków art. 81 ust. 3.

5.4.2. Niezbędność

154. Porozumienie o komercjalizacji nie może zostać objęte wyłączeniem, jeśli nakłada ograniczenia, które nie są niezbędne do osiągnięcia wspomnianych wyżej korzyści. Jak wskazano powyżej, zagadnienie niezbędności jest szczególnie ważne w przypadku porozumień dotyczących ustalania cen lub podziału rynków.

5.4.3. Nieeliminowanie konkurencji

155. Objęcie wyłączeniem nie będzie możliwe, jeśli strony zyskują możliwość wyeliminowania konkurencji w odniesieniu do znaczącej części przedmiotowych produktów. Dokonując takiej oceny za punkt wyjścia można przyjąć łączny udział stron w rynku. Następnie należy ocenić, czy te udziały w rynku są przejawem pozycji dominującej, a także czy istnieją jakiekolwiek czynniki łagodzące, takie jak możliwość wejścia na rynek. Jeśli w konsekwencji zawarcia porozumienia o komercjalizacji przedsiębiorstwo jest lub staje się dominujące, porozumienie takie, wywołujące skutki antykonkurencyjne w rozumieniu art. 81 nie może z zasady zostać objęte wyłączeniem.

5.5. Przykłady

156. Przykład 1

Sytuacja: 5 małych producentów środków spożywczych, z których każdy posiada 2-procentowy udział w całym rynku artykułów żywnościowych, zgadza się połączyć swoje zaplecze dystrybucyjne, dokonywać obrotu pod wspólną marką oraz sprzedawać swoje produkty po jednakowej cenie. Pociąga to za sobą znaczne inwestycje w magazynowanie, transport, reklamę, marketing i dział sprzedaży. Porozumienie istotnie zmniejsza ich bazę kosztową, stanowiącą zwykle 50% żądanej przez nich ceny sprzedaży, a także pozwala im oferować szybszy i bardziej efektywny system dystrybucji. Klientami producentów środków spożywczych są duże sieci sklepów detalicznych.

⁴⁶ Wymiana wrażliwych i szczegółowych informacji, która odbywa się na oligopolistycznym rynku, może jako taka podlegać pod art. 81 ust. 1. Pod tym względem użyteczne wyjaśnienia znajdują się w orzeczeniach wydanych dnia 28 maja 1998 r. w sprawach *Tractor* (C-8/958 P: *New Holland Ford* oraz C-7/95 P: *John Deere*) oraz dnia 11 marca 1999 r. w *sprawach Steel Beams* (T-134/94, T-136/94, T-137/94, T-138/94, T-141/94, T-145/94, T-147/94, T-148/94, T-151/94, T-156/94 i T-157/94).

Na rynku dominują trzy duże wielonarodowe grupy producentów środków spożywczych, a udział każdej z nich w rynku wynosi 20%. Pozostała część rynku złożona jest z małych, niezależnych producentów. Asortymenty produktów stron tegoż porozumienia pokrywają się w niektórych istotnych obszarach, ale na żadnym rynku asortymentowym ich łączny udział w rynku nie przekracza 15%.

Analiza: Porozumienie to obejmuje ustalanie cen i w związku z tym jest objęte zakresem art. 81 ust. 1, nawet jeśli nie można uznać, iż strony porozumienia posiadają siłę rynkową. Jednak integracja wprowadzania na rynek i dystrybucji wydaje się prowadzić do znacznej efektywności, która przynosi klientom korzyści zarówno w postaci lepszych usług, jak i niższych kosztów. Powstaje zatem pytanie, czy porozumienie może zostać objęte wyłączeniem na mocy art. 81 ust. 3. Aby odpowiedzieć na to pytanie należy stwierdzić, czy ustalanie cen jest niezbędne do integracji innych funkcji wprowadzania na rynek oraz do osiągnięcia korzyści ekonomicznych. W takim przypadku ustalanie cen może zostać uznane za niezbędne, gdyż klienci – duże sieci sklepów detalicznych – nie chcą zajmować się mnogością cen. Jest ono również niezbędne, gdyż cel – wspólna marka – może zostać wiarygodnie osiągnięty tylko wtedy, gdy wszystkie aspekty obrotu, w tym cena, podlegają normalizacji. Jako że strony nie mają siły rynkowej, a porozumienie generuje znaczną efektywność, jest ono zgodne z art. 81.

157. Przykład 2

Sytuacja: 2 producentów łożysk kulkowych, z których każdy posiada 5-procentowy udział w rynku zawiązuje wspólne przedsiębiorstwo (joint venture) w dziedzinie sprzedaży, które dokonywało obrotu produktami, określało ceny i przydzielało zamówienia do spółek dominujących. Zachowują oni prawo do sprzedaży poza tą strukturą. Dostawy do klientów nadal będą realizowane bezpośrednio z fabryk spółek-matek. Dwaj producenci twierdzą, że doprowadzi to do uzyskania efektywności, gdyż wspólny dział sprzedaży może demonstrować produkty stron w tym samym czasie temu samemu klientowi, eliminując dzięki temu niepotrzebne dublowanie wysiłków w obszarze sprzedaży. Ponadto wspólne przedsiębiorstwo (joint venture) przydzielałaby, kiedy tylko byłoby to możliwe, zamówienia możliwie najbliższemu zakładowi produkcyjnemu, obniżając w ten sposób koszty transportu.

Analiza: Porozumienie obejmuje ustalanie cen i w związku z tym jest objęte zakresem art. 81 ust. 1, nawet jeśli nie można uznać, iż strony porozumienia posiadają siłę rynkową. Nie może ono jednak zostać objęte wyłączeniem na mocy art. 81 ust. 3, gdyż zgłaszana efektywność jest jedynie obniżeniem kosztów wynikającym z wyeliminowania konkurencji między stronami.

158. Przykład 3

Sytuacja: 2 producentów napojów bezalkoholowych jest aktywnych w 2 sąsiednich Państwach Członkowskich. Udział każdego z nich w rynku wewnętrznym wynosi 20%. Uzgodnili oni wzajemną dystrybucję swoich produktów na swoich odpowiednich rynkach geograficznych.

Obydwa rynki są zdominowane przez dużego, wielonarodowego producenta napojów bezalkoholowych, którego udział w każdym z rynków wynosi 50%.

Analiza: Porozumienie to jest objęte zakresem art. 81 ust. 1 jeśli można przyjąć, że strony są potencjalnymi konkurentami. Odpowiedź na to pytanie wymagałaby zatem analizy barier wejścia na odpowiednie rynki geograficzne. Jeśli jedna strona mogłaby samodzielnie wejść na rynek drugiej strony, wówczas ich porozumienie eliminuje konkurencję między nimi. Niemniej nawet jeśli udziały stron w rynku wskazują, że strony mogłyby mieć pewną siłę rynkową, analiza struktury rynku wskazuje, że w tym przypadku jest inaczej. Ponadto porozumienie o dystrybucji wzajemnej przynosi korzyści konsumentom, gdyż zwiększa wybór dostępny na każdym rynku geograficznym. Porozumienie to zostałoby zatem objęte wyłączeniem, nawet jeśli zostałoby uznane za ograniczające konkurencję.

6. POROZUMIENIA DOTYCZĄCE NORM

6.1. Definicja

159. Głównym celem porozumień normalizacyjnych jest definiowanie wymogów technicznych lub jakościowych, które obecne lub przyszłe produkty, procesy lub metody produkcji mogą spełniać⁴⁷.

⁴⁷ Normalizacja może przybierać różne formy, począwszy od przyjęcia przez uznane europejskie lub krajowe organa normalizacyjne norm opartych na krajowym konsensusie, poprzez konsorcja i fora, aż po umowy między poszczególnymi przedsiębiorstwami. Chociaż prawo wspólnotowe zawiera ścisłą definicję norm, niniejsze wytyczne zaliczają do norm wszelkie porozumienia, o których mowa w niniejszym ustępie.

Porozumienia normalizacyjne mogą dotyczyć różnych kwestii, takich jak normalizacja różnych klas lub rozmiarów danego produktu lub specyfikacje techniczne na rynkach, na których istotna jest zgodność i interoperacyjność z innymi produktami i systemami. Warunki uzyskania danego znaku jakości lub zatwierdzenia przez organ regulacyjny mogą również być uznawane za normę.

160. Niniejsze wytyczne nie dotyczą norm związanych ze świadczeniem usług w ramach wykonywania zawodu, takich jak zasady wykonywania wolnych zawodów.

6.2. Rynki właściwe

161. Porozumienia normalizacyjne wywierają skutki na trzech potencjalnych rynkach, które będą definiowane zgodnie z obwieszczeniem Komisji w sprawie definicji rynku. Po pierwsze, rynek lub rynki asortymentowe, którego norma(-y) dotyczy(-ą). Jeśli chodzi o definicję rynku, normy dla zupełnie nowych produktów mogą prowadzić do podniesienia kwestii podobnych do tych, jakie pojawiają się w przypadku porozumień o badaniach i rozwoju (zob. ust. 2.2). Po drugie, rynek usług w przypadku ustanawiania norm, jeśli istnieją różne organy lub porozumienia ustanawiające normy. Po trzecie, w stosownych przypadkach, odrębny rynek dla testowania i certyfikacji.

6.3. Ocena w świetle art. 81 ust. 1

162. Porozumienia mające na celu ustanowienie norm⁴⁸ mogą być zawierane albo między prywatnymi przedsiębiorstwami, albo pod egidą organów publicznych lub organów, którym powierzono wykonywanie usług o ogólnym znaczeniu gospodarczym, takich jak organy normalizacyjne uznane na mocy dyrektywy 98/34/WE⁴⁹. Zaangażowanie takich organów podlega zobowiązaniom Państw Członkowskich w odniesieniu do zachowania niezakłóconej konkurencji we Wspólnocie.

6.3.1. Charakter porozumienia

6.3.1.1. Porozumienia nieobjęte zakresem art. 81 ust. 1

163. Jeśli udział w ustanawianiu norm jest nieskrępowany i przejrzysty, zdefiniowane powyżej porozumienia normalizacyjne, które nie nakładają żadnego obowiązku przestrzegania danej normy, lub które są częściami szerszego porozumienia mającego na celu zapewnienie kompatybilności produktów, nie ograniczają konkurencji. Zwykle dotyczy to norm przyjętych przez uznane organy normalizacyjne w oparciu o niedyskryminacyjne, otwarte i przejrzyste procedury.

164. Nie występuje żadne znaczące ograniczenie w przypadku tych norm, które mają niewielki zasięg na rynku właściwym, dopóki utrzymuje się taka sytuacja. Nie stwierdza się również żadnego znaczącego ograniczenia w porozumieniach, które skupiają MSP w celu normalizacji form dostępu do przetargów zbiorowych lub ich warunków, ani w porozumieniach, które normalizują takie aspekty, jak charakterystyka, formy i sprawozdania w przypadku produktów o mniejszym znaczeniu, które wywierają nieistotny wpływ na główne czynniki oddziałujące na konkurencję na rynkach właściwych.

6.3.1.2. Porozumienia prawie zawsze objęte zakresem art. 81 ust. 1

165. Porozumienia, które wykorzystują normę jako jeden ze środków szerszego porozumienia ograniczającego konkurencję, nakierowanego na wykluczenie rzeczywistych lub potencjalnych konkurentów, będzie niemal zawsze podlegało pod art. 81 ust. 1. Na przykład w tej kategorii znalazłoby się porozumienie, na mocy którego krajowe stowarzyszenie producentów ustanawia normę i wywiera presję na strony trzecie, by nie wprowadzały do obrotu produktów, które nie są zgodne z normą.

6.3.1.3. Porozumienia, które mogą być objęte zakresem art. 81 ust. 1

166. Porozumienia normalizacyjne mogą podlegać pod art. 81 ust. 1 w takim zakresie, w jakim przysługują stronom wspólną kontrolę nad produkcją i/lub innowacją, ograniczając w ten sposób ich zdolność do konkurowania w odniesieniu do cech produktu i wywierając wpływ na strony trzecie, na przykład dostawców lub nabywców znormalizowanych produktów. W ocenie każdego porozumienia należy z jednej strony uwzględnić charakter normy oraz jej prawdopodobny skutek na dane rynki, a z drugiej strony, zakres potencjalnych ograniczeń, które wykraczają poza główny cel normalizacji, zgodnie z definicją powyżej.

⁴⁸ Zgodnie z art. 4 ust. 2 i 3 rozporządzenia nr 17, porozumienia, których przedmiotem jest tylko rozwój lub jednolite stosowanie norm i typów, nie muszą choć mogą być zgłoszone Komisji.

⁴⁹ Dyrektywa 98/34/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 22 czerwca 1998 r. ustanawiająca procedurę udzielania informacji w zakresie norm i przepisów technicznych (Dz. U. L 204 z 21. 7.1998, s. 37).

167. Występowanie ograniczenia konkurencji w porozumieniach normalizacyjnych zależy od zakresu, w jakim strony zachowują swobodę opracowywania alternatywnych norm lub produktów, które nie są zgodne z uzgodnioną normą. Porozumienia standaryzacyjne mogą ograniczać konkurencję, jeśli uniemożliwiają stronom albo opracowywanie alternatywnych norm, albo komercjalizację produktów, które nie są zgodne z daną normą. Porozumienia, które powierzają niektórym organom wyłączne prawo do sprawdzania zgodności z daną normą wykraczają poza główny cel definiowania normy i mogą również ograniczać konkurencję. Porozumienia, które nakładają ograniczenia na oznakowanie zgodności z normami, jeśli nie zostały one przewidziane przez przepisy prawne, mogą również ograniczać konkurencję.

6.3.2. Siła rynkowa i struktury rynków

168. Wysokie udziały stron w rynku lub rynkach, na które porozumienie wywiera wpływ, nie zawsze muszą stanowić problem w przypadku porozumień normalizacyjnych. Ich skuteczność jest często proporcjonalna do udziału przemysłu zaangażowanego w ustanowienie i/lub stosowanie danej normy. Z drugiej strony normy, do których nie mają dostępu strony trzecie, mogą dyskryminować lub powstrzymać od wejścia na rynek strony trzecie lub segmenty rynku stosownie do ich geograficznego zasięgu stosowania. Zatem ustalenie, czy dane porozumienie ogranicza konkurencję będzie koncentrowało się, konieczne w każdym przypadku z osobną, na stopniu, w jakim takie bariery wejścia mogą zostać pokonane.

6.4. Ocena w świetle art. 81 ust. 3

6.4.1. Korzyści ekonomiczne

169. Komisja zwykle wykazuje pozytywne podejście do porozumień, które promują wzajemne przenikanie się aspektów gospodarczych na wspólnym rynku lub zachęcają do rozwoju nowych rynków i poprawy warunków dostaw. Aby urzeczywistnić te korzyści ekonomiczne, informacje konieczne do stosowania danej normy muszą być dostępne dla podmiotów zamierzających wejść na rynek, a znaczna część przemysłu musi być zaangażowana w ustanawianie danej normy w przejrzysty sposób. Zadaniem stron jest wykazanie, że wszelkie ograniczenia w ustanawianiu, stosowaniu lub dostępie do danej normy generują korzyści gospodarcze.

170. Aby czerpać korzyści techniczne i ekonomiczne, normy nie powinny ograniczać innowacji. Będzie to zależało przede wszystkim od długości cyklu życia odnośnych produktów w powiązaniu z fazą rozwoju rynku (szybko rozwijający się, rozwijający się, w zastoju itd ...). Skutki wywierane na innowacyjność muszą być analizowane w każdym przypadku z osobną. Możliwe, że strony będą musiały przedstawić materiały dowodowe świadczące o tym, że zbiorowa normalizacja zwiększa efektywność dla konsumenta w sytuacji, gdy nowa norma może spowodować nadmiernie szybkie starzenie się istniejących produktów, nie przynosząc jednocześnie obiektywnych, dodatkowych korzyści.

6.4.2. Niezbędność

171. Przez wzgląd na swój charakter normy nie będą obejmowały wszystkich możliwych specyfikacji lub technologii. W niektórych przypadkach, z uwagi na korzyść dla konsumentów lub całej gospodarki, konieczne byłoby dysponowanie tylko jednym rozwiązaniem technologicznym. Niemniej norma ta musi być ustanowiona w sposób niedyskryminacyjny. Idealnie byłoby, gdyby normy były neutralne w odniesieniu do technologii. W każdym przypadku należy uzasadnić, dlaczego wybrana została ta, a nie inna norma.

172. Wszyscy konkurenci na rynku lub rynkach, na które dana norma wywiera wpływ, powinni mieć możliwość udziału w dyskusji. Dlatego uczestnictwo w ustanawianiu norm powinno być otwarte dla wszystkich, chyba że strony wykazą istotną nieefektywność takiego uczestnictwa lub przewidziane są uznane procedury zbiorowej reprezentacji interesów, podobnie jak ma to miejsce w formalnych organach normalizacyjnych.

173. Co do zasady powinno istnieć wyraźne rozróżnienie między ustanawianiem normy oraz, w stosownych przypadkach, powiązaniem pracami badawczo-rozwojowymi, a handlowym wykorzystaniem tejszy normy. Porozumienia normalizacyjne nie powinny obejmować więcej, niż jest to konieczne do zapewnienia realizacji swoich celów, niezależnie od tego, czy chodzi o techniczną kompatybilność, czy pewien poziom jakości. Na przykład, bardzo wyraźnie powinno zostać wykazane, dlaczego do pojawienia się korzyści ekonomicznych niezbędne jest, aby porozumienie mające na celu upowszechnianie normy w przemyśle, w którym tylko jeden konkurent oferuje alternatywę, zobowiązywało strony porozumienia do bojkotowania tejszy alternatywy.

6.4.3. Nieeliminowanie konkurencji

174. Oczywiście jest, że nastąpi taka chwila, w której specyfikacja prywatnej normy opracowanej przez grupę przedsiębiorstw, zajmujących kolektywną pozycję dominującą, prawdopodobnie doprowadzi do utworzenia de facto normy przemysłowej. Wówczas głównym problemem będzie zapewnienie, że normy te są możliwie najbardziej otwarte oraz stosowane w jasny i niedyskryminacyjny sposób. Aby uniknąć wyeliminowania konkurencji na rynku(-ach) właściwym, dostęp do normy należy zagwarantować stronom trzecim na sprawiedliwych, rozsądnych i niedyskryminacyjnych warunkach.

175. W zakresie, w jakim prywatne organizacje lub grupy przedsiębiorstw ustanawiają normę lub ich własna technologia staje się de facto normą, konkurencja będzie eliminowana, jeśli osobom trzecim uniemożliwi się dostęp do tej normy.

6.5. Przykłady

176. Przykład 1

Sytuacja: Norma EN 60603-7:1993 definiuje warunki podłączenia odbiorników telewizyjnych do akcesoriów przekazujących wizję, takich jak magnetowidy czy gry telewizyjne. Chociaż norma ta nie jest prawnie wiążąca, w praktyce producenci zarówno odbiorników, jak i gier telewizyjnych stosują tę normę, gdyż tego wymaga rynek.

Analiza: Artykuł 81 ust. 1 nie jest naruszony. Norma została przyjęta przez uznane organy normalizacyjne na szczeblu krajowym, europejskim i międzynarodowym za pomocą otwartych i przejrzystych procedur oraz opiera się na krajowym konsensusie odzwierciedlającym stanowisko producentów i konsumentów. Wszystkim producentom wolno stosować tę normę.

177. Przykład 2

Sytuacja: Kilku producentów kaset wideo postanawia razem opracować normę lub znak jakości, które wskazywałyby, że dana kaseeta wideo spełnia pewne minimalne wymogi techniczne. Producenci mogą swobodnie produkować kasety wideo, które nie są zgodne z normą, a sama norma jest bez ograniczeń udostępniana innym producentom.

Analiza: Pod warunkiem że porozumienie to nie ogranicza w inny sposób konkurencji, art. 81 ust. 1 pozostaje nienaruszony, gdyż uczestnictwo w ustanawianiu normy jest nieograniczone i przejrzyste, a porozumienie normalizacyjne nie nakłada obowiązku zachowania zgodności z normą. Jeżeli strony uzgodniłyby, iż będą produkować tylko kasety wideo, które są zgodne z nową normą, porozumienie ograniczałoby rozwój techniczny i uniemożliwiałoby stronom sprzedaż odmiennych produktów, co stanowiłoby naruszenie art. 81 ust. 1.

178. Przykład 3

Sytuacja: Grupa konkurentów aktywnych na różnych rynkach, które są od siebie wzajemnie zależne z uwagi na konieczność zachowania kompatybilności produktów, i którzy posiadają ponad 80% rynku właściwego, postanawia, iż będą oni wspólnie opracowywać nową normę, która zostanie wprowadzona jako konkurencyjna w stosunku do pozostałych norm obecnych już na rynku i powszechnie stosowanych przez ich konkurentów. Różne produkty dostosowane do nowej normy nie będą zgodne z dotychczasowymi normami. Ponieważ konieczne jest dokonanie znaczących inwestycji w celu przekierowania i utrzymania produkcji według nowej normy, strony uzgadniają, że zarezerwują pewną część sprzedaży dla produktów zgodnych z nową normą, ażeby wytworzyć „masę krytyczną” na rynku. Zgadniają się oni również na ograniczenie wielkości swojej indywidualnej produkcji produktów niezgodnych z tą normą do poziomu osiągniętego w ubiegłym roku.

Analiza: Porozumienie to, z uwagi na siłę rynkową stron i ograniczenie produkcji, jest objęte zakresem art. 81 ust. 1 i prawdopodobnie nie spełni warunków ust. 3, chyba że zapewniony zostałby dostęp do informacji technicznych na zasadzie niedyskryminacji i na rozsądnych warunkach pozostałym dostawcom, których zamiarem jest konkurowanie.

7. POROZUMIENIA DOTYCZĄCE OCHRONY ŚRODOWISKA

7.1. Definicja

179. Porozumienia dotyczące ochrony środowiska⁵⁰ są takimi porozumieniami, na mocy których strony zobowiązują się doprowadzić do ograniczenia zanieczyszczenia, zgodnie z prawem o ochronie środo-

⁵⁰ Określenie „porozumienie” zostało użyte w znaczeniu zdefiniowanym przez Trybunał Sprawiedliwości i Sąd Pierwszej Instancji w orzecznictwie dotyczącym art. 81. Nie zawsze musi ono odpowiadać defi-

wiska lub celami polityki ochrony środowiska, zwłaszcza z celami wymienionymi w art. 174 Traktatu. Dlatego uzgodniony cel lub środki muszą być bezpośrednio związane ze zmniejszeniem ilości danej substancji zanieczyszczającej lub pewnego rodzaju odpadów wskazanych jako takie w odnośnych uregulowaniach⁵¹. Wykluczone są zatem porozumienia, które prowadzą do zmniejszenia zanieczyszczenia będącego produktem ubocznym innych działań.

180. Porozumienia dotyczące ochrony środowiska mogą zawierać normy regulujące oddziaływanie produktów (nakładów lub wyników) lub procesów produkcji na środowisko⁵². Do pozostałych, potencjalnych kategorii mogą należeć porozumienia na tym samym poziomie obrotu, na mocy których strony zobowiązują się do wspólnego osiągnięcia celu z zakresu ochrony środowiska, na przykład recyklingu niektórych materiałów, zmniejszenia emisji zanieczyszczeń lub poprawy efektywności energetycznej.

181. W wielu Państwach Członkowskich wdrażane są kompleksowe programy nakierowane na cały przemysł w celu przestrzegania zobowiązań z zakresu ochrony środowiska w odniesieniu do zasady, zgodnie z którą produkty powracają do producenta w końcowym etapie swojego istnienia (ang. *take-back*) lub recyklingu. Takie programy zwykle składają się ze zbioru przepisów o horyzontalnym lub wertykalnym charakterze. Dopóki porozumienia te zawierają ograniczenia wertykalne, nie podlegają pod niniejsze wytyczne.

7.2. Rynki właściwe

182. Należy ocenić skutki wywierane na rynki, których dotyczy dane porozumienie, i które będą definiowane zgodnie z obwieszczeniem Komisji w sprawie sposobu wyznaczania rynku właściwego dla potrzeb wspólnotowego prawa konkurencji. Kiedy sama substancja zanieczyszczająca nie jest produktem, rynek właściwy obejmuje rynek tego produktu, do którego wprowadzana jest substancja zanieczyszczająca. Natomiast w przypadku porozumień dotyczących zbierania/recyklingu odpadów, oprócz skutków wywieranych przez te porozumienia na rynek lub rynki, na których strony są aktywne jako producenci lub dystrybutorzy, ocenie należy poddać również skutki wywierane na rynek usług zbierania odpadów potencjalnie obejmujący przedmiotowy towar.

7.3. Ocena w świetle art. 81 ust. 1

183. Do zawarcia niektórych porozumień dotyczących ochrony środowiska władze państwa mogą zachęcać lub obligować w ramach wykorzystywania swoich prerogatyw publicznych. Niniejsze wytyczne nie dają odpowiedzi na pytanie, czy taka interwencja ze strony państwa jest zgodna ze zobowiązaniami Państw Członkowskich wynikającymi z Traktatu. Dotyczą one jedynie oceny, jaka musi zostać przeprowadzona w odniesieniu do zgodności danego porozumienia z art. 81.

7.3.1. Charakter porozumienia

7.3.1.1. Porozumienia nieobjęte zakresem art. 81 ust. 1

184. Niektóre porozumienia dotyczące ochrony środowiska najprawdopodobniej nie będą objęte zakresem wyznaczonym zakazem z art. 81 ust. 1, niezależnie od zagregowanego udziału stron w rynku.

185. Taka sytuacja może powstać, jeśli na strony nie jest nałożone żadne ściśle określone, indywidualne zobowiązanie, lub jeśli są one luźno zobowiązane do przyczyniania się do osiągnięcia celu z zakresu ochrony środowiska dotyczącego całego sektora. W drugim z przypadków, ocena będzie koncentrowała się na swobodnym uznaniu pozostawionym stronom co do wyboru środków, które są technicznie i ekonomicznie dostępne w celu osiągnięcia uzgodnionego celu środowiskowego. Im bardziej zróżnicowane są takie środki, tym mniej znaczące są potencjalne skutki ograniczające konkurencję.

186. Podobnie zakresem art. 81 ust. 1 nie są objęte porozumienia określające oddziaływanie na środowisko produktów lub procesów, które nie wpływają w znaczącym stopniu na różnorodność produktów

nicji „porozumienia” w dokumentach Komisji dotyczących ochrony środowiska, takich jak komunikat w sprawie porozumień dotyczących ochrony środowiska COM(96) 561 wersja ostateczna z 27.11.1996 r.

⁵¹ Na przykład, krajowe porozumienie dotyczące stopniowego wycofywania substancji zanieczyszczającej lub odpadów wskazanych jako takie w odnośnych dyrektywach Wspólnoty nie może zostać włączone do zbiorowego bojkotu danego produktu, który znajduje się w swobodnym obrocie we Wspólnocie.

⁵² W zakresie, w jakim niektóre porozumienia dotyczące ochrony środowiska mogłyby zostać włączone do normalizacji, stosują się do nich te same zasady oceny, co w przypadku normalizacji.

i produkcji na rynku właściwym, lub których znaczenie jest marginalne, jeśli chodzi o wpływ na decyzje o zakupie. Jeśli niektóre kategorie produktu są zakazywane lub stopniowo wycofywane z rynku, nie można uznawać ograniczeń za znaczące, o ile udział takich produktów we właściwym rynku geograficznym lub, w przypadku rynków obejmujących cały obszar Wspólnoty, we wszystkich Państwach Członkowskich jest niewielki.

187. Wreszcie porozumienia, które prowadzą do powstania prawdziwego rynku, na przykład porozumienia dotyczące recyklingu, zwykle nie będą ograniczały konkurencji, jeśli i dopóki strony nie byłyby w stanie prowadzić takiej działalności osobno, podczas gdy inne alternatywy i/lub konkurencji nie istnieją.

7.3.1.2. Porozumienia prawie zawsze objęte zakresem art. 81 ust. 1

188. Porozumienia dotyczące ochrony środowiska podlegają pod art. 81 ust. 1 przez wzgląd na swój charakter, jeśli współpraca nie dotyczy w rzeczywistości celów środowiskowych, ale służy jako narzędzie angażowania się w działalność ukrytego kartelu, tj. zakazane ustalanie cen, ograniczanie produkcji lub podział rynku, lub jeśli współpraca jest wykorzystywana jako środek wśród innych części szerszego porozumienia ograniczającego konkurencję, którego celem jest wykluczenie rzeczywistych lub potencjalnych konkurentów.

7.3.1.3. Porozumienia, które mogą być objęte zakresem art. 81 ust. 1

189. Porozumienia dotyczące ochrony środowiska obejmujące większą część danej branży na szczeblu krajowym lub wspólnotowym będą prawdopodobnie podlegać pod art. 81 ust. 1, jeśli znacząco ograniczają zdolność stron do opracowywania cech swoich produktów lub sposobu, w jaki je wytwarzają, pozwalając w ten sposób stronom na wzajemne wywieranie wpływu na produkcję lub sprzedaż drugiej strony. Oprócz ograniczeń między stronami, porozumienie dotyczące ochrony środowiska może również zmniejszyć lub znacząco wpłynąć na produkcję stron trzecich będących albo dostawcami, albo nabywcami.

190. Na przykład, porozumienia dotyczące ochrony środowiska, które mogą stopniowo wycofywać lub znacząco wpływać na istotną część sprzedaży stron w odniesieniu do ich produktów lub procesów produkcyjnych, mogą być objęte zakresem art. 81 ust. 1, gdy strony posiadają znaczną część rynku. To samo dotyczy porozumień, na mocy których strony rozdzielają indywidualne kwoty zanieczyszczeń.

191. Podobnie porozumienia, na mocy których strony posiadające znaczne udziały w znaczącej części wspólnego rynku wyznaczają przedsiębiorstwo na wyłącznego usługodawcę świadczącego usługi zbierania i/lub recyklingu odpadów w odniesieniu do ich produktów, mogą również w znaczącym stopniu ograniczać konkurencję, jeśli istnieją inni rzeczywisci lub potencjalnie realistyczni dostawcy takich usług.

7.4. Ocena w świetle art. 81 ust. 3

7.4.1. Korzyści ekonomiczne

192. Komisja zwykle zajmuje pozytywne stanowisko wobec wykorzystywania porozumień dotyczących ochrony środowiska jako instrumentu prowadzenia polityki w celu osiągnięcia celów przewidzianych w art. 2 i 174 Traktatu oraz we wspólnotowych planach działania na rzecz ochrony środowiska⁵³, jeśli takie porozumienia są zgodne z zasadami konkurencji⁵⁴.

193. Porozumienia dotyczące ochrony środowiska, które podlegają pod art. 81 ust. 1, mogą prowadzić do uzyskania korzyści ekonomicznych, które – albo na poziomie indywidualnym, albo na zagregowanym poziomie konsumentckim – przeważają negatywne skutki wywierane na konkurencję. Aby spełnić ten warunek, muszą istnieć korzyści netto w kategoriach zmniejszonej presji na środowisko będącej wynikiem porozumienia, w porównaniu do sytuacji podstawowej, kiedy nie są podejmowane żadne działania. Innymi słowy, oczekiwane korzyści ekonomiczne muszą być większe niż koszty⁵⁵.

⁵³ V Program Działania na rzecz Ochrony Środowiska (Dz. U. C 138 z 17. 5.1993) s. 1; Decyzja 2179/98/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 24 września 1998 r. (Dz. U. L 275 z 10.10.1998, s. 1).

⁵⁴ Komunikat w sprawie porozumień dotyczących ochrony środowiska COM(96) 561 final 27.11.1996 r., ust. 27–29 i art. 3 ust. 1 decyzji Parlamentu Europejskiego i Rady jw. Komunikat zawiera „formularz sprawdzający dla porozumień dotyczących ochrony środowiska” określający elementy, które powinny być zasadniczo uwzględnione w takim porozumieniu.

⁵⁵ Jest to zgodne z wymogiem nakazującym uwzględnianie potencjalnych zysków i kosztów działań lub ich braku, przedstawionym w art. 174 ust. 3 Traktatu oraz w art. 7 lit. d) decyzji Parlamentu Europejskiego i Rady jw.

194. Takie koszty obejmują skutki zmniejszonej konkurencji wraz z kosztami uzyskania zgodności ponoszonymi przez podmioty gospodarcze i/lub skutkami wywieranymi na strony trzecie. Korzyści mogą być oceniane w dwóch etapach. W sytuacji, gdy konsumenci indywidualnie mają dodatnią stopę zwrotu z porozumienia przy rozsądnych okresach zwrotu kapitału, nie ma potrzeby obiektywnie ustalać zagregowanych korzyści w odniesieniu do ochrony środowiska. W innej sytuacji konieczne może okazać się dokonanie oceny, czy przy rozsądnych założeniach prawdopodobne jest uzyskanie korzyści netto przez ogół konsumentów.

7.4.2. Niezbędność

195. Im bardziej obiektywnie wykazywana jest efektywność ekonomiczna porozumienia dotyczącego ochrony środowiska, tym wyraźniej każde postanowienie może być uznawane za niezbędne do osiągnięcia celu związanego z ochroną środowiska w swoim kontekście gospodarczym.

196. Obiektywna ocena postanowień, które mogłyby *prima facie* zostać uznane za nie będące niezbędnymi, musi zostać poparta analizą efektywności kosztowej wykazującą, że przy rozsądnych założeniach alternatywne sposoby uzyskania oczekiwanych korzyści w dziedzinie ochrony środowiska byłyby bardziej kosztowne pod względem ekonomicznym lub finansowym. Na przykład, należy bardzo wyraźnie wykazać, że jednolita opłata, pobierania niezależnie od indywidualnych kosztów zbierania odpadów, jest niezbędna do funkcjonowania systemu zbierania odpadów w całej branży.

7.4.3. Nieeliminowanie konkurencji

197. Niezależnie od zysków w dziedzinie ochrony środowiska i gospodarki oraz konieczności planowanych postanowień, porozumienie nie może eliminować konkurencji z punktu widzenia różnicowania produktów lub procesów, innowacji technologicznych lub wejścia na rynek w krótkim lub, w stosownych przypadkach, średnim okresie. Na przykład, w przypadku wyłącznych praw do zbierania odpadów przyznanych podmiotowi zbierającemu/recyklingującemu odpady, który ma potencjalnych konkurentów, czas trwania takich praw powinien uwzględniać możliwe pojawienie się alternatywy dla tegoż podmiotu.

7.5. Przykłady

198. Przykład

Sytuacja: Prawie wszyscy wspólnotowi producenci i importerzy artykułów AGD (np. pralek) uzgadniają, zachęcani przez organ publiczny, że nie będą już więcej produkować i importować do Wspólnoty produktów, które nie są zgodne z niektórymi kryteriami z zakresu ochrony środowiska (np. energooszczędność). Razem strony posiadają 90% rynku Wspólnoty. Produkty, które będą w związku z tym stopniowo wycofywane z rynku, mają znaczny udział w całkowitej sprzedaży. Zostaną one zastąpione produktami bardziej przyjaznymi dla środowiska, ale jednocześnie droższymi. Ponadto porozumienie pośrednio zmniejsza produkcję osób trzecich (np. fabryk urządzeń elektrycznych, dostawców komponentów stosowanych w wycofywanych produktach).

Analiza: Porozumienie przyznaje stronom kontrolę nad indywidualną produkcją i importem oraz dotyczy znacznej części ich sprzedaży i całkowitej produkcji, zmniejszając jednocześnie produkcję stron trzecich. Wybór konsumenta, który częściowo koncentruje się na cechach produktu związanych z wpływem na środowisko, jest zawężony, a ceny prawdopodobnie wzrosną. Dlatego porozumienie jest objęte zakresem art. 81 ust. 1. Zaangażowanie organu publicznego jest nieistotne z punktu widzenia tej oceny.

Nowsze produkty są jednak bardziej zaawansowane technicznie i zmniejszając problem ekologiczny będący pośrednim celem (emisje zanieczyszczeń pochodzące z wytwarzania energii elektrycznej) nie muszą zawsze stwarzać lub zwiększać innego problemu ekologicznego (np. zużycia wody, wykorzystania detergentów). Wkład netto do ogólnej poprawy stanu środowiska naturalnego przewyższa zwiększone koszty. Ponadto indywidualni nabywcy droższych produktów również szybko odzyskują zwiększone koszty, gdyż produkty bardziej przyjazne środowisku mają niższe koszty eksploatacji. Stwierdzono, że inne rozwiązania alternatywne do przedmiotowego porozumienia są mniej pewne i mniej efektywne kosztowo w drodze do uzyskania takich samych korzyści netto. Pod względem ekonomicznym strony mają dostęp do zróżnicowanych środków technicznych, ażeby wytwarzać produkty, które są rzeczywiście zgodne z uzgodnionymi cechami produktu związanymi z wpływem na środowisko, a konkurencja wciąż będzie miała miejsce w przypadku pozostałych cech produktów. W związku z powyższym, spełnione są warunki objęcia danego porozumienia wyłączeniem na mocy art. 81 ust. 3.

**Rozporządzenie Rady Ministrów
z dnia 19 listopada 2007 r.
w sprawie wyłączenia określonych porozumień specjalizacyjnych i badawczo-rozwojowych
spod zakazu porozumień ograniczających konkurencję**

(Dz. U. 2007 nr 230, poz. 1692)

Na podstawie art. 8 ust. 3 ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (Dz. U. Nr 50, poz. 331, Nr 99, poz. 660 i Nr 171, poz. 1206) zarządza się, co następuje:

§ 1. Rozporządzenie określa:

- 1) warunki, jakie muszą być spełnione, aby porozumienia specjalizacyjne i badawczo-rozwojowe zostały uznane za wyłączone spod zakazu, o którym mowa w art. 6 ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów, zwanej dalej „ustawą”;
- 2) klauzule, których występowania w porozumieniu nie uznaje się za naruszenie art. 6;
- 3) klauzule, których występowanie w porozumieniu stanowi naruszenie art. 6 ustawy (klauzule niedozwolone);
- 4) okres obowiązywania wyłączenia.

§ 2. Ilekroć w rozporządzeniu jest mowa o:

- 1) wyłączeniu – rozumie się przez to wyłączenie spod zakazu, o którym mowa w art. 6 ustawy;
- 2) pracach rozwojowych – rozumie się przez to nabywanie, łączenie, kształtowanie i wykorzystywanie dostępnej aktualnie wiedzy i umiejętności z dziedziny nauki, technologii i działalności gospodarczej oraz innej wiedzy i umiejętności do planowania produkcji oraz tworzenia i projektowania nowych, zmienionych lub ulepszonych produktów, procesów lub usług, w szczególności:
 - a) tworzenie projektów, rysunków, planów oraz innej dokumentacji do tworzenia nowych produktów, procesów i usług,
 - b) opracowywanie prototypów o potencjalnym wykorzystaniu komercyjnym oraz projektów pilotażowych w przypadkach, gdy prototyp stanowi końcowy produkt komercyjny, a jego produkcja wyłącznie do celów demonstracyjnych i walidacyjnych jest zbyt kosztowna,
 - c) działalność związaną z produkcją eksperymentalną oraz testowaniem produktów, procesów i usług; prace rozwojowe nie obejmują rutynowych i okresowych zmian wprowadzanych do produktów, linii produkcyjnych, procesów wytwórczych, istniejących usług oraz innych operacji w toku, nawet jeżeli takie zmiany mają charakter ulepszeń;
- 3) działalności badawczo-rozwojowej – rozumie się przez to badania naukowe w rozumieniu art. 2 pkt 2 ustawy z dnia 8 października 2004 r. o zasadach finansowania nauki (Dz. U. Nr 238, poz. 2390, z późn. zm.¹⁾) oraz prace rozwojowe;
- 4) towarze objętym porozumieniem – rozumie się przez to towar powstały w wyniku wspólnej działalności badawczo-rozwojowej bądź wytworzony lub dostarczony w związku z zastosowaniem procesu objętego porozumieniem;
- 5) procesie objętym porozumieniem – rozumie się przez to technologie lub metody postępowania powstałe w wyniku wspólnej działalności badawczo-rozwojowej;
- 6) wykorzystaniu wyników – rozumie się przez to:
 - a) produkcję lub dystrybucję towarów objętych porozumieniem,
 - b) zastosowanie procesów objętych porozumieniem,
 - c) przeniesienie praw własności intelektualnej i przemysłowej,
 - d) udzielenie licencji na prawa, o których mowa w lit. c, lub
 - e) udostępnienie know-how wymaganego dla takiej produkcji lub zastosowania;
- 7) wspólnym wykonywaniu lub wykorzystywaniu wyników działalności badawczo-rozwojowej – rozumie się przez to sytuację, w której działalność ta jest:
 - a) wykonywana przez wspólny zespół osób, wspólną jednostkę organizacyjną lub wspólnego przedsiębiorcę,

b) wspólnie powierzona innemu podmiotowi,
c) rozdzielona między strony porozumienia w formie specjalizacji badań, prac rozwojowych, działalności innowacyjnej, produkcji lub dystrybucji;

8) know-how – rozumie się przez to nieujawnione do wiadomości publicznej informacje techniczne lub technologiczne lub zasady organizacji i zarządzania w rozumieniu art. 2 ust. 2 pkt 2 ustawy, które są istotne z punktu widzenia wytwarzania towarów objętych umową lub stosowania umownych technologii i które zostały opisane w sposób pozwalający na weryfikację kryterium niejawności i istotności.

§ 3. 1. Wyłączeniu podlegają porozumienia specjalizacyjne i badawczo-rozwojowe zawierane między dwoma lub więcej przedsiębiorcami, o ile porozumienia te spełniają warunki określone w rozporządzeniu.

2. Wyłączenie stosuje się do porozumień:

1) specjalizacyjnych w sprawie:

a) specjalizacji jednostronnej, na mocy których jedna ze stron zobowiązuje się do zaprzestania lub zaniechania produkcji określonych towarów i do nabywania ich od drugiej strony lub pozostałych stron, które zobowiązują się towary te produkować i dostarczać,

b) specjalizacji wzajemnej, na mocy których strony wyrażają zgodę na zasadach wzajemności na zaprzestanie lub zaniechanie produkcji określonych, lecz różnych towarów, oraz zobowiązują się do nabywania tych towarów od pozostałych stron porozumienia, które akceptują ich dostarczanie,

c) wspólnej produkcji, na mocy których strony zobowiązują się wspólnie produkować określone towary;

2) badawczo-rozwojowych w sprawie:

a) wspólnego wykonywania działalności badawczo-rozwojowej w odniesieniu do towarów lub procesów oraz wspólnego wykorzystywania wyników tej działalności,

b) wspólnego wykorzystywania wyników działalności badawczo-rozwojowej w odniesieniu do towarów lub procesów, prowadzonej wspólnie na podstawie porozumienia zawartego wcześniej między tymi samymi stronami,

c) wspólnego wykonywania działalności badawczo-rozwojowej w odniesieniu do towarów lub procesów, z wyłączeniem wspólnego wykorzystywania wyników tej działalności.

3. Wyłączenie, o którym mowa w ust. 1, stosuje się także do klauzul zawartych w porozumieniach specjalizacyjnych lub badawczo-rozwojowych, które nie stanowią głównego przedmiotu tych porozumień, ale są bezpośrednio z nimi powiązane i są niezbędne do ich wykonywania, takich jak:

1) klauzule dotyczące udostępniania lub korzystania z praw własności intelektualnej i przemysłowej w ramach specjalizacji;

2) zobowiązania do nieprowadzenia przez okres wykonywania porozumienia, niezależnie lub razem z innymi stronami, działalności badawczo-rozwojowej w obszarze, którego porozumienie dotyczy, lub w obszarze ściśle z nim związanym;

3) zobowiązania stron porozumienia do wyłącznej dostawy lub wyłącznego zakupu towarów objętych specjalizacją;

4) zobowiązania stron porozumienia do zaprzestania samodzielnej sprzedaży towarów objętych specjalizacją, o której mowa w ust. 2 pkt 1 lit. c, z jednoczesnym ustanowieniem klauzuli o wspólnej dystrybucji lub powierzeniu dystrybucji wskazanej osobie trzeciej na zasadach wyłączności, pod warunkiem że ta osoba trzecia nie jest ich konkurentem na rynku właściwym;

5) klauzule określające kierunki sprzedaży oraz ceny pobierane od bezpośrednich klientów w przypadku, o którym mowa w pkt 4, oraz w przypadku gdy wykorzystywanie wyników działalności badawczo-rozwojowej obejmuje wspólną dystrybucję towarów objętych porozumieniem;

6) klauzule o uzgodnieniu ilości towarów objętych specjalizacją w przypadku specjalizacji, o której mowa w ust. 2 pkt 1 lit. a i b, lub o ustaleniu zdolności produkcyjnej i wielkości produkcji w przypadku specjalizacji, o której mowa w ust. 2 pkt 1 lit. c;

7) klauzule o ustaleniu kierunków produkcji, jeżeli wykorzystywanie wyników działalności badawczo-rozwojowej obejmuje wspólne wytwarzanie towarów objętych porozumieniem.

4. Wyłączenia określonego w ust. 2 pkt 1 lit. a nie stosuje się do porozumień zawieranych między przedsiębiorcami niebędącymi konkurentami.

§ 4. 1. Wyłączenie, o którym mowa w § 3 ust. 2 pkt 1 i ust. 3, stosuje się, jeżeli łączny udział stron porozumienia specjalizacyjnego i ich grup kapitałowych w rynku właściwym nie przekracza 20% dla każdego z towarów objętych specjalizacją, z zastrzeżeniem § 5 ust. 1 i 3.

2. Wyłączenie, o którym mowa w § 3 ust. 2 pkt 2 i ust. 3, stosuje się, jeżeli łączny udział stron porozumienia badawczo-rozwojowego, będących konkurentami, i ich grup kapitałowych w rynku właściwym nie przekracza 25% dla każdego z towarów, który ma być ulepszony lub zastąpiony przez towar objęty porozumieniem, z zastrzeżeniem § 5 ust. 2 i 3.

3. Jeżeli porozumienie zostało zawarte między przedsiębiorcami niebędącymi konkurentami, wyłączenie, o którym mowa w § 3 ust. 2 pkt 2, stosuje się przez okres wykonywania działalności badawczo-rozwojowej, bez względu na łączny udział stron porozumienia w rynku właściwym. Jeżeli wyniki działalności badawczo-rozwojowej są wspólnie wykorzystywane, wyłączenie ma zastosowanie przez dalsze siedem lat od dnia wprowadzenia do obrotu po raz pierwszy towarów objętych porozumieniem.

4. Po upływie okresu, o którym mowa w ust. 3, wyłączenie stosuje się nadal przez taki okres, w którym łączny udział stron porozumienia i ich grup kapitałowych w rynku właściwym nie przekracza 25% rynku właściwego dla każdego z towarów objętych porozumieniem.

§ 5. 1. Jeżeli udział, o którym mowa w § 4 ust. 1:

1) nie przekracza 20%, ale po zawarciu porozumienia wzrasta powyżej tej wielkości, nie przekraczając jednak 25%, wyłączenie, o którym mowa w § 3 ust. 2 pkt 1 i ust. 3, stosuje się przez okres dwóch lat kalendarzowych następujących po upływie roku, w którym próg 20% został przekroczony po raz pierwszy;

2) nie przekracza 20%, ale po zawarciu porozumienia wzrasta powyżej 25%, wyłączenie, o którym mowa w § 3 ust. 2 pkt 1 i ust. 3, stosuje się przez okres jednego roku kalendarzowego następującego po upływie roku, w którym próg 25% został przekroczony po raz pierwszy.

2. Jeżeli udział, o którym mowa w § 4 ust. 2:

1) nie przekracza 25%, ale po zawarciu porozumienia wzrasta powyżej tej wielkości, nie przekraczając jednak 30%, wyłączenie, o którym mowa w § 3 ust. 2 pkt 2 i ust. 3, stosuje się przez okres dwóch lat kalendarzowych następujących po upływie roku, w którym próg 25% został przekroczony po raz pierwszy;

2) nie przekracza 25%, ale po zawarciu porozumienia wzrasta powyżej 30%, wyłączenie, o którym mowa w § 3 ust. 2 pkt 2 i ust. 3, stosuje się przez okres jednego roku kalendarzowego następującego po upływie roku, w którym próg 30% został przekroczony po raz pierwszy.

3. Okres wyłączeń, o którym mowa w ust. 1 i 2, nie może łącznie trwać dłużej niż dwa kolejne lata kalendarzowe.

§ 6. 1. Udział, o którym mowa w § 4, oblicza się na podstawie wartości sprzedaży. Jeżeli dane dotyczące wartości sprzedaży nie są dostępne, udział przedsiębiorców uczestniczących w porozumieniu oblicza się na podstawie innych wiarygodnych informacji rynkowych, w tym informacji o ilości towarów będących przedmiotem sprzedaży.

2. Udział, o którym mowa w § 4, oblicza się na podstawie danych dotyczących roku kalendarzowego poprzedzającego rok zawarcia porozumienia.

3. Przy obliczaniu udziału, o którym mowa w § 4, nie uwzględnia się sprzedaży dokonywanej między przedsiębiorcami należącymi do jednej grupy kapitałowej.

§ 7. Wyłączenie, o którym mowa w § 3 ust. 2 pkt 2 i ust. 3, stosuje się, jeżeli:

1) wszystkie strony porozumienia mają dostęp do wyników wspólnej działalności badawczo-rozwojowej do celów dalszych badań lub wykorzystywania ich wyników; jednakże strony, które prowadzą działalność badawczo-rozwojową na zasadach komercyjnych, a dla których wykorzystywanie wyników działalności badawczo-rozwojowej nie stanowi głównego przedmiotu ich działalności, mogą wyrazić zgodę na ograniczenie wykorzystywania wyników działalności badawczo-rozwojowej tylko do celów dalszych badań;

2) każda ze stron porozumienia pozostaje niezależna w zakresie wykorzystywania wyników wspólnej działalności badawczo-rozwojowej lub istniejącego wcześniej know-how niezbędnego do wykorzystywania tych wyników, jeżeli porozumienie przewiduje wyłącznie wspólne prowadzenie działalności badawczo-rozwojowej; jeżeli strony porozumienia nie są konkurentami w chwili zawarcia porozumienia, prawo

wykorzystywania wyników działalności badawczo-rozwojowej może być ograniczone do jednego lub więcej technicznych obszarów zastosowania;

3) wspólne wykorzystywanie wyników działalności badawczo-rozwojowej dotyczy wyłącznie wyników chronionych przez prawa własności intelektualnej i przemysłowej lub stanowiących know-how, które istotnie przyczyniają się do postępu technicznego lub gospodarczego, przy czym wyniki te muszą być decydujące dla wytwarzania towarów lub procesów objętych porozumieniem;

4) od przedsiębiorców zobowiązanych do wytwarzania w formie specjalizacji produkcji wymaga się realizacji zamówień na dostawy pochodzące od wszystkich stron porozumienia, z wyjątkiem sytuacji, gdy porozumienie przewiduje także wspólną dystrybucję.

§ 8. Wyłączenia, o którym mowa w § 3 ust. 2 pkt 1 i ust. 3, nie stosuje się do porozumień specjalizacyjnych, które bezpośrednio lub pośrednio, samodzielnie lub w powiązaniu z innymi czynnikami zależnymi od stron, mają na celu:

- 1) ustalanie cen sprzedaży towarów objętych specjalizacją osobom trzecim;
- 2) ograniczanie produkcji lub sprzedaży towarów objętych specjalizacją;
- 3) podział rynków zbytu towarów objętych specjalizacją.

§ 9. Wyłączenia, o którym mowa w § 3 ust. 2 pkt 2 i ust. 3, nie stosuje się do porozumień badawczo-rozwojowych, które bezpośrednio lub pośrednio, samodzielnie lub w powiązaniu z innymi czynnikami zależnymi od stron, mają na celu:

- 1) ustalanie cen sprzedaży towarów objętych porozumieniem osobom trzecim;
- 2) ograniczanie produkcji lub sprzedaży towarów objętych porozumieniem;
- 3) ograniczenie kręgu odbiorców, którzy mogą być zaopatrywani po upływie siedmiu lat od dnia wprowadzenia do obrotu po raz pierwszy towarów objętych porozumieniem;
- 4) ograniczanie swobody uczestnictwa stron porozumienia w prowadzeniu działalności badawczo-rozwojowej samodzielnie lub we współpracy z osobami trzecimi w innej dziedzinie niż objęta porozumieniem – w czasie trwania tej działalności, bądź w tej samej dziedzinie – po jej zakończeniu;
- 5) zakaz podważania, po zakończeniu działalności badawczo-rozwojowej, ważności praw własności intelektualnej i przemysłowej, istotnych dla tej działalności, którymi strony dysponują;
- 6) zakaz podważania, po wygaśnięciu porozumienia badawczo-rozwojowego, ważności praw własności intelektualnej i przemysłowej, którymi strony dysponują, chroniących wyniki działalności badawczo-rozwojowej;
- 7) zobowiązanie do nieudzielania osobom trzecim licencji do wytwarzania towarów objętych porozumieniem lub zastosowania procesów objętych porozumieniem, jeżeli wykorzystywanie wyników działalności badawczo-rozwojowej przez przynajmniej jedną ze stron nie jest przewidziane lub nie jest wykonywane.

§ 10. Do porozumień zawartych przed dniem wejścia w życie rozporządzenia, które nie spełniają warunków wyłączenia w nim określonych, stosuje się przepisy dotychczasowe, jednak nie dłużej niż do dnia 31 grudnia 2008 r.

§ 11. Rozporządzenie obowiązuje do dnia 31 grudnia 2011 r.

§ 12. Rozporządzenie wchodzi w życie z dniem 1 stycznia 2008 r.

WYŁĄCZENIA POROZUMIEŃ WERTYKALNYCH

Ewelina D. Sage

Wyłączenie grupowe dla porozumień wertykalnych

1. Rozwój wyłączeń grupowych dla porozumień wertykalnych we Wspólnocie Europejskiej

1. Rozporządzenie Rady 19/65¹, dotyczące stosowania art. 81 ust. 3 TWE do niektórych kategorii porozumień i praktyk uzgodnionych, jest pierwszym aktem prawa wtórnego Wspólnoty Europejskiej (dalej WE lub Wspólnota) bezpośrednio dotyczącym kwestii wyłączeń dla porozumień wertykalnych. Rozporządzenie to dało Komisji Europejskiej (dalej KE lub Komisji) kompetencję do wydawania wyłączeń grupowych dla określonych kategorii porozumień i praktyk uzgodnionych, co do których można założyć, że wprawdzie naruszają zakaz zawarty w art. 81 ust. 1 TWE, ale jednocześnie spełniają warunki wyłączenia zawarte w art. 81. ust. 3 TWE. Pierwsze wyłączenie grupowe wydane specyficznie dla porozumień wertykalnych zostało ustanowione rozporządzeniem Komisji 67/67 w sprawie niektórych kategorii porozumień wyłącznych². Zasięg zastosowania tego wyłączenia ograniczony był do porozumień dwustronnych dotyczących warunków odsprzedaży; uregulowało ono w szczególności kwestię ustanawiania ograniczeń terytorialnych, wyłączności i minimalnych obowiązków dystrybutorów, do których należał zakaz aktywnej sprzedaży poza nadanym obszarem.

2. W świetle doświadczeń zebranych w trakcie obowiązywania rozporządzenia 67/67, Komisja wydała w latach 80. szereg bardziej szczegółowych wyłączeń grupowych dla poszczególnych kategorii najważniejszych porozumień wertykalnych. W pierwszej kolejności opublikowane zastało rozporządzenie 1983/83³, dotyczące wyłącznej dystrybucji,

¹ Rozporządzenie nr 19/65/EWG Rady z dnia 2 marca 1965 r. w sprawie stosowania art. 85 ust. 3 Traktatu do określonych grup porozumień i praktyk uzgodnionych (Dz. U. EWG nr 36 z 6 marca 1965 r. z późn. zm.), dalej: rozporządzenie 19/65; w jęz. polskim opublikowane w: *Prawo konkurencji Wspólnoty Europejskiej. Źródła*, t. 1: *Reguły generalne*, wybór i opracowanie T. Skoczny, Wydawnictwo Naukowe WZ UW, Warszawa 2002, s. 135–142.

² Regulation No. 67/67/EEC of the Commission of 22 March 1967 on the application of Article 85 (3) of the Treaty to certain categories of exclusive dealing agreements (OJ 57, 25.3.1967, p. 849–852).

³ Rozporządzenie Komisji (EWG) nr 1983/83 z dnia 22 czerwca 1983 r. o zastosowaniu art. 85 ust. 3 Traktatu Rzymskiego do porozumień dotyczących wyłącznej dystrybucji (Dz. U. EWG 1983 L 173/1; dalej: rozporządzenie 1983/83), w jęz. polskim opublikowane w: I. Wiszniewska, *Reguły konkurencji a transakcje wyłączne*, PHARE: Harmonizacja polskiego prawa antymonopolowego z regulami konkurencji Unii Europejskiej. Reguły konkurencji a wybrane rodzaje porozumień, Urząd Antymonopolowy, Warszawa 1995, s. 225–233.

oraz rozporządzenie 1984/83⁴, dotyczące wyłącznych zakupów, które – poza generalnymi regułami znajdującymi zastosowanie do całej gospodarki – zawierało także normy szczegółowe dotyczące zakupów piwa i benzyny. Zdając sobie sprawę ze szczególnego znaczenia, jakie dla konsumentów mają warunki zakupu samochodów osobowych, Komisja wydała następnie bardzo szczegółowe rozporządzenie 123/84⁵, dotyczące dystrybucji selektywnej w sektorze samochodowym. Ostatnim z kluczowych wspólnotowych wyłączeń wertykalnych lat 80. było wyłączenie ustanowione rozporządzeniem 4087/88⁶, dotyczące franchisingu, będące w dużej mierze odpowiedzią na problemy zidentyfikowane przez Europejski Trybunał Sprawiedliwości (ETS) w sprawie *Pronuptia*⁷.

3. Cechą charakterystyczną wspólnotowych wyłączeń grupowych dotyczących porozumień wertykalnych wydanych w latach 80. jest ich znaczna szczegółowość, której przypisuje się co najmniej funkcję edukacyjną dla przedsiębiorstw, jeśli nie wręcz bezpośrednią chęć proaktywnej regulacji zachowań rynkowych przez Komisję⁸. Wyraźnej „instruktywności” tych wyłączeń dopatrywać się można przede wszystkim w ich wąskim zasięgu zastosowania. Inaczej niż wcześniejsze rozporządzenie 67/67 i późniejsze rozporządzenie 2790/1999⁹, znajdujące zastosowanie do wielu kategorii porozumień wertykalnych, rozporządzenia 1983/83 i 1984/83 regulowały odrębnie konkretne typy takich porozumień. Instruktażowa funkcja wyłączeń lat 80. przejawia się też w tym, że zawierały one (poza zamkniętą listą klauzul zakazanych, czyli czarnych) przykładową listę klauzul dozwolonych, czyli białych, dla danego typu porozumień. Fakt ten jest istotny w szczególności dlatego, że rozporządzenie 2790/1999, które efektywnie zastąpiło rozporządzenia 1983/83 i 1984/83, w ogóle nie zawiera katalogu klauzul białych. Tym samym, wyłączenia grupowe dotyczące porozumień wertykalnych wydane przez Komisję w latach 80. miały sztywny i restrykcyjny charakter, w dużej mierze bezpośrednio kształtując zachowania rynkowe podmiotów, których dotyczyły.

Równocześnie jednak, wyłączenia wydane w latach 80. znajdowały zastosowanie w sposób nieograniczony ani maksymalnym, ani minimalnym poziomem siły rynkowej zaangażowanych stron. Kluczową cechą wyłączeń z tego okresu było więc ich powszechne zastosowanie – ich zasięg zastosowania nie był w ogóle zależny od poziomu siły rynkowej

⁴ Rozporządzenie Komisji (EWG) nr 1984/83 z dnia 22 czerwca 1983 r. w sprawie stosowania art. 85 ust. 3 Traktatu Rzymskiego do porozumień dotyczących wyłącznego zakupu (Dz. U. EWG 1983 L 173/5), dalej: rozporządzenie 1984/83); w jęz. polskim opublikowane w: I. Wiszniewska, *Reguły konkurencji a transakcje wyłączne*, op. cit., s. 235–250.

⁵ Rozporządzenie (EWG) nr 123/85 Komisji z dnia 12 grudnia 1984 r. w sprawie stosowania art. 85 ust. 3 Traktatu do określonych grup porozumień dotyczących dystrybucji i serwisu pojazdów samochodowych (Dz. U. WE 1985 L 15/16); w jęz. polskim opublikowane w: E. Nowińska, *Reguły konkurencji a umowy dystrybucyjne i serwisowe w zakresie pojazdów samochodowych*, PHARE: Harmonizacja polskiego prawa antymonopolowego z regułami konkurencji Unii Europejskiej. Reguły konkurencji a wybrane rodzaje porozumień, Urząd Antymonopolowy, Warszawa 1995, s. 79–95.

⁶ Rozporządzenie (EWG) nr 4087/88 Komisji z dnia 30 listopada 1988 r. w sprawie zastosowania art. 85 ust. 3 Traktatu do umów franchisingu (Dz. U. EWG 1988 L 359/46), dalej rozporządzenie 4087/88; w jęz. polskim opublikowane w: M. Skrzek, E. Wojtaszek, *Reguły konkurencji a franchising*, PHARE: Harmonizacja polskiego prawa antymonopolowego z regułami konkurencji Unii Europejskiej. Reguły konkurencji a wybrane rodzaje porozumień, Urząd Antymonopolowy, Warszawa 1995, s. 217–230.

⁷ Sprawa 161/84 *Pronuptia de Paris v. Pronuptia Irmgard Schillgallis* (Zb. Orz. 1986, 353).

⁸ Zob. np.: M. Gambardella, F. M. Salerno, *Vertical Agreements: Was the Commission's Response Adequate? On the Commission's Ability to Reform Long-standing Policies* w: G. Amato, C.-D. Ehlermann, *EC Competition Law – a Critical Assessment*, Oxford Hart Publishing 2007, s. 190.

⁹ Rozporządzenie Komisji (WE) nr 2790/1999 z dnia 22 grudnia 1999 r. w sprawie stosowania art. 81 ust. 3 Traktatu do kategorii porozumień wertykalnych i praktyk uzgodnionych (Dz. U. WE 1999 L 336/21; Dz. U. UE Polskie Wyd. Specjalne, rozdz. 8, t. 1, s. 364–368), dalej: rozporządzenie 2790/1999.

(próg udziału w rynku) stron rozpatrywanych kategorii porozumień. Do ograniczenia minimalnego poziomu zastosowania wyłączeń doszło jedynie pośrednio, dzięki wydanemu przez Komisję obwieszczeniu dotyczącemu porozumień o mniejszym znaczeniu (*de minimis*)¹⁰, które określiło, że porozumienia o bagatelnym znaczeniu w ogóle nie naruszają zakazu zawartego w art. 81 ust. 1 TWE, a co za tym idzie, nie muszą być notyfikowane (zgłaszane), gdyż nie jest potrzebna ocena, czy spełniają one warunki wyłączenia. Brak maksymalnego progu zastosowania wyłączeń powodował jednak, że rozporządzenia często nie odzwierciedlały realiów ekonomicznych rynku, teoretycznie przynajmniej pozwalając na wyłączenie porozumień o dozwolonej treści mimo, że ich stronami były podmioty dominujące.

2. Wyłączenie grupowe dla ograniczeń wertykalnych na podstawie rozporządzenia 2790/1999

2.1. Proces reformy lat 90.

4. Rozwiązania prawne leżące u podstaw wyłączeń wertykalnych lat 80. pociągnęły za sobą daleko idące skutki dla rozwoju gospodarki wspólnotowej. Ich instruktażowy charakter spowodował niewątpliwie, że przedsiębiorstwa zdobyły doświadczenie w ich stosowaniu. Doświadczenia te potrzebne były po to, aby przedsiębiorstwa potrafiły samodzielnie oceniać, jakiego typu wertykalne zachowania rynkowe uznać można za dopuszczalne w świetle wspólnotowych reguł konkurencji, jakie zaś generalnie nie mogą skorzystać z wyłączenia. Z drugiej strony, powszechnie odczuwalny był fakt, iż bardzo szczegółowa, a tym samym sztywna, regulacja dopuszczalnej treści umów wertykalnych nie pozwalała na dostateczną elastyczność rozwoju rynku w szczególności w świetle bardzo szerokiego zakresu zastosowania rozporządzeń co do siły rynkowej stron zaangażowanych w te porozumienia. Nie bez znaczenia pozostaje też fakt, iż Komisja w dalszym ciągu zmagająca się w praktyce ze zbyt wysoką liczbą zgłoszeń (notyfikacji) porozumień aspirujących o wyłączenie indywidualne.

5. W ramach procesu reform wspólnotowych wyłączeń wertykalnych, toczącego się w drugiej połowie lat 90., Komisja została skonfrontowana z szeregiem fundamentalnych zarzutów dotyczących obowiązującego systemu wyłączeń ustanowionych w latach 80. Swoje opinie przedstawiły zarówno państwa członkowskie, jak i przedsiębiorstwa oraz niezależni komentatorzy – niektórzy z tych ostatnich uważali dotychczasowy system za całkowitą porażkę regulacyjną Komisji¹¹.

Systemowi wyłączeń wertykalnych lat 80. zarzucano w szczególności stanowczo zbyt szeroką interpretację art. 81 ust. 1 TWE, która była w praktyce tożsama z założeniem, że porozumienia wertykalne generalnie naruszają zawarty w nim zakaz. Komisji zarzucono wprost, iż niesłusznie ma negatywne nastawienie do porozumień wertykal-

¹⁰ Wyjaśnienia w sprawie porozumień o mniejszym znaczeniu, które nie podlegają pod art. 85 ust. 1 Traktatu ustanawiającego EWG (*de minimis*) (Dz. U. EWG 1986 C 231/2 z późn. zm.); w jęz. polskim opublikowane w: M. Kępiński, A. Nowicka, *Reguły konkurencji a porozumienia kooperacyjne*, PHARE: Harmonizacja Polskiego Prawa Antymonopolowego z Regulami Konkurencji Unii Europejskiej. Seria: Reguły konkurencji a wybrane rodzaje porozumień, Urząd Antymonopolowy, Warszawa 1995, s. 128–132.

¹¹ B. Hawk, *System Failure: Vertical Restraints and EC Competition Law*, „CMLR” 1995, Vol. 32, No. 4, s. 973.

nych¹². W konsekwencji krytyce poddano przytłaczającą liczbę koniecznych notyfikacji i wynikający z tego brak możliwości przeprowadzenia dokładnej oceny wszystkich zgłoszonych porozumień. W tym kontekście Komisji zarzucono także, iż prowadzi zbyt legalistyczną, a za mało ekonomiczną analizę notyfikowanych transakcji w świetle warunków wyłączenia zawartych w art. 81 ust. 3 TWE¹³. W świetle fundamentalnej natury tych zarzutów, podnoszone były nawet głosy za całkowitym zniesieniem wyłączeń grupowych przede wszystkim w celu wyeliminowania wyłącznej kompetencji Komisji do efektywnego decydowania o dopuszczalności porozumień wertykalnych o skali wspólnotowej¹⁴.

6. Wydana w styczniu 1997 r. Zielona Księga¹⁵ pokazała jednak, że Komisja zasadniczo opowiada się za utrzymaniem dotychczasowego systemu wyłączeń wertykalnych, choć widzi konieczność jego modernizacji. Komisja przyznała w szczególności, że dotychczas zbyt wielką wagę przykładano do oceny samych klauzul zawartych w analizowanych porozumieniach a zbyt małą – do oceny faktycznych skutków ekonomicznych transakcji dla rynku. Komisja nie pozostawiła jednak wątpliwości co do tego, iż sam system wyłączeń grupowych (opierający się na szerokiej interpretacji zakazu zawartego w art. 81 ust. 1 TWE oraz wyłącznej kompetencji Komisji do oceny notyfikowanych porozumień w świetle warunków art. 81 ust. 3 TWE) uznaje w dalszym ciągu za właściwy. Do koniecznych propozycji reform zaliczono natomiast wprowadzenie progów udziału w rynku stron ocenianych porozumień w kontekście maksymalnego zakresu zastosowania aktu (nie więcej niż 40%). Za ważne uznano też określenie minimalnego poziomu, poniżej którego zakładałoby się, że transakcja w ogóle nie narusza art. 81 ust. 1 TWE, a tym samym nie wymaga oceny co do tego, czy może podlegać wyłączeniu (nie więcej niż 20%).

7. Zrewidowana Zielona Księga z 1998 r. miała już bardziej krytyczny wydźwięk, wprost mówiąc o tym, że dotychczasowy system musi zostać zmodernizowany. Reformę tę utożsamiono jednak w zasadzie przede wszystkim z powiązaniem możliwości skorzystania z wyłączenia wertykalnego nie tylko z istnieniem określonych w rozporządzeniu klauzul, ale także z siłą rynkową stron transakcji. Warto wspomnieć jednak, iż mimo, że komentatorzy generalnie zgadzali się co do tego, że zmiana obowiązującego w latach 80. systemu wyłączeń wertykalnych jest konieczna, sama decyzja Komisji co do tego, by istotą modernizacji było jedynie dodanie do istniejącego już systemu wyłączeń wertykalnych kryterium progów udziału w rynku, nie była powszechnie akceptowana¹⁶. W ramach procesu konsultacyjnego jedynie państwa członkowskie miały dość pozytywne zdanie na ich temat¹⁷; do wprowadzenia progów doszło jednak z uwagi na brak propozycji lepszego rozwiązania.

¹² B. Hawk, *Deregulation of EC Competition Policy: Rethinking Article 85(1)*, Fordham Corporate Law Institute 1994, s. 505.

¹³ Zob.: I. Forrester, *Competition Structures for the 21st Century*, Fordham Corporate Law Institute 1994, s. 469; I. Deacon, *Vertical restraints under EU competition law: new directions*, Fordham Corporate Law Institute 1994, s. 310.

¹⁴ L. Laudati, *The first European Competition Forum: Vertical Restraints* (speech); tekst dostępny pod: http://ec.europa.eu/comm/competition/speeches/text/sp1995_035_en.html.

¹⁵ Zielona Księga dotycząca ograniczeń wertykalnych (ang. *Green Paper on Vertical Restraints in EC Competition Policy*); tekst dostępny pod: http://europa.eu/documents/comm/green_papers/pdf/com96_721_en.pdf.

¹⁶ Zob.: V. Verouden, *Vertical Agreements and Article 81(1) EC: Evolving Role of Economic Analysis*, „Antitrust Law Journal” 2002, Vol. 71, No. 2, s. 525.

¹⁷ Zob. D. Schroeder, *The Green Paper on Vertical Restraints: Beware of Market Share Thresholds*, „ECLR” 1997, Vol. 18, No. 7, s. 430.

2.2. Rozporządzenie 2790/1999

8. Bezpośrednią podstawą prawną wydania przez Komisję nowego wyłączenia grupowego dla porozumień wertykalnych było rozporządzenie Rady 1215/99¹⁸. Warto dodać jednak, że w celu wyraźnego ograniczenia samej liczby notyfikowanych porozumień, przynajmniej tych składanych wyłącznie „z ostrożności” proceduralnej, Komisja otrzymała równocześnie na mocy wydanego równolegle rozporządzenia Rady 1216/99¹⁹ kompetencję do przyznawania wyłączeń wertykalnych retroaktywnie (działają one od momentu zawarcia porozumienia), nawet jeśli notyfikacja była spóźniona np. dlatego, iż strony niewłaściwie oszacowały swoją pozycję rynkową²⁰.

9. Nie ulega wątpliwości, że obowiązujące obecnie rozporządzenie 2790/99 należy traktować jako kolejny etap rozwoju wspólnotowej instytucji wyłączeń grupowych dla porozumień wertykalnych²¹. Jako takie, wyłączenie to jest w dużej mierze kontynuacją rozwiązań prawnych stosowanych już wcześniej przez Komisję. Ostatecznie zawarte w nim modyfikacje odzwierciedlają jedynie rosnące doświadczenie samej Komisji w kontekście oceny zasadności stosowania wyłączeń, do czego doszło poprzez dointerpretowanie zakresu przedmiotowego wyłączenia przede wszystkim poprzez wprowadzenie progów udziału w rynku stron ocenianych transakcji. Z faktu zasadniczego ograniczenia zakresu samego aktu poprzez pominięcie klauzul białych, a tym samym zapewnienie większej elastyczności działań rynkowych, wynika także, że Komisja zdecydowała się przyjąć do wiadomości rosnące doświadczenie przedsiębiorstw co do właściwości stosowania wyłączenia.

10. Biorąc pod uwagę zakres zastosowania rozporządzenia 2790/1999, wyraźnie widoczny jest fakt, iż podobnie do rozporządzenia Komisji 67/67, ale odwrotnie do wyłączeń ustanowionych w latach 80., zostało one sformułowane jako tzw. wyłączenie parasolowe (*umbrella exemption*) – akt ten ma bowiem bardzo szeroki zasięg przedmiotowy. Wyłączenie znajduje zastosowanie do wszystkich kategorii porozumień wertykalnych, z wyjątkiem tych jedynie, do których stosują się inne wyłączenia grupowe. Akt ten nie znajduje więc zastosowania w szczególności do porozumień wchodzących w zasięg przedmiotowy wertykalnego wyłączenia samochodowego oraz porozumień objętych wyłączeniem horyzontalnym, które stosuje się także do takich porozumień horyzontalnych, które mają znaczące aspekty wertykalne (art. 2 ust. 5). Wyłączenie z zakresu przedmiotowego rozporządzenia 2790/1999 porozumień, do których znajdują zastosowanie inne wyłączenia grupowe, jest niezależny od tego, czy porozumienia te w praktyce korzystają z innego wyłączenia, tj. czy są one faktycznie przedmiotem innego wyłączenia.

¹⁸ Rozporządzenie Rady (WE) nr 1215/1999 z dnia 10 czerwca 1999 r. zmieniające rozporządzenie nr 19/65/EWG w sprawie stosowania art. 81 ust. 3 Traktatu do niektórych kategorii porozumień i praktyk uzgodnionych (Dz. U. WE 1999 L 148/1; Dz. U. UE Polskie Wyd. Specjalne, rozdz. 8, t. 1, s. 348).

¹⁹ Council Regulation (EC) No. 1216/1999 of 10 June 1999 amending Regulation No. 17: first Regulation implementing Articles 81 and 82 of the Treaty (OJ 1999 L 148, pp. 5–6).

²⁰ Instytucja ta miała jednak zastosowanie jedynie przez krótki czas gdyż obowiązek notyfikacji został zniesiony już w 2004 r. Zob. wytyczne w sprawie stosowania art. 81 ust. 3 TWE (Dz. U. UE 2004 C 101/97); w jęz. polskim opublikowane w niniejszym tomie. Zob. P. Lugard, L. Hancher, *Honey, I Shrunk the Article! A Critical Assessment of the Commission's Notice on Article 81 (3) of the EC Treaty*, „ECLR” 2004, Vol. 25, No. 7, s. 410.

²¹ Zob. E. Wojtaszek-Mik, *Reforma prawa konkurencji WE w zakresie porozumień pionowych*, „KPP” 2001, nr 1; P. Grotthuss, *Nowa regulacja porozumień wertykalnych w świetle prawa konkurencji Unii Europejskiej*, „Glosa” 2001, nr 1.

W odróżnieniu do systemu wyłączeń lat 80., bardziej ogólny charakter rozporządzenia 2790/1999, a tym samym zasadniczo mniejsza „sztywność” jego postanowień ma na celu, przynajmniej teoretycznie, zwiększenie swobody stron porozumień wertykalnych, pozwalając na zasadniczo większą elastyczność działań rynkowych tego typu. W praktyce jednak wpływ tej modernizacji podlega ograniczeniom ze względu na to, iż wyłączeniu towarzyszą bardzo szczegółowe Wytyczne w sprawie porozumień wertykalnych²², które mimo tego, że nie mają mocy wiążącej, są jednak powszechnie stosowane zarówno przez przedsiębiorstwa przy formułowaniu porozumień, jak i przez Komisję w ich ocenie. Niezależnie od tego, ogólny zakres zastosowania rozporządzenia 2790/1999 uległ jednak wyraźnemu rozszerzeniu w porównaniu z regulacjami z lat 80. poprzez to, iż akt ten znajduje zastosowanie do porozumień i praktyk uzgodnionych między dwoma lub więcej podmiotami, podczas gdy wcześniejsze regulacje dotyczyły jedynie porozumień dwustronnych. Dodatkowo, obecne rozporządzenie dotyczy zarówno warunków kupna, jak i sprzedaży oraz odsprzedaży, podczas gdy dotychczasowe regulacje znajdowały zastosowanie jedynie do warunków samej odsprzedaży. Zakres zastosowania rozporządzenia 2790/1999 określony został szczegółowo także w kontekście działań związków sprzedawców (art. 2 ust 2), relacji pomiędzy prawami własności intelektualnej (dalej PWI) i porozumieniami wertykalnymi (art. 2 ust. 3) oraz kwestią możliwości wyjątkowego zastosowania wyłączenia do porozumień pomiędzy konkurentami (art. 2 ust. 4).

11. Fundamentalną modyfikacją wspólnotowego systemu wyłączeń wertykalnych, w porównaniu z regulacjami lat 80., jest fakt zawarcia w rozporządzeniu 2790/1999 dokładnych progów udziału w rynku jako warunku ilościowego możliwości skorzystania z wyłączenia. Ustanowienie progów jest niewątpliwie przejawem zasadniczej racjonalizacji i ekonomizacji stosowania wyłączeń wertykalnych. W tym kontekście możliwość skorzystania z wyłączenia została wyraźnie ograniczona ilościowym warunkiem nieprzekroczenia 30% progu udziału w rynku²³ sprzedawcy/nabywcy i to łącznie z jego przedsiębiorstwami powiązanymi (*connected undertakings*). Jednolitość tego rozwiązania jest złagodzona faktem, iż akt ten zapewnia w tym względzie przedsiębiorstwom stosunkowo dużą dozę elastyczności, pozwalając na przejściowe utrzymanie przywileju wyłączenia mimo wyraźnego przekroczenia powyższego progu (do 35%), określając jednocześnie dość szczegółowo podstawy obliczania udziału w rynku oddzielnie dla sprzedawców i nabywców.

²² Wytyczne KE w sprawie ograniczeń wertykalnych (Dz. U. WE 2000 C 291/1; Dz. U. UE Polskie Wyd. Specjalne, rozdz. 8, t. 1, s. 390–433), dalej: wytyczne KE w sprawie ograniczeń wertykalnych.

²³ Taki poziom udziału w rynku przyjęty został również w krajowych regulacjach wielu innych państw członkowskich UE. Zob. np.: art. 1 ust. 5 lotewskiego rozporządzenia wyłączającego (tekst dostępny pod: http://www.kp.gov.lv/uploaded_files/ENG/E0807.pdf); art. 3 ust. 1 słoweńskiego rozporządzenia wyłączającego (tekst dostępny pod: http://www.uvk.gov.si/fileadmin/uvk.gov.si/pageuploads/Uredba_o_skupinskih_izjemah_-_ang.pdf); art. 7 ust. 1 rumuńskiego rozporządzenia wyłączającego (tekst dostępny pod: <http://www.competition.ro/en/regulament/Reg.pdf>); art. 2 ust. 1 węgierskiego rozporządzenia wyłączającego porozumienia wertykalne – należy jednak odnotować, że np. w regulacji węgierskiej obok udziału w rynku istnieje drugie kryterium ilościowe wyłączeń w postaci wielkości obrotu – art. 1 ust. 2 i ust. 4 pkt 2 (tekst dostępny pod: http://www.gvh.hu/domain2/files/modules/module25/pdf/55_2002_vertikalis_a.pdf). 30% udział w rynku występuje jako kryterium wyłączenia porozumień wertykalnych również w tych państwach, które zdecydowały o bezpośrednim stosowaniu na gruncie krajowym wspólnotowych regulacji wyłączeniowych, w tym R 2790/1999 – Zob. np. art. 1 ust. 4 hiszpańskiej ustawy o ochronie konkurencji (tekst dostępny pod: <http://www.cncompetencia.es/PDFs/legislacion/47ing.pdf>); art. 5 ust. 3 portugalskiej ustawy o ochronie konkurencji (tekst dostępny pod: <http://www.autoridadedaconcorrenca.pt/Download/descr18ix.pdf>); art. 6 ust. 4 słowackiej ustawy o ochronie konkurencji (tekst dostępny pod: <http://www.antimon.gov.sk/eng/?c=356>).

12. W tym miejscu warto wspomnieć, iż rozporządzenie 2790/1999 zawiera instytucję cofnięcia przywileju wyłączenia, ściśle powiązaną z kryterium progów udziału w rynku. Dla uproszczenia zastosowania wyłączenia wertykalnego, a w szczególności w celu zapewnienia jak największej pewności prawnej dla przedsiębiorców dokonujących samooceny swojej pozycji rynkowej, rozporządzenie 2790/1999 uwzględnia jedynie udział rozpatrywanego sprzedawcy/nabywcy w rynku między tymi stronami czyli rynku towarów będących przedmiotem ocenianej transakcji między nimi (mimo iż porozumienie wertykalne może mieć też skutki dla rynków usytuowanych na innych poziomach łańcucha sprzedaży). Instrument prawny cofnięcia wyłączenia wertykalnego stanowi zabezpieczenie przed naruszeniami, do których mogłoby dojść w świetle tego uproszczenia²⁴.

13. Kluczową modyfikacją jest też fakt, iż w odróżnieniu do wyłączeń grupowych ustanowionych w latach 80., rozporządzenie 2790/1999 w ogóle nie zawiera listy postanowień, których istnienie w porozumieniach wertykalnych jest dozwolone. Zmianę tę uzasadnia się przekonaniem, iż instruktażowa funkcja zawarcia w samej treści wyłączenia listy klauzul białych została już osiągnięta w trakcie stosowania szczegółowych rozporządzeń wydanych w latach 80. Brak listy klauzul białych ma zapewnić stosującym je podmiotom znacznie większą dozę elastyczności w ich działaniach rynkowych niż miało to miejsce w trakcie obowiązywania wyłączeń z lat 80. Komisja ponownie określiła natomiast dokładną listę zakazanych klauzul czarnych (*hardcore restrictions*), do których zaliczyła: ustanawianie cen sztywnych (*Retail Price Maintenance*, dalej: RPM (art. 4 lit. a)), pewne ograniczenia terytorialne i podmiotowe (art. 4 lit. b)), niektóre postanowienia towarzyszące dystrybucji selektywnej (art. 4 lit. c) i d) oraz pewne klauzule dotyczące części zamiennych (art. 4 lit. e)). Komisja zdecydowała się także uregulować kwestię klauzul niedozwolonych czyli zakazu konkurencji (art. 5).

3. Wyłączenie wertykalne na podstawie uokik z 2000 r.

3.1. Podstawy wydania krajowego wyłączenia wertykalnego

14. Wprawdzie rozporządzenie 2790/1999 obowiązuje bezpośrednio we wszystkich państwach członkowskich, to jednak ma ono zastosowanie jedynie do porozumień o wymiarze wspólnotowym. Tym samym, korzyści, jakie płyną z istnienia tego aktu, są ograniczone jedynie do transakcji o znaczeniu wspólnotowym. Państwa członkowskie mogą więc równolegle wydać własne wyłączenia wertykalne o zastosowaniu ograniczonym do rynku narodowego. Tego typu prawodawstwo krajowe nie powinno jednak stanowić bezpośredniej implementacji rozporządzenia 2790/1999, choć niewątpliwie powinno być na nim wzorowane, w szczególności wtedy, gdy w danym państwie nie wypracowano jeszcze własnych standardów w tej dziedzinie.

Krajowe wyłączenia wertykalne muszą przede wszystkim uwzględniać specyfikę rynku narodowego, do którego mają się odnosić. Wydanie tego typu prawodawstwa niesie ze sobą wiele korzyści, pozwalając w szczególności na wyraźne określenie granic dopuszczalności porozumień wertykalnych o wymiarze narodowym, co bezpośrednio wspiera rozwój krajowej dystrybucji, pośrednio wzmacniając postęp gospodarczy i konkurencyjności danej gospodarki. Wyłączenie krajowe istotnie podwyższa także bezpieczeństwo prawne przedsiębiorców, a tym samym zwiększa pewność obrotu prawnogospodarczego,

²⁴ Zob. wytyczne KE w sprawie ograniczeń wertykalnych, pkt 22.

w stosunku do sytuacji, w której przedsiębiorcy muszą oceniać legalność zamierzonych porozumień wertykalnych bezpośrednio na podstawie ogólnych przepisów prawa konkurencji. Tego typu korzyści są często jeszcze silniejsze dla nowych państw członkowskich, które dopiero włączają się w struktury jednolitego rynku.

15. W tym kontekście art. 5 ust. 1 polskiej ustawy z dnia 15 grudnia 2000 r. o ochronie konkurencji i konsumentów²⁵ zakazywał porozumień zawieranych przez przedsiębiorców, których celem lub skutkiem jest wyeliminowanie, ograniczanie lub naruszanie w inny sposób konkurencji na rynku właściwym, chyba że spełniają przesłanki wyłączenia określone w art. 7 ust. 1 uokik 2000. Akt ten dawał Radzie Ministrów fakultatywną możliwość wydania rozporządzeń, które wyłączałyby spod tego zakazu porozumienia spełniające przesłanki wyłączenia. Podobnie jak we Wspólnocie, Rada Ministrów mogła wydać wyłączenie grupowe, gdy uznała, że określone grupy porozumień ograniczających konkurencję niosą ze sobą większe korzyści dla gospodarki i konsumentów (przyczyniają się do polepszenia produkcji, dystrybucji towarów lub do postępu technicznego lub gospodarczego oraz zapewniają nabywcom tych towarów lub ich użytkownikom odpowiednią część wynikających z tych ulepszeń lub postępu korzyści) niż szkody dla konkurencji (nie nakładają na przedsiębiorstwa uczestniczące w porozumieniu ograniczeń, które nie są niezbędne do osiągnięcia ww. celów oraz nie stwarzają tym przedsiębiorcom możliwości wyeliminowania konkurencji na rynku właściwym w zakresie znacznej części określonych towarów). Na tej podstawie wydane zostało pierwsze polskie wyłączenia wertykalne²⁶.

3.2. Polskie wyłączenie wertykalne 2002 r.

16. Wertykalne rozporządzenie wyłączające z 2002 r. było w dużej mierze wzorowane na rozporządzeniu 2790/1999²⁷. Akty te zawierały jednak istotne różnice wynikające pośrednio ze specyfiki i poziomu rozwoju gospodarczego Polski początku XXI w. i bezpośrednio z ich odmiennych podstaw prawnych. U podstaw tych różnic leży niejednorodność terminologiczna pierwotnych norm prawa konkurencji (np.: stosowanie w uokik 2000 jednolitego terminu „towar” w odróżnieniu od wspólnotowego pojęcia „towary i usługi”) oraz, a właściwie przede wszystkim, szczegółowe sformułowanie delegacji zawartej w art. 7 uokik 2000. Wychodząc z założenia, że treść delegacji ustawowej odzwierciedla specyfikę polskiej gospodarki tego okresu, a tym samym przede wszystkim brak doświadczenia polskich firm w stosowaniu samooceny dopuszczalności ich wertykalnych działań rynkowych, uokik 2000 wymagała, by w rozporządzeniu wyłączającym Rada Ministrów określiła nie tylko (a) warunki, jakie muszą być spełnione, aby porozumienie mogło być uznane za wyłączone oraz (c) klauzule, których występowanie w porozumieniu uznaje się za naruszenie art. 5 uokik 2000 (klauzule czarne) i (d) okres obowiązywania aktu, ale także, pominięte w rozporządzeniu 2790/1999, (b) klauzule, których występowania w porozumieniu nie uznaje się za naruszenie art. 5 uokik 2000 (klauzule białe).

²⁵ Ustawa z dnia 15 grudnia 2000 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (tekst jedn. Dz. U. z 2005 r., nr 244, poz. 2080 z późn. zm.), dalej: uokik 2000.

²⁶ Rozporządzenie Rady Ministrów z dnia 13 sierpnia 2002 r. w sprawie wyłączenia określonych porozumień wertykalnych spod zakazu porozumień ograniczających konkurencję (Dz. U. z 2002 r., nr 142, poz. 1189; zm. Dz. U. 2004 nr 95, poz. 951), dalej: rozporządzenie z 2002 r.

²⁷ Zob. P. Dębowski, T. Skoczny, *Wyłączenie określonych porozumień wertykalnych spod zakazu porozumień ograniczających konkurencję*, „PPH” 2003, nr 2.

17. Do najważniejszych **podobieństw** między polskim rozporządzeniem z 2002 r. i wspólnotowym rozporządzeniem 2790/1999 należy to, że oba akty miały bardzo ogólny zakres zastosowania. W zasięgu przedmiotowym obu aktów leżały bowiem wszystkie kategorie (grupy) porozumień wertykalnych, w tym w szczególności porozumienia zawierające zobowiązania wyłącznego zakupu lub wyłącznej dostawy lub tworzące systemy dystrybucji selektywnej lub dystrybucji franchisingowej. Tak samo rozstrzygnięto też kwestię progów udziału w rynku jako ilościowego warunku wyłączenia. Jest to wyraźny przejaw generalnej ekonomizacji polityki stosowania prawa konkurencji tak we WE, jak i w Polsce, w ramach którego dopuszczalność porozumień powinna podlegać ocenie przede wszystkim w świetle ich faktycznych skutków rynkowych. Tym samym oba akty ograniczały możliwość skorzystania z wyłączenia wyraźnym warunkiem, że łączny udział w rynku właściwym przedsiębiorców uczestniczących w ocenianej transakcji nie przekracza 30% na rynku dostawcy (przy wyłącznej sprzedaży i dystrybucji selektywnej i franchisingowej) lub na rynku nabywcy (przy zobowiązaniach wyłącznego zakupu). Polskie rozporządzenie wyłączające z 2002 r. formułowało także, odpowiadający treści rozporządzenia 2790/1999, zamknięty katalog klauzul, których występowanie w każdym porozumieniu wertykalnym świadczy o naruszeniu przez nie zakazu ustanowionego w art. 5 uokik 2000.

18. Podobnie do rozporządzenia 2790/1999, pierwsze polskie wyłączenie wertykalne dotyczyło porozumień wertykalnych, czyli – zgodnie z brzmieniem art. 6 ust. 1 pkt 2 uokik 2000 – porozumień zawieranych pomiędzy dwoma lub więcej przedsiębiorcami działającymi na różnych szczeblach obrotu. Jednak odstępstwem od rozwiązania zawartego w art. 2 ust. 4 rozporządzenia 2790/1999, było to, iż Rada Ministrów nie objęła zasięgiem pierwszego wyłączeniem wertykalnego żadnych porozumień wertykalnych zawieranych między przedsiębiorcami będącymi konkurentami, uznając w ówczesnym czasie, że tego rodzaju porozumienia stanowią zbyt poważne zagrożenie dla rozwijającej się konkurencji na polskich rynkach dystrybucyjnych, by podlegać wyłączeniu grupowemu. Możliwość ich wyłączenia była wtedy zależna od ich każdorazowej oceny indywidualnej.

19. Najważniejszą **różnicą** pomiędzy pierwszym polskim wyłączeniem wertykalnym z 2002 r. a rozporządzeniem 2790/1999 był fakt, że polskie rozporządzenie zawierało listę klauzul dozwolonych, nieobecna w akcie wspólnotowym. Delegacja zawarta w art. 7 uokik 2000 wymagała określenia w rozporządzeniu wyłączającym również klauzul, których występowanie w porozumieniu nie uznaje się za naruszenie art. 5 ustawy, chociaż prawo wspólnotowe odeszło od tego rozwiązania w trakcie reform instytucji wyłączeń wertykalnych lat 90. Wobec tego jednak, że wyłączenie wertykalne ustanowione w 2002 r. było pierwszym tego typu aktem w Polsce, Rada Ministrów zdecydowała się włączyć do rozporządzenia otwarty katalog klauzul dozwolonych, opierając się na poprzednio obowiązujących we Wspólnocie wyłączeniach wertykalnych: rozporządzeniach 1883/83, 1984/83 i 4087/88. Za cel tego odejścia od rozwiązań wspólnotowych można uznać chęć wsparcia polskich przedsiębiorstw, które mogłyby ewentualnie skorzystać z wyłączenia narodowego w określaniu dopuszczalnego zakresu transakcji dotyczących zakupu, sprzedaży lub odsprzedaży towarów, a zwłaszcza tworzenia sieci dystrybucyjnych.

4. Zasadność wydania rozporządzenia w sprawie wyłączenia grupowego dla porozumień wertykalnych na gruncie uokik z 2007 r.

4.1. Uwagi ogólne

20. Wertykalne rozporządzenie wyłączające z 2002 r., mimo uchylecia uokik 2000, zachowało moc obowiązującą na podstawie art. 136 nowo wydanej ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów²⁸ (dalej uokik) aż do momentu swojego wygaśnięcia dnia 31 grudnia 2007 r.

Na mocy art. 8 ust. 3 uokik Rada Ministrów została ponownie upoważniona do wydania rozporządzeń wyłączających określone rodzaje porozumień spełniających przesłanki zawarte w art. 8 ust. 1 uokik spod zawartego w art. 6 ust. 1 uokik zakazu porozumień ograniczających konkurencję. Porozumienia wertykalne niewątpliwie należą do kategorii porozumień, co do których można domniemywać, że są z zasady prokonkurencyjne. Można bowiem przyjąć, że porozumienia tego rodzaju, nawet jeśli ograniczają konkurencję w rozumieniu art. 6 ust. 1 uokik, generalnie prowadzą do podniesienia poziomu efektywności gospodarczej w rozumieniu art. 8 ust. 1 pkt 1 oraz zapewniają innym uczestnikom rynku korzyści w rozumieniu art. 8 ust. 1 pkt 2 uokik. W rezultacie, rozporządzenie ustanawiające wyłączenie grupowe dla porozumień wertykalnych (dalej rozporządzenie wyłączające) ma na celu określenie specyficznych warunków, jakie muszą być spełnione, aby można było przyjąć z dostateczną pewnością, że ograniczenia konkurencji wynikające z ocenianych porozumień są niezbędne do osiągnięcia zakładanych celów w rozumieniu art. 8 ust. 1 pkt 3 uokik, nie stwarzając przy tym stronom możliwości wyeliminowania konkurencji na rynku właściwym w rozumieniu art. 8 ust. 1 pkt 4 uokik²⁹.

4.2. Generalne przesłanki zasadności wyłączenia wertykalnego

21. Mimo iż większość porozumień wertykalnych ma z zasady charakter prokonkurencyjny, nie ulega wątpliwości³⁰, że niektóre porozumienia wertykalne mogą naruszać zakaz porozumień ograniczających konkurencję, zawarty w art. 6 ust. 1 uokik, jeśli towarzyszą im określone w tym przepisie ograniczenia konkurencji (tzw. ograniczenia wertykalne)³¹. Zasadnicza większość takich ograniczeń może jednak ulec wyłączeniu. Należy przyjąć, że ograniczenia wertykalne, co do których można założyć z wystarczającą pewnością, że spełniają generalne warunki wyłączenia zawarte w art. 8 ust. 1 uokik, powinny móc korzystać z przywileju wzmocnionego bezpieczeństwa prawnego³², wynikającego z istnienia dotyczącego ich wyłączenia grupowego, które stwarza domnie-

²⁸ Ustawa z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (Dz. U. z 2007 r., nr 50, poz. 331 i nr 99, poz. 660; nr 171, poz. 1206).

²⁹ Zob. D. Miąsik, *Reguła rozsądku w prawie antymonopolowym*, Zakamycze, Kraków 2004, s. 499 i n.

³⁰ Mimo początkowych wątpliwości, zastosowanie zakazu zawartego z art. 81 TWE, odpowiadającego art. 6 ust. 1 uokik, do porozumień wertykalnych zostało potwierdzone już w latach 60-tych w orzeczeniach ETS w sprawach: 56/65 *Societe Technique Miniere v. Maschinenbau* (Zb. Orz. 1966, 235) oraz 56/64, 58/64 *Consten and Gründig v. Komisja* (Zb. Orz. 1966, 339). Pogląd ten znajduje odzwierciedlenie także w licznych rozstrzygnięciach polskich organów ochrony konkurencji – zob. np. decyzję Prezesa UOKiK z 12 kwietnia 2007 r., nr RKR-410-1/05/JL-118/07, *Gamrat*, niepubl.

³¹ Zob. M. Hughes, *The economic assessment of vertical restraints under UK and EC competition law*, „ECLR” 2001, Vol. 22, No. 10, s. 424.

³² Zob. pkt 5 preambuły rozporządzenia 2790/1999.

manie legalności porozumień wertykalnych, o ile dodatkowo spełniają one specyficzne warunki wyłączenia wertykalnego, czyli o ile uczestniczące w nich strony nie przekazują określonego progu udziału w rynku, a same porozumienia nie zawierają wyraźnie określonych klauzul zakazanych³³.

22. W praktyce, do ograniczeń wertykalnych naruszających zakaz zawarty w art. 6 ust. 1 uokik, dochodzi głównie wtedy, gdy na rynku właściwym nie istnieje dostateczna konkurencja pomiędzy alternatywnymi markami konkretnego typu towaru (*interbrand competition*), czyli wtedy, gdy istnieje pewien stopień siły rynkowej po stronie dostawcy, po stronie nabywcy lub po obydwu stronach³⁴. Zakłada się także, że do ograniczeń wertykalnych dochodzi z zasady wtedy, gdy porozumienia wertykalne zawierają którąkolwiek z klauzul zakazanych i to niezależnie od siły rynkowej partycypujących w porozumieniu wertykalnym stron oraz struktury rynku właściwego.

23. Komisja dzieli w wytycznych ograniczenia wertykalne na cztery kategorie: (1) grupę ujednolicania marki (grupę ograniczeń służących nakłanianiu nabywcy do koncentrowania zamówień konkretnego typu produktu u jednego dostawcy, (2) grupę ograniczonej dystrybucji (dostawca sprzedaje swoje towary tylko jednemu/niewielkiej liczbie odbiorców), (3) grupę kształtowania cen odsprzedaży (przy czym ustalanie cen minimalnych jest całkowicie zakazane, zaś ustalanie cen maksymalnych i sztywnych może swym efektem zakłócić konkurencję) i (4) grupę podziału rynku (nabywca jest ograniczony co do tego, skąd kupuje lub dokąd sprzedaje towary objęte porozumieniem); Komisja uznaje wszakże, że ograniczenia wertykalne w ramach tych kategorii mogą mieć podobne negatywne skutki dla konkurencji³⁵. Mimo to, porozumienia wertykalne nie tylko są generalnie uznawane za mniej szkodliwe dla konkurencji niż porozumienia horyzontalne³⁶, ale uznaje się wręcz, że ich zasadnicza większość w ogóle nie zakłóca konkurencji. Dlatego też, porozumienia wertykalne są popularną formą współpracy rynkowej, gdyż – w odróżnieniu od porozumień horyzontalnych – rzadko naruszają zakaz zawarty w art. 6 ust. 1 uokik.

24. Większość porozumień wertykalnych przyczynia się do poprawy efektywności gospodarcej w ramach łańcucha produkcji lub dystrybucji przez ułatwienie lepszej koordynacji między przedsiębiorstwami uczestniczącymi; w szczególności mogą one prowadzić do obniżenia kosztów transakcji i dystrybucji stron oraz do optymalizacji ich poziomów sprzedaży i inwestycji³⁷, przynosząc zasadnicze korzyści gospodarce. „*[W]spółpraca handlowa prowadząca do powstawania między przedsiębiorcami stosunków handlowych w układzie wertykalnym jest zasadniczo zjawiskiem normalnym i niezbędnym dla rozwoju gospodarczego*”³⁸. Nawet jednak poszczególne ograniczenia wertykalne, o ile nie są równoznaczne z klauzulami czarnymi (*black clauses*) i o ile są stosowane przez przedsiębiorstwa niemające znacznej siły rynkowej,³⁹ mogą mieć pozytywne skutki dla gospodarki, promując konkurencję pozacenową i lepszą jakość usług.

³³ Zob. wytyczne KE w sprawie ograniczeń wertykalnych, pkt 21.

³⁴ Tamże, pkt 6.

³⁵ Tamże, pkt 104–114.

³⁶ Zob. wyrok SAM z dnia 15 marca 1995 r., XVII Amr 66/94, „Wokanda” 1996, nr 3.

³⁷ Zob. pkt 6 preambuły do rozporządzenia 2790/1999. O wpływie ograniczeń wertykalnych na konkurencję szerzej pisze: M. Motta, *Competition Policy. Theory and Practice*, Cambridge University Press, 2007, s. 347–372. Zob. także P. Dębowski, *Porozumienia dystrybucyjne w świetle prawa konkurencji Wspólnoty Europejskiej i polskiego prawa antymonopolowego*, „PUE” 2002, nr 1, s. 20–21.

³⁸ Zob. decyzję Prezesa UOKiK z dnia 14 czerwca 2007 r. nr RWA-54/13/2003/GM, *Roche Polska i inni*, niepubl.

³⁹ Zob. pkt 7 preambuły rozporządzenia 2790/1999.

25. Zdaniem Komisji stosowanie ograniczeń wertykalnych może być uzasadnione w szczególności potrzebą: (1) rozwiązania „problemu pasożytów” w usługach przed-sprzedaży, gdy jeden dystrybutor pasożytuje na promocji drugiego; (2) zapewnienia zwrotu jednorazowych inwestycji potrzebnych do „otwarcia nowego rynku lub wejścia na niego” przy czym chodzi tutaj o otwarcie lub wejście na nowy rynek geograficzny; (3) „zalegalizowania zagadnienia pasożytowania” umożliwiającego dostawcy stosowanie dystrybucji jedynie przy użyciu podmiotów, które są utożsamiane przez konsumentów ze sprzedażą wysokiej jakości towarów w celu zapewnienia by nowa marka wprowadzana na rynek po raz pierwszy została uznana/postrzegana przez konsumentów za marka wysokiej jakości; (4) rozwiązania „problemu zatoru”, gdy konieczne jest zapewnienie amortyzacji długoterminowej i asymetrycznej inwestycji bezpośrednio związanej z konkretną umową i konkretnym klientem; (5) rozwiązanie „problemu zatoru” dotyczącego ochrony istotnego know-how; (6) skorzystania z „ekonomii skali w dystrybucji”, gdy uzyskanie niższych cen detalicznych jest możliwe jedynie przez ograniczenie dystrybucji; (7) rozwiązania problemu „niedostatków rynku kapitałowego”, gdy podmioty należące do tego samego sektora gospodarki mogą zapewnić konieczny kapitał/pożyczkę w bardziej właściwy sposób niż zwyczajowi pożyczkodawcy ponieważ dysponują większą wiedzą na temat potrzeb i możliwości kredytowych tak sektora jak i samego pożyczkodawcy; (8) „ujednoczenia i standaryzacji jakości” dystrybucji w celu zwiększenia atrakcyjności konkretnej marki i tym samym, w celu zwiększenia jej sprzedaży⁴⁰.

26. Nawet więc jeśli porozumienia wertykalne niosą za sobą tak pozytywne, jak i negatywne reperkusje, prawdopodobieństwo, że ich pozytywne skutki przeważają nad skutkami antykonkurencyjnymi, zależy od pozycji rynkowej zaangażowanych w nie przedsiębiorców, a zatem od stopnia, do jakiego ci przedsiębiorcy konkurują z innymi dostawcami towarów, uważanych przez kupującego za wzajemnie zamienne lub substytucyjne z uwagi na ich cechy, ceny i zamierzone przeznaczenie⁴¹. W rezultacie, co zostało wyraźnie potwierdzone przez Sąd Ochrony Konkurencji i Konsumentów (dalej: SOKiK) w wyroku oddalającym odwołanie od decyzji Prezesa UOKiK w sprawie *Brabork*⁴², rozporządzenie nie może wyłączać porozumień, których cel może być osiągnięty przy pomocy mniej restryktywnych postanowień umownych⁴³. Rozporządzenie wyłącza więc jedynie takie ograniczenia konkurencji towarzyszące porozumieniom wertykalnym, które są niezbędne do osiągnięcia zamierzonych pozytywnych skutków porozumienia⁴⁴.

Biorąc pod uwagę, że pozytywne skutki porozumień wertykalnych generalnie przeważają nad ich negatywnymi reperkusjami, porozumienia tego typu powinny korzystać z wyłączenia grupowego o szerokim zakresie przedmiotowym, które daje teoretyczną możliwość wyłączenia całej gamy porozumień; zakres przedmiotowy wyłączenia wertykalnego może więc być np. znacznie szerszy niż zakres przedmiotowy wyłączenia horyzontalnego, jako że porozumienia horyzontalne są z zasady bardziej szkodliwe dla konkurencji niż porozumienia wertykalne. Szeroki zakres wyłączenia jest tu możliwy także dlatego, że szczególnie problematyczne porozumienia wertykalne w sektorze samochodowym wciąż jeszcze korzystają z oddzielnego wyłączenia o bardziej restryk-

⁴⁰ Zob. wytyczne KE w sprawie ograniczeń wertykalnych, pkt 115.

⁴¹ Zob. pkt 7 preambuły rozporządzenia 2790/1999.

⁴² Wyrok SOKiK z dnia 5 marca 2007 r. w sprawie *Brabork*, oddalający odwołanie złożone przez Philips Polska Sp. z o.o. od decyzji Prezesa UOKiK nr DOK – 87/06 (s. 8).

⁴³ Zob. także M. Hughes, *The economic assessment...*, op. cit., s. 424.

⁴⁴ Zob. pkt 10 preambuły rozporządzenia 2790/1999.

tywnym charakterze⁴⁵. W opinii SOKiK, „[c]el i istota wyłączenia grupowego wynika z domniemania, że porozumienia wertykalne mogą poprawić efektywność gospodarczą w ramach łańcucha produkcji lub dystrybucji ... [a] ponadto, że prawdopodobieństwo, że takie wzmacniające efektywność skutki przeważają skutki antykonkurencyjne spowodowane ograniczeniami zawartymi w porozumieniu wertykalnym, zależy od stopnia pozycji rynkowej zaangażowanych przedsiębiorstw i od stopnia, do jakiego przedsiębiorstwa konkurują z innymi dostawcami Oznacza to, że także polski ustawodawca zakłada z góry istnienie negatywnych skutków określonych porozumień na rynku właściwym, jednak są one kompensowane wymienionymi wyżej korzyściami”⁴⁶.

4.3. Przesłanki zasadności krajowego wyłączenia wertykalnego

27. Biorąc pod uwagę ww. przesłanki świadczące o znaczącym i z zasady pozytywnym wpływie, jaki na rozwój gospodarki wywierają porozumienia wertykalne, trudno jest kwestionować nawet obecnie dalszą zasadność istnienia wyłączenia grupowego tego typu porozumień i to nie tylko na poziomie ponadnarodowym, ale także na poziomie krajowym. Istnienie w Polsce krajowego wyłączenia grupowego dla porozumień wertykalnych, mimo równoległego obowiązywania porównywalnego wyłączenia wspólnotowego, jest w dalszym ciągu uzasadnione przede wszystkim tym, że regulacja narodowa z zasady odnosi się jedynie do rynków i praktyk rynkowych o zakresie wyłącznie krajowym, czyli niewpływających na warunki handlu wspólnotowego, co jest przesłanką zastosowania rozporządzenia 2700/1999.

Wydaje się więc, że Polska miała prawo ponownie skorzystać z możliwości zastosowania instrumentu prawnego, jakim jest wyłączenie grupowe, w celu trwałego i bardziej efektywnego zrównoważenia generalnej potrzeby przeciwdziałania porozumieniom ograniczającym konkurencję przy jednoczesnym zabezpieczeniu inicjatyw rynkowych mających na celu poprawę efektywności gospodarczej, których wyraźnym przykładem są porozumienia wertykalne. Były to tym samym przejaw postępującej ekonomizacji prawa konkurencji⁴⁷.

28. Podobnie jak w przypadku państw Europy Środkowej i Wschodniej, starających się o członkostwo w Unii Europejskiej (UE), narodowe wyłączenia grupowe dla porozumień wertykalnych mogą przynieść szczególne korzyści także tym z nich, które zostały już jej członkami. Nie tylko bowiem generalnie przyczyniają się one do rozwoju efektywności gospodarczej, ale także bezpośrednio wspomagają trwające przekształcenia gospodarek narodowych, które wciąż jeszcze zmagają się ze skutkami istniejącej w przeszłości zcentralizowanej gospodarki planowej. Istnienie krajowych wyłączeń grupowych dla porozumień wertykalnych w nowych państwach członkowskich, w tym w Polsce, jest też wciąż jeszcze uzasadnione wolą wzmocnienia bezpieczeństwa prawnego dla w dalszym ciągu relatywnie niedoświadczonych przedsiębiorców poprzez to, że wspomaga ich w samoocenie dopuszczalności stosowanych przez nich praktyk rynkowych.

29. Wydanie nowego krajowego wyłączenia grupowego dla porozumień wertykalnych pozwoliło także Radzie Ministrów oraz w szczególności Prezesowi Urzędu Ochrony

⁴⁵ Nie jest wykluczone, że sytuacja ta ulegnie zmianie od 2010 lub 2011 r., jeżeli nowe rozporządzenie wyłączające dla porozumień wertykalnych obejmie również wyłączenia ograniczeń konkurencji w sektorze samochodowym, na co się zanoszą.

⁴⁶ Zob. wyrok SOKiK w sprawie *Brabork*, s. 9–10.

⁴⁷ R. Poźdźnik, *Dystrybucja produktów na zasadzie wyłączności w Polsce i Unii Europejskiej*, Oficyna Wydawnicza Verba, Lublin 2006, s. 282–283.

Konkurencji i Konsumenta (dalej UOKiK) na ponowne podkreślenie trwającego braku akceptacji (niedopuszczalności) stosowania klauzul zakazanych i niedozwolonych dla porozumień wertykalnych o wymiarze jedynie krajowym. Organ egzekwujący stosowanie prawa konkurencji uzyskuje tym samym dodatkową możliwość wyraźnego – aczkolwiek pośredniego – proaktywnego zniechęcenia przedsiębiorców krajowych do zawierania podobnych klauzul przynajmniej na czas obowiązywania nowego rozporządzenia wyłączającego. Korzystając jednocześnie z fakultatywnego charakteru nowej delegacji ustawowej co do określenia klauzul białych, których występowanie w porozumieniu nie uznaje się za naruszenie art. 6 ust. 1 ustawy (art. 8 ust. 3 *in fine*), za pozytywną zmianę dotychczasowego systemu należy uznać decyzję Rady Ministrów, by zrezygnować z umieszczenia w treści nowego wyłączenia wertykalnego otwartego katalogu klauzul dozwolonych. Można bowiem założyć, iż zmiana ta była co najmniej przewidywana – jeśli nie wręcz oczekiwana – przez ustawodawcę, o czym świadczy nowa formuła treści delegacji ustawowej zawartej w art. 8 uokik, która zamiast dotychczasowego obowiązku, daje Radzie Ministrów jedynie możliwość zawarcia w rozporządzeniu wyłączającym klauzule białe⁴⁸.

Wprawdzie rozporządzenie z 2002 r. zawierało listę klauzul dozwolonych, jednak włączenie jej do nowego aktu wyłączającego dla porozumień wertykalnych nie znajduje już obecnie uzasadnienia. Zmiana taka odzwierciedla też panującą aktualnie we Wspólnocie tendencję, zgodnie z którą wszystkie nowe wyłączenia grupowe pomijają klauzule dozwolone, koncentrując się na klauzulach zakazanych, których występowanie w umowach powoduje, iż całe porozumienie nie może stać się przedmiotem wyłączenia (*hardcore restrictions*), oraz klauzulach niedozwolonych, które nie mogą stać się przedmiotem wyłączenia same w sobie, co jednak w określonych okolicznościach nie wyklucza wyłączenia reszty porozumienia, w którym się one znajdują. Uznając, że – podobnie jak we Wspólnocie – edukacyjna funkcja bezpośredniego wyznaczenia klauzul białych w wyłączeniu grupowym została spełniona w okresie obowiązywania rozporządzenia z 2002 r., nowe wyłączenie łagodzi dotychczasowe rygory normatywne wyłączając grupowych dla porozumień wertykalnych i zapewnia przedsiębiorstwom większą elastyczność w sposobie formułowania warunków umów sprzedaży lub zakupu towarów⁴⁹. Podejście takie pozostaje bez wpływu na dalsze bardzo wyraźnie restryktywne traktowanie klauzul zakazanych i niedozwolonych.

5. Zakres przedmiotowy wyłączenia wertykalnego z 2007 r.

5.1. Zakres przedmiotowy rozporządzenia v. przedmiot wyłączenia

30. O istnieniu i stosowaniu wyłączeń grupowych można jednak mówić jedynie po precyzyjnym zdefiniowaniu, co stanowi przedmiotowy zakres zastosowania rozporządzenia wyłączającego, różny w szczególności od tego, co może faktycznie stanowić

⁴⁸ Modyfikacja treści delegacji spotkała się z uznaniem w literaturze przedmiotu – Zob. A. Jurkowska, D. Miąsik, T. Skoczny, M. Szydło, *Nowa uokik z 2007 r.: krytyczna analiza niektórych rozwiązań*, „PUG” 2007, nr 5, s. 19.

⁴⁹ Pamiętać należy, że zawarta w art. 4 pkt 7 uokik definicja „towaru” obejmuje m.in. „dobra” i „usługi”, do których odnosi się rozporządzenie 2790/1999. Stosownie do wątpliwości wyrażanych na gruncie rozporządzenia z 2002 r. należy wyraźnie stwierdzić, że także nowe polskie wyłączenie obejmuje porozumienia i ograniczenia wertykalne zawierane i stosowane także na rynkach dystrybucji usług.

przedmiot tego wyłączenia. Zakres przedmiotowy rozporządzenia określa, do kogo/czego stosuje się ten akt prawny; przedmiot wyłączenia określa natomiast, kto/co faktycznie może korzystać z wyłączenia zawartego w tym akcie. O ile więc, zakres przedmiotowy rozporządzenia określa, jakiego typu porozumienia mają teoretyczną możliwość skorzystać z zawartego w nim wyłączenia (porozumienia, które w ogóle podlegają ocenie w świetle szczegółowych warunków wyłączenia zawartych w tym akcie), to pojęcie przedmiotu wyłączenia wertykalnego odnosi się do porozumień, które z tego wyłączenia faktycznie korzystają (porozumienia, które podlegają wyłączeniu, ponieważ z ich oceny wynika, że faktycznie spełniły specyficzne warunki wyłączenia zawarte w rozporządzeniu).

Jedynie więc porozumienia, które znajdują się w zakresie przedmiotowym rozporządzenia, mogą być przedmiotem zawartego w nim wyłączenia. Jeśli bowiem w konkretnych okolicznościach rozporządzenie w ogóle nie znajduje zastosowania (np. w kontekście umowy o charakterze wertykalnym, ale zawartej pomiędzy członkami tej samej grupy kapitałowej), to porozumienie nie ma nawet teoretycznej szansy skorzystać z zawartego w nim wyłączenia. Dlatego też w zakresie przedmiotowym rozporządzenia w ogóle nie leżą, i tym samym z zasady nie podlegają ocenie w świetle zawartych w nim szczegółowych warunków wyłączenia, porozumienia wertykalne, które nie naruszają zakazu zawartego w art. 6 ust. 1 uokik i nie wydają się spełniać generalnych przesłanek wyłączenia zawartych w art. 8 ust. 1 uokik. Dokładne określenie, w jakich okolicznościach może być stosowane rozporządzenie wyłączające, ma pierwszorzędne znaczenie dla przedsiębiorców liczących na to, że konkretne porozumienie wertykalne, którego są stroną, może faktycznie skorzystać z zawartego w nim wyłączenia. Pamiętając jednak, że rozpatrywane tutaj wyłączenie dla porozumień wertykalnych odnosi się bezpośrednio do zakazu porozumień ograniczających konkurencję zawartego w art. 6 ust. 1 uokik nie może dziwić, że zakres przedmiotowy rozporządzenia wyłączającego wynika w dużej mierze z generalnych przesłanek prawa konkurencji. Dodatkowo, zakres przedmiotowy rozporządzenia jest jednak określony przez szereg specyficznych ograniczeń zawartych w samym rozporządzeniu.

5.2. Ogólne ograniczenia zasięgu przedmiotowego wyłączenia wertykalnego

31. Zakres przedmiotowy wszystkich wyłączeń grupowych jest w pierwszym rzędzie zdeterminowany generalnymi przesłankami prawa konkurencji, bezpośrednio związanymi ze stosowaniem samego zakazu porozumień ograniczających konkurencję. Z generalnych zasad prawa konkurencji wynika, że – tak wspólnotowe, jak i polskie – rozporządzenia wyłączające dla porozumień wertykalnych stosują się jedynie do (1) „porozumień”, (2) zawierających w sobie „znaczące ograniczenie konkurencji”, (3) co do których można założyć, że „spełniają generalne przesłanki wyłączenia”; w zakresie przedmiotowym rozporządzenia polskiego (4) nie leżą jednak porozumienia, które mają „wpływ na handel pomiędzy państwami członkowskimi”. Z prawa i orzecznictwa wspólnotowego można też wynioskować (5) inne przesłanki ograniczające zasięg przedmiotowy wyłączenia wertykalnego.

32. W kontekście wspólnotowym, zakres przedmiotowy rozporządzenia wyłączającego dla porozumień wertykalnych jest w pierwszej kolejności wyznaczony przez treść art. 81 ust. 1 i 3 TWE; tak jak zakaz porozumień ograniczających konkurencję, tak i traktatowe wyłączenie spod tego zakazu odnosi się do kolektywnych praktyk rynkowych przybierających formę „porozumień” (umów), „decyzji związków przedsiębiorstw” i „praktyk

uzgodnionych”. Rozporządzenie 19/65⁵⁰ i wykonawcze doń rozporządzenie 2790/1999 ogranicza jednak – co do zasady – zakres wyłączenia grupowego dla porozumień wertykalnych⁵¹ tylko do „porozumień lub praktyk uzgodnionych”; fakt ten znajduje swoje wyraźne potwierdzenie w art. 2 ust. 1 rozporządzenia 2790/1999, które stwierdza wprost, że „[s]tosownie do art. 81 ust. 3 Traktatu i postanowień niniejszego rozporządzenia uznaje się, że art. 81 ust. 1 nie ma zastosowania do porozumień lub praktyk uzgodnionych...”⁵². Z art. 2 ust. 2 rozporządzenia 2790/1999 wynika, że w pewnych – bardzo wąsko określonych – okolicznościach przewidziane przez nie wyłączenie ma zastosowanie także do porozumień zawieranych między związkami przedsiębiorstw i ich członkami oraz między takimi związkami a ich dostawcami. Możliwość wyłączenia ograniczona jest jednak do związków, których członkami są sprzedawcy dóbr (*retailers of goods*) odsprzedający je ostatecznym konsumentom, o relatywnie małych obrotach rocznych⁵³.

Zgodnie z treścią § 3 zarówno rozporządzenia wyłączającego z 2002 r., jak i nowego aktu, polskie wyłączenie wertykalne ma zastosowanie jedynie do „porozumień”. Z definicji ustawowej zawartej w art. 4 pkt 5 uokik wynika, że za „porozumienia” uznaje się zarówno „umowy” i „uzgodnienia”, jak i „uchwały lub inne akty związków przedsiębiorców”.

33. Mimo tej różnicy, pierwszą generalną przesłanką określającą zakres przedmiotowy polskiego rozporządzenia wertykalnego jest odniesienie go do praktyk rynkowych uznawanych przez prawo konkurencji za „porozumienie”. Już z tego faktu można wywnioskować szereg generalnych zasad wpływających na ocenę zakresu przedmiotowego rozporządzenia wyłączającego, wspólnych zresztą tak dla prawa wspólnotowego, jak i polskiego.

Po pierwsze, tak we WE, jak i w Polsce⁵⁴, forma, jaką przyjmuje rozpatrywane porozumienie, jest sama w sobie bez znaczenia; decydujące znaczenie ma to, aby istniała wspólna wola⁵⁵ stron, co w efekcie może znaczyć, że nawet jeśli jedna ze stron narzuca drugiej praktyki będące ograniczeniem konkurencji, to – o ile strona, która jest „zmuszana”, decyzyi tej się podporządkowuje – uznaje się w zasadzie, iż zgodziła się na zakazaną praktykę. Po drugie, fakt, iż w zakresie przedmiotowym wyłączenia leżą jedynie „porozumienia” oznacza, że wyłączenie stosuje się wyłączenie do działań

⁵⁰ Zob. art. 1 ust. 1 i 3 rozporządzenia 19/65.

⁵¹ Fakt, że praktyki uzgodnione mogą mieć charakter wertykalny został potwierdzony przez ETS w sprawie 100/80 *Musique Diffusion Francaise v. Komisja* (Zb. Orz. 1983, 1825), pkt 72–80.

⁵² Pominięcie w tym kontekście w rozporządzeniu 2790/1999 „decyzji związków przedsiębiorców” wydaje się wynikać z tego, iż mają one generalnie charakter horyzontalny; z pkt. 28–29 wytycznych KE w sprawie ograniczeń wertykalnych wynika natomiast, że dopuszczalność porozumień wertykalnych zawieranych przez takie związki podlega ocenie dopiero po udowodnieniu dopuszczalności horyzontalnych decyzji związków.

⁵³ Pkt 28 wytycznych KE w sprawie ograniczeń wertykalnych; Zob. też R Whish, *Competition law*, Butterworths, 5 wyd., s. 623.

⁵⁴ Zob. wyrok Sądu Apelacyjnego z dnia 5 października 2005 r., sygn. Akt VI Aca 1146/04, oraz decyzję Prezesa UOKiK z dnia 29 czerwca 2007 r. nr RWR 20/2007 w sprawie *Röben Ceramika Budowlana Sp. z o.o.* dotyczącą ustalania sztywnych cen odsprzedaży dachówki „Röben miedziana” (RWR 410-3/06/JB), s. 26.

⁵⁵ Jednak nawet istnienie wspólnej woli nie zawsze jest oczywiste. Zob. decyzję KE w sprawie *Bayer (Adalat)* IV/34.279/F3 96/478/EC (Dz. U. L 201/96 s. 1), gdzie stwierdzono porozumienie, uchyloną wszakże przez SPI (T-41/96 *Bayer (Adalat)*) (Zb. Orz. 2000, II – 03383) i ETS (C-2/01 i C-3/01 *Bayer (Adalat)*) (Zb. Orz. 2004, 1-23). Zob. także S. Hinchcliffe, *When is an agreement not an agreement? Implications of the Bayer judgment on parallel trade and contractual dealing with wholesalers and distributors*, „Business Law Review” 2004, Vol. 25, No. 5/6, s. 108.

wielostronnych⁵⁶, czyli że przesłanką zastosowania wyłączenia wertykalnego jest działanie co najmniej⁵⁷ dwóch przedsiębiorców. Po trzecie, należy pamiętać, iż strony porozumienia muszą być od siebie generalnie ekonomicznie niezależne, czyli w świetle doktryny pojedynczego podmiotu ekonomicznego (*single economic entity doctrine*⁵⁸) nie mogą one należeć do tej samej grupy kapitałowej⁵⁹. W końcu, trzeba także pamiętać, że generalny zakaz porozumień ograniczających konkurencję dotyczy jedynie porozumień między przedsiębiorcami,⁶⁰ z czego wynika, że porozumienia wertykalne, których stroną są konsumenci nie są objęte zakresem przedmiotowym rozporządzenia wyłączonego.

34. Zgodnie z art. 2 ust. 1 rozporządzenia 2790/1999 akt ten stosuje się w zakresie, w jakim porozumienia wertykalne „zawierają ograniczenia konkurencji wchodzące w zakres art. 81 ust. 1 (‘ograniczenia wertykalne’)”. We Wspólnocie, „ograniczenia wertykalne” uznawane są więc za specyficzny typ „ograniczeń konkurencji”, związanych bezpośrednio z istnieniem porozumień wertykalnych. Jedynie jednak znaczące (istotne) **ograniczenia konkurencji**, i tym samym ograniczenia wertykalne, wchodzi w zakres zakazu zawartego w art. 81 ust. 1 TWE. Dlatego też, w zakresie przedmiotowym rozporządzenia 2790/1999 leżą jedynie takie porozumienia wertykalne, które swoim celem lub skutkiem odczuwalnie zakłócają konkurencję.

35. Generalną zasadą prawa konkurencji w kontekście „znaczącego ograniczenia konkurencji” jest też to, że zakaz zawarty w art. 81 ust. 1 TWE nie jest naruszony przez porozumienia wertykalne o tzw. mniejszym znaczeniu (*vertical agreements of minor importance*), do których stosuje się odpowiednie obwieszczenie Komisji (tzw. *de minimis notice*)⁶¹; tym samym takie porozumienia nie leżą w zakresie przedmiotowym rozporządzenia wyłączonego. W rezultacie, rozporządzenie 2790/1999 nie znajduje zastosowania do porozumień wertykalnych zawartych przez przedsiębiorstwa konkurujące, których łączny udział w rynku nie przekracza 10% lub przez przedsiębiorstwa niekonkurujące ze sobą o pojedynczym udziale w rynku nieprzekraczającym 15%, o ile nie zawierają one klauzul niedozwolonych określonych w tym akcie, tych samych co w rozporządzeniu 2790/1999⁶².

36. Z treści wytycznych Komisji w sprawie stosowania art. 81 ust. 3 TWE wynika też, że zakazu zawartego w art. 81 ust. 1 TWE nie naruszają bezpośrednio związane, konieczne i proporcjonalne dla porozumień, które nie zakłócają konkurencji (*ancillary restraints*)⁶³; co za tym idzie takie ograniczenia konkurencji nie leżą w zakresie

⁵⁶ Kwestia jednostronności czy wielostronności nie musi być oczywista; w orzeczeniu w sprawie C-338/00 P *Volkswagen AG v. Komisja* (Zb. Orz. 2003, I-9189) ETS uznał, że ograniczenia wertykalne były wynikiem działań wielostronnych, natomiast w orzeczeniu T-208/01 *Volkswagen AG v. Komisja* (Zb. Orz. 2003, II-5141) SPI opowiedział się za jednostronnością ocenianych działań.

⁵⁷ Wspólnotowe wyłączenia grupowe ustanowione rozporządzeniami 1983/83 i 1984/83 dotyczyły tylko porozumień zawartych pomiędzy dwoma przedsiębiorcami.

⁵⁸ Zob. np. R. Whish, *Competition law*, op. cit., s. 87–90 i 585, który wyraźnie podkreśla brak zastosowania rozporządzenia wyłączonego do podmiotów finansowo zależnych.

⁵⁹ Zob. wyrok w sprawie 56, 58/64 *Consten and Grundig v. Komisja* (Zb. Orz. 1966, 399). Zob. też: pkt 41 wyroku w sprawie 15/74 *Centrafarm v. Sterling Drug* (Zb. Orz. 1974, 1147), gdzie mówi się wprost, że art. 81 ust. 1 Traktatu „is not concerned with agreements or concerted practices between undertakings belonging to the same concern”.

⁶⁰ Zob. wytyczne KE w sprawie ograniczeń wertykalnych, pkt 25.

⁶¹ Zob. obwieszczenie Komisji w sprawie porozumień o mniejszym znaczeniu, które nie ograniczają odczuwalnie konkurencji na mocy art. 81 ust. 1 Traktatu ustanawiającego wspólnotę europejską (*de minimis*) (Dz. U. WE 2001 C 368/13; Dz. U. UE Polskie Wyd. Specjalne, rozdz. 8, t. 2, s. 125), dalej: obwieszczenie *de minimis*.

⁶² Tamże, pkt 7 i 11.

⁶³ Zob. wytycznych w sprawie stosowania art. 81 ust. 3, pkt 28. Zob. także pkt. 29–31 tych wytycznych.

przedmiotowym rozporządzenia 2790/1999. Ponadto, nie naruszają art. 81 ust. 1 TWE również niektóre ograniczenia wertykalne stosowane w ramach dystrybucji tej samej marki (*single branding agreements*), np. te, które są obiektywnie wytłumaczalne, które gdyby ich nie było, to strony nie zawarłyby umowy⁶⁴, biorąc pod uwagę w szczególności, iż z zasady porozumienia tego typu nie mają antykonkurencyjnego celu⁶⁵; tym samym także one nie leżą w zakresie przedmiotowym rozporządzenia 2790/1999.

37. Zasadę tę należy stosować także na rynku krajowym. Niestety, polskie rozporządzenie nie wprowadza obok pojęcia „porozumienia wertykalne” oddzielnego pojęcia „ograniczenia wertykalne”, dlatego też to ostatnie generalnie utożsamiane jest z klauzulami zakazanymi. Tymczasem polskie rozporządzenie wyłączające stosuje się do porozumień wertykalnych jedynie w takim zakresie, w jakim zawierają one ograniczenia wertykalne wchodzące w zakres art. 6 ust. 1 uokik. Tym samym, w zakres zastosowania wyłączenia nie wchodzi takie porozumienia, które są generalnie uznawane za nie naruszające art. 6 ust. 1 uokik, czyli porozumienia między (a) konkurentami, których łączny udział w rynku nie przekracza 5% (art. 7 ust. 1 pkt 1), oraz nie-konkurentami, jeżeli udział w rynku posiadany przez któregokolwiek z nich nie przekracza 10% (art. 7 ust. 1 pkt 2), o ile nie zawierają ograniczeń określonych w art. 6 ust. 1 pkt 1–3 i 7 uokik (art. 7 ust. 2).

38. Tak w prawie wspólnotowym, jak i polskim, wyłączeniu grupowemu podlegają porozumienia ograniczające konkurencję, które **spełniają generalne przesłanki wyłączenia** określone – praktycznie identycznie – w art. 81 ust. 3 Traktatu i w art. 8 ust. 1 uokik. Generalne przesłanki wyłączenia wymagają, aby porozumienia – w tym wypadku wertykalne – prowadziły do podniesienia poziomu efektywności gospodarczej (art. 8 ust. 1 pkt 1) zapewniając jednocześnie innym uczestnikom rynku korzyści (art. 8 ust. 1 pkt 2), przy czym, by towarzyszące im ograniczenia konkurencji były niezbędne do osiągnięcia zakładanych celów (art. 8 ust. 1 pkt 3), nie stwarzając przy tym stronom możliwości wyeliminowania konkurencji na rynku właściwym (art. 8 ust. 1 pkt 4).

39. W świetle ich fundamentalnie prokonkurencyjnego charakteru zasadnicza większość porozumień wertykalnych w ogóle nie narusza zakazu zawartego w art. 6 ust. 1 uokik. Z tych porozumień, które prowadzą faktycznie do istotnych ograniczeń wertykalnych, większość spełnia generalne warunki wyłączenia. Porozumienia wertykalne, z wyjątkiem tych zawierających klauzule czarne, z zasady przyczyniają się bowiem do poprawy efektywności sieci dystrybucyjnych, przynosząc tym samym przede wszystkim korzyści dla użytkowników końcowych, w szczególności w kontekście wzrostu jakości i dostępu do usług.

40. Bardziej problematyczną jest ocena przesłanki zawartej w art. 8 ust. 1 pkt 3 uokik, który wymaga, by ograniczenia wertykalne związane z konkretnym porozumieniem były faktycznie niezbędne dla osiągnięcia oczekiwanych korzyści. W kontekście porozumień wertykalnych, trudność dla stosowania tego przepisu wynika z nieobecności w uokik i w rozporządzeniu wyłączającym pojęcia „ograniczenia wertykalnego”, różnego od pojęcia klauzul. Jest to fakt szczególnie ważny w kontekście oceny proporcjonalności ograniczenia, gdyż takie samo ograniczenie wertykalne (np. ujednoclenie marki) może

⁶⁴ Zob. F. Wijckmans, F. Tuytschaever, A. Vanderelst, *Vertical Agreements in EC Competition Law*, Oxford University Press, Oxford 2006, s. 97.

⁶⁵ Zob. np. orzeczenie ETS w sprawie C-234/89 *Delimitis v. Henninger Brau* (Zb. Orz. 1991, I-935). Zob. także V. Korah, *The judgement in Delimitis – a milestone towards a realistic assessment of the effects of an agreement – or a damp squib*, „EIPR” 1992, Vol. 14, No. 5, s. 167 oraz pkt 140–152 wytycznych KE w sprawie ograniczeń wertykalnych.

dojść do skutku przy użyciu różnych klauzul umownych (np. postanowienia o wyłącznych zakupach, klauzuli niekonkurowania czy postanowienia wprowadzającego sprzedaż wiążaną)⁶⁶. To, czy konkretne ograniczenie wertykalne jest dopuszczalne, można więc ocenić tylko w drodze analizy, czy w celu jego dojścia do skutku użyto klauzuli najmniej restrykcyjnej z możliwych. Podczas więc, gdy subiektywna ocena proporcjonalności tego wyboru może być trudna sama w sobie, w kontekście porozumień wertykalnych istnieje dodatkowa trudność wynikająca z tego, że uokik wymaga oceny ograniczeń, rozporządzenie wyłączające zaś mówi o klauzulach. Wymagana przez art. 8 ust. 1 pkt 4 uokik przesłanka jest natomiast zasadniczo łatwiejsza do określenia, gdyż zależy przede wszystkim od faktycznej siły rynkowej stron porozumienia.

41. Tak jak zakaz art. 81 ust. 1 TWE, tak i wyłączenie spod tego zakazu stosuje się do porozumień, **które mają wpływ na handel wspólnotowy**⁶⁷. Zasięg przedmiotowy rozporządzenia 2790/1999 jest więc zawężony do ograniczeń wertykalnych znacząco wpływających na handel wspólnotowy.

Jest to wprawdzie przesłanka prawa wspólnotowego, niemająca sama w sobie zastosowania na gruncie krajowym, jednak kwestia wpływu na handel wspólnotowy ma pośrednie znaczenie dla określania zakresu przedmiotowego rozporządzenia krajowego⁶⁸. Wyłączenie krajowe może stosować się więc jedynie do porozumień niemających takiego wpływu na handel wspólnotowy. Pamiętać trzeba ponadto, że w świetle obowiązującej Polskę *convergence rule*, wynik krajowej ingerencji publicznej co do ograniczeń wertykalnych znajdujących się w zakresie przedmiotowym rozporządzenia 2700/1999 nie może być sprzeczny z wynikami ich oceny na bazie art. 81 Traktatu i tego rozporządzenia.

42. Z prawa i orzecznictwa wspólnotowego wynika także, że z zakresu przedmiotowego wyłączenia wertykalnego generalnie wykluczone są **porozumienia między małymi i średnimi przedsiębiorcami**, ponieważ rzadko mają one możliwość stanowić znaczące ograniczenie konkurencji w rozumieniu art. 81 ust. 1 TWE oraz art. 6 ust. 1 uokik, a w kontekście wspólnotowym dodatkowo rzadko mają szansę wpływając na handel między państwami członkowskimi⁶⁹. Wreszcie, również **typowe umowy agencyjne**, czyli takie umowy, w ramach których agent nie ponosi finansowej odpowiedzialności z tytułu zobowiązań podjętych w imieniu osoby trzeciej⁷⁰, leżą również poza zakresem przedmiotowym wyłączenia wertykalnego, ponieważ obowiązki nałożone na agenta w odniesieniu do umów negocjowanych i/lub zawieranych w interesie podmiotu dającego zlecenie mają charakter analogiczny do funkcji sprawowanej przez pracownika⁷¹. W efekcie, typowe umowy agencyjne pozostają poza zakresem art. 81 ust. 1 TWE, jako że są traktowane

⁶⁶ Pkt 106 wytycznych KE w sprawie ograniczeń wertykalnych.

⁶⁷ Porozumienia podlegające tym przepisom muszą zawierać „element wspólnotowy”. Zob. E. Wojtaszek-Mik, *Umowa franchisingu w świetle prawa konkurencji Wspólnoty Europejskiej i polskiego prawa antymonopolowego*, TNOiK, Toruń 2001, s. 57

⁶⁸ Zob. decyzję Prezesa UOKiK z dnia 18 września 2006 r., nr DOK – 107/06 w sprawie *Polifarb i inni* co do zawarcia porozumienia polegającego na ustalaniu cen odsprzedaży (DOK-1-400/7/05/MB/AS), gdzie spółka Saint-Gobain Dystrybucja Budowlana podniosła argument, że porozumienie ma wpływ na handel wspólnotowy, a co za tym idzie powinno być oceniane także w świetle prawa wspólnotowego (s. 52).

⁶⁹ Zob. wytyczne KE w sprawie ograniczeń wertykalnych, pkt 12.

⁷⁰ Tamże, pkt 15.

⁷¹ Zob. np. R. Whish, *Competition law*, op. cit., s. 90 i 586. Należy jednak odnotować, że niektórzy przedstawiciele doktryny przychylają się do objęcia pojęciem porozumień dystrybucyjnych także i tych umów; Zob. R. Poźdźnik, *Dystrybucja produktów...*, op. cit., s. 205; D. Goyder, *EC Competition Law*, Oxford 2003, s. 164.

analogicznie jak umowy zawierane w ramach tej samej grupy kapitałowej; przy czym dotyczy to wyłącznie typowych umów agencyjnych⁷².

5.3. Szczególne ograniczenia i rozszerzenia zakresu przedmiotowego polskiego rozporządzenia

43. Zakres przedmiotowy polskiego wyłączenia wertykalnego wynika z treści § 3 ust. 1 rozporządzenia oraz z definicji porozumień wertykalnych, zawartej w jego § 2 pkt 2. Przepis § 3 ust. 1 rozporządzenia określa, że „[w]yłącza się spod zakazu, o którym mowa w art. 6 ustawy, porozumienia wertykalne ... o ile porozumienia te spełniają warunki określone w rozporządzeniu”. Z przepisu tego wyraźnie wynika więc, że rozpatrywane tutaj wyłączenie grupowe może znajdować zastosowanie jedynie do porozumień wertykalnych. Te zaś zostały zdefiniowane w § 2 pkt 2 rozporządzenia jako „porozumienia zawierane między dwoma lub więcej przedsiębiorcami, działającymi – w ramach takiego porozumienia – na różnych szczeblach obrotu, których przedmiotem są warunki zakupu, sprzedaży lub odsprzedaży towarów”. Definicja ta nie pozostawia wątpliwości, że polskim wyłączeniem wertykalnym objęte są porozumienia (spełniające przesłanki wynikające z zasad ogólnych): (1) których strony nie są konkurentami oraz (2) których przedmiotem są warunki dystrybucji towarów.

44. Podobnie jak w prawie wspólnotowym, nowe polskie rozporządzenie wyłączające dla porozumień wertykalnych znajduje zastosowanie przede wszystkim do porozumień zawieranych między **przedsiębiorcami niebędącymi konkurentami**; zakres przedmiotowy wyłączenia wertykalnego jest specyficznie ograniczony przez § 2 pkt 2 do porozumień wertykalnych zawieranych między stronami „działającymi – w ramach takiego porozumienia – na różnych szczeblach obrotu”, czyli między przedsiębiorstwami niekonkurującymi ze sobą dla celów rozpatrywanego porozumienia. Polska uokik definiuje konkurentów jako „przedsiębiorców, którzy wprowadzają lub mogą wprowadzać albo nabywają lub mogą nabywać, w tym samym czasie, towary na rynku właściwym” (art. 4 pkt 11), podczas gdy Wytyczne KE doprecyzowują, że chodzi tutaj o „faktycznych lub potencjalnych dostawców na tym samym rynku produktu”, niezależnie od tego, czy konkurują ze sobą na tym samym rynku geograficznym⁷³. Warto wspomnieć jednak, że kryterium działania na różnych szczeblach obrotu nie zawsze jest jasne w sektorach high-tech, gdzie ten sam towar może być i *input* i *output* drugiego⁷⁴.

45. Rozporządzenie wyłączające z 2002 r. stosowało się do porozumień wertykalnych, „których celem jest zakup, sprzedaż lub odsprzedaż towarów”. Definicja zawarta w zrewidowanym § 2 pkt 2 określa natomiast, że wyłączeniu podlegać mogą porozumienia wertykalne „**których przedmiotem są warunki zakupu, sprzedaży lub odsprzedaży towarów**”.

Zrewidowana definicja porozumień wertykalnych wpływa na ocenę zakresu przedmiotowego nowego rozporządzenia wyłączającego w trojaki sposób.

46. Po pierwsze, nowe polskie rozporządzenie wyłączające ma bardzo szeroki zakres przedmiotowy. Stosuje się bowiem nie tylko do porozumień dystrybucyjnych rozumianych jako „porozumienia zawierane między przedsiębiorcami działającymi na różnych

⁷² Zob. wytyczne KE w sprawie ograniczeń wertykalnych, pkt 13.

⁷³ Wytyczne KE w sprawie ograniczeń wertykalnych, pkt 26.

⁷⁴ Zob. K. Mahieu, *How ICT agreements fit into the scope of the block exemption for vertical restraints*, „ECLR” 2002, Vol. 23, No. 4, s. 172.

szczeblach obrotu, których celem jest zakup towarów dokonywany z zamiarem ich dalszej odsprzedaży” (art. 4 pkt 6 uokik), ale też do wszelkich innych porozumień wertykalnych, które dotyczą warunków tak kupna, jak i sprzedaży i odsprzedaży. Nie znaczy to jednak, że zawsze łatwo będzie określić, co stanowi „sprzedaż”. W szczególności w sektorach infrastrukturalnych oraz high-tech zakres przedmiotowy rozporządzenia wyłączającego może być w tym kontekście trudny do określenia, jako że np. porozumienia dotyczące warunków dostępu do infrastruktury mogą podlegać wyłączeniu, gdy ich istotą będzie sprzedaż usługi (przesyłu) lub mogą mu nie podlegać, gdy ich istotą będzie wynajem przekazników⁷⁵.

Z samej definicji porozumień wertykalnych wynika, że nowe wyłączenie nie stosuje się do porozumień innej treści niż (głównie/w zasadniczym stopniu/przed wszystkim) warunki dystrybucji towarów. W rezultacie nie było koniecznym zawarcie w wyłączeniu przepisu odpowiadającego art. 2 ust. 5 rozporządzenia 2790/1999, który mówi, że „[n]iniejsze rozporządzenie nie ma zastosowania do porozumień wertykalnych, których przedmiot wchodzi w zakres innego rozporządzenia o wyłączeniu grupowym”, i to niezależnie od tego, czy rozpatrywane porozumienia są faktycznie przedmiotem innego wyłączenia. Nie ma bowiem i – ze względu na parasolowy charakter (*umbrella exemption*) tego rozporządzenia – być nie może innych „porozumień wertykalnych”, jakie mogą być wyłączone na podstawie art. 8 ust. 3 ustawy. Nie ma natomiast sensu tworzenie normy, która eliminuje wyłączenie dla porozumień, których przedmiotem nie są szeroko rozumiane warunki dystrybucji, a więc które nie są „porozumieniami wertykalnymi” w rozumieniu tego aktu, ich przedmiotem bowiem jest np. „transfer technologii” lub „kooperacja ubezpieczycieli”⁷⁶.

47. W drugiej kolejności, definicja porozumienia wertykalnego określa też, że zakres przedmiotowy rozporządzenia odnosi się do dystrybucji towarów w ogóle, zdefiniowanych w art. 4 pkt 7 uokik jako „rzeczy, jak również energia, papiery wartościowe i inne prawa majątkowe, usługi, a także roboty budowlane”. Pojęcie „towarów” obejmuje więc zarówno „dobra” i „usługi”, jak i potencjalnie wszelkie ich pochodne formy, nadając polskiemu rozporządzeniu wyłączającemu dla porozumień wertykalnych szerszy zakres przedmiotowy niż rozporządzenie 2790/1999, które odnosi się jedynie do „dóbr i usług”⁷⁷. Warto też wspomnieć, iż powodem, dla którego porozumienia, których głównym przedmiotem jest przeniesienie PWI, jest wykluczone z zakresu przedmiotowego rozporządzenia 2790/1999, jest założenie że PWI nie są uznawane za „dobra” (a więc „towary”), jako że w świetle ich specyficznej charakterystyki (trudnego do obiektywnej wyceny intelektualnego wkłady autorów) podlegają one szczególnej dla nich regulacji prawnej, oddzielającej ją od wszystkich innych kategorii dóbr⁷⁸.

48. Po trzecie, rewizja definicji porozumień wertykalnych skutkuje również znaczną obiektywizacją zakresu przedmiotowego polskiego rozporządzenia wyłączającego

⁷⁵ Tamże; ICT odnosi się tu do *information and communication technology*.

⁷⁶ Zob. rozporządzenie Rady Ministrów z dnia 30 lipca 2007 r. w sprawie wyłączenia niektórych rodzajów porozumień dotyczących transferu technologii spod zakazu porozumień ograniczających konkurencję (Dz. U. z 2007 r., nr 137, poz. 963); rozporządzenie Rady Ministrów z dnia 30 lipca 2007 r. w sprawie wyłączenia niektórych rodzajów porozumień zawieranych między przedsiębiorcami prowadzącymi działalność ubezpieczeniową spod zakazu porozumień ograniczających konkurencję (Dz. U. z 2007 r., nr 137, poz. 964). Zob. D. Miąsik, *Wylączenia grupowe dla porozumień transferu technologii* oraz R. Stankiewicz, *Wylączenie dla porozumień kooperacyjnych w sektorze ubezpieczeń*, publikowane w niniejszym tomie.

⁷⁷ Zob. art. 2 ust. 2 rozporządzenie 2790/1999, który mówi wręcz jedynie o sprzedawcach dóbr.

⁷⁸ Zob. F. Wijckmans, F. Tuytschaever, A. Vanderelst, *Vertical Agreements...*, op. cit., s. 130.

(zmiana ta faktycznie zbliża ustawodawstwo polskie do treści art. 2. ust. 1 rozporządzenia 2790/1999, który stwierdza, że wspólnotowe wyłączenie dotyczy porozumień wertykalnych odnoszących się do warunków, zgodnie z którymi strony mogą kupować, sprzedawać i odsprzedawać niektóre dobra lub usługi). Zmiana z „celowego” na „przedmiotowe” podejścia do przesłanki warunków dystrybucji jako kryterium decydującego o możliwości zastosowania rozporządzenia ma bowiem kluczowe znaczenie dla uściślenia zakresu przedmiotowego nowego rozporządzenia wyłączającego; niewątpliwie łatwiej jest teraz obiektywnie ocenić treść porozumienia niż jego cel.

Stosując celowościową interpretację rozporządzenia wyłączającego, decydujące znaczenie będzie miał tu zasadniczy przedmiot, czyli podstawowa treść porozumienia wertykalnego, nie zaś jego przedmiot poboczny. Podlegać ocenie co do spełnienia szczególnych warunków wyłączenia będą więc jedynie porozumienia, które dotyczą przede wszystkim warunków dystrybucji towarów (porozumienia koncentrujące się na innego typu postanowieniach, nie związane z warunkami dystrybucji, mogą leżeć w zakresie przedmiotowym innego wyłączenia grupowego, np. co do prowadzenia wspólnych badań), nawet jeśli zawiera przy okazji postanowienia innej treści. W rezultacie, za uzasadniony wyjątek od tej zasady uznać należy możliwość zastosowania wyłączenia wertykalnego do porozumień wertykalnych przenoszących PWI, o ile postanowienia te stanowią jedynie poboczną część porozumień.

49. Przepis § 3 ust. 3 nowego rozporządzenia zawiera natomiast jeden wyjątek od zasady, że wyłączenie wertykalne stosuje się do porozumień, których przedmiotem są warunki dystrybucji towarów; jednoznacznie bowiem stanowi, że wyłączenie wertykalne „... nie stosuje się do porozumień wertykalnych dotyczących dystrybucji i serwisu pojazdów samochodowych”. Wyłączenie wertykalne dotyczy więc warunków dystrybucji wszystkich towarów pośrednich i końcowych, z wyjątkiem tych objętych wyłączeniem samochodowym; ponadto, o ile nie stosuje się do umów wynajmu i leasingu, to stosuje się do umów zakupu towarów w celu ich późniejszego wynajmu czy leasingu.

50. Jednocześnie doszło jednak do rozszerzenia zakresu przedmiotowego rozporządzenia wyłączającego dla porozumień wertykalnych dla **porozumień niewzajemnych między konkurentami**. Jako wyjątek, § 3 ust. 2 pkt 2 nowego wyłączenia rozszerza zakres przedmiotowy rozporządzenia wyłączającego do porozumień wertykalnych „o charakterze niewzajemnym zawieranych między konkurentami, jeżeli dostawca jest wytwórcą i dystrybutorem towarów a nabywca jest dystrybutorem nie wytwarzającym towarów konkurujących z towarami objętymi porozumieniem”. Niewzajemność oznacza więc, że wtedy, gdy jeden producent staje się dystrybutorem produktów drugiego producenta, ten ostatni nie zostaje dystrybutorem produktów pierwszego. Co za tym idzie, wiele wertykalnych porozumień dotyczących warunków dostępu jest wykluczonych z zakresu przedmiotowego wyłączenia wertykalnego, jako że mają one generalnie charakter wzajemny. Także w tym kontekście nowe rozporządzenie wyłączające odchodzi od treści rozporządzenia 2700/1999, przede wszystkim ze względu na konieczność zachowania zgodności z ustawową definicją towarów, obejmującą tak dobra, jak i usługi. W akcie wspólnotowym oba te warunki zostały określone odrębnie dla dóbr i usług⁷⁹.

⁷⁹ Art. 2 ust. 4 rozporządzenia 2790/1999 zawiera podobny wyjątek ilościowy i dwa oddzielne wyjątki dla dóbr i usług, gdy „a) kupujący ma całkowity roczny obrót nie przekraczający 100 mln EUR, lub b) dostawca jest producentem i dystrybutorem towarów, podczas gdy kupujący jest dystrybutorem nie produkującym towarów konkurujących z towarami kontraktowymi, lub c) dostawca zapewnia usługi na poszczególnych szczeblach obrotu handlowego, podczas gdy kupujący nie świadczy usług konkurencyjnych na szczeblu obrotu handlowego, na którym nabywa usługi kontraktowe.”

51. Doszło także do rozszerzenia zakresu przedmiotowego rozporządzenia wyłączającego dla **porozumień wertykalnych zawierających przeniesienie PWI**. Przepis § 3 ust. 2 pkt 3 nowego aktu rozszerza zakres przedmiotowy wyłączenia wertykalnego na porozumienia „zawierające postanowienia, które odnoszą się do przeniesienia na nabywcę praw własności intelektualnej i przemysłowej lub know-how⁸⁰ lub do korzystania przez niego z takich praw, o ile postanowienia te nie stanowią podstawowego przedmiotu takich porozumień i są bezpośrednio związane z używaniem, sprzedażą lub odsprzedażą towarów przez nabywcę lub jego klientów; wyłączenie to stosuje się pod warunkiem, że w odniesieniu do towarów objętych porozumieniem postanowienia te nie zawierają ograniczeń konkurencji mających ten sam cel lub skutek co klauzule⁸¹”.

Zakres przedmiotowy wyłączenia obejmuje więc porozumienia wertykalne, w ramach których wykorzystanie, sprzedanie lub odsprzedaż towarów może stać się bardziej efektywne, jeśli na nabywcę przeniesione zostaną odpowiednie PWI. Wyłączenie stosuje się więc do porozumień wertykalnych zawierających pewne postanowienia dotyczące przyznawania takich praw lub korzystania z nich przez nabywcę, ale tylko o tyle, o ile akt przekazania jest poboczną częścią porozumienia. Udostępnianie praw nie może więc stanowić głównego przedmiotu kontraktu. Dlatego też, o czym rozporządzenie 2790/1999 mówi wprost, ale co stosuje się też do wyłączenia krajowego⁸², bardzo popularne w wyniku rozwoju zastosowania technologii cyfrowej wertykalne porozumienia licencyjne nie leżą w zakresie przedmiotowym wyłączenia. Nie jest jednak możliwe zapobieżenie wszelkim wątpliwościom, w szczególności w świetle rozwoju *new economy*; problematyczną jest np. ocena, czy wyłączenie wertykalne stosuje się do porozumień wertykalnych dotyczących warunków sprzedaży *hardware* i licencji PWI zawartego w nim *software*⁸³.

5.4. Kategorie porozumień podlegających wyłączeniu wertykalnemu

5.4.1. Uwagi ogólne

52. Będąc pewnego rodzaju wyjątkiem od reguły indywidualnego stosowania zakazu porozumień ograniczających konkurencję, wyłączenia grupowe miały i częściowo mają generalnie stosunkowo wąski zakres przedmiotowy. Znajdują zastosowanie do porozumień o szczegółowo określonym przedmiocie (np. transferu technologii), i to często typowych dla tylko jednego sektora gospodarki (np. ubezpieczeń). Tak było również w przypadku porozumień wertykalnych w przeszłości⁸⁴. Biorąc jednak pod uwagę, że porozumienia wertykalne są rzadko szkodliwe dla gospodarki, Komisja zdecydowała się nadać temu wyłączeniu charakter wyłączenia parasolowego (*umbrella exemption*),

⁸⁰ Zgodnie z definicją know-how zawartą w art. 2. ust. 11 nowego rozporządzenia.

⁸¹ Przepis dodany; wobec tego, że rozporządzenie z 2002 r. nie posługiwało się kategorią „ograniczeń wertykalnych” (*vertical restraints*) – różną od „porozumień wertykalnych” (*vertical agreements*) – nie można w tym miejscu uzyskać pełnej zgodności z rozporządzeniem 2790/1999; stąd użycie tutaj przesłanki „klauzule”, określonej w delegacji ustawowej.

⁸² Dobrym przykładem porozumienia wertykalnego, które nie mieści się w zakresie przedmiotowym wyłączenia wertykalnego, ponieważ jego głównym przedmiotem są warunki udzielenia licencji na PWI, jest umowa rozpatrywana w decyzji Prezesa UOKiK z dnia 29 maja 2006 r. nr DOK – 49/06, uznając działanie PZPN i Canal+, polegające na zagwarantowaniu pierwszeństwa do uzyskania wyłącznej licencji, za porozumieniem ograniczające konkurencję.

⁸³ Zob. K. Mahieu, *How ICT agreements...*, op. cit., s. 172.

⁸⁴ Zob. akty poprzedzające rozporządzenie 2790/1999: rozporządzenie 1983/83; rozporządzenie 1984/83; rozporządzenie 4087/88.

obejmującego szeroki krąg porozumień (np. wyłącznej i selektywnej dystrybucji, franchisingu), spotykanych w wielu sektorach gospodarki (z wyjątkiem porozumień dotyczących dystrybucji i serwisu pojazdów samochodowych). Wyłącznie wertykalne ma więc szerszy zakres przedmiotowy niż inne obecnie obowiązujące, a tym bardziej przeszłe wyłączenia grupowe, tak na poziomie wspólnotowych, jak i krajowym.

Rozporządzenie 2790/1999, na którym wzoruje się zarówno rozporządzenie z 2002 r., jak i nowe polskie wyłączenie wertykalne, nie tylko obejmuje porozumienia wyłączane przez rozporządzenia je poprzedzające (rozporządzenie 1983/83, rozporządzenie 1984/83 i rozporządzenie 4087/88), ale rozciąga się także *explicite* na porozumienia tworzące systemy dystrybucji selektywnej, które wcześniej w ogóle nie podlegały wyłączeniu grupowemu⁸⁵. W Polsce, oddzielnych wyłączeń grupowych dla poszczególnych kategorii porozumień wertykalnych w ogóle nie było; już rozporządzenie z 2002 r. miało więc charakter wyłączenia parasolowego. Zasadę tę utrzymuje nowe rozporządzenie; jego § 3 ust. 1 obejmuje mianowicie zakresem przedmiotowym wyłączenia wertykalnego „...porozumienia wertykalne, w szczególności zawierające zobowiązania wyłącznego zakupu lub wyłącznej dostawy lub tworzące systemy dystrybucji selektywnej lub franchisingowej...”. Nowe rozporządzenie zawiera tym samym otwartą listę najważniejszych kategorii porozumień wertykalnych, których wyłączenie znajduje uzasadnienie przede wszystkim w ich częstym stosowaniu i zasadniczym znaczeniu rynkowym. Do kategorii najczęściej stosowanych i najważniejszych porozumień wertykalnych należą porozumienia tworzące podstawy: (1) dystrybucji wyłącznej i wyłącznych zakupów, (2) dystrybucji selektywnej i (3) dystrybucji franchisingowej. Jako że są one wymienione przykładowo („w szczególności”) rozporządzenie obejmuje także (4) inne rodzaje porozumień wertykalnych, które acz ograniczają konkurencję, to jednak spełniają przesłanki art. 8 ust. 1 uokik i dlatego zasługują na ich objęcie wyłączeniem grupowym.

5.4.2. Dystrybucja wyłączna

53. Z orzecznictwa wspólnotowego wyraźnie wynika, że **dystrybucja wyłączna** nie powinna być traktowana jako porozumienie wertykalne o antykonkurencyjnej istocie (*object*)⁸⁶, co samo z siebie wykluczyłoby możliwość zastosowania rozporządzenia wyłączającego dla porozumień wertykalnych. Niezależnie od jej pozytywnych efektów dla gospodarki, ETS potwierdził jednak, że dystrybucja wyłączna może naruszać zakaz porozumień ograniczających konkurencję⁸⁷, a co za tym idzie może podlegać wyłączeniu, w tym także na podstawie obecnie obowiązującego wyłączenia grupowego dla porozumień wertykalnych. Podobna ocena porozumień wyłącznych wyrażona została także w polskim orzecznictwie. W wyroku w sprawie *rurek SF-Cu* Sąd Antymonopolowy zauważył, że korzystanie z umów wyłącznych jest dopuszczalne na gruncie prawa cywilnego (art. 550 Kc), a umowy te same w sobie nie są sprzeczne z regułami prawa ochrony konkurencji⁸⁸.

⁸⁵ Zob. T. Skoczny, *Zakaz porozumień ograniczających konkurencję a selektywna dystrybucja (Wprowadzenie)*, w: *Zakaz porozumień ograniczających konkurencję a selektywna dystrybucja*, PHARE: Harmonizacja Polskiego Prawa Antymonopolowego z Regulami Konkurencji Unii Europejskiej, seria: Reguły konkurencji a wybrane rodzaje porozumień, Urząd Antymonopolowy, Warszawa 1995, s. 16.

⁸⁶ Zob. wyrok w sprawie 56/65 *Societe Technique Miniere v. Maschinenbau* (Zb. Orz. 1966, 235).

⁸⁷ Zob. wyrok w sprawach: 56/64 i 58/64 *Consten and Gründig v. Komisja* (Zb. Orz. 1966, 339–340).

⁸⁸ Zob. wyrok SAM z dnia 6 grudnia 1993 r., XVII Amr 35/93, niepubl.; R. Poźdźnik, *Dystrybucja produktów...*, op. cit., s. 256. O korzyściach wynikających z umów dystrybucji wyłącznej pisze także P. Dębowski, *Porozumienia dystrybucyjne...*, op. cit., s. 21.

Kategoria porozumień wertykalnych dotyczących warunków dystrybucji wyłącznej opiera się przede wszystkim na wskazanym w § 2 pkt 3 nowego polskiego rozporządzenia zobowiązaniu wyłącznego zakupu⁸⁹, zdefiniowanym jako „klauzule zawarte w porozumieniach, na mocy których nabywca bezpośrednio lub pośrednio zobowiązuje się kupować towary objęte porozumieniem wyłącznie od jednego dostawcy”, oraz zobowiązaniu wyłącznej dostawy⁹⁰, zdefiniowanym w § 2 pkt 4 rozporządzenia jako „klauzule zawarte w porozumieniach, na mocy których dostawca bezpośrednio lub pośrednio zobowiązuje się sprzedawać towary objęte porozumieniem wyłącznie jednemu nabywcy w celach określonego wykorzystania lub odsprzedaży”; rozporządzenie definiuje przy tym wyraźnie dostawcę – jako „przedsiębiorcę, który sprzedaje nabywcy towary objęte porozumieniem” (§ 2 pkt 7), nabywcę – jako „przedsiębiorcę, który kupuje towary objęte porozumieniem, w tym dystrybutora” (§ 2 pkt 8) i dystrybutora – jako „przedsiębiorcę kupującego towary objęte porozumieniem z zamiarem ich odsprzedaży na szczeblu hurtowym (dystrybutor hurtowy) lub detalicznym (dystrybutor detaliczny), a także przedsiębiorcę zawierającego z dostawcą porozumienie, na podstawie którego dokonuje sprzedaży towarów objętych porozumieniem w imieniu dostawcy” (§ 2 pkt 9). W praktyce wspólnotowej dopuszczalność zobowiązań wyłącznych dostaw była rozpatrywana w szczególności w kontekście sprzedaży piwa⁹¹ i lekarstw, jak również w sektorze samochodowym (ten ostatni jest jednak wyraźnie wykluczony z zasięgu przedmiotowego rozporządzenia wyłączającego dla porozumień wertykalnych)⁹².

Do ustanowienia systemu dystrybucji wyłącznej dochodzi więc wtedy, gdy w ramach porozumień wertykalnych dostawca zobowiązuje się sprzedawać swoje towary tylko jednemu dystrybutorowi w celu ich odsprzedaży na wyraźnie określonym obszarze (terytorium nadane na wyłączność). Z zasady także, w systemie dystrybucji wyłącznej dystrybutor jest zobowiązany do nieprowadzenia czynnej sprzedaży towarów objętych porozumieniem na obszarach, które zostały przydzielone na wyłączność innym dystrybutorom. Ograniczenie to dotyczy obszarów faktycznie przydzielonych lub używanych na wyłączność przez samego dostawcę, nie dotyczy natomiast terytoriów leżących poza systemem dystrybucji wyłącznej.

54. Kluczowym elementem funkcjonowania systemu dystrybucji wyłącznej, w szczególności w erze komunikacji i sprzedaży elektronicznej, jest rozstrzygnięcie kwestii, jakiego rodzaju działania stanowią aktywną sprzedaż.⁹³ Art. 2 pkt 14 polskiego roz-

⁸⁹ Fakt, iż porozumienia zawierające zobowiązanie wyłącznych zakupów leżą w zasięgu przedmiotowym wyłączenia (a więc podlegają ocenie w świetle zawartych w nim szczegółowych warunków wyłączenia, których spełnienie jest konieczne, aby skorzystać z wyłączenia) nie świadczy sam w sobie o tym, że porozumienia takie są faktycznie przedmiotem wyłączenia; Zob. decyzję Prezesa UOKiK z dnia 29 grudnia 2006 r. nr DOK – 164/06 w sprawie *Lesaffre* dotyczącą porozumienia zawierającego klauzule wyłącznego zakupu drożdży piekarskich, które nie mogło stać się przedmiotem wyłączenia, gdyż dostawca kontrolował ponad połowę rynku właściwego (s. 11–13, 22–23); Zob. także wyrok SAM z dnia 6 grudnia 1993 r., XVII Amr 35/93, niepubl.

⁹⁰ W pkt 202 wytycznych KE w sprawie ograniczeń wertykalnych czytamy: „[w]yłączność dostaw... stanowi skrajną formę ograniczonej dystrybucji o tyle, o ile chodzi o ograniczenie liczby nabywców”.

⁹¹ W przeszłości do wyłącznych „kontraktów piwnych” we WE odnosiły się specjalne przepisy rozporządzenia wyłączającego porozumienia wyłączne (art. 6–9 RW 1984/83). Zob. I. Wiszniewska, *Transakcje...*, op. cit., s. 60–64.

⁹² Zob. S. Bishop, *Pro-competitive exclusive supply agreements: how refreshing*, „ECLR” 2003, Vol. 24, No. 5, s. 229.

⁹³ Podnoszone są głosy, że kwestia sprzedaży aktywnej (czynnej) stanowi najbardziej skomplikowany element Rozporządzenia 2790/1999. Zob. F. Wijckmans, F. Tuytschaever, *Active sales restrictions revisited*, „ECLR” 2004, Vol. 25, No. 2, s. 107; F. Wijckmans, F. Tuytschaever, A. Vanderelst, *Vertical Agreements...*, op. cit., s. 169.

porządzenia definiuje aktywną sprzedaż jako „aktywne działania sprzedawcy podejmowane w celu zwiększenia sprzedaży lub pozyskania nowych klientów, polegające w szczególności na prowadzeniu działań reklamowych lub promocyjnych, tworzeniu oddziałów lub organizowaniu centrów dystrybucji na określonym obszarze”. Chodzi tutaj o podejmowanie wysiłku nakierowanego na dokonanie sprzedaży (*targetted sales effort*) oraz zindywidualizowane działania reklamowe lub promocyjne, takie jak np. wysyłanie, bez zachęty ze strony użytkownika (*unsolicited*), katalogu lub e-maila do konkretnego klienta lub grupy klientów, znajdujących się na terytorium innego dystrybutora. Uznaje się natomiast, że generalnie dostępna reklama internetowa nie jest formą sprzedaży czynnej; nie jest nią również sprzedaż będąca wynikiem samodzielnego zlecenia ze strony klienta (*unprompted request*)⁹⁴.

55. Za najważniejszy negatywny efekt systemu dystrybucji wyłącznej uważa się tzw. ujednolicanie marki (*single branding*), gdyż prowadzenie dystrybucji wyłącznej zachęca lub wręcz bezpośrednio zobowiązuje nabywcę do zaspokajania praktycznie wszystkich jego potrzeb na danym rynku (na którym oferuje się tak towary objęte porozumieniem, jak i ich substytuty) u jednego dostawcy, powodując, że nabywca nie będzie kupował i odsprzedawał lub używał towarów konkurencyjnych⁹⁵. Również w polskim orzecznictwie porozumienia o wyłącznej dystrybucji uznawane były za ograniczające konkurencję, jeśli zamykały one konkurentom dostęp do rynku w całości bądź w znacznej jego części⁹⁶.

5.4.3. Dystrybucja selektywna

56. **Dystrybucja selektywna**, będąc najpopularniejszą formą dystrybucji markowych produktów konsumpcyjnych (*branded final products*), towarów skomplikowanych technicznie oraz gazet,⁹⁷ znajduje się również w zasięgu przedmiotowym rozporządzenia wyłączającego dla porozumień wertykalnych – tak w kontekście wspólnotowym, jak i w Polsce⁹⁸. W odróżnieniu od systemu dystrybucji wyłącznej, w ramach którego dochodzi do ograniczenia liczby dystrybutorów w kontekście czysto terytorialnym, system dystrybucji selektywnej opiera się na ograniczeniu liczby uprawnionych dystrybutorów według określonych kryteriów (członkami systemu dystrybucji selektywnej są więc podmioty określonego typu). Także w odróżnieniu od dystrybucji wyłącznej, gdzie wybrany dystrybutorom nie wolno jest prowadzić czynnej sprzedaży na terytoriach nadanych innym dystrybutorom, członkom systemu dystrybucji selektywnej nie wolno jest odsprzedawać towarów objętych porozumieniem dystrybutorom nieuprawnionych; tym samym członkowie systemu dystrybucji selektywnej mogą odsprzedawać towary objęte porozumieniem tylko konsumentom końcowym oraz dystrybutorom będącym członkami tego samego systemu⁹⁹.

Niewątpliwie decydującą kwestią dla oceny dopuszczalności systemu dystrybucji selektywnej są kryteria stosowane w doborze jego członków¹⁰⁰. W nowym rozporządzeniu wyłączającym dystrybucja selektywna została zdefiniowana, analogicznie do rozporządzenia 2790/1999, jako „system dystrybucji, w którym dostawca bezpośrednio lub

⁹⁴ Wytoczne KE w sprawie ograniczeń wertykalnych, pkt 50.

⁹⁵ Tamże, pkt 61.

⁹⁶ Zob. wyrok SAM z dnia 25 czerwca 1997 r., XVII Ama 19/97, niepubl.

⁹⁷ Zob. R. Whish, *Competition Law*, op. cit., s. 607.

⁹⁸ Zob. K. Kohutek, *Dystrybucja selektywna na gruncie polskich i wspólnotowych regulacji prawa konkurencji*, publikowany w niniejszym tomie.

⁹⁹ Zob. wytyczne KE w sprawie ograniczeń wertykalnych, pkt 184.

¹⁰⁰ Zob. T. Skoczny, *Zakaz porozumień ograniczających konkurencję a selektywna dystrybucja...*, op. cit., s. 17–19.

pośrednio zobowiązuje się sprzedawać towary objęte porozumieniem jedynie dystrybutorom wybranym według określonych kryteriów, którzy zobowiązują się nie sprzedawać tych towarów dystrybutorom nie należącym do tego systemu” (§ 2 pkt 5). Kryteria te mogą być wielorakie, choć są w pierwszym rzędzie powiązane z charakterem produktu. Dystrybucja selektywna może mieć jednak tak charakter jakościowy, jak i ilościowy.

57. Selektywna dystrybucja jakościowa oparta jest na kryteriach obiektywnych, wynikających wprost z charakteru rozpatrywanego towaru, a stosowanie tych kryteriów nie ogranicza bezpośrednio liczby dystrybutorów mogących uczestniczyć w konkretnej sieci dystrybucji selektywnej (np. sprzedaż lekarstw wyłączenie w aptekach przez farmaceutów). Należy jednak podkreślić, iż w sytuacji, gdy stosowanie systemu dystrybucji selektywnej jest uzasadnione legalnym wymogiem uwzględniającym charakter danego produktu (np. sprzęt elektroniczny powinien być sprzedawany przez specjalistów), koniecznością zachowania jego jakości (np. sprzedaż lodów w lokalach posiadających odpowiednie chłodnie) i zapewnienia właściwego przeznaczenia (np. sprzedaż broni palnej), jakościowa dystrybucja selektywna może wręcz w ogóle nie naruszać zakazu porozumień ograniczających konkurencję, a co za tym idzie, pozostawać poza zasięgiem przedmiotowym rozporządzenia wyłączającego. Z orzecznictwa wspólnotowego wynika wyraźnie, że jest tak w szczególności wtedy, gdy dobór członków systemu jest dokonywany na podstawie obiektywnych i proporcjonalnych, jednolicie i niedyskryminacyjnie stosowanych kryteriów o jakościowym charakterze wyłączenia¹⁰¹. Do obiektywnych kryteriów doboru członków systemu dystrybucji selektywnej zaliczyć można wymóg odpowiedniej lokalizacji, poziom przeszkolenia kadry, czy wielkość punktu sprzedaży towaru objętego porozumieniem, zapewniającą np. możliwość oferowania całego asortymentu dostawcy¹⁰². Uzasadnione jest także stosowanie obiektywnych standardów jakości reklamy i promocji, w tym także reklamy internetowej¹⁰³.

W rezultacie można przyjąć, że „czysta” jakościowa dystrybucja selektywna będzie generalnie znajdować się poza zasięgiem przedmiotowym rozporządzenia wyłączającego, ponieważ nie narusza zakazu zawartego w art. 6 ust. 1. Te jednak porozumienia wertykalne ustanawiające system jakościowej dystrybucji selektywnej, które naruszają zakaz zawarty w art. 6 ust. 1 uoklik, będą w większości spełniać generalne przesłanki wyłączenia zawarte w art. 8 ust. 1, a co za tym idzie, leżą one w zasięgu przedmiotowym rozporządzenia wyłączającego dla porozumień wertykalnych i podlegają ocenie co do tego, czy spełniają szczególne warunki wyłączenia zawarte w tym akcie.

Nie dziwi więc, że nowa definicja dystrybucji selektywnej nie precyzuje, jak to robi rozporządzenie wyłączające z 2002 r., że chodzi tu o kryteria „jakościowe”. Za zasadniczą słabość pierwszego polskiego rozporządzenia wyłączającego dla porozumień wertykalnych należy uznać to, iż z jego treści można było wywnioskować, iż stosuje się ono tylko do porozumień ustanawiających systemy selektywnej dystrybucji jakościowej, których większość w ogóle przecież nie narusza art. 6 ust. 1.

58. Dystrybucja selektywna, która z reguły może wymagać wyłączenia i która powinna podlegać ocenie w świetle specjalnych warunków wyłączenia zawartych w rozporządzeniu, jest dystrybucją selektywną, która nie tylko oparta jest na jakościowych kryteriach doboru członków, ale także stosuje inne, mniej obiektywne kryteria. Tego typu dys-

¹⁰¹ Zob. orzeczenie ETS w sprawie 26/76 *Metro v. Komisja* (Zb. Orz. 1977, 1875). Zob. P. Dębowski, *Omówienie wyroku w sprawie Metro* i cyt. tam literaturę w: *Orzecznictwo sądów wspólnotowych w sprawach konkurencji w latach 1964–2004*, red. A. Jurkowska, T. Skoczny, Wolters Kluwer, Warszawa 2007, s. 139–146.

¹⁰² Wytoczne KE w sprawie ograniczeń wertykalnych, pkt 54.

¹⁰³ Tamże, pkt 51.

trybucja selektywna będzie miała tak pozytywne, jak i negatywne skutki, sugerujące konieczność i możliwość oceny i zbalansowania. Dlatego też, poprzez użycie w nowym rozporządzeniu generalnego pojęcia „kryteriów”, rozszerzeniu uległ zasięg przedmiotowy tego aktu; nowe rozporządzenie będzie więc stosować się niewątpliwie do dystrybucji selektywnej opartej o wszelkie, a nie tylko jakościowe, kryteria doboru członków.

W zasięgu przedmiotowym wyłączenia wertykalnego leży więc obecnie także tzw. **selektywna dystrybucja ilościowa**, której główną cechą jest to, że stosuje kryterium minimalnej lub maksymalnej ilości sprzedaży. Innymi słowy, poza obiektywnymi jakościowymi kryteriami doboru, ilościowa dystrybucja selektywna stosuje również dodatkowe kryteria, które w bardziej bezpośredni sposób ograniczają liczbę dystrybutorów (co ma często m.in. negatywne skutki dla dostępności). Chociaż ww. rewizja definicji dystrybucji selektywnej wyraźnie włączyła selektywną dystrybucję ilościową do zasięgu przedmiotowego rozporządzenia, to jednak w praktyce porozumienia tego typu mają mniejsze szanse stać się przedmiotem wyłączenia, zwłaszcza wtedy, gdy na rozpatrywanym rynku równoległe istnieje wiele systemów dystrybucji selektywnej.

59. Podczas gdy w dystrybucji wyłącznej dochodzi do ustanowienia tylko jednego dystrybutora danego towaru („wyłączność” dystrybucji), a dystrybucja selektywna ustanawia dystrybutorów określonego typu („specyfika” dystrybucji), to w dystrybucji franchisingowej ma miejsce stworzenie jednolitej sieci dystrybucji towarów objętych porozumieniem („jednolitość” dystrybucji). Zastosowanie wyłączenia wertykalnego do porozumień wertykalnych, których przedmiotem są warunki **dystrybucji franchisingowej**, jest również niewątpliwe¹⁰⁴. Komisja była świadoma jej potencjalnie pozytywnych skutków dla rozwoju gospodarki już w latach 80.¹⁰⁵, w wyniku czego ta metoda dystrybucji została objęta najpierw odrębnym rozporządzeniem wyłączającym nr 4087/1988¹⁰⁶, a następnie rozporządzeniem 2790/1999. Niewątpliwie także w Polsce dystrybucja franchisingowa podlegała wyłączeniu na podstawie rozporządzenia z 2002 r.

W nowym rozporządzeniu franchising został zdefiniowany jako „system dystrybucji, w którym dystrybutor (franchisobiorca) bezpośrednio lub pośrednio zobowiązuje się odsprzedawać zakupione od dostawcy (franchisodawcy) towary objęte porozumieniem, wykorzystując uzyskany od niego – w zamian za bezpośrednie lub pośrednie wynagrodzenie – pakiet praw własności intelektualnej i przemysłowej lub know-how” (§ 2 pkt 6)¹⁰⁷. Porozumienia wertykalne dotyczące systemu dystrybucji franchisingowej są więc oparte – w znacznie większym stopniu niż jakiegokolwiek inne porozumienia wertykalne objęte zasięgiem przedmiotowym rozporządzenia – na przeniesieniu PWI. Kluczową cechą tego systemu jest bowiem „markowa jednolitość” dystrybucji, w wyniku czego umowy franchisingowe zawierają licencje na używanie przez franchisobiorcę określonych PWI, np. znaku towarowego lub oznaczenia firmowego, oraz know-how należącego do franchi-

¹⁰⁴ Wprawdzie rozporządzenie 2790/1999 nie zawiera definicji dystrybucji franchisingowej, ale przyjmuje się, że wyłączenie na podstawie tego aktu ma do niej zastosowanie; Zob. E. Wojtaszek-Mik, *Umowa franchisingu...*, op. cit., s. 79–80; R. Poźdźik, *Dystrybucja produktów...*, op. cit., s. 159.

¹⁰⁵ Zob. orzeczenie ETS w sprawie 161/84 *Pronuptia de Paris v Schillgallis* (Zb. Orz. 1986, 353).

¹⁰⁶ Warunki wyłączenia porozumień dystrybucji franchisingowej na podstawie tego rozporządzenia omówione zostały w: M. Skrzek, E. Wojtaszek, *Reguły konkurencji a franchising*, op. cit., s. 46–52. Zob. także E. Wojtaszek, *Ochrona konkurencji a swoboda kontraktowania w umowach franchisingu*, „PiP” 1996, nr 10.

¹⁰⁷ Warto odnotować, że w przeszłości (przed wydaniem pierwszego krajowego rozporządzenia wyłączającego) definiowania franchisingu podjął się również NSA; Zob. wyrok z dnia 1.01.1998 r., I S.A/Kr 507/97, niepubl. W ocenie doktryny prawa antymonopolowego definicja zaproponowana przez NSA nie uwypuklała elementu sieciowości franchisingu. Zob. E. Wojtaszek-Mik, *Umowa franchisingu...*, op. cit., s. 146–147.

sodawcy, do celów dystrybucji towarów objętych porozumieniem, w tym do korzystania z lub odsprzedaży dóbr, czy do świadczenia usług. W rezultacie, istotą franchisingu jest to, iż wolność franchisobiorcy jest ograniczona potrzebą zachowania jednolitości jakościowej i nieujawniania know-how.

Zasadnicze znaczenie dla oceny systemu dystrybucji franchisingowej ma więc zawarta w § 2 pkt 11 definicja know-how, przez które rozumie się „nieujawnione do wiadomości publicznej informacje techniczne lub technologiczne lub zasady organizacji i zarządzania w rozumieniu art. 2 ust. ustawy, jeżeli stanowią one całość lub część określonych informacji praktycznych wynikających z doświadczeń dostawcy, przeprowadzonych badań lub testów istotnych dla nabywcy z punktu widzenia używania, sprzedaży lub odsprzedaży towarów objętych porozumieniem, i jeżeli zostały opisane w sposób pozwalający na weryfikację kryteriów niejawności i istotności”.

Warto zauważyć, że proces rewizji rozporządzenia wyłączającego z 2002 r. dał szanse na przeanalizowanie, jaka definicja know-how powinna zostać zastosowana w nowym akcie. Istniały trzy możliwości: zachować dotychczasową definicję, przejąć definicję rozporządzenia 2790/1999 i dokonać takiej modyfikacji obecnej definicji, żeby była ona kompatybilna zarówno z definicją z rozporządzenia 2790/1999 (są tam trzy kryteria: podjęcie działań w celu zachowania poufności, niejawnosc i istotność), jak i z definicją przyjętą w nowym polskim rozporządzeniu o wyłączeniu porozumień transfer technologii, uwzględniając przy tym fakt częściowego zdefiniowania pojęcia know-how w samej ustawie (odesłanie do art. 2 ust. 2 ustawy w zakresie podjęcia działań w celu zachowania poufności). Oczywiście konieczna była przesłanka różniąca (treść istotności) przejęta z nowego rozporządzenia w sprawie wyłączenia porozumień transferu technologii. Walory trzeciego z ww. rozwiązań przesądziły o jego zastosowaniu.

Warto jeszcze wspomnieć, iż w świetle jej nowatorskiego charakteru w polskiej gospodarce, dystrybucja franchisingowa została nadzwyczajnie szczegółowo potraktowana w rozporządzeniu z 2002 r., gdzie większość zawartych w celach edukacyjnych klauzul dozwolonych dotyczyła właśnie franchisingu. Wprawdzie w nowym rozporządzeniu pominięto listę klauzul białych, to jednak nie ulega wątpliwości, że do zawartych w rozporządzeniu z 2002 r. postanowień nowe rozporządzenie ma niewątpliwie zastosowanie. W zasięgu przedmiotowym wyłączenia wertykalnego leżą bowiem bez wątpienia porozumienia dotyczące warunków dystrybucji franchisingowej zobowiązujące franchisodawcę do udzielania franchisobiorcy pomocy handlowej i technicznej oraz udostępniania know-how koniecznych do prowadzenia przewidzianej działalności oraz do nienaruszania wyłączności przyznanej franchisobiorcy. W zasięgu przedmiotowym tego wyłączenia znajdują się też porozumienia wertykalne zobowiązujące franchisobiorcę do nienaruszania wyłączności systemu dystrybucji franchisingowej oraz do właściwego korzystania z know-how, wliczając w to jego ochronę, co wynika z tego, że oprócz udostępniania franchisobiorcy towarów koniecznych do prowadzenia rozpatrywanej działalności (dóbr – np. maszyny do produkcji, usług – np. pomocy handlowej, czy know-how), umowy franchisingowe zawierają zwykle inne ograniczenia wertykalne dotyczące dystrybuowanych produktów, w szczególności dystrybucji selektywnej i/lub niekonkurowania i/lub wyłącznej dystrybucji lub ich łagodniejsze formy.

60. Jak wskazano wyżej, wyłączenie wertykalne stosuje się nie tylko do porozumień *explicite* wymienionych w § 3 rozporządzenia, a więc zawierających zobowiązania wyłącznego zakupu lub wyłącznej dostawy oraz tworzące systemy dystrybucji selektywnej lub franchisingowej. Lista ta ma bowiem charakter jedynie przykładowy. Tak więc, każde inne porozumienie wertykalne w rozumieniu § 2 pkt 2 nowego polskiego rozporządze-

nia leży w zasięgu przedmiotowym wyłączenia wertykalnego (z wyjątkiem porozumień samochodowych). Otwarte podejście do kategorii porozumień, co do których stosuje się wyłączenie, potwierdza tylko szczególne znaczenie wymienionych kategorii porozumień, jednocześnie jednak kreuje możliwość zastosowania wyłączenia do innych kategorii porozumień wertykalnych.

Wyłączenie to może być mianowicie zastosowane do pewnej odmiany dystrybucji wyłącznej, zawierającej zobowiązanie wyłącznego przydziału klientów; w jej ramach dostawca sprzedaje swoje towary tylko jednemu dystrybutorowi w celu ich odsprzedaży konkretnej grupie klientów, a dystrybutor ten nie może prowadzić aktywnej sprzedaży klientom przydzielonych innemu dystrybutorowi. Dalsze przykłady porozumień niewyłączonych w § 3 ust. 1 nowego polskiego rozporządzenia, do których można stosować wyłączenie wertykalne, to: porozumienia podwykonawcze¹⁰⁸ oraz sprzedaż wiązana, nieuzasadniona charakterem rozpatrywanego towaru lub jego przeznaczeniem handlowym, w ramach której dostawca uzależnia sprzedaż jednego towaru od kupna innego¹⁰⁹.

6. Warunki wyłączenia wertykalnego w świetle rozporządzenia z 2007 r.

6.1. Dwa rodzaje warunków wyłączenia

61. Zgodnie z nowym § 3 ust. 1 „[w]yłącza się spod zakazu, o którym mowa w art. 6 ustawy, porozumienia wertykalne..., o ile porozumienia te spełniają warunki określone w rozporządzeniu”. Przepis ten określa więc to, co może stanowić przedmiot wyłączenia wertykalnego w sposób bardziej precyzyjny niż czynił odpowiedni przepis rozporządzenia z 2002 r. Wynika z niego bowiem, że porozumienia wertykalne leżące w zasięgu przedmiotowym rozporządzenia mogą stać się przedmiotem wyłączenia wertykalnego jedynie pod warunkiem¹¹⁰, że spełnią szczegółowe wymogi, jakie są zawarte w rozporządzeniu wyłączającym¹¹¹.

Z tak sformułowanego § 3 ust. 1 nowego rozporządzenia wynika, że chodzi tutaj o wszystkie warunki wyłączenia, czyli zarówno o warunki ilościowe, dotyczące progu udziału w rynku przedsiębiorstw uczestniczących w danym porozumieniu wertykalnym, jak i warunki jakościowe, dotyczące istnienia porozumień i klauzul niedozwolonych. Chociaż więc § 1 nowego rozporządzenia odrębnie traktuje w pkt. 1 „warunki, jakie muszą być spełnione, aby porozumienia wertykalne zostały uznane za wyłączone spod zakazu, o którym mowa w art. 6 ustawy”, oraz w pkt 2 „klauzule, których występowanie w porozumieniu stanowi naruszenie art. 6 ustawy”, to jednak dzieje się tak tylko dlatego, że tak – w dalszym ciągu – sformułowana jest delegacja ustawowa do wydania rozporządzenia wyłączającego. Z nowej treści § 3 ust. 1 wynika więc, że zakaz umieszczania w porozumieniu „klauzul, których występowanie w porozumieniu stanowi naruszenie art. 6 ustawy”, stanowi jeden z warunków wyłączenia. W odróżnieniu od

¹⁰⁸ Zob. pkt 79 wytycznych Komisji w sprawie porozumień horyzontalnych.

¹⁰⁹ Zob. pkt 215 wytycznych Komisji w sprawie ograniczeń wertykalnych. Praktyka ta musi być oczywiście nieuzasadniona, ponieważ tylko wtedy może naruszyć zakaz porozumień ograniczających konkurencję, a co za tym idzie – podlegać ocenie co do możliwości jej wyłączenia.

¹¹⁰ Wciąż trzeba oczywiście pamiętać, że, aby w ogóle znajdować się w zasięgu przedmiotowym wyłączenia wertykalnego, porozumienia te muszą spełnić generalnie przesłanki wyłączenia zawarte w art. 8 ust. 1.

¹¹¹ W gruncie rzeczy, także „okres obowiązywania wyłączenia” mógłby być uznany za „warunek wyłączenia”, jako że wyłączenie przestaje przysługiwać, gdy okres wyłączenia minie, nawet gdyby nie zmieniła się ani treść porozumienia, ani pozycja rynkowa jego uczestników.

rozporządzenia z 2002 r., nowy § 3 ust. 1 wyłączenia wertykalnego wyraźnie określa tym samym, że na jego mocy spod zakazu porozumień ograniczających konkurencję wyłączone są porozumienia wertykalne pod warunkiem, że ich strony mają udział w rynku nie przekraczającym 30% oraz, że cel porozumienia lub istota poszczególnych klauzul nie stanowi niedozwolonego ograniczenia konkurencji określonego w wyłączeniu wertykalnym.

6.2. Próg udziału w rynku

62. Próg udziału w rynku należy traktować jako ilościowy warunek wyłączenia. Zgodnie z postulatem tzw. ekonomicznego podejścia do prawa antymonopolowego, podstawowym warunkiem zastosowania wyłączenia wertykalnego pozostaje brak siły rynkowej stron rozpatrywanego porozumienia. Siła rynkowa jest mierzona wielkością udziału w rynku właściwych podmiotów uczestniczących w danym porozumieniu¹¹². Tak we wspólnotowym, jak i w polskim rozporządzeniu wyłączającym, decydujące znaczenie ma ilościowy warunek nieprzekroczenia 30% progu udziału w rynku danej strony porozumienia i jej grupy kapitałowej¹¹³.

63. Zgodnie z § 4 ust. 1 rozporządzenia „[w]yłączenie stosuje się do porozumień wertykalnych, jeżeli udział dostawcy i grupy kapitałowej, do której należy dostawca w rynku właściwym sprzedaży towarów objętych porozumieniem nie przekracza 30%...”. Przepis § 4 ust. 2 stanowi, że „w przypadku, gdy porozumienie wertykalne zawiera zobowiązania wyłącznej dostawy, wyłączenie stosuje się, jeżeli udział nabywcy i grupy kapitałowej, do której należy nabywca w rynku właściwym zakupu towarów objętych porozumieniem nie przekracza 30% ...”. Za udział w rynku dostawcy uważa się udział jego sprzedaży w rynku właściwym, wyznaczonym tak produktowo, jak i geograficznie, na którym sprzedaje rozpatrywane towary nabywcom, podczas gdy udział w rynku nabywcy stanowi udział jego wszystkich zakupów na właściwym rynku zakupów¹¹⁴. W praktyce niespełnienie warunku ilościowego zawartego w rozporządzeniu wyłączającym z 2002 r. wykluczyło możliwość zastosowania wyłączenia wertykalnego w sprawie *Lesaffre*¹¹⁵.

64. Ilościowy warunek wyłączenia, którego celem jest zapewnienie, by z wyłączenia skorzystać mogli jedynie przedsiębiorcy niemający władzy rynkowej (*market power*), musi stosować się nie tylko do podmiotu będącego bezpośrednio stroną porozumienia wertykalnego, ale także do przedsiębiorców permanentnie powiązanych z nim finansowo. W innym bowiem wypadku silni przedsiębiorcy mogliby obejść ilościowy warunek wyłączenia poprzez zawieranie porozumień wertykalnych przez podmioty należące do tej samej grupy kapitałowej, ale mające – same w sobie – znikomy udział w rynku albo wręcz utworzonych jedynie w tym celu (*special purpose vehicle*). W tym kontekście, rozporządzenie odwołuje się do pojęcia „grupy kapitałowej”, zdefiniowanej w art. 4 pkt 14 uokik jako „wszyscy przedsiębiorcy, którzy są kontrolowani w sposób bezpośredni lub pośredni przez jednego przedsiębiorcę, w tym również tego przedsiębiorcę”. Określenie to jest ogólniejsze od zastosowanej w art. 11 ust. 2 rozporządzenia 2790/1999 definicji „przedsiębiorstw powiązanych”, które zalicza do nich tak spółki córki, spółki

¹¹² Zob. R. Poźdźnik, *Klauzule wyłączności w porozumienia ograniczających konkurencję (polskie prawo antymonopolowe na tle przepisów wspólnotowych)*, cz. I, „PUE” 2002, nr 3, s. 17.

¹¹³ Zob. V. Verouden, *Vertical Agreements and Article 81(1) EC: Evolving Role of Economic Analysis*, „Antitrust Law Journal” 2002, Vol. 71, No. 2, s. 525–575.

¹¹⁴ Wytoczne KE w sprawie ograniczeń wertykalnych, pkt 91, 92.

¹¹⁵ Decyzja Prezesa UOKiK Nr DOC – 164/06 w sprawie *Lesaffre*, s. 22–23, 27.

matki, spółki siostry, jak również *joint ventures*, chociaż w tym ostatnim jednak przypadku, udział w rynku spółki wspólnej przypisuje się po połowie spółkom matkom. Warto nadmienić, że termin „**przedsiębiorcy powiązani**” stosowany jest także w nowym polskim rozporządzeniu dotyczących transferu technologii, które definiuje je jednak inaczej niż w prawie wspólnotowym; zgodnie z tym rozporządzeniem „przedsiębiorcą powiązany” jest „przedsiębiorca, który sprawuje nad licencjodawcą lub licencjobiorcą kontrolę w rozumieniu art. 4 pkt 4 ustawy, lub nad którym licencjodawca lub licencjobiorca sprawuje taką kontrolę”.

Wytyczne Komisji w sprawie ograniczeń wertykalnych zawierają dodatkowe wskazówki stosujące się do porozumień wertykalnych, dotyczące również praw własności intelektualnej, stwierdzając między innymi, że gdy używanie znaku towarowego dostawcy pomaga nabywcy w zbyciu towarów objętych umową, decydujący jest udział w rynku dostawcy na rynku, na którym sprzedaje te towary; jeżeli zaś franchisingodawca świadczy pakiet usług w połączeniu z postanowieniami dotyczącymi praw własności intelektualnej, to powinien on „brać pod uwagę swój udział w rynku jako dostawcy metody prowadzenia działalności. W tym celu franchisingodawca powinien obliczyć swój udział w rynku, na którym metoda prowadzenia działalności jest wykorzystywana ... Franchisingodawca musi opierać swój udział w rynku na wartości towarów lub usług dostarczanych przez jego franchisingobiorców na tym rynku”¹¹⁶.

65. Przywileju wyłączenia nie traci się w sytuacji nieznacznego przekroczenie prógów. Wyłączenie wertykalne wyraźnie określa także, że w określonych okolicznościach, porozumienie wertykalne może dalej korzystać z zawartego w tym akcie wyłączenia, nawet jeśli określony powyżej próg udziału w rynku zostanie przekroczony. Na mocy § 6 ust. 1 rozporządzenia, jeśli powyższy udział w rynku „1) nie przekracza 30%, ale po zawarciu porozumienia wzrasta powyżej tej wielkości, nie przekraczając jednak 35%, wyłączenie stosuje się również przez okres dwóch lat kalendarzowych następujących po upływie roku, w którym próg 30% został przekroczony po raz pierwszy; 2) nie przekracza 30%, ale po zawarciu porozumienia wzrasta powyżej 35%, wyłączenie stosuje się również przez okres jednego roku kalendarzowego następującego po upływie roku, w którym próg 35% został przekroczony po raz pierwszy”. Jednakże, „[o]kres wyłączenia ... nie może łącznie trwać dłużej niż dwa kolejne lata kalendarzowe po upływie roku, w którym udział w rynku ... przekroczył 30%” (§ 6 ust. 2).

66. Rozporządzenie określa także sposób obliczania udziałów w rynku. Udział w rynku stron porozumienia wertykalnego obliczyć można dopiero po wyznaczeniu rynku właściwego. W tym kontekście stosuje się niewątpliwie generalne zasady prawa konkurencji; w szczególności można tu korzystać ze wskazówek zawartych we wspólnotowym Obwieszczeniu w sprawie definiowania rynku¹¹⁷. Warto jednak przypomnieć, iż rozporządzenie wyłączające nie stosuje się do umów, których stroną są konsumenci. W rezultacie, popytowa strona rynków analizowanych w świetle rozporządzenia wyłączającego określona jest substytutownością w oczach nabywców (będących profesjonalnymi uczestnikami rynku), co może zasadniczo rozszerzyć, w porównaniu do mniej elastycznego popytu konsumentów, zasięg produktowy ocenianych rynków, w tym w szczególności rynków komponentów i towarów nie markowych.

¹¹⁶ Wytyczne KE w sprawie ograniczeń wertykalnych, pkt 95.

¹¹⁷ Zob. obwieszczenie Komisji w sprawie definicji rynku właściwego do celów wspólnotowego prawa konkurencji (Dz. U. WE 1997 C 372/5; Dz. U. UE Polskie Wyd. Specjalne, rozdz. 8, t. 1, s. 155).

Szczegółowe przesłanki obliczania udziałów w rynku dostawców i nabywców zawarte w rozporządzeniu wyłączającym dla porozumień wertykalnych zbytnio się różnią, aby ująć je łącznie; na wzór rozporządzenia 2790/1999¹¹⁸, także nowe polskie rozporządzenie wyłączające dla porozumień wertykalnych określa je więc oddzielnie. I tak, zgodnie z § 5 ust. 1 tego rozporządzenia „[u]dział w rynku ... oblicza się na podstawie wartości sprzedaży towarów objętych porozumieniem, a także wartości sprzedaży innych towarów, które ze względu na ich właściwości, cenę i przeznaczenie uznawane są przez ich nabywców za substytuty. Jeżeli dane dotyczące wartości sprzedaży nie są dostępne, udział w rynku oblicza się na podstawie innych wiarygodnych informacji rynkowych, w tym informacji o ilości towarów będących przedmiotem sprzedaży”). Dla celów wyłączenia porozumień o wyłącznych zakupach, „[u]dział w rynku ... oblicza się na podstawie wartości zakupu towarów lub jej oszacowania.” (§ 5 ust. 2). Konieczność analizy wartości sprzedaży przez przedsiębiorstwa uczestniczące w porozumieniu (grupy kapitałowej) nie tylko towarów bezpośrednio objętych umową, ale też ich substytutów, wynika z tego, że ten sam podmiot może dystrybuować pod różnymi markami substytutowe towary tego samego typu. W rezultacie jego udział w rynku właściwym, który obejmuje wszystkie produkty zamienne w oczach nabywców, może być znacznie wyższy niż wynikałoby to z analizy tylko towaru objętego porozumieniem.

Tenże udział w rynku oblicza się na podstawie danych dotyczących roku kalendarzowego poprzedzającego rok zawarcia porozumienia (§ 5 ust. 3), co wynika z konieczności ograniczenia stosowania wyłączenia wertykalnego jedynie do podmiotów rzeczywiście niedysponujących władzą rynkową¹¹⁹. Zastosowanie danych z roku poprzedzającego rok zawarcia umowy powoduje jednak, że z jednej strony, stosunkowo łatwo jest skorzystać z wyłączenia podmiotom nowo wchodzącym na rynek (*star-up companies*), z drugiej zaś – z wyłączenia nie będą mogły skorzystać podmioty, które wprawdzie miały dotychczas wysoki udział w rynku, ale go utraciły i zawierają porozumienie wertykalne (np. w odpowiedzi na taki spadek) w roku, w którym mają niewielki udział w rynku.

Wreszcie, § 5 ust. 4 przejął z rozporządzenia wyłączającego z 2002 r. zapis, że „[p]rzy obliczaniu udziału w rynku nie uwzględnia się sprzedaży dokonywanej między przedsiębiorcami należącymi do jednej grupy kapitałowej”. Z ekonomicznego punktu widzenia nieuwzględnianie transakcji wewnątrz grupy kapitałowej (czy to dla celów obliczania udziału w rynku, czy całkowitego obrotu) jest oczywiste, ponieważ liczy się udział w rynku/obrot całej grupy kapitałowej, tak więc, to co się dzieje wewnątrz grupy „znosi się” i liczy się tylko wartość transakcji dokonywanych z podmiotami spoza grupy.

67. Progi wyłączenia określone są w sposób jednolity. Jeśli porozumienie ma więcej niż dwóch uczestników, to założyć należy, że ustanowiony próg udziału w rynku stosować się musi do wszystkich poziomów łańcucha produkcji i dystrybucji, na którym działają podmioty uczestniczące¹²⁰. Niezaprzeczalnym jest także fakt, że „z ekonomicznego punktu widzenia porozumienie wertykalne może mieć skutki nie tylko dla rynku między dostawcą i nabywcą, ale również dla rynków znajdujących się na niższym szczeblu obrotu niż rynek nabywcy. Uproszczone ujęcie rozporządzenia o wyłączeniach grupowych, które uwzględnia jedynie udział w rynku dostawcy lub nabywcy (w zależności od przypadku) na rynku między tymi dwiema stronami, jest uzasadnione faktem, iż poniżej progu 30% skutki dla rynków usytuowanych na niższym szczeblu generalnie

¹¹⁸ Zob. M. Gambardella, F.M. Salerno, *Vertical Agreements...*, op. cit., s. 199.

¹¹⁹ Zob. F. Wijckmans, F. Tuytschaever, A. Vanderelst, *Vertical Agreements...*, op. cit., s. 118.

¹²⁰ Zob. wytyczne KE w sprawie ograniczeń wertykalnych, pkt 93.

są ograniczone¹²¹. Podejście takie, zastosowane także w polskim rozporządzeniu, jest konieczne dla ułatwienia zastosowania wyłączenia wertykalnego, zwiększając poziom pewności prawnej dla przedsiębiorców, którzy muszą sami ocenić, czy ich porozumienie może być faktycznie przedmiotem wyłączenia. W świetle braku delegacji ustawowej, polskie rozporządzenie nie zawiera jednak instrumentu prawnego wycofania wyłączenia, znanego we Wspólnocie i uważanego za zabezpieczenie przed naruszeniami, do których mogłoby dojść w świetle tego uproszczenia¹²².

Mimo, że ww. progi udziału w rynku są stosowane w Polsce od 2002 r. i ich usytuowanie ponownie na tym samym poziomie w nowym w wyłączeniu wertykalnym nie budzi wątpliwości, warto wspomnieć, że szczegółowy, jednolicie sformułowany ilościowy warunek wyłączenia został po raz pierwszy wprowadzony dopiero w dotyczącym właśnie porozumień wertykalnych rozporządzeniu 2790/1999. Wcześniejsze wyłączenia grupowe w ogóle nie zawierały progów¹²³. KE zaproponowała wprowadzenie progów udziału w rynku jako warunku ilościowego wyłączenia w *Green Paper on Vertical Restraints in EC Competition Policy*¹²⁴ i choć w ramach procesu konsultacyjnego jedynie państwa członkowskie miały dość pozytywne zdanie na ich temat¹²⁵, do wprowadzenia progów doszło jednak z uwagi na brak propozycji lepszego rozwiązania.

6.3. Jakościowe warunki wyłączenia (klauzule niedozwolone)

68. Jak wskazano wyżej, w ramach rewizji rozporządzenia z 2002 r. doszło do znaczącego doprecyzowania i obiektywizacji zasięgu przedmiotowego wyłączenia wertykalnego oraz do istotnego ograniczenia zakresu samego rozporządzenia poprzez odejście od dotychczasowego wyliczenia klauzul dozwolonych. Nowe rozporządzenie w dalszym ciągu jednak szczegółowo określa „**klauzule, których występowanie w porozumieniu stanowi naruszenie art. 6 ustawy** (klauzule niedozwolone)” (§ 1 pkt 2). Inaczej mówiąc, porozumienia wertykalne mogą skorzystać w wyłączenia wertykalnego (stać się przedmiotem wyłączenia) na mocy rozporządzenia wyłączającego jedynie pod warunkiem, że cel porozumienia lub istota poszczególnych klauzul zawartych w porozumieniu wertykalnym nie stanowi niedozwolonego ograniczenia konkurencji, wyraźnie określonego w rozporządzeniu (warunek jakościowy wyłączenia).

Jakościowy warunek zastosowania wyłączenia wertykalnego budzi jednak pewne problemy interpretacyjne, wynikające przede wszystkim z nieprecyzyjności terminologii zawartej w delegacji ustawowej posługującej się pojęciem „warunków” wyłączenia równoległe do pojęcia „klauzul” niedozwolonych, które same w sobie stanowią jeden ze specjalnych warunków wyłączenia wertykalnego. Terminologia ta różni się też zasadniczo od pojęć stosowanych w rozporządzeniu 2790/1999, które mówi o „ograniczeniach wertykalnych” różnych w szczególności od „porozumień wertykalnych”, jak również o szerokim pojęciu „zobowiązań” zamiast zastosowanego w Polsce bardziej formalistycznego pojęcia „klauzul”. W rezultacie, w kontekście jakościowych warunków wyłączenia wertykalnego nie można było uzyskać pełnej zgodności nowego polskiego wyłączenia wertykalnego z rozporządzeniem 2790/1999, a co za tym idzie (podobnie

¹²¹ Zob. wytyczne KE w sprawie ograniczeń wertykalnych, pkt 22.

¹²² Tamże.

¹²³ Zob. F. Wijckmans, F. Tuytschaever, A. Vanderelst, *Vertical Agreements...*, op. cit., s. 112.

¹²⁴ COM(96) 721 final, 22 styczeń 1997.

¹²⁵ Dz. U. WE 1998 C 3665/3. Zob. D. Schroeder, *The Green Paper on Vertical Restraints: Beware of Market Share Thresholds*, „ECLR” 1997, Vol. 18, No. 7, s. 430.

jak i w wypadku pojęcia „towar” v. „dobra lub usługi” oraz „grupa kapitałowa” v. „przedsiębiorstwa powiązane”) trzeba w dalszym ciągu bardzo ostrożnie podchodzić do różnic w terminologii używanej w prawie wspólnotowym i polskim.

69. Z treści i interpretacji rozporządzenia wyłączonego, i to zarówno wspólnotowego, jak i polskiego, wynika jednak, że w kontekście jakościowym wykluczone jest skorzystanie z grupowego wyłączenia wertykalnego (niezależnie od potencjalnej możliwości skorzystania z wyjątku spod zakazu art. 6 ust 1. w zw. z art. 8) dwóch zasadniczo różnych kategorii naruszeń zakazu porozumień ograniczających konkurencję.

Polskie rozporządzenie wyłączone określa w pierwszej kolejności, jakie porozumienia wertykalne są niedozwolone ze względu na ich antykonkurencyjną istotę (czyli tzw. obiektywne znaczenie i cel porozumienia¹²⁶), przyjmując przy tym, że o istnieniu antykonkurencyjnego celu porozumienia bezpośrednio świadczy zastosowanie w nim tzw. klauzul najpoważniejszych (*hardcore restrictions*), czyli postanowień umownych, znajdujących się na tzw. czarnej liście niedozwolonych ograniczeń konkurencji (*black-listed provisions*)¹²⁷.

W drugiej kolejności, w rozporządzeniu wyłączającym dla porozumień wertykalnych mowa jest o klauzulach niedozwolonych, które same w sobie nie mogą skorzystać z wyłączenia wertykalnego zawartego w rozporządzeniu, co do których jednak zakłada się, że ich istnienie nie świadczy o fundamentalnie antykonkurencyjnej istocie porozumienia, którego są częścią. W rezultacie, zawarcie w porozumieniu wertykalnym tego typu klauzul nie wyklucza możliwości, by reszta porozumienia stała się przedmiotem wyłączenia, przy założeniu, że klauzule te można oddzielić od reszty porozumienia. Najważniejszą z tych klauzul niedozwolonych jest zakaz konkurencji.

Warto wspomnieć, że relacja pomiędzy praktyką stanowiącą „porozumienie niedozwolone” ze względu na to, że zawiera klauzule czarne, a umieszczeniem w porozumieniu „klauzul niedozwolonych”, przypomina generalną zasadę prawa konkurencji, gdzie zakazowi podlegają tak porozumienia, które mają antykonkurencyjny cel¹²⁸, jak i te, które mają taki skutek, przy czym jeśli porozumienie ma antykonkurencyjny cel, to nie ma potrzeby badania jego skutków. Podobnie, skutki porozumień niedozwolonych (czyli zawierających klauzule o bezwzględnie zabronionym charakterze) w ogóle nie podlegają ocenie w świetle szczegółowych warunków wyłączenia zawartych w rozporządzeniu, ponieważ zakłada się, że mają fundamentalnie antykonkurencyjną istotę¹²⁹. Z drugiej strony, można założyć, że decydujące znaczenie w kontekście stosowania „klauzul niedozwolonych” w ramach porozumień wertykalnych ma nie tyle ich istota (cel), co skala ograniczeń, które im towarzyszą (skutek porozumienia).

70. Za z zasady niedozwolone uznaje się porozumienia, które zawierają **klauzule czarne**. Klauzule (postanowienia umowne), których występowanie w porozumieniu wertykalnym z zasady traktuje się jako niewyłączalne naruszenie art. 6 uokik¹³⁰, są

¹²⁶ Zob. O. Odudu, *Interpreting Article 81(1): Object as Subjective Intention*, „ELRev.” 2001, Vol. 26, No. 60.

¹²⁷ „Cel porozumienia można określić jako wolę jego uczestników wyrażoną w treści określonego dokumentu...”. Zob. decyzję Prezesa UOKiK w sprawie *Polifarb* (s. 37).

¹²⁸ Zob. np. R. Whish, *Competition law*, op. cit., s. 596, który podkreśla różnicę w traktowaniu porozumień, jakie są same w sobie antykonkurencyjne, oraz porozumień, które można uznać za antykonkurencyjne w świetle ich efektów.

¹²⁹ Zob. decyzję Prezesa UOKiK w sprawie *Polifarb* (s. 39) i decyzję Prezesa UOKiK w sprawie *Röben* (s. 23).

¹³⁰ Podnoszone są jednak głosy, że nawet to wyliczenie wprowadza do gospodarki niepotrzebny formalizm biorąc pod uwagę, że te same antykonkurencyjne skutki można osiągnąć za pomocą różnych, często stosowanych kumulatywnie klauzul; Zob. M. Hughes, *The economic assessment...*, op. cit., s. 424.

określone w § 7 polskiego rozporządzenia wyłączającego. Opierając się na doświadczeniach w stosowaniu polskiego prawa antymonopolowego, jak również prawodawstwo i praktykę wspólnotową i poglądy doktryny, polskie rozporządzenie wyłączające wyraźnie stwierdza, że na mocy tego aktu przedmiotem wyłączenia spod zakazu porozumień ograniczających konkurencję zawartego w art. 6 ust. 1 uokik w ogóle nie mogą być porozumienia wertykalne, które mają antykonkurencyjną istotę, czyli które „bezpośrednio lub pośrednio, samodzielnie lub w powiązaniu z innymi okolicznościami zależnymi od stron tych porozumień, mają na celu [przy czym chodzi tutaj o „obiektywny cel, a nie subiektywnie wyobrażenia jego stron o zamiarach czy motywach działania [który wynika] wprost z całokształtu albo przynajmniej z części postanowień umowy ...”¹³¹]: ustalenie ceny odsprzedaży (tzw. klauzule cenowe), terytorialne i podmiotowe ograniczenia sprzedaży (klauzule podziałowe) oraz pewne ograniczenia podmiotowe w dystrybucji selektywnej i odsprzedaży komponentów.

Postanowienia tego typu reprezentują najczęściej przypadki ograniczeń wertykalnych (*hard-core restrictions*), co do których doświadczenie wskazuje, że ich ewentualne pozytywne efekty dla gospodarki z zasady nie mogą przeważać ich skutków negatywnych. Zawarcie postanowień tego typu w jakimkolwiek porozumieniu uznawane jest więc za nieuzasadnione ograniczenie konkurencji w świetle specyfiki i potrzeb danego systemu dystrybucji; tym samym zakłada się, że naruszają one zakaz porozumień ograniczających konkurencję w tak fundamentalny sposób, że z zasady nie mogą skorzystać z wyłączenia wertykalnego (przy czym ich „wyłączenie indywidualne” jest też bardzo mało prawdopodobne). Dlatego też, bezpośrednio zastosowanie klauzul czarnych wyklucza możliwość wyłączenia nie tylko samych klauzul czarnych, ale także całego porozumienia, w którym znajdują się, i to niezależnie od tego, czy spełnione są inne warunki wyłączenia¹³². Stanowisko takie wyrażone zostało także przez Prezesa UOKiK w decyzji w sprawie porozumienia o dystrybucji systemów rynnowych: „[W]yłączenia nie stosuje się także do porozumień wertykalnych w sytuacjach określonych w art. 10 rozporządzenia [chodziło o rozporządzenie wyłączające z 2002 r. – aut.] (tzw. klauzule czarne), tj. porozumień, które bezpośrednio lub pośrednio, samodzielnie lub w powiązaniu z innymi okolicznościami zależnymi od stron tych porozumień, mają na celu lub powodują m.in. ograniczenie prawa nabywcy do ustalania ceny sprzedaży przez narzucenie przez dostawcę minimalnych lub o określonej wysokości (sztywnych) cen sprzedaży towarów objętych porozumieniem. Wystąpienie klauzuli „czarnej” w treści porozumienia pociąga za sobą nieważność całego porozumienia i tym samym brak możliwości zastosowania wyłączenia spod zakazu. Klauzule określone w art. 10 rozporządzenia stanowią bowiem najcięższe ograniczenia konkurencji, których stosowanie jest bezwzględnie zakazane”¹³³.

Zastosowanie w porozumieniu wertykalnym klauzul czarnych bezwzględnie więc eliminuje wobec całego porozumienia możliwość skorzystania z wyłączenia wertykalnego. W rezultacie, z treści rozporządzenia wyłączającego dla porozumień wertykalnych wynika istnienie bezwzględnego zakazu stosowania tego typu klauzul. O postanowieniach umownych tego typu można więc mówić, że mają charakter klauzul bezwzględnie zakazanych ze względu na ich antykonkurencyjną istotę. Warto tu jednak wspomnieć, że bezwzględność zakazu stosowania klauzul czarnych powoduje, że porozumienia wertykalne zawierające postanowienia tego typu w ogóle nie podlegają ocenie co do tego, czy spełniają inne specjalne warunki wyłączenia wertykalnego. Istnienie w porozumieniu

¹³¹ Zob. decyzję Prezesa UOKiK w sprawie *Röben* (s. 27).

¹³² Zob. M. Gambardella, F.M. Salerno, *Vertical Agreements...*, op. cit., s. 199.

¹³³ Zob. decyzja Prezesa UOKiK z dnia 12 kwietnia 2007r. nr RKR-32/2007 *Gamrat i inni*, niepubl., s. 15.

wertykalnym klauzul bezwzględnie zakazanych przynosi efekt podobny do niespełnienia przez porozumienie szczegółowych kryteriów zasięgu przedmiotowego rozporządzenia, jako że porozumienie, które zawiera klauzule zakazane, z góry nie ma szans skorzystać z wyłączenia, a co za tym idzie, w ogóle nie podlega ocenie co do tego, czy spełnia inne warunki wyłączenia.

Podjęcie takie znajduje potwierdzenie w pkt. 46 wytycznych KE w sprawie ograniczeń wertykalnych, który mówi, że art. 4 rozporządzenia 2790/1999 zawiera „wykaz zasadniczych ograniczeń, prowadzących do [wykluczenia] całego porozumienia wertykalnego z zakresu zastosowania rozporządzenia”¹³⁴. Z drugiej jednak strony, w pkt. 66 tych wytycznych czytamy, że rozporządzenie to wyłącza porozumienia „pod warunkiem”, że nie zawiera klauzul czarnych. W końcu, z wytycznych tych wynika także, że ograniczenie konkurencji zakazane ze względu na ich antykonkurencyjną istotę (takie jak narzucenie nabywcy minimalnej ceny odsprzedaży) może nastąpić nie tylko bezpośrednio dzięki zastosowaniu klauzul czarnych, ale też pośrednio¹³⁵ (np. poprzez umowy ustalające marżę dystrybucji¹³⁶, uzależnianie przyznania rabatu lub zwrotu kosztów promocji przez dostawcę od przestrzegania danego poziomu cen, wiązanie wymaganej ceny odsprzedaży z cenami odsprzedaży konkurentów¹³⁷ itp.).

W przypadku, kiedy porozumienie wertykalne wyraźnie zawiera klauzulę czarną, wykluczenie możliwości skorzystania z wyłączenia wertykalnego jest oczywiste; w tego typu sytuacji, istnienie klauzuli czarnej ma dla całego porozumienia skutek podobny do pozostawania poza zasięgiem przedmiotowym rozporządzenia. Kiedy jednak porozumienie wertykalne ma fundamentalnie antykonkurencyjną istotę, lecz wynika ona z treści porozumienia jedynie pośrednio (a można założyć, że takich sytuacji jest więcej, ponieważ przedsiębiorstwa generalnie starają się „ukryć” swoje antykonkurencyjne zamiary), wtedy jego niedopuszczalność nie jest oczywista na pierwszy rzut oka. W rezultacie, porozumienia tego typu muszą być uznawane jako leżące w zasięgu przedmiotowym rozporządzenia po to, aby podlegać ocenie co do spełnienia szczegółowych warunków wyłączenia wertykalnego. Dlatego też, zawarty w § 7 polskiego rozporządzenia wyłączającego wykaz klauzul bezwzględnie zakazanych musi być traktowany jako jakościowy warunek wyłączenia w świetle jego „celowościowego” charakteru.

71. Przykładem klauzul czarnych są **klauzule cenowe**. § 7 pkt 1 rozporządzenia stanowi, że wyłączeniu wertykalnemu nie mogą podlegać porozumienia, które mają na celu „ograniczenie prawa nabywcy do ustalania ceny sprzedaży poprzez narzucenie przez dostawcę minimalnych lub ... sztywnych cen sprzedaży towarów objętych porozumieniem;...” czyli tzw. ustalanie ceny odsprzedaży¹³⁸. Wykluczenie możliwości skorzystania z wyłączenia wertykalnego nie dotyczy jednak porozumień ustanawiających ceny maksymalne, które mogą się stać przedmiotem wyłączenia, o ile spełniają jego wszystkie inne warunki szczegółowe¹³⁹.

Pośrednio rozporządzenie wyłączające określa więc, że za bezwzględnie zakazane należy uznać porozumienie wertykalne mające na celu ustanowienie ceny minimal-

¹³⁴ Pkt 46 wytycznych KE w sprawie ograniczeń wertykalnych mówi o wyłączeniu z zakresu zastosowania, co znaczy „wykluczenie” z zasięgu przedmiotowego wyłączenia.

¹³⁵ Kwestia „pośredniego” nakładania (*indirect imposition*) klauzul czarnych (w tym miejscu dokładniejszym terminem jest *hard-core restrictions*, czyli ograniczeń konkurencji znajdujących się na czarnej liście) została szczegółowo omówiona w wyroku SPI w sprawie T-67/01 *JCB Services v Komisja* (Zb. Orz. 2004, II-49).

¹³⁶ Zob. decyzję KE z dnia 16 Lipca 2003 r. w sprawie *Yamaha COMP/37.975/PO*.

¹³⁷ Np. w decyzji KE w sprawie *Mercedes-Benz* (Dz. U. WE 2002 L257/1).

¹³⁸ Zob. decyzję Prezesa UOKiK w sprawie *Garnat i inni*, niepubl.

¹³⁹ Wyraźnie potwierdzone w sprawie *Nathan-Bricolus* (Dz. U. WE 2001 L 54/1).

nej¹⁴⁰ lub sztywnej¹⁴¹. Dziwi więc, iż w sprawie *Róben* spółka Saint-Gobain Dystrybucja Budowlana Sp. z o.o. argumentowała, że, nawet jeśli do porozumienia wertykalnego doszło, to porozumienie takie korzystałoby z wyłączenia wertykalnego, mimo że niezaprzeczalnym celem praktyki było ustalanie sztywnych cen odsprzedaży, co stanowi wyjątkowo jednoznaczny przykład klauzuli czarnej¹⁴². Ceny minimalne lub sztywne stanowią jednak generalnie klauzulę „narzuconą” dostawcom, co powoduje, że nabywcy mogą próbować argumentować przeciwko istnieniu porozumienia, czyli innymi słowy przeciwko wielostronności tej praktyki (warunek dotyczący zasięgu przedmiotowego wyłączenia)¹⁴³. Zgodnie jednak z doktryną dotyczącą interpretacji pojęcia „nacisków lub bodźców”¹⁴⁴ używanych w tym kontekście w art. 4 lit. a) rozporządzenia 2790/1999, bezwzględny zakaz stosować się będzie zarówno do praktyk narzuconych nabywcy przy użyciu nacisków mających negatywny wymiar, takich jak zagrożenie wstrzymania dostaw, jak i za pomocą bodźców mających bardziej pozytywny wymiar, takich jak przyznanie dodatkowego rabatu¹⁴⁵.

72. Za klauzule czarne uważa się też **klauzule podziałowe**. Zgodnie z § 7 pkt 2, przedmiotem wyłączenia wertykalnego nie mogą być także porozumienia, które mają na celu „ograniczenie obszaru lub kręgu klientów, na które lub którym nabywca może sprzedawać towary objęte porozumieniem ...”, czyli tzw. terytorialne i podmiotowe ograniczenia sprzedaży, ponieważ ograniczają cenową konkurencję w ramach tej samej marki (*intra-brand*) oraz skutkują podziałem rynków i dyskryminacją cenową w szczególności, jeśli ograniczenia takie stosowane są równoległe przez wielu dystrybutorów¹⁴⁶.

Podczas jednak, gdy konieczność zachowania na gruncie krajowym bezwzględnego charakteru podmiotowego zakazu ograniczeń sprzedaży nie budzi wątpliwości¹⁴⁷, trudno jest znaleźć przekonywujące powody dla zachowania bezwzględnego charakteru krajowego zakazu klauzul ustanawiających ograniczenia terytorialne, biorąc pod uwagę, iż krytykowane jest ono nawet na gruncie wspólnotowym¹⁴⁸. Historycznie „czarny” charakter tej klauzuli wynika głównie ze wspólnotowej przesłanki tworzenia wspólnego rynku, która nie ma zastosowania na gruncie krajowym; literatura podkreśla wręcz istnienie znaczących różnic dopuszczalności ograniczeń terytorialnych, tak o charakterze generalnym, jak i specyficznych dla poszczególnych sektorów gospodarki¹⁴⁹.

¹⁴⁰ Zob. decyzję Prezesa UOKiK z dnia 16 marca 2005 r. nr RKT-17/2005 w sprawie *Harry Potter* (porozumienie wydawcy i dystrybutorów hurtowych bestselleru książkowego). Prezes UOKiK nie przychylił się do stanowiska jednego z uczestników postępowania, który stwierdził, że możliwości określenia przez wydawcę ceny detalicznej książki spełnia przesłankę wyłączenia w postaci usprawnienia dystrybucji towarów, pozwała ona bowiem „utrzymać szeroką sieć księgarń niezależnych, a tym samym gwarantuje konsumentowi łatwiejszy dostęp do książek”.

¹⁴¹ Zob. decyzję Prezesa UOKiK w sprawie *Polifarb* (s. 36–37, 49–50).

¹⁴² Zob. stanowisko Saint-Gobain Dystrybucja Budowlana Sp. z o.o. w decyzji Prezesa UOKiK w sprawie *Róben*, s. 12.

¹⁴³ Zob. decyzję Prezesa UOKiK w sprawie *Róben*, s. 11 oraz decyzję Prezesa UOKiK w sprawie *Polifarb* (s. 44), opartą na wyroku ETS w sprawie T-11/89 *Shell International v. Komisja* (Zb. Orz. 1992, II-757).

¹⁴⁴ Zob. np. decyzję KE w sprawie *Volkswagen AG* (Dz. U. WE 2001 L262/14).

¹⁴⁵ Zarówno *Polifarb*, jak i *Róben* stosowały obie formy narzucania cen. Zob. ww. decyzję Prezesa UOKiK.

¹⁴⁶ Zob. E. Misiejuk, *Narzucanie cen odsprzedaży a ochrona konkurencji*, „Problemy Zarządzania” 2004, nr 3(5).

¹⁴⁷ Zob. decyzja Prezesa UOKiK w sprawie *Gamrat i inni*, niepubl. – Prezes UOKiK ostatecznie nie stwierdził w przypadku tego porozumienia podziału rynku, choć analizował w tym kontekście klauzulę porozumień dystrybucyjnych nadającą dystrybutorom „status preferowanego partnera handlowego”.

¹⁴⁸ Zob. F. Wijckmans, F. Tuytschaever, A. Vanderelst, *Vertical Agreements...*, op. cit., s. 165.

¹⁴⁹ Np. w celu uniknięcia problemu *free-riding* (zob. M. Hughes, *The economic assessment...*, op. cit., s. 424) oraz w celu zabezpieczenia, a tym samym zachęcania do inwestowania (Zob. S. Bishop, *E.C. vertical*

W świetle treści art. 6 ust. 1 pkt 3 uokik nie sposób jednak przepisu tego pominąć w wyłączeniu wertykalnym.

Podczas gdy bezwarunkowość zakazu ustalania cen minimalnych i sztywnych jest jednak absolutnie bezwzględna, tak w kontekście wspólnotowym, jak i polskim, gdyż nie przewiduje się żadnej sytuacji, w której pozytywne efekty tego typu klauzul mogłyby przeważać ich negatywne skutki wynikające wprost z ich fundamentalnie antykonkurencyjnej istoty, § 7 pkt 2 nowego rozporządzenia identyfikuje cztery szczególne przypadki, w których porozumienia wertykalne ustanawiające podmiotowe ograniczenia sprzedaży mogą stać się przedmiotem wyłączenia, ponieważ ich istnienie może być uzasadnione albo wręcz konieczne dla zachowania efektywności działania konkretnych systemów dystrybucji.

Wykluczenie możliwości skorzystania z wyłączenia wertykalnego nie dotyczy więc ani samych klauzul ani całych porozumień ustanawiających: „a) ograniczenia aktywnej sprzedaży do określonego obszaru lub określonej grupy klientów zastrzeżonych dla dostawcy lub przydzielonych przez dostawcę innemu nabywcy¹⁵⁰, jeżeli ograniczenia te nie utrudniają klientom nabywcy sprzedaży towarów objętych porozumieniem, b) ograniczenia sprzedaży ostatecznym użytkownikom przez dystrybutora hurtowego, c) ograniczenia dystrybutorom działającym w systemie dystrybucji selektywnej odsprzedaży towarów objętych porozumieniem dystrybutorom nienależącym do tego systemu, d) ograniczenia uprawnienia nabywcy do odsprzedaży towarów objętych porozumieniem, mających charakter komponentów, innym przedsiębiorcom, którzy używaliby ich do produkcji towarów uznawanych za substytuty towarów sprzedawanych przez dostawcę” .

73. Określone są też dwie zakazane klauzule w systemach dystrybucji selektywnej. Skorzystanie z wyłączenia wertykalnego jest wykluczone dla porozumień wertykalnych, które zawierają określone podmiotowe ograniczenia sprzedaży dotyczące systemu dystrybucji selektywnej. Przedmiotem wyłączenia wertykalnego nie mogą więc stać się porozumienia wertykalne, które mają na celu „ograniczenie dystrybutorom detalicznym działającym w systemie dystrybucji selektywnej możliwości prowadzenia sprzedaży użytkownikom ostatecznym ...”; oraz takie, które mają na celu „ograniczenie wzajemnych dostaw między dystrybutorami działającymi w systemie dystrybucji selektywnej, włączając w to dystrybutorów działających na różnych szczeblach obrotu”.

W ramach wyjątku odzwierciedlającego specyfikę systemu dystrybucji selektywnej, § 7 pkt 3 rozporządzenia przewiduje jednak możliwość skorzystania z wyłączenia wertykalnego dla porozumień zakazujących dystrybutorom detalicznym działającym w systemie dystrybucji selektywnej „prowadzenia przez nich sprzedaży w lokalach niespełniających kryteriów określonych w porozumieniu będącym podstawą utworzenia systemu dystrybucji selektywnej”. Tego typu ograniczenie jest bowiem generalnie konieczne dla zapewnienia efektywności funkcjonowania dystrybucji selektywnej, a co za tym idzie, tak sama klauzula tego typu, jak i porozumienie, które ją zawiera, leżą w zasięgu przedmiotowym rozporządzenia wyłączającego, zachowując tym samym możliwość skorzystania z wyłączenia, o ile oczywiście spełniają wszystkie inne specjalne warunki wyłączenia.

74. Za klauzulę czarną uważa się też niektóre postanowienia umowne dotyczące sprzedaży komponentów. § 7 nowego rozporządzenia wyłączającego określa także, że przedmiotem wyłączenia nie mogą stać się porozumienia wertykalne zawierające określone podmiotowe ograniczenia sprzedaży dotyczące dystrybucji komponentów.

restrains guidelines..., op. cit., s. 35). Zob. też S. Pautke, K. Jones, *Competition law limitations for the distribution of pharmaceuticals – rough guide to the new world*, „ECLR” 2005, Vol. 26, No. 1, s. 24.

¹⁵⁰ W poprzednim rozporządzeniu wyłączającym nie było jasne, czy ograniczenie to dotyczy także obszaru.

Z wyłączenia wertykalnego zawartego w rozporządzeniu nie mogą więc skorzystać porozumienia wertykalne, które mają na celu „ograniczenie prawa dostawcy do sprzedaży komponentów będących przedmiotem umowy – jako części zamiennych – użytkownikom końcowym, zakładom naprawczym lub innym usługodawcom, którym nabywca nie powierzył napraw lub serwisowania towarów wyprodukowanych z użyciem tych komponentów”.

75. Obok ww. klauzul czarnych, których zastosowanie wyklucza możliwość wyłączenia całego porozumienia, które je zawiera, rozporządzenie wyłączające dla porozumień wertykalnych ustanawia także pośredni zakaz stosowania trzech **klauzul niedozwolonych**. Podczas jednak, gdy określone w § 7 klauzule czarne reprezentują najcięższe, bezwzględnie niewyłączalne ograniczenia konkurencji, klauzule niedozwolone oznaczają ograniczenia konkurencji (*restrictions of competition*), których negatywne skutki mogą zostać zrównoważone, o ile zakres zastosowania tego typu klauzul zostanie ograniczony (*limitation of scope*) jedynie do tego, co jest konieczne.

Interpretując tym samym rozporządzenie wyłączające w świetle doktryny „celu lub skutku” (*object and effects doctrine*¹⁵¹), zastosowanie w porozumieniu wertykalnym klauzul niedozwolonych wydaje się świadczyć nie tyle o antykonkurencyjnej istocie rozpatrywanej umowy, co o potencjalnej antykonkurencyjności skutków zawartych w niej klauzul¹⁵². O klauzulach niedozwolonych można więc powiedzieć, że nie mogą podlegać wyłączeniu wertykalnemu ze względu na to, że ich skutki stanowią zbyt silne ograniczenie konkurencji (przyjmując, że same w sobie mają tak pozytywne, jak i negatywne skutki, przy czym te ostatnie przeważają). Można więc przyjąć, że jeśli zasięg zastosowania klauzul tego typu zostanie ograniczony, to ich negatywne skutki mogą w praktyce zostać zbalansowane¹⁵³. Kluczową kwestią w ocenie dopuszczalności klauzul niedozwolonych jest więc ograniczenie (w rozumieniu „*limitation*”, a nie „*restriction*”) ich zasięgu zastosowania, np. co do czasu lub podmiotu obowiązywania czy wręcz lokalizacji. O wynikającym z rozporządzenia wertykalnego zakazie stosowania tego typu klauzul można więc mówić, że ma on charakter względny.

Podejście takie znajduje potwierdzenie w treści § 8 ust. 1 pkt 1 rozporządzenia, z którego wynika, że w praktyce wyłączenie jest wykluczone jedynie w przypadku zakazu konkurencji, jeśli jest on nieograniczony, czyli ma zbyt wielką skalę (decydująca jest tu więc siła ograniczenia będącego jego skutkiem, a nie sam jego fakt). Podobnie, § 8 ust. 1 pkt 2 rozporządzenia przewiduje wyłączenie wyłączenia dla klauzul, które skutkowałyby dyskryminacją tylko niektórych konkurentów (decydujący jest skutek dla wybranych podmiotów, nie zaś fakt podmiotowego zakazu odsprzedaży). W końcu, § 8 ust. 1 pkt 3 rozporządzenia wyklucza możliwość wyłączenia zakazu konkurencji po wygaśnięciu umowy w sposób, który uniemożliwiłby ochronę uprawnionych interesów dostawcy (znów decydujący jest tu skutek, a nie sam fakt ustanowienia takiego zakazu).

W odróżnieniu więc od klauzul czarnych, klauzule niedozwolone nie mogą wprawdzie skorzystać z wyłączenia same w sobie, zakłada się jednak, że ich stosowanie nie świadczy o antykonkurencyjnej istocie całego porozumienia, którego są częścią. W rezultacie, stosowanie klauzul niedozwolonych nie wyklucza możliwości wyłączenia dla porozumienia, którego są częścią, przy założeniu, że można je oddzielić od reszty umowy (*severability principle*). W konsekwencji, porozumienia wertykalne zawierające klauzule

¹⁵¹ Zob. R. Whish, *Competition law*, op. cit., s. 110–113.

¹⁵² Zob. decyzję Prezesa UOKiK w sprawie *Gamrat i inni*, niepubl., s. 15.

¹⁵³ R. Whish, *Competition law*, op. cit., s. 618. R. Whish mówi wprost, w kontekście zakazu konkurencji, że art. 5 rozporządzenia 2790/1999 (ang. *limits the permissible maximum duration of such provisions*).

niedozwolone podlegają każdorazowej ocenie co do tego, czy mogą podlegać wyłączeniu (niewątpliwie więc leżą w zasięgu przedmiotowym wyłączenia)¹⁵⁴.

76. Rozporządzenie dokładnie określa skutki stosowania **zakazu konkurowania**. Stosownie do § 8 ust. 1 pkt 1 nowego rozporządzenia, „[w]yłączenia nie stosuje się do klauzul zawartych w porozumieniach wertykalnych, które: 1) bezpośrednio lub pośrednio zakazują konkurowania na czas nieokreślony lub dłuższy niż 5 lat ... ; zakaz konkurowania, który jest w sposób milczący odnawiany po upływie pięciu lat, jest uważany za zawarty na czas nieokreślony...”¹⁵⁵ Przepis ten uznaje tym samym za niedozwolone stosowanie w porozumieniach wertykalnych zakazu konkurowania o nieograniczonym charakterze. Zakaz konkurowania zdefiniowany jest w § 2 pkt 12 rozporządzenia wyłączającego jako „wynikające bezpośrednio lub pośrednio z porozumienia: a) wykluczenie uprawnień nabywcy do wytwarzania, zakupu, sprzedaży lub odsprzedaży towarów uznawanych za substytuty towarów objętych porozumieniem, b) zobowiązanie nabywcy do dokonywania u określonego dostawcy lub przedsiębiorców przez niego wskazanych ponad 80% swoich wszystkich zakupów towarów objętych porozumieniem i towarów uznawanych za ich substytuty, obliczonych na podstawie wartości zakupów dokonanych przez nabywcę w poprzednim roku kalendarzowym”. W tym kontekście warto zauważyć, że nowa definicja odzwierciedla art. 1 pkt b) rozporządzenia 2790/1999. Jednocześnie różni się ona od definicji zawartej w § 2 pkt 8 rozporządzenia z 2002 r., która przez zakaz konkurowania rozumiała „a) wyłączenie uprawnień dostawcy lub nabywcy do ...”, zaś w pkt b) nie mówiła o przedsiębiorcach wskazanych przez dostawcę. Poza ujednoczeniem polskiego rozporządzenia z aktem wspólnotowym, w tym miejscu doszło więc do zmiany terminologicznej z „wyłączenia” na „wykluczenie” w celu uniknięcia wątpliwości pojęciowych oraz ze względu na ewidentnie niewłaściwe pominięcie dostawców.

Uzasadnionym ograniczeniem wertykalnym, czyli ograniczeniem, którego pozytywne skutki dla gospodarki przeważają, będzie jednak zakaz konkurowania (nawet na czas nieokreślony, dłuższy niż 5 lat lub w sposób milczący odnawiany), o ile „nabywca sprzedaje towary objęte porozumieniem w lokalu lub na terenie, których właścicielem, wieczystym użytkownikiem, dzierżawcą lub najemcą jest dostawca lub które dostawca wynajmuje lub dzierżawi od osób trzecich nie związanych z nabywcą, a okres trwania takiego zobowiązania nie przekracza okresu zajmowania przez nabywcę tego lokalu lub terenu po upływie pięciu lat, jest uważany za zawarty na czas nieokreślony”¹⁵⁶. Tego typu ograniczenia zakresu zastosowania zakazu konkurowania czynią go więc klauzulą, która może stać się przedmiotem wyłączenia wertykalnego.

77. Za niedozwolone uznaje się też niektóre **klauzule** zawierane w **porozumieniach o dystrybucji selektywnej**. Klauzulą niedozwoloną nie podlegającą wyłączeniu wertykalnemu jest postanowienie umowne występujące w porozumieniach dotyczących dystrybucji selektywnej, które ogranicza (*restricts*) możliwość sprzedaży towarów tylko niektórym konkurentów dostawcy. § 8 ust. 2 nowego rozporządzenia stanowi, że „[w]yłączenia nie stosuje się do klauzul zawartych w porozumieniach wertykalnych, które: ... 2) bezpośrednio lub pośrednio zakazują dystrybutorom działającym w systemie dystrybucji selektywnej sprzedaży towarów tylko niektórym konkurentów dostawcy.”

¹⁵⁴ Zob. F. Wijckmans, F. Tuytschaever, A. Vanderelst, *Vertical Agreements...*, op. cit., s. 206.

¹⁵⁵ W ten sposób nie będzie można obejść warunku 5 lat poprzez np. zawieranie umów na 3 lata i ich milczące odnawianie.

¹⁵⁶ Kwestia ta została szczegółowo rozpatrzona w głośnej decyzji w sprawie 2036-121 podjętej 1 kwietnia 2003 przez holenderskiego Prezesa Urzędu Konkurencji w sprawie *Royalty v Heineken*; Zob. F. Wijckmans, F. Tuytschaever, A. Vanderelst, *Vertical Agreements...*, op. cit., s. 199.

Podczas więc, gdy nie ulega wątpliwości, że porozumienie ustanawiające system dystrybucji selektywnej mogą być przedmiotem wyłączenia wertykalnego, nawet jeśli zawierają zakaz konkurencji, zmuszający dystrybutorów do nieodsprzedawania generalnie konkurencyjnych marek, to jednak wyłączeniu nie może podlegać sytuacja, kiedy dostawca uniemożliwia swoim dystrybutorom nabywanie konkurencyjnych towarów od wybranych dostawców. Dopuszczalność zakazu konkurencji podlega tym samym na mocy § 8 ust. 2 ograniczeniu (*limits*) do sytuacji, gdy jest stosowana w sposób niedyskryminacyjny. Tego typu postanowienie nie może podlegać wyłączeniu dlatego, aby uniknąć „sytuacji, w której pewna liczba dostawców korzystających z tych samych punktów dystrybucji selektywnej uniemożliwia jednemu konkretnemu konkurentowi lub pewnym konkretnym konkurentom korzystania z tych punktów do dystrybucji ich produktów (wykluczenie konkurującego dostawcy, które stanowiłoby formę zbiorowego bojkotu)”¹⁵⁷.

78. Rozporządzenie reguluje także kwestię ograniczeń stosowanych po wygaśnięciu porozumienia. Stosownie do § 8 ust. 1 nowego rozporządzenia, „[w]yłączenia nie stosuje się do klauzul zawartych w porozumieniach wertykalnych, które: ... bezpośrednio lub pośrednio zakazują nabywcom wytwarzania, zakupu, sprzedaży lub odsprzedaży towarów po wygaśnięciu porozumienia”¹⁵⁸. Klauzulą niedozwoloną niepodlegającą wyłączeniu wertykalnemu jest więc zobowiązanie do niekonkurencji po zakończeniu umowy, o ile zakaz ten ma nieograniczony charakter, gdyż w takim wypadku wywołuje on nieproporcjonalnie antykonkurencyjne skutki.

Skorzyszc z wyłączenia wertykalnego mogą natomiast zobowiązania do niekonkurencji po wygaśnięciu umowy, jeśli są one ograniczone w swoim zastosowaniu do tego, co jest konieczne do uprawnionej ochrony udostępnionego know-how¹⁵⁹. W rezultacie, klauzule nakładające na nabywcę zakaz wytwarzania, zakupu, sprzedaży lub odsprzedaży towarów po wygaśnięciu porozumienia mogą być uzasadnionym ograniczeniem wertykalnym (mogą być przedmiotem wyłączenia), o ile „obowiązki takich klauzul; a) dotyczy towarów uznawanych za substytuty towarów objętych porozumieniem, b) jest ograniczone do lokalu lub obszaru, na którym nabywca prowadzi działalność w trakcie obowiązywania porozumienia oraz c) jest niezbędne do ochrony know-how przekazanego przez dostawcę nabywcy, a czas ich obowiązywania jest ograniczony do jednego roku po wygaśnięciu porozumienia, z wyjątkiem możliwości nałożenia ograniczenia, które nie ma limitu czasowego na używanie i ujawnianie know-how nie stanowiącego własności publicznej”. W takich okolicznościach i o ile inne szczegółowe warunki wyłączenia zostały spełnione, postanowienia takie mogą faktycznie podlegać wyłączeniu, ponieważ mogą stanowić ograniczenia konkurencji uzasadnione specyfiką i potrzebami generalnie dopuszczalnych w ramach rozporządzenia systemów dystrybucji.

7. Podsumowanie i wnioski

79. Z porównania nowego rozporządzenia w sprawie wyłączenia grupowego dla porozumień wertykalnych z treścią odpowiadającego mu rozporządzenia z 2002 r. oraz

¹⁵⁷ Zob. wytyczne KE w sprawie ograniczeń wertykalnych, pkt 61.

¹⁵⁸ W ten sposób nie będzie można obejść warunku ustania wyłączenia w sytuacji wypowiedzenia umowy zawartej na długi okres np. już w pierwszym roku jej obowiązywania, jak to było możliwe na gruncie rozporządzenia z 2002 r.

¹⁵⁹ Zob. wytyczne KE w sprawie ograniczeń wertykalnych, pkt 60.

z treścią obowiązującego w Polsce równoległe wspólnotowego rozporządzenia 2790/1999 widać wyraźnie, iż najistotniejsze zmiany zostały dokonane w jego przepisach ogólnych zawartych w rozdziale pierwszym aktu. W pierwszej kolejności, ograniczeniu uległ zakres samego rozporządzenia poprzez odejście od wyliczenia w nim klauzul dozwolonych, na co wyraźnie zezwoliła nowa delegacja ustawowa zawarta w uokik i co jest zgodne z podejściem zastosowanym w rozporządzeniu 2790/1999 i innymi wyłączeniami grupowymi we WE.

W drugiej kolejności, doprecyzowany został zasięg przedmiotowy rozporządzenia przede wszystkim poprzez rewizję kluczowej dla tego aktu definicji porozumień wertykalnych. W tym kontekście wprowadzono pojęcie przedmiotu porozumienia (treści umowy), przy czym przesłanka „przedmiotu” zastąpiła „cel porozumienia” jako kryterium określające, do jakich porozumień wertykalnych stosować się będzie nowe rozporządzenie. Zmiana ta nie tylko spowodowała zasadniczą obiektywizację zakresu przedmiotowego rozporządzenia, ale w jej wyniku nie ma też wątpliwości, że nowe rozporządzenie znajduje zastosowanie do porozumień, których podstawowym przedmiotem jest zakup towarów przeznaczonych do późniejszego najmu/dzierżawy/leasingu, nie stosuje się jednak ono do umów samego najmu itp., jako że ich głównych przedmiotem nie są warunki kupna, sprzedaży czy odsprzedaży towarów. Dlatego też nie wydawało się tu konieczne zastosowanie rozwiązania wspólnotowego, polegającego na stwierdzeniu *explicite*, że porozumieniami wertykalnymi nie są umowy najmu lub dzierżawy.

Zakres przedmiotowy nowego rozporządzenia uległ także istotnemu rozszerzeniu poprzez zmianę dotychczasowej definicji dystrybucji selektywnej. Rozporządzenie wyłączone z 2002 r. używa dla ich zdefiniowania wąsko rozumianej przesłanki „jakościowe kryteria” doboru członków, podczas gdy w praktyce większość porozumień wertykalnych, które dotyczą warunków dystrybucji selektywnej, oparta jest tak na jakościowych, jak i na ilościowych kryteriach doboru członków. W rezultacie, nowa definicja nie określa, o jakie kryteria doboru chodzi.

Doprecyzowana została także kwestia przedmiotu wyłączenia; nowe rozporządzenie określiło, że z wyłączenia wertykalnego zawartego w akcie skorzystać mogą porozumienia, które spełniają szczególne warunki wyłączenia. W porównaniu do treści rozporządzenia z 2002 r., dodano więc uściślenie, że porozumienia wertykalne mogą się stać przedmiotem wyłączenia jedynie „o ile spełniają szczegółowe warunki określone w rozporządzeniu”.

Zasadniczo nie zmieniło się natomiast podejście nowego rozporządzenia do szczegółowych warunków wyłączenia wertykalnego, wyrażonych w kontekście ilościowym, wyrażonym poprzez próg udziału w rynku stron rozpatrywanego porozumienia (i ich grupy kapitałowej) i w kontekście jakościowym, wyrażonym przez określenie klauzul niedozwolonych. Z analizy doświadczeń polskiego orzecznictwa w kwestii porozumień wertykalnych, zebranych w trakcie obowiązywania rozporządzenia wyłączonego z 2002 r., wynika natomiast wyraźnie, że pominięcie w rozporządzeniu klauzul zakazanych byłoby niewskazane. Mimo że rozporządzenie z 2002 r. nie pozostawia żadnych wątpliwości co do bezwzględności zakazu stosowania klauzul czarnych, i co do faktu, że z wyłączenia nie może skorzystać żadne porozumienie, które je zawiera, niezależnie od tego, jak niski udział w rynku mają jego strony, przedsiębiorcy w dalszym ciągu bezpośrednio lub pośrednio stosują klauzule czarne, w tym przede wszystkim zakazane klauzule cenowe. Dlatego też w pełni uzasadnione wydaje się zachowanie dotychczasowego „sztywnego” podejścia do określenia w rozporządzeniu listy klauzul niedozwolonych.

Konrad Kohutek

Dystrybucja selektywna na gruncie polskich i wspólnotowych regulacji prawa konkurencji

1. Pojęcie dystrybucji selektywnej; reżim prawny

1. Jednym z częściej występujących rodzajów zorganizowanych sieci sprzedaży towarów jest system dystrybucji selektywnej. W praktyce system ów zazwyczaj stosowany jest dla wprowadzania na rynek produktów znanej marki, towarów o zaawansowanej technologii, artykułów prasowych. Wykorzystuje się go także do zbywania pojazdów samochodowych, jak i części zamiennych do tych pojazdów.

Dystrybucję selektywną stanowi system dystrybucji, w którym dostawca bezpośrednio lub pośrednio zobowiązuje się sprzedawać towary objęte porozumieniem jedynie dystrybutorom wybranym według określonych kryteriów, którzy zobowiązują się nie sprzedawać tych towarów dystrybutorom nienależącym do tego systemu. Taka definicja zawarta została w § 2 pkt 5 rozporządzenia Rady Ministrów z dnia 19 listopada 2007 r. w sprawie wyłączenia niektórych rodzajów porozumień wertykalnych spod zakazu porozumień ograniczających konkurencję¹ i w obecnym kształcie stanowi już „pełne odwzorowanie” definicji, jaką przewiduje art. 2 lit. d) rozporządzenia Komisji (WE) nr 2790/1999 z dnia 22 grudnia 1999 r. w sprawie stosowania art. 81 ust. 3 Traktatu do kategorii porozumień wertykalnych i praktyk uzgodnionych². Istotą systemu dystrybucji selektywnej jest nałożenie na strony porozumienia wzajemnych obowiązków (w czym system ów różni się od innego rodzaju ograniczeń wertykalnych, takich jak np. zobowiązanie wyłącznej dostawy³ – również definiowane w rozporządzeniu wyłączającym – zob. § 2 pkt 4). Dystrybucja selektywna skutkuje ograniczeniem liczby uprawnionych dealerów i tym samym możliwości odsprzedaży (co upodabnia ją do dystrybucji wyłącznej). Jednakże w przypadku tego pierwszego rodzaju dystrybucji zredukowanie liczby autoryzowanych sprzedawców („uczestników sieci”) nie jest jednak uzależnione od liczby terytoriów, lecz od kryteriów doboru związanych przede wszystkim z charakterem

¹ Dz. U. z 2007 r., nr 230, poz. 1691; dalej: rozporządzenie wyłączające. W dalszej części artykułu, powołanie się na rozporządzenie bez precyzowania jego tytułu, oznacza, że chodzi o ww. rozporządzenie.

² Dz. U. WE 1999 L 336/21; Dz. U. UE Polskie Wyd. Specjalne, Rozdz. 08, tom 01, s. 364–368; dalej rozporządzenie 2790/1999.

³ Zob. też K. Kohutek, *Komentarz do rozporządzenia Komisji (WE) nr 2790/1999 z dnia 22 grudnia 1999 r. w sprawie stosowania art. 81 ust. 3 Traktatu do kategorii porozumień wertykalnych i praktyk uzgodnionych*, LEX 2008/el.

zbywanego produktu, o czym niżej⁴. Stosowanie dystrybucji selektywnej może zagrażać konkurencji w szczególności przez zmniejszenie konkurencji wewnątrzmarkowej (*intra-brand competition*), a także przez doprowadzenie do zamknięcia rynku (*foreclosure effect*) – w szczególności w razie równoległego stosowania tego rodzaju systemu sprzedaży przez większą ilość dostawców; tzw. efekt skumulowany (*cumulative effect*)⁵.

2. Porozumienia wertykalne oparte na systemie dystrybucji selektywnej nie podlegają szczególnej regulacji prawnej, tj. zwłaszcza odrębnemu rozporządzeniu przewidującemu grupowe wyłączenia z zakazu porozumień ograniczających konkurencję⁶. Odnosi się to zarówno do przepisów prawa polskiego, jak i wspólnotowego. W aktualnym stanie prawnym⁷ wspomniane porozumienia poddane zostały „ogólnemu” reżimowi regulacji antymonopolowych, czyli przede wszystkim **zakazowi porozumień ograniczających konkurencję** (art. 6-8 uokik oraz art. 81 TWE), a także unormowaniom rozporządzeń wyłączających niektóre rodzaje porozumień wertykalnych spod tego zakazu (w niektórych przypadkach porozumienia dystrybucji selektywnej w ogóle nie są traktowane jako ograniczające konkurencję w rozumieniu ww. przepisów). Wyjątek w tym zakresie stanowią porozumienia takiej dystrybucji zawierane w sektorze pojazdów samochodowych. W tym bowiem przypadku obowiązują szczególne rozporządzenia „sektorowe”⁸.

⁴ Zob. pkt 3.2.

⁵ Zob. pkt 184 i 185 wytycznych KE w sprawie ograniczeń wertykalnych (Dz. U. WE 2000 C 291/1; Dz. U. UE Polskie Wyd. Specjalne, rozdz. 8, t. 1, s. 390–433), dalej: wytyczne KE w sprawie ograniczeń wertykalnych. Zob. zwłaszcza pkt 185–198. Komisja prezentuje ekonomiczne aspekty dystrybucji selektywnej, określając wpływ stosowania tego rodzaju ograniczeń wertykalnych na rynek.

⁶ Chodzi tu o zakaz, który w polskim prawie ustanawia art. 6 ust. 1 ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (Dz. U. z 2007 r., nr 50, poz. 331; zm. nr 99, poz. 660; nr 171, poz. 1206), dalej: uokik. W prawie wspólnotowym zakaz taki przewidziano art. 81 ust. 1 Traktat z dnia 27 marca 1957 r. ustanawiający Wspólnotę Europejską (wersja skonsolidowana: Dz. U. WE 2002 C 325, 33), dalej: TWE.

⁷ Przed wydaniem rozporządzenia 2790/1999 obowiązywało kilka rozporządzeń „szczególnych”, tj. odnoszących się do określonego rodzaju dystrybucji:

– Rozporządzenie Komisji (EWG) nr 1983/83 z dnia 22 czerwca 1983 r. o zastosowaniu art. 85 ust. 3 Traktatu Rzymskiego do porozumień dotyczących wyłącznej dystrybucji (Dz. U. EWG 1983 L 173/1; dalej: rozporządzenie 1983/83), w jęz. polskim opublikowane w: I. Wiszniewska, *Reguły konkurencji a transakcje wyłączne*, PHARE: Harmonizacja polskiego prawa antymonopolowego z regulami konkurencji Unii Europejskiej. Reguły konkurencji a wybrane rodzaje porozumień, Urząd Antymonopolowy, Warszawa 1995, s. 225–233;

– Rozporządzenie Komisji (EWG) nr 1984/83 z dnia 22 czerwca 1983 r. w sprawie stosowania art. 85 ust. 3 Traktatu do porozumień dotyczących wyłącznego zakupu (Dz. U. EWG 1983 L 173/5), dalej: rozporządzenie 1984/83; w jęz. polskim opublikowane w: I. Wiszniewska, *Reguły konkurencji a transakcje wyłączne*, op. cit., s. 235–250;

– Rozporządzenie (EWG) nr 4087/88 Komisji z dnia 30 listopada 1988 r. w sprawie zastosowania art. 85 ust. 3 Traktatu do umów franchisingu (Dz. U. EWG 1988 L 359/46), dalej rozporządzenie 4087/88; w jęz. polskim opublikowane w: M. Skrzek, E. Wojtaszek, *Reguły konkurencji a franchising*, PHARE: Harmonizacja polskiego prawa antymonopolowego z regulami konkurencji Unii Europejskiej. Reguły konkurencji a wybrane rodzaje porozumień, Urząd Antymonopolowy, Warszawa 1995, s. 217–230.

⁸ Chodzi tu o rozporządzenie Rady Ministrów z dnia 28 stycznia 2003 r. w sprawie wyłączenia określonych porozumień wertykalnych w sektorze pojazdów samochodowych spod zakazu porozumień ograniczających konkurencję (Dz. U. z 2003 r., nr 122, poz. 1319, ze zm.) oraz rozporządzenie Komisji (WE) nr 1400/2002 z dnia 31 lipca 2002 r. w sprawie stosowania art. 81 ust. 3 Traktatu do kategorii porozumień wertykalnych i praktyk uzgodnionych w sektorze motoryzacyjnym (Dz. U. WE 2002 L 203/30; Dz. U. UE Polskie Wyd. Specjalne, rozdz. 8, t. 2, s. 158), dalej rozporządzenie 1400/2002.

2. Poszerzenie zakresu przedmiotowego pojęcia dystrybucji selektywnej w prawie polskim

3. W aktualnym stanie prawnym polski prawodawca rozszerzył zakres przedmiotowy definicji dystrybucji selektywnej. Na gruncie poprzednio obowiązującego rozporządzenia wyłączającego porozumienia wertykalne⁹, pojęcie dystrybucji selektywnej zawężone było wyłącznie do tej, która opierała się na jakościowych kryteriach selekcji dystrybutorów (zwanych także dealerami). Obecnie status dystrybucji selektywnej podlegającej przepisom rozporządzenia ma zarówno ta, w której dealerzy wybierani są na podstawie kryteriów jakościowych, jak i ta oparta na wszelkiego rodzaju innych (niż jakościowe) kryteriach selekcji; chodzi tu w szczególności o kryteria ilościowe, czy też „mieszane” (tj. zarówno jakościowe, jak i ilościowe). W § 2 pkt 5 rozporządzenia wyłączającego nie wprowadzono już bowiem odnoszącego się do dystrybutorów sformułowania, które stwierdza, iż są oni wybierani według określonych kryteriów jakościowych. Aktualnie wystarczającą cechą przesądzającą o kwalifikacji porozumienia wertykalnego jako opartego na systemie dystrybucji selektywnej, jest **dobór dealerów „tylko” według określonych kryteriów** (analogiczne rozwiązanie obowiązuje w prawie wspólnotowym¹⁰). Powyższa zmiana definicji systemu dystrybucji selektywnej pociąga za sobą istotne skutki prawne w polskim porządku prawa ochrony konkurencji. W jej następstwie możliwe jest bowiem objęcie przepisami krajowego rozporządzenia wyłączającego w zasadzie wszelkich porozumień dystrybucji selektywnej¹¹ (tak jak w prawie wspólnotowym). W poprzednim stanie prawnym z przywileju wyłączenia grupowego nie mogły korzystać te porozumienia, w których dealerzy wybierani byli na podstawie kryteriów ilościowych lub mieszanych.

4. W tym miejscu warto zarazem podkreślić, iż rodzaj kryteriów doboru dealerów ma znaczenie dla kwalifikacji prawnej porozumień opartych na systemie dystrybucji selektywnej.

3. Warunki zgodności z prawem konkurencji porozumień dystrybucji selektywnej

3.1. Uwagi ogólne

5. Jak już wskazano, porozumienia wertykalne oparte na systemie dystrybucji selektywnej podlegają ogólnym unormowaniom prawa konkurencji. Oznacza to, że dla oceny ich zgodności z tym prawem, konieczne jest ustalenie, czy w ogóle stanowią one ograniczenia konkurencji w rozumieniu art. 6 ust. 1 uokik oraz art. 81 ust. 1 TWE; jeśli tak, wówczas – z racji podlegania zakazowi przewidzianemu w powołanych regulacjach

⁹ Rozporządzenie Rady Ministrów z dnia 13 sierpnia 2002 r. w sprawie wyłączenia określonych porozumień wertykalnych spod zakazu porozumień ograniczających konkurencję (Dz. U. z 2002 r., nr 142, poz. 1189, ze zm.).

¹⁰ Zob. art. 1 lit. d) rozporządzenia 2790/1999, w którym mowa jest o wyborze dystrybutorów według określonych kryteriów (ang.: „distributors selected on the basis of specified criteria”; niem.: „Händler (...), die aufgrund festgelegter Merkmale ausgewählt werden“); nie muszą to być zatem wyłącznie kryteria jakościowe.

¹¹ Tj. poza tymi objętymi regulacjami rozporządzenia dotyczącego porozumień w sektorze pojazdów samochodowych.

– konieczne dla wyłączenia spod tego zakazu będzie spełnienie przez dane porozumienie (zawarte w nim postanowienia) warunków ustanowionych w polskim lub wspólnotowym rozporządzeniu, czyli:

- **brak przekroczenia przez udział rynkowy dostawcy** (i grupy kapitałowej, do której należy) **progu 30%** (§ 4 ust. 1 rozporządzenia wyłączonego oraz art. 3 ust. 1 rozporządzenia 2790/1999¹²) oraz
- **brak wprowadzenia do porozumienia, najcięższych ograniczeń konkurencji** (tzw. **klauzul czarnych**); wymieniono je w § 7 rozporządzenia wyłączonego oraz art. 4 rozporządzenia 2790/1999.

6. Z treści przepisów tych rozporządzeń nie wynika obowiązywanie odmiennego reżimu prawnego, w zależności od tego, czy porozumienie oparte jest na jakościowych (*qualitative*), czy też ilościowych (*quantitative*)¹³ kryteriach doboru dystrybutorów. Rozporządzenia te znajdują (mogą znaleźć) zastosowanie do systemu tak jakościowej, jak i ilościowej dystrybucji selektywnej¹⁴. Ze stanowiska Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości (dalej ETS) oraz Komisji Europejskiej (dalej Komisja) wynika jednak, iż zastosowanie określonego rodzaju kryteriów selekcji ma znaczenie na gruncie prawa konkurencji (w zakresie oceny zgodności danego porozumienia z tym prawem). Dlatego też celowym jest osobne rozważenie prawnej problematyki dotyczącej dystrybucji „jakościowej” oraz dystrybucji „ilościowej” i „mieszanej”.

Zważywszy na zbliżone cele, jak i w zasadzie analogiczną konstrukcję regulacji polskiego oraz wspólnotowego prawa konkurencji odnoszących się do porozumień dystrybucji selektywnej, zasadnym jest opieranie się – także w zakresie kwalifikacji dotyczących polskiego prawa – na poglądach Komisji oraz ETS.

3.2. Dystrybucja selektywna oparta na kryteriach jakościowych

7. W dystrybucji selektywnej opartej na kryteriach jakościowych, dystrybutorzy dobierani są według **obiektywnych** czynników związanych z charakterem towaru (usługi) objętego porozumieniem. Wśród jakościowych **kryteriów selekcji** wymienić można w szczególności: odpowiedni standard wykszolenia personelu zajmującego się zbywaniem towarów (usług) kontraktowych; kwalifikacje zawodowe takiego personelu; standard (jakość) urządzeń służących do dystrybucji; asortyment i/lub sprzedawanych towarów¹⁵. Oparcie systemu dystrybucji selektywnej na kryteriach (wyłącznie) jakościowych skutkuje brakiem ustanowienia liczby przedsiębiorców, którzy są lub mogą zostać dopuszczeni do tego systemu („sieci sprzedaży”). Tego rodzaju „**czysto jakościową**” dystrybucję selektywną nie należy w ogóle obejmować zakresem art. 6 ust. 1 uokik oraz art. 81

¹² Zob. też wytyczne KE w sprawie ograniczeń wertykalnych, pkt 186 *in principio*. Zob. też wyrok w sprawie T-88/92 *Leclerc v Komisja* (Zb. Orz. 1996, II-1961). Komisja wskazała, iż zarówno jakościowa, jak i ilościowa **dystrybucja selektywna** jest **zwolniona** (z zakazu z art. 81 ust. 1 TWE) **przez rozporządzenie** o wyłączeniach grupowych **do 30% udziału w rynku** nawet w połączeniu z innymi, niezasadniczymi ograniczeniami wertykalnymi, takimi jak zobowiązanie do niekonkurowania lub dystrybucja wyłączna (*selective distribution is exempted by the Block Exemption Regulation up to 30 % market share, even if combined with other non-hardcore vertical restraints*), z zastrzeżeniem jednak, iż czynna sprzedaż przez uprawnionych dystrybutorów sobie nawzajem lub konsumentom końcowym nie jest ograniczona.

¹³ Takie też kryteria wyróżnione zostały przez Komisję (zob. wytyczne KE w sprawie ograniczeń wertykalnych, pkt 186 *in principio*).

¹⁴ Zob. też F. Wijckmans, F. Tuytschaever, A. Vanderelst, *Vertical agreements in EC competition law*, Oxford 2006, s. 217.

¹⁵ Zob. wytyczne KE w sprawie ograniczeń wertykalnych, pkt 185. Zob. też sprawę T-88/92 *Leclerc v. Komisja* (Zb. Orz. 1996, II-1961).

ust. 1 TWE ze względu na zasadność apriorycznego założenia braku wywoływania przez tego typu porozumienie skutków antykonkurencyjnych. Jednakże warunkiem przyjęcia takiego założenia jest – zdaniem Komisji¹⁶ – konieczność łącznego spełnienia trzech przesłanek.

Po pierwsze, **charakter towaru** (*nature of the product*) kontraktowego musi wymagać systemu dystrybucji selektywnej w tym znaczeniu, iż system taki musi stanowić usprawiedliwiony (uzasadniony) wymóg, uwzględniający charakter danego produktu, konieczność zachowania jego jakości oraz zapewnienia jego właściwego przeznaczenia¹⁷. Przesłanka ta będzie spełniona w szczególności w odniesieniu do takich produktów, jak np. notebooki (względnie inne podzespoły elektroniczne), zegarki o znacznej wartości, luksusowe kosmetyki i perfumy. Warto tu wskazać, iż rozporządzenie pozwala na wyłączenie spod zakazu porozumienia dystrybucyjnego niezależnie od charakteru danego produktu, tj. bez względu na to, czy przedmiotem danego porozumienia będą np. notebooki czy też perfumy¹⁸. Spełnienie omawianej przesłanki może jednak prowadzić do bezprzedmiotowości (niecelowości) stosowania tego rozporządzenia do danego porozumienia¹⁹ (zatem także konieczności spełnienia zawartych w nim warunków).

Po drugie, selekcja dystrybutorów musi odbywać się na podstawie **obiektywnych kryteriów** o charakterze jakościowym (*objective criteria of a qualitative nature*), które stosowane są do wszystkich takich (aktualnych, jak i potencjalnych) dystrybutorów w sposób jednolity oraz niedyskryminujący. Spełnienie obiektywnych kryteriów wiąże się z celem zorganizowanej w ten sposób sieci dystrybucji, czyli zagwarantowaniem odpowiedniego poziomu jakości zbywanych towarów (usług) oraz jakości obsługi nabywców.

Po trzecie wreszcie, wprowadzane kryteria jakościowe muszą być **konieczne** (*necessary*). Warunek konieczności spełniony jest wówczas, gdy stosowane kryteria nie będą wykraczać poza to, co jest niezbędne dla zapewnienia jakości oraz właściwego użytkowania towarów (usług) objętych porozumieniem dystrybucyjnym.

Spełnienie wszystkich tych przesłanek jest równoznaczne z tym, iż określony (w tym potencjalny) dealer będzie mógł zostać niedopuszczony do systemu dystrybucji, a brak takiego dopuszczenia nie będzie mógł zostać uznany jako naruszający regulacje antymonopolowe. Dealerowi takiemu nie będzie zarazem przysługiwać roszczenie o dopuszczenie przeciwko organizatorowi sieci (zazwyczaj dostawcy) wynikające z naruszenia wspomnianych reguł²⁰.

8. Łączne spełnienie ww. przesłanek oznacza również, iż udział rynkowy dostawcy nie będzie musiał być poniżej 30% (jakkolwiek bez uszczerbku dla stosowania art. 9 uokik oraz art. 82 TWE). Należy jednak zaznaczyć, iż przyjęcie braku ograniczenia konkurencji przez czysto jakościowy system dystrybucji selektywnej (tj. spełniający wszystkie trzy powyższe przesłanki) nie dotyczy przypadków tych porozumień dystrybucyjnych,

¹⁶ Zob. wytyczne KE w sprawie ograniczeń wertykalnych, pkt 185.

¹⁷ *The nature of the product in question must necessitate a selective distribution system, in the sense that such a system must constitute a legitimate requirement, having regard to the nature of the product concerned, to preserve its quality and ensure its proper use* (wytyczne KE w sprawie ograniczeń wertykalnych, pkt 185).

¹⁸ Zob. wytyczne KE w sprawie ograniczeń wertykalnych, pkt 185.

¹⁹ Jako że nie będzie wobec danego porozumienia obowiązywać zakaz wynikający z art. 6 ust. 1 uokik oraz art. 81 ust. 1 TWE (stąd nie będzie potrzeby wyłączenia spod tegoż zakazu w drodze rozporządzenia).

²⁰ W. Veelken, w: *Wettbewerbsrecht, EG/Teil 1. Kommentar zur Europäischen Kartellrecht*, red. U. Immenga, E.-J. Mestmäcker, München 2007, s. 1249.

które zawierają **najcięższe ograniczenia konkurencji**²¹. Wprowadzenie tego rodzaju ograniczeń oznacza bowiem intencję jego stron do bezpośredniej, wyraźnej oraz oczywistej ingerencji w mechanizmy konkurencji. Niewłaściwym i niespójnym z ogólnymi regułami konkurencji byłoby więc przyjęcie, iż spełnienie nawet wszystkich ww. przesłanek legalizuje możliwość zamieszczania w porozumieniach wszelkiego rodzaju klauzul antykonkurencyjnych, a zatem także tych najbardziej restrykcyjnych²².

9. Brak spełnienia choćby jednej z ww. przesłanek skutkuje tym, iż do ocenianego porozumienia dystrybucyjnego **zastosowanie znajduje zakaz przewidziany w art. 6 ust. 1 uokik i art. 81 ust. 1 TWE**. W takim przypadku legalność danego porozumienia zasadniczo²³ zależy będzie od spełnienia warunków wyłączenia z tego zakazu zawartych w polskim i/lub **wspólnotowym rozporządzeniu**.

10. Zawarte w wytycznych poglądy Komisji dotyczące kwalifikacji prawnej systemów dystrybucji selektywnej oparte są stanowisku, jakie prezentował ETS w swym orzecznictwie. Trybunał uznał taki rodzaj porozumienia za zgodny ze wspólnotowymi regułami konkurencji, o ile pośrednicy (dystrybutorzy) dobierani są na podstawie obiektywnych kryteriów jakościowych, związanych z kwalifikacjami pośrednika oraz jego pracowników oraz odpowiednimi warunkami, jakim powinny odpowiadać pomieszczenia gospodarcze lub handlowe. Dodatkowo, dla przyjęcia zgodności takiej dystrybucji z prawem wspólnotowym konieczne jest, aby warunki, na podstawie których wyznacza się pośredników (dystrybutorów) były jednolite dla wszelkich potencjalnych pośredników oraz by kryteria stosowane były w sposób niedyskryminujący²⁴. Z powyższego wynika, iż ETS uznał **system dystrybucji selektywnej** (oparty na **obiektywnych kryteriach jakościowych**) jako zasadniczo zgodny z regułami konkurencji, czyli jako **nienaruszający zakazu przewidzianego w art. 81 ust. 1 TWE**. Porozumienia opierające się na takim systemie (nawet jeśli zawierają określone – jakkolwiek niezbędne dla funkcjonowania takiego porozumienia – klauzule antykonkurencyjne) stanowią jeden z wielu przejawów konkurencji, który jest zgodny z powołanym przepisem traktatowym. Porozumienia te są zatem niejako *per se* dopuszczalne, nie wymagając tym samym wyłączenia spod wspomnianego zakazu²⁵ (czy to w drodze wyłączenia grupowego, czy to indywidualnego). Powyższe oznacza zarazem, iż brak spełnienia określonych przesłanek przewidzianych w tym rozporządzeniu (np. dotyczących wielkości udziałów w rynku właściwym dostawcy) nie będzie niejako „automatycznie” prowadzić do zakazu danego porozumienia opartego na systemie dystrybucji selektywnej. Przypomnienia jednocześnie wymaga, iż wskazana – odwołująca się do poglądów ETS – kwalifikacja prawna

²¹ Tego rodzaju ograniczenia zawarto w § 7 rozporządzenia wyłączającego oraz w art. 4 rozporządzenia 2790/1999. Są to np. ograniczenia ustalające minimalne lub sztywne ceny odsprzedaży, klauzule przewidujące terytorialny lub personalny podział rynków, klauzule ustanawiające ograniczenia we wzajemnych dostawach między dealerami w systemie dystrybucji selektywnej.

²² Jednoznaczne (tj. restrykcyjne) stanowisko w przedmiocie najcięższych ograniczeń konkurencji prezentuje polski prawodawca (zob. § 7 rozporządzenia wyłączającego) oraz Komisja – również w odniesieniu do porozumień wertykalnych (zob. zwłaszcza art. 4 rozporządzenia 2790/1999), a także np. wytyczne KE w sprawie ograniczeń wertykalnych, pkt 46, 66, 111, 120. Warto tu zwłaszcza powołać ostatnie zdanie wyrażone w pkt 46 wytycznych, w którym Komisja wskazała, iż indywidualne wyłączenie (*individual exemption*) porozumień wertykalnych zawierających tego rodzaju ograniczenia, jest mało prawdopodobne (zob. też pkt 5 oraz zamieszczony tam schemat).

²³ Możliwe jest bowiem także zalegalizowanie danego porozumienia dystrybucyjnego (które nie spełnia warunków wyłączenia grupowego) w drodze zwolnienia indywidualnego (zob. pkt 5).

²⁴ Sprawa 26/76 *Metro v. Komisja* (Zb. Orz. 1977, 1875).

²⁵ Tamże; zob. też wyrok w sprawach: 107/82 *AEG Telefunken v. Komisja* (Zb. Orz. 1983, 3151) oraz T-88/92 *Leclerc v. Komisja* (Zb. Orz. 1996, II – 1961).

dystrybucji selektywnej odnosi się jedynie do tego „rodzaju” dystrybucji, która oparta jest na kryteriach jakościowych doboru dealerów. Z powołanych orzeczeń Trybunału wynika bowiem, iż tylko takie systemy dystrybucji – a zatem już nie systemy bazujące na kryteriach ilościowych – nie podlegają zakazowi ustanowionemu w art. 81 ust. 1 TWE.

11. Stanowisko ETS (zaprezentowane w orzeczeniach w sprawie *Metro* oraz *AEG Telefunken*) stanowi przejaw zastosowania – w stosunku do oceny prawnej jakościowych systemów dystrybucji selektywnej – **reguły rozsądku** (już w ramach art. 81 ust. 1 TWE, a zatem bez potrzeby odwoływania się do unormowania art. 81 ust. 3 TWE²⁶). Reguła ta zakłada, iż dla ustalenia dopuszczalności (legalności) danego porozumienia konieczne jest dokonanie swego rodzaju bilansu ekonomicznego, tj. porównania korzyści, jakie porozumienie to przynosi (może przynieść) z ograniczeniami konkurencji wywołanymi (lub mogącymi powstać) wskutek jego zawarcia. Gdy wynik omawianego bilansu ekonomicznego jest pozytywny, tj. korzyści z danego porozumienia przeważają (względnie równoważą) jego negatywny wpływ na konkurencję, porozumienie takie nie powinno być zakazane²⁷ (jako że „rozsądnie” ogranicza konkurencję).

Z takim pozytywnym wynikiem wspomnianego bilansu mamy do czynienia również w przypadku dystrybucji selektywnej opartej na kryteriach jakościowych (oraz spełniających trzy ww. przesłanki). Stosowanie takiego systemu przynosi bowiem ogólne korzyści gospodarczo-społeczne, jak w szczególności: zwiększenie efektywności działania systemu, utrzymywanie wysokiej jakości dystrybucji towarów/usług oraz obsługi konsumentów.

3.2. Dystrybucja selektywna oparta na kryteriach ilościowych lub mieszanych

3.2.1. Dystrybucja selektywna oparta na kryteriach ilościowych

12. System dystrybucji selektywnej oparty na **kryteriach ilościowych** charakteryzuje się tym, iż dealerzy dobierani są tylko na podstawie kryteriów ilościowych lub także (tj. obok kryteriów jakościowych) na takich kryteriach (w takim przypadku można mówić o tzw. kryteriach mieszanych).

13. Oczywistą konsekwencją stosowania kryteriów ilościowych jest ograniczenie dostępu do tegoż systemu (sieci sprzedaży); ograniczenie to przejawia się nadto w sposób bardziej bezpośredni²⁸. Ilościowe kryteria selekcji stanowią np. określenie w sposób „sztywny” (lub jako maksymalna) ilości dystrybutorów, którzy mogą uczestniczyć w systemie²⁹; ustalenie minimalnej lub maksymalnej sprzedaży (*minimum or maximum sales*)³⁰; zastrzeżenie, iż sprzedaż produktów dostarczanych przez dostawcę dealerowi

²⁶ Zob. P. Dębowski, *Omówienie wyroku w sprawie Metro I*, w: *Orzecznictwo sądów wspólnotowych w sprawach konkurencji w latach 1964 – 2004*, red. A. Jurkowska, T. Skoczny, Warszawa 2007, s. 141.

²⁷ Zob. D. Miąsik, *Reguła rozsądku w prawie antymonopolowym*, Zakamycze, Kraków 2004, s. 52–58 oraz cytowana tam literatura.

²⁸ Zob. wytyczne KE w sprawie ograniczeń wertykalnych, pkt 185 *in fine*.

²⁹ Tamże. Na takim dokładnie kryterium (liczby uczestników sieci dystrybucji) opiera się definicja „systemu ilościowej dystrybucji selektywnej” zawarta w rozporządzeniu 14000/2002 w sprawie stosowania art. 81 ust. 3 Traktatu do kategorii porozumień wertykalnych i praktyk uzgodnionych w sektorze motoryzacyjnym. Zgodnie z art. 1 lit. g) tego rozporządzenia jest to system, w którym dostawca stosuje kryteria selekcji dystrybutorów lub osób zajmujących się naprawami (samochodów), które bezpośrednio ograniczają ich liczbę.

³⁰ Zob. wytyczne KE w sprawie ograniczeń wertykalnych, pkt 185 *in fine*.

będzie stanowić przynajmniej pewien procent obrotu dealera (*minimum percentage of the dealer's total turnover*)³¹.

14. Dystrybucja selektywna oparta na kryteriach ilościowych podlega bardziej restrykcyjnemu reżimowi prawnemu niż dystrybucja selektywna bazująca na kryteriach jakościowych; w tym drugim przypadku dystrybucja taka (w razie spełnienia stosownych przesłanek) w ogóle nie podlega zakazowi ustanowionemu w art. 81 ust. 1 TWE i art. 6 ust. 1 uokik. Inaczej jest w przypadku „ilościowych” systemów dystrybucji selektywnej. Ustanawiają one większe (niekoniczne ekonomicznie uzasadnione) ograniczenia w dostępie do sieci sprzedaży. Tym samym porozumienia takie **podlegają zakazowi z art. 6 ust. 1 uokik oraz art. 81 ust. 1 TWE**; ich zgodność z prawem konkurencji zależy więc od **spełnienia warunków przewidzianych w rozporządzeniu**³², względnie – w razie konieczności stosowania wyłączenia legalnego (indywidualnego) – spełnienia przesłanek określonych w art. 8 ust. 1 uokik lub art. 81 ust. 3 TWE. Spełnienie tych przesłanek pozwala wyłączyć spod zakazu tego rodzaju porozumienia dystrybucyjne, nawet jeśli obejmują one również inne – jakkolwiek niezasadne – ograniczenia wertykalne (*other non-hardcore vertical restraints*), takie jak np. zobowiązanie do niekonkurowania lub dystrybucja wyłączna, pod warunkiem, że czynna sprzedaż przez uprawnionych dystrybutorów sobie nawzajem lub konsumentom końcowym nie jest ograniczona³³.

15. Podobna kwalifikacja prawna dystrybucji selektywnej bazującej na ilościowych kryteriach doboru dystrybutorów dokonana została przez ETS. Trybunał przyjął, iż dystrybucja ta objęta jest ogólnym zakazem zawierania porozumień antykonkurencyjnych ustanowionym w art. 81 ust. 1 TWE³⁴. Zdaniem Trybunału, zasadnicze kryterium o charakterze ilościowym polegające na zobowiązaniu okresowego dystrybutora (z reguły hurtownika) do osiągnięcia wyznaczonej wielkości obrotu (np. tego porównywalnego z obrotem hurtownika wyspecjalizowanego) nie mieści się w wymogach charakterystycznych dla systemu dystrybucji selektywnej; stąd winno być oceniane na gruncie art. 81 ust. 3 TWE³⁵ (art. 8 ust. 1 uokik). Zaznaczenia wymaga, iż oceną (przynajmniej pośrednio) na gruncie wskazanych przepisów jest także ocena danego porozumienia w kontekście warunków zawartych w rozporządzeniu³⁶.

3.2.2. Dystrybucja selektywna oparta na kryteriach mieszanych

16. Wyżej wspomniano już, iż możliwe jest stosowanie także swego rodzaju pośrednich form dystrybucji ilościowej i jakościowej, czyli równoczesne (tj. w ramach jednego systemu sprzedaży) stosowanie jakościowych, jak i ilościowych kryteriów doboru

³¹ Zob. wytyczne KE w sprawie ograniczeń wertykalnych, pkt 193 *in fine*.

³² Zob. też wytyczne KE w sprawie ograniczeń wertykalnych, pkt 186 *in principio*.

³³ Zob. wytyczne KE w sprawie ograniczeń wertykalnych, pkt 186.

³⁴ Zob. wyrok w sprawie 26/76 *Metro v. Komisja* (Zb. Orz. 1977, 1875); zob. też wyroki w sprawach: 107/82 *AEG Telefunken v. Komisja* (Zb. Orz. 1983, 3151) oraz T-88/92 *Leclerc v. Komisja*. (Zb. Orz. 1996, II-1961).

³⁵ W wyroku w sprawie 26/76 *Metro v. Komisja* ETS stwierdził także, iż nakładanie na dystrybutora zobowiązań w zakresie promocji towarów (usług) producenta wykracza poza jakościowe kryteria doboru dystrybutorów, podlegając tym samym zakazowi zawartemu art. 81 ust. 1 TWE.

³⁶ Spełnienie tych warunków oznacza bowiem domniemanie, iż dane porozumienie spełnia zarazem wszystkie cztery przesłanki zawarte w art. 81 ust. 3 TWE (których „odpowiednikiem” na gruncie polskiego prawa są przesłanki przewidziane w art. 8 ust. 1 uokik). Zob. też U. Schnelle, A. Bartosch, A. Hübner, *Das neue EU-Kartellverfahrensrecht. Auswirkungen der Verordnung (EG) Nr. 1/2003 auf die Kartellrechtpraxis*, Stuttgart, München, Hannover, Berlin, Weimar, Dresden 2004, s. 58.

dealerów³⁷ (tzw. **kryteria mieszane** doboru dystrybutorów). W związku tym, ustalenia wymaga, czy system dystrybucji selektywnej może opierać się wyłącznie na kryteriach ilościowych, czy też konieczne jest tylko łączne stosowanie kryteriów ilościowych wraz z jakościowymi (których to te pierwsze stanowić mogą jedynie uzupełnienie). Przyjęcie tej drugiej alternatywy sugeruje brzmienie pkt 185 *in fine* wytycznych KE w sprawie ograniczeń wertykalnych³⁸. Założenie takie nie jest jednak właściwe. Decydujące znaczenie w tym zakresie mają bowiem unormowania przepisów rozporządzeń definiujących pojęcie dystrybucji selektywnej. Zarówno w art. 1 lit. d) rozporządzenia 2790/1999, jak i w § 2 pkt 5 rozporządzenia wyłączającego mowa jest tylko o określonych kryteriach wyboru dystrybutorów. Oznacza to swobodę przedsiębiorców (zazwyczaj organizatora sieci) w ustalaniu rodzajów kryteriów. Może on więc – wedle swego uznania – oprzeć sieć dystrybucji:

- tylko na kryteriach jakościowych lub
- tylko na kryteriach ilościowych lub
- na kryteriach „mieszanych” (tj. zarówno jakościowych i ilościowych), przy czym bez znaczenia jest zarazem to, które z nich będą przeważać.

Oczywiście rodzaj stosowanych kryteriów selekcji dystrybutorów determinuje ocenę danego systemu dystrybucji na gruncie prawa konkurencji (na co zwracano uwagę wyżej). Także w doktrynie prezentowane jest podobne stanowisko³⁹.

4. Klauzule antykonkurencyjne w systemach dystrybucji selektywnej

4.1. Uwagi ogólne

17. Regulacje krajowego i wspólnotowego rozporządzenia zawierają stosunkowo liczne przepisy odwołujące się do systemu dystrybucji selektywnej. Przepisy te dotyczą przesłanek wyłączenia antykonkurencyjnego porozumienia wertykalnego spod zakazu z art. 6 ust. 1 uokik oraz art. 81 ust. 1 TWE; spełnienie tych przesłanek warunkuje zatem zgodność ocenianego porozumienia z prawem konkurencji.

Rozporządzenia enumeratywnie wymieniają pięć rodzajów **najcięższych ograniczeń konkurencji** (*hardcore restrictions*), tj. takich, których wprowadzenie do porozumienia wertykalnego skutkuje pozbawieniem możliwości wyłączenia z zakazu z art. 6 ust. 1 uokik oraz art. 81 ust. 1 TWE całego takiego porozumienia. Wśród tego rodzaju ograniczeń dwa z nich odnoszą się wprost do dystrybucji selektywnej.

³⁷ Zob. też wytyczne KE w sprawie ograniczeń wertykalnych, pkt 189, gdzie jest mowa o „pośrednich” formach ilościowej dystrybucji selektywnej (*indirect forms of quantitative selective distribution*), które wynikają np. z połączenia czysto jakościowych kryteriów doboru z nałożeniem na dealerów wymogu dokonania minimalnej ilości rocznych zakupów.

³⁸ Zgodnie z treścią tego punktu: „Ilościowa dystrybucja selektywna **dodaje** (pogrubienie aut., K.K.) dalsze kryteria selekcji...” (*Quantitative selective distribution adds further criteria for selection...*).

³⁹ Przyjmuje się, iż dystrybucja selektywna może opierać się wyłącznie na kryteriach ilościowych i będzie ona dopuszczalna, o ile spełnione zostaną inne (ogólne) warunki zwolnienia spod zakazu przewidziane w rozporządzeniu; J.-M. Schultze, S. Pautke, D.S. Wagner, *Die Gruppenfreistellungsverordnung für vertikale Vereinbarungen – Praxiskommentar*, Heidelberg 2001, s. 58. Ponadto także sama Komisja w innym miejscu (niż pkt 185) wytycznych KE w sprawie ograniczeń wertykalnych, wypowiadając się o dystrybucji selektywnej, wymienia zarówno kryteria „czysto jakościowe”, jak i „czysto ilościowe” (zob. pkt 73 *in medio* wytycznych), czyli kryteria ilościowe stosowane samodzielnie.

4.2. Ograniczenie sprzedaży na rzecz ostatecznych użytkowników

18. Pierwszym z nich jest **ograniczenie sprzedaży na rzecz ostatecznych użytkowników przez dystrybutorów detalicznych**⁴⁰. Powołane unormowanie mają generalnie wykluczyć możliwość ograniczenia uprawnienia po stronie sprzedawców detalicznych do zbywania towarów na rzecz użytkowników końcowych, przy czym chodzi tu zarówno o użytkowników będących profesjonalnymi użytkownikami końcowymi⁴¹, jak i typowymi konsumentami. Prawo konkurencji zabrania zatem wprowadzania ograniczeń dla dealerów działających w systemie dystrybucji selektywnej w zakresie doboru ich kontrahentów będących użytkownikami końcowymi (względnie agentami nabywającymi w imieniu tych użytkowników). Celem ustanowienia zakazu wynikającego z powołanych przepisów jest **ochrona konkurencji wewnątrzmarkowej**⁴². Na poziomie sprzedaży detalicznej dystrybutorzy powinni bowiem konkurować nie tylko z innymi markami, ale także w ramach tej samej marki.

19. Przepisy § 7 pkt 3 rozporządzenia wyłączającego oraz art. 4 lit. c) rozporządzenia 2790/1999 dotyczą wyłącznie ograniczeń sprzedaży ostatecznym użytkownikom dokonywanej przez przedsiębiorstwa działające **na detalicznym szczeblu handlu**. Ograniczenia w zbywaniu towarów takim użytkownikom mogą być zatem ustanawiane po stronie dystrybutorów hurtowych; powyższe założenie jest uzasadnione nie tylko na podstawie wnioskowania *a contrario* z ww. przepisów; o dopuszczalności wprowadzenia klauzul przewidujących ograniczenia sprzedaży ostatecznym użytkownikom przez dystrybutora hurtowego stanowi § 7 pkt 2 lit. b) rozporządzenia wyłączającego oraz art. 4 lit. b) tiret 2 rozporządzenia 2790/1999.

Zakaz wynikający z § 7 pkt 3 rozporządzenia wyłączającego oraz art. 4 lit. c) rozporządzenia 2790/1999 dotyczy **zarówno sprzedaży aktywnej, jak i pasywnej** (o czym zresztą wprost stanowi drugi z powołanych przepisów⁴³). Ma on ponadto zastosowanie do wszelkiego rodzaju ograniczeń – zatem zarówno tych bezpośrednich, jak i tylko pośrednich. W szczególności ograniczenia takie mogłyby polegać nie tylko na typowej limitacji terytorialnej lub podmiotowej w zakresie sprzedaży, ale także na ograniczeniach dealera w reklamowaniu swych towarów, jak i zbywaniu ich za pośrednictwem Internetu⁴⁴.

Ustanowiony w § 7 pkt 3 rozporządzenia wyłączającego oraz art. 4 lit. c) rozporządzenia 2790/1999 zakaz stosowania określonych w nim ograniczeń nie jest bezwzględny. W przepisach tych przewidziano wyjątek od tego zakazu. Dopuszcza on **możliwość prowadzenia przez dystrybutorów detalicznych sprzedaży w lokalach niespełniających kryteriów określonych w porozumieniu** będącym podstawą utworzenia systemu dystrybucji selektywnej (czy też – kierując się bardziej ogólnym sformułowaniem zawartym

⁴⁰ Zob. § 7 pkt 3 rozporządzenia wyłączającego oraz art. 4 lit. c) rozporządzenia 2790/1999.

⁴¹ Wskazuje się, iż status użytkownika końcowego (ang. *enduser*; niem. *Endverbraucher*) będą mieć nie tylko osoby fizyczne będące konsumentami, ale również inne jednostki, takie jak: szkoły, szpitale, koszary, a także przedsiębiorstwa (o ile nabycie to następuje w celach „konsumpcyjnych”); J.-M. Schultze, S. Pautke, D.S. Wagner, *Die Gruppenfreistellungsverordnung...*, op. cit., s. 203.

⁴² Zob. wytyczne KE w sprawie ograniczeń wertykalnych, pkt 185 *in principio*.

⁴³ Brak wyraźnego stwierdzenia w § 7 pkt 3 rozporządzenia wyłączającego, iż określone w nim najcięższe ograniczenie konkurencji odnosi się zarówno do sprzedaży aktywnej (zdefiniowanej w § 2 pkt 14 rozporządzenia wyłączającego), jak i pasywnej nie jest konieczne. Oznacza bowiem, iż przepis ten dotyczy właśnie każdego rodzaju sprzedaży. Krajowe rozporządzenie nie zawiera już definicji sprzedaży pasywnej; pojęcie to wyjaśnione zostało w pkt 50 *in fine* wytycznych KE w sprawie ograniczeń wertykalnych.

⁴⁴ Zob. też wytyczne KE w sprawie ograniczeń wertykalnych, pkt 53 *in medio*.

w rozporządzeniu wspólnotowym – możliwością zakazania członkom systemu prowadzenia działalności poza miejscem w tym celu wyznaczonym⁴⁵). Wspomniany wyjątek pozwala więc na nakładanie na dystrybutorów ograniczeń w zakresie wyboru miejsc prowadzenia przez nich działalności (czyli dokonywania sprzedaży towarów); są to tzw. **klauzule ochrony terytorialnej** (ang. *location clauses*; niem. *Platzschutzklauseln*). Klauzule te będą mogły być skonstruowane zarówno „pozytywnie” – przez określenie dealerowi miejsca, w których ma on prowadzić działalność, jak i „negatywnie” – przez określenie dealerowi miejsc, w których nie może prowadzić działalności. W szczególności mogą one zabraniać dopuszczonemu do systemu dystrybucji dealerowi otwierania swych punktów sprzedaży w takich obszarach, aby nie znajdowały się one w pobliżu innego dopuszczonego dystrybutora. Wprawdzie ustalenie, kiedy dany punkt sprzedaży znajduje się w pobliżu innego nie jest jednoznaczne, ale stronom porozumienia pozostawiona została w tej kwestii swoboda uznaniowa. Z uwagi na wyraźne dopuszczenie takich klauzul na mocy § 7 pkt 3 rozporządzenia wyłączającego oraz art. 4 lit. c) rozporządzenia 2790/1999 w rachubę nie wchodzi kontrola ze strony organów antymonopolowych w przedmiocie niezbędności ich wprowadzenia⁴⁶. Następnym wprowadzenia wspomnianych klauzul jest wyłączenie w odniesieniu do określonych dystrybutorów prowadzenia działalności w różnych lokalach (*different premises*) lub tworzenia nowego punktu sprzedaży w innym miejscu (*opening a new outlet in a different location*)⁴⁷. Komisja jako miejsce prowadzenia działalności uznaje także **ruchome punkty sprzedaży** dealera (tzw. sklepy na kołach; ang. *shop on wheels*)⁴⁸.

4.3. Ograniczenie dostaw wzajemnych

20. Drugim rodzajem ograniczenia konkurencji w porozumieniach dystrybucji selektywnej, stanowiącego klauzulę czarną jest **ograniczenie wzajemnych dostaw**, w tym między dystrybutorami działającymi na różnych szczeblach obrotu handlowego (§ 7 pkt 4 rozporządzenia wyłączającego oraz art. 4 lit. d) rozporządzenia 2790/1999). Zakaz wprowadzania tego rodzaju klauzul zapewniać ma możliwość wymiany towarów w obrębie tej samej sieci dystrybucji i tym samym nie utrudniać równoległego importowania towarów między państwami członkowskimi⁴⁹.

Brzmienie powołanych regulacji wskazuje, iż termin „ograniczeń wzajemnych dostaw” interpretować należy w sposób szeroki, przyjmując, iż pojęcie to obejmuje także ograniczenia w dostawach dokonywane między przedsiębiorstwami działającymi na różnych szczeblach obrotu gospodarczego, np. dostawy „zwrotne” (dokonywane przez sprzedawcę detalicznego na rzecz hurtownika), jak również tzw. dostawy skokowe

⁴⁵ Art. 4 lit. c) rozporządzenia 2790/1999 stanowi, iż zawarty w nim zakaz: „nie narusza możliwości zakazania członkom systemu działania poza miejscem wykonywania działalności, które nie zostało dozwolone” (ang. *without prejudice to the possibility of prohibiting a member of the system from operating out of an unauthorised place of establishment*; niem. *dies gilt unbeschadet der Möglichkeit, Mitgliedern des Systems zu verbieten, Geschäfte von nicht zugelassenen Niederlassungen aus zu betreiben*).

⁴⁶ J.-M. Schultze, S. Pautke, D.S. Wagner, *Die Gruppenfreistellungsverordnung...*, s. 251.

⁴⁷ Zob. wytyczne KE w sprawie ograniczeń wertykalnych, pkt 54.

⁴⁸ Stosowanie ruchomych punktów sprzedaży (*mobile outlet*) może dotyczyć zwłaszcza działalności w sektorze sprzedawców lodów lub innego rodzaju mrożonek. W takim przypadku klauzula ochrony terytorialnej może wyznaczać obszar, poza którym ów punkt nie może działać (zob. wytyczne w sprawie ograniczeń wertykalnych, pkt 54).

⁴⁹ J.-M. Schultze, S. Pautke, D.S. Wagner, *Die Gruppenfreistellungsverordnung...*, op. cit., s. 252.

(niem. *Sprunglieferungen*), czyli zwłaszcza te dokonywane przez dostawcę (importera) bezpośrednio na rzecz detalistów (tj. z „przeskoczeniem” szczeblu obrotu hurtowego). Warto tu wskazać, iż klauzulą zakazaną nie jest postanowienie ograniczające sprzedaż ostatecznym użytkownikom przez kupującego działającego na hurtowym szczeblu handlu⁵⁰.

Przepisy § 7 pkt 4 rozporządzenia wyłączającego oraz art. 4 lit. d) rozporządzenia 2790/1999 wykluczać mają wyłączenie lub ograniczenie czynnej lub biernej sprzedaży produktów objętych umową między wybranymi dystrybutorami; dystrybutorzy ci muszą mieć zatem swobodę (*must remain free*) zakupu produktów objętych umową od innych wyznaczonych dystrybutorów **w ramach sieci** (*within the network*) działających na tym samym lub na innym poziomie handlu⁵¹.

Szerokie rozumienie „ograniczenia wzajemnych dostaw” oznacza, że pojęcie to obejmuje ograniczenia zarówno bezpośrednie, jak i tylko o charakterze pośrednim⁵². Niedopuszczalne są zatem nie tylko klauzule, które zakazują dokonywania dostaw na rzecz innego dystrybutora w systemie (np. klauzula obligująca dystrybutora do zbywania towarów wyłącznie na rzecz użytkowników końcowych albo obligująca go do zapatrywania się w produkty wyłącznie u dostawcy), ale także klauzule, które ograniczenia w zakresie dostaw między dealerami w ramach jednego systemu dystrybucji ustanawiać będą jedynie w sposób pośredni (czyli przy wykorzystaniu pewnych bodźców ekonomicznych⁵³).

21. Dystrybucja selektywna nie może być połączona z ograniczeniami wertykalnymi mającymi na celu zmuszenie dystrybutorów do nabywania produktów objętych umową wyłącznie z danego źródła (np. klauzula wyłączności zakupów)⁵⁴. Dopuszczalne są jednak klauzule wprowadzające jako alternatywę obowiązek zapatrywania się przez dystrybutora z określonego źródła (np. postanowienie obligujące dystrybutora do nabywania towarów albo bezpośrednio u dostawcy albo u innego – dopuszczonego do systemu – dealera).

22. Zakazane na mocy § 7 pkt 4 rozp. wertyk. oraz art. 4 lit. d) rozporządzenia 2790/1999 ograniczenia dotyczą **wyłącznie dystrybutorów** (ang. *distributors*; niem. *Händler*)⁵⁵. Powołane przepisy nie mają więc zastosowania do dostawców⁵⁶. Oznacza to, że możliwe jest ustanowienie ograniczeń w dostawach dokonywanych między dostawcą a dystrybutorem, względnie między samymi dostawcami. Przepisy te mają bowiem zapew-

⁵⁰ Wspomniano o tym wyżej, zob. pkt 4.2.

⁵¹ Zob. wytyczne KE w sprawie ograniczeń wertykalnych, pkt 55.

⁵² Zob. też § 7 zdanie wstępne rozporządzenia wyłączającego oraz art. 4 zdanie wstępne rozporządzenia 2790/1999.

⁵³ Czyli np. przyznawanie rabatów, premii upustów za przestrzeganie ograniczeń w zakresie wzajemnych dostaw (zob. też pkt 47 wytycznych w sprawie ograniczeń wertykalnych).

⁵⁴ Zob. pkt 55 wytycznych KE w sprawie ograniczeń wertykalnych.

⁵⁵ Zob. też pkt 55 wytycznych KE w sprawie ograniczeń wertykalnych, w którym mowa jest o „wyznaczonych dystrybutorach”, przy czym chodzić tu może o każdego „rodzaju” dystrybutora, zatem zarówno o importera, hurtownika, jak i sprzedawcę detalicznego. Zgodnie z § 7 pkt 9 rozporządzenia wyłączającego dystrybutorem jest przedsiębiorca kupujący towary objęte porozumieniem z zamiarem ich odsprzedaży na szczeblu hurtowym (dystrybutor hurtowy) lub detalicznym (dystrybutor detaliczny), a także przedsiębiorca zawierającego z dostawcą porozumienie, na podstawie którego dokonuje sprzedaży towarów objętych porozumieniem w imieniu dostawcy.

⁵⁶ Dostawcą jest przedsiębiorca, który sprzedaje nabywcy towary objęte porozumieniem (§ 2 pkt 7 rozporządzenia wyłączającego).

niać wyłącznie swobodę w dokonywaniu dostaw pomiędzy samymi dealerami działającymi w ramach systemu dystrybucji selektywnej⁵⁷.

4.4. Ograniczenie odsprzedaży towarów objętych porozumieniem dystrybutorom nienależącym do tego systemu

23. Jednym z najpoważniejszych ograniczeń konkurencji są klauzule zawężające obszar lub krąg klientów, na którym lub którym nabywca może sprzedawać towary objęte porozumieniem (zob. § 7 pkt 2 rozporządzenia wyłączającego oraz art. 4 lit. b) rozporządzenia 2790/1999). Jednakże klauzule takie są dozwolone w niektórych przypadkach, enumeratywnie wskazanych w rozporządzeniu. Jednym z takich przypadków jest **ograniczenie dystrybutorom działającym w systemie dystrybucji selektywnej odsprzedaży towarów objętych porozumieniem dystrybutorom nie należącym do tego systemu** (zob. § 7 pkt 2 lit. c) rozporządzenia wyłączającego oraz art. 4 lit. b) tiret 3 rozporządzenia 2790/1999). Powyższe przepisy zezwalają zatem na związanie dealerów działających w systemie takiej dystrybucji limitami w zakresie sprzedaży towarów na rzecz podmiotów „spoza sieci”⁵⁸. Kierując się zamieszczoną w rozporządzeniu definicją systemu dystrybucji selektywnej można przyjąć, iż wprowadzenie wskazanych ograniczeń stanowi **niedozwolony element** (cechę konstytutywną) porozumienia handlowego zawieranego w ramach takiego systemu dystrybucji. Ponadto – zdaniem ETS – organizatorowi sieci dystrybucji selektywnej przysługuje **uprawnienie do kontroli** wykonywania wspomnianego zobowiązania (ograniczenia) przez uczestników tej sieci. Uprawnienie takie jest konieczne do utrzymywania dwustopniowej struktury sprzedaży; w przeciwnym bowiem wypadku producent nie mógłby wymagać od autoryzowanych dystrybutorów świadczeń, które są niezbędne do skutecznego działania systemu dystrybucji selektywnej⁵⁹.

Ponieważ § 2 pkt 5 rozporządzenia wyłączającego oraz art. 1 lit. d) rozporządzenia 2790/1999 zawiera „jedynie” definicję systemu dystrybucji selektywnej (nie przesadzając tym samym o dopuszczalności, czy też zakazie wymiany handlowej w takim systemie), konieczne było wprowadzenie regulacji § 7 pkt 2 lit. c) rozporządzenia wyłączającego oraz art. 4 lit. b) tiret 3 rozporządzenia 2790/1999.

5. Podsumowanie

24. Porozumienia oparte na systemie dystrybucji selektywnej są stosunkowo liberalnie taktowane przez regulacje polskiego i wspólnotowego prawa konkurencji. Za takim stwierdzeniem przemawia, po pierwsze, fakt niepodlegania przez takie porozumienia zakazowi ustanowionemu w art. 6 ust. 1 uokik oraz w art. 81 ust. 1 TWE – jednakże w odniesieniu wyłącznie do „czysto” jakościowej dystrybucji selektywnej (nawet jeśli porozumienia takie będą przewidywać określone ograniczenia w sprzedaży bądź działalności ciężące na dystrybutorach⁶⁰). Po drugie, pozostałe rodzaje porozumień dystrybucji

⁵⁷ J.-M. Schultze, S. Pautke, D.S. Wagner, *Die Gruppenfreistellungsverordnung...*, op. cit., s. 255.

⁵⁸ O tym, czy dany dystrybutor jest dopuszczony do sieci (autoryzowany) czy też nieautoryzowany, decyduje spełnienie przezeń określonych kryteriów, na których opiera się system dystrybucji selektywnej.

⁵⁹ Zob. wyrok w sprawie 26/76 *Metro v. Komisja* (Zb. Orz. 1977, 1875).

⁶⁰ Z zastrzeżeniem jednak, iż ograniczenia te nie będą miały statusu *hardcore*.

selektywnej (tj. oparte na kryteriach ilościowych lub mieszanych) mogą zostać wyłączone z zakazu na mocy przepisów rozporządzenia (tj. po spełnieniu przewidzianych w nim warunków). Podkreślenia wymaga, iż brak spełnienia tych warunków (w szczególności przekroczenie przez udział rynkowy dostawcy progu 30%) nie oznacza *per se* naruszenia prawa konkurencji przez oceniane porozumienie dystrybucji selektywnej. W takim bowiem przypadku, dane porozumienie może być uznane za zgodne z tym prawem na mocy tzw. indywidualnego wyłączenia dokonywanego przez samych przedsiębiorców – tj. nie przez uprawniony organ publiczny – tzw. **samoocena** (*self-assessment*⁶¹). Wyłączenie to następuje w drodze niejako „bezpośredniego”⁶² spełnienia przesłanek zawartych w art. 8 ust. 1 uokk oraz w art. 81 ust. 3 TWE. Jako że wszelkie porozumienia wertykalne (w tym te mające charakter dystrybucji selektywnej) nierzadko przynoszą znaczne korzyści gospodarcze, które znajdują swe ekonomiczne (tj. odwołujące się do **efektywności/efficiencies**⁶³) uzasadnienie, istnieje spore prawdopodobieństwo legalnego wyłączenia takich porozumień spod zakazu dzięki spełnieniu wspomnianych przesłanek. Oceny, czy przesłanki te zostały spełnione, dokonują sami przedsiębiorcy; wydanie w tym celu stosownej decyzji organu antymonopolowego nie jest ani konieczne ani nawet możliwe⁶⁴.

25. W celu zobrazowania kwalifikacji prawnej porozumień dystrybucji selektywnej na gruncie polskich oraz wspólnotowych regulacji antymonopolowych, sporządzony został schemat 1.

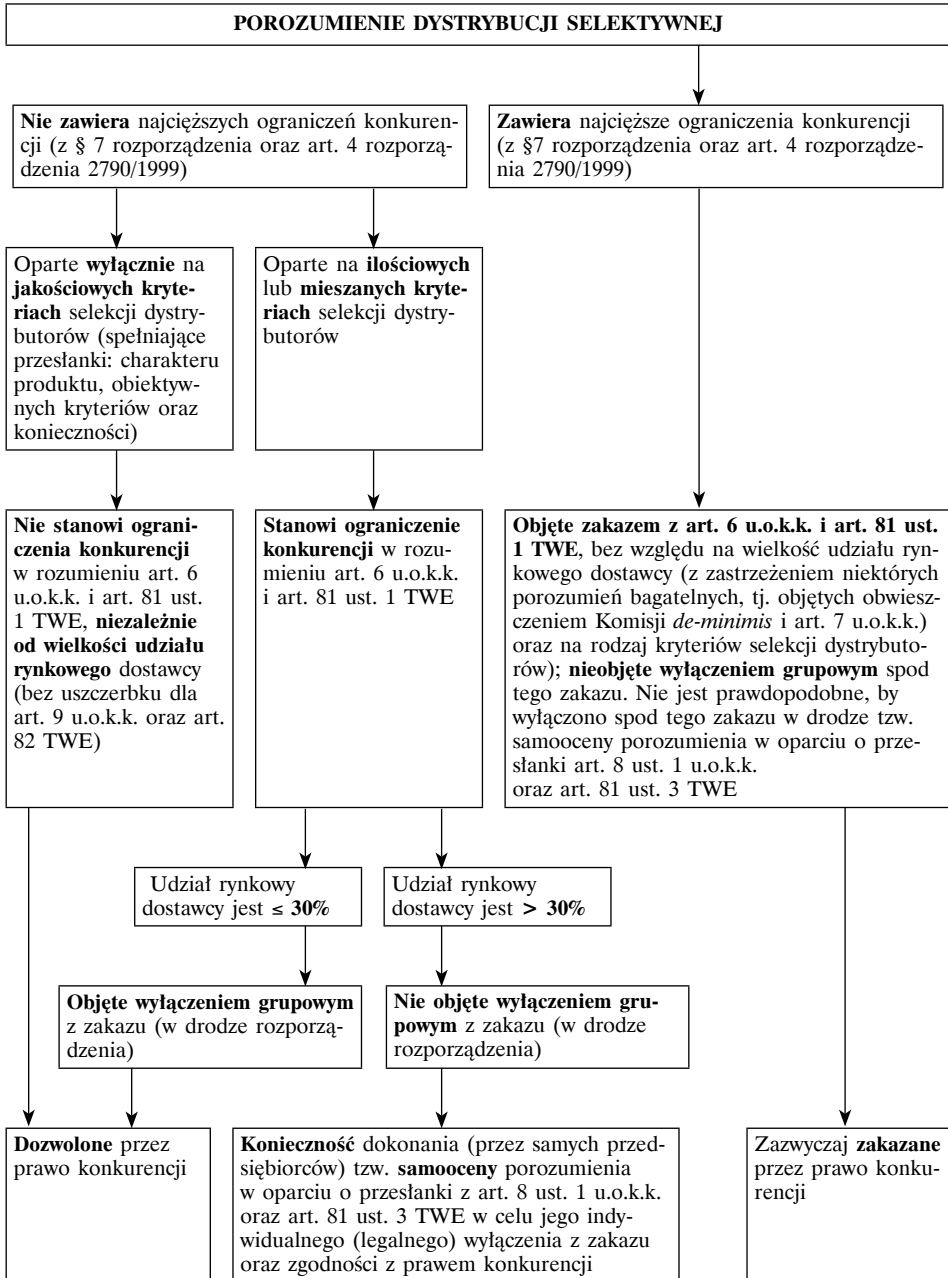
⁶¹ Zob. też D. Hildebrand, *Economic Analyses of Vertical Agreements – A Self – Assessment*, Hague 2005.

⁶² O „pośrednim” spełnieniu tych przesłanek przez antykonkurencyjne porozumienie wertykalne można mówić w razie spełnienia warunków przewidzianych w rozporządzeniu; wspomniano już, iż w takim zaś przypadku zachodzi domniemanie, iż dane porozumienie spełnia zarazem wszystkie cztery przesłanki zawarte w art. 8 ust. 1 uokk oraz art. 81 ust. 3 TWE (zob. przypis 36). Jako że polski ustawodawca – w kształtowaniu treści tych przesłanek – wzorował się na powołanym przepisie Traktatu, brzmienie przesłanek zawarte w powołanych przepisach jest w zasadzie analogiczne.

⁶³ Na temat tego rodzaju „efektywnościach” (korzyściach) wynikających z porozumień antykonkurencyjnych dość szczegółowo wypowiada się Komisja (zob. wytyczne KE w sprawie ograniczeń wertykalnych, pkt 116).

⁶⁴ Zob. art. 8 ust. 1 uokk, z którego wynika, iż indywidualne wyłączenie z zakazu zawartego w art. 6 ust. 1 uokk następuje z mocy prawa (*veba legis*: „Zakazu, o którym mowa w art. 6 ust. 1, nie stosuje się do porozumień, które jednocześnie...”) oraz art. 1 ust. 2 rozporządzenia 1/2003, zgodnie z którym porozumienia, decyzje i praktyki uzgodnione, o których mowa w art. 81 ust. 1 TWE, spełniające warunki określone w art. 81 ust. 3 TWE, nie są zakazane, bez konieczności podejmowania w tym celu uprzedniej decyzji. Przepis ten wprowadza **system (zasadę) bezpośrednio stosowanych wyłączeń** (ang. *directly applicable exception system*; niem. *Legalausnahmesystem*); szerzej o tym. zob. np. K. Kohutek, *Stosowanie art. 81 TWE po reformie wspólnotowego prawa konkurencji (ze szczególnym uwzględnieniem sytuacji przedsiębiorstw)*, „EPS” 2006, nr 3, s. 28–34.

Schemat 1. Kwalifikacja prawna porozumień dystrybucji selektywnej na gruncie polskich oraz wspólnotowych regulacji antymonopolowych



Źródło: opracowanie własne.

Rozporządzenie Komisji (WE) nr 2790/1999
z dnia 22 grudnia 1999 r.
w sprawie stosowania art. 81 ust. 3 Traktatu do kategorii porozumień wertykalnych i praktyk uzgodnionych
(Tekst mający znaczenie dla EOG)

(Dz. U. WE 1999 L 336/21; Dz. U. UE Polskie Wyd. Specjalne, Rozdz. 08, tom 01, s. 364–368)

KOMISJA WSPÓLNOT EUROPEJSKICH,

uwzględniając Traktat ustanawiający Wspólnotę Europejską,

uwzględniając rozporządzenie Rady nr 19/65/EWG z dnia 2 marca 1965 r. w sprawie stosowania art. 85 ust. 3 Traktatu do niektórych kategorii porozumień i praktyk uzgodnionych¹, ostatnio zmienione rozporządzeniem (WE) nr 1215/1999², w szczególności jego art. 1,

po opublikowaniu projektu niniejszego rozporządzenia³,

po konsultacji z Komitetem Doradczym ds. Porozumień Ograniczających Konkurencję i Pozycji Dominującej,

a także mając na uwadze co następuje:

(1) Rozporządzenie nr 19/65/EWG upoważnia Komisję do stosowania art. 81 ust. 3 Traktatu (dawniej art. 85 ust. 3) w formie rozporządzenia do niektórych kategorii porozumień wertykalnych i odpowiadających praktyk uzgodnionych podlegających art. 81 ust. 1.

(2) Zdobyte dotąd doświadczenie umożliwia zdefiniowanie kategorii porozumień wertykalnych, które mogą być traktowane jako spełniające z reguły warunki ustanowione w art. 81 ust. 3.

(3) Kategoria ta obejmuje porozumienia wertykalne dotyczące zakupu lub sprzedaży towarów lub usług, które są zawierane między niekonkurującymi przedsiębiorstwami, między niektórymi konkurentami lub przez niektóre stowarzyszenia sprzedawców detalicznych towarów; obejmuje ona również porozumienia wertykalne zawierające dodatkowe przepisy dotyczące przydzielenia lub korzystania z praw własności intelektualnej; do celów niniejszego rozporządzenia wyrażenie „porozumienia wertykalne” obejmuje odpowiadające praktyki uzgodnione.

(4) W celu stosowania art. 81 ust. 3 w formie rozporządzenia nie jest konieczne szczegółowe określenie tych porozumień wertykalnych, które mogą podlegać art. 81 ust. 1; w indywidualnej ocenie porozumień podlegających art. 81 ust. 1 należy wziąć pod uwagę kilka czynników, w szczególności strukturę rynku po stronie dostawy i zakupu.

(5) Przywilej wyłączenia grupowego powinien być ograniczony do porozumień wertykalnych, w odniesieniu do których można zakładać z wystarczającą pewnością, że spełniają one warunki art. 81 ust. 3.

(6) Porozumienia wertykalne kategorii określonych w niniejszym rozporządzeniu mogą poprawiać efektywność gospodarczą w ramach łańcucha produkcji lub dystrybucji przez ułatwienie lepszej koordynacji między przedsiębiorstwami uczestniczącymi; w szczególności mogą one prowadzić do obniżenia kosztów transakcji i dystrybucji stron porozumienia i do optymalizacji ich poziomów sprzedaży i inwestycji.

(7) Prawdopodobieństwo, że takie wzmacniające efektywność skutki przeważają skutki antykonkurencyjne spowodowane ograniczeniami zawartymi w porozumieniach wertykalnych, zależy od stopnia pozycji rynkowej zaangażowanych przedsiębiorstw i stąd od stopnia, do jakiego te przedsiębiorstwa konkurują z innymi dostawcami towarów lub usług uważanych przez kupującego za wzajemnie zamienne lub substytucyjne z uwagi na ich cechy, ceny i zamierzone przeznaczenie.

(8) Można domniemywać, że gdy udział dostawcy w danym rynku nie przekracza 30%, porozumienia wertykalne, które nie zawierają niektórych rodzajów istotnie antykonkurencyjnych ograniczeń, zasadniczo prowadzą do usprawnienia produkcji lub dystrybucji i przynajmniej konsumentom uczciwy udział w wynikających z nich korzyściach; w przypadku porozumień wertykalnych zawierających zobowiązania

¹ Dz. U. 36 z 6.3.1965, s. 533/65.

² Dz. U. L 148 z 15.6.1999, s. 1.

³ Dz. U. C 270 z 24.9.1999, s. 7.

wylącznej dostawy udział rynkowy kupującego ma znaczenie w określeniu całkowitych skutków takich porozumień wertykalnych na rynku.

(9) Powyżej 30% progu udziałów rynkowych nie można domniemywać, że porozumienia wertykalne objęte zakresem art. 81 ust. 1 zazwyczaj zwiększają obiektywne korzyści takiego rodzaju i rozmiaru, aby rekompensować szkody, jakie wyrządzają one konkurencji.

(10) Niniejsze rozporządzenie nie powinno wyłączać porozumień wertykalnych zawierających ograniczenia, które nie są niezbędne do osiągnięcia wyżej wymienionych pozytywnych skutków; w szczególności porozumienia wertykalne zawierające niektóre rodzaje istotnie antykonkurencyjnych ograniczeń, takich jak minimalne i stałe ceny odsprzedaży, jak również niektóre rodzaje ochrony terytorialnej, powinny być wyłączone z przywileju grupowego wyłączenia ustalonego niniejszym rozporządzeniem, niezależnie od udziałów rynkowych zaangażowanych przedsiębiorstw.

(11) W celu zapewnienia dostępu lub uniemożliwienia zmywy rynkowej z wyłączeniem grupowym muszą być związane określone warunki; w tym celu wyłączenie zobowiązanie niekonkurowania powinno być ograniczone do zobowiązań, które nie przekraczają określonego czasu trwania; z tych samych przyczyn każde bezpośrednie lub pośrednie zobowiązanie nakazujące uczestnikom systemu selektywnej dystrybucji nie sprzedawać produktów określonych konkurujących dostawców powinno być wyłączone z przywileju korzystania z niniejszego rozporządzenia.

(12) Ograniczenie udziału rynkowego, niewyłączenie niektórych porozumień wertykalnych i warunki przewidziane w niniejszym rozporządzeniu zwykle zapewniają, że porozumienia, do których stosuje się wyłączenie grupowe, nie umożliwiają przedsiębiorstwom uczestniczącym wyeliminowania konkurencji w zakresie znacznej części produktów objętych porozumieniem.

(13) W poszczególnych przypadkach, w których porozumienia podlegają niniejszemu rozporządzeniu, niemniej jednak mają skutki niezgodne z art. 81 ust. 3, Komisja może cofnąć przywilej wyłączenia grupowego; może to zdarzyć się w szczególności, gdy kupujący ma znaczącą pozycję rynkową na odnośnym rynku, na którym odsprzedaje się towary lub świadczy usługi, lub gdy sieci równoległe porozumień wertykalnych mają podobne skutki, które istotnie ograniczają dostęp do odnośnego rynku lub konkurencję na nim; takie skumulowane skutki mogą np. powstać w przypadku zobowiązań selektywnej dystrybucji lub zobowiązania niekonkurowania.

(14) Rozporządzenie nr 19/65/EWG upoważnia właściwe władze Państw Członkowskich do wycofania przywileju wyłączenia grupowego, gdy porozumienia wertykalne mają skutki niezgodne z warunkami ustanowionymi w art. 81 ust. 3, jeśli takie skutki są odczuwalne na ich terytorium lub na jego części i jeśli to terytorium ma cechy odrębnego rynku geograficznego; Państwa Członkowskie powinny zapewnić, że wykonywanie uprawnień do wycofania wyżej wymienionego przywileju nie ogranicza jednolitego stosowania na całym obszarze Wspólnego Rynku wspólnotowych zasad konkurencji lub pełnego skutku środków przyjętych w celu wprowadzenia w życie tych zasad.

(15) W celu wzmocnienia nadzoru nad równoległymi sieciami porozumień wertykalnych, które wywołują podobne skutki ograniczające i obejmują więcej niż 50% danego rynku, Komisja może uznać, że niniejszego rozporządzenia nie stosuje się do porozumień wertykalnych zawierających określone ograniczenia dotyczące danego rynku, tym samym przywracając pełne zastosowanie art. 81 do takich porozumień.

(16) Niniejsze rozporządzenie jest bez uszczerbku dla stosowania art. 82.

(17) Zgodnie z zasadą nadrzędności prawa wspólnotowego żaden środek podjęty w zastosowaniu krajowych przepisów konkurencji nie powinien naruszać jednolitego stosowania na całym obszarze Wspólnego Rynku wspólnotowych reguł konkurencji lub pełnego skutku środków przyjętych w celu wprowadzenia w życie tych reguł, włącznie z niniejszym rozporządzeniem,

PRZYJMUJE NINIEJSZE ROZPORZĄDZENIE:

Artykuł 1

Dla celów niniejszego rozporządzenia:

a) „przedsiębiorstwa konkurujące” oznaczają obecnych lub potencjalnych dostawców na rynku tego samego produktu; rynek tego samego produktu obejmuje towary lub usługi, które są uważane przez kupującego za wzajemnie zamiennie lub substytucyjne w stosunku do towarów albo usług kontraktowych z uwagi na ich cechy, ceny i zamierzone przeznaczenie;

- b) „zobowiązanie niekonkurowania” oznacza jakiegokolwiek bezpośrednie lub pośrednie zobowiązanie nakazujące kupującemu nie produkować, nie nabywać, nie sprzedawać bądź nie odsprzedawać towarów lub usług, które konkurują z towarami albo usługami kontraktowymi, bądź jakiegokolwiek bezpośrednie lub pośrednie zobowiązanie dokonywania przez nabywcę u dostawcy albo w innym przedsiębiorstwie wyznaczonym przez dostawcę więcej niż 80% całkowitych zakupów towarów lub usług kontraktowych i ich substytutów na odpowiednim rynku, obliczonych na podstawie wartości jego zakupów w poprzednim roku kalendarzowym;
- c) „zobowiązanie wyłącznej dostawy” oznacza jakiegokolwiek bezpośrednie lub pośrednie zobowiązanie nakazujące dostawcy sprzedawać towary albo usługi określone w porozumieniu tylko jednemu kupującemu wewnątrz Wspólnoty w celach określonego wykorzystania lub odsprzedaży;
- d) „system selektywnej dystrybucji” oznacza system dystrybucji, w którym dostawca zobowiązuje się sprzedawać towary lub usługi kontraktowe albo bezpośrednio, albo pośrednio tylko dystrybutorom wybranym według określonych kryteriów i w którym ci dystrybutorzy zobowiązują się nie sprzedawać tych towarów lub usług nieautoryzowanym dystrybutorom;
- e) „prawa własności intelektualnej” obejmują prawo własności przemysłowej, prawo autorskie i prawa pokrewne;
- f) „know-how” oznacza pakiet nieopatentowanych informacji praktycznych, wywodzących się z doświadczenia i badań przeprowadzanych przez dostawcę, które są niejawne, istotne i identyfikowalne; w tym kontekście przez „niejawne” rozumie się, że know-how, jako całość lub dokładna konfiguracja i montaż jego elementów, nie jest ani powszechnie znane, ani łatwo dostępne; przez „istotne” rozumie się, że know-how obejmuje informacje, które są niezbędne dla nabywcy do użytkowania, sprzedaży lub odsprzedaży kontraktowych towarów lub usług; przez „identyfikowalne” rozumie się, że know-how musi być opisane w wystarczająco zrozumiałym sposobie, umożliwiającym sprawdzenie, czy spełnione są kryteria niejawności i istotności.
- g) „kupujący” obejmuje przedsiębiorstwo, które zgodnie z porozumieniem podlega art. 81 ust. 1 Traktatu, sprzedaje towary lub usługi w imieniu innego przedsiębiorstwa.

Artykuł 2

1. Zgodnie z art. 81 ust. 3 Traktatu oraz niniejszego z zastrzeżeniem przepisów niniejszego rozporządzenia niniejszym uznaje się, że art. 81 ust. 1 nie ma zastosowania do porozumień lub praktyk uzgodnionych zawieranych między dwoma lub większą liczbą przedsiębiorstw, z których każde działa w ramach porozumienia na różnym szczeblu łańcucha produkcji lub dystrybucji i odnoszących się do warunków, zgodnie z którymi strony mogą kupować, sprzedawać i odsprzedawać niektóre towary lub usługi („porozumienia wertykalne”).

Niniejsze wyłączenie stosuje się w zakresie, w jakim takie porozumienia zawierają ograniczenia konkurencji wchodzące w zakres art. 81 ust. 1 („ograniczenia wertykalne”).

2. Wyłączenie przewidziane w ust. 1 stosuje się do porozumień wertykalnych zawieranych między związkiem przedsiębiorstw i jego członkami lub między takim związkiem i jego dostawcami, jeśli tylko wszyscy jego członkowie są sprzedawcami detalicznymi towarów i jeżeli żaden członek związku razem z przedsiębiorstwami powiązanymi nie ma całkowitego rocznego obrotu przekraczającego 50 mln EUR; porozumienia wertykalne zawierane przez takie związki są objęte niniejszym rozporządzeniem bez uszczerbku dla stosowania art. 81 do porozumień poziomych zawieranych między członkami związku lub decyzji wydanych przez związek.

3. Wyłączenie przewidziane w ust. 1 stosuje się do porozumień wertykalnych zawierających przepisy, które odnoszą się do przeniesienia na kupującego praw własności intelektualnej lub korzystania przez niego z takich praw, o ile te przepisy nie stanowią podstawowego przedmiotu takich porozumień i są bezpośrednio związane z używaniem, sprzedażą lub odsprzedażą towarów albo usług przez kupującego lub jego klientów. Wyłączenie stosuje się pod warunkiem, że w odniesieniu do kontraktowych towarów lub usług przepisy te nie zawierają ograniczeń konkurencji mających ten sam cel lub skutek jak ograniczenia wertykalne, które nie są wyłączone na podstawie niniejszego rozporządzenia.

4. Wyłączenie przewidziane w ust. 1 nie ma zastosowania do porozumień wertykalnych zawieranych między konkurującymi przedsiębiorstwami; jednakże stosuje się je, gdy przedsiębiorstwa konkurujące zawierają porozumienie wertykalne o charakterze niewzajemnym oraz:

- a) kupujący ma całkowity roczny obrót nieprzekraczający 100 mln EUR; lub
- b) dostawca jest producentem i dystrybutorem towarów, podczas gdy kupujący jest dystrybutorem nieprodukcującym towarów konkurujących z towarami kontraktowymi; lub
- c) dostawca zapewnia usługi na poszczególnych szczeblach obrotu handlowego, podczas gdy kupujący nie świadczy usług konkurencyjnych na szczeblu obrotu handlowego, na którym nabywa usługi kontraktowe.

5. Niniejsze rozporządzenie nie ma zastosowania do porozumień wertykalnych, których przedmiot wchodzi w zakres innego rozporządzenia o wyłączeniu grupowym.

Artykuł 3

1. Z zastrzeżeniem ust. 2 niniejszego artykułu, wyłączenie przewidziane w art. 2 stosuje się pod warunkiem, że udział dostawcy w odnośnym rynku, na którym sprzedaje on towary lub usługi kontraktowe, nie przekracza 30%.

2. W przypadku porozumień wertykalnych zawierających zobowiązania wyłącznej dostawy wyłączenie przewidziane w art. 2 stosuje się pod warunkiem, że udział kupującego w odnośnym rynku, na którym nabywa on towary lub usługi kontraktowe, nie przekracza 30%.

Artykuł 4

Wyłączenie przewidziane w art. 2 nie ma zastosowania do porozumień wertykalnych, które bezpośrednio lub pośrednio, oddzielnie lub w połączeniu z innymi czynnikami pod kontrolą stron, mają na celu:

a) ograniczenia uprawnienia kupującego do ustalania jego cen sprzedaży, nie naruszając możliwości narzucania przez dostawcę maksymalnej ceny sprzedaży lub zalecanej ceny sprzedaży, pod warunkiem że nie są one równe ze stałą lub minimalną ceną sprzedaży wynikającą z nacisku lub bodźców stwarzanych przez strony;

b) ograniczenie terytorium lub klientów, na które bądź którym kupujący może sprzedawać towary lub usługi kontraktowe, z wyjątkiem:

- ograniczenia aktywnej sprzedaży do wyłącznego terytorium lub wyłącznej grupy klientów zarezerwowanej dla dostawcy lub przydzielonej przez dostawcę innemu kupującemu, gdy takie zastrzeżenie nie ogranicza sprzedaży klientom kupującego,

- ograniczenia sprzedaży ostatecznym użytkownikom przez kupującego działającego na hurtowym szczeblu handlu,

- ograniczenia sprzedaży nieautoryzowanym dystrybutorom przez uczestników systemu selektywnej dystrybucji, oraz

- ograniczenia uprawnienia kupującego do sprzedawania komponentów dostarczonych w celach włączenia klientom, którzy użyliby ich do produkcji tego samego rodzaju towarów, jak te wyprodukowane przez dostawcę;

c) ograniczenie aktywnej lub pasywnej sprzedaży ostatecznym użytkownikom przez członków systemu selektywnej dystrybucji działających na detalicznym szczeblu handlu, nie naruszając możliwości zakazania członkom systemu działania poza miejscem, które nie zostało dozwolone, wykonywania działalności;

d) ograniczenie wzajemnych dostaw między dystrybutorami w obrębie systemu selektywnej dystrybucji, w tym między dystrybutorami działającymi na różnych szczeblach handlu;

e) ograniczenie uzgodnione między dostawcą komponentów i kupującym, który łączy te komponenty, ograniczające dostawcę do sprzedaży komponentów jako części zamiennych ostatecznym użytkownikom lub warsztatom albo innym usługodawcom w zakresie tych części, którym kupujący nie powierzył naprawy lub obsługi dotyczącej jego towarów.

Artykuł 5

Wyłączenie przewidziane w art. 2 nie ma zastosowania do następujących zobowiązań zawartych w porozumieniach wertykalnych:

a) jakiegokolwiek bezpośredniego lub pośredniego zobowiązania niekonkurowania, którego czas trwania jest nieokreślony lub przekracza pięć lat. Zobowiązanie niekonkurowania, które jest w sposób milczący odnawiane po upływie pięciu lat, jest uważane za zawarte na czas nieokreślony. Jednakże okres pię-

ciu lat nie ma zastosowania, gdy towary lub usługi kontraktowe są sprzedawane przez kupującego w pomieszczeniach i na terenie będących własnością dostawcy lub dzierżawionych przez niego od stron trzecich, niezwiązanych z nabywcą, pod warunkiem że czas trwania zobowiązania niekonkurowania nie przekroczy okresu zajmowania pomieszczeń i terenu przez kupującego;

b) jakiegokolwiek bezpośredniego lub pośredniego zobowiązania nakazującego kupującemu po wygaśnięciu porozumienia nie produkować, nie nabywać, nie sprzedawać lub nie odsprzedawać towarów albo usług, chyba że takie zobowiązanie:

- odnosi się do towarów lub usług, które konkurują z towarami albo usługami kontraktowymi, oraz
- jest ograniczone do pomieszczeń i terenu, na którym kupujący działał w czasie trwania porozumienia, oraz

- jest niezbędne do ochrony know-how przekazanego przez dostawcę kupującemu,

i pod warunkiem że czas trwania takiego zobowiązania niekonkurowania jest ograniczony do okresu jednego roku po wygaśnięciu porozumienia; zobowiązanie to nie narusza możliwości nałożenia ograniczenia, które nie ma limitu czasowego na używanie i ujawnienie know-how niestanowiącego własności publicznej;

c) jakiegokolwiek bezpośredniego lub pośredniego zobowiązania nakazującego członkom systemu selektywnej dystrybucji nie sprzedawać produktów określonych konkurujących dostawców.

Artykuł 6

Komisja może wycofać przywilej wynikający z niniejszego rozporządzenia na podstawie art. 7 ust. 1 rozporządzenia nr 19/65/EWG, jeżeli uzna w konkretnym przypadku, że porozumienia wertykalne, do których stosuje się niniejsze rozporządzenie wywołują jednak skutki niezgodne z warunkami ustanowionymi w art. 81 ust. 3 Traktatu, w szczególności, jeśli dostęp do odnośnego rynku lub konkurencja na nim jest znacząco ograniczona przez skumulowany efekt równoległych sieci podobnych ograniczeń wertykalnych stosowanych przez konkurujących dostawców lub nabywców.

Artykuł 7

Jeżeli w konkretnym przypadku porozumienia wertykalne, do których stosuje się wyłączenie przewidziane w art. 2, wywołują skutki niezgodne z warunkami ustanowionymi w art. 81 ust. 3 Traktatu na terytorium Państwa Członkowskiego lub jego części, które ma wszystkie cechy odrębnego rynku geograficznego, właściwe władze tego Państwa Członkowskiego mogą wycofać przywilej stosowania niniejszego rozporządzenia w odniesieniu do tego terytorium, na tych samych warunkach jak ustanowione w art. 6.

Artykuł 8

1. Na podstawie art. 1 rozporządzenia nr 19/65/EWG Komisja może w formie rozporządzenia uznać, że jeśli sieci równoległe podobnych ograniczeń wertykalnych obejmują więcej niż 50% odnośnego rynku, niniejsze rozporządzenie nie ma zastosowania do porozumień wertykalnych zawierających specyficzne ograniczenia odnoszące się do tego rynku.

2. Rozporządzenia przyjętego na mocy ust. 1 nie stosuje się wcześniej niż sześć miesięcy po jego przyjęciu.

Artykuł 9

1. Przewidziany w art. 3 ust. 1 30% udział rynkowy oblicza się na podstawie wartości sprzedaży na rynku towarów lub usług kontraktowych i innych towarów albo usług sprzedawanych przez dostawcę, które są uważane przez kupującego za wzajemnie zamienne lub substytucyjne z uwagi na ich cechy, ceny i zamierzone przeznaczenie; jeśli dane dotyczące wartości sprzedaży rynkowej nie są dostępne, do określenia udziału rynkowego danego przedsiębiorstwa mogą być zastosowane szacunki oparte na innych wiarygodnych informacjach rynkowych, w tym na wielkości sprzedaży. Dla celów art. 3 ust. 2 do obliczenia udziału rynkowego wykorzystuje się albo rynkową wartość zakupu, albo jej oszacowanie.

2. Do celów stosowania progu udziałów rynkowych przewidzianego w art. 3 stosuje się następujące zasady:

a) udział rynkowy oblicza się na podstawie danych odnoszących się do poprzedniego roku kalendarzowego;

- b) udział rynkowy obejmuje towary lub usługi dostarczone na potrzeby sprzedaży zintegrowanym dystrybutorom;
- c) jeżeli początkowo udział rynkowy jest nie większy niż 30%, ale później wzrośnie powyżej tego poziomu, nie przekraczając 35%, wyłączenie przewidziane w art. 2 stosuje się przez okres dwóch kolejnych lat po roku, w którym pierwszy raz przekroczono 30% próg udziałów rynkowych;
- d) jeżeli początkowo udział rynkowy jest nie większy niż 30%, ale później wzrośnie powyżej 35%, wyłączenie przewidziane w art. 2 stosuje się przez okres jednego roku kalendarzowego po roku, w którym pierwszy raz przekroczono 35% poziom udziału rynkowego;
- e) korzyść z lit. c) i d) nie może być połączona tak, aby trwała dłużej niż przez okres dwóch lat kalendarzowych.

Artykuł 10

1. Dla celów obliczenia całkowitego obrotu rocznego w rozumieniu art. 2 ust. 2 i 4 sumuje się obrót osiągnięty w poprzednim roku obrachunkowym przez odnośną stronę porozumienia wertykalnego i obrót osiągnięty przez związane z nią przedsiębiorstwa w związku z wszystkimi towarami i usługami, wyłączając wszystkie podatki i inne opłaty. W tym celu nie bierze się pod uwagę transakcji między stroną porozumienia wertykalnego i związanymi z nią przedsiębiorstwami lub między tymi powiązаныmi przedsiębiorstwami.
2. Wyłączenie przewidziane w art. 2 stosuje się nadal, jeżeli w okresie dwóch kolejnych lat obrachunkowych próg całkowitego rocznego obrotu jest przekroczony o nie więcej niż 10%.

Artykuł 11

1. Dla celów niniejszego rozporządzenia wyrażenia „przedsiębiorstwo”, „dostawca” i „kupujący” obejmują odpowiednio ich przedsiębiorstwa powiązane.
2. „Przedsiębiorstwami powiązаныmi” są:
 - a) przedsiębiorstwa, w których strona porozumienia bezpośrednio lub pośrednio:
 - jest uprawniona do korzystania z więcej niż połowy głosów, lub
 - jest uprawniona do mianowania więcej niż połowy członków rady nadzorczej, zarządu lub organów prawnie reprezentujących przedsiębiorstwo, lub
 - ma prawo zarządzać działalnością przedsiębiorstwa;
 - b) przedsiębiorstwa, które bezpośrednio lub pośrednio mają w stosunku do jednej ze stron porozumienia prawa lub uprawnienia wymienione w lit. a);
 - c) przedsiębiorstwa, w których przedsiębiorstwo określone w lit. b) ma bezpośrednio lub pośrednio prawa lub uprawnienia wymienione w lit. a);
 - d) przedsiębiorstwa, w których strona porozumienia wspólnie z przedsiębiorstwem lub przedsiębiorstwami określonymi w lit. a), b) lub c) albo w których dwa albo więcej przedsiębiorstw posiadają wspólnie prawa lub uprawnienia wymienione w lit. a);
 - e) przedsiębiorstwa, w których prawa lub uprawnienia wymienione w lit. a) posiadają wspólnie:
 - strony porozumienia lub odpowiednio ich przedsiębiorstwa powiązane określone w lit. a)–d) lub
 - jedna lub więcej stron porozumienia albo jedno lub więcej ich przedsiębiorstw powiązanych określonych w lit. a)–d) oraz jedna lub więcej stron trzecich.
3. Do celów art. 3 udział rynkowy przedsiębiorstw określonych w ust. 2 lit. e) niniejszego artykułu wyznaczany jest jednakowo dla każdego przedsiębiorstwa posiadającego prawa i uprawnienia wymienione w ust. 2 lit. a).

Artykuł 12

1. Wyłączenia przewidziane w rozporządzeniach Komisji (EWG) nr 1983/83⁴ [4], (EWG) nr 1984/83⁵ oraz (EWG) nr 4087/88⁶ [6] stosuje się nadal do dnia 31 maja 2000 r.

⁴ Dz. U. L 173 z 30.6.1983, s. 1.

⁵ Dz. U. L 173 z 30.6.1983, s. 5.

⁶ Dz. U. L 359 z 28.12.1988, s. 46.

2. Zakaz ustanowiony w art. 81 ust. 1 Traktatu UE nie ma zastosowania w okresie od dnia 1 czerwca 2000 r. do dnia 31 grudnia 2001 r. w odniesieniu do porozumień, które obowiązywały w dniu 31 maja 2000 r. i które nie spełniają warunków wyłączenia przewidzianych w niniejszym rozporządzeniu, ale spełniają warunki wyłączenia przewidziane w rozporządzeniu (EWG) nr 1983/83, (EWG) nr 1984/83 lub (EWG) nr 4087/88.

Artykuł 13

Niniejsze rozporządzenie wchodzi w życie z dniem 1 stycznia 2000 r.

Niniejsze rozporządzenie stosuje się od dnia 1 czerwca 2000 r., z wyjątkiem art. 12 ust. 1, który stosuje się od dnia 1 stycznia 2000 r.

Niniejsze rozporządzenie traci moc z dniem 31 maja 2010 r.

Niniejsze rozporządzenie wiąże w całości i jest bezpośrednio stosowane we wszystkich Państwach Członkowskich.

Sporządzono w Brukseli, dnia 22 grudnia 1999 r.

W imieniu Komisji
Mario Monti
Członek Komisji

Obwieszczenie Komisji
Wytyczne w sprawie ograniczeń wertykalnych
(2000/C 291/01)

(Dz. U. WE 2000 C 291/1; Dz. U. UE Polskie Wyd. Specjalne, Rozdz. 08, tom 01, s. 390–433)

SPIS TREŚCI

I. WSTĘP: 1–7

1. Cel wytycznych: 1–4
2. Możliwość zastosowania art. 81 do porozumień wertykalnych: 5–7

II. POROZUMIENIA WERTYKALNE, KTÓRE ZASADNICZONIE SĄ OBJĘTE ART. 81 UST. 1: 8–20

1. Porozumienia o mniejszym znaczeniu i MSP: 8–11
2. Umowy agencyjne: 12–20

III. ZASTOSOWANIE ROZPORZĄDZENIA O WYŁĄCZENIACH GRUPOWYCH: 21–70

1. Bezpieczna przystań stworzona przez rozporządzenie o wyłączeniach grupowych: 21–22
2. Zakres zastosowania rozporządzenia o wyłączeniach grupowych: 23–45
3. Zasadnicze ograniczenia na mocy rozporządzenia o wyłączeniach grupowych: 46–56
4. Warunki przewidziane rozporządzeniem o wyłączeniach grupowych: 57–61
5. Brak domniemania sprzeczności z prawem odnośnie do porozumień nieobjętych rozporządzeniem o wyłączeniach grupowych: 62
6. Brak potrzeby zgłoszeń zapobiegawczych: 63–65
7. Podzielność: 66–67
8. Gama produktów dystrybuowanych w tym samym systemie dystrybucji: 68–69
9. Okres przejściowy: 70

IV. WYCOFANIE WYŁĄCZENIA GRUPOWEGO I ZANIECHANIE STOSOWANIA ROZPORZĄDZENIA O WYŁĄCZENIACH GRUPOWYCH: 71–87

1. Procedura wycofania: 71–79
2. Zaniechanie stosowania rozporządzenia o wyłączeniach grupowych: 80–87

V. DEFINICJA RYNKU I ZAGADNIENIA ZWIĄZANE ZOBLICZANIEM UDZIAŁU W RYNKU: 88–99

1. Obwieszczenie Komisji w sprawie definicji rynku właściwego: 88
2. Rynek właściwy dla obliczenia 30% udziału w rynku na mocy rozporządzenia o wyłączeniach grupowych: 89–95
3. Rynek właściwy w przypadku indywidualnych ocen: 96
4. Obliczanie udziału w rynku na mocy rozporządzenia o wyłączeniach zbiorowych: 97–99

VI. POLITYKA STOSOWANIA PRAWA W INDYWIDUALNYCH PRZYPADKACH: 100–229

1. Ramy analizy: 103–136
 - 1.1. Negatywne skutki ograniczeń wertykalnych: 103–114
 - 1.2. Pozytywne skutki ograniczeń wertykalnych: 115–118
 - 1.3. Ogólne zasady oceny ograniczeń wertykalnych: 119
 - 1.4. Metodologia analizy: 120–136
 - 1.4.1. Czynniki istotne dla oceny na mocy art. 81 ust. 1: 121–133
 - 1.4.2. Czynniki istotne dla oceny na mocy art. 81 ust. 3: 134–136
2. Analiza konkretnych ograniczeń wertykalnych: 137–229
 - 2.1. Ujednocnianie marki: 138–160
 - 2.2. Dystrybucja wyłączna: 161–177
 - 2.3. Wyłączny przydział klientów: 178–183

- 2.4. Dystrybucja selektywna: 184–198
- 2.5. Franchising: 199–201
- 2.6. Wyłączność dostaw: 202–214
- 2.7. Sprzedaż wiązana: 215–224
- 2.8. Zalecane i maksymalne ceny odsprzedaży: 225–228
- 2.9. Inne ograniczenia wertykalne: 229

I. WSTĘP

1. Cel wytycznych

(1) Niniejsze wytyczne przedstawiają zasady oceny porozumień wertykalnych zgodnie z art. 81 Traktatu ustanawiającego Wspólnotę Europejską. Definicję porozumień wertykalnych podaje art. 2 ust. 1 rozporządzenia Komisji (WE) nr 2790/1999 z dnia 22 grudnia 1999 r. w sprawie zastosowania art. 81 ust. 3 Traktatu do kategorii porozumień wertykalnych i praktyk uzgodnionych¹ (rozporządzenie o wyłączeniach grupowych) (zob. ustępy 23–45). Niniejsze wytyczne nie mają wpływu na ewentualne równoległe zastosowanie art. 82 Traktatu do porozumień wertykalnych. Wytyczne zostały uporządkowane następująco:

- Sekcja II (ustępy 8–20) przedstawia porozumienia wertykalne, które generalnie nie mieszczą się w zakresie art. 81 ust. 1;
- Sekcja III (ustępy 21–70) zawiera uwagi dotyczące stosowania rozporządzenia o wyłączeniach grupowych;
- Sekcja IV (ustępy 71–87) przedstawia zasady dotyczące wycofania wyłączenia grupowego i zaprzestania stosowania rozporządzenia o wyłączeniach grupowych;
- Sekcja V (ustępy 88–99) dotyczy definicji rynku i zagadnień związanych z obliczaniem udziału w rynku;
- Sekcja VI (ustępy 100–229) przedstawia ogólny zakres analizy i politykę stosowania prawa przez Wspólnotę w indywidualnych przypadkach dotyczących porozumień wertykalnych.

(2) Analiza dokonana w niniejszych wytycznych dotyczy zarówno towarów, jak i usług, chociaż pewne ograniczenia wertykalne są stosowane głównie w dystrybucji towarów. Podobnie, porozumienia wertykalne mogą być zawierane w odniesieniu do towarów i usług pośrednich i końcowych. O ile nie stwierdzono inaczej, analiza i argumenty zawarte w tekście mają zastosowanie do wszystkich rodzajów dóbr i usług i do wszystkich poziomów handlu. Określenie „produkty” obejmuje zarówno towary, jak i usługi. Określenia „dostawca” i „nabywca” używane są odnośnie do wszystkich poziomów handlu.

(3) Wydając niniejsze wytyczne, Komisja pragnie pomóc spółkom w dokonaniu przez nie własnej oceny porozumień wertykalnych w oparciu o przepisy WE dotyczące konkurencji. Standardy określone w wytycznych muszą być stosowane w okolicznościach specyficznych dla każdego przypadku. Wyklucza to ich mechaniczne stosowanie. Każdy przypadek musi być oceniany w świetle związanych z nim faktów. Komisja będzie stosować wytyczne w sposób rozsądny i elastyczny.

(4) Niniejsze wytyczne nie mają wpływu na interpretację Sądu Pierwszej Instancji i Trybunału Sprawiedliwości Wspólnot Europejskich w związku z zastosowaniem art. 81 do porozumień wertykalnych.

2. Możliwość zastosowania art. 81 do porozumień wertykalnych

(5) Artykuł 81 Traktatu WE stosuje się do porozumień wertykalnych, które mogą wpływać na handel między Państwami Członkowskimi i które wyłączają, ograniczają lub naruszają konkurencję (zwaną dalej „ograniczeniami wertykalnymi”)². W przypadku ograniczeń wertykalnych art. 81 zapewnia właściwe ramy prawne oceny, rozróżnienie między skutkami antykonkurencyjnymi i prokonkurencyjnymi: art. 81 ust. 1 zakazuje tych porozumień, które znacznie ograniczają lub naruszają konkurencję, podczas gdy art. 81 ust. 3 pozwala na wyłączenie tych porozumień, które przynoszą dostatecznie dużo korzyści, aby przeważać skutki antykonkurencyjne.

¹ Dz. U. L 336 z 29.12.1999, s. 21.

² Zobacz, między innymi, orzeczenie Trybunału Sprawiedliwości Wspólnot Europejskich w połączonych sprawach 56/64 i 58/64 *Grundig-Consten przeciwko Komisji* [1966] ECR 299; sprawa 56/65 *Technique Minière przeciwko Maschinenbau Ulm* [1966] ECR 235; oraz Sądu Pierwszej Instancji Wspólnot Europejskich w sprawie T-77/92 *Parker Pen przeciwko Komisji* [1994] ECR II 549.

(6) Jeżeli chodzi o większość ograniczeń wertykalnych kwestie ochrony konkurencji mogą się pojawić jedynie wówczas, gdy konkurencja między markami jest niedostateczna, tj. gdy istnieje pewien stopień siły rynkowej na poziomie dostawcy, na poziomie nabywcy lub na obydwu poziomach. Przy niedostatecznej konkurencji między markami nabiera znaczenia ochrona konkurencji między markami i wewnątrz jednej marki.

(7) Ochrona konkurencji jest podstawowym celem polityki WE w dziedzinie konkurencji, ponieważ zwiększa ona dobrobyt konsumenta i stwarza efektywną alokację środków. Stosując zasady WE dotyczące konkurencji Komisja przyjmie podejście ekonomiczne, które opiera się na skutkach dla rynku; porozumienia wertykalne powinny zostać przeanalizowane w swym kontekście prawnym i ekonomicznym. Jednak w przypadku ograniczeń przedmiotowych, wymienionych w art. 4 rozporządzenia o wyłączeniach grupowych, Komisja nie musi oceniać faktycznych skutków dla rynku. Integracja rynku jest dodatkowym celem polityki UE w dziedzinie konkurencji. Integracja rynku sprzyja konkurencji we Wspólnocie. Spółkom nie można pozwolić na odtwarzanie prywatnych barier między Państwami Członkowskimi, skoro udało się znieść bariery między Państwami.

II. POROZUMIENIA WERTYKALNE, KTÓRE ZASADNICZO NIE SĄ OBJĘTE ART. 81 UST. 1

1. Porozumienia o mniejszym znaczeniu i MSP

(8) Porozumienia, które nie mogą w znaczący sposób wpłynąć na handel między Państwami Członkowskimi lub w znaczący sposób ograniczyć przedmiotu lub skutku konkurencji nie są objęte art. 81 ust. 1. Rozporządzenie o wyłączeniach grupowych ma zastosowanie jedynie do porozumień mieszczących się w zakresie stosowania art. 81 ust. 1. Niniejsze wytyczne nie mają wpływu na zastosowanie obecnego lub jakiegokolwiek przyszłego obwieszczenia „de minimis”³.

(9) Z zastrzeżeniem warunków wymienionych w ustępach 11, 18 i 20 obwieszczenia „de minimis” dotyczącego ograniczeń zasadniczych i kwestii odnoszących się do skutków łącznych, porozumienia wertykalne zawarte przez przedsiębiorstwa, których udział w danym rynku nie przekracza 10%, zasadniczo uważa się za nieobjęte zakresem art. 81 ust. 1. Nie domniemywa się, że porozumienia wertykalne zawarte przez przedsiębiorstwa mające udział w rynku przekraczający 10% automatycznie naruszają art. 81 ust. 1. Porozumienia między przedsiębiorstwami, których udział w rynku przekracza próg 10%, mogą nie mieć znaczącego wpływu na handel między Państwami Członkowskimi, i nie muszą stanowić znaczącego ograniczenia konkurencji⁴. Porozumienia takie powinny być oceniane w ich kontekście prawnym i ekonomicznym. Kryteria oceny poszczególnych porozumień wymieniono w ustępach 100–229.

(10) W odniesieniu do ograniczeń zasadniczych określonych w obwieszczeniu „de minimis”, artykuł 81 ust. 1 może mieć zastosowanie poniżej progu 10%, pod warunkiem istnienia znaczącego skutku dla handlu między Państwami Członkowskimi i dla konkurencji. W tym względzie istotne jest odnośne orzecznictwo Trybunału Sprawiedliwości i Sądu Pierwszej Instancji⁵. Nawiązuje się również do szczególnej sytuacji dotyczącej wprowadzenia nowego produktu lub wejścia na nowy rynek, która została omówiona w niniejszych wytycznych (ustęp 119, punkt 10).

(11) Oprócz tego Komisja uważa, że – z zastrzeżeniem skutków łącznych i ograniczeń zasadniczych – porozumienia między małymi i średnimi przedsiębiorstwami, określone w załączniku do zalecenia Komisji 96/280/WE⁶, rzadko mogą wpływać w znaczący sposób na handel między Państwami Członkowskimi lub stanowić znaczące ograniczenie konkurencji w rozumieniu art. 81 ust. 1. i dlatego generalnie nie są objęte zakresem art. 81 ust. 1. W przypadkach, gdy porozumienia takie spełniają jednak warunki wymagające zastosowania art. 81 ust. 1 Komisja zwykle wstrzyma się z wszczęciem postępowania z powodu braku wystarczającego interesu Wspólnoty, o ile przedsiębiorstwa te – zbiorowo lub indywidualnie – nie zajmują dominującej pozycji na znacznej części wspólnego rynku.

³ Zob. obwieszczenie w sprawie porozumień o mniejszym znaczeniu z 9 grudnia 1997, Dz. U. C 372 z 9.12.1997, s. 13.

⁴ Zob. orzeczenie Sądu Pierwszej Instancji w sprawie T-7/93 *Langnese-Iglo przeciwko Komisji* [1995] ECR II-1533, ustęp 98.

⁵ Zob. orzeczenie Trybunału Sprawiedliwości w sprawie 9/69 *Völk przeciwko Vervaecke* [1969] ECR 295; w sprawie *Cadillon przeciwko Höss* [1971] ECR 351 oraz w sprawie C-306/96 *Javico przeciwko Yves Saint-Laurent* [1998] ECR I-1983, ustępy 16 i 17.

⁶ Dz. U. L 107 z 30.4.1996, s. 4.

2. Umowy agencyjne

(12) Ustępy 12 – 20 zastępują Obwieszczenie w sprawie umów na wyłączność z przedstawicielami handlowymi z 1962 r.⁷ Należy je rozpatrywać w powiązaniu z dyrektywą Rady 86/653/EWG⁸.

Umowy agencyjne obejmują sytuację, w której osobie prawnej lub fizycznej (agentowi) udzielane jest pełnomocnictwo do negocjowania i/lub zawierania umów w interesie innej osoby (dającego zlecenie), we własnym imieniu albo w imieniu dającego zlecenie, na:

- zakup towarów lub usług przez dającego zlecenie, lub
- sprzedaż towarów lub usług dostarczonych przez dającego zlecenie.

(13) W przypadku typowych umów agencyjnych obowiązki nałożone na agenta w odniesieniu do umów negocjowanych i/lub zawieranych w interesie dającego zlecenie nie mieszczą się w zakresie stosowania art. 81 ust. 1. Czynnikiem decydującym podczas oceny, czy ma zastosowanie art. 81 ust. 1 jest ryzyko finansowe lub handlowe ponoszone przez agenta w związku z działaniami, do których został wyznaczony jako agent przez dającego zlecenie. W tym względzie dla oceny nie jest istotne, czy agent działa dla jednego czy dla kilku dających zlecenie. Nietypowe umowy agencyjne mogą mieścić się w zakresie art. 81 ust. 1, a w takim przypadku znajdzie zastosowanie rozporządzenie o wyłączeniach grupowych i inne sekcje niniejszych wytycznych.

(14) Dwa rodzaje ryzyka finansowego lub handlowego są istotne dla oceny typowego charakteru umowy agencyjnej stosownie do art. 81 ust. 1. Po pierwsze jest to ryzyko bezpośrednio związane z umowami zawartymi i/lub negocjowanymi w interesie dającego zlecenie, takie jak finansowanie zapasów. Po drugie chodzi o ryzyko dotyczące specyficznych inwestycji rynkowych. Są to inwestycje specjalnie wymagane przy danym rodzaju działalności, do której agent został wyznaczony przez dającego zlecenie, tj. które są konieczne, aby umożliwić agentowi zawarcie i/lub negocjowanie tego rodzaju umowy. Takie inwestycje są zwykle stracone, jeżeli po zaprzestaniu konkretnej działalności inwestycji, nie można wykorzystać do innych działań lub sprzedać inaczej niż ze znaczącą stratą.

(15) Daną umowę agencyjną uważa się za typową i w konsekwencji nieobjętą zakresem art. 81 ust. 1, jeżeli agent nie ponosi żadnego lub ponosi jedynie nieznaczne ryzyko w związku z umowami zawartymi i/lub negocjowanymi w interesie dającego zlecenie i w związku ze specyficznymi inwestycjami rynkowymi w danej dziedzinie działalności. W takiej sytuacji działalność polegająca na sprzedaży lub zakupie stanowi część działalności dającego zlecenie, mimo iż agent jest oddzielnym przedsiębiorstwem. Dający zlecenie ponosi zatem związane z tym ryzyko finansowe i handlowe, a agent nie prowadzi niezależnej działalności gospodarczej w związku z działaniami, do których został wyznaczony jako agent przez dającego zlecenie. W przeciwnej sytuacji umowa agencyjna jest uważana za nietypową umowę agencyjną i może być objęta art. 81 ust. 1. W takim przypadku agent ponosi takie ryzyko i będzie traktowany jako niezależny dealer, który musi mieć swobodę określania strategii marketingowej, aby odzyskać inwestycje konkretnie związane z daną umową lub danym rynkiem. Ryzyko związane ogólnie z działalnością polegającą na świadczeniu usług agencyjnych, takie jak ryzyko, iż dochód agenta jest uzależniony od jego sukcesów jako agenta lub ogólne inwestycje, na przykład w lokal lub personel, nie mają istotnego znaczenia dla tej oceny.

(16) Kwestię ryzyka należy oceniać oddzielnie dla poszczególnych przypadków oraz bardziej z uwzględnieniem czynników ekonomicznych, niż formy prawnej. Niemniej jednak Komisja uważa, że art. 81 ust. 1 nie będzie zwykle miał zastosowania do obowiązków nałożonych na agenta w odniesieniu do umów negocjowanych i/lub zawieranych w interesie dającego zlecenie, jeżeli agentowi nie jest przyznane prawo własności do zakupionych lub sprzedanych towarów objętych umową lub jeżeli sam nie świadczy usług objętych umową i jeżeli agent:

- nie uczestniczy w kosztach związanych z dostawą/zakupem towarów lub usług objętych umową, w tym w kosztach transportu towarów. Nie uniemożliwia to agentowi zapewnienia usług transportowych pod warunkiem, iż dający zlecenie te koszty pokrywa,
- nie jest bezpośrednio lub pośrednio obowiązany inwestować w stymulowanie zbytu, na przykład w formie uczestnictwa w budżecie na reklamę dającego zlecenie,

⁷ Dz. U. L 139 z 24.12.1962, s. 2921/62.

⁸ Dz. U. L 382 z 31.12.1986, s. 17.

– nie utrzymuje na własny koszt lub ryzyko zapasów towarów objętych umową, z uwzględnieniem kosztów finansowania zapasów oraz kosztów ubytku zapasów, i może zwrócić dającemu zlecenie niesprzedane towary bez opłaty, o ile nie ponosi winy (na przykład za nieprzestrzeganie stosownych środków bezpieczeństwa w celu uniknięcia ubytku zapasów),

– nie tworzy i/lub nie zajmuje się serwisem posprzedażnym, naprawami lub usługami gwarancyjnymi, o ile nie są one w pełni pokrywane przez dającego zlecenie,

– nie czyni związanych z konkretnym rynkiem inwestycji w wyposażenie, lokale lub szkolenie personelu, takich jak np. zbiornik zasobnikowy na benzynę w przypadku sprzedaży detalicznej benzyny lub określone oprogramowanie do sprzedaży polis ubezpieczeniowych w przypadku agentów ubezpieczeniowych,

– nie ponosi odpowiedzialności wobec osób trzecich za szkody spowodowane przez sprzedany produkt (odpowiedzialność za jakość produktu), o ile – jako agent – nie ponosi winy w tym względzie,

– nie bierze na siebie odpowiedzialności za niewypełnienie umowy przez klienta, z wyjątkiem straty prowizji, o ile nie ponosi winy (na przykład z powodu nieprzestrzegania stosownych środków bezpieczeństwa lub antyłamaniowych albo niedokonania stosownych działań związanych ze zgłoszeniem kradzieży dającemu zlecenie lub policji, bądź też nieprzekazania dającemu zlecenie wszystkich niezbędnych dostępnych mu informacji dotyczących wiarygodności finansowej klienta).

(17) Lista ta nie jest wyczerpująca. Jeżeli jednak agent ponosi jeden lub więcej z powyższych rodzajów ryzyka lub kosztów, wówczas art. 81 ust. 1 może mieć zastosowanie, podobnie jak w przypadku każdego innego porozumienia wertykalnego.

(18) Jeżeli umowa agencyjna nie mieści się w zakresie zastosowania art. 81 ust. 1, wówczas wszystkie obowiązki nałożone na agenta w związku z umowami zawartymi i/lub negocjowanymi w interesie dającego zlecenie nie mieszczą się w zakresie art. 81 ust. 1. Poniższe obowiązki ze strony agenta będą zazwyczaj uważane za stanowiące nieodłączną część umowy agencyjnej, ponieważ każdy z nich związany jest ze zdolnością dającego zlecenie do ustalenia zakresu działania agenta w związku z towarami lub usługami objętymi umową, co jest sprawą zasadniczą, jeżeli dający zlecenie ma podejmować ryzyko, a zatem mieć możliwość określania strategii handlowej:

– ograniczenia co do terytorium, na którym agent może sprzedawać te towary lub usługi,

– ograniczenia co do klientów, którym agent może sprzedawać te towary lub usługi,

– ceny i warunki, na jakich agent może sprzedawać te towary lub usługi.

(19) Umowy agencyjne – oprócz tego, iż regulują warunki sprzedaży lub zakupu przez agenta towarów lub usług objętych umową w interesie dającego zlecenie – często zawierają postanowienia dotyczące stosunków między agentem i dającym zlecenie. W szczególności mogą one zawierać postanowienie uniemożliwiające dającemu zlecenie wyznaczenie innych agentów w odniesieniu do danego rodzaju transakcji, klientów lub terytorium (postanowienia o wyłącznym przedstawicielstwie) oraz postanowienie uniemożliwiające agentowi działanie w charakterze agenta lub dystrybutora przedsiębiorstw konkurujących z dającym zlecenie (postanowienia o zakazie konkurowania). Postanowienia o wyłącznym przedstawicielstwie dotyczą tylko konkurencji wewnątrz danej marki i generalnie nie będą prowadzić do antykonkurencyjnych skutków. Postanowienia o zakazie konkurowania, w tym postanowienia o zakazie konkurowania w późniejszym okresie, dotyczą konkurencji między markami i mogą naruszać art. 81 ust. 1, jeżeli prowadzą do wykluczenia z rynku właściwego, na którym towary lub usługi objęte umową są sprzedawane lub nabywane (zob. Sekcja VI.2.1).

(20) Umowa agencyjna może zatem mieścić się w zakresie art. 81 ust. 1, nawet jeżeli dający zlecenie ponosi całe stosowne ryzyko finansowe i handlowe, gdy ułatwia ona znowę. Może tak być na przykład w przypadku gdy kilku dających zlecenia wykorzystuje tych samych agentów, zbiorowo uniemożliwiając innym korzystanie z ich usług lub jeżeli wykorzystują oni agentów do znowy dotyczącej strategii marketingowej lub do wymiany między dającymi zlecenie informacji istotnych dla rynku.

III. ZASTOSOWANIE ROZPORZĄDZENIA O WYŁĄCZENIACH GRUPOWYCH

1. Bezpieczna przystań stworzona przez rozporządzenie o wyłączeniach grupowych

(21) Rozporządzenie o wyłączeniach grupowych stwarza domniemanie zgodności z prawem porozumień wertykalnych w zależności od udziału w rynku dostawcy lub nabywcy. Zgodnie z art. 3 rozporządzenia o wyłączeniach grupowych możliwość zastosowania wyłączenia grupowego zasadniczo wyznaczana jest w oparciu o udział w rynku dostawcy na rynku, na którym sprzedaje on towary lub usługi objęte

umową. Aby wyłączenie grupowe mogło zostać zastosowane udział ten nie może przekraczać progu 30%. Jedyne wówczas, gdy umowa zawiera obowiązek wyłączności dostaw – określony w art. 1 lit. c) rozporządzenia o wyłączeniach grupowych – udział nabywcy na rynku, na którym dokonuje on zakupu towarów lub usług objętych umową, nie może przekraczać progu 30%, aby można było zastosować wyłączenie grupowe. Zagadnienia dotyczące udziału w rynku – zob. Sekcja V (ustępy 88–99).

(22) Z ekonomicznego punktu widzenia porozumienie wertykalne może mieć skutki nie tylko dla rynku między dostawcą i nabywcą, ale również dla rynków znajdujących się na niższym szczeblu obrotu niż rynek nabywcy. Uproszczone ujęcie rozporządzenia o wyłączeniach grupowych, które uwzględni jedynie udział w rynku dostawcy lub nabywcy (w zależności od przypadku) na rynku między tymi dwiema stronami, jest uzasadnione faktem, iż poniżej progu 30% skutki dla rynków usytuowanych na niższym szczeblu generalnie są ograniczone. Prócz tego konieczność uwzględniania jedynie rynku między dostawcą i nabywcą ułatwia zastosowanie rozporządzenia o wyłączeniach grupowych i zwiększa poziom pewności prawnej, podczas gdy instrument wycofania (zob. ustępy 71–87) pozostaje dostępny w celu zaradzenia ewentualnym problemom na innych powiązanych rynkach.

2. Zakres zastosowania rozporządzenia o wyłączeniach grupowych

i) Definicja porozumień wertykalnych

(23) Porozumienia wertykalne zostały zdefiniowane w art. 2 ust. 1 rozporządzenia o wyłączeniach grupowych jako „porozumienia lub uzgodnione praktyki zawierane między dwoma lub większą liczbą przedsiębiorstw, z których każde działa w ramach porozumienia na różnym szczeblu łańcucha produkcji lub dystrybucji i odnoszące się do warunków, zgodnie z którymi strony mogą kupować, sprzedawać i odsprzedawać niektóre towary lub usługi”.

(24) Definicja ta zawiera trzy główne elementy:

– porozumienie lub uzgodniona praktyka między dwoma lub większą liczbą przedsiębiorstw. Nie są objęte porozumienia wertykalne z konsumentami końcowymi nie działającymi jako przedsiębiorstwo. Mówiąc bardziej ogólnie – porozumienia z konsumentami końcowymi nie są objęte zakresem art. 81 ust. 1, ponieważ artykuł ten dotyczy jedynie porozumień między przedsiębiorstwami, decyzji związków przedsiębiorstw i uzgodnionych praktyk. Pozostaje to bez uszczerbku dla zastosowania art. 82 Traktatu,

– porozumienie lub uzgodniona praktyka między dwoma lub większą liczbą przedsiębiorstw, z których każdy działa w ramach porozumienia na różnym szczeblu łańcucha produkcji lub dystrybucji. Oznacza to na przykład, że jedno przedsiębiorstwo produkuje surowiec, który drugie przedsiębiorstwo używa jako nakład, bądź też pierwszy jest producentem, drugi hurtownikiem, a trzeci detalistą. Nie ogranicza to aktywności przedsiębiorstwa na więcej niż jednym szczeblu łańcucha produkcji lub dystrybucji,

– porozumienia lub uzgodnione praktyki odnoszą się do warunków, na jakich strony porozumienia, dostawca i nabywca „mogą kupować, sprzedawać lub odsprzedawać niektóre towary lub usługi”. Odzwierciedla to cel rozporządzenia o wyłączeniach grupowych, czyli objęcie przez to rozporządzenie umów zakupu i dystrybucji. Są to umowy dotyczące warunków kupowania, sprzedaży lub odsprzedaży towarów lub usług świadczonych przez dostawcę i/lub dotyczące warunków sprzedaży przez nabywcę towarów lub usług zawierających te towary lub usługi. Dla zastosowania rozporządzenia o wyłączeniach grupowych zarówno towary i usługi dostarczone przez dostawcę, jak i inne pochodzące od nich towary i usługi są uważane za towary i usługi objęte umową. Objęte są porozumienia wertykalne dotyczące wszystkich końcowych i pośrednich towarów i usług. Jedynym wyjątkiem jest sektor samochodowy, tak długo, jak sektor ten pozostaje objęty szczególnym wyłączeniem grupowym, takim jak wyłączenie przyznane rozporządzeniem Komisji (WE) nr 1475/95⁹. Towary lub usługi dostarczone przez dostawcę mogą być odsprzedane przez nabywcę lub mogą być przez niego użyte jako nakład przy produkcji jego własnych towarów lub usług.

(25) Rozporządzenie o wyłączeniach grupowych stosuje się również do towarów sprzedanych i zakupionych w celu wynajęcia osobom trzecim. Umowy najmu i dzierżawy jako takie nie są jednak objęte, ponieważ żaden towar ani usługa nie są nabywcy sprzedawane przez dostawcę. Mówiąc bardziej ogólnie rozporządzenie o wyłączeniach grupowych nie obejmuje ograniczeń lub zobowiązań nie związanych z warunkami zakupu, sprzedaży i odsprzedaży, takich jak zobowiązanie uniemożliwiające stronom prowadzenia niezależnych działań badawczo-rozwojowych, które strony mogłyby włączyć w umowę będącą

⁹ Dz. U. L 145 z 29.6.1995, s. 25.

w innym wypadku porozumieniem wertykalnym. art. 2 ust. 2–5 bezpośrednio lub pośrednio wyłączają pewne porozumienia wertykalne z zastosowania rozporządzenia o wyłączeniach grupowych.

ii) Porozumienia wertykalne między konkurentami

(26) Artykuł 2 ust. 4 rozporządzenia o wyłączeniach grupowych wyraźnie wyłącza z jego zastosowania „porozumienia wertykalne zawarte między przedsiębiorstwami konkurującymi”. Porozumieniami wertykalnymi między konkurentami będą się zajmować – w odniesieniu do ewentualnych skutków z umowy – mające się ukazać wytyczne w sprawie możliwości stosowania art. 81 do współpracy horyzontalnej¹⁰. Wertykalne aspekty takich porozumień powinny być jednak oceniane na podstawie niniejszych wytycznych. art. 1 lit. a) rozporządzenia o wyłączeniach grupowych definiuje przedsiębiorstwa konkurujące jako „faktycznych lub potencjalnych dostawców na tym samym rynku produktu”, niezależnie od tego, czy konkurują one ze sobą na tym samym rynku geograficznym. Konkurencyjne przedsiębiorstwa są to przedsiębiorstwa będące faktycznymi lub potencjalnymi dostawcami towarów lub usług objętych umową, bądź towarów lub usług zastępujących towary lub usługi objęte umową. Potencjalnym dostawcą jest przedsiębiorstwo, które faktycznie nie produkuje konkurującego produktu, ale mógłby to robić i prawdopodobnie robiłby to w braku porozumienia w odpowiedzi na mały i stały wzrost cen względnych. Oznacza to, iż przedsiębiorstwo to byłoby w stanie i prawdopodobnie dokonałoby koniecznych dodatkowych inwestycji i zacząłby zaopatrywać rynek w ciągu jednego roku. Ta ocena musi opierać się na realistycznych podstawach; nie wystarczy czysto teoretyczna możliwość wejścia na dany rynek¹¹.

(27) Istnieją trzy wyjątki od ogólnego wyłączenia porozumień wertykalnych między konkurentami, przy czym wszystkie trzy zostały wymienione w art. 2 ust. 4 i dotyczą porozumień niewzajemnych. Niewzajemność oznacza, iż chociaż jeden producent zostaje dystrybutorem produktów innego producenta, ten ostatni nie staje się dystrybutorem produktów pierwszego producenta. Porozumienia niewzajemne między konkurentami są objęte rozporządzeniem o wyłączeniach grupowych, gdy (1) obrót nabywcy nie przekracza 100 milionów EUR, gdy (2) dostawca jest producentem i dystrybutorem towarów, a nabywca jedynie dystrybutorem, a nie również producentem towarów konkurujących lub (3) dostawca jest usługodawcą działającym na kilku szczeblach obrotu handlowego, podczas gdy nabywca nie świadczy konkurencyjnych usług na szczeblu obrotu handlowego, na którym nabywa usługi objęte umową. Drugi wyjątek obejmuje sytuacje podwójnej dystrybucji, tj. producent danych towarów działa również jako ich dystrybutor w konkurencji z niezależnymi dystrybutorami jego produktów. Dystrybutor dostarczający producentowi specyfikację w celu wyprodukowania konkretnych towarów pod marką dystrybutora nie będzie uważany za producenta tego rodzaju markowych towarów. Trzeci wyjątek obejmuje podobne sytuacje związane z podwójną dystrybucją, ale tym razem w odniesieniu do usług, gdy dostawca jest jednocześnie usługodawcą na szczeblu nabywcy.

iii) Stowarzyszenia detalistów

(28) Artykuł 2 ust. 2 rozporządzenia o wyłączeniach grupowych włącza do jego zastosowania porozumienia wertykalne zawarte przez związek przedsiębiorstw, które spełnią pewne warunki i w ten sposób wyłączają z rozporządzenia o wyłączeniach grupowych porozumienia wertykalne zawarte przez wszystkie inne związki. Porozumienia wertykalne zawarte między związkiem i jego członkami lub między związkiem i jego dostawcami są objęte rozporządzeniem o wyłączeniach grupowych tylko wówczas, gdy wszyscy jego członkowie są sprzedawcami detalicznymi towarów (nie usług) i jeżeli obrót każdego z nich indywidualnie nie przekracza 50 mln EUR. Detaliści są to dystrybutorzy odsprzedający towary konsumentom końcowym. Jeżeli tylko niewielka liczba członków związku ma obroty nieznacznie przekraczające 50 mln EUR, nie zmienia to zasadniczo oceny na mocy art. 81.

(29) Związek przedsiębiorstw może uczestniczyć zarówno w porozumieniach horyzontalnych, jak i wertykalnych. Porozumienia horyzontalne powinny być oceniane zgodnie z zasadami zawartymi w przyszłych wytycznych w sprawie możliwości stosowania art. 81 do współpracy horyzontalnej. Jeżeli ta ocena doprowadzi do wniosku, iż współpraca między przedsiębiorstwami w dziedzinie zakupu lub sprzedaży jest możliwa do zaakceptowania, konieczna będzie dalsza ocena dla zbadania porozumień wertykalnych

¹⁰ Projekt opublikowany w Dz. U. C 118 z 27.4.2000, s. 14.

¹¹ Zob. Obwieszczenie Komisji w sprawie definicji rynku właściwego dla celów ustawodawstwa Wspólnoty dotyczącego konkurencji, Dz. U. C 372 z 9.12.1997, s. 5, ustępy 20–24, XIII Raport Komisji w sprawie polityki dotyczącej konkurencji, ustęp 55 oraz decyzja Komisji 90/410/EWG w sprawie nr IV/32 009 – *Elopak/Metal Box-Odin*, Dz. U. L 209 z 8.8.1990, s. 15.

zawartych przez związek z jego dostawcami lub poszczególnymi członkami. Ta druga ocena będzie zgodna z zasadami rozporządzenia o wyłączeniach grupowych i niniejszych wytycznych. Na przykład, porozumienia horyzontalne zawarte między członkami związku lub decyzje przyjęte przez związek, takie jak decyzja, aby wymagać od członków dokonywania zakupów od związku lub decyzja w sprawie przydzielenia członkom wyłączności terytoriów, powinno być najpierw ocenione jako porozumienie horyzontalne. Jedynie wówczas, gdy ta ocena będzie pozytywna, stosowne będzie dokonanie oceny porozumień wertykalnych między związkiem i poszczególnymi członkami lub związkiem i dostawcami.

iv) Porozumienia wertykalne zawierające postanowienia dotyczące praw własności intelektualnej (PWI).

(30) art. 2 ust. 3 rozporządzenia o wyłączeniach grupowych włącza do jego zastosowania porozumienia wertykalne zawierające pewne postanowienia dotyczące przyznawania PWI lub korzystania z PWI przez nabywcę i w związku z tym włącza z rozporządzenia o wyłączeniach grupowych wszystkie inne porozumienia wertykalne zawierające postanowienia dotyczące PWI. Rozporządzenie o wyłączeniach grupowych ma zastosowanie do porozumień wertykalnych zawierających postanowienia dotyczące PWI, jeżeli spełnionych jest pięć warunków:

- postanowienia dotyczące PWI muszą być częścią porozumienia wertykalnego, tj. porozumienia zawierającego warunki, na jakich strony mogą kupować, sprzedawać lub odsprzedawać niektóre towary lub usługi,
- PWI muszą być przyznane nabywcy lub może on z nich korzystać,
- postanowienia dotyczące PWI nie mogą stanowić podstawowego przedmiotu porozumienia,
- postanowienia dotyczące PWI muszą być bezpośrednio związane z wykorzystaniem, sprzedażą lub odsprzedaniem towarów lub usług przez nabywcę lub jego klientów. W przypadku franchisingu, gdy marketing stanowi cel eksploatacji PWI, towary lub usługi są dystrybuowane przez głównego franchisingobiorcę lub franchisingobiorców.
- postanowienia dotyczące PWI – w odniesieniu do towarów lub usług objętych umową – nie mogą zawierać ograniczeń konkurencji mających taki sam przedmiot lub skutek jak porozumienia wertykalne, które nie są zwolnione na mocy rozporządzenia o wyłączeniach grupowych.

(31) Warunki te zapewniają zastosowanie rozporządzenia o wyłączeniach grupowych do porozumień wertykalnych, jeżeli korzystanie, sprzedaż lub odsprzedaż towarów lub usług mogą być realizowane skuteczniej, ponieważ PWI zostały przyznane lub przekazane do korzystania nabywcy. Innymi słowy, ograniczenia dotyczące przyznania lub korzystania z PWI mogą być objęte rozporządzeniem, jeżeli głównym celem porozumienia jest zakup lub dystrybucja towarów lub usług.

(32) Zgodnie z pierwszym warunkiem kontekst dotyczący dostarczania PWI, stanowi porozumienie w celu zakupu lub dystrybucji towarów lub porozumienie w celu zakupu lub świadczenia usług, a nie porozumienie dotyczące przyznania lub upoważnienia do korzystania z PWI przy produkcji towarów, ani też czysta umowa licencyjna. Rozporządzenie o wyłączeniach grupowych nie obejmuje na przykład:

- porozumień, na mocy których jedna strona dostarcza drugiej stronie przepis i upoważnia drugą stronę do produkcji napojów według tego przepisu,
- porozumień, na mocy których jedna strona dostarcza drugiej stronie model lub wzorcową kopię i upoważnia drugą stronę do produkcji i dystrybucji kopii,
- czystych licencji na korzystanie ze znaku towarowego lub oznaczenia do celów merchandisingu,
- umów sponsorskich dotyczących prawa do reklamowania się jako oficjalnego sponsora danej imprezy,
- upoważnień do korzystania z praw autorskich, takich jak umowy nadawania dotyczące prawa do nagrywania i/lub transmitowania imprezy.

(33) Zgodnie z drugim warunkiem rozporządzenie o wyłączeniach grupowych nie ma zastosowania, jeżeli PWI są dostarczone przez nabywcę dostawcy, niezależnie od tego, czy PWI dotyczą sposobu wytwarzania czy dystrybucji. Porozumienie dotyczące przeniesienia PWI na dostawcę i zawierające ewentualne ograniczenia sprzedaży dokonane przez dostawcę nie jest objęte rozporządzeniem o wyłączeniach grupowych. Oznacza to w szczególności, iż zlecenie podwykonawstwa wiążące się z przekazaniem know-how podwykonawcy¹² nie mieści się w zakresie zastosowania rozporządzenia o wyłączeniach

¹² Zob. Obwieszczenie w sprawie podwykonawstwa, Dz. U. C 1 z 3.1.1979, s. 2.

grupowych. Jednak porozumienia wertykalne, na mocy których nabywca dostarcza dostawcy jedynie specyfikacje opisujące towary i usługi, jakie mają być dostarczone, są objęte rozporządzeniem o wyłączeniach grupowych.

(34) Zgodnie z trzecim warunkiem, aby porozumienie mogło być objęte rozporządzeniem o wyłączeniach grupowych jego podstawowym celem nie może być przyznanie lub upoważnienie do korzystania z PWI. Podstawowym celem musi być zakup lub dystrybucja towarów lub usług, a postanowienia dotyczące PWI muszą służyć realizacji porozumienia wertykalnego.

(35) Czwarty warunek wymaga, aby postanowienia dotyczące PWI ułatwiały wykorzystanie, sprzedaż lub odsprzedaż towarów lub usług przez nabywcę lub jego klientów. Towary lub usługi do użytku lub odsprzedaży są zazwyczaj dostarczane przez licencjodawcę, ale mogą być również zakupione przez licencjodawcę od trzeciego dostawcy. Postanowienia dotyczące PWI będą zwykle dotyczyć zbytu towarów lub usług. Tak jest na przykład w przypadku umowy franchisingowej, gdy franchisingodawca sprzedaje franchisingobiorcy towary do odsprzedaży i oprócz tego upoważnia franchisingobiorcę do używania jego znaku towarowego i know-how do zbytu towarów. Uwzględniony jest także przypadek, w którym dostawca skoncentrowanego ekstraktu upoważnia nabywcę do rozcieńczania i butelkowania ekstraktu przed sprzedaniem go jako napoju.

(36) Piąty warunek oznacza w szczególności, że postanowienia dotyczące PWI nie powinny mieć takiego samego przedmiotu lub skutku jak zasadnicze ograniczenia wymienione w załączniku 4 do rozporządzenia o wyłączeniach grupowych lub jakiegokolwiek ograniczenia wyłączone z zakresu rozporządzenia o wyłączeniach grupowych przez art. 5 (zob. ustępy 46–61).

(37) Prawa własności intelektualnej, które mogą być uważane za służące realizacji porozumień wertykalnych w rozumieniu art. 2 ust. 3 rozporządzenia o wyłączeniach grupowych, generalnie dotyczą trzech głównych obszarów: znaków towarowych, praw autorskich i know-how.

Znak towarowy

(38) Licencja na korzystanie ze znaku towarowego udzielona dystrybutorowi może być związana z dystrybucją produktów licencjodawcy na konkretnym terytorium. Jeżeli jest to licencja wyłączna, umowa jest równoznaczna z wyłączną dystrybucją.

Prawa autorskie

(39) Odsprzedawca towarów objętych prawem autorskim (książek, oprogramowania itp.) może być zobowiązany przez posiadacza praw autorskich do odsprzedaży jedynie pod warunkiem, iż nabywca – niezależnie od tego, czy jest to inny odsprzedawca, czy użytkownik końcowy – nie będzie naruszał praw autorskich. Takie obowiązki spoczywające na odsprzedawcy – w stopniu, w jakim w ogóle mieszczą się w zakresie art. 81 ust. 1 – są objęte rozporządzeniem o wyłączeniach grupowych.

(40) Porozumienia, na mocy których kopie trwałe oprogramowania są dostarczane do odsprzedaży, a odsprzedawca nie nabywa żadnych praw do oprogramowania, lecz jedynie ma prawo do odsprzedaży kopii trwałych, dla celów rozporządzenia o wyłączeniach grupowych uznawane są za umowy o dostawę towarów do odsprzedaży. W ramach tej formy dystrybucji udzielanie licencji na oprogramowanie ma miejsce jedynie między właścicielem praw autorskich i użytkownikiem oprogramowania. Może to mieć formę licencji „z półki”, tj. zestawu warunków dołączonych do opakowania trwałej kopii, które użytkownik końcowy zobowiązany jest zaakceptować otwierając opakowanie.

(41) Nabywcy sprzętu komputerowego, zawierającego oprogramowanie chronione prawem autorskim, mogą być zobowiązani przez posiadacza tych praw do ich nienaruszania, na przykład do niesporządzania kopii i do nieodsprzedawania oprogramowania lub do niesporządzania kopii i nieużywania oprogramowania w połączeniu z innym sprzętem. Takie ograniczenia użytkowania – w stopniu, w jakim w ogóle mieszczą się w zakresie art. 81 ust. 1 – są objęte rozporządzeniem o wyłączeniach grupowych.

Know-how

(42) Umowy franchisingowe, z wyjątkiem umów franchisingu przemysłowego, są najoczywistszym przykładem przekazywania nabywcy know-how w celach marketingowych. Umowy franchisingowe zawierają licencje dotyczące praw autorskich związanych ze znakami towarowymi lub oznaczeniami oraz know-how odnośnie do wykorzystania i dystrybucji towarów lub świadczenia usług. Oprócz udzielenia licencji na PWI, franchisingodawca zwykle zapewnia franchisingobiorcy w czasie trwania umowy pomoc handlową lub techniczną, jak usługi zaopatrzeniowe, szkolenia, doradztwo odnośnie do nieruchomości, planowa-

nie finansowe itp. Licencja i pomoc są nieodłącznymi składnikami sposobu prowadzenia działalności objętego franchisingiem.

(43) Udzielanie licencji w umowach franchisingowych jest objęte rozporządzeniem o wyłączeniach grupowych, jeżeli zostało spełnione wszystkie pięć warunków wymienionych w punkcie 30. Tak dzieje się zazwyczaj, ponieważ na mocy większości umów franchisingowych, w tym umów subfranchisingu, franchisingodawca dostarcza franchisingobiorcy towary i/lub usługi, w szczególności usługi z zakresu pomocy handlowej lub technicznej. PWI pomagają franchisingobiorcy w odsprzedaży produktów dostarczonych przez franchisingodawcę lub przez dostawcę wyznaczonego przez franchisingodawcę, albo w wykorzystaniu tych produktów i sprzedaży wynikających stąd towarów lub usług. Jeżeli umowa franchisingowa dotyczy jedynie lub przede wszystkim upoważnienia do korzystania z PWI, umowa taka nie jest objęta rozporządzeniem o wyłączeniach grupowych, ale będzie traktowana w sposób podobny, jak te umowy franchisingowe, które są objęte rozporządzeniem o wyłączeniach grupowych.

(44) Poniższe zobowiązania związane z PWI są zwykle uważane za konieczne, aby chronić prawa własności intelektualnej franchisingodawcy i są również – jeżeli mieszczą się w zakresie art. 81 ust. 1 – objęte rozporządzeniem o wyłączeniach grupowych:

- a) zobowiązanie franchisingobiorcy do nie angażowania się, bezpośrednio lub pośrednio, w jakąkolwiek podobną działalność;
- b) zobowiązanie franchisingobiorcy do nie nabywania udziałów finansowych w kapitale konkurencyjnego przedsiębiorstwa, które dałyby franchisingobiorcy możliwość wpływania na postępowanie gospodarcze takiego przedsiębiorstwa;
- c) zobowiązanie franchisingobiorcy do nieujawniania osobom trzecim know-how dostarczonego przez franchisingodawcę, tak długo, jak to know-how nie jest ogólnie znane;
- d) zobowiązanie franchisingobiorcy do przekazania franchisingodawcy wszelkich doświadczeń zdobytych podczas franchisingu i do przyznania mu – oraz innym franchisingobiorcom – licencji niewyłącznej na know-how wynikającej z tych doświadczeń;
- e) zobowiązanie franchisingobiorcy do informowania franchisingodawcy o naruszeniach praw własności intelektualnej, na które udzielono licencji, do podjęcia postępowania przeciwko osobom naruszającym te prawa lub do wspierania franchisingodawcy w postępowaniu przeciwko takim osobom;
- f) zobowiązanie franchisingobiorcy do nie wykorzystywania know-how, na które franchisingodawca udzielił licencji do celów innych niż franchising;
- g) zobowiązanie franchisingobiorcy do nie przenoszenia praw i obowiązków wynikających z umowy franchisingowej bez zgody franchisingodawcy.

v) Związek z innymi rozporządzeniami o wyłączeniach grupowych

(45) Artykuł 2 ust. 5 stwierdza, iż rozporządzenia o wyłączeniach grupowych „nie stosuje się do porozumień wertykalnych, których przedmiot mieści się w zakresie jakiegokolwiek innego rozporządzenia o wyłączeniu grupowym”. Oznacza to, że rozporządzenie o wyłączeniach grupowych nie ma zastosowania do porozumień wertykalnych objętych rozporządzeniem Komisji (WE) nr 240/96¹³ w sprawie transferu technologii, rozporządzeniem Komisji (WE) nr 1472/1995¹⁴ w sprawie dystrybucji samochodów lub rozporządzeniami (WE) nr 417/85¹⁵ i (WE) nr 418/85¹⁶ wyłączającymi porozumienia wertykalne zawarte w związku z porozumieniami horyzontalnymi, ostatnio zmienionymi rozporządzeniem (WE) nr 2236/97¹⁷ lub wszelkimi przyszłymi rozporządzeniami tego rodzaju.

3. Zasadnicze ograniczenia na mocy rozporządzenia o wyłączeniach grupowych

(46) Rozporządzenie o wyłączeniach grupowych zawiera w art. 4 wykaz zasadniczych ograniczeń, prowadzących do wyłączenia całego porozumienia wertykalnego z zakresu zastosowania rozporządzenia o wyłączeniach grupowych. Ten wykaz zasadniczych ograniczeń stosuje się do porozumień wertykalnych dotyczących handlu na obszarze Wspólnoty. O tym, na ile porozumienia wertykalne dotyczą wywozu poza Wspólnotę lub przywozu/powrotnego przywozu spoza Wspólnoty, mowa jest w orzeczeniu w sprawie

¹³ Dz. U. L 31 z 9.2.1996, s. 2.

¹⁴ Dz. U. L 145 z 29.6.1995, s. 25.

¹⁵ Dz. U. L 53 z 22.2.1985, s. 1.

¹⁶ Dz. U. L 53 z 22.2.1985, s. 5.

¹⁷ Dz. U. L 306 z 11.11.1997, s. 12.

Javico przeciwko Yves Saint-Laurent. Indywidualne wyłączenie porozumień wertykalnych zawierających takie zasadnicze ograniczenia jest zatem mało prawdopodobne.

(47) Zasadnicze ograniczenie wymienione w art. 4 lit. a) rozporządzenia o wyłączeniach grupowych dotyczy kształtowania cen odsprzedaży (KCO), tj. porozumień lub uzgodnionych praktyk, których bezpośrednim lub pośrednim celem jest ustanowienie stałej lub minimalnej ceny odsprzedaży, bądź stałego lub minimalnego poziomu cen, który musi być przestrzegany przez nabywcę. W przypadku postanowień umownych lub uzgodnionych praktyk, które bezpośrednio ustalają cenę odsprzedaży, ograniczenie jest niewątpliwe. KCO można jednak osiągnąć dzięki środkom pośrednim. Ich przykładem są umowy ustalające marżę dystrybucji, ustalanie maksymalnego poziomu upustu, jakiego dystrybutor może dokonać od wymaganego poziomu cen, uzależnianie przyznania rabatu lub zwrotu kosztów promocji przez dostawcę od przestrzegania danego poziomu cen, wiązanie wymaganej ceny odsprzedaży z cenami odsprzedaży konkurentów, pogrożki, zastraszanie, ostrzeżenia, kary, opóźnianie lub zawieszenie dostaw lub rozwiązywanie umów w związku z przestrzeganiem danego poziomu cen. Bezpośrednie lub pośrednie środki służące ustalaniu cen mogą być skuteczniejsze w połączeniu ze środkami służącymi identyfikacji dystrybutorów obniżających ceny, takimi jak wprowadzenie systemu monitorowania cen lub obowiązek detalistów informowania o innych członkach sieci dystrybucji, którzy odchodzą od standardowego poziomu cen. Podobnie, bezpośrednio lub pośrednio ustalanie cen może być skuteczniejsze w połączeniu ze środkami zmniejszającymi bodźce nabywcy do obniżania ceny odsprzedaży, takimi jak drukowanie przez dostawcę zalecanej ceny odsprzedaży na produkcie lub zobowiązania nabywcy przez dostawcę do stosowania klauzuli uprzywilejowanego traktowania klienta. Te same pośrednie środki i te same „wspierające” działania mogą być wykorzystane do tego, aby ceny maksymalne lub zalecane działały jako KCO. Jednak dostarczenie przez dostawcę nabywcy wykazu zalecanych cen lub cen maksymalnych nie jest samo w sobie uważane za prowadzące do KCO.

(48) W przypadku umów agencyjnych dający zlecenie zwykle ustala cenę sprzedaży, jako że agent nie staje się właścicielem towarów. Jeżeli jednak umowa agencyjna mieści się w zakresie art. 81 ust. 1 (zob. ustępy 12–20), zobowiązanie uniemożliwiające lub ograniczające dzielenie się przez agenta prowizją – stałą lub zmienną – z klientem byłoby zasadniczym ograniczeniem na mocy art. 4 lit. a) rozporządzenia o wyłączeniach grupowych. Agent powinien zatem mieć pozostawioną swobodę obniżania faktycznej ceny zapłaconej przez klienta bez zmniejszania dochodu dającego zlecenie¹⁸.

(49) Zasadnicze ograniczenie wymienione w art. 4 lit. b) rozporządzenia o wyłączeniach grupowych dotyczy porozumień lub uzgodnionych praktyk, których bezpośrednim lub pośrednim celem jest ograniczenie sprzedaży przez nabywcę, na tyle na ile ograniczenia te związane są z terytorium, na którym może sprzedawać towary lub usługi objęte umową, lub z klientami, którym może je sprzedawać. To zasadnicze ograniczenie wiąże się z dzieleniem rynku według terytoriów lub według klientów. Może to być wynikiem bezpośrednich zobowiązań, takich jak obowiązek nie sprzedawania pewnym klientom czy klientom na pewnych terytoriach lub zobowiązania do kierowania zamówień od tych klientów do innych dystrybutorów. Może to również wynikać z pośrednich środków, takich jak odmowa lub zmniejszenie premii i rabatów, odmowa dostaw, zmniejszenie wielkości dostaw lub ograniczenie wielkości dostaw do popytu na przydzielonym terenie lub do grupy klientów, groźba rozwiązania umowy lub zobowiązanie do przekazywania zysków, mających na celu skłonienie dystrybutora do nie sprzedawania takim klientom. Może dalej wynikać z tego, iż dostawca nie świadczy usług gwarancyjnych na obszarze całej Wspólnoty, podczas gdy dystrybutorzy są zobowiązani do świadczenia usług gwarancyjnych, a ich koszty są zwracane przez dostawcę, nawet w związku z produktami sprzedawanymi przez innych dostawców na ich terenie. Prawdopodobieństwo, iż praktyki te będą postrzegane jako ograniczenie jest tym większe, gdy są one stosowane w połączeniu z wprowadzeniem przez dostawcę systemu monitorowania mającego na celu sprawdzanie faktycznego przeznaczenia dostarczanych towarów, np. używania źródnicowanych etykiet lub numerów serii. Nałożony na wszystkich dystrybutorów zakaz sprzedaży pewnym użytkownikom końcowym nie jest jednak klasyfikowany jako zasadnicze ograniczenie, jeżeli istnieje obiektywne uzasadnienie związane z produktem, takie jak ogólny zakaz sprzedaży niebezpiecznych substancji pewnym klientom z przyczyn bezpieczeństwa lub zdrowotnych. Wiąże się on z tym, iż również sam dostawca nie sprzedaje tym klientom. Obowiązki odsprzedawcy związane z eksponowaniem marki dostawcy również nie są klasyfikowane jako zasadnicze ograniczenie.

¹⁸ Zob. na przykład, decyzja Komisji 91/562/EWG w sprawie nr IV/327 37 – *Eirpage*, Dz. U. L 306 z 7.11.1991, s. 22 (w szczególności ustęp 6).

(50) Istnieją cztery wyjątki od zasadniczego ograniczenia w art. 4 lit. b) rozporządzenia o wyłączeniach grupowych. Pierwszy wyjątek pozwala dostawcy na ograniczenie czynnej sprzedaży przez jego bezpośrednich nabywców do terytorium lub grupy klientów, które zostały przydzielone na wyłączność innemu nabywcy lub dostawca zarezerwował je dla siebie. Terytorium lub grupa klientów jest przyznana na wyłączność, gdy dostawca zgadza się sprzedawać swój produkt jedynie jednemu dystrybutorowi do dystrybucji na konkretnym terenie lub wśród konkretnej grupy klientów, a wyłączny dystrybutor jest chroniony przed czynną sprzedażą na swoim terytorium lub w swojej grupie klientów ze strony dostawcy i wszystkich innych nabywców dostawcy na obszarze Wspólnoty. Dostawca może połączyć przydzielenie wyłączności terytorium i wyłączności grupy klientów na przykład poprzez wyznaczenie wyłącznego dystrybutora dla konkretnej grupy klientów na konkretnym terytorium. Ta ochrona terytoriów przydzielonych na wyłączność musi jednak pozwalać na bierną sprzedaż na takich terytoriach lub takiej grupie klientów. Dla stosowanie art. 4 lit. b) rozporządzenia o wyłączeniach grupowych Komisja interpretuje sprzedaż „czynną” i „bierną” w następujący sposób:

– Sprzedaż „czynna” oznacza nawiązywanie kontaktów z poszczególnymi konsumentami na wyłącznym terytorium innego dystrybutora lub w wyłącznej grupie klientów poprzez – na przykład – bezpośrednie listy lub wizyty, lub aktywne kontakty z konkretną grupą klientów lub klientami na konkretnym terytorium przydzielonym na wyłączność innemu dystrybutorowi, za pośrednictwem reklam w mediach lub innych promocji specjalnie ukierunkowanych na tę grupę klientów lub na klientów na tym terenie, bądź założenie hurtowni lub punktów dystrybucji na wyłącznym terytorium innego dystrybutora.

– Sprzedaż „bierna” oznacza odpowiadanie na nie zamówione wnioski ze strony klientów indywidualnych, w tym dostawę towarów lub usług takim klientom. Ogólne reklamy lub promocja w mediach lub w Internecie, które docierają do klientów na wyłącznych terytoriach lub należących do grup przydzielonych innym dystrybutorom, będące odpowiednim sposobem docierania do klientów na terytoriach nie objętych wyłącznością lub do grup klientów na własnym terytorium, stanowią sprzedaż bierną.

(51) Każdy dystrybutor musi mieć swobodę wykorzystywania Internetu do reklamowania i sprzedaży produktów. Ograniczenie dotyczące korzystania z Internetu przez dystrybutorów mogłoby być zgodne z rozporządzeniem o wyłączeniach grupowych w takim zakresie, w jakim promocja lub sprzedaż w Internecie mogłaby doprowadzić do czynnej sprzedaży na terytoriach objętych wyłącznością lub wśród grup klientów przydzielonych innym dystrybutorom. Generalnie korzystanie z Internetu nie jest uważane za formę sprzedaży czynnej na takich terytoriach lub wśród grup klientów, ponieważ jest to stosowny sposób docierania do wszystkich klientów. Fakt, iż może mieć ono skutki poza własnym terytorium lub grupą klientów wynika z technologii, tj. łatwego dostępu z każdego miejsca. Jeżeli klient odwiedza stronę internetową dystrybutora i kontaktuje się z nim i jeżeli taki kontakt prowadzi do sprzedaży, w tym dostawy, wówczas jest to uważane za sprzedaż bierną. Język używany na stronie internetowej lub w komunikowaniu się zwykle nie odgrywa żadnej roli w tym względzie. O ile strona internetowa nie jest konkretnie ukierunkowana przede wszystkim na klientów z terytorium lub grupy przydzielonej na wyłączność innemu dystrybutorowi, na przykład przy użyciu bannerów lub linków na stronach usługodawców dostępnych konkretnie dla klientów przydzielonych na wyłączność innemu dystrybutorowi, strona internetowa nie jest uważana za formę czynnej sprzedaży. Jednak nie zamówione e-maile wysyłane do poszczególnych konsumentów lub konkretnych grup konsumentów są uważane za czynną sprzedaż. Ta sama uwaga dotyczy sprzedaży katalogowej. Pomimo tego, co powiedziano wcześniej, dostawca może wymagać standardów jakości przy wykorzystaniu strony internetowej do odsprzedaży jego towarów, podobnie jak może wymagać standardów jakości od sklepu lub ogólnie w reklamie i promocji. To ostatnie może mieć znaczenie szczególnie przy dystrybucji selektywnej. Wyraźny zakaz sprzedaży przez internet lub przy pomocy katalogów jest możliwy jedynie w przypadku obiektywnego uzasadnienia. W każdym przypadku dostawca może zastrzec sobie prawo do sprzedaży i/lub reklamy poprzez internet.

(52) Istnieją trzy inne wyjątki od drugiego zasadniczego ograniczenia w art. 4 lit. b) rozporządzenia o wyłączeniach grupowych. Wszystkie trzy wyjątki pozwalają na ograniczenie zarówno sprzedaży czynnej, jak i biernej. W ten sposób dozwolone jest powstrzymanie hurtownika od sprzedaży użytkownikom końcowym, powstrzymanie wyznaczonego dystrybutora w systemie dystrybucji selektywnej od sprzedaży – na jakimkolwiek poziomie prowadzenia działalności – nieuprawnionym dystrybutorom na rynkach, gdzie działa taki system oraz powstrzymanie nabywcy składników dostarczonych do włączenia, od odsprzedaży ich konkurentom dostawcy. Termin „składnik” obejmuje wszelkie towary pośrednie, a termin „włączenie” oznacza korzystanie z wszelkich nakładów do produkcji towarów.

(53) Zasadnicze ograniczenie wymienione w art. 4 lit. c) rozporządzenia o wyłączeniach grupowych dotyczy ograniczenia czynnej i biernej sprzedaży użytkownikom końcowym – niezależnie czy są to profesjonalni użytkownicy końcowi, czy bezpośredni konsumenci – przez członków sieci dystrybucji selektywnej. Oznacza to, iż dealerzy w systemie dystrybucji selektywnej – zdefiniowanym w art. 1 lit. d) rozporządzenia o wyłączeniach grupowych – nie mogą być ograniczani odnośnie do użytkowników lub agentów nabywających w imieniu tych użytkowników, którym mogą sprzedawać. Na przykład, również w systemie dystrybucji selektywnej dealer powinien mieć swobodę reklamowania i sprzedaży za pośrednictwem Internetu. Dystrybucja selektywna może być połączona z dystrybucją wyłączną, pod warunkiem że nigdzie nie jest ograniczona czynna i bierna sprzedaż. Dostawca może się zatem zobowiązać do zaopatrywania tylko jednego dealera lub ograniczonej liczby dealerów na danym terytorium.

(54) Oprócz tego w przypadku dystrybucji selektywnej ograniczenia mogą być nakładane na możliwość określenia przez dealera miejsca, w którym prowadzi on działalność. Niektórzy dealerzy mogą nie być w stanie prowadzić działalności w różnych lokalach lub otworzyć nowego punktu sprzedaży w innym miejscu. Jeżeli punkt sprzedaży dealera jest ruchomy („sklep na kołach”), może zostać określony obszar poza którym ruchomy punkt sprzedaży nie może działać.

(55) Zasadnicze ograniczenie wymienione w art. 4 lit. d) rozporządzenia o wyłączeniach grupowych dotyczy ograniczenia wzajemnych dostaw między wyznaczonymi dystrybutorami w ramach systemu dystrybucji selektywnej. Oznacza to, iż bezpośrednim lub pośrednim celem porozumienia lub uzgodnionej praktyki nie może być uniemożliwienie lub ograniczenie czynnej lub biernej sprzedaży produktów objętych umową między wybranymi dystrybutorami. Wybrani dystrybutorzy muszą mieć swobodę zakupu produktów objętych umową od innych wyznaczonych dystrybutorów w ramach sieci, działających na tym samym lub na innym poziomie handlu. Oznacza to, iż dystrybucja selektywna nie może być połączona z ograniczeniami wertykalnymi mającymi na celu zmuszenie dystrybutorów do nabywania produktów objętych umową wyłącznie z danego źródła, na przykład wyłączności zakupów. Oznacza to również, iż w ramach sieci dystrybucji selektywnej nie można nałożyć żadnych ograniczeń na wyznaczonych hurtownikach odnośnie do sprzedawania przez nich produktu wyznaczonym detalistom.

(56) Zasadnicze ograniczenie wymienione w art. 4 lit. e) rozporządzenia o wyłączeniach grupowych dotyczy porozumień, które uniemożliwiają lub ograniczają uzyskiwanie przez użytkowników końcowych, niezależnych serwisantów i usługodawców, części zamiennych bezpośrednio od producenta tych części. Umowa między producentem części zamiennych i nabywcą, który włącza te części do własnych produktów (producent oryginalnego sprzętu – POS), nie może – bezpośrednio lub pośrednio – uniemożliwiać lub ograniczać sprzedaży tych części przez producenta użytkownikom końcowym, niezależnym serwisantom i usługodawcom. Ograniczenia pośrednie mogą pojawiać się w szczególności wówczas, gdy dostawca części zamiennych jest ograniczony w dostarczaniu informacji technicznych i specjalnego sprzętu, koniecznych do wykorzystania części zamiennych przez użytkowników, niezależnych serwisantów i usługodawców. Jednak porozumienie może nałożyć ograniczenia na dostawę części zamiennych serwisantom i usługodawcom, którym producent oryginalnego sprzętu powierzył naprawę lub serwisowanie jego produktów. Innymi słowy – producent oryginalnego sprzętu może wymagać, aby jego własna sieć napraw i serwisu kupowała części zamienne od niego.

4. Warunki przewidziane rozporządzeniem o wyłączeniach grupowych

(57) Artykuł 5 rozporządzenia o wyłączeniach grupowych wyłącza pewne zobowiązania z zakresu stosowania tego rozporządzenia, nawet jeżeli nie został przekroczony próg udziału w rynku. Rozporządzenie o wyłączeniach grupowych nadal ma jednak zastosowanie do pozostałej części porozumienia wertykalnego, jeżeli ta część da się oddzielić od zobowiązań nie zwolnionych.

(58) Pierwsze wyłączenie jest przewidziane w art. 5 lit. a) rozporządzenia o wyłączeniach grupowych i dotyczy zobowiązania do niekonkurowania. Zobowiązania do niekonkurowania są to zobowiązania, które wymagają od nabywcy dokonywania u dostawcy lub we wskazanym przezeń innym przedsiębiorstwie zakupu towarów i usług objętych umową oraz ich odpowiedników (zob. definicja w art. 1 lit. b) rozporządzenia o wyłączeniach grupowych) w wysokości ponad 80% łącznych rocznych zakupów nabywcy w poprzednim roku, uniemożliwiając w ten sposób nabywcy zakup konkurencyjnych towarów lub usług lub ograniczając taki zakup do mniej niż 20% łącznych zakupów. Jeżeli brak jest danych dotyczących nabywcy za rok poprzedzający podpisanie umowy, mogą być wykorzystane najdokładniejsze dane szacunkowe nabywcy dotyczące jego łącznego rocznego zapotrzebowania. Takie zobowiązania do niekonkurowania nie są objęte rozporządzeniem o wyłączeniach grupowych, jeżeli ich czas obowiązy-

wania jest nieokreślony lub przekracza pięć lat. Również zobowiązania do niekonkurowania, które są milcząco odnawialne poza okres pięciu lat, nie są objęte rozporządzeniem o wyłączeniach grupowych. Jednak są one nim objęte, jeżeli czas ich obowiązywania jest ograniczony do pięciu lub mniej lat lub jeżeli ich odnowienie poza okres pięciu lat wymaga wyraźnej zgody obu stron, a nie istnieją żadne przeszkody uniemożliwiające nabywcy skuteczne zakończenie zobowiązania do niekonkurowania po upływie okresu pięciu lat. Jeżeli na przykład umowa przewiduje pięcioletnie zobowiązanie do niekonkurowania, a dostawca zapewnia nabywcy pożyczkę, spłata tej pożyczki nie może uniemożliwiać nabywcy faktycznego zakończenia zobowiązania do niekonkurowania po upływie okresu pięciu lat; spłata powinna być zaplanowana w równych lub malejących ratach i nie powinna się zwiększać z upływem czasu. Nie ma to wpływu, w przypadku na przykład nowego punktu dystrybucji, na możliwość opóźnienia spłaty przez pierwszy lub drugi rok do momentu osiągnięcia pewnego poziomu sprzedaży. Nabywca musi mieć możliwość spłacenia pozostałego długu, jeżeli na zakończenie okresu zobowiązania do niekonkurowania pozostaje jeszcze dług do spłacenia. Podobnie, jeżeli dostawca zaopatruje nabywcę w sprzęt, który nie jest związany z konkretną umową, nabywca powinien mieć możliwość przejścia sprzętu zgodnie z jego wartością rynkową przy upływie zobowiązania do niekonkurowania.

(59) Limit pięciu lat czasu trwania nie ma zastosowania, gdy towary lub usługi są odsprzedawane przez nabywcę „w lokalu i na terenie stanowiącym własność dostawcy lub dzierżawionych przez dostawcę od osób trzecich nie związanych z nabywcą”. W takich przypadkach zobowiązanie do niekonkurowania może trwać tyle samo, ile okres zajmowania punktu sprzedaży przez nabywcę (art. 5 lit. a) rozporządzenia o wyłączeniach grupowych). Wyjątek ten jest spowodowany tym, iż zazwyczaj nie można się spodziewać, aby dostawca udzielił zgody na sprzedaż konkurencyjnych produktów w lokalu i na terenie stanowiącym jego własność. Sztuczne stosunki własności mające na celu uniknięcie pięcioletniego limitu nie mogą skorzystać z tego wyjątku.

(60) Drugie wyłączenie z wyłączeń grupowych jest przewidziane w art. 5 lit. b) rozporządzenia o wyłączeniach grupowych i dotyczy zobowiązania do niekonkurowania po zakończeniu umowy. Takie zobowiązania do niekonkurowania nie są zwykle objęte rozporządzeniem o wyłączeniach grupowych, chyba że zobowiązanie takie jest konieczne do ochrony know-how przekazanego nabywcy przez dostawcę, jest ograniczone do punktu sprzedaży, w którym nabywca działał w okresie obowiązywania umowy i jest ograniczone do maksymalnego okresu jednego roku. Zgodnie z definicją zawartą w art. 1 lit. f) rozporządzenia o wyłączeniach grupowych know-how musi być „istotne”, co oznacza, że „know-how obejmuje informacje niezbędne do wykorzystania, sprzedaży lub odsprzedaży przez nabywcę towarów lub usług objętych umową”.

(61) Trzecie wyłączenie z wyłączeń grupowych jest przewidziane w art. 5 lit. c) rozporządzenia o wyłączeniach grupowych i dotyczy sprzedaży konkurencyjnych towarów w systemie dystrybucji selektywnej. Rozporządzenie o wyłączeniach grupowych obejmuje połączenie dystrybucji selektywnej z zobowiązaniem do niekonkurowania, obligując dealerów do nie odsprzedawania generalnie konkurencyjnych marek. Jeżeli jednak dostawca uniemożliwia swym wyznaczonym dealerom, bezpośrednio lub pośrednio, kupowanie produktów do odsprzedaży od konkretnych konkurencyjnych dostawców, takie zobowiązanie nie może korzystać z przywileju rozporządzenia o wyłączeniach grupowych. Celem wyłączenia tego zobowiązania jest uniknięcie sytuacji, w której pewna liczba dostawców korzystających z tych samych punktów dystrybucji selektywnej uniemożliwia jednemu konkretnemu konkurentowi lub pewnym konkretnym konkurentom korzystania z tych punktów do dystrybucji ich produktów (wykluczenie konkurującego dostawcy, które stanowiłoby formę zbiorowego bojkotu)¹⁹.

5. Brak domniemania sprzeczności z prawem odnośnie do porozumień nieobjętych rozporządzeniem o wyłączeniach grupowych

(62) Porozumienia wertykalne nie objęte zakresem rozporządzenia o wyłączeniach grupowych nie będą uważane za sprzeczne z prawem, ale mogą wymagać indywidualnego zbadania. Zachęca się spółki do dokonywania własnej oceny bez zgłoszenia. W przypadku indywidualnego badania przez Komisję, na niej będzie spoczywał ciężar dowodu, iż dane porozumienie narusza art. 81 ust. 1. Jeżeli zostaną udowodnione znaczące antykonkurencyjne skutki, przedsięwzięcia mogą uzasadnić roszczenie efektyw-

¹⁹ Przykład działań pośrednich mających tego rodzaju wykluczające skutki można znaleźć w decyzji Komisji 92/428/EWG w sprawie Nr IV/33 542 – *Parfium Givenchy* (Dz. U. L 236 z 19.8.1992, s. 11).

ności i wyjaśnić, dlaczego dany system dystrybucji może przynieść korzyści odnoszące się do warunków związanych z wyłączeniem na mocy art. 81 ust. 3.

6. Brak potrzeby zgłoszeń zapobiegawczych

(63) Zgodnie z art. 4 ust. 2 rozporządzenia Rady nr 17 z 6 lutego 1962 r., pierwszego rozporządzenia wdrażającego art. 85 i 86 Traktatu²⁰, ostatnio zmienionego rozporządzeniem (WE) nr 1216/1999²¹, porozumienia wertykalne mogą korzystać z wyłączenia na mocy art. 81 ust. 3 od dnia ich wejścia w życie, nawet jeżeli zgłoszenie ma miejsce po tej dacie. W praktyce oznacza to, że nie trzeba dokonywać żadnych zgłoszeń zapobiegawczych. W przypadku zaistnienia sporu przedsiębiorstwo nadal ma prawo do zgłoszenia, a wówczas Komisja może zwolnić porozumienie wertykalne z mocą wsteczną od daty wejścia w życie porozumienia, jeżeli zostały spełnione wszystkie cztery warunki art. 81 ust. 3. Strona zgłaszająca nie musi wyjaśniać, dlaczego nie zgłosiła wcześniej porozumienia i nie odmówi jej się wyłączenia z mocą wsteczną jedynie dlatego, iż wcześniej nie dokonała zgłoszenia. Każde zgłoszenie będzie analizowane pod względem merytorycznym. Ta poprawka do art. 4 ust. 2 rozporządzenia nr 17 powinna wyeliminować sztuczne spory sądowe przed sądami krajowymi i w ten sposób wzmocnić cywilną wykonalność umów. Uwzględniła ona również takie sytuacje, w których przedsiębiorstwa nie dokonały zgłoszenia zakładając, że porozumienie jest objęte rozporządzeniem o wyłączeniach grupowych.

(64) Ponieważ data zgłoszenia nie ogranicza już możliwości dokonania wyłączenia przez Komisję, sądy krajowe muszą ocenić możliwość zastosowania art. 81 ust. 3 w odniesieniu do porozumień wertykalnych mieszczących się w zakresie art. 81 ust. 1. Jeżeli istnieje taka możliwość, powinny zawiesić postępowanie w oczekiwaniu na zajęcie stanowiska przez Komisję. Sądy krajowe mogą jednakże przyjąć środki przejściowe do czasu oceny przez Komisję możliwości zastosowania art. 81 ust. 3, w ten sam sposób, jak czynią to zwracając się do Trybunału Sprawiedliwości o orzeczenie prejudycjalne na mocy art. 234. Nie jest konieczne zawieszenie postępowania nakazowego, jeżeli sądy krajowe są same upoważnione do oceny prawdopodobieństwa zastosowania art. 81 ust. 3²².

(65) Z wyjątkiem przypadków postępowania przed sądem krajowym lub skargi, zgłoszenia porozumień wertykalnych nie będą traktowane priorytetowo w polityce stosowania prawa przez Komisję. Zgłoszenia jako takie nie zapewniają tymczasowej ważności wykonywaniu porozumień. Gdy przedsiębiorstwa nie zgłosiły porozumienia ponieważ w dobrej wierze zakładały, że próg udziału w rynku na mocy rozporządzenia o wyłączeniach grupowych nie został przekroczony, Komisja nie nałoży kar.

7. Podzielność

(66) Rozporządzenie o wyłączeniach grupowych wyłącza porozumienia wertykalne pod warunkiem że żadne zasadnicze ograniczenie, zamieszczone w art. 4, nie jest zawarte lub praktykowane w ramach porozumienia wertykalnego. Jeżeli występuje jedno lub więcej zasadniczych ograniczeń, przywileju rozporządzenia o wyłączeniach grupowych nie stosuje się w odniesieniu do całego porozumienia wertykalnego. W odniesieniu do zasadniczych ograniczeń nie ma podzielności.

(67) Zasadę podzielności stosuje się jednak do warunków, o których mowa w art. 5 rozporządzenia o wyłączeniach grupowych. Przywileju wyłączenia grupowego nie stosuje się zatem jedynie w odniesieniu do tej części porozumienia wertykalnego, która nie jest zgodna z warunkami, o których mowa w art. 5.

8. Gama produktów dystrybuowanych w tym samym systemie dystrybucji

(68) Jeżeli dostawca wykorzystuje tę samą umowę dystrybucji do dystrybuowania kilku towarów/usług, niektóre z nich mogą, z uwagi na próg udziału w rynku, być objęte rozporządzeniem o wyłączeniach grupowych, podczas gdy inne nie. W tym przypadku, rozporządzenie o wyłączeniach grupowych ma zastosowanie do tych towarów i usług, w odniesieniu do których spełnione są warunki tego zastosowania.

(69) W stosunku do towarów lub usług, które nie są objęte rozporządzeniem o wyłączeniach grupowych, stosuje się zwykle zasady konkurencji, co oznacza, że:

– nie ma wyłączenia grupowego, ale również domniemania bezprawności,

²⁰ Dz. U. 13 z 21.2.1962, s. 204/62.

²¹ Dz. U. L 148 z 15.6.1999, s. 5.

²² Sprawa C-234/89 *Delimitis przeciwko Henninger Bräu* [1991] ECR I-935, ustęp 52.

– jeżeli ma miejsce naruszenie art. 81 ust. 1, które nie podlega wyłączeniu, można rozważyć, czy istnieją odpowiednie środki prawne do rozwiązania problemu konkurencji w ramach istniejącego systemu dystrybucji,

– jeżeli takie odpowiednie środki prawne nie istnieją, zainteresowany dostawca będzie musiał dokonać innych ustaleń w sprawie dystrybucji.

Sytuacja ta może również powstać wtedy, gdy stosuje się art. 82 w odniesieniu do pewnych produktów, ale nie w odniesieniu do innych.

9. Okres przejściowy

(70) Rozporządzenie o wyłączeniach grupowych stosuje się od dnia 1 czerwca 2000 r. art. 12 rozporządzenia o wyłączeniach grupowych przewiduje okres przejściowy dla porozumień wertykalnych pozostających w mocy przed 1 czerwca 2000 r., które nie spełniają warunków wyłączenia przewidzianych w rozporządzeniu o wyłączeniach grupowych, ale które spełniają warunki wyłączenia na mocy rozporządzeń o wyłączeniach grupowych, które straciły moc dnia 31 maja 2000 r. (rozporządzenia Komisji (EWG) nr 1983/83 (EWG) nr 1984/83 oraz (EWG) nr 4087/88). Obwieszczenie Komisji dotyczące rozporządzeń (EWG) nr 1983/83 oraz 1984/83 również przestaje być stosowane z dniem 31 maja 2000 r. Do dnia 31 grudnia 2001 r. te ostatnie porozumienia w dalszym ciągu mogą być objęte przepisami uchylanych rozporządzeń. Porozumienia dostawców o udziale w rynku nie przekraczającym 30%, którzy podpisali ze swymi nabywcami porozumienia niekonkurencyjne na dłużej niż pięć lat są objęte porozumieniem o wyłączeniu grupowym, jeżeli dnia 1 stycznia 2002 r. tym porozumieniom niekonkurencyjnym pozostało nie więcej niż pięć lat obowiązywania.

IV. WYCOFANIE WYŁĄCZENIA GRUPOWEGO I ZANIECHANIE STOSOWANIA ROZPORZĄDZENIA O WYŁĄCZENIACH GRUPOWYCH

1. Procedura wycofania

(71) Domniemanie zgodności z prawem przyznane przez rozporządzenie o wyłączeniach grupowych może być wycofane, jeżeli porozumienie wertykalne, rozpatrywane pojedynczo lub łącznie z podobnymi porozumieniami egzekwowanymi przez konkurujących dostawców lub nabywców, mieści się w zakresie art. 81 ust. 1 i nie spełnia wszystkich warunków art. 81 ust. 3. Może to się zdarzyć, gdy dostawca – lub nabywca w przypadku umów dostaw wyłącznych – posiadający udział w rynku nie przekraczający 30%, zawrze porozumienie wertykalne nie dające obiektywnych korzyści, mogących zrekompensować szkody, jakie powoduje ono dla konkurencji. Tak może być szczególnie w odniesieniu do dystrybucji towarów konsumentom końcowym, których pozycja jest często dużo słabsza od pozycji zawodowych nabywców towarów pośrednich. W przypadku sprzedaży konsumentom końcowym szkody spowodowane porozumieniem wertykalnym mogą mieć silniejszy wpływ, niż w przypadku związanym ze sprzedażą i kupnem towarów pośrednich. Jeżeli nie są spełnione warunki art. 81 ust. 3, Komisja może wycofać przywilej rozporządzenia o wyłączeniach grupowych na mocy art. 6 i stwierdzić naruszenie art. 81 ust. 1.

(72) Jeżeli zostaje zastosowana procedura wycofania, na Komisji spoczywa ciężar udowodnienia, iż porozumienie mieści się w zakresie art. 81 ust. 1 i że nie spełnia ono wszystkich czterech warunków art. 81 ust. 3.

(73) Warunki związane z wyłączeniem na mocy art. 81 ust. 3 mogą w szczególności nie być spełnione, gdy dostęp do rynku właściwego lub konkurencja na tym rynku jest znacznie ograniczona przez łącznie skutki równoległych sieci podobnych porozumień wertykalnych wykorzystywanych przez konkurujących dostawców lub nabywców. Równoległe sieci porozumień wertykalnych powinny być postrzegane jako podobne do siebie, jeżeli zawierają ograniczenia powodujące podobne skutki dla rynku. Podobne skutki zaistnieją zwykle wówczas, gdy ograniczenia wertykalne stosowane przez konkurujących dostawców lub nabywców mieszczą się w jednej z czterech grup wymienionych w ustępach 104–114. Taka sytuacja może mieć miejsce, gdy na danym rynku niektórzy dostawcy stosują czysto jakościową dystrybucję selektywną, a inni dostawcy – ilościową dystrybucję selektywną. W takich okolicznościach ocena musi uwzględniać antykonkurencyjne skutki, jakie można przypisać poszczególnym sieciom porozumień. Tam gdzie jest to właściwe, wycofanie może dotyczyć jedynie ograniczeń ilościowych nałożonych na pewną liczbę upoważnionych dystrybutorów. Inne przypadki, w których może zostać podjęta decyzja o wycofaniu, obejmują sytuacje, w których nabywca – na przykład w kontekście wyłączności dostaw lub dystrybucji wyłącznej – ma znaczącą siłę rynkową na rynku właściwym usytuowanym na niższym szczeblu obrotu, na którym odsprzedaje on towary lub świadczy usługi.

(74) Odpowiedzialność za antykonkurencyjny łączny skutek można przypisać jedynie tym przedsiębiorstwom, które mają w nim znaczny udział. Porozumienia zawarte przez przedsiębiorstwa, których wkład w łączny skutek jest nieznaczny, nie mieszczą się w zakazie przewidzianym w art. 81 ust. 1²³ i nie podlegają zatem wycofaniu. Ocena takiego udziału zostanie dokonana zgodnie z kryteriami zawartymi w ustępach 137–229.

(75) Decyzja o wycofaniu może mieć jedynie skutek *ex nunc*, co oznacza, że wpływa na wyłączony status porozumienia dopiero w dniu, w którym wycofanie wchodzi w życie.

(76) Na mocy art. 7 rozporządzenia o wyłączeniach grupowych właściwe władze Państwa Członkowskiego mogą wycofać przywilej rozporządzenia o wyłączeniach grupowych w odniesieniu do porozumień wertykalnych, których antykonkurencyjne skutki są odczuwalne na terytorium danego Państwa Członkowskiego lub na jego części, mającej wszystkie cechy odrębnego rynku geograficznego. Jeżeli Państwo Członkowskie nie wprowadziło w życie ustawodawstwa uprawnającego krajowy organ ds. konkurencji do stosowania wspólnotowego ustawodawstwa dotyczącego konkurencji lub przynajmniej do wycofania przywileju rozporządzenia o wyłączeniach grupowych, Państwo Członkowskie może zwrócić się do Komisji o wszczęcie postępowania w tym celu.

(77) Komisja ma wyłączne prawo do wycofania przywileju rozporządzenia o wyłączeniach grupowych w odniesieniu do porozumień wertykalnych ograniczających konkurencję na właściwym rynku geograficznym, który jest szerszy od terytorium jednego Państwa Członkowskiego. Jeżeli terytorium Państwa Członkowskiego lub jego część, mająca wszystkie cechy odrębnego rynku geograficznego, stanowi właściwy rynek geograficzny, Komisja i dane Państwo Członkowskie mają równoległe kompetencje do zastosowania wycofania. Często takie przypadki powodują zdecentralizowaną egzekucję przez krajowe organy ds. konkurencji. Komisja jednak zastrzega sobie prawo do przejęcia pewnych spraw stanowiących przedmiot szczególnego zainteresowania Wspólnoty, takich jak sprawy rodzące nową kwestię prawną.

(78) Krajowe decyzje o wycofaniu muszą być podejmowane zgodnie z procedurami ustanowionymi na mocy prawa wewnętrznego i będą obowiązywać jedynie na terytorium danego Państwa Członkowskiego. Takie krajowe decyzje nie mogą naruszać jednolitego stosowania wspólnotowych przepisów dotyczących konkurencji ani wpływać na pełne skutki środków przyjętych w celu realizacji tych przepisów²⁴. Zgodność z tą zasadą implikuje, że krajowe organy ds. konkurencji muszą przeprowadzać swe oceny na mocy art. 81 stosownie do odnośnych kryteriów określonych przez Trybunał Sprawiedliwości i Sąd Pierwszej Instancji oraz stosownie do obwieszczeń i wcześniejszych decyzji przyjętych przez Komisję.

(79) Komisja uważa, że w celu uniknięcia ryzyka sprzecznych ze sobą decyzji i powielania procedur, powinien być wykorzystywany mechanizm konsultacji przewidziany w komunikacie w sprawie współpracy między krajowymi organami ds. konkurencji i Komisją²⁵.

2. Zaniechanie stosowania rozporządzenia o wyłączeniach grupowych

(80) art. 8 rozporządzenia o wyłączeniach grupowych upoważnia Komisję do wyłączenia z zakresu rozporządzenia o wyłączeniach grupowych, w drodze rozporządzenia, równoległych sieci podobnych ograniczeń wertykalnych, jeżeli obejmują one ponad 50% rynku właściwego. Środek tego rodzaju nie jest skierowany do poszczególnych przedsiębiorstw, ale dotyczy wszystkich przedsiębiorstw, których porozumienia są zdefiniowane w rozporządzeniu w sprawie zaniechania stosowania rozporządzenia o wyłączeniach grupowych.

(81) Zważywszy, że wycofanie przywileju rozporządzenia o wyłączeniach grupowych na mocy art. 6 pociąga za sobą przyjęcie decyzji stwierdzającej naruszenie art. 81 przez pojedynczą spółkę, skutkiem postanowienia na mocy art. 8 jest po prostu odebranie, w odniesieniu do danych ograniczeń i rynków, przywileju stosowania rozporządzenia o wyłączeniach grupowych i przywrócenie pełnego stosowania art. 81 ust. 1 i 81 ust. 3. Po przyjęciu rozporządzenia deklarującego, iż rozporządzenie o wyłączeniach grupowych nie ma zastosowania do pewnych ograniczeń wertykalnych na konkretnym rynku, zastosowaniem art. 81 do poszczególnych porozumień będą kierowały kryteria określone na podstawie orzeczeń Trybunału Sprawiedliwości i Sądu Pierwszej Instancji oraz obwieszczeń i wcześniejszych decyzji Komisji.

²³ Orzeczenie w sprawie *Delimitis*.

²⁴ Orzeczenie Trybunału Sprawiedliwości w sprawie 14/68 *Walt Wilhelm i inni przeciwko Bundeskartellamt* [1969] ECR I, ustęp 4 i orzeczenie w sprawie *Delimitis*.

²⁵ Dz. U. C 313 z 15.10.1997, s. 3, ustępy 49–53.

W stosownym przypadku Komisja podejmie decyzję w indywidualnej sprawie, która może stanowić wskazówkę dla wszystkich przedsiębiorstw działających na danym rynku.

(82) Dla celów wyliczenia 50% wskaźnika pokrycia rynku należy uwzględniać wszystkie poszczególne sieci porozumień wertykalnych zawierających ograniczenia lub połączenia ograniczeń powodujące podobne skutki dla rynku. Podobne skutki mają zwykle miejsce, gdy ograniczenia mieszczą się w jednej z czterech grup wymienionych w ustępach 104–114.

(83) art. 8 nie pociąga za sobą obowiązku Komisji do działania, jeżeli zostanie przekroczony 50% wskaźnik pokrycia rynku. Generalnie zaniechanie stosowania jest właściwe wówczas, gdy jest prawdopodobne, że dostęp do rynku właściwego lub konkurencja na tym rynku są znacznie ograniczone. Może to mieć miejsce szczególnie w przypadku gdy równoległe sieci dystrybucji selektywnej, obejmujące ponad 50% rynku, stosują kryteria doboru nie wymagane przez charakter danych towarów lub dyskryminują pewne formy dystrybucji, właściwe w odniesieniu do sprzedaży takich towarów.

(84) Oceniając potrzebę zastosowania art. 8 Komisja rozważy, czy indywidualne wycofanie byłoby właściwszym środkiem prawnym. Może to zależeć w szczególności od liczby konkurencyjnych przedsiębiorstw przyczyniających się do łącznego skutku dla rynku lub liczby dotkniętych nim rynków geograficznych na obszarze Wspólnoty.

(85) Każde rozporządzenie przyjęte na mocy art. 8 musi mieć wyraźnie określony zakres. Oznacza to, po pierwsze, że Komisja musi zdefiniować właściwy produkt i rynek(-i) geograficzny(-e), a po drugie, że musi zidentyfikować rodzaj ograniczenia wertykalnego, w odniesieniu do którego rozporządzenie o wyłączeniach grupowych nie będzie już miało zastosowania. Jeżeli chodzi o ten ostatni aspekt, Komisja może odnieść zakres rozporządzenia do kwestii, które ma dotyczyć rozporządzenie. Na przykład, chociaż wszystkie równoległe sieci porozumień związanych z jedną marką powinny być brane pod uwagę w celu ustalenia 50% wskaźnika pokrycia rynku, Komisja może jednak ograniczyć zakres zaniechania stosowania rozporządzenia jedynie do zobowiązań do niekonkurowania przekraczających pewien okres. Może to zatem nie wpłynąć na porozumienia o krótszym czasie trwania lub o mniej restrykcyjnym charakterze ze względu na mniejszy stopień wykluczania przypisywany takim ograniczeniom. Podobnie, gdy na konkretnym rynku dystrybucja selektywna jest stosowana w połączeniu z dodatkowymi ograniczeniami, takimi jak zakaz konkurowania lub narzucanie nabywcy wysokości zakupów, rozporządzenie o zaniechaniu stosowania może dotyczyć tylko tych dodatkowych ograniczeń. W stosownych okolicznościach Komisja może również sformułować wskazówki poprzez określenie poziomu udziału rynkowego, który w kontekście konkretnego rynku może być postrzegany jako niedostateczny do tego, aby pojedyncze przedsiębiorstwo miało znaczący udział w łącznym skutku.

(86) Okres przejściowy nie krótszy niż sześć miesięcy, który Komisja będzie musiała wyznaczyć na mocy art. 8 ust. 2, powinien umożliwić zainteresowanym przedsiębiorstwom takie dostosowanie porozumień, aby uwzględniły one rozporządzenie w sprawie zaniechania stosowania rozporządzenia o wyłączeniach grupowych.

(87) Rozporządzenie powodujące zaniechanie stosowania rozporządzenia o wyłączeniach grupowych nie będzie miało wpływu na status wyłączenia danych porozumień w okresie przed jego wejściem w życie.

V. DEFINICJA RYNKU I ZAGADNIENIA ZWIĄZANE Z OBLICZANIEM UDZIAŁU W RYNKU

1. Obwieszczenie Komisji w sprawie definicji rynku właściwego

(88) Obwieszczenie Komisji w sprawie definicji rynku właściwego dla celów prawa wspólnotowego dotyczącego konkurencji²⁶ zawiera wskazówki dotyczące zasad, kryteriów i dowodów, z jakich korzysta Komisja przy rozważaniu zagadnień związanych z definicją rynku. Obwieszczenie to nie będzie szerzej omówione w niniejszych wytycznych. Powinno ono stanowić podstawę dla zagadnień związanych z definicją rynku. Niniejsze wytyczne obejmują jedynie konkretne zagadnienia pojawiające się w kontekście ograniczeń wertykalnych, nie omówione w ogólnym obwieszczeniu w sprawie definicji rynku.

2. Rynek właściwy dla obliczenia 30% udziału w rynku na mocy rozporządzenia o wyłączeniach grupowych

(89) Na mocy art. 3 rozporządzenia o wyłączeniach grupowych to udział w rynku dostawcy jest generalnie decydujący dla zastosowania wyłączenia grupowego. W przypadku porozumień wertykalnych zawartych

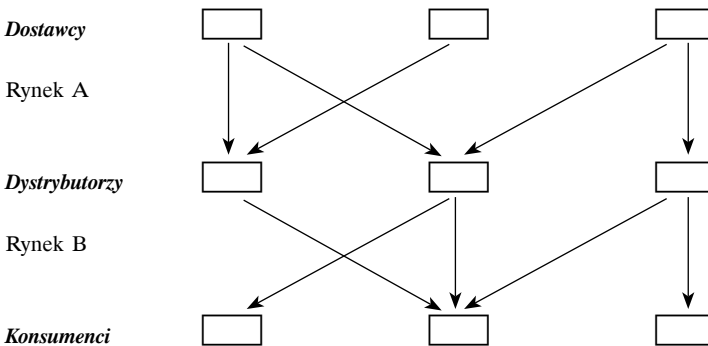
²⁶ Dz. U. C 372 z 9.12.1997, s. 5.

między stowarzyszeniem detalistów i poszczególnymi członkami, dostawcą jest stowarzyszenie i musi uwzględniać swój udział w rynku jako dostawcy. Jedynie w przypadku wyłącznych dostaw, zgodnie z definicją w art. 1 lit. c) rozporządzenia o wyłączeniach grupowych, decydujący dla zastosowania tego rozporządzenia jest udział w rynku nabywcy i tylko ten udział.

(90) Aby obliczyć udział w rynku konieczne jest określenie rynku właściwego. W tym celu należy definiować właściwy rynek produktu i właściwy rynek geograficzny. Właściwy rynek produktu obejmuje wszelkie towary lub usługi postrzegane przez nabywcę jako wymienne, ze względu na ich cechy, ceny i przeznaczenie. Właściwy rynek geograficzny obejmuje obszar, na którym dane przedsiębiorstwa są zaangażowane w podaż i popyt właściwych towarów lub usług, na którym warunki konkurencji są dostatecznie jednolite i który może być odróżniony od sąsiednich obszarów geograficznych, ponieważ w szczególności warunki konkurencji są na tych obszarach znacznie odmienne.

(91) Dla stosowania rozporządzenia o wyłączeniach grupowych udziałem w rynku dostawcy jest jego udział we właściwym rynku produktowym i rynku geograficznym, na którym sprzedaje on swoim nabywcom²⁷. W przykładzie podanym w ustępie 92 jest to rynek A. Rynek produktu zależy w szczególności od zastępowalności z punktu widzenia nabywcy. Jeżeli dostarczany produkt stanowi wkład w produkcję innych produktów i generalnie nie jest rozpoznawalny w produkcie końcowym, rynek produktu jest zwykle definiowany przez preferencje bezpośredniego nabywcy. Klienci nabywców nie mają zazwyczaj silnych preferencji, jeżeli chodzi o nakłady nabywców. Ograniczenia wertykalne uzgodnione między dostawcą i nabywcą nakładu produkcyjnego są związane ze sprzedażą i kupnem produktu pośredniego, a nie ze sprzedażą produktu końcowego. W przypadku dystrybucji towarów końcowych, na wybór substytutów przez bezpośrednich nabywców mają zwykle wpływ preferencje konsumentów końcowych. Dystrybutor, jako odsprzedający, nie może ignorować preferencji konsumentów końcowych, gdy zakupuje towary końcowe. Oprócz tego, na szczeblu dystrybucji ograniczenia wertykalne dotyczą nie tylko sprzedaży produktów między dostawcą i nabywcą, ale również ich odsprzedaży. Ponieważ różne formy dystrybucji zazwyczaj konkurują ze sobą, rynki nie są zwykle zdefiniowane przez stosowaną formę dystrybucji. Jeżeli dostawcy sprzedają zazwyczaj gamę produktów, cała gama może określać rynek produktu, gdy to gamy, a nie poszczególne produkty są postrzegane przez nabywców jako substytuty. Jeżeli nabywcy na rynku geograficznym A są profesjonalnymi nabywcami, rynek geograficzny jest zwykle szerszy od rynku, na którym produkt jest odsprzedawany konsumentom końcowym. Często prowadzi to do definicji rynków krajowych lub szerszych rynków geograficznych.

(92) W przypadku wyłącznych dostaw, udziałem nabywcy w rynku jest udział jego wszystkich zakupów na właściwym rynku zakupów²⁸. W poniższym przykładzie jest to również rynek A.



²⁷ Na przykład duński rynek nowych opon na wymianę dla ciężarówek i autobusów w sprawie *Michelin* (sprawa 322/81 *Nederlandsche Banden-Industrie Michelin przeciwko Komisji* [1983] ECR 3461), różnych rynków mięsnych w sprawie duńskiej rzeźni: decyzja komisji 2000/42/WE w sprawie nr IV/M.1313, *Królestwo Danii/Vestjyske Slagterier*, Dz. U. L 274 z 23.10.1999, s. 1.

²⁸ Przykład rynków zakupów – Zob. decyzja Komisji 1999/674/WE w sprawie nr IV/M.1221 – *Rewe/Meinl*, Dz. U. L 274 z 23.10.1999, s. 1.

(93) Jeżeli porozumienie wertykalne obejmuje trzy strony, z których każda działa na innym poziomie obrotu, ich udział w rynku będzie musiał być niższy od 30% progu udziału w rynku na dwóch poziomach, aby możliwe było skorzystanie z przywileju wyłączenia grupowego. Jeżeli, na przykład, w porozumieniu między producentem, hurtownikiem (lub stowarzyszeniem detalistów) i detalistą zostanie uzgodnione zobowiązanie do niekonkurowania, to wówczas – aby można było skorzystać z wyłączenia grupowego – udział w rynku producenta i hurtownika (lub stowarzyszenia detalistów) nie może przekraczać 30%.

(94) Jeżeli dostawca wytwarza zarówno oryginalny sprzęt, jak i części zamienne do niego, dostawca jest często jedynym lub największym dostawcą na rynku wtórnym części zamiennych. Może się tak zdarzyć również, gdy dostawca (dostawca POS) zleca podwykonawstwo części zamiennych. Właściwym rynkiem dla stosowania rozporządzenia o wyłączeniach grupowych może być rynek oryginalnego sprzętu z uwzględnieniem części zamiennych lub oddzielny rynek oryginalnego sprzętu oraz rynek wtórny, w zależności od okoliczności sprawy, takich jak skutki danych ograniczeń, okres funkcjonowania sprzętu i wielkość kosztów naprawy lub wymiany części²⁹.

(95) Jeżeli porozumienie wertykalne, oprócz dostaw towarów objętych umową, zawiera również postanowienia dotyczące PWI – takie jak postanowienie dotyczące używania znaku towarowego dostawcy, które pomagają nabywcy w zbyciu towarów objętych umową, udział w rynku dostawcy na rynku, na którym sprzedaje on towary objęte umową jest decydujący dla stosowania rozporządzenia o wyłączeniach grupowych. Jeżeli franchisingodawca nie dostarcza towarów do odsprzedaży, ale świadczy pakiet usług w połączeniu z postanowieniami dotyczącymi PWI, które razem stanowią sposób prowadzenia działalności stanowiący przedmiot franchisingu, franchisingodawca powinien brać pod uwagę swój udział w rynku jako dostawcy metody prowadzenia działalności. W tym celu franchisingodawca powinien obliczyć swój udział w rynku, na którym sposób prowadzenia działalności jest wykorzystywany, czyli rynku, na którym franchisingobiorcy wykorzystują sposób prowadzenia działalności do dostarczania towarów lub świadczenia usług konsumentom końcowym. Franchisingodawca musi opierać swój udział w rynku na wartości towarów lub usług dostarczanych przez jego franchisingobiorców na tym rynku. Na takim rynku konkurentami mogą być dostawcy innych sposobów prowadzenia działalności stanowiących przedmiot franchisingu, ale również dostawcy zamiennych towarów lub usług nie stosujący franchisingu. Na przykład, bez wpływu na definicję takiego rynku, jeżeli istnieje rynek na usługi typu fast-food, franchisingodawca działający na takim rynku powinien obliczyć swój udział w rynku w oparciu o odnośne dane dotyczące sprzedaży przez jego franchisingobiorców na tym rynku. Jeżeli franchisingodawca, oprócz sposobu prowadzenia działalności, dostarcza również pewne nakłady produkcyjne, takie jak mięso i przyprawy, wówczas powinien on obliczyć swój udział w rynku, na którym te towary są sprzedawane.

3. Rynek właściwy w przypadku indywidualnych ocen

(96) W przypadku indywidualnych ocen porozumień wertykalnych, nie objętych rozporządzeniem o wyłączeniach grupowych, może zaistnieć potrzeba zbadania – oprócz rynku właściwego określonego dla stosowania rozporządzenia o wyłączeniach grupowych – dodatkowych rynków. Porozumienie wertykalne może mieć skutki nie tylko dla rynku między dostawcą a nabywcą, ale także dla rynków znajdujących się na niższym szczeblu obrotu. W przypadku indywidualnej oceny porozumienia wertykalnego zostaną zbadane rynki właściwe na każdym poziomie handlu dotknięte ograniczeniami zawartymi w porozumieniu:

i) W przypadku „towarów lub usług pośrednich”, które nabywca włącza do swoich towarów lub usług, ograniczenia wertykalne mają zwykle skutki jedynie dla rynku między dostawcą a nabywcą. Zobowiązanie do niekonkurowania nałożone na nabywcę może wyłączać innych dostawców, ale nie będzie prowadzić do zmniejszenia konkurencji w danej branży na rynkach usytuowanych poniżej. Jednak w przypadku wyłączności dostaw pozycja nabywcy na rynku położonym poniżej jest również istotna, ponieważ wykluczające zachowanie nabywcy może mieć znaczące negatywne skutki jedynie wówczas, gdy dysponuje on siłą rynkową na rynku położonym niżej.

²⁹ Zob. np. *Pelikan/Kyocera* w XXV sprawozdaniu w sprawie konkurencji, ustęp 87 oraz decyzja Komisji 91/595/EWG w sprawie nr IV/M.12 – *Varta/Bosch*, Dz. U. L 320, z 22.11.1991, s. 26; decyzja Komisji w sprawie nr IV/M.1092 – *Caterpillar/Perkins Engines*, Dz. U. C 94, z 28.3.1998, s. 23 oraz decyzja Komisji w sprawie nr IV/M.768 – *Lucas/Varity*, Dz. U. C 266 z 13.9.1996, s. 6. Zob. też *Eastman Kodak Co przeciwko Image Technical Services, Inc. i in.*, Sąd Najwyższy Stanów Zjednoczonych, nr 90 1029. Zob. też ustęp 56 obwieszczenia Komisji w sprawie definicji rynku właściwego dla celów wspólnotowego prawa konkurencji.

ii) W przypadku „towarów końcowych” prawdopodobnie nie wystarczy analiza ograniczona do rynku między dostawcą a nabywcą, ponieważ ograniczenia wertykalne mogą mieć negatywne skutki w postaci zmniejszonej konkurencji między markami i/lub wewnątrz danej marki na rynku odsprzedaży, to jest na rynku usytuowanym poniżej nabywcy. Na przykład, wyłączna dystrybucja może nie tyle doprowadzić do wyłączających skutków na rynku między dostawcą a nabywcą, ale może przede wszystkim prowadzić do zmniejszonej konkurencji wewnątrz danej marki na terenach odsprzedaży dystrybutorów. Rynek odsprzedaży ma szczególne znaczenie wówczas, gdy nabywca jest detalistą sprzedającym konsumentom końcowym. Zobowiązanie do niekonkurowania uzgodnione między producentem i hurtownikiem może zamknąć temu hurtownikowi drogę do innych producentów, ale raczej nie spowoduje strat w konkurencji w danej branży na poziomie hurtowni. Takie samo porozumienie zawarte z detalistą może jednak spowodować dodatkową stratę konkurencji między markami w danej branży na rynku odsprzedaży.

iii) W przypadkach indywidualnej oceny „rynku wtórnego” właściwym rynkiem może być rynek oryginalnego sprzętu lub rynek wtórny, w zależności od okoliczności sprawy. W każdym razie sytuacja na oddzielnym rynku wtórnym będzie oceniana z uwzględnieniem sytuacji na rynku oryginalnego sprzętu. Mniej znacząca pozycja na rynku oryginalnego sprzętu zwykle zmniejsza możliwe antykonkurencyjne skutki na rynku wtórnym.

4. Obliczanie udziału w rynku na mocy rozporządzenia o wyłączeniach grupowych

(97) Obliczenie udziału w rynku powinno w zasadzie opierać się na wartościach wyrażonych liczbowo. Jeżeli nie są one dostępne, można przedstawić uzasadnione dane szacunkowe. Takie dane szacunkowe mogą się opierać na innych wiarygodnych informacjach odnoszących się do rynku, takich jak wielkości wyrażone liczbowo (zob. art. 9 ust. 1 rozporządzenia o wyłączeniach grupowych).

(98) Produkcja wewnętrzna, to jest wytwarzanie produktu pośredniego do własnego użytku może mieć duże znaczenie w analizie konkurencji jako jedno z ograniczeń konkurencyjnych lub dla oznaczenia rynkowej pozycji spółki. Jednak dla celów definicji rynku i obliczenia udziału rynku w odniesieniu do pośrednich towarów i usług produkcja wewnętrzna nie będzie brana pod uwagę.

(99) Jednak w przypadku podwójnej dystrybucji towarów końcowych, tj. w sytuacji, gdy producent towarów końcowych również działa na rynku jako dystrybutor, definicja rynku i obliczenie udziału w rynku powinny obejmować towary sprzedane przez producenta i konkurujących producentów za pośrednictwem ich zintegrowanych dystrybutorów i agentów (zob. art. 9 ust. 2 lit. b) rozporządzenia o wyłączeniach grupowych). „Zintegrowani dystrybutorzy” są to przedsiębiorstwa związane w rozumieniu art. 11 rozporządzenia o wyłączeniach grupowych.

VI. POLITYKA STOSOWANIA PRAWA W INDYWIDUALNYCH PRZYPADKACH

(100) Ograniczenia wertykalne są zazwyczaj mniej szkodliwe niż ograniczenia horyzontalne. Głównym powodem łagodniejszego traktowania ograniczeń wertykalnych od ograniczeń horyzontalnych jest to, iż te ostatnie mogą dotyczyć porozumienia między konkurentami produkującymi identyczne lub zamiennie towary lub usługi. W horyzontalnych relacjach korzystanie z siły rynkowej przez jedną spółkę (wyższe ceny jej produktów) może być korzystne dla jej konkurentów. Może to stanowić bodziec dla konkurentów do skłaniania się wzajemnie do zachowań antykonkurencyjnych. W relacjach wertykalnych produkt jednego jest nakładem produkcyjnym drugiego. Oznacza to, że korzystanie z siły rynkowej przez spółkę usytuowaną powyżej lub poniżej danej spółki zaszkodziłoby zazwyczaj popytowi na produkty drugiej strony. Spółki zaangażowane w porozumienie zazwyczaj dysponują bodźcami zapobiegającymi korzystaniu z siły rynkowej przez drugą stronę.

(101) Nie należy jednak przeceniać samoograniczającego charakteru porozumień. Gdy spółka nie dysponuje siłą rynkową, może jedynie próbować zwiększyć swe zyski poprzez optymalizację procesu wytwarzania i dystrybucji, z pomocą lub bez pomocy ograniczeń wertykalnych. Jednak jeżeli dysponuje taką siłą, może również próbować zwiększyć swe zyski kosztem swych bezpośrednich konkurentów podnosząc ich koszty oraz kosztem swych nabywców i konsumentów końcowych próbując przywłaszczyć sobie część ich nadwyżki. Dzieje się tak, gdy spółki usytuowane powyżej i poniżej dzielą się dodatkowymi dochodami lub gdy jedna z nich stosuje ograniczenia wertykalne w celu przywłaszczenia sobie wszystkich dodatkowych dochodów.

(102) Oceniając indywidualne przypadki Komisja przyjmie ekonomiczne podejście w stosowaniu art. 81 do ograniczeń wertykalnych. Ograniczy to zakres stosowania art. 81 do przedsiębiorstw posiadających pewien stopień siły rynkowej w sytuacjach, gdy konkurencja między markami może być niedostateczna.

W takich przypadkach ważna jest ochrona konkurencji między markami i wewnątrz danej marki, aby zapewnić efektywność i korzyści konsumentów.

1. Ramy analizy

1.1. Negatywne skutki ograniczeń wertykalnych

(103) Negatywne skutki na rynku mogące wynikać z ograniczeń wertykalnych, którym stara się zapobiegać prawo wspólnotowe dotyczące konkurencji, są następujące:

- i) wyłączenie innych dostawców lub innych nabywców poprzez tworzenie przeszkód w wejściu na rynek;
- ii) zmniejszenie konkurencji międzymarkowej między spółkami działającymi na rynku, w tym ułatwianie zмовy między dostawcami lub nabywcami; przez zмовę rozumiana jest zarówno jednoznaczna zмова jak i milcząca zмова (świadome równoległe zachowania);
- iii) zmniejszenie konkurencji wewnątrz marki między dystrybutorami tej samej marki;
- iv) stworzenie przeszkód dla integracji rynku, w tym – przede wszystkim – ograniczenie swobody konsumentów w nabywaniu towarów lub usług w dowolnie wybranym Państwie Członkowskim.

(104) Tego rodzaju negatywne skutki mogą wynikać z różnych ograniczeń wertykalnych. Różne formy porozumień mogą mieć taki sam faktyczny wpływ na konkurencję. Aby przeanalizować te ewentualne negatywne skutki, stosowne będzie podzielenie ograniczeń wertykalnych na cztery grupy: grupa ujednolicania marki, grupa ograniczonej dystrybucji, grupa kształtowania cen odsprzedaży i grupa podziału rynku. Ograniczenia wertykalne w ramach każdej z grup mają w znacznym stopniu podobne negatywne skutki dla konkurencji.

(105) Podział na cztery grupy opiera się na tym, co można określić jako podstawowe składniki ograniczeń wertykalnych. W ustępach 103–136 analizowane są cztery różne grupy. W ustępach 137–229 analizowane są ograniczenia wertykalne stosowane w praktyce, ponieważ wiele porozumień wertykalnych wykorzystuje więcej niż jeden z tych składników.

Grupa ujednolicania marki

(106) W pozycji „ujednocianie marki” mieszczą się te porozumienia, których głównym czynnikiem jest nakłanianie nabywcy do koncentrowania zamówień konkretnego typu produktu u jednego dostawcy. Ten składnik można znaleźć między innymi w zobowiązaniu nabywcy do niekonkurowania i w wymuszaniu na nim ilości zakupów, jeżeli zobowiązanie lub system bodźców uzgodniony między dostawcą i nabywcą powoduje, iż ten ostatni nabywa konkretne produkty lub ich substytuty jedynie – lub głównie – u jednego dostawcy. Ten sam składnik można znaleźć w sprzedaży związanej, gdy zobowiązanie lub system bodźców związane są z produktem, który nabywca musi kupić, aby móc nabyć inny, odrębny produkt. Pierwszy produkt nazywany jest produktem „związanym”, a drugi określanym jako „wiązący”.

(107) Istnieją cztery podstawowe negatywne skutki dla konkurencji: (1) inni dostawcy działający na tym rynku nie mogą sprzedawać konkretnym nabywcom i może to prowadzić do wykluczenia rynku lub w przypadku transakcji związanych do wykluczenia rynku dla produktu związanego; (2) udział w rynku staje się sztywniejszy i może to sprzyjać zмовie, jeżeli takie działanie stosuje kilku dostawców; (3) jeżeli chodzi o dystrybucję towarów końcowych, to konkretni detaliści będą sprzedawać tylko jedną markę, a zatem w ich sklepach nie będzie konkurencji między markami (brak konkurencji wewnętrznej); (4) w przypadku sprzedaży związanej nabywca może zapłacić wyższą cenę za produkt związany, niż zapłaciliby w innym przypadku. Wszystkie te skutki mogą doprowadzić do zmniejszenia konkurencji między markami.

(108) Zmniejszenie konkurencji między markami może być złagodzone przez silną początkową konkurencję między dostawcami w celu uzyskania umów ujednolicających markę, ale im dłuższy jest czas obowiązywania zakazu konkurowania, tym bardziej prawdopodobne jest, że ten skutek nie będzie dostatecznie duży, aby zrekompensować zmniejszenie się konkurencji między markami.

Grupa ograniczonej dystrybucji

(109) W pozycji „ograniczonej dystrybucji” mieszczą się te porozumienia, których głównym składnikiem jest fakt, iż producent sprzedaje tylko jednemu lub ograniczonej liczbie nabywców. Może to służyć ograniczeniu liczby nabywców do określonego terytorium lub grupy klientów, bądź doborowi szczególnego rodzaju nabywców. Składnik ten można znaleźć między innymi w przypadku:

– przydziału dystrybucji wyłącznej i klienteli wyłącznej, gdy dostawca ogranicza sprzedaż jedynie do jednego nabywcy na pewnym terytorium lub do kategorii klientów,

- wyłączności dostaw i narzucania dostawcy wysokości dostaw, jeżeli zobowiązanie lub system bodźców uzgodniony między dostawcą i nabywcą powoduje, iż ten pierwszy sprzedaje wyłącznie lub głównie jednemu nabywcy,
- dystrybucji selektywnej, jeżeli warunki narzucone lub uzgodnione z wybranymi dealerami zwykle ograniczają ich liczbę,
- ograniczeń sprzedaży na rynku wtórnym, które ograniczają składnik dotyczący możliwości sprzedaży przez dostawcę.

(110) Istnieją trzy główne negatywne skutki dla konkurencji: (1) niektórzy nabywcy na tym rynku nie mogą już dłużej kupować od konkretnego dostawcy i może to prowadzić, szczególnie w przypadku wyłącznej dystrybucji, do wykluczenia rynku zakupów, (2) gdy większość lub wszyscy dostawcy ograniczają liczbę detalistów może to sprzyjać znowie, na poziomie dystrybutora lub na poziomie dostawcy i (3) ponieważ mniejsza liczba dystrybutorów będzie oferować dany produkt, doprowadzi to do zmniejszenia konkurencji wewnątrz marki. W przypadku rozległych wyłączności terytoriów lub wyłącznego przydziału klientów wynikiem może być całkowity zanik konkurencji wewnątrz marki, a to z kolei może prowadzić do osłabienia konkurencji między markami.

Grupa kształtowania cen odsprzedaży

(111) W pozycji „kształtowanie cen odsprzedaży” (KCO) mieszczą się te porozumienia, których głównym składnikiem jest to, iż nabywca jest zobowiązany lub nakłaniany do niedokonywania odsprzedaży poniżej pewnej ceny, po pewnej cenie lub nie przekraczając pewnej ceny. Grupa ta obejmuje minimalne, ustalane, maksymalne i zalecane ceny odsprzedaży. Maksymalne i zalecane ceny odsprzedaży, nie będące zasadniczymi ograniczeniami, mogą jednak prowadzić do ograniczenia skutków konkurencji.

(112) Istnieją dwa główne negatywne skutki KCO dla konkurencji: (1) zmniejszenie konkurencji cenowej wewnątrz marki i (2) zwiększona przejrzystość cen. W przypadku ustalonych lub minimalnych KCO dystrybutorzy nie mogą już konkurować pod względem cen danej marki, co prowadzi do całkowitej likwidacji konkurencji cenowej wewnątrz marki. Cena maksymalna lub zalecana może stanowić punkt odniesienia dla odsprzedających, prowadząc do mniej lub bardziej jednolitego stosowania tego poziomu cen. Zwiększona przejrzystość cen i odpowiedzialność za zmiany cen ułatwia horyzontalną znowę między producentami lub dystrybutorami, przynajmniej na skoncentrowanych rynkach. Zmniejszenie konkurencji wewnątrz marki może – ponieważ prowadzi do zmniejszonego nacisku na ceny pewnych towarów – mieć pośredni skutek w postaci zmniejszenia konkurencji wewnątrz marki.

Grupa podziału rynku

(113) W pozycji „podziału rynku” mieszczą się te porozumienia, których głównym składnikiem jest ograniczenie nabywcy jeżeli chodzi o pochodzenie lub odsprzedaż pewnych produktów. Składnik ten można znaleźć w przypadku wyłączności zakupów, jeżeli zobowiązanie lub system bodźców uzgodniony między dostawcą i nabywcą powoduje, iż ten ostatni kupuje konkretne produkty – na przykład piwo marki X – wyłącznie od wyznaczonego dostawcy, ale ma swobodę kupna i odsprzedaży konkurencyjnych produktów, na przykład konkurencyjnych marek piwa. Obejmuje to również terytorialne ograniczenia odsprzedaży, przydział obszaru objętego podstawową odpowiedzialnością, ograniczenia dotyczące siedziby dystrybutora i ograniczenia odsprzedaży klientom.

(114) Podstawowym negatywnym skutkiem dla konkurencji jest zmniejszenie konkurencji wewnątrz marki, co może ułatwić dostawcy podział rynku i uniemożliwienie w ten sposób integracji rynku. Może to również sprzyjać dyskryminacji cenowej. Gdy większość dostawców lub wszyscy konkurujący dostawcy ograniczają możliwości zaopatrzenia lub odsprzedaży swoich nabywców, może to sprzyjać znowie, na poziomie dystrybutora lub na poziomie dostawcy.

1.2. Pozytywne skutki ograniczeń wertykalnych

(115) Ważne jest uznanie, że ograniczenia wertykalne mają często pozytywne skutki, w szczególności dzięki promowaniu konkurencji pozacenowej i lepszej jakości usług. Gdy spółka nie dysponuje siłą rynkową, może starać się zwiększyć swój zysk jedynie dzięki optymalizacji procesów wytwarzania lub dystrybucji. W wielu sytuacjach ograniczenia wertykalne mogą być w tym względzie pomocne, ponieważ zwykle proste transakcje między dostawcą i nabywcą, określające jedynie cenę i ilość, mogą prowadzić do niższego od optymalnego poziomu inwestycji i sprzedaży.

(116) Chociaż niniejsze wytyczne mają na celu przedstawienie bezstronnego obrazu co do uzasadnienia niektórych ograniczeń wertykalnych, nie są one kompletne lub wyczerpujące. Następujące powody mogą uzasadniać zastosowanie pewnych ograniczeń wertykalnych:

(1) „Rozwiązanie problemu „pasożytów” [FREE RIDER PROBLEM]”. Jeden dystrybutor może pasożytować na działaniach promocyjnych innego dystrybutora. Problem ten ma miejsce najczęściej na szczeblu sprzedaży hurtowej i detalicznej. Wyłączna dystrybucja lub podobne ograniczenia mogą być pomocne w unikaniu takiego pasożytowania. Pasożytowanie może mieć również miejsce między dostawcami, na przykład, gdy jeden z nich inwestuje w promocję w lokalu nabywcy, zwykle na poziomie sprzedaży detalicznej, promocja może przyciągnąć również klientów jego konkurentom. Zobowiązania związane z niekonkurowaniem mogą pomóc w poradzeniu sobie z tego rodzaju pasożytowaniem.

Aby zaistniał taki problem, musi mieć miejsce prawdziwe pasożytowanie. Pasożytowanie między nabywcami może zaistnieć jedynie w związku z usługami przedsprzedażnymi, a nie z usługami posprzedażnymi. Produkt zazwyczaj jest stosunkowo nowy lub technicznie złożony, ponieważ w innym przypadku klient – dzięki wcześniejszym zakupom – bardzo dobrze wie czego chce. Produkt musi też mieć dostatecznie dużą wartość, bo inaczej konsument nie uda się do jednego sklepu po informację, a do drugiego w celu dokonania zakupu. Poza tym, dostawcy nie może być łatwo narzucić wszystkim nabywcom, w drodze umowy, wymogów dotyczących efektywnych usług w odniesieniu do usług przedsprzedażnych.

Pasożytowanie między dostawcami jest również ograniczone do konkretnych sytuacji, a mianowicie do przypadków, gdy promocja odbywa się w lokalach nabywcy i jest ogólna, nie jest poświęcona jednej marce.

(2) „Otwarcie nowych rynków lub wejście na nowe rynki”. Jeżeli producent chce wejść na nowy rynek geograficzny, na przykład pierwszy raz wywożąc towar do innego kraju, może to się wiązać ze specjalnymi „pierwszorazowymi inwestycjami” dystrybutora w celu wprowadzenia marki na rynek. Aby przekonać lokalnego dystrybutora do dokonania tych inwestycji może być konieczne zapewnienie mu ochrony terytorialnej, tak aby te inwestycje się zwróciły dzięki okresowemu wyznaczeniu wyższych cen. Dystrybutorów działających na innych rynkach należy przez pewien okres powstrzymać od sprzedawania na nowym rynku. Jest to specjalny przypadek problemu pasożytowania opisanego w punkcie 1.

(3) „Zalegalizowanie zagadnienia pasożytowania”. W niektórych sektorach pewni detaliści cieszą się reputacją sprzedających jedynie produkty „wysokiej jakości”. W takim przypadku sprzedaż za ich pośrednictwem może być niezwykle ważna dla wprowadzenia nowego produktu. Jeżeli producent nie może początkowo ograniczyć sprzedaży do sklepów wysokiej klasy, ponosi ryzyko, iż zostanie skreślony, a wprowadzenie produktu może skończyć się fiaskiem. Oznacza to, iż mogą istnieć powody zezwalające na istnienie przez pewien czas takiego ograniczenia, jak dystrybucja wyłączna lub dystrybucja selektywna. Powinno ono być dostateczne do zagwarantowania wprowadzenia nowego produktu, ale nie trwać tak długo, aby uniemożliwić jego rozpowszechnianie na szeroką skalę. Tego rodzaju korzyści są bardziej prawdopodobne w przypadku towarów związanych z „doświadczeniem” lub towarów złożonych, stanowiących stosunkowo duży zakup dla konsumenta końcowego.

(4) Tak zwany „problem zatoru”. Czasami dostawca lub nabywca powinien dokonać inwestycji związanych z konkretnym klientem, takich jak sprzęt lub szkolenie. Na przykład, producent części musi zbudować nowe maszyny i narzędzia w celu zaspokojenia konkretnych wymogów jednego ze swych klientów. Inwestor może nie dokonać koniecznych inwestycji przed ustaleniem konkretnych ustaleń dotyczących dostawy.

Jednak podobnie jak w innych przykładach pasożytowania, powinno być spełnionych kilka warunków zanim ryzyko niedoinwestowania stanie się realne lub znaczące. Po pierwsze inwestycja musi być związana z konkretną umową. Inwestycja dokonana przez dostawcę jest uważana za związaną z konkretną umową, jeżeli po zakończeniu umowy nie może być wykorzystana przez dostawcę do zaopatrywania innych klientów i może być sprzedana jedynie ze znaczną stratą. Inwestycja dokonana przez nabywcę jest uważana za związaną z daną umową, jeżeli po zakończeniu umowy nie może być wykorzystana przez nabywcę do zakupu i/lub wykorzystania produktów dostarczonych przez innych dostawców i może być sprzedana jedynie ze znaczną stratą. Inwestycja jest zatem związana z konkretną umową, ponieważ na przykład może być użyta do produkcji elementu charakterystycznego dla danej marki lub przechowywania konkretnej marki, a w związku z tym nie może być wykorzystana z zyskiem do innych możliwości produkcji lub odsprzedaży. Po drugie, musi to być długoterminowa inwestycja, która się szybko nie zwraca. Po trzecie zaś, inwestycja musi być asymetryczna, tj. jedna strona umowy inwestuje

więcej niż druga strona. Gdy te warunki zostaną spełnione, istnieje zazwyczaj uzasadniony powód do wprowadzenia ograniczenia wertykalnego na czas amortyzacji inwestycji. Stosowne ograniczenie wertykalne będzie ograniczeniem dotyczącym niekonkurowania lub narzucenia ilości, jeżeli inwestycji dokonuje dostawca, a w przypadku gdy inwestycji dokonuje nabywca – będzie to ograniczenie dotyczące dystrybucji wyłącznej, wyłącznego przydziału klientów lub wyłączności dostaw.

(5) „Specyficzny problem zatoru, który może się pojawiać w przypadku przekazania istotnego know-how”. Raz przekazane know-how nie może być odebrane, a dostarczający know-how może nie chcieć, aby było ono wykorzystywane przez jego konkurentów lub w ich interesie. Na tyle, na ile know-how nie było łatwo dostępne nabywcy, jest istotne i konieczne do funkcjonowania porozumienia, takie przekazanie może usprawiedliwiać ograniczenie dotyczące niekonkurowania. Zwykle nie mieści się ono w zakresie art. 81 ust. 1.

(6) „Ekonomia skali w dystrybucji”. W celu wykorzystania ekonomii skali i w ten sposób uzyskania niższej ceny detalicznej swego produktu producent może chcieć skoncentrować odsprzedaż swych produktów na niewielkiej liczbie dystrybutorów. W tym celu może wykorzystać dystrybucję wyłączną, narzucanie ilości w postaci wymogów minimalnych zakupów, dystrybucję selektywną opatrzoną takim wymogiem lub wyłączność zakupów.

(7) „Niedostatki rynku kapitałowego”. Zwyczajowi dostawcy kapitału (banki, rynki kapitałowe) mogą zapewniać kapitał w niezbyt doskonały sposób, jeżeli dysponują niepełnymi informacjami dotyczącymi sytuacji pożyczkobiorcy lub gdy istnieją niedostateczne podstawy zabezpieczenia pożyczki. Nabywca lub dostawca mogą mieć lepsze informacje i, dzięki stosunkom wyłączności, uzyskać dodatkowe zabezpieczenie inwestycji. Jeżeli dostawca udziela pożyczki nabywcy, może to prowadzić do narzucenia nabywcy zakazu konkurowania lub wysokości zakupów. Jeżeli nabywca udziela pożyczki dostawcy może to być powodem uzyskania wyłączności dostaw lub narzucenia wielkości dostaw.

(8) „Jednolitość i standaryzacja jakości”. Ograniczenie wertykalne może pomóc w zwiększeniu sprzedaży dzięki stworzeniu widerunku danej marki, a w związku z tym w zwiększeniu atrakcyjności produktu dla konsumenta końcowego dzięki narzuceniu dystrybutorom pewnego rodzaju jednolitości i standaryzacji jakości. Dzieje się to na przykład w dystrybucji selektywnej i franchisingu.

(117) Osiem sytuacji wymienionych w ustępie 116 uzmysławia, iż w pewnych warunkach porozumienia wertykalne mogą sprzyjać skuteczności i rozwojowi nowych rynków i że może to równoważyć ewentualne negatywne skutki. Tak jest najczęściej w przypadku ograniczeń wertykalnych o ograniczonym czasie trwania, sprzyjających wprowadzeniu nowych złożonych produktów lub chroniących inwestycje związane z konkretnymi umowami. Ograniczenie wertykalne jest czasem konieczne tak długo, jak długo dostawca sprzedaje swój produkt nabywcy (por. w szczególności sytuacje przedstawione w ustępie 116, punkty 1, 5, 6 i 8).

(118) Różne ograniczenia wertykalne są w znacznym stopniu zastępowalne. Oznacza to, iż ten sam problem braku efektywności może być rozwiązany przez różne ograniczenia wertykalne. Na przykład ekonomię skali w dystrybucji można uzyskać dzięki zastosowaniu dystrybucji wyłącznej, dystrybucji selektywnej, narzucaniu ilości lub wyłączności zakupów. Ma to znaczenie, ponieważ różne ograniczenia wertykalne mogą mieć różne negatywne skutki dla konkurencji. Odgrywa to pewną rolę podczas dyskusji o nieodzowności na mocy art. 81 ust. 3.

1.3 Ogólne zasady oceny ograniczeń wertykalnych

(119) Podczas oceny ograniczeń wertykalnych z perspektywy polityki dotyczącej konkurencji można sformułować kilka ogólnych zasad:

(1) W przypadku większości ograniczeń wertykalnych kwestie związane z ochroną konkurencji mogą się pojawić jedynie wówczas, gdy konkurencja między markami jest niedostateczna, tj. gdy istnienie pewien stopień siły rynkowej na szczeblu dostawcy, nabywcy lub ich obydwu. Pojęciowo, siła rynkowa jest to możliwość podnoszenia cen powyżej konkurencyjnego poziomu i, przynajmniej przez krótki okres, uzyskiwania wyższych niż normalnie zysków. Spółki mogą mieć siłę rynkową poniżej poziomu dominacji na rynku, który stanowi próg do zastosowania art. 82. Jeżeli na rynku nieskoncentrowanym konkuruje ze sobą wiele spółek, to można zakładać, że ograniczenia nie będąc ograniczeniami zasadniczymi nie będą miały znaczących skutków negatywnych. Rynek jest uważany za nieskoncentrowany, gdy wskaźnik HHI, tj. suma kwadratów poszczególnych udziałów w rynku wszystkich spółek na danym rynku wynosi mniej niż 1000.

(2) Ograniczenia wertykalne, które zmniejszają konkurencję między markami, są zwykle bardziej szkodliwe od ograniczeń wertykalnych zmniejszających konkurencję wewnątrz jednej marki. Na przykład, zobowiązania do niekonkurowania będą prawdopodobnie miały więcej czysto negatywnych skutków, niż dystrybucja wyłączna. Te pierwsze, poprzez możliwość wyłączenia rynku dla innych marek, mogą im uniemożliwić dotarcie do tego rynku. Ta ostatnie, chociaż ograniczają konkurencję wewnątrz jednej marki, nie uniemożliwiają docierania towarów do konsumentów końcowych.

(3) Ograniczenia wertykalne z grupy ograniczonej dystrybucji, przy braku dostatecznej konkurencji między markami, mogą znacznie ograniczać możliwość wyboru konsumentów. Są one szczególnie szkodliwe, gdy zostają wykluczeni sprawniejsi dystrybutorzy lub dystrybutorzy stosujący inną formę dystrybucji. Zmniejsza to liczbę innowacji w dystrybucji, a konsumenci tracą możliwość skorzystania z konkretnych usług lub połączenia cen z usługami tych dystrybutorów.

(4) Ustalenia dotyczące wyłączności transakcji są zwykle gorsze dla konkurencji niż ustalenia niewyłączne. Transakcje wyłączne powodują – poprzez bezpośrednie sformułowania umowy lub jej praktyczne skutki, iż jedna strona spełnia wszystkie lub prawie wszystkie swoje wymogi za pośrednictwem drugiej strony. Na przykład na mocy zobowiązania do niekonkurowania nabywca kupuje tylko jedną markę. Wymuszanie ilości zakupów powoduje, z drugiej strony, że nabywca ma pewien margines swobody odnośnie do zakupu konkurencyjnych towarów. Stopień wykluczenia może być zatem mniejszy w przypadku wymuszania ilości.

(5) Ograniczenia wertykalne uzgodnione w odniesieniu do niemarkowych towarów i usług są zwykle mniej szkodliwe od ograniczeń dotyczących dystrybucję markowych towarów i usług. Opatrywanie marką zmierza do zwiększenia indywidualizacji produktu i zmniejszenia jego zastępowalności, prowadząc do zmniejszonej elastyczności popytu i zwiększonej możliwości podnoszenia cen. Rozróżnienie między markowymi i nie markowymi towarami lub usługami często będzie zbieżne z rozróżnieniem między pośrednimi towarami i usługami oraz towarami i usługami końcowymi.

Towary i usługi pośrednie są sprzedawane przedsiębiorstwom do wykorzystania w charakterze nakładów produkcyjnych i zwykle nie można ich rozpoznać w towarach lub usługach końcowych. Nabywcami towarów pośrednich są zwykle dobrze poinformowani klienci, zdolni ocenić jakość i dlatego mniej opierający się na marce i wizerunku. Towary końcowe są – bezpośrednio lub pośrednio – sprzedawane konsumentom końcowym, którzy często bardziej opierają się na marce i wizerunku. Ponieważ dystrybutorzy (detaliści, hurtownicy) muszą reagować na popyt konsumentów końcowych, konkurencja może bardziej ucierpieć, gdy dystrybutorzy są wykluczeni ze sprzedaży jednej lub kilku marek, niż wówczas, gdy nabywcy towarów pośrednich nie mogą kupować konkurencyjnych produktów z pewnych źródeł dostaw.

Przedsiębiorstwa nabywające pośrednie towary lub usługi dysponują zwykle specjalistycznymi wydziałami, które monitorują zjawiska na rynku dostaw. Ponieważ zawierają one duże transakcje, koszty badania nie stanowią generalnie przeszkody. Zanik konkurencji wewnątrz marki na poziomie pośrednim jest zatem mniej ważny.

(6) Ogólnie rzecz biorąc połączenie ograniczeń wertykalnych zaostrza ich negatywne skutki. Jednak pewne połączenia ograniczeń wertykalnych są lepsze dla konkurencji, niż ich stosowanie oddzielnie. Na przykład w systemie dystrybucji wyłącznej dystrybutor może mieć ochotę na podniesienie cen produktów, gdy konkurencja wewnątrz danej marki jest mniejsza. Zastosowanie wymuszania wysokości zakupów lub ustalenie maksymalnej ceny odsprzedaży może ograniczyć tego rodzaju podwyżki cen.

(7) Ewentualne negatywne skutki ograniczeń wertykalnych ulegają wzmocnieniu, gdy kilku dostawców i ich nabywców organizuje handel w podobny sposób. Tak zwane skutki łączne mogą stanowić problem w wielu sektorach.

(8) Im bardziej ograniczenie wertykalne jest powiązane z przekazywaniem know-how, tym więcej jest powodów, aby spodziewać się zwiększenia efektywności i tym więcej ograniczeń wertykalnych może być koniecznych do ochrony przekazanego know-how lub poniesionych kosztów inwestycji.

(9) Im bardziej ograniczenie wertykalne jest powiązane z inwestycjami związanymi z konkretną umową, tym większe jest uzasadnienie pewnych ograniczeń wertykalnych. Uzasadniony czas ich trwania zależy od czasu koniecznego dla amortyzacji inwestycji.

(10) W przypadku nowego produktu lub gdy istniejący produkt jest po raz pierwszy sprzedawany na nowym rynku geograficznym, spółce może być trudno zdefiniować rynek lub jej udział w rynku może

być bardzo wysoki. Jednak nie należy tego uważać za poważny problem, ponieważ ograniczenia wertykalne powiązane z otwarciem nowego produktu lub rynków geograficznych zwykle nie ograniczają konkurencji.

Zasada ta obowiązuje, niezależnie od udziału spółki w rynku, przez dwa lata od pierwszego wprowadzenia produktu na rynek. Ma zastosowanie do wszystkich nie zasadniczych ograniczeń wertykalnych i – w przypadku nowego rynku geograficznego – do ograniczeń dotyczących czynnej i biernej sprzedaży, nałożonych na bezpośrednich nabywców dostawcy usytuowanego na innych rynkach, pośrednikom na nowym rynku. W przypadku faktycznego testowania nowego produktu na ograniczonym terytorium lub wśród ograniczonej grupy klientów, dystrybutorzy wyznaczeni do sprzedaży nowego produktu na rynku próbnym mogą być ograniczeni jeżeli chodzi o czynną sprzedaż poza rynkiem próbnym maksymalnie do 1 roku i nie są objęci art. 81 ust. 1.

1.4 Metodologia analizy

(120) Ocena ograniczenia wertykalnego obejmuje zazwyczaj następujące cztery kroki:

- 1) Po pierwsze, dane przedsiębiorstwa muszą zdefiniować właściwy rynek w celu ustalenia udziału w rynku dostawcy lub nabywcy, w zależności od ograniczenia wertykalnego, o które chodzi (zob. ustępy 88–99, w szczególności 89–95).
- 2) Jeżeli udział we właściwym rynku nie przekracza progu 30%, porozumienie wertykalne jest objęte rozporządzeniem o wyłączeniach grupowych, z zastrzeżeniem zasadniczych ograniczeń i warunków wymienionych w tym rozporządzeniu.
- 3) Jeżeli udział we właściwym rynku przekracza próg 30%, należy ocenić, czy porozumienie wertykalne mieści się w zakresie art. 81 ust. 1.
- 4) Jeżeli porozumienie wertykalne mieści się w zakresie art. 81 ust. 1, należy zbadać, czy spełnia ono warunki przewidziane do wyłączenia na mocy art. 81 ust. 3.

1.4.1 Czynniki istotne dla oceny na mocy art. 81 ust. 1

(121) Przeprowadzając ocenę przypadków powyżej progu 30% udziału w rynku Komisja dokona pełnej analizy dotyczącej konkurencji. Poniższe czynniki są najważniejsze dla ustalenia, czy porozumienie wertykalne powoduje znaczące ograniczenie konkurencji stosownie do art. 81 ust. 1:

- a) rynkowa pozycja dostawcy;
- b) rynkowa pozycja konkurentów;
- c) rynkowa pozycja nabywcy;
- d) przeszkody w wejściu na rynek;
- e) dojrzałość rynku;
- f) poziom handlu;
- g) charakter produktu;
- h) inne czynniki.

(122) Znaczenie poszczególnych czynników może się zmieniać w zależności od przypadku i zależeć od wszystkich innych czynników. Na przykład wysoki udział w rynku dostawcy jest zwykle dobrym wskaźnikiem siły rynkowej, ale w przypadku niskich przeszkód w wejściu na rynek może nie wskazywać siły rynkowej. Dlatego też nie jest możliwe przedstawienie ścisłych zasad co do znaczenia poszczególnych czynników. Można jednak stwierdzić co następuje:

Rynkowa pozycja dostawcy

(123) Rynkowa pozycja dostawcy jest określana przede wszystkim na podstawie jego udziału we właściwych rynkach produktowych i geograficznych. Im wyższy jest jego udział w rynku, tym większa jest prawdopodobnie jego siła rynkowa. Rynkowa pozycja dostawcy jest jeszcze wzmocniana, jeżeli ma on pewną przewagę co do kosztów nad swoimi konkurentami. Ta przewaga konkurencyjna może wynikać z przewagi pierwszego na rynku (najlepsza lokalizacja itp.), posiadania podstawowych patentów, doskonalszej technologii, pozycji lidera marki lub najlepszej gamy.

Rynkowa pozycja konkurentów

(124) Te same wskaźniki, czyli udział w rynku i ewentualna przewaga konkurencyjna, są stosowane do opisanego rynkowej pozycji konkurentów. Im silniejsi są istniejący konkurenci i im większa jest ich liczba, tym mniejsze ryzyko, że dany dostawca lub nabywca będzie w stanie indywidualnie wykluczyć rynek

i tym mniejsze ryzyko zmniejszenia konkurencji między markami. Jeżeli jednak liczba konkurentów staje się raczej niewielka a ich pozycja rynkowa (wielkość, koszty, możliwości badań i rozwoju itp.) jest raczej podobna, ta struktura rynku może zwiększać ryzyko zмовy. Fluktuacje udziałów w rynku lub gwałtowne zmiany udziałów w rynku są generalnie wskaźnikiem intensywniej konkurencji.

Rynkowa pozycja nabywcy

(125) Siła nabywca wynika z pozycji rynkowej nabywcy. Pierwszym wskaźnikiem siły nabywczey jest udział nabywcy w rynku zakupów. Ten udział odzwierciedla znaczenie jego popytu dla jego ewentualnych dostawców. Inne wskaźniki koncentrują się na pozycji rynkowej nabywcy na jego rynku odsprzedaży, z uwzględnieniem takich cech jak punkty sprzedaży rozrzucone na rozległym obszarze, własna marka nabywcy/dystrybutora i jego wizerunek wśród konsumentów końcowych. Wpływ siły nabywczey na prawdopodobieństwo zaistnienia antykonkurencyjnych skutków nie jest taki sam w przypadku różnych ograniczeń wertykalnych. Siła nabywca może w szczególności zwiększać negatywne skutki w przypadku ograniczeń wertykalnych ze strony grup ograniczonej dystrybucji i podziału rynku, takich jak wyłączność dostaw, dystrybucja wyłączna oraz ilościowa dystrybucja selektywna.

Przeszkody w wejściu na rynek

(126) Przeszkody w wejściu na rynek są mierzone według zakresu, w jakim spółki obecne na rynku mogą podnieść ceny powyżej poziomu konkurencyjnego, zwykle powyżej minimalnych średnich kosztów własnych i uzyskiwać zyski wyższe niż normalnie bez przyciągania wejścia na rynek. Przy braku przeszkód w wejściu na rynek, łatwe i szybkie wejście na rynek wyeliminowałoby takie zyski. Jeżeli skuteczne wejście na rynek, które uniemożliwiłoby lub zachwiałoby wyższymi niż normalnie zyskami, może nastąpić w ciągu roku lub dwóch, przeszkody w wejściu na rynek można uznać za niskie.

(127) Przeszkody w wejściu na rynek mogą być spowodowane różnymi czynnikami, takimi jak ekonomia skali i zakresu, uregulowania rządowe, w szczególności, gdy ustanawiają one wyłączne prawa, pomoc państwa, taryfy przyzwozowe, prawa własności intelektualnej, własność zasobów, jeżeli podaż jest ograniczona na przykład z powodu naturalnych ograniczeń³⁰, konieczna infrastruktura, przewaga pierwszego przychodzącego oraz lojalność konsumentów wobec marki spowodowana intensywnymi reklamami. Ograniczenia wertykalne i integracja wertykalna mogą również działać jako przeszkoda w wejściu na rynek utrudniając dostęp do niego i wykluczając (ewentualnych) konkurentów. Przeszkody w wejściu na rynek mogą istnieć jedynie na poziomie dostawcy lub nabywcy lub na obydwu poziomach.

(128) Kwestia, czy pewne z tych czynników powinny być opisane jako przeszkody w wejściu na rynek zależy od tego, czy są one związane z kosztami poniesionymi. Koszty poniesione są to takie koszty, które trzeba ponieść, aby wejść lub działać na danym rynku, ale są stracone, gdy się ten rynek opuszcza. Kosztami poniesionymi są zwykle koszty reklamy w celu zbudowania lojalności konsumentów, chyba że spółka wychodząca z rynku może albo sprzedać swą nazwę handlową, albo używać jej gdzie indziej bez straty. Im więcej kosztów zostało poniesionych, tym bardziej potencjalni kandydaci do wejścia na rynek muszą zważyć związane z tym ryzyko i tym bardziej wiarygodne mogą być groźby spółek już istniejących na rynku, że sprostają one nowej konkurencji, ponieważ poniesione koszty powodują, iż opuszczenie rynku jest dla nich kosztowne. Jeżeli na przykład, dystrybutorzy są związani z producentem przez zobowiązanie do niekonkurowania, skutek wykluczenia będzie bardziej znaczący jeżeli powołanie własnych dystrybutorów narzuci ewentualnemu kandydatowi do wejścia koszty poniesione.

(129) Ogólnie rzecz biorąc wejście wymaga poniesienia kosztów, czasem mniejszych, a czasem większych. Dlatego też faktyczna konkurencja jest zazwyczaj bardziej skuteczna i będzie mieć większą wagę podczas oceniania danego przypadku niż konkurencja potencjalna.

Dojrzałość rynku

(130) Dojrzały rynek to rynek istniejący od pewnego czasu, na którym stosowana technologia jest dobrze znana, szeroko rozpowszechniona i nie za bardzo się zmienia, gdzie nie ma wielkich innowacji odnośnie do marki i na którym popyt jest względnie stabilny lub maleje. Na takim rynku negatywne skutki są bardziej prawdopodobne niż na rynkach bardziej dynamicznych.

³⁰ Zob. decyzja Komisji 97/26/WE (sprawa nr IV/M.619 – Gencor/Lonrho), (Dz. U. L 11 z 14.1.1997, s. 30).

Poziom handlu

(131) Poziom handlu jest powiązany z rozróżnieniem między pośrednimi i końcowymi towarami i usługami. Jak już wskazano wcześniej negatywne skutki są generalnie mniej prawdopodobne na poziomie pośrednich towarów i usług.

Charakter produktu

(132) Charakter produktu odgrywa rolę szczególnie jeżeli chodzi o produkty końcowe podczas oceny prawdopodobnych skutków negatywnych i pozytywnych. Podczas oceny prawdopodobnych skutków negatywnych ważne jest, czy produkty na rynku są bardziej homogeniczne lub heterogeniczne, czy produkt jest drogi i pochłania znaczną część budżetu konsumenta, czy też jest tani, a także czy stanowi zakup jednorazowy, czy jest często nabywany. Ogólnie rzecz biorąc jest bardziej prawdopodobne, że ograniczenia wertykalne będą miały skutki negatywne, gdy produkt jest bardziej heterogeniczny, tańszy i stanowi raczej zakup jednorazowy.

Inne czynniki

(133) Podczas oceny konkretnych ograniczeń mogą być brane pod uwagę inne czynniki. Wśród nich może być łączny skutek, tj. objęcie rynku przez podobne porozumienia, okres obowiązywania porozumień, to czy porozumienie jest „narzucone” (głównie jedna strona poddana jest ograniczeniom i obowiązkom), czy „uzgodnione” (obie strony przyjmują ograniczenia i obowiązki), otoczenie prawne i zachowania, które mogą wskazywać na lub ułatwiać znowę, jak dyktowanie cen, wcześniej zapowiadane zmiany cen i dyskusje nad „odpowiednią” ceną, sztywność cen spowodowana nadmiarem mocy produkcyjnych, dyskryminacja cenowa i dawne zachowania w znowie.

1.4.2 Czynniki istotne dla oceny na mocy art. 81 ust. 3

(134) Istnieją cztery łączne warunki zastosowania art. 81 ust. 3:

- porozumienie wertykalne musi przyczyniać się do polepszenia produkcji lub dystrybucji lub do rozwoju postępu technicznego lub gospodarczego,
- porozumienie wertykalne musi zapewniać konsumentom słuszną część tych korzyści,
- porozumienie wertykalne nie może nakładać na zainteresowane przedsiębiorstwa ograniczeń wertykalnych, które nie są niezbędne do osiągnięcia tych korzyści,
- porozumienie wertykalne nie może stwarzać tym przedsiębiorstwom możliwości wyeliminowania konkurencji w odniesieniu do znacznej części danych produktów.

(135) Ostatnie kryterium wyeliminowania konkurencji w odniesieniu do znacznej części danych produktów jest związane z zagadnieniem dominacji. Jeżeli przedsiębiorstwo dominuje lub staje się dominujące w wyniku porozumienia wertykalnego, ograniczenie wertykalne, które ma znaczące skutki antykonkurencyjne w zasadzie nie może być wyłączone. Porozumienie wertykalne może jednak nie mieścić się w zakresie art. 81 ust. 1, jeżeli istnieje obiektywne uzasadnienie, na przykład jeżeli jest konieczne do ochrony inwestycji związanych z daną umową lub przekazania istotnego know-how, bez których dostawa lub zakup pewnych towarów lub usług nie miałyby miejsca.

(136) Jeżeli dostawca i nabywca nie dominują, znaczenie mają trzy pozostałe kryteria. Pierwsze, dotyczące polepszenia produkcji, dystrybucji, rozwoju postępu technicznego lub gospodarczego odnosi się do rodzajów efektywności opisanych w ustępach 115–118. Efektywność ta musi być uzasadniona i powodować pozytywne skutki netto. Nie będą akceptowane ogólne twierdzenia o unikaniu pasożytowania lub ogólne informacje na temat oszczędności kosztów. Nie może być zaakceptowana oszczędność kosztów wynikająca ze zwykłego wykorzystywania siły rynkowej lub postępowania antykonkurencyjnego. Po drugie, korzyści gospodarcze muszą odnosić nie tylko strony umowy, ale i konsument. Na ogół przekazywanie korzyści konsumentom będzie zależało od nasilenia konkurencji na rynku właściwym. Naciski konkurencyjne zapewniają zazwyczaj przekazanie oszczędności kosztów w postaci niższych cen lub stanowią bodziec dla spółek do jak najszybszego wprowadzania na rynek nowych produktów. Dlatego też jeżeli na rynku utrzymana jest dostateczna konkurencja, skutecznie powściągająca strony porozumienia, proces konkurencyjny zapewnia zazwyczaj przekazanie konsumentom słusznej części korzyści ekonomicznych. Trzecie kryterium odegra swoją rolę w zapewnieniu, iż zostanie wybrane najmniej antykonkurencyjne ograniczenie w celu uzyskania pewnych skutków pozytywnych.

2. Analiza konkretnych ograniczeń wertykalnych

(137) Porozumienia wertykalne mogą zawierać połączenie dwóch lub więcej składników ograniczeń wertykalnych opisanych w ustępach 103–114. Poniżej, w oparciu o metodologię analizy przedstawioną

w ustępach 120–136, przeanalizowane zostały najczęstsze ograniczenia wertykalne i połączenia tych ograniczeń.

2.1. Ujednolicanie marki

(138) Ustalenia dotyczące niekonkurowania opierają się na zobowiązaniu lub systemie bodźców, które sprawiają, że nabywca zaspokaja praktycznie wszystkie swoje potrzeby na danym rynku u jednego dostawcy. Nie oznacza to, że nabywca może kupować jedynie bezpośrednio u dostawcy, ale że nabywca nie będzie kupował i odsprzedawał lub włączał do swych produktów konkurencyjnych towarów lub usług. Ewentualnym zagrożeniem dla konkurencji jest wykluczenie z rynku dostawców konkurujących i dostawców potencjalnych, ułatwienie zмовы między dostawcami w przypadku łącznego wykorzystania oraz – gdy nabywca jest detalistą sprzedającym użytkownikom końcowym – straty w konkurencji między markami w punkcie zbytu. Wszystkie trzy skutki ograniczające mają bezpośredni wpływ na konkurencję między markami.

(139) Ujednolicanie marki jest zwolnione przez rozporządzenie o wyłączeniach grupowych, jeżeli udział dostawcy w rynku nie przekracza 30% i z zastrzeżeniem pięciu lat w przypadku zobowiązania do niekonkurowania. Dla oceny poszczególnych przypadków powyżej progu udziału w rynku lub przekroczenia limitu pięciu lat przewidziano poniższe wskazówki.

(140) „Rynkowa pozycja dostawcy” ma główne znaczenie dla oceny możliwych antykonkurencyjnych skutków zobowiązań do niekonkurowania. Ten rodzaj zobowiązania jest zwykle narzucany przez dostawcę, a dostawca ma podobne umowy z innymi nabywcami.

(141) Znaczenie ma nie tylko pozycja rynkowa dostawcy, ale również zakres i czas przez jaki stosuje on zobowiązanie do niekonkurowania. Im wyższy jest jego związany udział w rynku, tj. część jego udziału w rynku sprzedawana stosownie do zobowiązania do ujednolicania marki, tym bardziej znaczące może być wykluczenie. Podobnie, im dłuższy okres trwania zobowiązań do niekonkurowania, tym bardziej znaczące może być wykluczenie. Zobowiązania do niekonkurowania krótsze niż jeden rok, zawarte przez nie dominujące spółki, nie są zwykle uważane za powodujące znaczące skutki antykonkurencyjne lub skutki czysto negatywne. Zobowiązania do niekonkurowania, trwające od roku do pięciu lat i zawarte przez nie dominujące spółki wymagają zwykle zbilansowania pro- i antykonkurencyjnych skutków, podczas gdy zobowiązania do niekonkurowania, trwające powyżej pięciu lat, są w przypadku większości rodzajów inwestycji nie uznawane za konieczne dla uzyskania domniemanych efektywności bądź efektywności są niedostateczne, aby zrównoważyć ich wykluczający efekt. Spółki dominujące nie mogą narzucać swoim nabywcom zobowiązań do niekonkurowania, chyba że mogą obiektywnie uzasadnić taką praktykę handlową w kontekście art. 82.

(142) Podczas oceny siły rynkowej dostawcy ważna jest pozycja rynkowa jego konkurentów. Tak długo, jak długo jego konkurenci są dostatecznie liczni i silni, nie można oczekiwać żadnych skutków antykonkurencyjnych. Wykluczenie konkurujących dostawców jest prawdopodobne tylko wówczas, gdy są oni znacznie mniejsi, niż dostawca narzucający obowiązek niekonkurowania. Wykluczenie konkurentów jest raczej mało prawdopodobne, jeżeli mają oni podobną pozycję rynkową i mogą oferować równie atrakcyjne produkty. W takich przypadkach wykluczenie może jednak mieć miejsce w przypadku kandydatów do wejścia na rynek, gdy pewna liczba największych dostawców zawiera umowy dotyczące niekonkurowania ze znaczną liczbą nabywców na rynku właściwym (sytuacja skutku łącznego). Tak jest również w sytuacji, gdy umowy dotyczące niekonkurowania mogą ułatwiać zмовę między konkurującymi dostawcami. Jeżeli ci dostawcy są objęci indywidualnie rozporządzeniem o wyłączeniach grupowych, dla zaradzenia tego rodzaju negatywnym skutkom łącznym może być konieczne wycofanie wyłączenia grupowego. Związany udział w rynku poniżej 5% nie jest uważany zwykle za przyczyniający się do łącznego skutku wykluczenia.

(143) W przypadkach gdy udział w rynku największego dostawcy nie przekracza 30%, a udział w rynku pięciu największych dostawców (wskaźnik koncentracji – CR) wynosi poniżej 50%, nie jest prawdopodobne zaistnienie sytuacji indywidualnego lub łącznego skutku antykonkurencyjnego. Jeżeli kandydat do wejścia na rynek nie może z zyskiem na niego wejść, jest to prawdopodobnie spowodowane innymi czynnikami, niż zobowiązanie do niekonkurowania, takimi jak preferencje konsumentów. Problem dla konkurencji nie zaistnieje, jeżeli na przykład 50 spółek, z których żadna nie ma sporego udziału w rynku, ostro rywalizuje na danym rynku.

(144) „Przeszkody w wejściu na rynek” mają znaczenie dla ustalenia, czy istnieje faktyczne wykluczenie. Jeżeli konkurującym dostawcom jest stosunkowo łatwo poszukać nowych nabywców lub znaleźć

alternatywnych nabywców produktu, wykluczenie nie będzie raczej faktycznym problemem. Przeszkody w wejściu na rynek istnieją jednak często, zarówno na szczeblu produkcji, jak i dystrybucji.

(145) „Równoważąca siła” jest istotna, ponieważ silni nabywcy nie pozwolą się odciąć od dostaw konkurujących towarów lub usług. Wykluczenie, które nie jest oparte na efektywności i które wywiera szkodliwe skutki dla konsumentów końcowych stanowi zatem zagrożenie w przypadku rozproszonych nabywców. Jeżeli jednak porozumienia o niekonkurowaniu są zawierane z największymi nabywcami, może mieć to silny skutek wyłączenia.

(146) Na koniec, istotny dla wykluczenia jest „poziom handlu”. Wykluczenie jest mniej prawdopodobne w przypadku produktów pośrednich. Jeżeli dostawca produktu pośredniego nie jest dominujący, konkurujący dostawcy nadal dysponują znaczną częścią „wolnego” popytu. Poniżej poziomu dominacji może jednak zaistnieć poważny skutek wykluczenia dla faktycznych lub potencjalnych konkurentów w przypadku istnienia skutku łącznego. Jest mało prawdopodobne zaistnienie poważnego skutku zbiorczego tak długo, jak długo mniej niż 50% rynku jest związane. Jeżeli dostawca dominuje, każde zobowiązanie do kupna produktów jedynie lub głównie od dominującego dostawcy może łatwo prowadzić do znaczących skutków wykluczenia dla rynku. Im silniejsza jest jego dominacja, tym większe ryzyko wyłączenia innych konkurentów.

(147) Jeżeli porozumienie dotyczy dostaw produktów końcowych na poziomie hurtowym, kwestia, czy problem dla konkurencji może zaistnieć poniżej poziomu dominacji, zależy w dużym stopniu od rodzaju hurtu i przeszkód w wejściu na rynek na poziomie hurtu. Nie ma rzeczywistego ryzyka wyłączenia, jeżeli konkurujący producenci mogą łatwo stworzyć własny system hurtowni. To, czy przeszkody w wejściu na rynek są niskie, zależy po części od rodzaju hurtu, tj. od tego czy hurtownicy mogą efektywnie działać jedynie w oparciu o produkt objęty porozumieniem, czy też nie (np. lody) i czy bardziej się opłaca handel całą gamą produktów (np. mrożoną żywnością). W tym ostatnim przypadku producentowi sprzedającemu tylko jeden produkt nie opłaca się utworzenie własnych hurtowni. W takiej sytuacji antykonkurencyjne skutki mogą zaistnieć poniżej poziomu dominacji. Oprócz tego, mogą zaistnieć problemy skutków łącznych, jeżeli kilku dostawców wiąże większość istniejących hurtowników.

(148) W przypadku produktów końcowych prawdopodobieństwo zaistnienia wykluczenia jest większe na poziomie detalicznym, wzięwszy pod uwagę znaczące przeszkody dla większości producentów w uruchomieniu punktów sprzedaży detalicznej jedynie własnych produktów. Prócz tego to właśnie na poziomie detalicznym porozumienia dotyczące niekonkurowania mogą prowadzić do zmniejszonej konkurencji między markami w punktach zbytu. Z tych przyczyn właśnie w przypadku produktów końcowych mogą zacząć się pojawiać znaczące skutki antykonkurencyjne, z uwzględnieniem wszystkie innych istotnych czynników, jeżeli niedominujący dostawca wiąże 30% lub więcej rynku właściwego. W przypadku spółki dominującej nawet skromny udział w rynku może już prowadzić do znaczących skutków antykonkurencyjnych. Im silniejsza dominacja, tym wyższe ryzyko wyłączenia innych konkurentów.

(149) Na poziomie detalicznym może również zaistnieć łączny skutek wykluczenia. Gdy wszystkie spółki mają udział w rynku poniżej 30%, wystąpienie łącznego skutku wykluczenia nie jest prawdopodobne, jeżeli łączny związany udział w rynku wynosi mniej niż 40%. Nie wystąpi więc wówczas wycofanie wyłączenia grupowego. Wskaźnik ten może być wyższy, gdy weźmie się pod uwagę inne czynniki, jak liczba konkurentów, przeszkody w wejściu itp. Jeżeli nie wszystkie spółki mają udziały w rynku poniżej progu, ale żadna z nich nie dominuje, wystąpienie łącznego skutku wykluczenia nie jest prawdopodobne, jeżeli łączny związany udział w rynku wynosi mniej niż 30%.

(150) Jeżeli nabywca działa w lokalu i na gruntach stanowiących własność dostawcy lub dzierżawionych przez dostawcę od osoby trzeciej nie związanej z nabywcą, możliwość narzucenia skutecznych środków zaradczych wobec możliwego skutku wykluczenia będzie ograniczona. W takim przypadku interwencja Komisji poniżej poziomu dominacji nie będzie mieć miejsca.

(151) W niektórych sektorach sprzedaż więcej niż jednej marki w pojedynczym miejscu może być trudna, w takim przypadku problemowi wykluczenia można lepiej zaradzić poprzez ograniczenie rzeczywistego czasu obowiązywania umów.

(152) Tak zwana „angielska klauzula”, wymagająca od nabywcy informowania o każdej lepszej ofercie i zezwalająca mu na jej przyjęcie tylko wówczas, gdy dostawca nie może jej sprostać, może mieć takie same rezultaty, jak zobowiązanie do niekonkurowania, w szczególności gdy nabywca musi ujawnić, kto składa tę ofertę. Oprócz tego, zwiększając przejrzystość rynku może ona ułatwiać znowę między dostawcami. Angielska klauzula może również działać jako narzucanie ilości. Narzucanie nabywcy ilo-

ści zakupów jest słabszą formą niekonkurowania, jeżeli zobowiązania lub bodźce uzgodnione między dostawcą i nabywcą powodują, iż ten ostatni koncentruje swoje zakupy w znacznym stopniu na jednym dostawcy. Narzucanie ilości może na przykład przyjmować postać minimalnej wysokości zakupów lub nieliniowego ustalania cen, np. systemy rabatów uzależnionych od ilości, systemy rabatów uzależnionych od lojalności lub taryfy dwuczęściowe (ustalona opłata plus cena za jednostkę). Narzucanie nabywcy ilości będzie miało podobne lub słabsze skutki wykluczenia niż zobowiązanie do niekonkurowania. Ocena tych wszystkich różnorodnych form będzie zależała od ich skutków dla rynku. Oprócz tego art. 82 konkretnie uniemożliwia dominującym spółkom stosowanie angielskich klauzul lub systemów rabatowych uzależnionych od wierności spółce.

(153) Jeżeli zostanie stwierdzone istnienie znaczących skutków antykonkurencyjnych, kwestia ewentualnego wyłączenia stosownie do art. 81 ust. 3 istnieje tak długo, jak długo dostawca nie dominuje. W przypadku zobowiązań do niekonkurowania efektywności opisane w ustępie 116, punkt 1 (pasożytnictwo między dostawcami), 4–5 (problemy zatoru) i 7 (niedostatki rynku kapitałowego) mogą być szczególnie istotne.

(154) W przypadku kwestii efektywności, o której mowa w ustępie 116, punkty 1, 4 i 7, narzucanie ilości może ewentualnie być alternatywą mniej restrykcyjną. Zobowiązanie do niekonkurowania może być jedynym możliwym sposobem uzyskania efektywności opisanej w ustępie 116 punkt 5 (problem zatoru związany przekazaniem know-how).

(155) W przypadku inwestycji dokonanych przez dostawcę w związku z konkretną umową (por. efektywność 4 w ustępie 116), porozumienie dotyczące niekonkurowania lub narzucania ilości w okresie amortyzacji inwestycji będzie w zasadzie spełniać warunki art. 81 ust. 3. W przypadku bardzo znacznych inwestycji związanych z konkretną umową może być uzasadniony obowiązek niekonkurowania przekraczający pięć lat. Inwestycjami związanymi z konkretną umową może być na przykład montaż lub dostosowanie sprzętu przez dostawcę, jeżeli ten sprzęt może być później użyty jedynie do produkcji składników dla konkretnego nabywcy. Ogólne lub specyficznie rynkowe inwestycje w (dodatkowe) moce produkcyjne nie są zwykle inwestycjami związanymi z konkretną umową. Jeżeli jednak dostawca tworzy nowe moce produkcyjne konkretnie powiązane z działalnością konkretnego nabywcy, na przykład spółka produkująca metalowe puszki, która tworzy nowe moce produkcyjne do produkcji puszek na terenie zakładu pakującego żywność w puszki lub blisko tego zakładu należącego do producenta żywności, te moce produkcyjne mogą być uzasadnione ekonomicznie jedynie w przypadku produkcji dla tego właśnie klienta, kiedy to inwestycja będzie uważana za związaną z konkretną umową.

(156) Okoliczność, że dostawca zapewnia nabywcy pożyczkę lub sprzęt nie związany z konkretną umową, sama w sobie nie wystarcza do uzasadnienia braku wystąpienia wykluczającego skutku dla rynku. Przydatki niedostatków rynku kapitałowego, w związku z którymi udzielenie pożyczki jest efektywniejsze dla dostawcy danego produktu niż dla banku, będą ograniczone (por. efektywność 7 w punkcie 116). Nawet jeżeli dostawca produktu miałby być efektywniejszym dostawcą kapitału, pożyczka może uzasadniać zobowiązanie do niekonkurowania jedynie wówczas, gdy nabywcy nie uniemożliwia się zakończenia zobowiązania do niekonkurowania i spłacenia pozostałej części pożyczki w dowolnym czasie i bez płacenia kar. Oznacza to, iż spłata pożyczki powinna odbywać się w równych lub malejących ratach i nie zwiększać z upływem czasu oraz że nabywca powinien mieć możliwość przejęcia sprzętu dostarczonego przez nabywcę zgodnie z jego wartością rynkową. Pozostaje to bez uszczerbku dla możliwości – w przypadku na przykład nowego punktu dystrybucji – opóźnienia spłaty przez pierwszy rok lub pierwsze dwa lata, dopóki sprzedaż nie osiągnie pewnego poziomu.

(157) Przekazanie istotnego know-how (efektywność 5 w punkcie 116) uzasadnia zwykle zobowiązanie do niekonkurowania przez cały czas trwania umowy dostaw, tak jak to się dzieje na przykład w kontekście franchisingu.

(158) Poniżej poziomu dominacji połączenie niekonkurowania z wyłącznością dystrybucji może również uzasadniać zobowiązanie do niekonkurowania trwające przez cały czas obowiązywania umowy. W tym ostatnim przypadku zobowiązanie do niekonkurowania prawdopodobnie usprawni działania dystrybucyjne wyłącznego dystrybutora na jego terytorium (zob. ustępy 161–177).

(159) Przykład niekonkurowania

Lider rynkowy na rynku krajowym produktów konsumpcyjnych nabywanych pod wpływem impulsu, mający udział w rynku w wysokości 40%, sprzedaje większość swych produktów (90%) za pośrednictwem powiązanych detalistów (powiązany udział w rynku 36%). Porozumienia zobowiązują detalistów do

kupowania u lidera rynkowego przez przynajmniej cztery lata. Lider rynkowy jest szczególnie mocno reprezentowany na gęściej zaludnionych obszarach takich jak stolica. Jego konkurenci – jest ich 10, z których niektórzy działają tylko lokalnie, mają dużo niższe udziały w rynku, największy ma 12%. Tych 10 konkurentów wspólnie zaopatruje pozostałe 10% rynku za pośrednictwem powiązanych punktów sprzedaży. Na rynku jest silne zróżnicowanie marki i produktu. Lider rynkowy dysponuje najsilniejszymi markami. Jako jedyny prowadzi regularne ogólnokrajowe kampanie reklamowe. Dostarcza powiązanym detalistom specjalne szafy do przechowywania swych produktów.

Rezultat dla rynku jest taki, że łącznie 46% (36% + 10%) rynku jest wyłączone dla ewentualnych kandydatów do wejścia na rynek oraz dla spółek na nim działających nie mających powiązanych punktów sprzedaży detalicznej. Wejście potencjalnych kandydatów na rynek jest niezwykle trudne, zwłaszcza na gęsto zaludnionych obszarach, gdzie wykluczenie jest nawet jeszcze dalej idące, chociaż właśnie tam chcieliby oni wejść na rynek. Prócz tego, ze względu na duże zróżnicowanie marki i produktu oraz wysokie koszty badań w stosunku do ceny produktu, brak konkurencji między markami w punktach zbytu prowadzi do dodatkowych strat korzyści dla konsumentów. Możliwa efektywność wyłączności punktów sprzedaży detalicznej, wynikające zdaniem lidera rynkowego ze zmniejszonych kosztów transportu oraz możliwego problemu zatoru związanego z szafami do przechowywania produktów, są ograniczone i nie równoważą negatywnych skutków dla konkurencji. Efektywność jest ograniczona ponieważ koszty transportu są powiązane z ilością, a nie z wyłącznością, a szafy do przechowywania towarów nie zawierają specjalnego know-how i nie są związane z marką. W związku z tym jest mało prawdopodobne, aby warunki związane z wyłączeniem były spełnione.

(160) Przykład narzucania ilości

Producent X mający 40% udziału w rynku sprzedaje 80% swoich produktów w oparciu o umowy określające, iż nabywca musi kupować przynajmniej 75% produktów tego rodzaju od producenta X. W zamian za to X oferuje finansowanie i sprzęt w dogodnych ratach. Umowy obowiązują przez pięć lat, spłata pożyczki jest przewidziana w tym okresie w jednakowych ratach. Jednak po upływie pierwszych dwóch lat nabywcy mogą rozwiązać umowę z sześciomiesięcznym okresem wypowiedzenia, jeżeli spłacą pozostałą część pożyczki i przejąć sprzęt po jego wartości rynkowej. Po upływie pięciu lat sprzęt staje się własnością nabywcy. Większość konkurujących producentów to małe spółki, jest ich łącznie 12, udział w rynku największej wynosi 20%; zawierają one podobne umowy o różnym czasie trwania. Producenci, których udział w rynku wynosi mniej niż 10%, często mają umowy o dłuższym czasie obowiązywania i mniej hojnych klauzulach dotyczących ich rozwiązania. Umowy producenta X pozostawiają swobodę uzyskiwania 25% dostaw od konkurentów. W ciągu ostatnich trzech lat na rynek przeszło dwóch nowych producentów i uzyskało łącznie udział w rynku w wysokości około 8%, częściowo dzięki przejściu pożyczek pewnej liczby odsprzedawców w zamian za umowy z tymi odsprzedawcami.

Powiązany udział w rynku producenta X wynosi 24% ($0,75 * 0,80 * 40\%$). Powiązany udział w rynku innych producentów wynosi około 25%. W związku z tym łącznie około 49% rynku wykluczone jest dla potencjalnych kandydatów do wejścia oraz działających na tym rynku spółek nie mających powiązanych punktów sprzedaży detalicznej przez przynajmniej pierwsze dwa lata obowiązywania umów dostawy. Rynek pokazuje, iż spółki odsprzedawców często mają trudności z uzyskaniem pożyczek z banków i są zwykle zbyt małe, aby uzyskać kapitał z innych środków, jak emisja akcji. Oprócz tego, producent X jest w stanie wykazać, że skoncentrowanie sprzedaży na małej liczbie odsprzedawców pozwala mu na lepsze planowanie sprzedaży i zaoszczędzenie na kosztach transportu. W świetle 25% nie powiązanej części w umowach producenta X, faktycznej możliwości wcześniejszego rozwiązania umowy, niedawnego wejścia na rynek nowych producentów oraz faktu, iż prawie połowa odsprzedawców nie jest powiązana, narzucanie ilości 75% przez producenta X prawdopodobnie spełni warunki konieczne dla wyłączenia.

2.2. Dystrybucja wyłączna

(161) W umowie dystrybucji wyłącznej dostawca zgadza się sprzedawać swoje produkty tylko jednemu dystrybutorowi do odsprzedaży na określonym terytorium. Jednocześnie dystrybutor jest zwykle ograniczony w czynnej sprzedaży na innych terytoriach przydzielonych na wyłączność. Ewentualne zagrożenia dla konkurencji stanowią przede wszystkim zmniejszona konkurencja wewnątrz jednej marki oraz podział rynku, co może w szczególności ułatwiać dyskryminację cenową. Jeżeli większość dostawców lub wszyscy dostawcy stosują dystrybucję wyłączną, może to ułatwiać zmonopolizowanie, zarówno na poziomie dostawców, jak i dystrybutorów.

(162) Dystrybucja wyłączna jest zwolniona przez rozporządzenie o wyłączeniach grupowych, jeżeli udział dostawcy w rynku nie przekracza 30%, nawet w połączeniu z innymi zasadniczymi ograniczeniami wertykalnymi, takimi jak zobowiązanie do niekonkurowania ograniczone do pięciu lat, narzucanie ilości lub wyłączność zakupów. Połączenie dystrybucji wyłącznej z dystrybucją selektywną jest zwolnione przez rozporządzenie o wyłączeniach grupowych jedynie wówczas, gdy czynna sprzedaż na innych terytoriach nie jest ograniczona. Dla oceny poszczególnych przypadków powyżej 30% progu udziału w rynku przewidziano poniższe wskazówki.

(163) Pozycja rynkowa dostawcy i jego konkurentów ma wielkie znaczenie, ponieważ straty w konkurencji wewnątrz marki mogą być problemem jedynie wówczas, gdy ograniczona jest konkurencja między markami. Im silniejsza „pozycja dostawcy”, tym poważniejsze są straty w konkurencji wewnątrz marki. Powyżej 30% progu udziału w rynku może zatem istnieć zagrożenie znacznego zmniejszenia konkurencji wewnątrz marki. Aby można było zastosować wyłączenie, straty w konkurencji wewnątrz marki powinny być zrównoważone przez faktyczną efektywność.

(164) „Pozycja konkurentów” ma podwójne znaczenie. Silni konkurencji oznaczają zwykle, że zmniejszenie konkurencji wewnątrz marki jest zrównoważone przez dostateczną konkurencję między markami. Jeżeli jednak grupa konkurentów jest raczej niewielka, a ich pozycja rynkowa jest raczej podobna pod względem udziału w rynku, mocy produkcyjnych i sieci dystrybucji, istnieje ryzyko zmonopolizacji. Straty w konkurencji wewnątrz marki mogą zwiększać to ryzyko, zwłaszcza gdy kilku dostawców wykorzystuje podobne systemy dystrybucji. Wielokrotność wyłączności, tj. gdy różni dostawcy mianują tego samego wyłącznego dystrybutora na danym terytorium, może jeszcze zwiększać ryzyko zmonopolizacji. Jeżeli dealerowi przyznano wyłączne prawo do dystrybucji dwóch lub więcej ważnych konkurujących produktów na tym samym terytorium, to konkurencja między markami będzie prawdopodobnie znacznie ograniczona w przypadku tych marek. Im wyższy jest skumulowany udział w rynku marek rozprawdzanych przez wielokrotnego dystrybutora, tym wyższe ryzyko zmonopolizacji i tym znaczniejsze ograniczenie konkurencji między markami. Tego rodzaju sytuacje związane z łącznymi skutkami mogą być powodem wycofania przywileju rozporządzenia o wyłączeniach grupowych, gdy udziały w rynku dostawców są poniżej progu rozporządzenia o wyłączeniach grupowych.

(165) „Przeszkody w wejściu na rynek”, mogące utrudniać dostawcom powoływanie nowych dystrybutorów lub znalezienie alternatywnych dystrybutorów są mniej ważne podczas oceny ewentualnych antykonkurencyjnych skutków dystrybucji wyłącznej. Wykluczenie innych dostawców nie ma miejsca tak długo, jak długo dystrybucja wyłączna nie jest połączona z ujednolicaniem marki.

(166) Wykluczenie innych dostawców nie stanowi problemu, jeżeli dostawca, który wykorzystuje system dystrybucji wyłącznej wyznacza dużą liczbę wyłącznych dystrybutorów na tym samym rynku, a ci dystrybutorzy wystąpią nie są ograniczeni w sprzedaży innym, niewyznaczonym dystrybutorom. Wykluczenie innych dostawców może jednak stać się problemem, jeżeli siła nabywczą i siła rynkowa są usytuowane poniżej, zwłaszcza w przypadku bardzo dużych terytoriów, gdy wyłączny dystrybutor staje się wyłącznym nabywcą dla całego rynku. Przykładem może być sieć supermarketów, która staje się jedynym dystrybutorem wiodącej marki na krajowym rynku sprzedaży detalicznej żywności. Wykluczenie innych dystrybutorów może być zastrzeżone w przypadku wielokrotności wyłączności. Taki przypadek, objęty rozporządzeniem o wyłączeniach grupowych gdy udział w rynku każdego z dostawców wynosi poniżej 30%, może być powodem wycofania wyłączenia grupowego.

(167) „Siła nabywczą” może również zwiększać ryzyko zmonopolizacji po stronie nabywców, gdy porozumienia o dystrybucji wyłącznej są narzucane przez poważnych nabywców, prawdopodobnie usytuowanych na różnych terytoriach, jednemu lub kilku dostawcom.

(168) „Dojrzałość rynku” ma znaczenie, ponieważ strata w konkurencji wewnątrz marki i dyskryminacja cenowa mogą być poważnym problemem na dojrzałym rynku, ale być mniej istotne na rynku o rosnącym popycie, zmieniających się technologiach i zmieniających się pozycjach rynkowych.

(169) „Poziom handlu” ma znaczenie, ponieważ ewentualne negatywne skutki mogą być różne na poziomie handlu hurtowego i na poziomie handlu detalicznego. Dystrybucja wyłączna jest głównie stosowana w dystrybucji towarów i usług końcowych. Strata w konkurencji wewnątrz marki jest szczególnie prawdopodobna na poziomie detalicznym na dużych terytoriach, ponieważ konsumenci końcowi mogą mieć niewielką możliwość wyboru między dystrybutorem drogim i świadczącym usługi wysokiej jakości, a dystrybutorem tanim i świadczącym usługi niskiej jakości w przypadku ważnej marki.

(170) Producent, który wybiera hurtownika na swego wyłącznego dystrybutora, robi to zazwyczaj w odniesieniu do większego terytorium, takiego jak Państwo Członkowskie. Tak długo, jak długo hurtownik może sprzedawać produkty bez ograniczeń detalistom na niżej położonym rynku, nie ma prawdopodobieństwa zaistnienia znaczących skutków antykonkurencyjnych, jeżeli producent nie dominuje. Ewentualne straty w konkurencji wewnątrz marki mogą być łatwo zrównoważone przez efektywności uzyskane w logistyce, promocji itp., szczególnie jeżeli producent ma swą siedzibę w innym kraju. Wykluczenie innych hurtowników na tym terytorium nie jest prawdopodobne, ponieważ dostawca mający udział w rynku powyżej 30% ma zwykle dość siły przetargowej, aby wybrać skuteczniejszego hurtownika. Ewentualne zagrożenia dla konkurencji między markami ze strony wielokrotności umów wyłączności są jednak większe na poziomie hurtowym, niż detalicznym.

(171) Połączenie dystrybucji wyłącznej z ujednocnieniem marki może spowodować problem wykluczenia z rynku innych dostawców, szczególnie w przypadku gęstych sieci wyłącznych dystrybutorów na małych terytoriach lub w przypadku skutku łącznego. Może to wymagać zastosowania zasad określonych powyżej dla ujednocniania marki. Jeżeli jednak połączenie nie prowadzi do znacznego wykluczenia, połączenie dystrybucji wyłącznej i ujednocniania marki może sprzyjać konkurencji poprzez zwiększanie bodźców dla wyłącznych dystrybutorów do skoncentrowania swych wysiłków na konkretnej marce. Dlatego też w braku takiego efektu wykluczenia połączenie dystrybucji wyłącznej i ujednocniania marki kwalifikuje się do wyłączenia przez cały czas obowiązywania umowy, szczególnie na poziomie handlu hurtowego.

(172) Połączenie dystrybucji wyłącznej z wyłącznością zakupów zwiększa ewentualne zagrożenia dla konkurencji w postaci zmniejszonej konkurencji wewnątrz marki oraz podziału rynku, które mogą w szczególności ułatwiać dyskryminację cenową. Dystrybucja wyłączna już ogranicza swobodę decyzji konsumentów, ponieważ ogranicza liczbę dystrybutorów i zwykle ogranicza również swobodę dystrybutorów odnośnie do czynnej sprzedaży. Wyłączność zakupów, wymagająca od wyłącznych dystrybutorów zakupu swego zaopatrzenia w przypadku konkretnej marki bezpośrednio od producenta, eliminuje również możliwą swobodę decyzji dystrybutorów, którzy nie mogą zaopatrywać się u innych dystrybutorów w systemie. Zwiększa to możliwości ograniczenia przez dostawcę konkurencji wewnątrz marki przy jednoczesnym zastosowaniu różnych warunków sprzedaży. Połączenie dystrybucji wyłącznej i wyłączności sprzedaży nie zostanie zatem prawdopodobnie zwolnione w przypadku dostawców mających udział w rynku powyżej 30%, chyba że istnieje bardzo wyraźne i znaczne korzyści prowadzące do niższych cen dla wszystkich konsumentów końcowych. Brak takich korzyści może także prowadzić do wycofania wyłączenia grupowego, gdy udział dostawcy w rynku wynosi poniżej 30%.

(173) „Charakter produktu” nie jest bardzo istotny dla oceny ewentualnych antykonkurencyjnych skutków dystrybucji wyłącznej. Jest jednak istotny, gdy dyskutowana jest kwestia ewentualnych korzyści, to znaczy po stwierdzeniu zaistnienia znaczących skutków antykonkurencyjnych.

(174) Dystrybucja wyłączna może prowadzić do osiągnięcia korzyści, szczególnie gdy konieczne są inwestycje ze strony dystrybutorów związane z ochroną lub kreowaniem wizerunku marki. Generalnie najpoważniejsze są przypadki nowych produktów, produktów złożonych, produktów, których jakość trudno jest ocenić przed konsumpcją (tak zwane produkty związane z doświadczeniem) lub tych, których jakość trudno jest ocenić nawet po konsumpcji (tak zwane produkty zaufania). Oprócz tego dystrybucja wyłączna może prowadzić do oszczędności w kosztach logistyki ze względu na ekonomię skali w transporcie i dystrybucji.

(175) Przykład dystrybucji wyłącznej na poziomie hurtowym

Na rynku artykułu konsumpcyjnego trwałego użytku A jest liderem rynkowym. A sprzedaje swój produkt za pośrednictwem wyłącznych hurtowników. Terytoria hurtowników odpowiadają całemu Państwu Członkowskiemu w przypadku małych Państw Członkowskich oraz regionowi w przypadku dużych Państw Członkowskich. Ci wyłączni dystrybutorzy zajmują się sprzedażą wszystkim detalistom na ich terytoriach. Nie prowadzą sprzedaży dla konsumentów końcowych. Hurtownicy zajmują się promocją na swoich rynkach. Obejmuje to sponsorowanie lokalnych imprez, lecz także objaśnianie i promowanie nowych produktów wśród detalistów na ich terytoriach. Technologia i innowacyjność produktu na tym rynku ewoluje stosunkowo szybko, a usługi przedsprzedażne dla detalistów i konsumentów końcowych odgrywają ważną rolę. Hurtownicy nie są zobligowani do dokonywania całości zakupów marki A od samego producenta, możliwa jest swoboda decyzji hurtowników i detalistów ponieważ koszty transportu są stosunkowo niskie w porównaniu z wartością produktu. Hurtownicy nie są zobowiązani do niekonkurowania. Detaliści sprzedają zatem pewną liczbę marek konkurujących dostawców i nie ma

umów dystrybucji wyłącznej lub selektywnej na poziomie detalicznym. Na europejskim rynku sprzedaży hurtownikom A ma około 50% udziału w rynku. Jego udział w rynku na różnych rynkach krajowych waha się w granicach 40–60%. A ma od 6 do 10 konkurentów na każdym rynku krajowym: B, C i D są jego największymi konkurentami i są również obecni na każdym rynku krajowym, a ich udział w rynku waha się w granicach od 20% do 5%. Pozostali producenci to producenci krajowi, mający mniejsze udziały w rynku. B, C i D mają podobne sieci dystrybucji, podczas gdy lokalni producenci starają się sprzedawać swoje produkty bezpośrednio detalistom.

Na rynku sprzedaży hurtowej opisanym powyżej ryzyko zmniejszonej konkurencji wewnątrz marki i dyskryminacji cenowej jest niskie. Nie ma przeszkód dla arbitrażu, a brak konkurencji wewnątrz marki nie jest zbyt istotny na poziomie sprzedaży hurtowej. Na szczeblu detalicznym nie jest utrudniona ani konkurencja wewnątrz marki, ani konkurencja między markami. Co więcej, umowy wyłączności na poziomie hurtowym nie mają dużego wpływu na konkurencję między markami. Sprawia to, że – jeżeli istnieją skutki antykonkurencyjne – warunki kwalifikujące do wyłączenia są spełnione.

(176) Przykład wielokrotności umów wyłączności na rynku oligopolistycznym

Na krajowym rynku produktu końcowego jest czterech liderów rynkowych, z których każdy ma udział w rynku w wysokości około 20%. Ci czterej liderzy rynkowi sprzedają swój produkt za pośrednictwem wyłącznych dystrybutorów na poziomie detalicznym. Detalistom jest przydzielane wyłączne terytorium odpowiadające miastu, w którym mają siedzibę lub dzielnicę – w przypadku wielkich miast. W większości terytoriów czterej liderzy rynkowi wyznaczają tego samego wyłącznego detalistę (wielokrotność umów wyłączności), często z siedzibą w centrum i raczej specjalizującego się w produkcji. Pozostałe 20% rynku krajowego składa się z małych producentów lokalnych, z których największy ma 5% udziału w rynku krajowym. Ci lokalni producenci sprzedają zazwyczaj swe produkty za pośrednictwem innych detalistów, głównie dlatego, iż wyłączni dystrybutorzy czterech największych dostawców wykazują zwykle niewielkie zainteresowanie sprzedażą mniej znanych i tańszych marek. Na rynku istnieje silne rozróżnienie marki i produktu. Czterej liderzy rynkowi prowadzą wielkie krajowe kampanie reklamowe i mają silne wizerunki marki, podczas gdy drugorzędni producenci nie reklamują swoich produktów na poziomie krajowym. Rynek jest raczej dojrzały, o stabilnym popycie, bez większych innowacji w zakresie produktu i technologii. Produkt jest względnie prosty.

Na takim rynku oligopolistycznym istnieje ryzyko zmony między czterema liderami rynkowymi. Ryzyko to jest zwiększone poprzez wielokrotność umów wyłączności. Konkurencja wewnątrz marki jest ograniczona przez wyłączność terytorialną. Konkurencja między czterema wiodącymi markami ogranicza się do poziomu detalicznego, ponieważ na każdym terytorium jeden detalista ustala ceny dla wszystkich czterech marek. Stąd też producenci nie są zbyt zainteresowani konkutowaniem między sobą pod względem cen. Konkurencja między markami istnieje przede wszystkim między markami słabą markę towarami drugorzędnych producentów. Ewentualne argumenty dotyczące efektywności przemawiające za (wspólną) dystrybucją wyłączną są stosunkowo proste, odsprzedaż nie wymaga żadnych konkretnych inwestycji lub szkoleń, a reklama odbywa się głównie na poziomie producentów.

Chociaż udział w rynku każdego z liderów rynkowych jest poniżej progu, wyłączenie na mocy art. 81 ust. 3 nie może być uzasadnione i może być konieczne wycofanie wyłączenia grupowego.

(177) Przykład dystrybucji wyłącznej połączonej wyłącznością zakupów

Producent A jest europejskim liderem rynkowym w zakresie objętościowych towarów konsumpcyjnych trwałego użytku, jego udział w rynku na większości krajowych rynków detalicznych waha się w granicach 40–60%. W każdym Państwie Członkowskim ma około siedmiu konkurentów, z dużo mniejszymi udziałami w rynku, najwięksi z nich mają udział w rynku w wysokości 10%. Ci konkurenci są obecni tylko na jednym lub dwóch rynkach krajowych. A sprzedaje swój produkt za pośrednictwem krajowych przedsiębiorstw zależnych wyłącznym dystrybutorom na poziomie detalicznym, którym nie wolno prowadzić aktywnej sprzedaży poza swoim terytorium. Oprócz tego detailści są zobowiązani do kupna produktów A wyłącznie od krajowego przedsiębiorstwa zależnego od producenta A w ich kraju. Detailści sprzedający markę producenta A są głównymi odsprzedawcami tego rodzaju produktów na swym terytorium. Prowadzą również konkurencyjne marki, ale ze zmiennym szczęściem i entuzjazmem. A stosuje różnice cen w wysokości 10–15% między rynkami i mniejsze wewnątrz rynków. Przekłada się to na mniejsze różnice cen na poziomie detalicznym. Rynek jest stosunkowo stabilny pod względem popytu i podaży, nie ma istotnych zmian technologicznych.

Na tych rynkach strata w konkurencji wewnątrz marki jest spowodowana nie tylko wyłącznością terytorialną na poziomie detalicznym, ale pogłębia ją jeszcze obowiązek wyłączności zakupów nałożony na detalistów. Obowiązek wyłączności zakupów pomaga w utrzymaniu podziału rynków i terytoriów, uniemożliwiając swobodę decyzji między wyłącznymi detalistami. Wyłącznie detaliści nie mogą prowadzić aktywnej sprzedaży na terytoriach swych kolegów i w praktyce unikają dostaw poza obręb własnego terytorium. Umożliwia to dyskryminację cenową. Swoboda decyzji konsumentów lub niezależnych handlowców jest ograniczona ze względu na dużą objętość produktu.

Ewentualne argumenty popierające efektywności tego systemu – powiązane z ekonomią skali w transporcie i działaniami promocyjnymi na poziomie detalistów – nie mogą przeważać negatywnego skutku dyskryminacji cenowej i zmniejszonej konkurencji wewnątrz marki. W konsekwencji spełnienie warunków związanych z wyłączeniem jest niemożliwe.

2.3. Wyłączny przydział klientów

(178) W umowie wyłącznego przydziału klientów dostawca zgadza się sprzedawać swoje produkty tylko jednemu dystrybutorowi do odsprzedaży konkretnej grupie klientów. Jednocześnie dystrybutor jest zwykle ograniczony w czynnej sprzedaży innym grupom klientów przydzielonym na wyłączność. Ewentualnymi zagrożeniami dla konkurencji są głównie zmniejszona konkurencja wewnątrz marki oraz podział rynku, co może w szczególności ułatwiać dyskryminację cenową. Jeżeli większość dostawców lub wszyscy dostawcy stosują wyłączny przydział klientów, może to ułatwiać znowę, tak na poziomie dostawców, jak i dystrybutorów.

(179) Wyłączny przydział klientów jest wyłączony przez rozporządzenie o wyłączeniach grupowych, jeżeli udział dostawcy w rynku nie przekracza 30%, nawet w połączeniu z innymi nie zasadniczymi ograniczeniami wertykalnymi, takimi jak zobowiązanie do niekonkurowania, narzucanie ilości lub wyłączność zakupów. Połączenie wyłącznego przydziału konsumentów z dystrybucją selektywną jest zwykle uważane za ograniczenie zasadnicze, ponieważ zwykle nie ma swobody czynnej sprzedaży konsumentom końcowym. Dla oceny wyłącznego przydziału konsumentów powyżej 30% progu udziału w rynku stosuje się *mutatis mutandis* wskazówki zawarte w ustępach 161–177, z zastrzeżeniem poniższych szczegółowych uwag.

(180) Wyłączny przydział konsumentów zwykle utrudnia arbitraż ze strony konsumentów. Oprócz tego, ponieważ każdy wyznaczony dystrybutor ma swoją własną klasę klientów, niewyznaczeni dystrybutorzy nie mieszczący się w takiej klasie mogą mieć trudności z uzyskaniem produktu. Zmniejsza to możliwość arbitrażu ze strony niewyznaczonych dystrybutorów. Dlatego też jest mało prawdopodobne, aby powyżej 30% progu udziału w rynku wyłączny przydział klientów podlegał wyłączeniu, o ile nie istnieją wyraźne i istotne skutki efektywności.

(181) Wyłączny przydział konsumentów jest głównie stosowany do produktów pośrednich i na poziomie hurtowym, gdy dotyczy produktów końcowych, jeżeli można wyróżnić grupy klientów mających specjalne wymogi odnośnie do produktu.

(182) Wyłączny przydział klientów może prowadzić do efektywności, szczególnie gdy dystrybutorzy są zobligowani do inwestowania na przykład w specjalny sprzęt, umiejętności lub know-how w celu dostosowania się do wymogów swojej kategorii konsumentów. Okres amortyzacji tych inwestycji wskazuje na usprawiedliwiony czas obowiązywania systemu wyłącznego przydziału konsumentów. Generalnie najpoważniejsze są przypadki nowych produktów, produktów złożonych, produktów wymagających dostosowania do potrzeb indywidualnego klienta. Możliwe do zidentyfikowania zróżnicowane potrzeby są bardziej prawdopodobne w przypadku produktów pośrednich, to jest produktów sprzedawanych różnym rodzajom profesjonalnych nabywców. Przydział konsumentów końcowych nie może raczej prowadzić do żadnej efektywności i nie istnieje prawdopodobieństwo jego wyłączenia.

(183) Przykład wyłącznego przydziału klientów:

Spółka opracowała nowoczesną instalację tryskaczową. Spółka ma obecnie 40% udział w rynku na rynku instalacji tryskaczowych. Gdy rozpoczęła sprzedaż instalacji tryskaczowych, jej udział w rynku wynosił 20% przy sprzedaży produktu starszego typu. Montaż nowego typu instalacji tryskaczowej zależy od rodzaju budynku, w którym jest ona montowana (biuro, zakład chemiczny, szpital itp.). Spółka wyznaczyła pewną liczbę dystrybutorów do sprzedaży i montażu instalacji tryskaczowej dla konkretnej kategorii klientów. Aby zagwarantować specjalizację dystrybutorów spółka przydzieliła każdemu z nich wyłączną kategorię klientów i zabroniła im czynnej sprzedaży wyłącznym kategoriom klientów

przydzielonym ich kolegom. Po pięciu latach wszyscy wyłączni dystrybutorzy będą mogli prowadzić czynną sprzedaż dla wszystkich kategorii klientów, kończąc w ten sposób istnienie systemu wyłącznego przydziału konsumentów. Dostawca będzie mógł wówczas rozpocząć sprzedaż dla nowych dystrybutorów. Rynek jest dość dynamiczny, niedawno weszły nań dwie nowe spółki i miały miejsce innowacje technologiczne. Konkurenci, których udział w rynku wynosi między 25% a 5%, również unowocześniają swoje produkty.

Ponieważ wyłączność jest ograniczona w czasie i służy temu, aby dystrybutorzy mogli odzyskać swoje inwestycje i na początku skoncentrowali swoje wysiłki na pewnej kategorii konsumentów, aby nauczyć się danej dziedziny, a także z racji tego, że ewentualne antykonkurencyjne skutki wydają się być ograniczone na dynamicznym rynku, warunki do wyłączenia są raczej spełnione.

2.4. Dystrybucja selektywna

(184) Umowy dystrybucji selektywnej, podobnie jak umowy dystrybucji wyłącznej, z jednej strony ograniczają liczbę uprawnionych dystrybutorów, a z drugiej możliwości odsprzedaży. Różnica w porównaniu z dystrybucją wyłączną jest taka, iż ograniczenie liczby dealerów nie zależy od liczby terytoriów, ale od kryteriów doboru, powiązanych w pierwszym rzędzie z charakterem produktu. Kolejna różnica w porównaniu z dystrybucją wyłączną polega na tym, że ograniczenie odsprzedaży nie jest ograniczeniem czynnej sprzedaży na danym terytorium, ale jest ograniczeniem sprzedaży nieuprawnionym dystrybutorom, pozostawiając jako ewentualnych nabywców jedynie wyznaczonych dealerów i konsumentów końcowych. Dystrybucja selektywna jest niemal zawsze stosowana w przypadku markowych produktów końcowych.

(185) Ewentualne zagrożenia dla konkurencji polegają na zmniejszeniu konkurencji wewnątrz danej marki oraz – szczególnie w przypadku skutków łącznych – wykluczeniu pewnych rodzajów dystrybutorów oraz ułatwieniu zmywu między dostawcami lub nabywcami. Aby ocenić ewentualne antykonkurencyjne skutki dystrybucji selektywnej stosownie do art. 81 ust. 1, należy dokonać rozróżnienia między czysto jakościową dystrybucją selektywną, a ilościową dystrybucją selektywną. W czysto jakościowej dystrybucji selektywnej dealerzy są dobierani jedynie na podstawie obiektywnych kryteriów związanych z charakterem produktu, takich jak szkolenie personelu, pewna gama sprzedawanych produktów itp.³¹ Zastosowanie takich kryteriów nie ogranicza bezpośrednio liczby dealerów. Czysto jakościowa dystrybucja selektywna jest generalnie uznawana za nie mieszczącą się w zakresie art. 81 ust. 1 ze względu na brak antykonkurencyjnych skutków, pod warunkiem, iż zostały spełnione trzy warunki. Po pierwsze, charakter danego produktu musi wymagać systemu dystrybucji selektywnej, w tym znaczeniu, iż taki system musi stanowić legalny wymóg, uwzględniający charakter danego produktu, konieczność zachowania jego jakości i zapewnienie jego właściwego przeznaczenia. Po drugie, odsprzedawcy muszą być wybierani na podstawie obiektywnych kryteriów o charakterze jakościowym, jednolitych dla wszystkich ewentualnych odsprzedawców i nie stosowanych w sposób dyskryminacyjny. Po trzecie, ustanowione kryteria nie mogą wykraczać poza to, co jest konieczne³². Ilościowa dystrybucja selektywna dodaje dalsze kryteria doboru, które w bardziej bezpośredni sposób ograniczają liczbę dealerów, wymagając, na przykład, minimalnej lub maksymalnej sprzedaży, ustalając liczbę dealerów itp.

(186) Jakościowa i ilościowa dystrybucja selektywna jest zwolniona przez rozporządzenie o wyłączeniach grupowych do 50% udziału w rynku, nawet w połączeniu z innymi, nie zasadniczymi ograniczeniami wertykalnymi, takimi jak zobowiązanie do niekonkurowania lub dystrybucja wyłączna, pod warunkiem że czynna sprzedaż przez uprawnionych dystrybutorów sobie nawzajem lub konsumentom końcowym nie jest ograniczona. Rozporządzenie o wyłączeniach grupowych zwalnia dystrybucję selektywną niezależnie od charakteru danego produktu. Jeżeli jednak charakter produktu nie wymaga dystrybucji selektywnej, taki system dystrybucji zwykle nie pociąga za sobą dostatecznych skutków zwiększających efektywność, aby zrównoważyć znaczne ograniczenie konkurencji wewnątrz jednej marki. Jeżeli występują znaczące skutki antykonkurencyjne, przywilej rozporządzenia o wyłączeniach grupowych prawdopodobnie zostanie wycofany. Dodatkowo zostały dostarczone poniższe wskazówki dotyczące oceny dystrybucji selektywnej

³¹ Zob. np. orzeczenie Sądu Pierwszej Instancji w sprawie T-88/92 *Groupment d'achat Édouard Leclerc przeciwko Komisji* [1996] ECR II-1961.

³² Zob. orzeczenia Trybunału Sprawiedliwości w sprawie 31/80 *L'Oréal przeciwko PVBA* [1980] ECR 3775, ustępy 15–16; w sprawie 26/76 *Metro I* [1977] ECR 1875, ustępy 20–21; w sprawie 107/82 *AEG* [1983] ECR 3151, ustęp 35 oraz Sądu Pierwszej Instancji w sprawie T-19/91 *Vichy przeciwko Komisji* [1992] ECR II-415, ustęp 65.

w indywidualnych przypadkach, które nie są objęte rozporządzeniem o wyłączeniach grupowych, bądź w przypadku skutków łącznych wynikających z równoległych sieci dystrybucji selektywnej.

(187) Pozycja rynkowa dostawcy i jego konkurentów ma ogromne znaczenie podczas oceny ewentualnych antykonkurencyjnych skutków, ponieważ zanik konkurencji wewnątrz jednej marki może być problemem tylko wówczas, jeżeli konkurencja między markami jest ograniczona. Im silniejsza jest pozycja dostawcy, tym większym problemem jest zanik konkurencji wewnątrz jednej marki. Innym ważnym czynnikiem jest liczba sieci dystrybucji selektywnej obecnych na tym samym rynku. Jeżeli tylko jeden dostawca stosuje dystrybucję selektywną na rynku, a nie jest to przedsiębiorstwo dominujące, ilościowa dystrybucja selektywna zwykle nie powoduje wyłącznie negatywnych skutków, pod warunkiem, iż towary objęte umową, ze względu na swój charakter, wymagają zastosowania systemu dystrybucji selektywnej oraz pod warunkiem że stosowane kryteria doboru są konieczne dla zapewnienia skutecznej dystrybucji danych towarów. W rzeczywistości jednak dystrybucja selektywna wydaje się być często stosowana przez kilku dostawców na rynku.

(188) Pozycja konkurentów może mieć podwójne znaczenie i odgrywa rolę zwłaszcza w przypadku skutków łącznych. Silni konkurenci oznaczają generalnie, iż łatwo jest przeważać zmniejszenie konkurencji wewnątrz jednej marki dzięki wystarczającej konkurencji między markami. Jeżeli jednak większość głównych dostawców stosuje dystrybucję selektywną, nastąpi znaczący zanik konkurencji wewnątrz jednej marki i ewentualne wyłączenie pewnych rodzajów dystrybutorów, jak również zwiększone ryzyko zmowy między tymi wielkimi dostawcami. Ryzyko wykluczenia sprawniejszych dystrybutorów jest zawsze większe w przypadku dystrybucji selektywnej, niż dystrybucji wyłącznej, wzięwszy pod uwagę ograniczenie sprzedaży nieupoważnionym dealerom w dystrybucji selektywnej. Służy to nadaniu systemom dystrybucji selektywnej charakteru zamkniętego, uniemożliwiając uzyskanie dostaw nieuprawnionym dealerom. Powoduje to również, że dystrybucja selektywna nadaje się szczególnie dobrze do unikania nacisków na marżę producenta, jak i na marżę upoważnionych dealerów ze strony sklepów obniżających ceny.

(189) Jeżeli rozporządzenie o wyłączeniach grupowych ma zastosowanie do pojedynczych sieci dystrybucji selektywnej, wycofanie wyłączenia grupowego lub zaniechanie stosowania rozporządzenia o wyłączeniach grupowych można rozważać w przypadku skutków łącznych. Jednakże jest mało prawdopodobne, aby problem skutków łącznych pojawił się, gdy udział w rynku objętym dystrybucją selektywną jest niższy niż 50%. Żaden problem nie zaistnieje również, jeżeli wskaźnik pokrycia rynku wynosi ponad 50%, ale łączny udział w rynku pięciu największych dystrybutorów (CR5) nie przekracza 50%. Jeżeli zarówno CR5, jak i udział w rynku objętym dystrybucją selektywną przekracza 50% ocena może być różna w zależności od tego, czy wszyscy najwięksi dystrybutorzy stosują dystrybucję selektywną, czy jej nie stosują. Im silniejsza jest pozycja konkurentów nie stosujących dystrybucji selektywnej, tym mniejsze prawdopodobieństwo wykluczenia innych dystrybutorów. Jeżeli pięciu największych dystrybutorów stosuje dystrybucję selektywną, kwestie związane z ochroną konkurencji mogą mieć miejsce zwłaszcza w odniesieniu do tych porozumień, które związane są ze stosowaniem ilościowych kryteriów doboru, bezpośrednio ograniczając liczbę upoważnionych dealerów. Warunki art. 81 ust. 3 zwykle nie mogą być spełnione, jeżeli sporny system dystrybucji selektywnej uniemożliwia dostęp do rynku nowym dystrybutorom zdolnym do właściwej sprzedaży danych produktów, w szczególności sklepów obniżających ceny, ograniczając w ten sposób dystrybucję na korzyść pewnych istniejących kanałów i na niekorzyść konsumentów końcowych. W przypadku bardziej pośrednich form ilościowej dystrybucji selektywnej, wynikających na przykład z połączenia czysto jakościowych kryteriów doboru z nałożeniem na dealerów wymogu dokonania minimalnej ilości rocznych zakupów, istnieje mniejsze prawdopodobieństwo powstania czysto negatywnych skutków, jeżeli ilość ta nie stanowi znacznego procentu łącznego obrotu dealera związanego z produktami danego rodzaju i nie wykracza poza to, co jest konieczne, aby dostawcy zwrócili się inwestycje związane z konkretną umową i/lub miała miejsce ekonomia skali w dystrybucji. Jeżeli chodzi o indywidualny wkład, to dostawca, którego udział w rynku nie przekracza 5%, nie jest zwykle uważany za przyczyniającego się w znaczny sposób do skutków łącznych.

(190) „Przeszkody w wejściu na rynek” stanowią przedmiot zainteresowania głównie w przypadku wykluczenia z rynku nieupoważnionych dealerów. Na ogół przeszkody w wejściu na rynek będą znaczące, ponieważ dystrybucja selektywna jest zwykle stosowana przez producentów markowych produktów. Wprowadzenie własnych marek lub uzyskanie konkurencyjnych dostaw w innych miejscach wymaga zazwyczaj dużo czasu i znacznych inwestycji ze strony wykluczonych detalistów.

(191) „Siła nabywca” może zwiększać ryzyko zмовы między dealerami i w związku z tym znacząco zmieniać analizę ewentualnych antykonkurencyjnych skutków dystrybucji selektywnej. Wykluczenie z rynku sprawniejszych detalistów może zwłaszcza zaistnieć tam, gdzie silna organizacja dealerów narzuca dostawcy kryteria doboru mające na celu ograniczenie dystrybucji będące z korzyścią dla jej członków.

(192) art. 5 lit. c) rozporządzenia o wyłączeniach grupowych przewiduje, iż dostawca nie może narzucać zobowiązania powodującego, bezpośrednio lub pośrednio, że upoważnieni detalisci nie będą sprzedawać marek konkretnych konkurujących dostawców. Warunek ten ma w szczególności na celu uniemożliwienie horyzontalnej zмовы na rzecz wykluczenia pewnych marek poprzez stworzenie przez wiodących dostawców klubu wybranych marek. Nie jest prawdopodobne, żeby ten rodzaj zobowiązania był wyłączony, jeżeli CR5 wynosi lub przekracza 50%, chyba że żaden z dostawców nakładających taki warunek nie należy do grupy pięciu największych dostawców na rynku.

(193) Wykluczenie innych dostawców nie jest zwykle problemem, tak długo jak inni dostawcy mogą korzystać z tych samych dystrybutorów, tj. tak długo jak system dystrybucji selektywnej nie jest połączony z ujednolicaniem marki. W przypadku gęstej sieci upoważnionych dystrybutorów lub w przypadku skutków łącznych połączenie dystrybucji selektywnej z zobowiązaniem do niekonkurowania może stanowić ryzyko wykluczenia innych dostawców. W taki razе stosuje się wymienione powyżej zasady dotyczące ujednolicania marki. Jeżeli dystrybucja selektywna nie jest połączona z zobowiązaniem do niekonkurowania, wykluczenie rynku dla konkurujących dostawców może nadal stanowić problem, jeżeli wiodący dostawcy stosują nie tylko czysto jakościowe kryteria doboru, ale narzucają swoim dealerom pewne zobowiązania, jak obowiązek zarezerwowania minimalnej powierzchni półek dla ich produktów lub zagwarantowania, iż sprzedaż ich produktów przez dealera będzie stanowić przynajmniej pewien procent jego obrotu. Taki problem nie może zaistnieć, jeżeli udział w rynku objętym dystrybucją selektywną jest niższy niż 50% lub – gdy ten wskaźnik jest przekroczony – jeżeli udział w rynku pięciu największych dostawców nie przekracza 50%.

(194) Dojrzałość rynku ma znaczenie, ponieważ zanik konkurencji wewnątrz jednej marki i ewentualne wykluczenie dostawców lub dealerów może stanowić poważny problem na dojrzałym rynku, ale ma mniejszą wagę na rynku o rosnącym popycie, zmieniających się technologiach i pozycjach rynkowych.

(195) Dystrybucja selektywna może być skuteczna, jeżeli prowadzi do oszczędności kosztów logistycznych spowodowanych ekonomią skali w transporcie, a to może się zdarzyć niezależnie od charakteru produktu (efektywność 6 w ustępie 116). Jest to jednak zwykle marginesowa efektywność w systemie dystrybucji selektywnej. Charakter produktu jest bardzo istotny dla pomocy w rozwiązaniu problemu pasożytowania między dystrybutorami (efektywność 1 w ustępie 116) lub pomóc w wykreowaniu wizerunku marki (efektywność 8 w ustępie 116). Na ogół najpoważniejsze są przypadki nowych produktów, produktów złożonych, produktów, których jakość trudno jest ocenić przed konsumpcją (tak zwane produkty związane z doświadczeniem) lub tych, których jakość trudno jest ocenić nawet po konsumpcji (tak zwane produkty zaufania). Połączenie dystrybucji selektywnej i wyłącznej może naruszać art. 81, jeżeli jest stosowane przez dostawcę, którego udział w rynku przekracza 30% lub w przypadku skutków łącznych, nawet jeżeli czynna sprzedaż między terytoriami pozostaje nieograniczona. Takie połączenie może wyjątkowo spełniać warunki w art. 81 ust. 3, jeżeli jest konieczna do ochrony istotnych inwestycji związanych z konkretną umową dokonanych przez upoważnionych dealerów (efektywność 4 w ustępie 116).

(196) W celu zapewnienia wyboru najmniej antykonkurencyjnego ograniczenia, istotne jest przekonanie się, czy tę samą efektywność można uzyskać po porównywalnych kosztach na przykład dzięki wymogom dotyczącym jedynie usług.

(197) Przykład ilościowej dystrybucji selektywnej:

Na rynku artykułów konsumpcyjnych trwałego użytku lider rynkowy (marka A), z 35% udziałem w rynku, sprzedaje swoje produkty konsumentom za pośrednictwem sieci dystrybucji selektywnej. Istnieje wiele kryteriów przyjęcia do sieci: sklep musi zatrudniać przeszkolony personel i świadczyć usługi przed sprzedażą; na terenie sklepu musi istnieć specjalny obszar przeznaczony do sprzedaży produktu i podobnych produktów hi-tech; sklep musi sprzedawać szeroką gamę modeli dostawcy i eksponować je w atrakcyjny sposób. Co więcej, liczba możliwych do przyjęcia detalistów jest bezpośrednio ograniczona przez określenie maksymalnej liczby detalistów na liczbę mieszkańców każdej prowincji lub obszaru miejskiego. Producent A ma 6 konkurentów na tym rynku. Udział w rynku jego największych konkurentów, B, C

i D, wynosi odpowiednio 25, 15 i 10%, podczas gdy inni producenci mają mniejsze udziały w rynku. A jest jedynym producentem stosującym dystrybucję selektywną. Selektywni dystrybutorzy A zawsze obsługują kilka konkurencyjnych marek. Konkurencyjne marki są jednak również powszechnie sprzedawane w sklepach nie należących do sieci dystrybucji selektywnej A. Kanaly dystrybucji są różne: na przykład marki B i C są sprzedawane w większości wybranych sklepów A, ale także w innych sklepach świadczących usługi wysokiej jakości i w hipermarketach. Marka D jest głównie sprzedawana w sklepach świadczących usługi wysokiej jakości. Na tym rynku technologia ewoluuje dość szybko, a główni dostawcy dzięki reklamom utrzymują mocny wizerunek jakości swoich produktów.

Na tym rynku wskaźnik pokrycia dystrybucji selektywnej wynosi 35%. System dystrybucji selektywnej A nie dotyka bezpośrednio konkurencji między markami. Konkurencja wewnątrz jednej marki dla marki A może być ograniczona, ale konsumenci mają dostęp do świadczących ograniczone usługi i mających niskie ceny detalistów sprzedających marki B i C, które mają podobny wizerunek jakości, co marka A. Co więcej, dostęp do detalistów świadczących usługi wysokiej jakości związane z innymi markami nie jest zamknięty, ponieważ nie ma ograniczenia co do możliwości sprzedaży konkurencyjnych marek przez wybranych dystrybutorów, a ilościowe ograniczenie dotyczące liczby detalistów marki A pozwala innym detalistom świadczącym usługi wysokiej jakości swobodę dystrybucji konkurencyjnych marek. W tym przypadku, ze względu na wymogi dotyczące usług i efektywność, którą mogą one przynieść oraz ograniczony skutek konkurencji wewnątrz marki, warunki wyłączenia sieci dystrybucji selektywnej A są prawdopodobnie spełnione.

(198) Przykład dystrybucji selektywnej z łącznymi skutkami:

Na rynku konkretnego artykułu sportowego działa siedmiu producentów, których udział w rynku wynosi odpowiednio 25, 20, 15, 15, 10, 8 i 7%. Pięciu największych producentów dystrybuje swoje produkty za pośrednictwem ilościowej dystrybucji selektywnej, dwaj inni stosują inne systemy dystrybucji, co daje wskaźnik pokrycia dystrybucji selektywnej w wysokości 85%. Kryteria przyjęcia do sieci dystrybucji selektywnej są wśród producentów niezwykle jednolite: sklep musi zatrudniać przeszkolony personel i świadczyć usługi przed sprzedażą; na terenie sklepu musi istnieć specjalny obszar przeznaczony do sprzedaży artykułu, przy czym jest określona minimalna wielkość tego obszaru. Sklep musi sprzedawać szeroką gamę danej marki i eksponować ją w atrakcyjny sposób, musi być położony przy handlowej ulicy, a ten rodzaj artykułu musi stanowić przynajmniej 30% obrotów sklepu. Zazwyczaj ten sam dealer jest mianowany dystrybutorem selektywnym dla wszystkich pięciu marek. Pozostałe marki nie korzystające z dystrybucji selektywnej zwykle sprzedają za pośrednictwem detalistów świadczących usługi na niższym poziomie jakości. Rynek jest stabilny, zarówno pod względem podaży, jak i popytu, istnieje silny wizerunek marki i różnicowanie produktu. Pięciu liderów rynku ma mocny wizerunek marki, zdobyty dzięki reklamom i sponsorowaniu, podczas gdy dwaj mniejsi producenci stosują strategię tańszych produktów, bez mocnego wizerunku marki.

Na tym rynku ogólne sklepy dyskontowe nie mają dostępu do pięciu wiodących marek. Wymóg, aby ten rodzaj artykułu stanowił 30% obrotów dealera oraz kryteria prezentacji i usług przedsprzedażnych uniemożliwiają większości sklepów dyskontowych wejście do sieci upoważnionych dystrybutorów. W konsekwencji konsumenci nie mają wyboru, muszą kupować pięć wiodących marek w sklepach świadczących usługi wysokiej jakości i mających wysokie ceny. Prowadzi to do zmniejszonej konkurencji międzymarkowej między pięcioma wiodącymi markami. Fakt, iż dwie mniejsze marki można nabyć w tanich sklepach nie rekompensuje tego, ponieważ wizerunek marki pięciu liderów rynku jest dużo lepszy. Konkurencja między markami jest również ograniczona przez liczbę dealerów. Pomimo iż istnieje nawet pewien stopień konkurencji wewnątrz jednej marki, a liczba detalistów nie jest bezpośrednio ograniczona, kryteria przyjęcia są dostatecznie ostre, aby spowodować istnienie niewielkiej liczby detalistów sprzedających pięć wiodących marek na każdym terytorium.

Efektywności związane z tymi systemami ilościowej dystrybucji selektywnej są niskie: produkt nie jest bardzo złożony i nie uzasadnia skomplikowanych usług. O ile producenci nie udowodnią, że istnieją wyraźne korzyści związane z ich siecią dystrybucji selektywnej, prawdopodobne jest, że wyłączenie grupowe zostanie wycofane ze względu na łączne skutki powodujące mniejszy wybór i wyższe ceny dla konsumentów.

2.5. Franchising

(199) Umowy franchisingowe zawierają licencje dotyczące praw własności intelektualnej związanych w szczególności ze znakami towarowymi lub oznaczeniami oraz know-how do celów wykorzystania

i dystrybucji towarów lub świadczenia usług. Oprócz udzielenia licencji na PWI, franchisingodawca zwykle zapewnia franchisingobiorcy w czasie trwania umowy pomoc handlową lub techniczną. Licencja i pomoc są nieodłącznymi składnikami sposobu prowadzenia działalności objętego franchisingiem. Franchisingobiorca zwykle płaci franchisingodawcy opłatę franchisingową za franchising konkretnego sposobu prowadzenia działalności. Franchising umożliwia franchisingodawcy stworzenie, przy ograniczonych inwestycjach, jednolitej sieci dystrybucji jego produktów. Oprócz dostarczania sposobu prowadzenia działalności umowy franchisingowe zawierają zwykle połączenie różnych ograniczeń wertykalnych dotyczących dystrybuowanych produktów, w szczególności dystrybucji selektywnej i/lub niekonkurowania i/lub wyłącznej dystrybucji lub ich łagodniejsze formy.

(200) Zakresu objęcia przez rozporządzenie o wyłączeniach grupowych udzielania licencji na PWI w umowach franchisingowych dotyczą ustępy 23–45. Jeżeli chodzi o ograniczenia wertykalne dotyczące zakupu, sprzedaży i odsprzedaży towarów i usług w ramach umowy franchisingowej – takie jak dystrybucja selektywna, niekonkurowanie lub dystrybucja wyłączna – rozporządzenie o wyłączeniach grupowych stosuje próg w wysokości do 30% udziału w rynku franchisingodawcy lub dostawcy wyznaczonego przez franchisingodawcę³³³. Wskazówki przedstawione wcześniej w odniesieniu do takich ograniczeń stosuje się również do franchisingu, z zastrzeżeniem poniższych uwag szczególnych:

1) Zgodnie z zasadą ogólną 8 (zob. ustęp 119), im ważniejsze jest przekazanie know-how, tym łatwiej ograniczenia wertykalne spełniają warunki dotyczące wyłączenia.

2) Zobowiązanie do niekonkurowania związane z towarami i usługami zakupionymi przez franchisingobiorcę nie mieści się w zakresie art. 81 ust. 1, gdy zobowiązanie to jest konieczne do utrzymania wspólnej tożsamości i reputacji sieci będącej przedmiotem franchisingu. W takich przypadkach okres trwania zobowiązania do niekonkurowania nie ma znaczenia w ramach art. 81 ust. 1, tak długo jak długo nie przekracza czasu trwania samej umowy franchisingowej.

(201) Przykład franchisingu:

Producent opracował nowy sposób sprzedaży słodyczy w tak zwanych zabawnych sklepach, gdzie słodycze mogą być barwione specjalnie na żądanie konsumenta. Producent słodyczy skonstruował również maszyny do barwienia słodyczy i produkuje też płyny barwiące. Jakość i świeżość płynów ma pierwszorzędne znaczenie dla produkcji słodyczy dobrej jakości. Słodycze producenta odniosły sukces dzięki pewnej liczbie własnych sklepów detalicznych działających pod tą samą nazwą handlową i mających jednolity zabawny wizerunek (styl wystroju sklepów, wspólne reklamy itp.). W celu zwiększenia sprzedaży producent uruchomił system franchisingu. Franchisingobiorcy są obowiązani kupować słodycze, płyny i maszyny barwiące, mieć taki sam wizerunek i działać pod nazwą handlową, płacić opłatę franchisingową, uczestniczyć we wspólnych reklamach i zapewnić poufność podręcznika działań przygotowanego przez franchisingodawcę. Oprócz tego mogą sprzedawać jedynie w uzgodnionych miejscach, sprzedawać jedynie konsumentom końcowym lub innym franchisingobiorcom i nie wolno im sprzedawać innych słodyczy. Franchisingodawcy nie wolno wyznaczyć innego franchisingodawcy lub samemu prowadzić punktu sprzedaży detalicznej na danym terytorium objętym umową. Franchisingodawca jest również obowiązany do aktualizacji i dalszego rozwoju swych produktów, perspektyw prowadzenia działalności oraz podręcznika operacyjnego i udostępniać te udoskonalenia wszystkim franchisingobiorcom-detalistom. Umowy franchisingowe zawierane są na okres 10 lat.

Detaliści sprzedający słodycze kupują je na rynku krajowym od krajowych producentów dbających o gusty krajowe lub od hurtowników, którzy poza sprzedażą produktów producentów krajowych przywożą słodycze od zagranicznych producentów. Na tym rynku produkty franchisingodawcy konkurują z innymi markami słodyczy. Franchisingodawca ma 30% udział w rynku słodyczy sprzedawanych detalistom. Konkurencję stanowią liczne marki krajowe i międzynarodowe, czasem produkowane przez wielkie spółki produkujące różne rodzaje żywności. Istnieje wiele potencjalnych punktów sprzedaży słodyczy – trafiki, sklepy ogólnospżywcze, kafeterie i wyspecjalizowane sklepy ze słodyczami. Na rynku maszyn do barwienia żywności udział franchisingobiorcy w rynku nie przekracza 10%.

Większość zobowiązań zawartych w umowie franchisingowej można ocenić jako konieczne dla ochrony praw własności intelektualnej lub utrzymania wspólnej tożsamości i renomy sieci franchisingowej i nie mieszczą się w zakresie art. 81 ust. 1. Ograniczenia sprzedaży (terytorium objęte umową i wyłączność

³³ Zob. też orzeczenie *AEG* [1983] ECR 3151, ustęp 35 oraz Sądu Pierwszej Instancji w sprawie *T-19/91 Vichy przeciwko Komisji* [1992] ECR II-415, ustęp 65. Zob. też ustępy 85–95, w szczególności ustęp 95.

dystrybucji) stanowią bodziec dla franchisingobiorców do inwestowania w maszyny do barwienia oraz koncepcji franchisingu i nawet jeżeli nie są niezbędne, pomagają przynajmniej zachować wspólną tożsamość, równoważąc w ten sposób stratę w konkurencji wewnątrz marki. Klauzula dotycząca niekonkurowania, wyłączająca inne marki słodczy ze sklepów przez pełen okres obowiązywania umowy, pozwala franchisingodawcy na zachowanie jednolitego kształtu punktów sprzedaży i uniemożliwia konkurentom osiągnięcie korzyści z jego nazwy handlowej. Nie prowadzi to do żadnych poważnych wyłączeń ze względu na dużą liczbę potencjalnych punktów sprzedaży dostępnych dla innych producentów słodczy. Umowy franchisingowe tego franchisingodawcy prawdopodobnie spełniają warunki wyłączenia na mocy art. 81 ust. 3 na tyle, na ile obowiązki w nich zawarte mieszczą się w zakresie art. 81 ust. 1.

2.6. Wyłączność dostaw

(202) Wyłączność dostaw, zgodnie z definicją w art. 1 lit. c) rozporządzenia o wyłączeniach grupowych, stanowi skrajną formę ograniczonej dystrybucji o tyle, o ile chodzi o ograniczenie liczby nabywców: w porównaniu określono, że na terenie wspólnoty istnieje tylko jeden nabywca, któremu dostawca może sprzedawać konkretny produkt końcowy. W przypadku towarów lub usług pośrednich wyłączność dostaw oznacza, że istnieje tylko jeden nabywca na obszarze Wspólnoty lub że istnieje tylko jeden nabywca na obszarze Wspólnoty dla celów konkretnego wykorzystania. W przypadku towarów lub usług pośrednich wyłączność dostaw oznacza często dostawy przemysłowe.

(203) Wyłączność dostaw, zgodnie z definicją w art. 1 lit. c) rozporządzenia o wyłączeniach grupowych, jest zwolniona przez art. 2 ust. 1, interpretowany w powiązaniu z art. 3 ust. 2 rozporządzenia o wyłączeniach grupowych, do 30% udziału nabywcy w rynku, nawet w połączeniu z innymi nie zasadniczymi ograniczeniami wertykalnymi, takimi jak niekonkurowanie. Powyżej progu udziału w rynku stosuje się poniższe wskazówki dotyczące oceny wyłączności dostaw w indywidualnych przypadkach.

(204) Głównym zagrożeniem dla konkurencji ze strony wyłączności dostaw jest wykluczenie innych nabywców. Udział nabywcy w rynku na wyżej położonym rynku zakupów jest niewątpliwie ważny dla oceny zdolności nabywcy do „narzucenia” wyłączności dostaw, wykluczającej dostęp innych nabywców do dostaw. Znaczenie nabywcy na niższej położonym rynku zakupów jest jednak czynnikiem, który określa, czy mogą pojawić się problemy dla konkurencji. Jeżeli nabywca nie ma siły rynkowej na niższym rynku, nie można się spodziewać znaczących negatywnych skutków dla konsumentów. Można ich jednak oczekiwać, jeżeli udział nabywcy w rynku na niższej położonym rynku dostaw, jak również na wyżej położonym rynku zakupów przekracza 30%. Jeżeli udział nabywcy w rynku na wyżej położonym rynku nie przekracza 30%, mogą jednak wyniknąć znaczące skutki wykluczenia, w szczególności, jeżeli jego udział na niższej położonym rynku przekracza 30%. W takich przypadkach może być konieczne wycofanie wyłączenia grupowego. Jeżeli spółka dominuje na niższej położonym rynku, wszelkie zobowiązania do dostaw produktów wyłącznie lub głównie dominującemu nabywcy mogą mieć znaczące skutki antykonkurencyjne.

(205) Ważna jest nie tylko pozycja nabywcy na wyżej i niższej położonym rynku, ale także zakres w jakim stosuje obowiązek wyłączności dostaw i czas jego trwania. Im wyższy jest udział związanych dostaw i dłuższy czas ich obowiązywania, tym bardziej znaczące może być wykluczenie. Umowy wyłączności dostaw krótsze niż pięć lat, zawarte przez spółki nie dominujące na rynku, wymagają zwykle zbilansowania skutków pro- i antykonkurencyjnych, podczas gdy umowy trwające dłużej niż pięć lat w przypadku większości inwestycji nie uznawanych za konieczne dla osiągnięcia domniemych efektywności lub efektywności nie wystarczają, aby przeważać skutek wykluczenia takich długoterminowych umów wyłączności dostaw.

(206) Pozycja rynkowa konkurujących nabywców na wyżej położonym rynku ma znaczenie, ponieważ jest jedynie prawdopodobne, iż konkurujący nabywcy zostaną wykluczeni z powodów antykonkurencyjnych, tj. w celu zwiększenia ich kosztów, jeżeli są znacznie mniejsi niż wykluczający nabywca. Wykluczenie konkurujących nabywców nie jest bardzo prawdopodobne, jeżeli ci konkurenci mają podobną siłę nabywczą i mogą oferować dostawcom podobne możliwości sprzedaży. W takim przypadku wyłączenie może nastąpić w przypadku ewentualnych kandydatów do wejścia na rynek, którzy mogą nie być w stanie zabezpieczyć dostaw, gdy duża liczba dużych nabywców zawrze umowy wyłączności dostaw z większością dostawców na rynku. Taki łączny skutek może prowadzić do wycofania przywileju rozporządzenia o wyłączeniach grupowych.

(207) Przeszkody w wejściu na rynek są istotne dla stwierdzenia, czy ma miejsce faktyczne wykluczenie. Jeżeli efektywne jest dla konkurujących nabywców samodzielne dostarczanie towarów lub usług dzięki

skierowanej ku górze integracji wertykalnej, wykluczenie nie będzie raczej stanowiło prawdziwego problemu. Często jednak istnieją znaczne przeszkody w wejściu na rynek.

(208) Równoważąca siła dostawców jest istotna, ponieważ ważni dostawcy nie pozwolą się tak łatwo odciąć od alternatywnych nabywców. Wykluczenie stanowi zatem ryzyko głównie w przypadku słabych dostawców i silnych nabywców. W przypadku silnych dostawców wyłączność dostaw można znaleźć w połączeniu z niekonkurowaniem. Połączenie z niekonkurowaniem wprowadza zasady opracowane dla ujednolicania marki. Jeżeli po obu stronach wchodzi w grę inwestycje związane z konkretną umową (problem zatoru), połączenie wyłączności dostaw i niekonkurowania, tj. wzajemna wyłączność w umowach dostaw przemysłowych jest zwykle uzasadnione poniżej poziomu dominacji.

(209) Na koniec, istotne dla wykluczenia są poziom handlu i charakter produktu. Wykluczenie jest mniej prawdopodobne w przypadku produktu pośredniego lub gdy produkt jest homogeniczny. Po pierwsze, wykluczony producent, który wykorzystuje pewne nakłady, zwykle bardziej elastycznie reaguje na popyt swoich klientów, niż hurtownik/detalista na popyt konsumenta końcowego, dla którego marki mogą odgrywać istotną rolę. Po drugie, strata ewentualnego źródła dostaw ma mniejsze znaczenie dla wykluczonych nabywców w przypadku homogenicznych produktów, niż w przypadku heterogenicznych produktów o różnych stopniach i cechach.

(210) W przypadku homogenicznych produktów pośrednich skutki antykonkurencyjne prawdopodobnie będą zwolnione poniżej poziomu dominacji. W przypadku markowych produktów końcowych gdy istnieją przeszkody w wejściu na rynek, wyłączność dostaw może mieć znaczące skutki antykonkurencyjne, jeżeli konkurujący nabywcy są stosunkowo mali w porównaniu z wykluczającym nabywcą, nawet jeżeli ten ostatni nie dominuje na niżej położonym rynku.

(211) Gdy zostaną stwierdzone skutki antykonkurencyjne, wyłączenie na mocy art. 81 ust. 3 jest możliwe tak długo, jak długo spółka nie jest dominująca. Efektywności można się spodziewać w przypadku problemu zatoru (ustęp 116, punkty 4 i 5) i jest to bardziej prawdopodobne w przypadku produktów pośrednich, niż produktów końcowych. Wystąpienie innych korzyści jest mało prawdopodobne. Ewentualna ekonomia skali w dystrybucji (ustęp 116, punkt 6) prawdopodobnie nie uzasadni wyłączności dostaw.

(212) W przypadku problemu zatoru, a jeszcze bardziej w przypadku ekonomii skali w dystrybucji, narzucanie ilości dostawcy, jak minimalne wymogi dotyczące dostaw, może być mniej restrykcyjną alternatywą.

(213) Przykład wyłączności dostaw:

Na rynku pewnego rodzaju składników (rynek produktów pośrednich) dostawca A uzgadnia z nabywcą B opracowanie – z użyciem własnego know-how i znaczących inwestycji w maszyny, oraz z pomocą specyfikacji dostarczonych przez nabywcę B – odmiennej wersji składnika. B będzie musiał dokonać znacznych inwestycji w celu włączenia nowego składnika. Ustala się, iż A będzie dostarczał nowy produkt tylko nabywcy B przez okres pięciu lat od chwili pierwszego wejścia na rynek. B jest zobowiązany kupować nowy produkt jedynie od A przez taki sam okres pięciu lat. Obydwaj A i B mogą nada odpowiednio sprzedawać i kupować wszędzie indziej inne wersje składnika. Udział w rynku nabywcy B na usytuowanym powyżej rynku składników i na usytuowanym poniżej rynku produktów końcowych wynosi 45%. Udział w rynku dostawcy składnika wynosi 35%. Jest jeszcze dwóch innych dostawców składników, których udział w rynku wynosi około 20–25% i pewna liczba małych dostawców.

Wziąwszy pod uwagę znaczące inwestycje, porozumienie prawdopodobnie spełnia warunki wyłączenia w związku z efektywnością i ograniczonym skutkiem wykluczenia. Inni nabywcy są wykluczeni z konkretnej wersji produktu dostawcy mającego 35% udziału w rynku, a istnieją również inni dostawcy składników, którzy mogliby stworzyć podobne nowe produkty. Wykluczenie innych dostawców z części popytu nabywcy B jest ograniczone maksymalnie do 40% rynku.

(214) Wyłączność dostaw opiera się na bezpośrednim lub pośrednim zobowiązaniu powodującym, iż dostawca sprzedaje tylko jednemu nabywcy. Narzucanie dostawcy wysokości dostaw opiera się na bodźcach uzgodnionych między dostawcą i nabywcą, które powodują, iż ten pierwszy koncentruje swoją sprzedaż głównie na jednym nabywcy. Narzucanie dostawcy wysokości dostaw może mieć podobne, choć złagodzone skutki, jak wyłączność dostaw. Ocena narzucania ilości będzie zależeć od stopnia wykluczenia innych nabywców na wyżej położonym rynku.

2.7. Sprzedaż wiązana

(215) Sprzedaż wiązana ma miejsce, gdy dostawca uzależnia sprzedaż jednego produktu od kupna innego odrębnego produktu od dostawcy lub osoby przez niego wyznaczonej. O pierwszym produkcie mówi się jako o produkcie wiążącym, a o drugim jako o produkcie związanym. Jeżeli sprzedaż wiązana nie jest obiektywnie uzasadniona charakterem produktu lub przeznaczeniem handlowym, taka praktyka może stanowić nadużycie w rozumieniu art. 82³⁴. art. 81 może mieć zastosowanie do porozumień horyzontalnych lub uzgodnionych praktyk między dostawcami, którzy uzależniają sprzedaż jednego produktu od kupna innego odrębnego produktu. Sprzedaż wiązana może również stanowić ograniczenie wertykalne objęte art. 81, jeżeli jej wynikiem jest zobowiązanie z rodzaju ujednolicania marki (zob. ustępy 138–160) odnośnie do produktu związanego. Niniejsze wytyczne dotyczą jedynie tej ostatniej sytuacji.

(216) O tym, co jest odrębnym produktem, decyduje przede wszystkim popyt konsumentów. Dwa produkty są odrębne, jeżeli – w braku sprzedaży związanej – z perspektywy konsumentów są one przez nich nabywane na dwóch różnych rynkach. Na przykład, ponieważ konsument chce kupować buty ze sznurowadłami, zwyczajem handlowym producentów obuwia stało się dostarczanie butów ze sznurowadłami. Dlatego też sprzedaż butów ze sznurowadłami nie stanowi sprzedaży związanej. Często połączenie staje się akceptowaną praktyką, ponieważ charakter produktu czyni technicznie trudną dostawę jednego produktu bez dostawy drugiego.

(217) Głównym negatywnym skutkiem sprzedaży związanej dla konkurencji jest ewentualne wykluczenie na rynku produktu związanego. Sprzedaż wiązana oznacza istnienie przynajmniej pewnej postaci narzucania nabywcy ilości w odniesieniu do produktu związanego. Jeżeli oprócz tego zostanie ustalone zobowiązanie do niekonkurowania w odniesieniu do związanego produktu, zwiększa to ewentualny efekt wykluczenia na rynku produktu związanego. Sprzedaż wiązana może również prowadzić do cen wyższych niż normalnie, szczególnie w trzech sytuacjach. Po pierwsze, gdy produkt wiążący i związany są częściowo zamiennie dla nabywcy. Po drugie, gdy sprzedaż wiązana umożliwia dyskryminację cenową w zależności od użytku, jaki konsument robi z produktu wiążącego, na przykład sprzedaż wiązana wkładów atramentowych i fotokopiarek (metering). Po trzecie, jeżeli w przypadku długoterminowych umów lub w przypadku rynków wtórnych z oryginalnym sprzętem z długotrwałym okresem wymiennym, trudno jest konsumentom obliczyć konsekwencje sprzedaży związanej. Na koniec, sprzedaż wiązana może również prowadzić do wyższych przeszkód w wejściu zarówno na rynek produktu wiążącego, jak i związanego.

(218) Sprzedaż wiązana jest zwolniona przez art. 2 ust. 1, interpretowany łącznie z art. 3 rozporządzenia o wyłączeniach grupowych, jeżeli udział nabywcy zarówno w rynku produktu wiążącego, jak i związanego nie przekracza 30%. Może to być połączone z innymi nie zasadniczymi ograniczeniami wertykalnymi, takimi jak niekonkurowanie czy narzucanie ilości w odniesieniu do produktu wiążącego, lub wyłączość zakupów. Powyżej progu udziału w rynku stosuje się poniższe wskazówki dotyczące oceny sprzedaży związanej w poszczególnych przypadkach.

(219) Pozycja rynkowa dostawcy ma oczywiście główne znaczenie do oceny ewentualnych skutków antykonkurencyjnych. Generalnie ten rodzaj umowy jest narzucany przez dostawcę. Znaczenie dostawcy na rynku produktu wiążącego jest główną przyczyną, dla której nabywcy może być trudno odmówić zobowiązania do sprzedaży związanej.

(220) Pozycja rynkowa jego konkurentów na rynku produktu wiążącego ma znaczenie do oceny siły rynkowej dostawcy. Tak długo, jak długo jego konkurenci są dostatecznie liczni i silni, nie można oczekiwać żadnych antykonkurencyjnych skutków, ponieważ nabywcy mają dostatecznie dużo innych możliwości kupna produktu wiążącego bez produktu związanego, chyba że inni dostawcy stosują podobną sprzedaż wiążaną. Oprócz tego przeszkody w wejściu na rynek produktu wiążącego są istotne dla określenia pozycji rynkowej dostawcy. Gdy sprzedaż wiązana jest połączona z zobowiązaniem do niekonkurowania w odniesieniu do produktu wiążącego, taka sytuacja znacznie wzmacnia pozycję dostawcy.

(221) Siła nabywczą jest istotna, ponieważ znaczący nabywcy nie dadzą się łatwo zmusić do zaakceptowania sprzedaży związanej bez uzyskania przynajmniej części możliwych korzyści. Sprzedaż wiązana nie oparta na efektywności stanowi przede wszystkim zagrożenie w przypadku gdy nabywcy nie mają znaczącej siły nabywczej.

³⁴ Orzeczenie Trybunału Sprawiedliwości w sprawie C-333/94 *Tetra Pak przeciwko Komisji* [1996] ECR I-5951, ustęp 37.

(222) Gdy zostaną stwierdzone znaczące skutki antykonkurencyjne, kwestia ewentualnego wyłączenia na mocy art. 81 ust. 3 istnieje tak długo, jak długo spółka nie ma pozycji dominującej. Zobowiązania wynikające ze sprzedaży związanej mogą przyczynić się do odniesienia korzyści wynikających ze wspólnej produkcji lub wspólnej dystrybucji. Jeżeli produkt związany nie jest produkowany przez dostawcę, korzyści mogą również wynikać z kupna przez nabywcę dużych ilości produktu związanego. Aby sprzedaż związana mogła być wyłączona, trzeba jednak wykazać, że przynajmniej część tych obniżek kosztów jest przenoszona na konsumenta. Sprzedaż związana nie kwalifikuje się zatem zwykle do wyłączenia, jeżeli detalista może uzyskać, na regularnych zasadach, dostawy tego samego lub równoważnego produktu na tych samych lub lepszych warunkach, niż oferowane przez dostawcę stosującego praktykę sprzedaży związanej. Inna efektywność może mieć miejsce, jeżeli sprzedaż związana pomaga zapewnić pewną jednolitość i standaryzację jakości (por. efektywność 8 w punkcie 116). Jednak należy udowodnić, iż pozytywnych skutków nie można osiągnąć równie skutecznie wymagając od nabywcy stosowania lub odsprzedaży produktów spełniających minimalne standardy jakości, bez wymogu nabycia ich od dostawcy lub osoby przez niego wskazanej. Wymogi dotyczące minimalnych standardów jakości nie mieszczą się zwykle w zakresie art. 81 ust. 1. Jeżeli dostawca wiążących produktów narzuca nabywcy dostawców, od których nabywca musi kupować produkt związany, na przykład ponieważ minimalnych standardów jakości nie jest możliwe, to także może nie mieścić się w zakresie art. 81 ust. 1, szczególnie gdy dostawca produktu wiążącego nie osiąga bezpośrednich (finansowych) korzyści z wyznaczenia dostawców produktu związanego.

(223) Skutek wyższych niż normalnie cen jest uważany za antykonkurencyjny sam w sobie. Efekt wykluczenia zależy od związanego procentu łącznej sprzedaży na rynku produktu związanego. W odniesieniu do tego co można uznać za znaczące wykluczenie na mocy art. 81 ust. 1, można zastosować analizę dotyczącą ujednolicania marki. Powyżej 30% progu udziału w rynku wyłączenie sprzedaży związanej nie jest prawdopodobne, chyba że istnieją wyraźne korzyści, które są przynajmniej w części przekazywane konsumentom. Wyłączenie jest jeszcze mniej prawdopodobne, gdy sprzedaż związana jest połączona z niekonkurowaniem, albo w odniesieniu do produktu związanego, albo wiążącego.

(224) Wycofanie wyłączenia grupowego jest prawdopodobne, gdy ze sprzedaży związanej nie wynika żadna korzyść lub gdy nie są one przekazywane konsumentom (zob. ustęp 222). Wycofanie jest również możliwe w przypadku skutków łącznych, gdy większość dostawców stosuje podobne porozumienia bez ewentualnych korzyści przynajmniej częściowo przekazywanych konsumentom.

2.8. Zalecane i maksymalne ceny odsprzedaży

(225) Praktyka zalecania ceny odsprzedaży odsprzedawcy lub wymaganie od niego przestrzegania maksymalnej ceny odsprzedaży jest – z zastrzeżeniem uwag w ustępach 46–56 dotyczących KCO – objęta rozporządzeniem o wyłączeniach jeżeli udział dostawcy w rynku nie przekracza progu 30%. Dla przypadków powyżej progu udziału w rynku i przypadków wycofania wyłączenia przewidziano poniższe wskazówki.

(226) Możliwym zagrożeniem dla konkurencji ze strony maksymalnych i zalecanych cen odsprzedaży jest po pierwsze to, że cena maksymalna lub zalecana będzie działać jako punkt odniesienia dla odsprzedawców i może być przestrzegana przez wszystkich lub przez większość z nich. Drugim zagrożeniem dla konkurencji jest to, że ceny maksymalne lub zalecane mogą sprzyjać zмовie między dostawcami.

(227) Najważniejszym czynnikiem w ocenie ewentualnych antykonkurencyjnych skutków maksymalnych lub zalecanych cen odsprzedaży jest pozycja rynkowa dostawcy. Im silniejsza pozycja rynkowa dostawcy, tym wyższe ryzyko, że maksymalna cena odsprzedaży lub zalecana cena odsprzedaży prowadzi do mniej lub więcej jednolitego stosowania tego poziomu cen przez odsprzedawców, ponieważ mogą ją stosować jako punkt odniesienia. Może im być trudno odejść od tego, co postrzegają jako preferowaną cenę odsprzedaży proponowaną przez tak ważnego dostawcę na rynku. W takich okolicznościach praktyka narzucania maksymalnej ceny odsprzedaży lub zalecania ceny odsprzedaży może naruszać art. 81 ust. 1, jeżeli prowadzi do jednolitego poziomu cen.

(228) Drugim najważniejszym czynnikiem w ocenie ewentualnych antykonkurencyjnych skutków praktyki zalecanych i maksymalnych cen odsprzedaży jest pozycja rynkowa konkurentów. Szczególnie w wąskich oligopolach praktyka stosowania lub ogłaszania zalecanych lub maksymalnych cen odsprzedaży może ułatwiać zмовę między dostawcami poprzez wymianę informacji o preferowanym poziomie cen i zmniejszenie prawdopodobieństwa niższych cen odsprzedaży. Praktyka narzucania maksymalnej ceny

odsprzedaży lub zalecania cen odsprzedaży prowadząca do takich skutków może również naruszać art. 81 ust. 1.

2.9. Inne ograniczenia wertykalne

(229) Powyżej opisano jedynie wybrane ograniczenia wertykalne i połączenia. Istnieją inne ograniczenia i połączenia, dla których nie zostały tu przedstawione bezpośrednie wskazówki. Będą one jednak traktowane zgodnie z tymi samymi zasadami, przy pomocy tych samych przepisów i z tym samym naciskiem na skutki dla rynku.

**Rozporządzenie Rady Ministrów
z dnia 19 listopada 2007 r.
w sprawie wyłączenia niektórych rodzajów porozumień wertykalnych
spod zakazu porozumień ograniczających konkurencję**

(Dz. U. 2007 nr 230, poz. 1691)

Na podstawie art. 8 ust. 3 ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (Dz. U. Nr 50, poz. 331, Nr 99, poz. 660 i Nr 171, poz. 1206) zarządza się, co następuje:

§ 1. Rozporządzenie określa:

- 1) warunki, jakie muszą być spełnione, aby porozumienia wertykalne zostały uznane za wyłączone spod zakazu, o którym mowa w art. 6 ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów, zwanej dalej „ustawą”;
- 2) klauzule, których występowanie w porozumieniu stanowi naruszenie art. 6 ustawy (klauzule niedozwolone);
- 3) okres obowiązywania wyłączenia.

§ 2. Ilekroć w rozporządzeniu jest mowa o:

- 1) wyłączeniu – rozumie się przez to wyłączenie spod zakazu, o którym mowa w art. 6 ustawy;
- 2) porozumieniach wertykalnych – rozumie się przez to porozumienia zawierane między dwoma lub więcej przedsiębiorcami, działającymi – w ramach takiego porozumienia – na różnych szczeblach obrotu, których przedmiotem są warunki zakupu, sprzedaży lub odsprzedaży towarów;
- 3) zobowiązaniach wyłącznego zakupu – rozumie się przez to klauzule zawarte w porozumieniach, na mocy których nabywca bezpośrednio lub pośrednio zobowiązuje się kupować towary objęte porozumieniem wyłącznie od jednego dostawcy;
- 4) zobowiązaniach wyłącznej dostawy – rozumie się przez to klauzule zawarte w porozumieniach, na mocy których dostawca bezpośrednio lub pośrednio zobowiązuje się sprzedawać towary objęte porozumieniem wyłącznie jednemu nabywcy w celach określonego wykorzystania lub odsprzedaży;
- 5) dystrybucji selektywnej – rozumie się przez to system dystrybucji, w którym dostawca bezpośrednio lub pośrednio zobowiązuje się sprzedawać towary objęte porozumieniem jedynie dystrybutorom wybranym według określonych kryteriów, którzy zobowiązują się nie sprzedawać tych towarów dystrybutorom nienależącym do tego systemu;
- 6) dystrybucji franchisingowej – rozumie się przez to system dystrybucji, w którym dystrybutor (franchisior) bezpośrednio lub pośrednio zobowiązuje się odsprzedawać zakupione od dostawcy (franchisor) towary objęte porozumieniem, wykorzystując uzyskany od niego – w zamian za bezpośrednie lub pośrednie wynagrodzenie – pakiet praw własności intelektualnej i przemysłowej lub know-how;
- 7) dostawy – rozumie się przez to przedsiębiorcę, który sprzedaje nabywcy towary objęte porozumieniem;
- 8) nabywcy – rozumie się przez to przedsiębiorcę, który kupuje towary objęte porozumieniem, w tym dystrybutora;
- 9) dystrybutorze – rozumie się przez to przedsiębiorcę kupującego towary objęte porozumieniem z zamiarem ich odsprzedaży na szczeblu hurtowym (dystrybutor hurtowy) lub detalicznym (dystrybutor detaliczny), a także przedsiębiorcę zawierającego z dostawcą porozumienie, na podstawie którego dokonuje sprzedaży towarów objętych porozumieniem w imieniu dostawcy;
- 10) prawach własności intelektualnej i przemysłowej – rozumie się przez to prawa, o których mowa w art. 2 ust. 1 ustawy;
- 11) know-how – rozumie się przez to nieujawnione do wiadomości publicznej informacje techniczne lub technologiczne lub zasady organizacji i zarządzania w rozumieniu art. 2 ust. 2 pkt 2 ustawy, jeżeli stanowią one całość lub część określonych informacji praktycznych wynikających z doświadczeń dostawcy, przeprowadzonych badań lub testów istotnych dla nabywcy z punktu widzenia używania, sprzedaży lub odsprzedaży towarów objętych porozumieniem, i jeżeli zostały opisane w sposób pozwalający na weryfikację kryteriów niejawności i istotności;

12) zakazie konkutowania – rozumie się przez to wynikające bezpośrednio lub pośrednio z porozumienia:

a) wykluczenie uprawnień nabywcy do wytwarzania, zakupu, sprzedaży lub odsprzedaży towarów uznawanych za substytuty towarów objętych porozumieniem,

b) zobowiązanie nabywcy do dokonywania u określonego dostawcy lub przedsiębiorców przez niego wskazanych ponad 80% swoich wszystkich zakupów towarów objętych porozumieniem i towarów uznawanych za ich substytuty, obliczonych na podstawie wartości zakupów dokonanych przez nabywcę w poprzednim roku kalendarzowym;

13) ostatecznym użytkownikowi – rozumie się przez to konsumenta albo przedsiębiorcę kupującego towary w związku z prowadzoną działalnością gospodarczą inną niż działalność dystrybucyjna;

14) aktywnej sprzedaży – rozumie się przez to aktywne działania sprzedawcy podejmowane w celu zwiększenia sprzedaży lub pozyskania nowych klientów, polegające w szczególności na prowadzeniu działań reklamowych lub promocyjnych, tworzeniu oddziałów lub organizowaniu centrów dystrybucji na określonym obszarze.

§ 3. 1. Wyłączeniu podlegają porozumienia wertykalne, w szczególności zawierające zobowiązania wyłącznego zakupu lub wyłącznej dostawy lub tworzące systemy dystrybucji selektywnej lub franchisingowej, o ile porozumienia te spełniają warunki określone w rozporządzeniu.

2. Wyłączenie, o którym mowa w ust. 1, stosuje się także do porozumień wertykalnych:

1) o charakterze niewzajemnym zawieranych między konkurentami, jeżeli dostawca jest wytwórcą i dystrybutorem towarów, a nabywca jest dystrybutorem niewytwarzającym towarów konkurujących z towarami objętymi porozumieniem;

2) zawierających postanowienia, które odnoszą się do przeniesienia na nabywcę praw własności intelektualnej i przemysłowej lub know-how lub do korzystania przez niego z takich praw, o ile postanowienia te nie stanowią podstawowego przedmiotu takich porozumień i są bezpośrednio związane z używaniem, sprzedażą lub odsprzedażą towarów przez nabywcę lub jego klientów; wyłączenie to stosuje się, pod warunkiem że w odniesieniu do towarów objętych porozumieniem postanowienia te nie zawierają ograniczeń konkurencji mających ten sam cel lub skutek co klauzule, które nie są wyłączone na podstawie rozporządzenia.

3. Rozporządzenie nie ma zastosowania do porozumień wertykalnych, których przedmiot jest uregulowany innym rozporządzeniem wydanym na podstawie art. 8 ust. 3 ustawy.

§ 4. 1. Wyłączenie stosuje się do porozumień wertykalnych, jeżeli udział dostawcy i grupy kapitałowej, do której należy dostawca, w rynku właściwym sprzedaży towarów objętych porozumieniem nie przekracza 30%, z zastrzeżeniem ust. 2 i § 6.

2. W przypadku gdy porozumienie wertykalne zawiera zobowiązania wyłącznej dostawy, wyłączenie stosuje się, jeżeli udział nabywcy i grupy kapitałowej, do której należy nabywca, w rynku właściwym zakupu towarów objętych porozumieniem nie przekracza 30%, z zastrzeżeniem § 6.

§ 5. 1. Udział, o którym mowa w § 4 ust. 1, oblicza się na podstawie wartości sprzedaży towarów objętych porozumieniem, a także wartości sprzedaży innych towarów, które ze względu na ich właściwości, cenę i przeznaczenie są uznawane przez ich nabywców za substytuty. Jeżeli dane dotyczące wartości sprzedaży nie są dostępne, udział oblicza się na podstawie innych wiarygodnych informacji rynkowych, w tym informacji o ilości towarów będących przedmiotem sprzedaży.

2. Udział, o którym mowa w § 4 ust. 2, oblicza się na podstawie wartości zakupu towarów objętych porozumieniem, a także wartości zakupu innych towarów, które ze względu na ich właściwości, cenę i przeznaczenie są uznawane przez ich nabywców za substytuty. Jeżeli dane dotyczące wartości zakupu nie są dostępne, udział oblicza się na podstawie innych wiarygodnych informacji rynkowych, w tym informacji o ilości towarów będących przedmiotem zakupu.

3. Udział, o którym mowa w § 4, oblicza się na podstawie danych dotyczących roku kalendarzowego poprzedzającego rok zawarcia porozumienia.

4. Przy obliczaniu udziału, o którym mowa w § 4, nie uwzględnia się sprzedaży dokonywanej między przedsiębiorcami należącymi do jednej grupy kapitałowej.

§ 6. 1. Jeżeli udział, o którym mowa w § 4:

1) nie przekracza 30%, ale po zawarciu porozumienia wzrasta powyżej tej wielkości, nie przekraczając jednak 35%, wyłączenie stosuje się również przez okres dwóch lat kalendarzowych następujących po upływie roku, w którym próg 30% został przekroczony po raz pierwszy;

2) nie przekracza 30%, ale po zawarciu porozumienia wzrasta powyżej 35%, wyłączenie stosuje się również przez okres jednego roku kalendarzowego następującego po upływie roku, w którym próg 35% został przekroczony po raz pierwszy.

2. Okres wyłączenia, o którym mowa w ust. 1, nie może łącznie trwać dłużej niż dwa kolejne lata kalendarzowe po upływie roku, w którym udział, o którym mowa w § 4, przekroczył 30%.

§ 7. Wyłączenia nie stosuje się do porozumień wertykalnych, które bezpośrednio lub pośrednio, samodzielnie lub w powiązaniu z innymi okolicznościami zależnymi od stron tych porozumień, mają na celu:

1) ograniczenie prawa nabywcy do ustalania ceny sprzedaży przez narzucenie przez dostawcę minimalnych lub o określonej wysokości (sztywnych) cen sprzedaży towarów objętych porozumieniem;

2) ograniczenie obszaru lub kręgu klientów, na którym lub którym nabywca może sprzedawać towary objęte porozumieniem, z wyjątkiem:

a) ograniczenia aktywnej sprzedaży do określonego obszaru lub określonej grupy klientów zastrzeżonych dla dostawcy lub przydzielonych przez dostawcę innemu nabywcy, jeżeli ograniczenia te nie utrudniają klientom nabywcy sprzedaży towarów objętych porozumieniem,

b) ograniczenia sprzedaży ostatecznym użytkownikom przez dystrybutora hurtowego,

c) ograniczenia dystrybutorom działającym w systemie dystrybucji selektywnej odsprzedaży towarów objętych porozumieniem dystrybutorom nienależącym do tego systemu,

d) ograniczenia uprawnień nabywcy do odsprzedaży towarów objętych porozumieniem, mających charakter komponentów, innym przedsiębiorcom, którzy używaliby ich do produkcji towarów uznawanych za substytuty towarów sprzedawanych przez dostawcę;

3) ograniczenie dystrybutorom detalicznym działającym w systemie dystrybucji selektywnej możliwości prowadzenia sprzedaży użytkownikom ostatecznym, z wyjątkiem ograniczenia możliwości prowadzenia przez nich sprzedaży w lokalach niespełniających kryteriów określonych w porozumieniu będącym podstawą utworzenia systemu dystrybucji selektywnej;

4) ograniczenie wzajemnych dostaw między dystrybutorami działającymi w systemie dystrybucji selektywnej, włączając w to dystrybutorów działających na różnych szczeblach obrotu;

5) ograniczenie prawa dostawcy do sprzedaży komponentów będących przedmiotem umowy – jako części zamiennych – użytkownikom końcowym, zakładom naprawczym lub innym usługodawcom, którym nabywca nie powierzył napraw lub serwisowania towarów wyprodukowanych z użyciem tych komponentów.

§ 8. 1. Wyłączenia nie stosuje się do klauzul zawartych w porozumieniach wertykalnych, które:

1) bezpośrednio lub pośrednio zakazują konkurowania na czas nieokreślony lub dłuższy niż pięć lat, chyba że nabywca sprzedaje towary objęte porozumieniem w lokalu lub na terenie, których właścicielem, wieczystym użytkownikiem, dzierżawcą lub najemcą jest dostawca lub które dostawca wynajmuje lub dzierżawi od osób trzecich niezwiązanych z nabywcą, a okres trwania takiego zobowiązania nie przekracza okresu zajmowania przez nabywcę tego lokalu lub terenu; zakaz konkurowania, który jest w sposób milczący odnawiany po upływie pięciu lat, jest uważany za zawarty na czas nieokreślony;

2) bezpośrednio lub pośrednio zakazują dystrybutorom działającym w systemie dystrybucji selektywnej sprzedaży towarów tylko niektórym konkurentów dostawcy;

3) bezpośrednio lub pośrednio zakazują nabywcom wytwarzania, zakupu, sprzedaży lub odsprzedaży towarów po wygaśnięciu porozumienia, chyba że obowiązywanie takich klauzul:

a) dotyczy towarów uznawanych za substytuty towarów objętych porozumieniem oraz

b) jest ograniczone do lokalu lub obszaru, na którym nabywca prowadzi działalność w trakcie obowiązywania porozumienia, oraz

c) jest niezbędne do ochrony know-how przekazanego przez dostawcę nabywcy

– a czas ich obowiązywania jest ograniczony do jednego roku po wygaśnięciu porozumienia, z wyjątkiem możliwości nałożenia ograniczenia, które nie ma limitu czasowego na używanie i ujawnianie know-how niestanowiącego własności publicznej.

2. Wyłączenia nie stosuje się do porozumień wertykalnych, jeżeli klauzul, o których mowa w ust. 1, nie można oddzielić od porozumienia jako całości.

§ 9. Do porozumień zawartych przed dniem wejścia w życie rozporządzenia, które nie spełniają warunków wyłączenia w nim określonych, stosuje się przepisy dotychczasowe, jednak nie dłużej niż do dnia 31 grudnia 2008 r.

§ 10. Rozporządzenie obowiązuje do dnia 31 maja 2011 r.

§ 11. Rozporządzenie wchodzi w życie z dniem 1 stycznia 2008 r.

WYŁĄCZENIA POROZUMIEŃ SAMOCHODOWYCH

Piotr Dębowski
Tadeusz Skoczny

Wyłączenie grupowe dla porozumień wertykalnych w sektorze motoryzacyjnym

1. Rozwój wyłączeń grupowych dla porozumień wertykalnych w sektorze motoryzacyjnym we Wspólnocie Europejskiej

1. **Sektor samochodowy** jest jedną z ważniejszych i większych gałęzi przemysłu w Unii Europejskiej (UE). Silna konkurencja na rynku motoryzacyjnym skłania koncerny samochodowe (producentów) do poszukiwania jak najbardziej efektywnych form zbytu samochodów, części zamiennych oraz świadczenia usług serwisowych. Wieloletnia praktyka, znajomość rynku oraz specyficzne właściwości wspomnianych produktów (kompleksowość techniczna, relatywnie wysokie ceny zakupu) wskazują, że jednym z najskuteczniejszych sposobów dotarcia do konsumenta jest dystrybucja tych towarów i prowadzenie obsługi serwisowej pojazdów przez dystrybutorów (dealerów) w ramach niezależnych, autoryzowanych sieci organizowanych przez producentów różnych marek samochodów lub krajowych importerów. **Sieci dystrybucyjne** w sektorze motoryzacyjnym w UE powstają zwykle w drodze szeregu porozumień (umów) dystrybucyjnych, w szczególności umów o selektywnej lub wyłącznej dystrybucji¹, należących do kategorii porozumień wertykalnych, które stanowią zinstytucjonalizowaną formę systemu dystrybucji sieciowej (kwalifikowanej)².

2. Porozumienia dystrybucyjne w sektorze samochodowym objęte są – co do zasady – wspólnotowym zakazem porozumień ograniczających konkurencję ustanowionym w art. 81 ust. 1 TWE. Od początku jednak mogły one korzystać z wyłączeń indywidu-

¹ Zob. szerzej: E. Nowińska, *Reguły konkurencji a umowy dystrybucyjne i serwisowe w zakresie pojazdów samochodowych (Raport)*, w: *Reguły konkurencji a umowy dystrybucyjne i serwisowe w zakresie pojazdów samochodowych*, PHARE: Harmonizacja polskiego prawa antymonopolowego z regułami konkurencji Unii Europejskiej, seria: Reguły konkurencji a wybrane rodzaje porozumień, Urząd Antymonopolowy, Warszawa 1995, s. 11 i nast.; Automotive Sector Groups of Houthoff, B. i L. Wolters, W. Kirkpartick, *Flawed Reform of the Competition Rules for the European Motor Vehicle Distribution Sector*, „ECLR” 2003, Vol. 24, No. 6, s. 256–257.

² Tamże, s. 256. Zob. także: P. Podrecki, *Porozumienia monopolistyczne i ich cywilnoprawne skutki*, „Zeszyty Naukowe Uniwersytetu Jagiellońskiego. Prace z Wynałazczości i Ochrony własności Intelaktualnej” z. 74, Zakamycze, Kraków 2000, s. 87–88; R. Poźdźnik, *Dystrybucja produktów na zasadzie wyłączności w Polsce i Unii Europejskiej*, Oficyna Wydawnicza Verba, Lublin 2006, s. 138.

alnych³ lub grupowych spod tego zakazu, o ile spełniały przesłanki art. 81 ust. 3 TWE. W latach 1974–1984 Komisja Europejska (dalej KE lub Komisja), wydając szereg indywidualnych decyzji, starała się ustalić generalne zasady dotyczące stosowania wspólnotowych reguł konkurencji odnośnie porozumień w sektorze samochodowym⁴. Na uwagę zasługuje zwłaszcza decyzja KE przyznająca wyłączenie indywidualne sieci dystrybucyjnej BMW⁵, w której dokonała ona przede wszystkim szczegółowej analizy specyfiki, potrzeb przemysłu motoryzacyjnego oraz zasad ochrony klientów. W uzasadnieniu decyzji o wyłączeniu w przedmiotowej sprawie Komisja stwierdziła, że „pojazdy mechaniczne, ze względu na fakt, że są produktami o ograniczonej żywotności, technicznie skomplikowanymi, o wysokim koszcie produkcji, a ich używanie wiąże się z zagrożeniem życia konsumentów oraz szkodliwym wpływem na środowisko, wymagają utrzymania przez producenta wyspecjalizowanych punktów sprzedaży i serwisu”. Przyjęła ona równocześnie, że jakościowy i ilościowy system selektywnego wprowadzania do obrotu pojazdów mechanicznych i części zamiennych do nich, jaki ma miejsce na obszarze Wspólnego Rynku, stanowi działanie dozwolone w świetle art. 81 ust. 3 TWE, jeśli związane z tym ograniczenia konkurencji wynikają z konieczności zapewnienia bezpiecznej eksploatacji także poprzez właściwą obsługę serwisową. W ten sposób zorganizowana sieć dystrybucji umożliwia zaopatrzenie w dostateczną i dostosowaną do ilości zamówień ilość pojazdów, co jest niewątpliwie korzystne dla klienta.

3. Wnioski wypływające z postępowania w sprawie BMW, a także duża ilość zgłoszeń o wyłączenie indywidualne, skłoniły Komisję do określenia warunków (przesłanek) dopuszczalności wspomnianych wyżej porozumień na gruncie art. 81 ust. 3 TWE w drodze rozporządzenia nr 123/85 o wyłączeniu grupowym w sektorze motoryzacyjnym⁶ (dalej rozporządzenie 123/85), wydanego na podstawie rozporządzenia kompetencyjnego Rady Nr 19/65⁷ (dalej rozporządzenie 19/65). Było ono pierwszą regulacją ustanawiającą wyłączenie grupowe dla określonych kategorii porozumień dystrybucji i serwisu pojaz-

³ Na gruncie „starego” systemu stosowania art. 81 TWE, wprowadzonego rozporządzeniem 17/62 (Rozporządzenie Rady EWG nr 17/62 z dnia 6 lutego 1962: pierwsze rozporządzenie wprowadzające w życie art. 85 i 86 Traktatu (Dz. U. EWG nr 13 z dnia 21 lutego 1962 r., s. 204; Dz. U. UE Polskie Wyd. Specjalne, rozdz. 8, t. 1, s. 3, dalej rozporządzenie 17/62), wyłączenia indywidualne dokonywane były przez Komisję Europejską w drodze decyzji w odniesieniu do porozumień, które były jej zgłaszane. Był to więc instrument relatywizacji zakazu *ex ante*. W „nowym” systemie stosowania art. 81 TWE, stworzonym rozporządzeniem 1/2003 (rozporządzenie 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. UE 2003 L 1/1; Dz. U. UE Polskie Wyd. Specjalne, rozdz. 8, t. 2, s. 205–229) nie przewidziano już wyłączeń indywidualnych przyznawanych *ex ante*. Zob. szerzej: T. Skoczny, *Instrumenty relatywizacji i racjonalizacji zakaz praktyk ograniczających konkurencję*, w: *Granice wolności gospodarczej w systemie społecznej gospodarki rynkowej. Księga jubileuszowa z okazji 40-lecia pracy naukowej prof. dr hab. Jana Grabowskiego*, Katowice 2004, s. 247 i nast.

⁴ Zob. J. Faull, A. Nikpay, *The EC Law of Competition*, 2nd ed., Oxford University Press, Oxford 2007, s. 1650.

⁵ Decyzja KE w sprawie BMW (Dz. U. EWG 1975 L 16/9); jest ona szczegółowo omówiona przez E. Nowińską w: *Reguły konkurencji a umowy dystrybucyjne i serwisowe w zakresie pojazdów samochodowych*, op. cit., s. 23–24.

⁶ Rozporządzenie (EWG) nr 123/85 Komisji z dnia 12 grudnia 1984 r. w sprawie stosowania art. 85 ust. 3 Traktatu do określonych grup porozumień dotyczących dystrybucji i serwisu pojazdów samochodowych (Dz. U. EWG 1985 L 15/16); w jęz. polskim opublikowane w: E. Nowińska, *Reguły konkurencji a umowy dystrybucyjne i serwisowe w zakresie pojazdów samochodowych*, op. cit., s. 79–95.

⁷ Rozporządzenie nr 19/65/EWG Rady z dnia 2 marca 1965 r. w sprawie stosowania art. 85 ust. 3 Traktatu do określonych grup porozumień i praktyk uzgodnionych (Dz. U. EWG nr 36 z dnia 6 marca 1965 r.) (z późn. zm.), dalej: rozporządzenie 19/65; w jęz. polskim opublikowane w: *Prawo konkurencji Wspólnoty Europejskiej. Źródła*, t. 1: *Reguły generalne, wybór i oprac.* T. Skoczny, Wydawnictwo Naukowe WZ UW, Warszawa 2002, s. 135–142.

dów samochodowych we WE; rozporządzenie to obowiązywało w okresie od 1 lipca 1985 r. do 30 czerwca 1995 r.

Przedmiotem rozporządzenia 123/85 było wyłączenie porozumień (umów, uzgodnionych praktyk) w zakresie dystrybucji i serwisu nowych pojazdów samochodowych⁸, przeznaczonych do użytku na drogach publicznych, posiadających co najmniej trzy koła jezdne⁹, wraz z częściami zamiennymi do nich. W słowniczku umowy dystrybucyjne i serwisowe zdefiniowano jako ramowe umowy zawierane między dwoma przedsiębiorstwami, zawarte na czas określony lub nieokreślony, w których strona będąca dostawcą towarów powierza drugiej stronie ich dystrybucję i serwis (art. 13 pkt 1). Z wyłączenia mogły korzystać systemy (umowy wzorcowe) łączące elementy dystrybucji selektywnej i dystrybucji wyłącznej¹⁰.

W świetle rozporządzenia 123/85 wyłączeniu grupowemu nie podlegały natomiast porozumienia dotyczące dystrybucji i serwisu pojazdów używanych, umowy komisowe oraz umowy zawierane ze stacjami benzynowymi.

Podmiotami (stronami) wspomnianych umów mogły być jedynie dwa samodzielne (w sensie prawnym) przedsiębiorstwa¹¹, z których jedno – dostawca – zobowiązywało się, na ustalonym obszarze Wspólnego Rynku, dostarczać tylko drugiej stronie – dealerowi – lub wyłącznie jemu i określonej ilości innych przedsiębiorstw w ramach tego samego systemu dystrybucji, w celu odsprzedaży, produkty – samochody i części zamienne – objęte umową (por. art. 1).

Rozporządzenie 123/85 przewidywało klauzule dozwolone (białe)¹², szczególne warunki dopuszczalności wyłączenia¹³ oraz klauzule niedozwolone (czarne)¹⁴. Stosownie do delegacji z art. 7 rozporządzenia 19/65, określało ono także procedurę cofnięcia przywileju wyłączenia grupowego, kiedy skutki porozumienia objętego wyłączeniem grupowym nie były zgodne z warunkami określonymi w art. 81 ust. 3 TWE (art. 10).

5. W połowie lat 90. Komisja uznała, że najważniejsze cele rozporządzenia 123/85, w szczególności takie, jak poprawa funkcjonowania rynku wewnętrznego UE i otwarcie krajowych rynków motoryzacyjnych oraz rozwój efektywnych i elastycznych form dystrybucji w sektorze samochodowym, nie zostały w pełni osiągnięte¹⁵. Z tego względu,

⁸ Powiązanie serwisu z dystrybucją uznano za rozwiązanie sprawniejsze, aniżeli rozdzielanie organizacji zajmującej się dystrybucją nowych pojazdów, z jednej strony, a organizacją zajmującą się serwisem i zaopatrzeniem w niezbędne części zamienne, z drugiej, zwłaszcza, że ze względu na to, że przed dostarczeniem pojazdu finalnemu odbiorcy przedsiębiorstwo prowadzące dystrybucję (dealer) musi poddać je badaniu technicznemu, zgodnie z wymaganiami producenta (zob. pkt 4 preambuły rozporządzenia 123/85).

⁹ Przykładowo samochodów osobowych, ciężarowych, ale już nie motocykli; zob. E. Nowińska, *Reguły konkurencji a umowy dystrybucyjne i serwisowe w zakresie pojazdów samochodowych*, op. cit., s. 30.

¹⁰ Producenci (dostawcy) mogli bowiem zakazać swoim autoryzowanym dealerom sprzedaży nowych pojazdów samochodowych niezależnym odsprzedawcom (selektywna dystrybucja), a także przyznać każdemu dystrybutorowi, na zasadzie wyłączności, określone terytorium sprzedaży (wyłączna dystrybucja) (zob. J. Faull, A. Nikpay, *The EC Law of Competition*, op. cit., s. 1651). Z uwagi na właściwości samochodów (dobra konsumpcyjne o charakterze trwałym wymagające wykwalifikowanej obsługi w regularnym i nieregularnym wymiarze czasowym, nie zawsze w tym samym miejscu) klauzule dystrybucji selektywnej i wyłącznej potraktowano jako niezbędne środki wewnętrznej racjonalizacji w przemyśle samochodowym (zob. pkt 4 preambuły rozporządzenia 123/85).

¹¹ Oba podmioty musiała łączyć bezpośrednia więź prawna, z tego względu nie podlegały ocenie w świetle przepisów rozporządzenia 123/85 umowy, jakie zawierał przykładowo dealer z podwykonawcą; zob. E. Nowińska, *Reguły konkurencji a umowy dystrybucyjne i serwisowe w zakresie pojazdów samochodowych*, op. cit., s. 29.

¹² Art. 1–4 rozporządzenia 123/85.

¹³ Art. 5 rozporządzenia 123/85.

¹⁴ Art. 6 rozporządzenia 123/85.

¹⁵ Commission Press Release IP/95/420 z 26.04.1995 r.

wykorzystując doświadczenia zdobyte na gruncie tego rozporządzenia, zdecydowała się ona na przyjęcie kolejnego rozporządzenia dotyczącego wyłączenia grupowego w sektorze motoryzacyjnym – rozporządzenia 1475/95¹⁶ (dalej rozporządzenie 1475/95). Powyższe rozporządzenie obowiązywało w okresie od 1 października 1995 r. do 30 września 2002 r. Jego zakres przedmiotowy (porozumienia objęte wyłączeniem grupowym) oraz podmiotowy (strony porozumień) były określone w zasadzie identycznie jak w rozporządzeniu 123/85. Można zatem powiedzieć, że rozporządzenie 1475/95 właściwie odnowiło usankcjonowany wcześniej (na gruncie poprzedniego rozporządzenia) system „zamkniętej”, połączonej z elementami wyłączności, selektywnej dystrybucji samochodów¹⁷.

Zmiany, jakie wprowadziło nowe rozporządzenie miały przede wszystkim na celu stymulację konkurencji w sektorze samochodowym, poprawę funkcjonowania jednolitego rynku samochodów oraz ponowne zrównoważenie różnych interesów producentów, dealerów i konsumentów¹⁸. Najbardziej istotne z nich polegały na: (a) zwiększeniu niezależności dealerów w stosunku do producentów (np. przez przyznanie dealerom prawa do sprzedaży konkurencyjnych marek samochodów, sprzedawania i nabywania pojazdów nie tylko od producenta, ale także od innych autoryzowanych dealerów, ustalania celów sprzedaży w drodze porozumienia); (b) umożliwieniu niezależnym producentom części zamiennych oraz dystrybutorom dostępu do punktów sprzedaży w ramach sieci producentów samochodów; (c) zwiększeniu praw konsumentów w zakresie kupna pojazdów w innym państwie członkowskim UE; (d) stworzeniu jaśniejszego podziału między klauzulami „białymi i „czarnymi”¹⁹. Ponadto, rozporządzenie 1475/95 zawierało znacznie rozszerzoną – w porównaniu do rozporządzenia 123/85 – listę klauzul niezdozwolonych, których umieszczenie w porozumieniach dystrybucyjnych (porozumieniach o wyłącznej i selektywnej dystrybucji) prowadziło do automatycznej utraty przez nie przywileju wyłączenia grupowego²⁰. Z kolei umieszczone w nim szczegółowe warunki dopuszczalności wyłączenia (art. 5) były zasadniczo bardzo zbliżone do tych, które przewidywał art. 5 rozporządzenia 123/85.

Wreszcie, rozporządzenie 1475/95 wydłużało do 5 lat minimalny okres obowiązywania porozumienia zawartego na czas określony, a w przypadku zawarcia umowy na czas

¹⁶ Rozporządzenie (EWG) nr 1475/95 Komisji z dnia 28 czerwca 1995 r. w sprawie stosowania art. 85 ust. 3 Traktatu do określonych grup porozumień dotyczących dystrybucji i serwisu pojazdów samochodowych (Dz. U. WE 1995 L 145/25); w jęz. polskim opublikowane w: *Prawo konkurencji Wspólnoty Europejskiej. Źródła*, t. 1: *Reguły generalne*, op. cit., s. 219–233.

¹⁷ Zob. J. M. Coumes, *The New Block Exemption on car distribution*, „EBLR” 1996, Vol. 7, No. 2, s. 31.

¹⁸ Distribution and Servicing of Motor Vehicles in the European Union. Commission Regulation (EC) No. 1400/2002 of 31 July 2002 on the application of Article 81(3) of the Treaty to categories of vertical agreements and concerted practices in the motor vehicle sector. Explanatory brochure [Dystrybucja i serwis pojazdów samochodowych w Unii Europejskiej. Rozporządzenie (WE) nr 1400/2002 Komisji z dnia 31 lipca 2002 r. w sprawie stosowania art. 81 ust. 3 Traktatu do grup wertykalnych porozumień i praktyk uzgodnionych w sektorze pojazdów samochodowych. Broszura wyjaśniająca]; tekst dostępny pod adresem: http://europa.eu.int/comm/competition/car_sector/distribution. Dokument ten jest opublikowany w języku polskim na stronie internetowej: www.ekspert.org.pl/dokumenty/EXPL_PL.PDF (cyt. dalej jako broszura wyjaśniająca).

Zob. też D. Schwarz, *The New Regulation on motor vehicle distribution*, EC CPN 1995, nr 6, s. 5–9.

¹⁹ Zob. F. Wijckmans, A. Vanderelst, *The EC Commission's draft regulation on motor vehicle distribution*, ECLR 1995, (16)4, s. 225–236.

²⁰ Rozporządzenie 1475/95 zawierało nie tylko listę klauzul „czarnych” (art. 6 ust. pkt 1–5), ale także katalog „czarnych praktyk” (art. 6 ust. 1 pkt 6–12), które stosowane systematycznie lub wielokrotnie prowadziły do utraty przedmiotowego wyłączenia (rozdz. 1.2, pyt. 2 i 3 broszury wyjaśniającej do rozporządzenia 1475/95).

nieokreślony okres wypowiedzenia wynosił co najmniej 2 lata²¹. Strona porozumienia miała prawo rozwiązania umowy bez wypowiedzenia z powodu niewywiązania się przez drugą stronę z jednego z jej podstawowych zobowiązań²².

6. Przed upływem terminu wygaśnięcia rozporządzenia 1475/95, w listopadzie 2000 r. Komisja – działając na podstawie art. 11 ust 3 rozporządzenia 1475/95 – przedstawiła raport dotyczący oceny jego stosowania²³. W raporcie tym KE stwierdziła, że przedmiotowe rozporządzenie nie osiągnęło wszystkich wcześniej założonych celów²⁴. Jej zdaniem, konkurencja między dystrybutorami różnych marek samochodów (konkurencja międzymarkowa) nadal nie była dostatecznie silna (wynikało to z ograniczonej liczby przypadków dystrybucji wielomarkowej), a sami dystrybutorzy pozostali w znacznym stopniu zależni od producentów. Konsumentów mieli natomiast trudności z wykonywaniem prawa do swobodnego zakupu pojazdów na obszarze rynku wewnętrznego po jak najniższej cenie, zważywszy na poważne zróżnicowanie cen w państwach członkowskich UE. Nie uzyskali oni zatem bezpośrednich korzyści, o których mowa w art. 81 ust. 3 TWE²⁵.

7. Ponadto warto zauważyć, że w latach 1998–2001 Komisja wydała 4 decyzje o stwierdzeniu naruszenia art. 81 ust. 1 TWE i nałożeniu kar pieniężnych na producentów i importerów samochodów. Naruszenia zakazu porozumień ograniczających konkurencję dotyczyły stosowania ograniczeń w imporcie równoległym²⁶, narzucania cen odsprzedaży²⁷, ograniczenia dostaw nowych samochodów firmom leasingowym i cenowej zmywy kartelowej²⁸. Wydanie tych decyzji – w okresie obowiązywania rozporządzenia 1475/95 – świadczy o nieprzebrnięciu jego istotnych przepisów przez wspomnianych producentów i dystrybutorów²⁹.

8. Raport w sprawie oceny rozporządzenia 1475/95, powyższe decyzje, wiele nieformalnych skarg konsumentów, pośredników i dystrybutorów, a także wnioski wypływające z niezależnych opracowań specjalistycznych dotyczących dystrybucji i serwisu pojazdów samochodowych w UE³⁰, przyczyniły się do ustanowienia trzeciego, obecnie obowiązującego

²¹ Art. 5 ust. 2 pkt 2 rozporządzenia 1475/95; (rozdz. 3., pyt. 15 do rozporządzenia 1475/95).

²² Zob. rozdz. 3. pyt. 16 do rozporządzenia 1475/95.

²³ Raport KE dotyczący oceny Rozporządzenia (WE) nr 1475/95 w sprawie stosowania art. 85 ust. 3 Traktatu do określonych grup porozumień dotyczących dystrybucji i serwisu pojazdów samochodowych. COM (2000) 743 final; tekst dostępny pod adresem: http://europa.eu.int/comm/competition/car_sector.

²⁴ Commission Press Release, *Putting the consumer in the driver's seat – the Commission proposes a bold reform of car sales rules* IP/02/196 z 05.02.2002 r.; L. Tsoraklidis, *Commission publishes a study on the future of motor vehicle distribution*, „EC CPN” 2002, nr 1, s. 59.

²⁵ Zob. J. Faull, A. Nikpay, *The EC Law of Competition*, op. cit., s. 1652.

²⁶ Zob.: decyzję KE w sprawie *Volkswagen* (Dz. U. WE 1998 L 124/60), potwierdzoną orzeczeniem SPI w sprawie T-62/98 *Volkswagen v. Komisja* (Zb. Orz. 2000, II-3453), które zostało utrzymane w mocy wyrokiem ETS w sprawie C-338/00 P (Zb. Orz. 2003, I-9189); decyzja KE w sprawie *Opel Nederland BV/General Motors Nederland BV* (Dz. U. WE 2001 L 59/1); zob. też orzeczenie SPI w sprawie T-368/00 *General Motors Nederland BV v. Komisja* (Zb. Orz. 2003, II-4491) oraz wyrok ETS w sprawie C-551/03 P (Zb. Orz. 2006, I-3173).

²⁷ Zob. decyzję KE w sprawie *Volkswagen II* (Dz. U. WE 2001 L 262/14), uchyloną orzeczeniem SPI w sprawie *Volkswagen v. Komisja* (Zb. Orz. 2003, II-5141); zob. też wyrok ETS w sprawie C-74/04 P (Zb. Orz. 2006, I-6585).

²⁸ Zob. decyzję KE w sprawie *Mercedes-Benz* (Dz. U. WE 2001 L 257/1); zob. też orzeczenie SPI w sprawie T-325/01 *Daimler Chrysler v. Komisja* (Zb. Orz. 2005, II-3319). Zob. H. Gambs, K. Schumm, *The fourth prohibition decision in the area of car distribution in four years: This time it's Mercedes' turn*, „EC CPN” 2002, nr 1, s. 56–58.

²⁹ Zob. J. Faull, A. Nikpay, *The EC Law of Competition*, op. cit., s. 1653.

³⁰ Zob. np. Andersen, *Study on the impact of possible future legislative scenarios for motor vehicle distribution on all parties concerned*, Final Report 03.12.2001; tekst dostępny pod adresem: http://europa.eu.int/comm/competition/car_sector.

zującego wyłączenia grupowego w sektorze motoryzacyjnym w drodze rozporządzenia Komisji nr 1400/2002³¹.

2. Aktualnie obowiązujące wyłączenie grupowe dla porozumień wertykalnych w sektorze motoryzacyjnym we WE (rozporządzenie 1400/2002)

2.1. Uwagi ogólne

9. Rozporządzenie Komisji nr 1400/2002 (dalej rozporządzenie 1400/2002), wydane na podstawie rozporządzenia kompetencyjnego Rady 19/65, ustanawia wyłączenie grupowe, które ma zastosowanie jedynie w sektorze pojazdów samochodowych³². Rozporządzenie to weszło w życie z dniem 1 października 2002 r. – z wyjątkiem przepisu dotyczącego niedopuszczalności stosowania tzw. klauzuli lokalizacyjnej (art. 5 ust. 1 lit. b), który obowiązuje od 1 października 2005 r. – i będzie obowiązywało do dnia 31 maja 2010 r. Podobnie jak w przypadku wcześniejszych rozporządzeń wyłączeniowych (rozporządzenia 123/85 i rozporządzenia 1475/95), tak i w odniesieniu do przedmiotowego rozporządzenia Komisja opublikowała broszurę wyjaśniającą („Przewodnik”)³³ o charakterze niewiążącym, która ma pomóc w korzystaniu z niego przede wszystkim dystrybutorom, ich dealerom, warsztatom serwisowym oraz konsumentom³⁴.

10. Rozporządzenie 1400/2002 stanowi regulację szczególną w stosunku do rozporządzenia Komisji nr 2790/1999³⁵ (dalej rozporządzenie 2790/1999), które przewiduje wyłączenie grupowe dla określonych rodzajów porozumień wertykalnych, obowiązujące we wszystkich pozostałych sektorach przemysłu i handlu (por. art. 2 ust. 5). Rozporządzenie 1400/2002 ma jednak bardziej restrykcyjny charakter (np. zakazuje łączenia dystrybucji selektywnej i wyłącznej oraz zawiera większą liczbę klauzul czarnych) aniżeli rozporządzenie 2790/1999; jest także bardziej restrykcyjne niż poprzednie rozporządzenie 1475/95, co w szczególności wynika z negatywnej oceny sytuacji na rynku samochodowym w UE, przedstawionej przez KE w raporcie z 2000 r.³⁶ Rozporządzenie 1400/2002 – podobnie jak rozporządzenie 2790/1999 – jest wyraźnym i znaczącym przykładem zjawiska „ekonomizacji” wspólnotowego prawa ochrony konkurencji, wyrażającego się w coraz szerszym stosowaniu podejścia ekonomicznego (*economic approach*) do oceny dopuszczalności porozumień wertykalnych (dystrybucyjnych) w sektorze samochodowym. Opierając się

³¹ Rozporządzenie (WE) nr 1400/2002 Komisji z dnia 31 lipca 2002 r. w sprawie stosowania art. 81 ust. 3 Traktatu do grup wertykalnych porozumień i praktyk uzgodnionych w sektorze pojazdów samochodowych (Dz. U. WE 2002 L 203/30; ; Dz. U. UE Polskie Wyd. Specjalne, rozdz. 8, t. 2, s. 158); projekt tego rozporządzenia jest opublikowany w jęz. polskim w: *Prawo konkurencji Wspólnoty Europejskiej. Źródła*, t. 2: *Reguły sektorowe*, wybór i oprac. T. Skoczny, Wydawnictwo Naukowe WZ UW, Warszawa 2002, s. 499–520.

³² Nie ma ono zastosowania np. do motocykli, ciągników rolniczych, czy pojazdów wykorzystywanych do prac budowlanych, drogowych itp. Ogólną charakterystykę rozporządzenia 1400/2002 przedstawił E. Kosiński w: *Rodzaje i zakres sektorowych wyłączeń zastosowania ogólnych reguł ochrony konkurencji*, Wydawnictwo Naukowe, Poznań 2007, s. 458–470.

³³ Zob. przypis 18.

³⁴ Zob. M. Martinez Lopez, *New explanatory Brochure on Commission Block Exemption Regulation n^o 1400/2002 on motor vehicle sector: bringing competition rules closer to consumers and market operators*, „EC CPN” 2003, nr 1, s. 59.

³⁵ Rozporządzenie Komisji (WE) nr 2790/1999 z dnia 22 grudnia 1999 r w sprawie stosowania art. 81 ust. 3 Traktatu do kategorii porozumień wertykalnych i praktyk uzgodnionych (Dz. U. WE 1999 L 336/21; Dz. U. UE Polskie Wyd. Specjalne, rozdz. 8, t. 1, s. 364–368).

³⁶ Zob. rozdz. 3.1 broszury wyjaśniającej.

na takim podejściu do samych podmiotów funkcjonujących na rynku motoryzacyjnym (producentów, dystrybutorów, dealerów), należy organizować sieci dystrybucji, zgodnie z ich potrzebami i oczekiwaniami. W przeciwieństwie do poprzednio obowiązujących samochodowych rozporządzeń wyłączeniowych, które były przejawem podejścia formalnoprawnego, chociażby ze względu na stosunkowo kazuistyczne przepisy stanowiące „sztywny gorset” dla obrotu gospodarczego³⁷, rozporządzenie 1400/2002 ma charakter mniej nakazowy (zawiera mniej nakazów i zakazów), co w konsekwencji sprzyja rozwijaniu innowacyjnych form dystrybucji. Dzięki temu umożliwia ono uczestnikom porozumień samochodowych bardziej swobodne kształtowanie treści zawieranych umów³⁸.

11. Rozporządzenie 1400/2002, wprowadzając istotne modyfikacje w zakresie sposobu dystrybucji samochodów (części zamiennych, usług serwisowych) na rynku wewnątrzspółnotowym, zamierza osiągnąć określone cele. Najważniejsze z nich dotyczą: wspierania integracji rynkowej w sektorze motoryzacyjnym (w szczególności zniwelowania znacznych różnic cenowych między państwami członkowskimi UE), wzmocnienia niezależności dealerów (promowanie dystrybucji wielomarkowej, zakaz stosowania klauzul lokalizacyjnych), podniesienia poziomu konkurencji wewnątrzmarkowej oraz wprowadzenia większej elastyczności w odniesieniu do obsługi serwisowej pojazdów (naprawy, przeglądy) i sprzedaży części zamiennych³⁹.

Jak słusznie zauważył D. Gerrard, przedmiotowe rozporządzenie stanowi dobry przykład interakcji między celami mającymi na względzie wzmocnienie konkurencji, z jednej strony, a założeniami koncentrującymi się na wspieraniu integracji rynkowej (gospodarczej), z drugiej strony, biorąc pod uwagę korzyści dla konsumentów⁴⁰.

2.2. Zakres przedmiotowy i podmiotowy

12. Przedmiotem omawianego rozporządzenia są porozumienia wertykalne dotyczące nabywania, sprzedaży lub odsprzedaży nowych pojazdów samochodowych⁴¹, części zamiennych do nich⁴² oraz świadczenia usług serwisowych⁴³, o ile zawierają one ograni-

³⁷ Zob. E. Wojtaszek-Mik, *Reforma prawa konkurencji Wspólnoty Europejskiej w zakresie porozumień pionowych*, „KPubl” 2001, nr 1, s. 264.

³⁸ Zob. R. Poźdźik, *Dystrybucja produktów na zasadzie wyłączności...*, op. cit., s. 142.

³⁹ Zob.: D. Gerard, „Regulated Competition” in *the Automobile Sector: A Comparative Analysis of Car Distribution System in the US and the EU*, „ECLR” 2003, Vol. 24, No. 9, s. 527; F. Wijckmans, F. Tuyschaever, A. Vanderelst, *Vertical Agreements in EC Competition Law*, Oxford University Press, Oxford 2006, s. 311–312. Por. też Komunikat Komisji 2002/C67/02 z 16 marca 2002 r.

⁴⁰ D. Gerard, „Regulated Competition”..., op. cit., s. 527

⁴¹ Termin „pojazd samochodowy”, zdefiniowany w art. 1 ust. 1 lit n) rozporządzenia 1400/2002, oznacza pojazd o napędzie własnym, przeznaczony do poruszania się po drogach publicznych, wyposażony w co najmniej trzy koła. Wymogi te spełniają np. samochody osobowe, lekkie samochody użytkowe, samochody ciężarowe czy autobusy. Powyższy przepis nie ma zastosowania w szczególności do motocykli, quadów, ciągników rolniczych czy pojazdów wykorzystywanych do prac budowlanych, drogowych. Nie obejmuje on także używanych pojazdów samochodowych.

⁴² Pojęcie „części zamiennych” oznacza towary przewidziane do zainstalowania w lub na pojeździe samochodowym, w celu zastąpienia elementów tego pojazdu, w tym także takie towary jak smary, które są konieczne do funkcjonowania pojazdu, z wyjątkiem paliw (art. 1 ust. 1 lit. s). Pewne towary, np. oleje, lakiery i produkty ogólnego przeznaczenia (śruby, nakrętki i wkręty) należy postrzegać jako części zamienne w rozumieniu wspomnianego przepisu, jeżeli można mieć uzasadnioną pewność, że są one przeznaczone do zainstalowania w lub na pojeździe (zob. rozdz. 4.2.1, pyt. 2 broszury wyjaśniającej). Z kolei akcesoria (np. radiodiodniak, system nawigacyjny, bagażnik dachowy) nie są niezbędne do używania pojazdu, w związku z czym nie są uznawane za części zamienne (Zob. rozdz. 7, pyt. 95 broszury wyjaśniającej).

⁴³ Termin „usługi serwisowe” obejmuje usługi naprawcze lub przeglądowe w odniesieniu do pojazdów samochodowych.

czenia wertykalne objęte zakazem z art. 81 ust. 1 TWE (art. 2 ust. 1 w związku z art. 1 ust. 1 lit. d). W przypadku braku ograniczenia konkurencji w rozumieniu wspomnianego zakazu (niespełnienia przesłanek odczuwalnego wpływu na handel wewnątrzspółnotowy i/lub odczuwalnego ograniczenia konkurencji) porozumienia te w ogóle nie podlegają art. 81 TWE, a w konsekwencji nie wymagają jakiegokolwiek wyłączenia.

13. Ze wspomnianych wyżej przepisów wynika, że przedmiotem wyłączenia grupowego ustanowionego w drodze powyższego rozporządzenia są przede wszystkim porozumienia dystrybucyjne (np. porozumienia o wyłącznej dystrybucji, o selektywnej dystrybucji, o wyłącznej dostawie, umowy franchisingowe) w sektorze motoryzacyjnym. Wyłączeniem są objęte także inne porozumienia wertykalne (np. określone umowy agencyjne, umowy leasingowe), w tym w szczególności porozumienia dotyczące przeniesienia na dystrybutora/warsztat know-how lub praw własności intelektualnej, pod warunkiem wszakże, że nie stanowią one głównego przedmiotu tych porozumień i odnoszą się bezpośrednio do użytkowania, sprzedaży lub odsprzedaży samochodów, części zamiennych do nich lub usług serwisowych przez nabywcę jego klientom (por. art. 2 ust. lit. b) w zw. z art. 1 ust. 1 lit. i) oraz art. 1 ust. 1 lit. j).

W przeciwieństwie do poprzednio obowiązujących samochodowych rozporządzeń wyłączeniowych (rozporządzenia 123/85 i rozporządzenia 1475/95), dopuszczających tworzenie sieci dystrybucji w oparciu o łączenie elementów systemu dystrybucji selektywnej i wyłącznej⁴⁴, rozporządzenie 1400/2002 zakazuje tego rodzaju działań i wymaga od producentów (dostawców) dokonania wyboru jednej z dwóch wspomnianych formuł dystrybucji. Oddzielenie obu systemów dystrybucji ma na celu ograniczenie podziału Wspólnego Rynku UE⁴⁵.

14. Przepisy rozporządzenia 1400/2002 zawierają ogólną definicję systemu dystrybucji selektywnej (art. 1 ust. 1 lit. f)⁴⁶, ale definiują też zarówno ilościowy, jak i jakościowy system dystrybucji selektywnej (odpowiednio art. 1 ust. 1 lit. g) i art. 1 ust. 1 lit. h). Prezentowane rozporządzenie zawiera też definicję zobowiązania wyłącznej dostawy (art. 1 ust. 1 lit. e), która jest tożsama z definicją umieszczoną w rozporządzeniu 2790/1999 (art. 1 lit. d). Natomiast nie zawiera ono (podobnie jak rozporządzenie 2790/1999) definicji systemu dystrybucji wyłącznej⁴⁷.

15. Zgodnie z definicją z art. 1 ust. 1 lit. d) rozporządzenia 1400/2002 stronami porozumień wertykalnych (dystrybucyjnych) są co najmniej dwa przedsiębiorstwa – działające w ramach porozumienia – na różnych szczeblach obrotu gospodarczego (łańcucha produkcji lub dystrybucji). Wyłączeniu grupowemu w drodze rozporządzenia podlegają – po spełnieniu określonych warunków – także porozumienia między związkami przedsiębiorstw i ich członkami lub takimi związkami i ich dostawcami (art. 2 ust. 2 lit. a). Porozumienia wertykalne (dystrybucyjne) zwierane pomiędzy konkurentami nie są – co do zasady – objęte wyłączeniem, aczkolwiek przewidziane są określone wyjątki dotyczące porozumień o charakterze niewzajemnym (art. 2 ust. 3).

⁴⁴ Łączenie dystrybucji selektywnej i wyłącznej było główną przyczyną braku konkurencji wewnątrzmarkowej i zróżnicowania cen w państwach członkowskich UE (pkt 13–17 ww. Raportu Komisji dotyczącego oceny rozporządzenia nr 1475/95).

⁴⁵ Zob. Automotive Sector Groups of Houthoff, B. i L. Wolters, W. Kirkpartick, *Flawed Reform ...*, op. cit., s. 256.

⁴⁶ Definicja ta zasadniczo odpowiada definicji zawartej w art. 1 lit. d. rozporządzenia 2790/1999.

⁴⁷ Porozumienia o wyłącznej dystrybucji zostały scharakteryzowane w: obwieszczeniu KE – wytyczne w sprawie ograniczeń wertykalnych (Dz. U. WE 2000 C 291/1; Dz. U. UE Polskie Wyd. Specjalne, rozdz. 8, t. 1, s. 390–433), dalej: wytyczne KE w sprawie ograniczeń wertykalnych.

16. Zakres przedmiotowy i podmiotowy rozporządzenia 1400/2002 jest zatem znacznie szerszy niż w przypadku obowiązujących wcześniej samochodowych rozporządzeń wyłączeniowych (rozporządzenia 123/85 i rozporządzenia 1475/95).

2.3. Warunki ogólne stosowania wyłączenia grupowego

17. Art. 3 rozporządzenia 1400/2002 ustanawia ogólne warunki, jakie musi spełnić porozumienie samochodowe, aby móc skorzystać z wyłączenia grupowego. Niespełnienie któregokolwiek z nich powoduje, że takie porozumienie w całości traci przywilej wyłączenia⁴⁸. Warunki ogólne (z wyjątkiem warunków dotyczących progów udziału w rynku) mają na celu wzmocnienie niezależności dealerów, a w konsekwencji zwiększenie konkurencji wewnątrzmarkowej⁴⁹.

18. Zgodnie z podejściem ekonomicznym leżącym u podstaw filozofii omawianego rozporządzenia, podstawowym warunkiem zastosowania wyłączenia grupowego do porozumień wertykalnych w sektorze samochodowym jest ekonomiczne kryterium wielkości udziału w rynku uczestników (stron) porozumienia. W celu jego wykorzystania konieczne jest wyznaczenie rynku właściwego tak w wymiarze produktowym, jak i geograficznym.

W świetle art. 3 ust. 1 tego rozporządzenia najbardziej istotne znaczenie ma generalny próg udziału w rynku właściwym dostawcy i przedsiębiorstw z nim powiązanych, który nie może przekraczać poziomu 30%. Od tej ogólnej zasady – w zależności od rodzaju porozumienia (systemu dystrybucji) – przewidziano określone wyjątki. W przypadku systemów dystrybucji selektywnej ilościowej ustanowionych dla sprzedaży nowych samochodów, próg udziału w rynku dostawcy i przedsiębiorstw z nim powiązanych został podniesiony do 40%. Z kolei porozumienia tworzące systemy dystrybucji selektywnej jakościowej podlegają wyłączeniu, bez względu na udział w rynku (wspomniane wyżej progi nie mają do nich zastosowania). W odniesieniu do porozumień o wyłącznej dostawie, udział w rynku właściwym nabywcy i przedsiębiorstw z nim powiązanych nie może być wyższy niż 30% (art. 3 ust. 2). Sposób obliczania udziału w rynku został określony w art. 8 rozporządzenia, w którym przewidziano odrębne i odmienne zasady jego obliczania w stosunku do dystrybucji nowych pojazdów samochodowych, części zamiennych oraz świadczenia usług serwisowych⁵⁰.

19. Warto tu zauważyć, że do porozumień wertykalnych (dystrybucyjnych) objętych wyłączeniem grupowym w drodze rozporządzenia 1400/2002 może mieć zastosowanie reguła *de minimis*⁵¹, w przypadku gdy próg udziału w rynku nie przekracza 15 lub 5%⁵².

20. Pozostałe warunki (art. 3 ust. 3–6) określają, jakie inne istotne postanowienia muszą być umieszczone w porozumieniach samochodowych, aby mogły one skorzystać z przywileju wyłączenia. Postanowienia te dotyczą: przeniesienia praw i obowiązków dystrybutora lub warsztatu wynikających z porozumienia z dostawcą na rzecz osoby

⁴⁸ Zob. F. Wijckmans, F. Tuytschaever, A. Vanderelst, *Vertical Agreements ...*, op. cit., s. 340.

⁴⁹ Tamże, s. 341.

⁵⁰ Krytyczne uwagi dotyczące sposobu obliczania udziału w rynku przedstawiono w artykule Automotive Sector Groups of Houthoff, B. i L. Wolters, W. Kirkpartick, *Flawed Reform ...*, op. cit., s. 258–259.

⁵¹ Zob. obwieszczenie Komisji w sprawie porozumień o mniejszym znaczeniu (Dz. U. WE 2001 C 368/13; Dz. U. UE Polskie Wyd. Specjalne, rozdz. 8, t. 2, s. 125).

⁵² Zob. rozdz. 4.3.1., pyt. 7 Broszury wyjaśniającej; F. Wijckmans, F. Tuytschaever, A. Vanderelst, *Vertical Agreements ...*, op. cit., s. 315–316.

trzeciej (art. 3 ust. 3)⁵³; pisemnej formy wypowiedzenia porozumienia wraz uzasadnieniem⁵⁴ (art. 3 ust. 4); minimalnych okresów trwania i wypowiedzenia porozumień wertykalnych (art. 3 ust. 5); prawa stron do kierowania sporów odnośnie zobowiązań umownych do niezależnego eksperta lub rozjemcy (art. 3 ust. 6).

2.4. Warunki szczególne

21. W art. 5 rozporządzenia 1400/2002 określono warunki (zobowiązania umowne), które nie są objęte przedmiotowym wyłączeniem, aczkolwiek ich stosowanie nie wyklucza możliwości takiego wyłączenia dla porozumienia, którego są częścią, przy założeniu, że można je oddzielić od reszty umowy (*severability principle*). W rezultacie, porozumienia samochodowe zawierające takie zobowiązania (ograniczenia konkurencji) podlegały do dnia 30 kwietnia 2004 r. ocenie odnośnie możliwości ewentualnego uzyskania wyłączenia indywidualnego⁵⁵, dzisiaj są przedmiotem indywidualnej samooceny stron porozumienia.

Wspomniane zobowiązania, obejmujące zarówno bezpośrednie, jak i pośrednie środki prowadzące do antykonkurencyjnych skutków, zasadniczo dotyczą różnych form (typów) zakazu konkurowania (zdefiniowanego szeroko w art. 1 ust. 1 lit. b)⁵⁶ i klauzul lokalizacyjnych nakładanych przez dostawcę na dystrybutora lub autoryzowany warsztat⁵⁷, w ramach wszystkich systemów dystrybucji objętych wyłączeniem grupowym (zwłaszcza w drodze systemu selektywnej dystrybucji).

22. Przewidziane w art. 5 ust. 1 zakazy konkurowania odnoszące się do dystrybucji nowych samochodów lub części zamiennych oraz świadczenia usług serwisowych przybierają postać: standardowego (ogólnego) zakazu konkurowania (art. 5 ust. 1 lit. a); zakazu konkurowania nakładanego na autoryzowany warsztat odnośnie świadczenia usług serwisowych pojazdom pochodzącym od konkurentów dostawcy (art. 5 ust. 1 lit. b); zakazu konkurowania nakładanego na członków systemu dystrybucyjnego w zakresie sprzedaży samochodów lub części zamiennych określonych konkurentów dostawcy bądź świadczenia usług serwisowych pojazdom określonych konkurentów dostawcy (art. 5 ust. 1 lit. c); zakazu konkurowania nakładanego na dystrybutora lub autoryzowany warsztat po rozwiązaniu porozumienia odnośnie nie produkowania, nie nabywania, nie sprzedawania ani nie odsprzedawania samochodów lub nie świadczenia usług serwisowych (art. 5 ust. 1 lit. d).

⁵³ Takiego warunku wyłączenia nie przewidywało rozporządzenie 1475/95 (zob. rozdz. 4.3.2. broszury wyjaśniającej).

⁵⁴ Rozporządzenie 1475/95 nie nakładało na dostawcę obowiązku podawania uzasadnienia przy wypowiedzaniu umowy dystrybucyjnej (zob. 4.3.2. broszury wyjaśniającej).

⁵⁵ Zob. pkt 62 wytycznych KE w sprawie ograniczeń wertykalnych.

⁵⁶ W świetle powyższego przepisu zakazu konkurowania nie stanowi zobowiązanie dystrybutora do sprzedaży pojazdów samochodowych pochodzących od innych dostawców w wydzielonych obszarach salonu, w celu uniknięcia pomieszania różnych marek samochodów. W efekcie, klauzula umowna zezwalająca na prowadzenie dystrybucji wielomarkowej podlega przedmiotowemu wyłączeniu. Z kolei nałożenie na dystrybutora obowiązku w zakresie utrzymywania personelu wyspecjalizowanego w sprzedaży określonych marek samochodów stanowi zakaz konkurowania w rozumieniu rzeczonożego rozporządzenia, z wyjątkiem sytuacji, gdy dystrybutor sam zdecyduje się na posiadanie takiego personelu, a dostawca poniesie wszelkie dodatkowe koszty z tym związane.

⁵⁷ Termin „autoryzowany warsztat” w rozumieniu art. 1 ust. 1 lit. l) oznacza dostawcę usług naprawczych lub przeglądowych odnoszących się do pojazdów samochodowych, działającego w ramach systemu dystrybucji utworzonego przez dostawcę pojazdów samochodowych.

23. W art. 5 ust 2 wskazano niepodlegające wyłączeniu zobowiązania dotyczące sprzedaży nowych samochodów. Są to: zakaz ograniczania swobody dystrybutora detalicznego odnośnie świadczenia usług leasingowych (art. 5 ust. 2 lit. a) oraz zakaz ograniczania praw dystrybutora samochodów osobowych lub lekkich samochodów użytkowych (dostawczych) działającego w ramach systemu selektywnej dystrybucji, w zakresie tworzenia nowych punktów sprzedaży lub punktów odbioru usytuowanych na obszarze wspólnego rynku, na którym stosuje się dystrybucję selektywną (art. 5 ust. 2 lit. b). Drugi z wymienionych zakazów uniemożliwia zatem dostawcom (producentom) stosowanie klauzuli lokalizacji w stosunku do określonych rodzajów pojazdów⁵⁸. Dystrybutorzy (dealerzy) mogą – od 1 października 2005 r. – bez ograniczeń (zwłaszcza konieczności uzyskania zgody dostawcy) otwierać dodatkowe punkty sprzedaży (salony) lub dostaw (miejsca odbioru pojazdów przez klientów) na terytorium całego Wspólnego Rynku, pod warunkiem, że na obszarze ich działalności stosowany jest system dystrybucji selektywnej jakościowej lub ilościowej.

Klauzulą lokalizacji nie są związane także autoryzowane warsztaty świadczące usługi serwisowe i sprzedające części zamienne w ramach systemu dystrybucji selektywnej (art. 5 ust. 3).

Przyznanie dystrybutorom i autoryzowanym warsztatom praw do otwierania dodatkowych punktów sprzedaży i serwisu ma niewątpliwie na celu wzmocnienie konkurencji wewnątrzmarkowej na rynku wspólnotowym oraz większe uniezależnienie dealerów od dostawców. Przynosi ono także korzyści dla konsumentów, którzy mogą kupować samochody, części zamienne oraz korzystać z obsługi serwisowej na całym obszarze UE.

24. Warunki szczególne (zobowiązania umowne nie podlegające wyłączeniu) ustanowione w omawianym rozporządzeniu są generalnie liczniejsze i znacznie bardziej rygorystyczne aniżeli podobne postanowienia przewidziane w rozporządzeniu 2790/1999 oraz w poprzednio obowiązujących rozporządzeniach wyłączeniowych (rozporządzeniu 1475/1995 i rozporządzeniu 123/85)⁵⁹.

2.5. Klauzule niedozwolone (czarne)

25. W art. 4 rozporządzenia 1400/2002 umieszczono zamkniętą listę trzynastu najważniejszych ograniczeń konkurencji (*hard-core restrictions*), które ze względu na swą antykonkurencyjną istotę (obiektywne znaczenie i cel)⁶⁰ objęte są zakazem *per se*. Zawarcie jednego lub więcej takich ograniczeń w treści porozumienia samochodowego powoduje, że traci ono w całości możliwość przedmiotowego wyłączenia grupowego, niezależnie od tego, czy inne warunki wyłączenia są spełnione; bardzo mało prawdopodobne było także uzyskanie przez nie wyłączenia indywidualnego do dnia 30 kwietnia 2004 r.⁶¹; tak jak i skorzystanie obecnie z wyłączenia legalnego na zasadzie samooceny.

⁵⁸ W świetle przepisów rozporządzenia 1400/2002 dopuszczalne są natomiast klauzule lokalizacyjne ograniczające zakładanie dodatkowych punktów sprzedaży lub odbioru pojazdów samochodowych, takich jak ciężarówka, autobusy i autokary (zob. rozdz. 4.5.2., pyt. 16 i 5.3.3. broszury wyjaśniającej). Powyższe rozporządzenie zezwala także na stosowanie klauzul lokalizacyjnych w odniesieniu do dystrybutorów (dealerów) działających w ramach systemu dystrybucji wyłącznej (zob. rozdz. 5.3.3. broszury wyjaśniającej).

⁵⁹ Na gruncie rozporządzenia 123/85 i *de facto*, pod pewnymi warunkami, rozporządzenia 1475/96, zakazy konkurencji podobnie jak klauzule lokalizacyjne były objęte wyłączeniem grupowym (Zob. F. Wijckmans, F. Tuytschaever, A. Vanderelst, *Vertical Agreements ...*, op. cit., s. 370).

⁶⁰ Zob. O. Odudu, *Interpreting Article 81(1): Object as Subjective Intention*, „ELRev” 2001, Vol. 26, No. 1, s. 60.

⁶¹ Zob. pkt 46 wytycznych KE w sprawie ograniczeń wertykalnych.

26. Katalog klauzul niedozwolonych (klauzul czarnych) przewidziany we wspomnianym wyżej przepisie jest zasadniczo wzorowany na treści art. 4 rozporządzenia 2790/1999, aczkolwiek – ze względu na specyfikę sektora samochodowego – lista zawartych w nim klauzul jest znacznie dłuższa, a poszczególne z nich są bardziej rozbudowane. Art. 4 ustanawia bowiem cztery kategorie (grupy) najpoważniejszych wertykalnych ograniczeń konkurencji, które dotyczą:

- 1) sprzedaży nowych pojazdów samochodowych, usług serwisowych lub części zamiennych (art. 4 ust. 1 lit. a)–e);
- 2) wyłącznie sprzedaży nowych samochodów (art. 4 ust. 1 lit. f)–g);
- 3) wyłącznie sprzedaży usług serwisowych oraz części zamiennych (art. 4 ust. 1 lit. h)–l);
- 4) odmowy przez dostawcę niezależnym uczestnikom rynku dostępu do informacji technicznej, sprzętu diagnostycznego i innego wyposażenia (art. 4 ust. 2).

Najcięższe ograniczenia konkurencji (klauzule czarne) przewidziane w ramach każdej z wymienionych grup mogą wynikać ze stosowania przez strony porozumienia zarówno środków bezpośrednich, jak i pośrednich (np. ograniczenia dostaw pojazdów dla klientów z innych państw członkowskich UE, opóźnienia w zakresie uzyskania świadectwa zgodności, systemy bonifikat i rabatów)⁶².

26. Do pierwszej kategorii klauzul niedozwolonych dotyczącej sprzedaży nowych pojazdów samochodowych, usług serwisowych lub części zamiennych, która w znacznym stopniu odpowiada przepisom art. 4 rozporządzenia 2790/1999⁶³ zostały zaliczone klauzule cenowe, tj. narzucanie minimalnych i sztywnych cen odsprzedaży (art. 4 ust. 1 lit. a) oraz określone klauzule niecenowe (art. 4 ust. 1 lit. b)–e). Wśród tych ostatnich wskazano na: klauzule ograniczające obszar sprzedaży lub krąg klientów (klauzule podziałowe), z pewnymi wyjątkami (art. 4 ust. 1 lit. b); klauzule ograniczające konkurencję w systemie dystrybucji selektywnej, w tym klauzule dotyczące ograniczenia wzajemnych dostaw między dystrybutorami lub warsztatami (art. 4 ust. 1 lit. c); klauzule zakazujące nakładania na członków systemu dystrybucji selektywnej, działających na szczeblu sprzedaży detalicznej, ograniczeń w zakresie aktywnej lub pasywnej sprzedaży⁶⁴ towarów i usług kontraktowych ostatecznym użytkownikom (konsumentom)⁶⁵, z określonymi wyjątkami (art. 4 ust. 1 lit. d)–e).

27. W drugiej grupie klauzul niedozwolonych, dotyczącej wyłącznie sprzedaży nowych pojazdów samochodowych (samochodów osobowych, ciężarowych, autobusów), zostały umieszczone dwie istotne klauzule.

Pierwsza z nich, tzw. klauzula dostępu⁶⁶, zakazuje dostawcy (producentowi) ograniczać uprawnienia dystrybutora do sprzedaży wszelkich nowych pojazdów samocho-

⁶² Przejawem najpoważniejszych ograniczeń konkurencji mogą być nie tylko wyraźne zakazy, ale także negatywne i pozytywne bodźce finansowe, naciski lub przeszkody w odniesieniu do określonych czynności albo transakcji (zob. pkt 16 preambuły rozporządzenia 1400/2002; rozdz. 4.4., pyt. 11 i 5.1.1, pyt. 26 broszury wyjaśniającej).

⁶³ Zob. F. Wijckmans, F. Tuytschaever, A. Vanderelst, *Vertical Agreements ...*, op. cit., s. 348.

⁶⁴ Pojęcia „aktywnej” i „pasywnej” sprzedaży nie zostały zdefiniowane w słowniczku omawianego rozporządzenia; mają zatem zastosowanie definicje przyjęte przez KE na gruncie art. 4 rozporządzenia 2790/1999. Zob.: pkt 49 wytycznych KE w sprawie ograniczeń wertykalnych; rozdz. 4.4., pyt. 12 Explanatory brochure.

⁶⁵ Termin „ostateczny użytkownik” obejmuje także firmy leasingowe, chyba, że obowiązujące umowy leasingowe przewidują przeniesienie własności lub opcję nabycia pojazdu przed upływem czasu obowiązywania umowy leasingu (art. 1 ust. 1 lit. w).

⁶⁶ Zob. J. Faull, A. Nikpay, *The EC Law of Competition*, op. cit., s. 1667. Por. też wyrok ETS w sprawach połączonych C-228 i C-229/82 *Ford of Europe i Ford-Werke v. Komisja* (Zb. Orz. 1984, 1129).

wych⁶⁷, które odpowiadają pojazdowi objętym danym porozumieniem dystrybucyjnym⁶⁸ (art. 4 ust. 1 lit. f). Dystrybutorzy (dealerzy) mają więc możliwość sprzedaży w jednym salonie samochodów wielu marek, pochodzących od różnych producentów. Konsumentci (niezależnie od ich kategorii) mogą natomiast kupować – wykorzystując różnice cenowe na rynku wspólnotowym – nowe samochody różnych marek u dowolnego (jednego) dealera działającego na obszarze danego państwa członkowskiego UE.

W świetle powyższego przepisu ograniczenia w zakresie prowadzenia dystrybucji wielomarkowej są zatem niedopuszczalne⁶⁹.

28. Druga z klauzul, zakazuje dostawcy (producentowi) zobowiązywać dystrybutora (dealera) do świadczenia usług serwisowych, których wykonanie może on powierzyć autoryzowanemu warsztatowi (podmiotowi trzeciemu) należącemu do sieci dystrybucji danego dostawcy (art. 4 ust. 1 lit. g). W świetle tego przepisu – w przeciwieństwie do przepisów rozporządzenia 123/85 i rozporządzenia 1475/95⁷⁰ – dealer może skoncentrować się wyłącznie na działalności dystrybucyjnej, przekazując jednocześnie – w drodze umowy o podwykonawstwo – obsługę serwisową innemu ściśle określonej podmiotowi. Nie jest on tym samym zobligowany do łączenia funkcji sprzedaży samochodów z obowiązkami w zakresie usług posprzedażnych (naprawczych i przeglądowych)⁷¹.

29. W trzeciej grupie klauzul niedozwolonych zostały zawarte klauzule dotyczące wyłącznie sprzedaży usług serwisowych oraz części zamiennych. Wyodrębnienie ich miało przede wszystkim na celu zaostrenie konkurencji na rynku obsługi serwisowej i części zamiennych. Do wspomnianej wyżej grupy klauzul zaliczono:

- klauzule zakazujące dostawcy ograniczania uprawnienia autoryzowanego warsztatu do zawężania swojej działalności do świadczenia usług serwisowych oraz dystrybucji części zamiennych (art. 4 ust. 1 lit. h); dostawca (producent) nie może zatem zobowiązać autoryzowany warsztat do sprzedaży nowych pojazdów samochodowych;
- klauzule zabraniające członkom systemu selektywnej dystrybucji (dystrybutorom i autoryzowanym warszatom) ograniczania prawa do sprzedaży części zamiennych niezależnym warszatom⁷², które wykorzystują je do napraw i przeglądów pojazdów (art. 4 ust. 1 lit. i)⁷³; bezwzględnie zakazane są także klauzule ograniczające

⁶⁷ Klauzula dostępu określona w art. 4 ust. 1 lit. f) rozporządzenia 1400/2002 obejmuje – w przeciwieństwie do przepisów „starych” rozporządzeń wyłączeniowych (rozporządzenia 123/85 i rozporządzenia 1475/95) – nie tylko samochody osobowe ale także samochody ciężarowe i autobusy.

⁶⁸ Art. 4 ust. 1 lit. f) posługuje się pojęciem pojazdu samochodowego korespondującego z modelem z programu objętego porozumieniem, które zostało zdefiniowane w art. 1 ust. 1 lit. r). Przykładem może być sprzedaż konsumentom z Wielkiej Brytanii lub Irlandii samochodów z kierownicą po prawej stronie.

⁶⁹ Jedynym ograniczeniem jakie dostawca (producent) może narzucić dystrybutorowi (dealerowi) jest zobowiązanie do eksponowania modeli samochodów innych dostawców w odrębnych strefach tego samego salonu (rozdz. 5.3.2. brzozy wyjaśniającej).

⁷⁰ Zob. J. Faull, A. Nikpay, *The EC Law of Competition*, op. cit., s. 1675; art. 4 ust. 1 pkt 1 i 6 oraz art. 5 ust. 1 pkt 1 lit. a) i b).

⁷¹ Zob. F. Wijckmans, F. Tuytschaever, A. Vanderelst, *Vertical Agreements ...*, op. cit., s. 356.

⁷² Termin „niezależny warsztat” oznacza dostawcę usług naprawczych lub przeglądowych odnoszących się do pojazdów samochodowych, który nie działa w ramach systemu dystrybucji utworzonego przez dostawcę pojazdów samochodowych, dla którego świadczy usługi naprawcze lub przeglądowe. Autoryzowany warsztat w ramach systemu dystrybucji danego dostawcy jest traktowany w rozumieniu niniejszego rozporządzenia jako niezależny warsztat w takim zakresie, w jakim świadczy on usługi naprawcze lub przeglądowe pojazdów samochodowych, w odniesieniu do których nie jest on członkiem danego systemu dystrybucji tego dostawcy (art. 1 ust. 1 lit. m).

⁷³ Takie klauzule były już zawarte zarówno w rozporządzeniu 1475/95 (art. 3 pkt 10 lit. b), jaki i rozporządzeniu 123/85 (art. 3 pkt 10 lit. b).

- uczestnikom systemu dystrybucji wyłącznej możliwość sprzedaży pasywnej części zamiennych (art. 4 ust. 1 lit. b);
- klauzule zakazujące producentom pojazdów ograniczania prawa dostawców (producentów) części zamiennych do sprzedaży oryginalnych części zamiennych⁷⁴ lub części zamiennych o porównywalnej jakości⁷⁵, narzędzi naprawczych, diagnostycznych lub innego sprzętu autoryzowanym lub niezależnym dystrybutorom bądź autoryzowanym lub niezależnym warsztatom albo ostatecznym użytkownikom (art. 4 ust. 1 lit. j); producent pojazdów nie może ograniczyć producentom części, specjalistycznych narzędzi i sprzętu, niezależnym dystrybutorom lub warsztatom dostępu do autoryzowanej sieci dystrybucji, a wskazani producenci muszą mieć możliwość ich sprzedaży ostatecznym użytkownikom (np. klientom flotowym);
 - klauzule zabraniające dostawcom (producentom, importerom) pojazdów ograniczania prawa dystrybutora lub autoryzowanego warsztatu do zaopatrywania się w części zamienne lub części zamienne o porównywalnej jakości u wybranego według własnego uznania przedsiębiorstwa trzeciego oraz do wykorzystywania ich w obsłudze serwisowej samochodów (art. 4 ust. 1 lit. k); dystrybutor lub autoryzowany warsztat nie może być pozbawiony możliwości nabywania wspomnianych części poza siecią dystrybucyjną producenta samochodów, który udzielił im autoryzacji oraz stosowania ich do napraw i przeglądów pogwarancyjnych⁷⁶;
 - klauzule zakazujące producentom samochodów ograniczania uprawnienia dostawców (producentów) podzespołów do montażu pojazdów w zakresie efektywnego umieszczenia swojego logo lub znaku towarowego w widocznym miejscu na dostarczanych podzespołach lub częściach zamiennych (art. 4 ust. 1 lit. l); producenci części lub podzespołów muszą mieć zatem możliwość umieszczenia na nich swojego logo lub znaku towarowego, pomimo ich użycia w trakcie produkcji przez producenta pojazdów.

2.6. Możliwość cofnięcia i niezastosowania przywileju wyłączenia grupowego

30. Podobnie jak w przypadku rozporządzenia 2790/1999 oraz poprzednio obowiązujących rozporządzeń samochodowych (rozporządzenia 123/85 i rozporządzenia 1475/95)⁷⁷ Komisja – na podstawie art. 7 ust. 1 rozporządzenia 19/65 – może cofnąć przywilej wyłączenia grupowego porozumieniu wertykalnemu, które wywołuje skutki niezgodne z warunkami ustanowionymi w art. 81 ust. 3 TWE. Przykłady takich antykonkurencyjnych skutków wskazane w art. 6 ust. 1 lit. a)–d) stanowią wskazówkę dla

⁷⁴ W celu zwiększenia efektywnej konkurencji na rynku części samochodowych wprowadzono nowe pojęcie „oryginalnych części zamiennych”, które zostało szeroko zdefiniowane w art. 1 ust. 1 lit. t) rozporządzenia 1400/2002; zob. też rozdz. 7, pyt. 97 broszury wyjaśniającej oraz Dyrektywę 2007/46/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 5 września 2007 r. ustanawiającą ramy dla homologacji pojazdów silnikowych i ich przyczep oraz układów, części i oddzielnych zespołów technicznych przeznaczonych do tych pojazdów (Dz. U. UE L 263/1).

⁷⁵ Pojęcie to zostało określone w art. 1 ust. 1 lit. u rozporządzenia 1400/2002; zob. też rozdz. 7 broszury wyjaśniającej.

⁷⁶ W świetle powyższego przepisu dozwolone jest natomiast zobowiązanie dystrybutora lub autoryzowanego warsztatu do stosowania oryginalnych części zamiennych, dostarczonych przez dostawcę w celu wykonania napraw gwarancyjnych, usług bezpłatnych oraz napraw z inicjatywy dostawcy.

⁷⁷ Zob. art. 6 rozporządzenia 2790/1999, art. 8 rozporządzenia 1475/95 i art. 10 rozporządzenia 123/85.

dostawców i dystrybutorów odnośnie okoliczności lub zachowań, które mogą prowadzić do cofnięcia wyłączenia⁷⁸.

W przypadku, gdy porozumienie objęte przedmiotowym wyłączeniem wywiera skutki antykonkurencyjne na obszarze państwa członkowskiego UE lub jego części, który posiada cechy odrębnego rynku geograficznego, także odpowiednie władze (organy) tego państwa mogą cofnąć przywilej tego wyłączenia (zob. art. 6 ust. 2)⁷⁹.

31. Ponadto Komisja – działając zgodnie z art. 1a rozporządzenia 19/65 – może uznać, że prezentowane rozporządzenie nie ma zastosowania do porozumień samochodowych zawierających określone ograniczenia wertykalne, jeżeli równoległe sieci podobnych porozumień obejmują ponad 50% rynku właściwego (efekt kumulacyjny)⁸⁰.

3. Zasadność wydania polskiego wyłączenia

3.1. Uwagi wstępne

32. W dniu 28 stycznia 2003 r. Rada Ministrów, działając na podstawie delegacji stworzonej w art. 7 ust. 2 ustawy z dnia 15 grudnia 2000 r. o ochronie konkurencji i konsumentów⁸¹ (dalej ustawa), wydała rozporządzenie w sprawie wyłączenia określonych porozumień wertykalnych w **sektorze pojazdów samochodowych** spod zakazu porozumień ograniczających konkurencję (dalej rozporządzenie lub prezentowane rozporządzenie)⁸². Tak, jak w przypadku wcześniejszych wyłączeń tego rodzaju (wyłączenia dla porozumień kooperacyjnych w sektorze ubezpieczeń, porozumień o transferze technologii, porozumień badawczo-rozwojowych i specjalizacyjnych oraz porozumień wertykalnych), Rada Ministrów podwyższyła poziom pewności prawnej dla przedsiębiorców co do zakresu stosowania ww. ustawy oraz zbliżyła prawo polskie do standardów obowiązujących w Wspólnocie Europejskiej.

33. Także prezentowane rozporządzenie wyłącza spod zakazu porozumień ograniczających konkurencję określoną w nim grupę porozumień, które zawierają postanowienia ograniczające konkurencję w rozumieniu art. 5 ust. 1 uokik z 2000 r. Ani przytoczone, ani wydane wcześniej rozporządzenia nie stwierdzają tego wprost i nie wprowadzają odrębnej kategorii „ograniczeń konkurencji” w celu wyznaczenia zakresu, w jakim do określonych w nich porozumień stosuje się ustanawiane wyłączenia, chociaż konstrukcja polskiego art. 5⁸³ jest bardzo zbliżona (*approximated*) do konstrukcji art. 81 TWE. Formułę taką stosują najnowsze wspólnotowe rozporządzenia wyłączające, w tym rozporządzenie 2790/1999 i rozporządzenie 1400/2002; to ostatnie stwierdza np. wprost, że ustanowione w nim „wyłączenie ma zastosowanie w zakresie, w jakim porozumienia

⁷⁸ Zob. rozdz. 4.6., pyt. 18 broszury wyjaśniającej.

⁷⁹ Zob.: art. 7 rozporządzenia 2790/1999; pkt 76–78 wytycznych KE w sprawie ograniczeń wertykalnych.

⁸⁰ Zob.: art. 7 rozporządzenia 1400/2002; rozdz. 4.7., pyt. 19 broszury wyjaśniającej.

⁸¹ Ustawa z dnia 15 grudnia 2000 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (tekst jedn. Dz. U. 2005 nr 244, poz. 2080, z późn. zm.).

⁸² Rozporządzenie Rady Ministrów z dnia 28 stycznia 2003 r. w sprawie wyłączenia określonych porozumień wertykalnych w sektorze pojazdów samochodowych spod zakazu porozumień ograniczających konkurencję (Dz. U. z 2003 r., nr 38, poz. 329 ze zm.). Ogólną charakterystykę powyższego rozporządzenia przedstawił E. Kosiński w: *Rodzaje i zakres sektorowych wyłączeń ...*, op. cit., s. 470–479.

⁸³ Stanowisko to jest aktualne także w odniesieniu do ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (Dz. U. z 2007 r., nr 50, poz. 331 i nr 99, poz. 660; nr 171, poz. 1206).

te zawierają ograniczenia konkurencji podlegające art. 81 ust. 1” (art. 2 ust. 1 zdanie ostatnie), nazwane „ograniczeniami wertykalnymi” (*vertical restraints*).

Uzasadnieniem tej formuły jest szczególna konstrukcja art. 81 TWE, zgodnie z którym przedmiotem wyłączenia na gruncie art. 81 ust. 3 są porozumienia, które naruszają postanowienia art. 81 ust. 1 TWE, a więc w braku takiego wyłączenia (lub wyłączenia indywidualnego do dnia 30 kwietnia 2004 r. i podlegania wyjątkowi legalnemu (*legal exception*) na zasadzie samooceny) są zakazane. Jeżeli więc dane porozumienie – horyzontalne czy wertykalne – nie zawiera „ograniczeń konkurencji” w rozumieniu art. 81 ust. 1 TWE, to nie ma potrzeby stosowania w stosunku do niego ani wyłączenia grupowego (*block exemption*), ani wyłączenia indywidualnego (*individual exemption*) lub wyjątku legalnego.

34. Mimo braku takiego zastrzeżenia, jest oczywiste, że także wszystkie polskie rozporządzenia wyłączające mają zastosowanie tylko do porozumień zawierających „ograniczenia konkurencji”, a więc także prezentowane rozporządzenie znajduje zastosowanie tylko do tych porozumień wertykalnych w sektorze pojazdów samochodowych, które zawierają „wertykalne ograniczenia konkurencji”. Wynika to choćby z samej delegacji do wydawania takich rozporządzeń, aczkolwiek jej konstrukcja ustawowa nie jest zbyt szczęśliwa, skoro nakazuje Radzie Ministrów określić w rozporządzeniu także „klauzule, których występowanie w porozumieniu nie uznaje się za naruszenie art. 5” (art. 7 ust. 2);⁸⁴ klauzule takie nie są przecież „ograniczeniami konkurencji” w rozumieniu art. 5 ust. 1 ustawy.

35. Z dniem wejścia w życie prezentowanego rozporządzenia, zawierane w nim (a zgodnie z jego § 20 ust. 1 także zawarte wcześniej) „porozumienia wertykalne w sektorze pojazdów samochodowych” podlegają ocenie w świetle przepisów art. 5 ust. 1 ustawy oraz tego rozporządzenia. Jeżeli zawierają „ograniczenia konkurencji” w rozumieniu art. 5 ust. 1 ustawy, równocześnie jednak spełniają warunki wyłączenia spod określonego w nim zakazu i nie zawierają enumeratywnie wymienionych klauzul niedozwolonych, to podlegają automatycznemu wyłączeniu spod tego zakazu na gruncie prezentowanego rozporządzenia. Poniżej przedstawione zostaną zakres tego wyłączenia, a następnie klauzule dozwolone, klauzule niedozwolone oraz okres obowiązywania wyłączenia.

3.2. Zakres wyłączenia

3.2.1. Porozumienia wertykalne

36. Przedmiotem wyłączenia ustanowionego przez prezentowane rozporządzenie są „porozumienia wertykalne w sektorze pojazdów samochodowych”. Sektorowe zawężenie tej regulacji nie zmienia faktu, że wyłączenie obejmuje jedynie „porozumienia wertykalne” w rozumieniu polskiego prawa ochrony konkurencji. Wprawdzie ustawa nie zamieściła w słowniczku definicji „porozumień wertykalnych”, ale pośrednio sformułowała ich podstawową cechę wyróżniającą, tj. ich zawieranie „między przedsiębiorcami działającymi na różnych szczeblach obrotu” (art. 6 ust. 1 pkt 2).

Takie rozumienie „porozumień wertykalnych” jest właściwe także dla wspólnotowego prawa konkurencji, co znalazło swoje ostateczne potwierdzenie w rozporządzeniu 1400/2002, które zdefiniowało je jako „porozumienia lub praktyki uzgodnione, w których

⁸⁴ Zob. szerzej: A. Jurkowska, T. Skoczny, *Wyłączenie określonych porozumień specjalizacyjnych i badawczo-rozwojowych spod zakazu porozumień ograniczających konkurencję*, „PPH” 2003, nr 1, s. 11 i nast.

uczestniczą dwa lub więcej przedsiębiorstwa, przy czym każde z nich działa na rzecz porozumienia na innym szczeblu łańcucha produkcyjnego lub dystrybucyjnego” (art. 1 lit. c).

37. Oprócz wspólnego z rozumieniem polskiej ustawy kryterium „działania na różnych szczeblach” obrotu (łańcucha produkcyjnego lub dystrybucyjnego), definicja wspólnotowa wprowadza kryterium działania przez strony takiego porozumienia „na rzecz porozumienia”. Oznacza to, że dla zakwalifikowania określonego porozumienia jako „porozumienia wertykalnego” istotne jest, że jego strony działają na różnych szczeblach obrotu (np. produkcji i sprzedaży hurtowej) w ramach tego porozumienia; ich wzajemne usytuowanie w innych porozumieniach nie ma tu żadnego znaczenia.

Kryterium to (nie występujące w polskiej ustawie) zostało użyte dla zdefiniowania „porozumień wertykalnych” w rozporządzeniu wyłączającym porozumienia wertykalne. Stwierdza ono, że porozumieniami takimi są „porozumienia zawierane między dwoma lub więcej przedsiębiorstwami, działającymi – w ramach takiego porozumienia (podkr. P.D. i T.S.) – na różnych szczeblach obrotu, których celem jest zakup, sprzedaż lub odsprzedaż towarów” (§ 2 pkt 1).

38. Łatwo zauważyć, że inaczej niż w przypadku definicji zawartej we wspólnotowym rozporządzeniu 1400/2002, definicja sformułowana w polskim rozporządzeniu wyłączającym porozumienia wertykalne wprowadza kolejne (trzecie) kryterium je wyróżniające – kryterium celu (zakup, sprzedaż lub odsprzedaż towarów). Tym samym, definicja ta nie ma charakteru uniwersalnego; porozumieniami wertykalnymi mogą być bowiem także porozumienia mające inne cele, czemu jednoznaczny wyraz daje konstrukcja § 4 pkt 1 rozporządzenia wyłączającego porozumień wertykalnych; każe ona uznać za porozumienia wertykalne m.in. np. porozumienia służące przenoszeniu praw własności intelektualnej i przemysłowej lub *know-how* poza sferą obrotu towarowego *sensu stricte*.

39. Definicja „porozumień wertykalnych” zawarta w polskim rozporządzeniu wyłączającym je spod zakazu porozumień ograniczających konkurencję jest więc generalna o tyle, że ma zastosowanie do porozumień służących zakupowi, sprzedaży lub odsprzedaży wszelkich towarów (tj. niezależnie od ich przynależności sektorowej czy branżowej). Samo wyłączenie ustanowione tym rozporządzeniem nie stosuje się jednak do „porozumień wertykalnych... dotyczących dystrybucji i serwisu pojazdów samochodowych (§ 4 pkt 2). Prezentowane rozporządzenie odsyła więc do generalnej definicji „porozumienia wertykalnego” zawartej w rozporządzeniu wyłączającym określone grupy tych porozumień generalnie spod zakazu porozumień ograniczających konkurencję.

40. Tak jak wcześniejsze rozporządzenia wyłączające⁸⁵ rozporządzenie 1400/2002 wyłącza spod zakazu porozumień ograniczających konkurencję porozumienia wertykalne określające zasady „nabywania, sprzedaży lub odsprzedaży” dóbr i usług w sektorze pojazdów samochodowych, a więc nie tylko porozumienia zawierane w celu ich „odsprzedaży”, czyli porozumienia dystrybucyjne; stąd m.in. zmiana tytułu tego aktu. Mimo, że polskie – generalne – wyłączenie określonych porozumień wertykalnych spod zakazu porozumień ograniczających konkurencję nie stosuje się do porozumień wertykalnych

⁸⁵ Zarówno „stare” wyłączenia generalne (rozporządzenia nr 1983/83, nr 1984/83 i nr 447/88), jak i obowiązujące do dnia 1 października 2002 r. rozporządzenie 1475/85, obejmowały przede tylko lub przede wszystkim porozumienia wertykalne określające warunki „odsprzedaży towarów”, a więc tzw. porozumienia dystrybucyjne (zob. szerzej P. Dębowski, T. Skoczny, *Wyłączenie określonych porozumień wertykalnych spod zakazu porozumień ograniczających konkurencję*, „PPH” 2003, nr 2, s. 5 i nast.).

„dotyczących dystrybucji i serwisu pojazdów samochodowych”⁸⁶, a więc nawiązuje do tytułu wspólnotowego rozporządzenia 1475/95, tytuł prezentowanego rozporządzenia nie pozostawia żadnych wątpliwości, że jego zakres przedmiotowy jest – w zasadzie – określony równie szeroko, tj. nie ogranicza się do porozumień służących dystrybucji pojazdów samochodów.

3.2.2. Porozumienia wertykalne w sektorze dystrybucji i serwisu pojazdów samochodowych

41. Prezentowane rozporządzenie wyłącza spod zakazu porozumień ograniczających konkurencję „porozumienia wertykalne w sektorze pojazdów samochodowych”. To – językowo nie najpiękniejsze – określenie zakresu przedmiotowego wyłączenia zostało rozwinięte szczegółowo na trzy sposoby.

42. Po pierwsze, rozporządzenie wyłącza spod zakazu porozumień ograniczających konkurencję trzy grupy porozumień wertykalnych zawieranych w tym sektorze, a mianowicie porozumienia określające zasady „zakupu, sprzedaży lub odsprzedaży”:

- a) nowych pojazdów samochodowych,
- b) części zamiennych do pojazdów samochodowych oraz
- c) usług serwisowych dotyczących pojazdów samochodowych.

Tym samym, podstawowy zakres wyłączenia pokrywa się z zakresem wyłączenia grupowego ustanowionego rozporządzeniem 1400/2002, obowiązującego od dnia 1 października 2002 r.

43. Po drugie, prezentowane rozporządzenie wskazuje na dwa szczególnie rodzaje takich porozumień, które występują w sektorze samochodowym najczęściej; są to:

- a) porozumienia zawierające „zobowiązanie wyłącznej dostawy”⁸⁷ oraz
- b) porozumienia tworzące systemy dystrybucji selektywnej⁸⁸, ilościowej⁸⁹ i jakościowej⁹⁰.

⁸⁶ Zob. § 4 pkt 1 rozporządzenia Rady Ministrów z dnia 13 sierpnia 2002 r. w sprawie wyłączenia określonych porozumień wertykalnych spod zakazu porozumień ograniczających konkurencję (Dz. U. z 2002 r., nr 142, poz. 1189).

⁸⁷ Zdefiniowanych w § 2 pkt 2 rozporządzenia jako „klauzule zawarte w porozumieniach wertykalnych w sektorze pojazdów samochodowych, na mocy których dostawca bezpośrednio lub pośrednio zobowiązuje się sprzedawać towary objęte porozumieniem wyłącznie jednemu nabywcy”.

⁸⁸ Zdefiniowanych w § 2 pkt 3 rozporządzenia jako „system dystrybucji, w którym dostawca bezpośrednio lub pośrednio zobowiązuje się:

- a) sprzedawać towary objęte porozumieniem dystrybutorom lub warsztatom, wybranym w oparciu o szczególne kryteria, w którym ci dystrybutorzy lub te warsztaty zobowiązują się nie sprzedawać tych towarów nieautoryzowanym dystrybutorom lub niezależnym warsztatom, z zachowaniem możliwości sprzedaży części zamiennych niezależnym warsztatom lub udostępniania niezależnym uczestnikom rynku wszelkiej informacji technicznej, sprzętu diagnostycznego, narzędzi i szkoleń, wymaganych do świadczenia usług serwisowych dotyczących pojazdów samochodowych lub do wdrażania środków ochrony środowiska lub
- b) powierzać świadczenie usług serwisowych dotyczących pojazdów samochodowych objętych porozumieniem warsztatom wybranym w oparciu o szczególne kryteria”.

⁸⁹ Zdefiniowanych w § 2 pkt 4 rozporządzenia jako „system dystrybucji selektywnej, w którym dostawca stosuje kryteria wyboru bezpośrednio ograniczające ilość dystrybutorów lub warsztatów”. W Europie prawie wszystkie nowe samochody są sprzedawane w ramach systemu dystrybucji selektywnej ilościowej; tak wynika, z informacji Komisji z 2004 r. Jedyne koncern Suzuki stosuje system dystrybucji wyłącznej (Commission Press Release IP/04/585 z 03.05.2004 r.).

⁹⁰ Zdefiniowanych w § 2 pkt 6 rozporządzenia jako „system dystrybucji selektywnej, w którym dostawca stosuje takie kryteria wyboru dystrybutorów lub warsztatów, które jednocześnie:

- a) mają charakter wyłącznie jakościowy,
- b) są wymagane ze względu na charakter towarów objętych porozumieniem,
- c) zostały ustalone jednolicie dla wszystkich dystrybutorów lub warsztatów ubiegających się o ich włączenie do systemu dystrybucji,
- d) nie są stosowane w sposób dyskryminujący,
- e) nie ograniczają w sposób bezpośredni ilości dystrybutorów lub warsztatów”.

Rada Ministrów chciała w ten sposób podkreślić, że przedmiotem szczególnej oceny na gruncie prawa ochrony konkurencji są te porozumienia, które stanowią podstawę budowy sieci dystrybucyjnych pojazdów samochodowych. Chodzi o to, aby zwłaszcza selektywna dystrybucja pojazdów samochodowych w Polsce odbywała się na takich samych zasadach, na jakich odbywa się na obszarze całego Europejskiego Obszaru Gospodarczego.

44. Po trzecie, tak określony **zakres polskiego wyłączenia** porozumień wertykalnych w sektorze pojazdów samochodowych został przez Radę Ministrów **rozszerzony** o wyłączenie porozumień wertykalnych zawierających postanowienia dotyczące przeniesienia na nabywcę lub wykorzystywania przez nabywcę praw własności intelektualnej i przemysłowej lub *know-how*, jeżeli nie są one objęte wyłączeniem na podstawie rozporządzenia Rady Ministrów w sprawie wyłączenia niektórych kategorii porozumień licencyjnych dotyczących transferu technologii spod zakazu porozumień ograniczających konkurencję⁹¹. Inaczej mówiąc, jeżeli przeniesienie lub wykorzystywanie tych praw lub *know-how* nie służy bezpośrednio transferowi technologii w drodze jej licencjonowania, lecz jest bezpośrednio związane z użytkowaniem, sprzedażą lub odsprzedażą towarów lub usług przez nabywcę lub jego klientów, to – jeżeli spełnia warunki wyłączenia określone w prezentowanym rozporządzeniu – to podlega wyłączeniu na podstawie tego rozporządzenia a nie na podstawie rozporządzenia ustanawiającego wyłączenie grupowe dla porozumień licencyjnych⁹².

45. Trzeba w tym miejscu zauważyć, że Rada Ministrów nie zdecydowała się natomiast na rozciągnięcie wyłączenia porozumień wertykalnych w sektorze samochodowym na:

- a) porozumienia wertykalne zawierane między związkiem przedsiębiorstw i jego członkami, prowadzącymi działalność polegającą na dystrybucji pojazdów samochodowych lub części zamiennych do nich albo świadczącymi usługi naprawcze i przeglądowe, lub między takim związkiem a jego dostawcami, jak to uczyniło rozporządzenie 1400/2002⁹³;
- b) porozumienia wertykalne zawierane między przedsiębiorcami będącymi konkurentami, nawet w przypadku określonych porozumień niewzajemnych, choćby w zakresie, w jakim poddaje je takiemu wyłączeniu rozporządzenie 1400/2002 r.⁹⁴

Jest to rozwiązanie konsekwentne, gdyż porozumienia tego rodzaju nie zostały objęte także generalnym wyłączeniem porozumień wertykalnych, a ponadto są one w Polsce ciągle raczej rzadkie.

Jest oczywiste, że podlegały one ocenie na gruncie art. 5–7 ustawy; po przeprowadzeniu dotyczącego takiego porozumienia postępowania antymonopolowego, Prezes Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów (UOKiK) mógł na gruncie tej ustawy wydać decyzję o niestwierdzeniu stosowania praktyk ograniczających konkurencję, jeżeli

⁹¹ Zob. rozporządzenie Rady Ministra z dnia 30 lipca 2002 r. w sprawie wyłączenia niektórych kategorii porozumień dotyczących transferu technologii spod zakazu porozumień ograniczających konkurencję (Dz. U. z 2002 r., nr 137, poz. 1152).

⁹² Zob. art. 2 ust. 2 lit. a) rozporządzenia 1400/2002; przepis ten zastrzega wszakże, że wyłączenie stosuje się pod warunkiem, że postanowienia te nie zawierają ograniczeń konkurencji w odniesieniu do towarów lub usług objętych porozumieniem, mających ten sam przedmiot lub skutek, jak porozumienia wertykalne, które nie podlegają wyłączeniu na gruncie niniejszego Rozporządzenia.

⁹³ Zob. art. 2 ust. 2 lit. b) rozporządzenia 1400/2002.

⁹⁴ Zob. art. 2 ust. 2 lit. b) rozporządzenia 1400/2002.

porozumienie spełniało przesłanki art. 7 ust. 1 ustawy, chociaż nie było objęte wyłączeniem ustanowionym przez prezentowane rozporządzenie (art. 11 ust. 2 ustawy)⁹⁵.

3.3. Warunki dopuszczalności wyłączenia

3.3.1. Podstawowy warunek wyłączenia

46. Ze względu na zakres delegacji określonej w art. 7 ust. 2 ustawy, Rada Ministrów zobowiązana była do ustanowienia warunków dopuszczalności wyłączenia grupowego tj. „warunków, jakie muszą być spełnione, aby porozumienie mogło być uznane za wyłączone spod zakazu” (art. 7 ust. 2 pkt 1). Warunki wyłączenia określone w polskim rozporządzeniu samochodowym są tego samego rodzaju jak te, które zostały przyjęte we wspólnotowym rozporządzeniu 1400/2002. Są to zarówno warunki ilościowe o charakterze ekonomicznym (w szczególności progi udziału w rynku), jak i jakościowe o charakterze formalnoprawnym (dotyczące samej treści/klauzul porozumienia wertykalnego).

47. Wzorując się na obowiązującym rozporządzeniu wspólnotowym, które jest oparte na ekonomicznym podejściu⁹⁶ do oceny zakresu dopuszczalności porozumień wertykalnych, w tym w szczególności porozumień dystrybucyjnych w sektorze samochodowym, Rada Ministrów w przedmiotowym rozporządzeniu uznała za podstawowy (decydujący) warunek wyłączenia kryterium wielkości udziału w rynku właściwym⁹⁷ stron porozumienia. Opowiedziała się ona tym samym – tak jak organy wspólnotowe – za dokonywaniem indywidualnej oceny skutków porozumień samochodowych (systemów dystrybucji) w szerokim kontekście ekonomicznym, ze szczególnym uwzględnieniem efektywności gospodarczej sieci dystrybucyjnych i siły rynkowej przedsiębiorców (uczestników porozumień).

W prezentowanym rozporządzeniu kryterium udziału w rynku uczestników porozumienia zostało określone w sposób identyczny, jak w rozporządzeniu nr 1400/2002.

W zależności od rodzaju formuły dystrybucji (porozumień ustanawiających systemy dystrybucji) przyjęto odmienne rozwiązania dotyczące progów udziału w rynku. Z zasady wyłączenie ustanowione prezentowanym rozporządzeniem stosuje się wówczas, gdy łączny udział dostawcy i grupy kapitałowej, do której należy dostawca w rynku właściwym nie przekracza 30% (§ 4 ust. 1). W przypadku porozumień tworzących systemy dystrybucji selektywnej jakościowej, które na ogół mają skutki prokonkurencyjne, przysługuje ono niezależnie od udziału w rynku stron porozumienia (§ 4 ust. 3). Z kolei w odniesieniu do porozumień ustanawiających system dystrybucji selektywnej ilościowej nowych samochodów, udział ten nie może przekraczać 40% (§ 4 ust. 2). W przypadku porozumień o wyłącznej dostawie lub wyłącznej dystrybucji⁹⁸ wyłączenie grupowe ma

⁹⁵ Zob. szerzej [w:] P. Dębowski, T. Skoczny, *Wyłączenie określonych porozumień wertykalnych ...*, op. cit., s. 8.

⁹⁶ Zob. J. Faull, A. Nikpay, *The EC Law of Competition*, op. cit., s. 1669; R. Poździk, *Dystrybucja produktów...*, op. cit., s. 142; F. Wijckmans, F. Tuytschaever, A. Vandereelst, *Vertical Agreements ...*, op. cit., s. 310; E. Wojtaszek-Miik, *Porozumienia wertykalne w sektorze pojazdów samochodowych*, „KPPubl.” 2003, nr 4, s. 150.

⁹⁷ Ilościowy warunek wyłączenia został po raz pierwszy wprowadzony w rozporządzeniu 2790/1999. Poprzednio obowiązujące rozporządzenia wyłączeniowe dotyczące porozumień wertykalnych, tak generalne, jak i w sektorze samochodowym w ogóle progów udziału w rynku nie zawierały.

⁹⁸ Pomimo, że w prezentowanym rozporządzeniu – tak jak w rozporządzeniu 1400/2002 – nie wskazano i nie zdefiniowano porozumień o wyłącznej dystrybucji (systemów, zobowiązań wyłącznej dystrybucji) mogą one po spełnieniu odpowiednich warunków być przedmiotem omawianego wyłączenia; w obu rozporządzeniach

zastosowanie, jeżeli nie został przekroczony 30% próg udział w rynku nabywcy i grupy kapitałowej, do której należy nabywca (§ 4 ust. 4).

48. Określenie udziału w rynku dostawcy lub nabywcy wymaga wyznaczenia rynku właściwego zarówno w wymiarze produktowym, jak i geograficznym.

W świetle prezentowanego rozporządzenia oraz rozporządzenia 1400/2002 rynek właściwy produktowo winien być co do zasady zdefiniowany oddzielnie dla nowych pojazdów samochodowych, części zamiennych oraz usług serwisowych⁹⁹. Przykładowo, aby określić rynek produktowy w odniesieniu do porozumień dotyczących dystrybucji nowych samochodów osobowych należy uwzględnić samochody osobowe, które z punktu widzenia konsumenta są względem siebie substytucyjne, ze względu na ich właściwości, ceny i przeznaczenie (substytucyjność popytu). Istotne znaczenia może mieć także rodzaj szczebla dystrybucji (obróć hurtowy lub detaliczny), na którym zawarto dane porozumienie oraz istnienie łańcuchów substytucji pomiędzy pojazdami, które nie są bezpośrednimi substytutami¹⁰⁰.

W celu oceny substytucyjności, a zarazem zdefiniowania rynku produktowego, pomocne może być odwołanie się do stosowanego przez KE kryterium klasy (segmentu) samochodów, wyodrębnionego na podstawie wielkości i ceny pojazdów¹⁰¹. Uwzględniając to kryterium, rynkiem właściwym produktowo będzie każdorazowo rynek określonego segmentu pojazdów, np. aut małych/miejskich, które znajdują się w podobnym przedziale cenowym. W przypadku, gdy z zachowań konsumentów wynika, że samochód z tego segmentu konkuruje z samochodami klasy średniej (autami kompaktowymi), rynek właściwy winien zostać rozszerzony o te pojazdy¹⁰².

W świetle powyższych uwag, rynkiem właściwym produktowo w odniesieniu do nowych pojazdów samochodowych, a w szczególności do samochodów osobowych nie zawsze będzie rynek sprzedaży nowych samochodów obejmujący wszystkie marki danego producenta¹⁰³. W swoich decyzjach dotyczących przykładowo dystrybucji samochodów

zdefiniowano jedynie „zobowiązanie wyłącznej dostawy”, które na gruncie prawa WE odróżnia się od wyłącznej dystrybucji.

⁹⁹ Zob. art. § 6 ust. 1 prezentowanego rozporządzenia i art. 8 ust. 1 rozporządzenia 1400/2002. Zdaniem KE można zdefiniować odrębne rynki, które obejmują łącznie pojazdy samochodowe i części zamienne do nich, uwzględniając między innymi okres eksploatacji pojazdu oraz preferencje i zachowania nabywcy ostatecznych użytkowników (zob. rozdz. 6.1 pkt 2 broszury wyjaśniającej).

¹⁰⁰ Zob. rozdz. 6.1 pkt 5 broszury wyjaśniającej. Zdaniem F. Wijckmansa, F. Tuytschaevera i A. Vanderelesta (*Vertical Agreements ...*, op. cit., s. 329) rynek właściwy produktowo należy zdefiniować w obrębie każdego kraju, dla danego segmentu pojazdów, nie uwzględniając szczebla handlu (dystrybucji) lub łańcuchów substytucji.

¹⁰¹ Zob. decyzję KE w sprawie *Mercedes-Benz* (Dz. U. WE 2002 L257/1). Komisja wyróżnia następujące segmenty rynku samochodowego: A – auta bardzo małe/mini (np. Toyota Ago, Peugeot 107, Fiat 500); B – auta małe/subkompaktowe (np. Ford Fiesta, Mazda 2, Opel Corsa); C – auta średnie/kompaktowe (np. Seat Cordoba, Citroën Xsara, VW Golf); D – auta klasy średniej wyższej (np. Nissan Primera, Renault Laguna, Honda Accord); E – auta duże (np. Volvo S80, Audi A6, BMW 5); F – auta luksusowe (np. Jaguar XJ, Lexus LS, Maybach 62); G – auta sportowe (np. Porsche 911, Ferrari 360 Modena, Audi R8); H – kabriolety (Ferrari F-430 Spider, Honda S2000, Alfa Romeo Spider); I – auta terenowe oraz tzw. SUVy (np. Toyota Land Cruiser 100, VW Touareg, BMW X3); J – vany (np. Chrysler Voyager, Ford Focus C-Max, Renault Espace).

¹⁰² Zob. D. Miąsik, R. Poźdźki, *Dystrybucja samochodów osobowych a członkostwo Polski w Unii Europejskiej. Uwagi na tle rozporządzenia Komisji Europejskiej nr 1400/2002 (cz. I)*, „PUE” 2004, nr 3, s. 13.

¹⁰³ Zob. przeciwnie stanowisko Prezesa UOKiK w decyzji z dnia 22 stycznia 2004 r., nr RKT – 1/2004 (Dz. Urz. UOKiK nr 2/2004, poz. 293); wyrok SOKiK z dnia 7 listopada 2005 r., sygn. XVII Ama 26/04 (Dz. Urz. UOKiK nr 1/2006, poz. 15) Analizując nowe umowy dystrybucji samochodów osobowych Porsche, KE wyróżniła dwa rynki właściwe produktowo. Pierwszy z nich – rynek samochodów sportowych – obejmował typowe coupe, kabriolety oraz drogie samochody osobowe wyposażone w mocne silniki i sportowe podwozie. Drugi to rynek tzw. SUV-ów (*sport utility vehicles*) (Commission Press Release, IP/04/85 z 03.05.2004 r.)

ciężarowych KE wyodrębniła np. rynek lekkich samochodów użytkowych, rynek lekkich ciężarówek (poniżej 5 ton), rynek średnich ciężarówek (między 5–16 ton) oraz rynek dużych ciężarówek (powyżej 16 ton)¹⁰⁴.

Rynek właściwy produktowo w odniesieniu do części zamiennych i usług serwisowych obejmuje na ogół pakiet zakontraktowanych towarów – części zamienne i ich substytuty¹⁰⁵ – oraz usługi (naprawcze, przeglądowe), pomoc techniczną i licencje w zakresie praw własności intelektualnej i przemysłowej.

49. Rynkiem właściwym geograficznie w przypadku porozumień dotyczących dystrybucji pojazdów samochodowych, części zamiennych oraz świadczenia usług serwisowych w Polsce będzie terytorium całego kraju¹⁰⁶. Na tym terytorium istnieją, bowiem zbliżone warunki dystrybucji samochodów osobowych przez importerów lub producentów w ramach sieci dystrybucji¹⁰⁷.

50. Prezentowane rozporządzenie przewiduje możliwość zachowania wyłączenia pomimo przekroczenia wskazanych wyżej progów udziału w rynku, jeżeli przekroczenie nie jest nadmierne pod względem procentowym i czasowym. Regulacje przyjęte w § 5 rozporządzenia są takie same, jak przepisy zawarte w art. 8 ust. 2 lit. c), d), e) rozporządzenia 1400/2002.

51. Sposoby obliczania udziałów w rynku wskazane w przedstawianym rozporządzeniu (§ 6) zostały ukształtowane, podobnie jak w rozporządzeniu 1400/2002 (art. 8 ust. 1) i rozporządzeniu 2790/1999 (art. 9 ust. 1). Zasady dotyczące obliczania udziałów rynkowych zostały zróżnicowane w zależności od rodzaju produktów (samochody, części zamienne, usługi serwisowe) objętych porozumieniem wertykalnym.

W przypadku dystrybucji nowych pojazdów samochodowych należy wziąć pod uwagę wielkość sprzedaży dostawcy w stosunku do łącznej ilości sprzedanych samochodów (pojazdów kontraktowych i ich substytutów) na rynku właściwym (§ 6 ust. 1 pkt 1). W sytuacji, gdy brak danych dotyczących wielkości sprzedaży, można wykorzystać dane odnoszące się do wartości sprzedaży (§ 6 ust. 2 pkt 1). Prezentowane rozporządzenie oraz rozporządzenie 1400/2002 preferuje zatem sposób obliczania udziału w rynku oparty na wielkości sprzedaży¹⁰⁸, odchodząc jednocześnie od korzystania w pierwszej kolejności ze standardowej metody liczenia udziału rynkowego koncentrującej się na wartości sprzedaży, którą przewidują zarówno polskie, jak i wspólnotowe generalne rozporządzenia wyłączeniowe dotyczące porozumień wertykalnych¹⁰⁹. Wyjątkowo, jeżeli niedostępne są dane co do wielkości czy wartości sprzedaży, można uwzględnić inne

¹⁰⁴ Zob. decyzje KE w sprawach: *Renault/Volvo* (Dz. U. EWG 1990 C 281/0); *Renault/Nissan* (Dz. U. WE 1999 C 178/14); *Volvo/Scania* (Dz. U. WE 2001 L 143/74).

¹⁰⁵ W przypadku wielu części zamiennych – ze względu na brak towarów substytucyjnych (produktów wykorzystywanych w nieskomplikowanych czynnościach naprawy i serwisowania) – rynek właściwy produktowo obejmuje części zamienne dla konkretnej marki pojazdu (zob. rozdz. 6.1 pkt 2, przyp. 187 Broszury wyjaśniającej).

¹⁰⁶ Decyzja Prezesa UOKiK z dnia 24 maja 2001 r., nr RWA-29/2001 (Dz. Urz. UOKiK nr 2/2001, poz. 22).

¹⁰⁷ Decyzja Prezesa UOKiK z dnia 10 listopada 2004 r., nr RPZ-400/52/04BT (niepubl.)

¹⁰⁸ Dane statystyczne dotyczące wielkości sprzedaży – ze względu na obowiązek rejestracji – są łatwo dostępne w sektorze samochodowym.

¹⁰⁹ Zob. art. 9 ust. 1 rozporządzenia 2790/1999 oraz § 5 ust. 1 rozporządzenia Rady Ministrów z dnia 19 listopada 2007 r. w sprawie wyłączenia niektórych rodzajów porozumień wertykalnych spod zakazu porozumień ograniczających konkurencję (Dz. U. 2007 nr 230, poz. 1691). Krytyczne uwagi dotyczące sposobu obliczania udziału w rynku na podstawie wielkości sprzedaży przedstawiono w artykule Automotive Sector Groups of Houthoff, B. i L. Wolters, W. Kirkpartick, *Flawed Reform...*, op. cit., s. 258–259.

wiarygodne (obiektywne, fachowe, pochodzące z niezależnego źródła) informacje rynkowe (§ 6 ust. 2 pkt 3).

Przy obliczaniu udziału w rynku – w odniesieniu do dystrybucji części zamiennych – bierze się pod uwagę wartość sprzedaży tych części przez dostawcę w odniesieniu do łącznej wartości sprzedaży części zamiennych (zarówno oryginalnych, jak i o porównywalnej wielkości) na rynku krajowym (§ 6 ust. 1 pkt 2). W razie, gdy niedostępne są dane dotyczące wartości sprzedaży można skorzystać z danych dotyczących wielkości sprzedaży lub innych wiarygodnych informacji rynkowych (§ 6 ust. 2 pkt 2 i 3).

Szczególny sposób obliczania udziału w rynku przyjęto w przypadku świadczenia usług serwisowych. Należy tu bowiem uwzględnić łączną wartość usług objętych porozumieniem i usług uznawanych za ich substytut¹¹⁰, sprzedanych przez wszystkich członków sieci dystrybucyjnej dostawcy (§ 6 ust. 1 pkt 3). W tym celu trzeba wziąć pod uwagę obrót osiągnięty przez sieć obsługi serwisowej np. na szczeblu sprzedaży detalicznej¹¹¹. Brak danych odnośnie wartości sprzedaży pozwala sięgnąć do danych dotyczących wielkości sprzedaży, a w razie ich niedostępności do innych wiarygodnych informacji rynkowych (§ 6 ust. 2 pkt 2 i 3).

52. W przypadku porozumień wertykalnych zawierających zobowiązania wyłącznej udział w rynku nabywcy oblicza się na podstawie wielkości lub wartości zakupów rynkowych, a w razie braku tych danych na podstawie ich szacunkowego obliczenia (§ 6 ust. 3).

53. Przy obliczaniu udziału w rynku należy korzystać z danych dotyczących roku kalendarzowego poprzedzającego zawarcie porozumienia (§ 6 ust. 4), co wynika z konieczności ograniczenia stosowania wyłączenia grupowego jedynie do podmiotów rzeczywiście niedysponujących władzą rynkową¹¹². Nie ma potrzeby uwzględniania sprzedaży dokonywanej między przedsiębiorcami należącymi do jednej grupy kapitałowej; liczy się zatem tylko wartość transakcji dokonywanych z podmiotami spoza grupy (§ 6 ust. 5).

3.3.2. Pozostałe warunki wyłączenia

54. Pozostałe warunki (klauzule, zobowiązania), umożliwiające wyłączenie w drodze omawianego rozporządzenia wertykalnych porozumień samochodowych, mają charakter jakościowy (formalnoprawny). Większość z nich została ukształtowana na wzór ogólnych warunków wyłączenia przewidzianych w rozporządzeniu 1400/2002 (art. 3 ust. 3–5).

Wspomniane warunki określają treść porozumień wertykalnych, zapewniając relatywnie stabilne ramy umowne, które pozwalają na przeniesienie korzyści wynikających z wybranego systemu dystrybucji i oszczędności kosztów na konsumentów¹¹³. Z drugiej strony, mają one przede wszystkim na celu wzmocnienie pozycji rynkowej dystrybutorów (dealerów) względem dostawców (producentów, krajowych importerów).

55. Pierwszy z warunków, który musi spełnić (obligatoryjnie) porozumienie wertykalne zawarte z dystrybutorem lub warsztatem, aby uzyskać wyłączenie, stanowi klauzula, w której dostawca „zgadza się na przekazanie praw i zobowiązań wynikających z tego porozumienia innemu dystrybutorowi lub warsztatowi działającemu w ramach systemu dystrybucji, wybranemu przez tego dystrybutora lub warsztat” (§ 7). Celem

¹¹⁰ Warto tu zauważyć, że usługi serwisowe (naprawy, przeglądy) są często traktowane jako usługi specyficzne dla danej marki pojazdu, stąd też nie są one automatycznie uznawane za substytucyjne względem innych marek samochodów (Commission Press Release, IP/03/80 z 20.01.2003r.).

¹¹¹ Zob. F. Wijckmans, F. Tuytschaever, A. Vanderelst, *Vertical Agreements ...*, op. cit., s. 333.

¹¹² Tamże, s. 118.

¹¹³ Zob. rozdz. 4.3.2., pkt. 8 broszury wyjaśniającej.

tej klauzuli jest ochrona niezależności dystrybutora¹¹⁴ (warsztatu), który może przejąć wszelkie prawa i obowiązki związane z prowadzoną działalnością na rzecz podmiotu trzeciego, tj. innego dystrybutora lub warsztatu funkcjonującego w ramach sieci danego producenta. Innymi słowy dostawca musi zgodzić się na przeniesienie przez swego autoryzowanego dealera np. prawa własności punktu sprzedaży samochodów, na innego autoryzowanego dealera. Ponadto istotne jest to, że dystrybutor lub warsztat mają możliwość swobodnego (samodzielnego) wyboru tego kontrahenta. W świetle pkt 10 preambuły rozporządzenia 1400/2002, klauzula ta ma wspierać integrację rynku i pozwolić dystrybutorom i autoryzowanym warszatom na dokonywanie zakupu innych przedsiębiorstw z sektora samochodowego.

56. Drugi z warunków, którego spełnienie jest konieczne do uzyskania wyłączenia, przewiduje umieszczenie w porozumieniu wertykalnym klauzuli że „wypowiedzenie porozumienia przez dostawcę może zostać dokonane wyłącznie w formie pisemnej, z podaniem szczegółowego uzasadnienia rozwiązania porozumienia, co ma zapobiec rozwiązaniu przez dostawcę porozumienia z dystrybutorem lub warszatem, z uwagi na stosowanie przez nich praktyk dopuszczalnych na podstawie rozporządzenia” (§ 8). Klauzula ta, pod rygorem nieważności porozumienia, wprowadza pisemną formę wypowiedzenia, które musi być obligatoryjnie uzasadnione. Przyczyna rozwiązania porozumienia za wypowiedzeniem musi być obiektywna, szczegółowa i rzeczywiście istnieć¹¹⁵. Celem takiej regulacji jest potrzeba zrównoważenia pozycji kontraktowej stron porozumienia¹¹⁶. Ma ona uniemożliwić dostawcom rozwiązanie porozumienia, gdy dystrybutor lub warsztat podejmuje działania prokonkurencyjne np. aktywna lub pasywna sprzedaż samochodów zagranicznym konsumentom, świadczenie usług w zakresie wielu marek pojazdów¹¹⁷.

57. Trzeci z warunków uzależnia przyznanie przedmiotowego wyłączenia od określenia minimalnych okresów obowiązywania i wypowiedzenia porozumień wertykalnych w sektorze samochodowym (§ 9). Ma on zastosowanie jedynie do porozumień zawieranych między dostawcą nowych pojazdów samochodowych a dystrybutorem lub autoryzowanym warszatem¹¹⁸. Celem tego warunku jest konieczność ochrony trwałości stosunku prawnego między dystrybutorami i dostawcami samochodów¹¹⁹.

Wyłączenie – tak, jak w rozporządzeniu 1400/2002 (art. 3 ust. 5) – uzyskuje porozumienie, które zostało zawarte na okres co najmniej 5 lat lub na czas nieokreślony. W przypadku, gdy porozumienie zawarto na czas określony (minimum 5 lat) każda ze stron zobowiązana jest powiadomić drugą stronę o zamiarze nieprzedłużenia porozumienia w terminie, co najmniej 6 miesięcy, przed upływem jego okresu obowiązywania (§ 9 ust. 1 pkt 1). Żadna ze stron nie musi uzasadniać, dlaczego nie chce przedłużyć

¹¹⁴ Zob. J. Faull, A. Nikpay, *The EC Law of Competition*, op. cit., s. 1670–1673

¹¹⁵ Zob. art. 3 ust. 4 rozporządzenia 1400/2002; rozdz. 5.3.8., pyt. 70 broszury wyjaśniającej.

¹¹⁶ Zob. E. Wojtaszek-Mik, *Porozumienia wertykalne w sektorze pojazdów* ..., op. cit., s. 151. Celem tej klauzuli jest wyjaśnienie dystrybutorowi, dlaczego porozumienie dystrybucyjne zostało wypowiedziane, a także ułatwienie mu zaskarżenia wypowiedzenia przed sądem krajowym (zob. J. Faull, A. Nikpay, *The EC Law of Competition*, op. cit., s. 1673).

¹¹⁷ Zob.: pkt 9 preambuły rozporządzenia 1400/2002; orzeczenie ETS w sprawie C-421/05 *City Motors Groep NV v. Citroën Belux NV* (Zb. Orz. 2007, I-653).

¹¹⁸ Jego zakres jest zatem bardziej ograniczony aniżeli zakres klauzuli dotyczącej przeniesienia praw i obowiązków wynikających z porozumienia (§ 7), który obejmował dystrybucję nowych samochodów, części zamiennych oraz świadczenie usług serwisowych.

¹¹⁹ Zob. D. Miąsik, R. Poźdźik, *Dystrybucja samochodów osobowych a członkostwo Polski w Unii Europejskiej. Uwagi na tle rozporządzenia Komisji Europejskiej nr 1400/2002 (cz. II)*, „PUE” 2004, nr 4, s. 23 i nast.; E. Wojtaszek-Mik, *Porozumienia wertykalne w sektorze pojazdów*..., op. cit., s. 152.

porozumienia¹²⁰. Jeżeli porozumienie zostało zawarte na czas nieokreślony, okres jego wypowiedzenia musi wynosić co najmniej 2 lata (§ 9 ust. 1 pkt 2). Wyjątkowo – w dwóch przypadkach – strony mogą skrócić okres wypowiedzenia do 1 roku. Po pierwsze, wypowiedzenie ulega skróceniu, jeżeli „z przepisów prawa lub z warunków porozumienia wiążącego dostawcę wynika dla niego obowiązek zapłaty odpowiedniego odszkodowania za rozwiązanie porozumienia” (§ 9 ust. 1 pkt 3 lit. a). Ponieważ prezentowane rozporządzenie nie określa, jakie odszkodowanie będzie uznane za odpowiednie, należy stosować przepisy kodeksu cywilnego dotyczące niewykonywania zobowiązań¹²¹. Po drugie, okres wypowiedzenia będzie skrócony do roku, gdy „dostawca rozwiązuje porozumienie ze względu na konieczność reorganizacji całej sieci dystrybucji lub znacznej jej części” (§ 9 ust. 1 pkt 3 lit. b)¹²². Pojęcie „reorganizacji sieci dystrybucji” nie zostało zdefiniowane ani w przepisach wspólnotowego, ani w regulacjach prezentowanego rozporządzenia. Na temat potrzeby dokonania reorganizacji całości lub znacznej części sieci dystrybucji wypowiedział się natomiast ETS w sprawie C-125/05 *Vulcan Silkeborg v. Skandinavisk Motor Company*¹²³. Konieczność reorganizacji sieci musi być niewątpliwie obiektywna i rzeczywista. Ponadto, może ona wynikać z dążenia do zachowania konkurencji lub z innych przyczyn ekonomicznych (np. spadku sprzedaży samochodów, zamknięcia fabryki czy zmniejszenia dostaw)¹²⁴. Należy podkreślić, że samo wejście w życie omawianego rozporządzenia nie uzasadniało reorganizacji sieci dystrybucji danego producenta (dostawcy)¹²⁵. Jednakże ze względu na specyficzną organizację sieci dystrybucji każdego z dostawców, wejście w życie tego rozporządzenia mogło uczynić koniecznym dokonanie na tyle istotnych zmian, że stanowią one rzeczywistą organizację tych sieci¹²⁶.

Regulacja dotycząca okresów trwania i wypowiedzenia wertykalnych porozumień samochodowych (§ 9 ust. 1) nie pozwala na wypowiedzenie porozumienia z powodu rażącego naruszenia jego istotnych warunków (§ 9 ust. 2). W takim przypadku strony mogą rozwiązać porozumienie ze skutkiem natychmiastowym tzn. bez zachowania terminów wypowiedzenia, aczkolwiek po pisemnym zawiadomieniu¹²⁷.

58. Ostatni z warunków ustanowiony w § 10 ust. 1 prezentowanego rozporządzenia uzależnia przyznanie wyłączenia od zapewnienia przez producenta (dostawcę) wszystkim zainteresowanym niezależnym uczestnikom rynku „dostępu do informacji technicznej, sprzętu diagnostycznego i innego wyposażenia, włącznie z odpowiednim oprogramowaniem lub szkoleń [...]” w takim samym zakresie i na jednakowych zasadach, jak

¹²⁰ Zob. rozdz. 5.3.8., pyt. 71 broszury wyjaśniającej.

¹²¹ W przypadku braku w porozumieniu klauzuli o karze umownej (art. 483–485 k.c.), przy jednoczesnym zawarciu przez strony rocznego okresu wypowiedzenia, odszkodowanie będzie określane na zasadach wskazanych w art. 473 § 1 k.c. w związku z art. 471 k.c.

¹²² Zob. także art. 3 ust. 5 lit. b rozporządzenia 1400/2002.

¹²³ Zb. Orz. 2006, I-7637. W tym orzeczeniu ETS stwierdził, że reorganizacja całości lub znacznej części sieci dystrybucji wiąże się z dokonaniem istotnej zmiany struktur dystrybucji danego dostawcy tak pod względem merytorycznym, jak i terytorialnym, która musi zostać uzasadniona w wiarygodny sposób względami efektywności gospodarczej opartymi na obiektywnych okolicznościach wewnętrznych lub zewnętrznych w stosunku do przedsiębiorstwa dostawcy, które ze względu na konkurencyjne środowisko, w którym prowadzi działalność ten dostawca, mogłoby w braku szybkiej reorganizacji sieci dystrybucji zagrożić efektywności istniejących struktur tej sieci.

¹²⁴ Zob. rozdz. 5.3.8., pyt. 68 Broszury wyjaśniającej.

¹²⁵ Zob. J. Faull, A. Nikpay, *The EC Law of Competition*, op. cit., s. 1674.

¹²⁶ Zob. orzeczenie ETS w sprawie C-376/05 i C-377/05 A. Brünsteiner, *Autohaus Hilgert v. Bayerische Motorwerk (BMW)* (Zb. Orz. 2006, I-11383).

¹²⁷ Zob. rozdz. 5.3.8., pyt. 69 Broszury wyjaśniającej.

warsztatom autoryzowanym¹²⁸. W przypadku niespełnienia tego warunku, wertykalne porozumienia samochodowe nie będą objęte przywilejem wyłączenia¹²⁹.

W prezentowanym rozporządzeniu pojęcie „niezależnego uczestnika rynku” zostało zdefiniowane nieco bardziej precyzyjnie, aniżeli w rozporządzeniu 1400/2002¹³⁰. Obie regulacje zawierają natomiast szeroką, otwartą i identyczną listę podmiotów uznawanych za niezależnych uczestników rynku¹³¹.

Zakres tego dostępu został określony poprzez przykładowe wskazanie rodzaju uprawnień i informacji, z których mogą korzystać niezależni uczestnicy rynku (§ 10 ust. 2). Producenci samochodów zostali zobowiązani zapewnić powyższy dostęp w sposób niedyskryminujący (niezależni uczestnicy rynku i warsztaty autoryzowane muszą mieć taki sam dostęp do wskazanych informacji), bezzwłoczny (przyznanie wspomnianym podmiotom dostępu w tym samym czasie, na żądanie, bez zbędnej zwłoki), proporcjonalny¹³² i umożliwiający wykorzystanie dostarczonych informacji¹³³ (art. 10 ust. 3). W związku z tym, że niektóre informacje techniczne, sprzęt diagnostyczny, czy oprogramowanie komputerowe są objęte ochroną na podstawie praw własności intelektualnej lub przemysłowej albo know-how, dostawca nie może wykorzystywać tych praw do odmowy dostępu niezależnym uczestnikom rynku jako, że taka odmowa może być uznawana za nadużycie pozycji dominującej¹³⁴. Przykładowo w orzeczeniu w sprawie 238/87 *AB Volvo v. Erik Veng*¹³⁵ ETS stwierdził, że odmowa przez właściciela zarejestrowanego wzoru użytkowego odnośnie nadwozi samochodowych, sprzedaży części zamiennych do tych

¹²⁸ Dostawcy zostali zobowiązani do ujawniania wszelkich tego rodzaju informacji w przypadku nowych modeli samochodów (Por. Rozporządzenie (WE) nr 715/2007 Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 20 czerwca 2007 r. w sprawie homologacji typu pojazdów silnikowych w odniesieniu do emisji zanieczyszczeń pochodzących z samochodów osobowych i lekkich pojazdów użytkowych/ciężarowych? (Euro5 i Euro6) oraz w sprawie dostępu do informacji dotyczących naprawy i utrzymania pojazdów, które wejdzie w życie 1 września 2009 r., Dz. U. UE L 171/1). Z drugiej strony mają oni prawo uniemożliwić dostęp do informacji technicznych, które mogłyby pozwolić osobom trzecim obejść lub rozbroić urządzenia anty-kradzieżowe, rozkalibrować urządzenia elektroniczne lub manipulować przy przyrządach, które – na przykład – ograniczają prędkość pojazdu. (pkt 26 preambuły rozporządzenia 1400/2002; rozdz. 5.5.1, pyt. 94 broszury wyjaśniającej).

¹²⁹ W świetle rozporządzenia 1400/2002 (art. 4 ust. 2) klauzula o odmowie dostępu do informacji technicznych, sprzętu diagnostycznego i innego wyposażenia (...) stanowi jedno z najcięższych ograniczeń (*hardcore restrictions*) w zakresie sprzedaży części zamiennych i świadczenia usług serwisowych, które powoduje utratę wyłączenia grupowego w odniesieniu do całego porozumienia.

¹³⁰ Zob. § 10 ust. 4 prezentowanego rozporządzenia i art. 4 ust. 2 rozporządzenia 1400/2002.

¹³¹ W rozumieniu § 10 ust. 4 prezentowanego rozporządzenia, podobnie jak w znaczeniu art. 4 ust. 2 rozporządzenia 1400/2002, niezależnymi uczestnikami rynku są przedsiębiorcy nienależący do systemu dystrybucji, którzy są bezpośrednio lub pośrednio zaangażowani w świadczenie usług serwisowych dotyczących pojazdów samochodowych, a w szczególności niezależne warsztaty, producenci sprzętu lub narzędzi serwisowych, niezależni dystrybutorzy części zamiennych, wydawcy informacji technicznej, kluby automobilowe, przedsiębiorcy świadczący pomoc drogową, oferujący usługi kontroli i testowania oraz oferujący usługi szkolenia i doskonalenia dla warsztatów i ich pracowników

¹³² Proporcjonalność dostępu oznacza umożliwienie przez dostawcę niezależnym uczestnikom rynku nabywania informacji technicznych dotyczących nowych samochodów, które są im niezbędne do realizacji określonych zadań (zob. pkt 26 preambuły do rozporządzenia 1400/2002)

¹³³ Przykładowo, jeżeli producent zapewnia pomoc techniczną swoim autoryzowanym warsztatom za pomocą specjalnej linii telefonicznej lub Internetu, pomoc taką muszą otrzymywać także niezależni uczestnicy rynku (rozdz. 5.5.1, pyt. 86 broszury wyjaśniającej). Przypadki niewłaściwego udostępniania informacji technicznych zostały wskazane w decyzjach Komisji z 13 września 2007 r. w sprawach: *DaimlerChrysler* (Dz. U. UE L 317, s. 76–78); *Fiat* (Dz. U. UE L 332, s. 77–79); *Toyota* (Dz. U. UE L 329, s. 52–55) i *Opel* (Dz. U. UE L 330, s. 44–47).

¹³⁴ Zob. rozdz. 5.5.1 broszury wyjaśniającej.

¹³⁵ Zob. wyrok ETS w sprawie 238/87 *AB Volvo v. Erik Veng (UK) Ltd.* (Zb. Orz. 1988, 6211).

nadwozi, ustalanie cen części na nieuczciwym poziomie lub zaprzestanie ich produkcji podlega zakazowi z art. 82 TWE.

4. Klauzule dozwolone

59. Stosując się do bezwzględneho wymogu § 1 pkt 2 rozporządzenia, Rada Ministrów określiła w nim m.in. tzw. klauzule dozwolone (białe), tj. „klauzule, których występowanie w porozumieniu nie uznaje się za naruszenie art. 5 ustawy” [uokik z 2000 r.]. Rada Ministrów musiała więc zachować się inaczej niż prawodawca wspólnotowy, który w rozporządzeniu 1400/2002 odstąpił już od określania takich klauzul, argumentując, że tego rodzaju interwencja publiczna ogranicza zasadę swobody umów oraz jest sprzeczna z tendencją do ekonomizacji stosowania reguł ochrony konkurencji. Polski ustawodawca uznał w r. 2000, że wskazanie klauzul białych – tylko zresztą przykładowe („w szczególności”) – w rozporządzeniu wyłączającym (§ 11 zd. pierwsze i (§ 12 zd. pierwsze) przyczyni się do szybszego uregulowania rynku i częściowego wyeliminowania niepewności w obrocie¹³⁶.

60. Samochodowe rozporządzenie wyłączające przewiduje dwie grupy klauzul dozwolonych (białych): pierwsza obejmuje różne klauzule ograniczające swobodę decyzyjną stron porozumień wertykalnych stosowanych w sektorze samochodowym (§ 11), druga zawiera klauzule nakładające na dystrybutora lub warsztat określone (przykładowo) obowiązki (§ 12). Wśród łącznie czternastu klauzul obu grup, tylko jedna dopuszcza ograniczanie konkurencji cenowej, pozostałe trzynaście dotyczy antykonkurencyjnego ustalania innych warunków porozumień dystrybucyjnych i serwisowych zawieranych w sektorze motoryzacyjnym. Wszystkie natomiast są uregulowane kompatybilnie z postanowieniami wspólnotowego rozporządzenia 1400/2002¹³⁷.

61. Dozwolone ograniczenie konkurencji cenowej jest określone wąsko. Wyłączenie stosuje się do klauzul ograniczających konkurencję w zawartych porozumieniach wertykalnych w sektorze samochodowym tylko wtedy, gdy ograniczają one prawa nabywcy (dystrybutora lub warsztat) do ustalania ceny sprzedaży (odsprzedaży) przez określenie przez dostawcę maksymalnych lub rekomendowanych cen dostarczanych towarów (nowych samochodów, części zamiennych lub usług serwisowych). Jest to zgodne z ugruntowanym dorobkiem orzecznictwa wspólnotowego¹³⁸, gdyż tego rodzaju ceny – inaczej niż ceny minimalne (*minimal proces*) lub sztywne (*price fixing*) – z reguły nie prowadzą do odczuwalnego ograniczenia konkurencji. Żeby nie pozostawić żadnej wątpliwości co do zakresu udzielonego wyłączenia, prawodawca zastrzegł, że klauzulom cen maksymalnych lub rekomendowanych nie przysługuje wyłączenie, jeżeli „w rzeczywistości” skutkują jak ceny minimalne lub sztywne. Kompatybilne z wspólnotowym rozporządzeniem odniesienie do „rzeczywistości” oznacza (zwłaszcza od dnia wejścia

¹³⁶ Zob. E. Wojtaszek, *Porozumienia wertykalne w sektorze pojazdów samochodowych...*, op. cit., s. 153.

¹³⁷ Klauzule białe przewidziane w grupie pierwszej (§ 11) stanowią wyjątki od klauzul czarnych zawartych w art. 4 rozporządzenia 1400/2002; klauzule białe umieszczone w grupie drugiej (§ 12) są wzorowane na klauzulach dozwolonych określonych w art. 4 nieobowiązującego już rozporządzenia wspólnotowego 1475/1995.

¹³⁸ Identyfikacja jak w art. 4 ust. 1 lit. a w rozporządzeniu 1400/2002; zob. też rozdz. 4.4. broszury wyjaśniającej. Zob.: decyzję KE w sprawie *Central Burenu voor de Rojwielhandel* (Dz. U. EWG 1978, L 20/24); wyrok ETS w sprawie 234/83 *S.A. Binon & Cie v S.A. Agence et Messageires de la Presse* (Zb. Orz. 1985, 2015). Zob. także B. Sufryn, E. Jones, *EC competition law. Texts, cases and materials*, Oxford Univeristy Press, 2001, s. 161.

w życie uokik z 2007 r.), że każdorazowa samoocena ograniczeń cenowych w porozumieniach wertykalnych zawieranych w sektorze samochodowym musi obejmować skutki takich ograniczeń; jeżeli więc „w rzeczywistości” „rekomendacje” cenowe (odsprzedaż po cenie nie wyższej niż lub po określonej cenie) całkowicie eliminują możliwość ustalania cen odsprzedaży przez dystrybutora lub warsztat, to zawierające je klauzule muszą być uznane za postanowienia, których skutkiem jest ograniczenie konkurencji, a więc które są zakazane na gruncie art. 7 ust. 1 i ust. 2 pkt a) uokik z 2007 r., a w konsekwencji niedozwolone (czarne) w świetle § 13 pkt 1 samochodowego rozporządzenia wyłączającego. W literaturze uważa się, że klauzula ceny rekomendowanej nie będzie „w rzeczywistości” niedozwoloną narzuconą ceną odsprzedaży, jeżeli dealer zachowuje prawo obniżenia swojej marży, a konsekwencji sprzedaży samochodu po cenie niższej niż rekomendowana.¹³⁹

62. Z taką samą sytuacją mamy do czynienia w przypadku tych klauzul porozumień uznanych za dozwolone przez § 11 pkt 2 i 3 omawianego rozporządzenia, które skutkują ograniczeniem konkurencji poprzez podział rynku lub manipulację podażą. Rozporządzenie uznaje bowiem za dozwolone klauzule ograniczające konkurencję zawarte w porozumieniach wertykalnych w sektorze pojazdów samochodowych, tj. dopuszcza ograniczanie przez dostawcę swobody działalności gospodarczej nabywcy (dystrybutora lub właściciela warsztatu) poprzez ograniczenie aktywnej sprzedaży na określonym obszarze lub określonej grupie klientów w stosunku, do których sprzedaż została zastrzeżona dla innego dystrybutora lub warsztatu (§ 11 pkt 2 lit. a), sprzedaży ostatecznym użytkownikom przez dystrybutora hurtowego (§ 11 pkt 2 lit. b), uprawnień uczestników systemu dystrybucji selektywnej do sprzedaży nowych pojazdów samochodowych oraz części zamiennych dystrybutorom nieautoryzowanym (§ 11 pkt 2 lit. c)¹⁴⁰ oraz uprawnień nabywcy do sprzedaży komponentów, dostarczanych w celu ich montowania w pojeździe samochodowym, klientom, którzy używaliby ich do produkcji wyrobów tego samego rodzaju co wyroby produkowane przez dostawcę (§ 11 pkt 2 lit. d); tego rodzaju dozwolone ograniczenie konkurencji stanowią także klauzule, które zakazują uczestnikom systemu dystrybucji selektywnej, działającym na szczeblu sprzedaży detalicznej, działania poza autoryzowanym obszarem funkcjonowania systemem, z zastrzeżeniem zakazu klauzuli lokalizacyjnej sprzedaży nowych samochodów (§ 11 pkt 3) (zob. niżej.). Jednocześnie jednak prawodawca zastrzega, że powodowane w ten sposób ograniczenie konkurencji nie może utrudniać klientom dystrybutora lub warsztatu sprzedaży towarów objętych porozumieniem (§ 11 pkt 2 lit. a) *in fine* oraz lit. c). Klauzule takie są dozwolone, a więc zawierające je porozumienie korzysta z przywileju wyłączenia grupowego, tylko wtedy, gdy jego strony – aktualnie tylko na zasadzie samooceny – uznają, że klauzule te „w rzeczywistości” (choć brak w tych przepisach takiego sformułowania) nie utrudniają klientom nabywcy sprzedaży dostarczanych towarów. Jest to konsekwencją uznania przez rozporządzenie za niedozwolone (czarne) klauzul mających na celu lub powodujących ograniczenie obszaru (terytorium kontraktowego) lub kręgu klientów (§ 13 pkt 2) lub ograniczenie aktywnej lub pasywnej sprzedaży ostatecznym użytkownikom przez członków systemu selektywnej dystrybucji działających na szczeblu sprzedaży detalicznej (§ 13 pkt 4 i 5) (zob. niżej.).

63. Do pierwszej grupy klauzul dozwolonych w porozumieniach wertykalnych zawieranych w sektorze pojazdów samochodów, a więc klauzul (białych), do których ma

¹³⁹ F. Wijckmans, F. Tuytschaever, A. Vanderelst, *Vertical agreements...*, op. cit., s. 349.

¹⁴⁰ Zob. R. Poździk, *Dystrybucja produktów na zasadzie wyłączności...*, op. cit., s. 135–137; F. Wijckmans, F. Tuytschaever, A. Vanderelst, *Vertical agreements...*, op. cit., s. 350.

zastosowanie wyłączenie przyznane rozporządzeniem z 2002 r., należą jeszcze trzy inne ich rodzaje, a mianowicie klauzule, które:

- zobowiązują dystrybutora do podawania ostatecznym użytkownikom, przed zawarciem umowy sprzedaży, nazw i adresów autoryzowanych warsztatów, a w razie ich braku w pobliżu punktu sprzedaży – o odległości, w jakiej znajdują się takie warsztaty (§ 11 pkt 4)¹⁴¹;
- nakładają na warsztat obowiązek stosowania do (bezpłatnych przez co najmniej dwa lata) napraw gwarancyjnych oryginalnych części zamiennych dostarczanych przez dostawcę (§ 11 pkt 5)¹⁴²;
- nakazują dystrybutorowi sprzedaż pojazdów samochodowych, pochodzących od innych dostawców (tzw. multi-branding), w częściach salonu sprzedaży oddzielonych od części salonu, w której sprzedawane są pojazdy objęte porozumieniem (§ 11 pkt 6)¹⁴³.

64. Drugą grupę klauzul dozwolonych (białych) w porozumieniach wertykalnych zawieranych w sektorze motoryzacyjnym stanowi osiem rodzajów klauzul, na mocy których dostawca może zobowiązać dystrybutora lub warsztat do zapewnienia minimalnych standardów jakościowych prowadzonej przez nich działalności, najczęściej identycznych w skali całej sieci¹⁴⁴.

Dystrybutorzy i warsztaty muszą mianowicie:

- respektować określone przez dostawcę jednostronnie¹⁴⁵ standardy minimalne odnoszące się w szczególności do wyposażenia i urządzeń technicznych, specjalistycznego i technicznego szkolenia personelu, reklamy, przyjmowania, składowania i dostarczania pojazdów i części zamiennych oraz świadczenia usług serwisowych (§ 12 pkt 1)¹⁴⁶;
- zamawiać towary objęte porozumieniem w określonych terminach lub okresach czasu (§ 12 pkt 2)¹⁴⁷;
- wykonywać naprawy gwarancyjne, niezależnie od tego, u kogo pojazd był nabyty, bezpłatne usługi serwisowe w ramach kampanii serwisowych (§ 12 pkt 6), podejmowanych np. w przypadku wykrycia wad fabrycznych określonych modeli samochodów¹⁴⁸;
- ogólnie informować klientów o zakresie, w jakim części zamienne z innych źródeł mogą być używane do wykonywania usług serwisowych (§ 12 pkt 7) oraz informować klientów o użyciu, w ramach usługi serwisowej, innych niż oryginalne części zamiennych (§ 12 pkt 8)¹⁴⁹;

¹⁴¹ Identycznie jak w art. 4 ust. 1 lit. g w rozporządzeniu 1400/2002; zob. też rozdz. 3.2. broszury wyjaśniającej.

¹⁴² Identycznie w art. 4 ust. 1 lit. k) rozporządzenia 1400/2002; zob. też rozdz. 5.3.7. broszury wyjaśniającej. Po okresie gwarancji warsztat może stosować części nieoryginalne; w świetle powyższego rozporządzenia (tak, jak i rozporządzenia wspólnotowego) obowiązek stosowania części oryginalnych w okresie pogwarancyjnym nie może być utrzymany; w przeciwnym razie wyłączenie nie będzie miało zastosowania (zob.: § 14 ust. 4 polskiego rozporządzenia wyłączającego; art. 4 ust. 1 lit. k) rozporządzenia 1400/2002).

¹⁴³ Podobnie jak w art. 4 ust. 1 lit. d i e w rozporządzeniu 1400/2002; zob. też rozdz. 4.5. broszury wyjaśniającej. Zob. także D. Miąsik, R. Poźdźik, *Dystrybucja samochodów...*, (cz. II), op. cit., s. 26

¹⁴⁴ Klauzule te wzorowane są na klauzulach dozwolonych zawartych w art. 4 rozporządzenia 1475/95.

¹⁴⁵ Podobnie jak w art. 4 ust. 1 pkt 1 w rozporządzeniu 1475/1995.

¹⁴⁶ Identycznie jak w art. 4 ust. 1 pkt 1 lit. e) w rozporządzeniu 1475/1995.

¹⁴⁷ Identycznie jak w art. 4 ust. 1 pkt 2 w rozporządzeniu 1475/1995.

¹⁴⁸ Identycznie jak w art. 4 ust. 1 pkt 6 w rozporządzeniu 1475/1995.

¹⁴⁹ Podobnie jak w art. 4 ust. 1 pkt 8 i 9 w rozporządzeniu 1475/1995.

- wreszcie podejmować działania w celu sprzedaży minimalnej ilości towarów (§ 12 pkt 3), utrzymywać minimalną wielkość zapasów (§ 12 pkt 4) oraz utrzymywać w celach demonstracyjnych określoną ilość minimalną określonych pojazdów samochodowych (§ 12 pkt 5)¹⁵⁰; te ostatnie zobowiązania, jako służące głównie realizacji tzw. celów całej sieci dystrybucyjnej, winny być negocjowane między stronami porozumienia, a ich nieosiągnięcie nie powinno być karane¹⁵¹.

5. Klauzule niedozwolone

5.1. Uwagi wstępne

65. Także samochodowe rozporządzenie wyłączające określa „klauzule niedozwolone” (rozd. 4), tj. takie, których zastosowanie w porozumieniach wertykalnych zawieranych w sektorze pojazdów samochodowych powoduje utratę ustanowionego przez to rozporządzenie wyłączenia grupowego. Jednakże, ze względu na taki ich skutek można wyróżnić dwie grupy klauzul niedozwolonych. Pierwszą grupę stanowią klauzule, których zastosowanie powoduje automatyczną utratę przywileju wyłączenia całego porozumienia (§§ 13–15). Jest tak dlatego, że – zdaniem prawodawcy – zawierające te klauzule porozumienia wertykalne w sektorze pojazdów samochodowych z reguły bezpośrednio lub pośrednio, samodzielnie lub w powiązaniu z innymi okolicznościami zależnymi od stron porozumienia mają na celu lub powodują określone ograniczenia konkurencji (zob. §§ 13, 14 i 15 – zd. pierwsze *in fine*), których nie da się usprawiedliwić (uzasadnić) na gruncie art. 7 ust. 1 uokik z 2000 r. czy art. 8 ust. 1 uokik z 2007 r. Naszym zdaniem tylko te pierwsze zasługują w pełni na miano tzw. klauzul czarnych. Szerokie określenie przesłanek niestosowania się wyłączenia, bezpośrednio nawiązujących do przesłanek zakazu porozumień ograniczających konkurencję (bezpośrednio i pośrednio, samodzielnie i w powiązaniu z innymi okolicznościami, celowo lub wynikowo) sprawia, że z przywileju wyłączenia nie mogą automatycznie korzystać nie tylko porozumienia, które wprost wykluczają konkurencję na rynkach właściwych, ale także porozumienia, które tylko „utrudniają” dystrybutorom lub warsztatom swobodne podejmowanie najważniejszych decyzji gospodarczych (handlowych i inwestycyjnych)¹⁵².

Drugą grupę klauzul niedozwolonych stanowią natomiast klauzule (§§ 16–18), których celem lub skutkiem może być ograniczenie konkurencji, ale które nie powodują automatycznej utraty przywileju wyłączenia całego porozumienia dlatego, że mają charakter autonomiczny i mogą być z porozumienia usunięte bez utraty ważności całego porozumienia; zdaniem prawodawcy, skutkują one utratą przywileju wyłączenia tylko wtedy, gdy klauzul tych „nie można oddzielić od porozumienia jako całości” (§ 19). Z taką sytuacją będziemy mieli do czynienia wtedy, gdy niedozwolona klauzula, której wyegzekwowanie nie jest możliwe, dotyczy postanowień przedmiotowo istotnych dla danego porozumienia (tzw. *essentialia negotii*)¹⁵³.

¹⁵⁰ Podobnie jak w art. 4 ust. 1 pkt 8 i 9 w rozporządzeniu 1475/1995.

¹⁵¹ Zob. F. Wijckmans, F. Tuytschaever, A. Vanderelst, *Vertical agreements...*, op. cit., s. 352–353.

¹⁵² W odniesieniu do ograniczenia się do prowadzenia wyłącznie działalności dealerskiej Zob. np. F. Wijckmans, F. Tuytschaever, A. Vanderelst, *Vertical agreements...*, op. cit., s. 356–358. Zob. też rozdz. 5.3.2. broszury wyjaśniającej.

¹⁵³ Zob. P. Podrecki, *Porozumienia monopolistyczne...*, op. cit., s. 182 i d.

66. Jest charakterystyczne, że obie te grupy klauzul niedozwolonych zostały ujęte w trzy podgrupy: klauzule niedozwolone we wszystkich porozumieniach objętych zakresem przedmiotowym rozporządzenia (§§ 13 i 16), klauzule dotyczące wyłącznie sprzedaży nowych pojazdów samochodowych (§§ 14 i 17) i klauzule dotyczące wyłącznie sprzedaży części zamiennych i świadczenia usług serwisowych (§§ 15 i 18).

5.2. Niestosowanie się rozporządzenia do porozumień zawierających klauzule czarne

67. Niedozwolone (czarne) we wszystkich porozumieniach wertykalnych zawieranych w sektorze pojazdów samochodowych są klauzule, które stanowią najpoważniejsze (najcięższe) ograniczenia konkurencji, wymienione w art. 6 ust. 1 pkt 1–3 uokik z 2000 r. czy art. 7 ust. 1 pkt 1–3 uokik z 2007 r.¹⁵⁴, czyli klauzule cenowe, podziałowe i kontyngentowe. Przede wszystkim niedozwolone jest stosowanie w tych porozumieniach klauzul, które mają na celu lub powodują ograniczenie uprawnienia dystrybutora lub warsztatu do określania ceny sprzedaży przez narzucenie przez dostawcę minimalnych lub sztywnych cen sprzedaży towarów (nowych pojazdów samochodowych, części zamiennych lub usług) (§ 13 pkt 1). Niedozwolone są także klauzule pozacenowe stosowane w porozumieniach wertykalnych, których celem lub skutkiem jest ograniczenie obszaru (terytorium kontraktowego) lub kręgu klientów, którym dystrybutor lub warsztat może sprzedawać towary objęte porozumieniem (§ 13 pkt 2)¹⁵⁵, a w przypadku systemu dystrybucji selektywnej (najczęstszej w sektorze pojazdów samochodowych) także ograniczenie wzajemnych dostaw między dystrybutorami lub warsztatami (§ 13 pkt 3). Wreszcie, za niedozwolone w przypadku wszelkich porozumień samochodowych prawodawca uznał ograniczenie aktywnej lub pasywnej sprzedaży nowych samochodów osobowych, lekkich samochodów ciężarowych i innych pojazdów samochodowych, części zamiennych do wszystkich pojazdów samochodowych lub świadczenia usług serwisowych dotyczących wszystkich pojazdów samochodowych ostatecznym użytkownikom przez członków systemu dystrybucji selektywnej, działających na szczeblu sprzedaży detalicznej na rynkach, na których stosuje się dystrybucję selektywną (§ 13 pkt 4 i 5)¹⁵⁶. Jak wskazano wyżej¹⁵⁷, klauzulami czarnymi stają się także klauzule dozwolone (§ 11 pkt 1–3), które „w rzeczywistości” narzucają ceny minimalne lub sztywne albo utrudniają klientom sprzedaż towarów objętych porozumieniem.

68. Najdalej idącą liberalizację rynków motoryzacyjnych zapewniają dwie klauzule niedozwolone (czarne) określone w § 14 rozporządzenia, odnoszące się do porozumień, które dotyczą wyłącznie sprzedaży nowych pojazdów samochodowych. Pierwsza z nich umożliwia dystrybutorom (dealerom) sprzedaż w jednym salonie pojazdów samochodowych różnych marek (*multi-branding*), tj. pochodzących od różnych dostawców (producentów). Ustanowione omawianym rozporządzeniem wyłączenie nie stosuje się bowiem do tego rodzaju porozumień, jeżeli ich celem lub skutkiem jest ograniczenie uprawnienia dystrybutora do sprzedaży wszelkich nowych pojazdów samochodowych odpowiadających pojazdowi objętym porozumieniem (§ 14 pkt 1), tj. wobec nich konkurencyjnych. Oznacza to, że w odniesieniu do sprzedaży nowych samochodów dostawcy

¹⁵⁴ Także art. 81 ust. 1 pkt a)–c) TWE.

¹⁵⁵ Zob. wyżej wyjątki od tej reguły przewidziane w § 11 pkt 1, jako klauzule dozwolone.

¹⁵⁶ Zob. F. Wijckmans, F. Tuytschaever, A. Vanderelst, *Vertical agreements...*, op. cit., s. 350. Jak wskazano wyżej, także wtedy, gdy ceny takie są „rzeczywistym” skutkiem cen maksymalnych lub rekomendowanych (§ 11 pkt 1).

¹⁵⁷ Zob. wyż. pkt 61 i 62 artykułu.

nie mogą już zawierać z dystrybutorami porozumień wyłącznego zakupu¹⁵⁸. Jak wskazano wyżej dozwolone są jednak klauzule, które przeciwdziałają konfuzji konsumentów (§ 11 pkt 6)¹⁵⁹. Brak obowiązku dostawy pojazdów samochodowych dystrybutorom, którzy zdecydowali się na salon multi-brandowy sprawia, że sprzedaż w jednym salonie pojazdów samochodowych różnych marek dotyczy przede wszystkim samochodów pochodzących od producentów należących do tej samej grupy lub niemających rozwiniętych odrębnych sieci sprzedaży.

Odmowa przez producenta dostawy pojazdów samochodowych dystrybutorowi, który sprzedaje nowe samochody innych marek musi więc być oceniana bezpośrednio na gruncie zakazu porozumień ograniczających konkurencję (np. jako zmowa producentów)¹⁶⁰.

69. Liberalizacji rynków samochodowych służy także niedopuszczalność wyłączenia spod zakazu porozumień ograniczających konkurencję porozumień wertykalnych w sektorze pojazdów samochodowych, które mają na celu lub powodują ograniczenie uprawnienia dystrybutora do zlecenia na zasadzie podwykonawstwa świadczenia usług serwisowych autoryzowanym warszatom (§ 14 pkt 2)¹⁶¹. Przepis ten daje więc dystrybutorowi prawo działania tylko na rynku sprzedaży nowych samochodowców i części zamiennych, natomiast powierzenie usług serwisowych sprzedawanych samochodów podmiotowi trzeciemu, o ile posiada on (uzyskał wcześniej) status autoryzowanego warsztatu samochodów danego dostawcy lub wystąpił do producenta o przyjęcie do sieci autoryzowanych warsztatów na zasadach określonych dla danego systemu (selektywnego, wyłącznego lub innego)¹⁶².

Zlecenie na zasadzie podwykonawstwa świadczenia takich usług podmiotowi spoza sieci (tzw. niezależnemu warsztatowi) nie jest więc możliwe. Możliwe (dozwolone) jest natomiast nałożenie na takiego dystrybutora obowiązków informacyjnych, o których mowa w § 11 pkt 4)¹⁶³.

70. Trzecią grupę klauzul niedozwolonych (czarnych), których zastosowanie powoduje automatyczną utratę przywileju wyłączenia całego porozumienia wertykalnego w sektorze pojazdów samochodowych, są określone w § 15 klauzule odnoszące się wyłącznie do sprzedaży części zamiennych oraz świadczenia usług serwisowych. Porozumienia takie nie podlegają wyłączeniu, jeżeli zawarte w nich klauzule mają na celu lub powodują:

- ograniczenie uprawnienia autoryzowanego warsztatu do prowadzenia wyłącznej dystrybucji części zamiennych lub świadczenia usług serwisowych (§ 15 pkt 1);
- ograniczenie sprzedaży części zamiennych do pojazdów samochodowych warszatom niezależnym, stosującym te części do samochodowych usług serwisowych; ograniczenie to niedozwolone jest tylko w przypadku systemu dystrybucji selektywnej (§ 15 pkt 2);
- ograniczenie uprawnienia dostawcy do sprzedaży oryginalnych części zamiennych lub części zamiennych o porównywalnej jakości lub usług serwisowych dystrybutorom, zarówno autoryzowanym, jak i nieautoryzowanym, albo warszatom, zarówno autoryzowanym, jak i niezależnym, lub ostatecznym użytkownikom; ograniczenie

¹⁵⁸ Zob.: D. Miąsik, R. Poździk, *Dystrybucja samochodów...*, (cz. II), op. cit., s. 25; E. Wojtaszek-Mik, *Porozumienia wertykalne w sektorze pojazdów samochodowych...*, op. cit., s. 155;

¹⁵⁹ Zob. wyż. pkt 63 artykułu. Zob. też rozdz. 5.3.1. broszury wyjaśniającej.

¹⁶⁰ Zob. D. Miąsik, R. Poździk, *Dystrybucja samochodów...* (cz. II), op. cit., s. 26.

¹⁶¹ Identycznie na gruncie art. 4 ust. 1 lit. g) rozporządzenia 1400/2002.

¹⁶² Zob. rozdz. 5.3.6. broszury wyjaśniającej.

¹⁶³ Zob. rozdz. 5.3.2. broszury wyjaśniającej.

- to niedozwolone jest wtedy, gdy jest ono uzgodnione między dostawcą tych części a producentem pojazdów samochodowych (§ 15 pkt 3), tj. u jego podstaw leży porozumienie o wyłącznym zakupie zawarte między dostawcą części a producentem;
- ograniczenie uprawnienia dystrybutora lub autoryzowanego warsztatu do zaopatrywania się w części zamienne oryginalne lub o porównywalnej jakości u innych przedsiębiorców niż dostawca oraz do ich wykorzystywania do świadczenia usług serwisowych pojazdów samochodowych (§ 15 pkt 4); oczywiście, ograniczenie takie jest niedozwolone tylko wtedy, gdy dotyczy usług pogwarancyjnych;¹⁶⁴
 - ograniczenie uprawnień dostawcy do efektywnego umieszczenia swojego znaku towarowego lub logo w widocznym miejscu na komponentach lub częściach zamiennych; ograniczenie to niedozwolone jest wtedy, gdy jest ono uzgodnione między producentem pojazdów samochodowych, wykorzystującym komponenty do ich montażu, oraz dostawcą takich komponentów (§ 15 pkt 5); poprzez umożliwienie identyfikacji pochodzenia części zamiennych i komponentów powinna rozwijać się konkurencja na rynku części zamiennych.

5.3. Klauzule niedozwolone niepodlegające wyłączeniu

71. Poza porozumieniami wertykalnymi w sektorze pojazdów samochodowych, które automatycznie i w całości nie podlegają wyłączeniu grupowemu ustanowionemu omawianym rozporządzeniem dlatego, że zawierają ww. klauzule niedozwolone (czarne), z przywileju wyłączenia nie mogą skorzystać samochodowe porozumienia wertykalne, które zawierają określone klauzule niedozwolone, które nie dają się oddzielić od porozumienia jako całości (§ 19). Inaczej mówiąc, klauzule te pozostają niedozwolone, ale jeśli można je usunąć z porozumień wertykalnych w sektorze samochodowym, to do porozumień tych – przy spełnieniu innych warunków – ustanowione omawianym rozporządzeniem wyłączenie grupowe stosuje się. Są to klauzule, o których mowa w §§ 16–18.

Tak w tym przypadku, prawodawca określił klauzule niedozwolone występujące we wszystkich porozumieniach, w porozumieniach dotyczących sprzedaży nowych samochodów oraz porozumieniach dotyczących sprzedaży części zamiennych lub świadczenia usług.

72. Z czterech klauzul niedozwolonych we wszystkich porozumieniach wertykalnych w sektorze samochodowym, najważniejsze są z pewnością klauzule ustanawiające zakaz konkurencji (§ 16 pkt 1), czyli wynikającego bezpośrednio lub pośrednio z takiego porozumienia wyłączenia uprawnień nabywcy do wytwarzania, zakupu, sprzedaży lub odsprzedaży towarów substytutowych, zobowiązania nabywcy do dokonywania u określonego dostawcy więcej niż 30% wszystkich zakupów nowych pojazdów samochodowych, części zamiennych lub usług serwisowych oraz ich substytutów na rynku właściwym oraz – z pewnymi zastrzeżeniami – zobowiązania dystrybutora do zatrudniania sprzedawców wyspecjalizowanych w sprzedaży określonych marek (§ 2 pkt 23).

73. Wyłączenie nie ma również do zastosowania do klauzul zawartych w porozumieniach wertykalnych w sektorze samochodowym, które bezpośrednio lub pośrednio:

- ograniczają uprawnienie autoryzowanego warsztatu do świadczenia usług serwisowych odnoszących się do pojazdów samochodowych od konkurentów dostawcy (§ 16 pkt 2)¹⁶⁵;

¹⁶⁴ Zob. wyż. rozważania na gruncie § 11 pkt 5). Zob. E. Wojtaszek-Mik, *Porozumienia wertykalne w sektorze pojazdów samochodowych*, op. cit., s. 156.

¹⁶⁵ Zob. rozdz. 5.3.8. broszury wyjaśniającej. Zob. E. Wojtaszek-Mik, *Porozumienia wertykalne w sektorze pojazdów samochodowych...*, op. cit., s. 157.

- zakazują uczestnikom systemu dystrybucji sprzedaży samochodów lub części zamiennych tylko niektórych konkurentów dostawcy lub świadczenia usług serwisowych dotyczących samochodów tylko niektórych konkurentów dostawców (§ 16 pkt 3);
- zakazują dystrybutorowi lub autoryzowanemu warsztatowi wytwarzania, zakupu, sprzedaży lub odsprzedaży pojazdów samochodowych lub świadczenia usług po upływie okresu obowiązywania porozumienia (§ 16 pkt 4).

74. W zakresie, w jakim porozumienie wertykalne w sektorze samochodowym dotyczy sprzedaży nowych samochodów niedozwolone jest umieszczenie w nim klauzul, które bezpośrednio lub pośrednio:

- uniemożliwiają dystrybutorowi detalicznemu świadczenie usług leasingowych pojazdów samochodowych mu dostarczanych lub pojazdów im odpowiadających (§ 17 pkt 1) na rzecz podmiotu z nim związanego lub towarzystwa leasingowego¹⁶⁶;
- ograniczają dystrybutorowi samochodów, działającemu w systemie dystrybucji selektywnej, możliwość tworzenia nowych punktów sprzedaży, usytuowanych na obszarze, na którym stosuje się dystrybucję selektywną (§ 17 pkt 2); klauzula ta (tzw. klauzula lokalizacyjna) jest niedozwolona dopiero od dnia 1 października 2005 r. (§ 22).

75. Wreszcie, wyłączenie nie stosuje się do klauzul zawartych w porozumieniach wertykalnych w sektorze samochodowym w zakresie, w jakim dotyczą one sprzedaży części zamiennych lub świadczenia usług serwisowych, które w jakikolwiek sposób, bezpośrednio lub pośrednio, wyznaczają warsztatowi obszar funkcjonowania w systemie dystrybucji selektywnej (§ 18)¹⁶⁷.

6. Okres wyłączenia

76. Rozporządzenie RM o wyłączeniu samochodowym weszło w życie z dniem 1 maja 2004 r., z wyjątkiem przepisu dotyczącego zakazu stosowania klauzuli lokalizacji (§ 17 pkt 2), który nabrał mocy prawnej z dniem 1 października 2005 r.¹⁶⁸ Ma ono, jak rozporządzenie 1400/2002 charakter czasowy i obowiązuje – tak jak rozporządzenie 1400/2002 – do dnia 31 maja 2010 r. (§ 21).

77. Przepisy tego rozporządzenia stosuje się także do porozumień wertykalnych w sektorze samochodowym, które zostały zawarte przed dniem jego wejścia w życie (§ 20 ust. 1) tj. przed dniem 1 maja 2004 r. W stosunku do takich porozumień przepisy rozporządzenia mają zastosowanie po upływie 6 miesięcy od dnia zawarcia (wejścia w życie) porozumienia.

7. Uwagi końcowe

78. Zakres i warunki polskiego wyłączenia samochodowego są w dużym stopniu zbieżne z zakresem i warunkami wyłączenia wspólnotowego, mającego zastosowanie

¹⁶⁶ Zob. rozdz. 5.2. broszury wyjaśniającej. Zob. F. Wijckmans, F. Tuytschaever, A. Vanderelst, *Vertical agreements...*, op. cit., s. 354.

¹⁶⁷ Zob. rozdz. 4.5. i 5.3.7 broszury wyjaśniającej.

¹⁶⁸ Termin wejścia w życie przedmiotowego rozporządzenia (§ 22), który pierwotnie ustalono na 1 lutego 2004 r. (z wyjątkiem obowiązywania przepisu z § 17 pkt 2) został w drodze rozporządzenia zmieniającego Rady Ministrów z dnia 13 stycznia 2004 r. (Dz. U. z 2004 r., nr 14, poz. 116) przesunięty na dzień przystąpienia Polski do UE.

do porozumień wertykalnych w sektorze samochodowym mających wpływ na handel między państwami członkowskimi UE. Nawet wtedy więc, gdy porozumienia wertykalne w sektorze samochodowym w Polsce są odrębne (inne) niż te, które stosowane są w innych państwach członkowskich UE, to i tak zasady ich oceny pozostają praktycznie takie same.

Polski ustawodawca powinien więc także w przyszłości podążać – co do zasady – w kierunku wyznaczonym przez prawodawcę wspólnotowego. Może jednak także uwzględniać specyfikę rynku krajowego, charakteryzującego się dużym rozdrobnieniem rynku pod względem produktowym (jego lider – Toyota – ma w nim tylko 12–15% udział), silnym podporządkowaniem dealerów dystrybutorom, małą konkurencją na rynku części zamiennych (stąd autoryzowane warsztaty nawet po okresie gwarancyjnym nie używają tańszych części o porównywalnej jakości) itd. W każdym razie, prawo wspólnotowe pozwala prawodawcy polskiemu na stosowanie rozwiązań bardziej rygorystycznych niż te, które obowiązują na rynku wewnętrznym Wspólnoty.

79. Dystrybucja pojazdów samochodowych wykazuje stale pewne różnice w stosunku do dystrybucji innych towarów. Różnice te są jednak coraz mniejsze. Czy utrzymanie odrębnego rozporządzenia wyłączającego dla sektora samochodowego będzie wciąż zasadne po 2010 r. Sądźmy, że nie. Z jednej strony, poziom cen samochodów w państwach członkowskich wyrównuje się, a konkurencja na rynku wewnętrznym rośnie. Z drugiej strony, należy oczekiwać, że dostawcy samochodów będą w dalszym ciągu „walczyli” o „własne” wyłączenie grupowe. W dniu przekazywania niniejszego artykułu do redakcji wydawniczej, trudno było powiedzieć, czy przed 31 maja 2010 r. Komisja zdecyduje się na wydanie nowego, a jeśli tak, to w jakim stopniu zmodyfikowanego, rozporządzenia, czy też odrębnego wyłączenia samochodowego już nie wyda.

Sytuacja uległa radykalnej zmianie w dniu 28.05.2008 r., kiedy to Komisja Europejska opublikowała – zgodnie z wymogiem art. 11 ust. 2 rozporządzenia 1400/2002 – „Sprawozdanie oceniające Komisji z funkcjonowania rozporządzenia (WE) nr 1400/2002 w zakresie dystrybucji i serwisowania pojazdów silnikowych”¹⁶⁹. Z dokumentu tego wynika, że Komisja skłania się wyraźnie ku rozwiązaniu, w ramach którego pozwoli obecnemu wyłączeniu samochodowemu wygasnąć, czego skutkiem będzie objęcie porozumień dystrybucyjnych i serwisowych w sektorze motoryzacyjnym generalnym wyłączeniem wertykalnym. Komisja zastrzega się wszakże, że *Sprawozdanie oceniające* jest tylko jej opinią wstępną, która zostanie zweryfikowana w rozpoczynanych tym samym konsultacji. Komisja podkreśla także, że konsultacje te zbiegną się ogólnym przeglądem skutków rozporządzenia nr 2790/1999 o wyłączeniu wertykalnym, które wygasa również w dniu 31.05.2010 r.¹⁷⁰

80. Tak czy siak, ale przede wszystkim w przypadku rezygnacji z odrębnego wyłączenia wertykalnych ograniczeń w sektorze samochodowym, w następnym dziesięcioleciu istotnie wzrośnie znaczenie samooceny na podstawie art. 81 ust. 1 i 3 TWE art. 6 ust. 1 i art. 8 ust. 1 uokik z 2007 r.

¹⁶⁹ We wszystkich wersjach językowych, w tym polskiej, a w wersji angielskiej (*Commission Evaluation Report on the operation of Regulation (EC) N° 1400/2002 concerning motor vehicle distribution and servicing*) wraz z 4 załącznikami, opublikowane pod adresem internetowym http://ec.europa.eu/comm/competiton/sector/motor_vehicles/documents/evaluation-report_pl.pdf
Zob. także Press Release IP/08/810, 28.5.2008;
<http://europa.eu/rapid/pressReleasesAction.do?reference=IP/08/810&format=HTML>

¹⁷⁰ Tamże, wersja polska, s. 16.

Rozporządzenie Komisji (WE) nr 1400/2002
z dnia 31 lipca 2002 r.
w sprawie stosowania art. 81 ust. 3 Traktatu do kategorii porozumień wertykalnych i praktyk uzgodnionych w sektorze motoryzacyjnym
(Tekst mający znaczenie dla EOG)

(Dz. U. WE 2002 L 203/30; Dz. U. UE Polskie Wyd. Specjalne, Rozdz. 08, tom 02, s. 158)

KOMISJA WSPÓLNOT EUROPEJSKICH,

uwzględniając Traktat ustanawiający Wspólnotę Europejską,

uwzględniając rozporządzenie Rady nr 19/65/EWG z dnia 2 marca 1965 r. w sprawie stosowania art. 85 ust. 3 Traktatu do niektórych kategorii porozumień i praktyk uzgodnionych¹, ostatnio zmienione rozporządzeniem (WE) nr 1215/1999², w szczególności jego art. 1,

po opublikowaniu projektu niniejszego rozporządzenia³,

po konsultacjach z Komitetem Doradczym ds. Porozumień Ograniczających Konkurencję i Pozycji Dominującej,

a także mając na uwadze, co następuje:

(1) Doświadczenie zdobyte w sektorze motoryzacyjnym dotyczące dystrybucji nowych pojazdów silnikowych, części zapasowych i usług posprzedażnych, umożliwia określenie kategorii porozumień wertykalnych, które mogą być traktowane jako w pełni spełniające warunki ustanowione w art. 81 ust. 3.

(2) To doświadczenie prowadzi do wniosku, iż zasady ściślejsze niż te przewidziane w rozporządzeniu Komisji (WE) nr 2790/1999 z dnia 22 grudnia 1999 r. w sprawie stosowania art. 81 ust. 3 Traktatu do niektórych kategorii porozumień wertykalnych i praktyk uzgodnionych⁴ są niezbędne w tym sektorze.

(3) Te ściślejsze zasady zwolnień w zależności od kategorii (dalej zwanych „zwolnieniami”), powinny stosować się do porozumień wertykalnych dotyczących nabywania lub sprzedaży nowych pojazdów silnikowych, porozumień wertykalnych dotyczących nabywania lub sprzedaży części zapasowych do pojazdów silnikowych oraz porozumień wertykalnych dotyczących nabywania i sprzedaży usług naprawczych i serwisowych takich pojazdów w przypadku gdy takie porozumienia zawarte są między niekonkurującymi przedsiębiorstwami, między niektórymi konkurentami lub między niektórymi stowarzyszeniami sprzedawców detalicznych lub osób zajmujących się naprawami. Obejmuje to porozumienia wertykalne zawierane między dystrybutorem działającym na poziomie sprzedaży detalicznej lub mającymi autoryzację osobami zajmującymi się naprawami i innym, także dalszym dystrybutorem lub osobami zajmującymi się naprawami. Niniejsze rozporządzenie powinno również stosować się do tych porozumień wertykalnych, które zawierają przepisy dodatkowe, odnoszące się do przeniesienia praw własności intelektualnej lub ich wykorzystania. Pojęcie „porozumienie wertykalne” powinno być określone odpowiednio, aby obejmowało zarówno takie porozumienia jak i odpowiednie praktyki uzgodnione.

(4) Zwolnienie powinno być ograniczone do porozumień wertykalnych, dla których można przyjąć z wystarczającą pewnością, iż spełniają warunki art. 81 ust. 3.

(5) Porozumienia wertykalne, podlegające kategoriom określonym w niniejszym rozporządzeniu, mogą poprawić wydajność gospodarczą w łańcuchu produkcji lub dystrybucji poprzez umożliwienie lepszej koordynacji między uczestniczącymi przedsiębiorstwami; w szczególności, mogą one prowadzić do ograniczenia kosztów transakcyjnych i dystrybucyjnych ponoszonych przez strony oraz do optymalizacji ich poziomów sprzedaży i inwestycji.

(6) Prawdopodobieństwo, że takie poprawiające wydajność skutki będą przeważać nad wszelkimi skutkami antykonkurencyjnymi, wynikającymi z ograniczeń zawartych w porozumieniach wertykalnych, zależy od siły rynkowej, jaką posiada dane przedsiębiorstwo i tym samym od zakresu, do jakiego te przedsiębiorstwa są w stanie sprostać konkurencji ze strony innych dostawców towarów lub usług,

¹ Dz. U. 36 z 6.3.1965, s. 533/65.

² Dz. U. L 148 z 15.6.1999, s. 1.

³ Dz. U. C 67 z 16.3.2002, s. 2.

⁴ Dz. U. L 336 z 29.12.1999, s. 21.

które z punktu widzenia nabywcy postrzegane są jako zamiennie lub substytucyjne, z uwagi na cechy produktu, cenę lub zamierzone zastosowanie.

(7) Progi, oparte na udziale rynkowym, powinny być wyznaczone w celu odzwierciedlenia siły rynkowej dostawcy. Ponadto, to specyficzne dla tego sektora rozporządzenie powinno zawierać ściślejsze zasady, niż te, przewidziane w rozporządzeniu (WE) nr 2790/1999, w szczególności w odniesieniu do dystrybucji selektywnej. Progi, poniżej których można przyjąć, iż korzyści zapewnione przez porozumienia wertykalne przeważają nad ich ograniczającymi skutkami, powinny zmieniać się w zależności od cech różnych rodzajów porozumień wertykalnych. Można zatem przyjąć, iż ogólnie porozumienia wertykalne dają takie korzyści w przypadku gdy dostawca, którego to dotyczy, posiada udział rynkowy do 30% rynku dystrybucji nowych pojazdów silnikowych lub części zapasowe, albo do 40% w przypadku gdy do sprzedaży nowych pojazdów silnikowych stosuje się ilościową dystrybucję selektywną. W odniesieniu do usług posprzedażnych można przyjąć, iż ogólnie porozumienia wertykalne, przez które dostawca ustala kryteria, według których mające jego autoryzację osoby zajmujące się naprawami muszą dokonywać napraw lub świadczyć usługi zachowania sprawności odnośnie do pojazdów silnikowych danej marki, a także wyposaża je w sprzęt oraz prowadzi szkolenie dla umożliwienia świadczenia takich usług, przynoszą takie korzyści, w przypadku gdy sieć autoryzowanych warsztatów danego dostawcy ma udziały rynkowe do 30%. Jednakże w przypadku porozumień wertykalnych zawierających zobowiązania wyłączności dostaw, właściwy do określenia ogólnych skutków takiego porozumienia wertykalnego na rynku jest udział rynkowy nabywcy.

(8) Powyżej tych progów udziału rynkowego nie można zakładać, iż porozumienia wertykalne objęte zakresem art. 81 ust. 1, będą przeważnie powodować obiektywne korzyści o takim charakterze i rozmiarze, aby mogły one skompensować szkody, jakie stwarzają dla konkurencji. Jednakże korzyści takich można oczekiwać w przypadku jakościowej dystrybucji selektywnej, niezależnie od udziału rynkowego dostawcy.

(9) W celu uniemożliwienia dostawcy rozwiązywania porozumienia, gdy dystrybutor lub osoba zajmująca się naprawami podejmie zachowanie prokonkurencyjne, takie jak aktywna lub pasywna sprzedaż konsumentom zagranicznym, prowadzenie napraw i świadczenie usług w zakresie pojazdów wielu marek lub zlecanie napraw innym osobom lub usług przeglądowych, każde wypowiedzenie porozumienia musi jednoznacznie na piśmie podawać przyczyny, które muszą być obiektywne i przejrzyste. Ponadto, w celu wzmocnienia niezależności dystrybutorów i osób zajmujących się naprawą od ich dostawców, minimalny okres wypowiedzenia powinien być zapewniony w przypadku nieodnowienia porozumień zawartych na czas określony oraz rozwiązywania umów zawartych na czas nieokreślony.

(10) W celu sprzyjania integracji rynku oraz umożliwienia dystrybutorom i osobom zajmującym się naprawami mającym autoryzację, wykorzystywania dodatkowych możliwości gospodarczych, należy pozwolić dystrybutorom i osobom zajmującym się naprawami mającym autoryzację na nabywanie innych przedsiębiorstw tego samego rodzaju, prowadzących sprzedaż lub naprawę pojazdów silnikowych tej samej marki w ramach systemu dystrybucji. W tym celu każde porozumienie wertykalne między dostawcą i dystrybutorem lub osobą zajmującą się naprawami mającą autoryzację musi przyznawać temu ostatniemu prawo przenoszenia wszelkich jego praw i zobowiązań jakiegokolwiek, dowolnie wybranemu przez niego, przedsiębiorstwu tego samego rodzaju, które sprzedaje lub naprawia pojazdy silnikowe tej samej marki w ramach systemu dystrybucji.

(11) W celu sprzyjania szybkiemu rozwiązywaniu sporów, powstających między stronami porozumień dystrybucyjnych i które mogłyby w przeciwnym wypadku utrudniać efektywną konkurencję, porozumienia powinny jedynie korzystać ze zwolnień, jeśli przewidują one dla każdej strony prawo odwołania się do niezależnego eksperta lub arbitra, w szczególności w przypadku gdy nastąpiło wypowiedzenie porozumienia.

(12) Niezależnie od udziału rynkowego przedsiębiorstw, których to dotyczy, niniejsze rozporządzenie nie obejmuje porozumień wertykalnych, zawierających niektóre rodzaje zakazów szczególnie antykonkurencyjnych (ograniczeń podstawowych), które ogólnie odczuwalnie ograniczają konkurencję nawet przy niskim poziomie udziałów rynkowych i które nie są niezbędne do osiągnięcia pozytywnych skutków, określonych wyżej. Dotyczy to w szczególności porozumień wertykalnych, zawierających takie ograniczenia, jak minimalne lub stałe ceny odsprzedaży, a także, z pewnymi wyjątkami, ograniczenia odnośnie do obszaru, na którym, lub klientów, którym dystrybutor lub osoba zajmująca się naprawami może sprzedawać towary lub usługi stanowiące przedmiot umowy. Takie porozumienia nie powinny korzystać ze zwolnień.

(13) Niezbędne jest zapewnienie, aby efektywna konkurencja wewnątrz wspólnego rynku oraz między dystrybutorami, usytuowanymi w różnych Państwach Członkowskich nie była ograniczana w przypadku gdy dostawca stosuje dystrybucję selektywną na niektórych rynkach, a inne formy dystrybucji na innych. W szczególności, porozumienia o selektywnej dystrybucji, które ograniczają sprzedaż pasywną jakiegokolwiek ostatecznemu użytkownikowi lub nieautoryzowanemu dystrybutorowi, działającemu na rynkach, na których ustanowiono obszar wyłączności, powinny zostać wyłączone ze zwolnienia, dotyczy to również tych porozumień o selektywnej dystrybucji, które ograniczają sprzedaż pasywną grupom klientów, którzy zostali przydzieleni na zasadzie wyłączności innym dystrybutorom. Zwolnienie powinno być również uchylone wobec porozumień dotyczących wyłącznej dystrybucji, jeśli ogranicza się w nich pasywną lub aktywną sprzedaż jakiegokolwiek użytkownikowi ostatecznemu lub nieautoryzowanemu dystrybutorowi usytuowanemu na rynkach, na których stosuje się dystrybucję selektywną.

(14) Prawo każdego dystrybutora do pasywnej, lub tam, gdzie ma to znaczenie, aktywnej sprzedaży nowych pojazdów silnikowych użytkownikom ostatecznym, powinno obejmować prawo do sprzedaży takich pojazdów użytkownikom ostatecznym, którzy upoważnili pośrednika lub agenta dokonującego zakupu w celu odsprzedaży, przyjęcia dostawy, przewozu lub przechowania nowego pojazdu silnikowego w swoim imieniu.

(15) Prawo każdego dystrybutora do sprzedaży nowych pojazdów silnikowych lub części zapasowych lub jakiegokolwiek autoryzowanego warsztatu do pasywnej sprzedaży usług naprawczych i przeglądowych dowolnemu użytkownikowi ostatecznemu, lub tam, gdzie ma to znaczenie, do ich sprzedaży aktywnej, powinno obejmować prawo do wykorzystywania Internetu lub odpowiednich stron internetowych.

(16) Ograniczenia nakładane przez dostawców na sprzedaż, dokonywaną przez ich dystrybutorów użytkownikom ostatecznym w innym Państwie Członkowskim, na przykład w przypadku gdy wynagrodzenie dystrybutora lub cena nabycia jest uzależniona od przeznaczenia pojazdów lub od miejsca zamieszkania użytkownika ostatecznego, równają się pośredniemu ograniczeniu sprzedaży. Inne przykłady pośrednich ograniczeń sprzedaży obejmują kontyngenty oparte na obszarze sprzedaży innym niż wspólny rynek, niezależnie od tego, czy powiązane jest to z celami sprzedaży. Systemy premiowe oparte na miejscu przeznaczenia pojazdów lub jakakolwiek inna forma dyskryminowania dostaw produktów dystrybutorom, czy to w przypadku niedoboru towaru lub innych, także równa się pośredniemu ograniczeniu sprzedaży.

(17) Porozumienia wertykalne, które nie zobowiązują osób zajmujących się naprawami mających autoryzację, w ramach systemu dystrybucyjnego dostawcy do uznawania gwarancji, wykonywania bezpłatnego serwisu oraz prac związanych z usuwaniem wad fabrycznych w odniesieniu do każdego pojazdu silnikowego nabytego na wspólnym rynku równają się pośredniemu ograniczeniu sprzedaży i nie powinny korzystać ze zwolnienia. To zobowiązanie jest bez uszczerbku dla prawa dostawcy pojazdów silnikowych do zobowiązania dystrybutora, aby upewnił się w odniesieniu do nowych, sprzedanych przez niego pojazdów silnikowych, że gwarancje są uznawane oraz że bezpłatny serwis i prace związane z usuwaniem wad fabrycznych zostaną wykonane albo przez dystrybutora, albo, w przypadku udzielenia zlecenia ich wykonania innym osobom przez osoby zajmujące się naprawami mające autoryzację, którym wykonywanie takich usług zostało zlecone. W tych przypadkach, jeśli powyższe zobowiązania nie zostały dobrze wypełnione przez osoby zajmujące się naprawami mające autoryzację, któremu dystrybutor zlecił te usługi, konsumenci powinni móc zwrócić się do dystrybutora. Ponadto, w celu umożliwienia dystrybutorom sprzedaży pojazdów silnikowych użytkownikom ostatecznym na całym obszarze wspólnego rynku, zwolnienie powinno być stosowane jedynie wobec takich porozumień dystrybucyjnych, które wymagają, aby osoby zajmujące się naprawami w ramach sieci dostawcy dokonywały usług naprawczych i przeglądowych w odniesieniu do towarów objętych umową i odpowiednich towarów, niezależnie od tego, gdzie te towary zostały sprzedane na wspólnym rynku.

(18) Na rynkach, na których stosuje się dystrybucję selektywną, zwolnienie powinno być stosowane w odniesieniu do zakazu nakładanego na dystrybutora, dotyczącego funkcjonowania poza dodatkowym miejscem prowadzenia działalności, w którym jest on dystrybutorem pojazdów innych niż samochody osobowe lub lekkie pojazdy przeznaczone do celów gospodarczych. Jednakże nie powinno się uchylać tego zakazu, jeśli ogranicza rozwój działalności gospodarczej dystrybutora w autoryzowanym miejscu prowadzenia działalności, przez na przykład ograniczanie rozwoju lub nabywania infrastruktury niezbędnej do umożliwienia wzrostu wielkości sprzedaży, w tym wzrostu spowodowanego sprzedażą przez internet.

(19) Niewłaściwe byłoby zwolnienie jakiegokolwiek porozumienia wertykalnego, które ogranicza sprzedaż oryginalnych części zapasowych lub części zapasowych porównywalnej jakości przez uczestników systemu dystrybucyjnego niezależnym osobom zajmującym się naprawami, które wykorzystują je do świadczenia usług naprawczych lub przeglądowych. Bez dostępu do takich części zapasowych, te niezależne osoby zajmujące się naprawami nie byłyby w stanie efektywnie konkurować z mającymi autoryzację osobami zajmującymi się naprawami, gdyż nie mogłyby świadczyć klientom usług wysokiej jakości, które z kolei przyczyniają się do bezpiecznego i niezawodnego funkcjonowania pojazdów silnikowych.

(20) W celu przyznania użytkownikom ostatecznym prawa do nabycia nowych pojazdów silnikowych posiadających specyfikacje identyczne do tych sprzedawanych w każdym innym Państwie Członkowskim, od jakiegokolwiek dystrybutora sprzedającego odpowiednie modele i mającego siedzibę lub miejsce zamieszkania we wspólnym rynku, zwolnienie powinno być stosowane wyłącznie do porozumień wertykalnych, umożliwiających dystrybutorowi zamawianie, przechowywanie i sprzedaż wszelkich takich pojazdów, które odpowiadają modelowi określonemu w umowie. Dyskryminujące lub obiektywnie niezasadne warunki dostaw, w szczególności te dotyczące terminów dostaw lub cen, stosowane przez dostawcę do odpowiednich pojazdów, mają być uznawane za ograniczenie możliwości dystrybutora do sprzedaży takich pojazdów.

(21) Pojazdy silnikowe są drogimi i technicznie złożonymi dobrami ruchomymi, które wymagają napraw i przeglądów w regularnych i nieregularnych odstępach czasu. Jednakże nie jest konieczne, aby dystrybutorzy nowych pojazdów silnikowych również sami dokonywali napraw i przeprowadzali przeglądy. Uzasadnione interesy dostawców i użytkowników ostatecznych mogą zostać w pełni zaspokojone, jeśli dystrybutor zleci owe usługi, w tym także uznawanie gwarancji, bezpłatny serwis i prace związane z usuwaniem wad fabrycznych osobom zajmującym się naprawami lub większej liczbie takich osób w ramach systemu dystrybucyjnego dostawcy. Właściwe jest jednakże ułatwienie dostępu do usług naprawczych oraz przeglądów. Dostawca może, zatem wymagać od dystrybutorów, którzy zlecieli usługi naprawcze i przeglądy jednemu lub więcej osobom zajmującym się naprawami, aby podawali użytkownikom ostatecznym nazwę i adres warsztatu lub warsztatów. Jeśli żadna z tych osób zajmujących się naprawami nie znajduje się w pobliżu punktu sprzedaży, dostawca może również wymagać, aby dystrybutor oznajmił użytkowników ostatecznych jak daleko od punktu sprzedaży znajduje się warsztat lub warsztaty. Jednakże dostawca może jedynie nałożyć taki obowiązek, jeżeli nakłada również podobne obowiązki na dystrybutorów, których własny warsztat nie jest w tym samym miejscu, w którym punkt sprzedaży.

(22) Ponadto, nie jest konieczne, aby w celu należytego świadczenia usług naprawczych i dokonywania przeglądów osoby zajmujące się naprawami mające autoryzację również sprzedawały nowe pojazdy silnikowe. Zwolnienie nie powinno, zatem obejmować porozumień wertykalnych, zawierających jakkolwiek, bezpośredni lub pośredni, obowiązek lub zachętę, które prowadzą do powiązania działalności sprzedaży i serwisu, lub, które uzależniają wykonanie jednej z tych działalności od wykonania drugiej; jest to w szczególności przypadek, gdy wynagrodzenie dystrybutora lub mających autoryzację osób zajmujących się naprawami w odniesieniu do nabycia lub sprzedaży towarów lub usług niezbędnych do wykonywania jednej działalności zostaje uzależnione od nabycia lub sprzedaży towarów lub usług dotyczących innej działalności, lub, gdy wszystkie takie towary lub usługi są skomasowane bez rozróżnienia w jednym systemie wynagradzania i rabatów.

(23) W celu zapewnienia skutecznej konkurencji na rynku napraw i przeglądów oraz w celu umożliwienia mającym autoryzację osobom zajmującym się naprawami oferowania użytkownikom ostatecznym konkurencyjnych części zapasowych, takich jak oryginalne części zapasowe i części zapasowe o porównywalnej jakości, zwolnienie nie powinno obejmować porozumień wertykalnych, które ograniczają możliwości w ramach systemu dystrybucji producenta pojazdów, niezależnych dystrybutorów części zapasowych, niezależnych osób zajmujących się naprawami lub użytkowników ostatecznych zaopatrywania się w części zapasowe od producenta takich części zapasowych lub od innych stron trzecich, według ich wyboru. Nie wpływa to na odpowiedzialność producenta części zapasowych na podstawie prawa cywilnego.

(24) Ponadto, w celu umożliwienia mającym autoryzację oraz niezależnym osobom zajmującym się naprawami oraz użytkownikom ostatecznym zidentyfikowania producenta podzespołów lub części zapasowych do pojazdów silnikowych oraz dokonywania wyboru między konkurencyjnymi częściami zapasowymi, zwolnienia nie powinny obejmować porozumień, na mocy których producent pojazdów silnikowych ogranicza możliwości producenta podzespołów lub oryginalnych części zapasowych do umieszczania swojego znaku towarowego lub znaku firmowego na tych częściach w sposób skuteczny i widoczny.

Ponadto, w celu ułatwienia dokonywania tego wyboru oraz sprzedaży części zapasowych, które zostały wyprodukowane zgodnie ze specyfikacjami oraz normami produkcyjnymi i jakościowymi, dostarczonymi przez producenta pojazdów do celów produkcji podzespołów lub części zapasowych, przyjmuje się, że części zapasowe stanowią oryginalne części zapasowe, jeżeli producent części zapasowych wystawi zaświadczenie, że te części są takiej samej jakości, jak podzespoły stosowane do montażu pojazdów silnikowych oraz że zostały wyprodukowane zgodnie z tymi specyfikacjami i normami. Inne części zapasowe, dla których producent części zapasowych może w każdej chwili wystawić certyfikat potwierdzający, że jakościowo dorównują one podzespołom używanym do montażu określonego pojazdu silnikowego, mogą być sprzedawane jako części zapasowe o porównywalnej jakości.

(25) Zwolnienie nie powinno obejmować tych porozumień wertykalnych, które ograniczają korzystanie mających autoryzację osób zajmujących się naprawami z części zapasowych o porównywalnej jakości do naprawy lub przeglądu pojazdu silnikowego. Jednakże ze względu na bezpośrednie, umowne zaangażowanie producentów pojazdów w naprawy gwarancyjne, bezpłatny serwis oraz prace związane z usuwaniem wad fabrycznych, porozumienia zawierające zobowiązanie mających autoryzację osób zajmujących się naprawami do korzystania z oryginalnych części zapasowych, dostarczanych przez producenta pojazdów tym osobom, powinny zostać objęte zwolnieniem.

(26) W celu ochrony efektywnej konkurencji na rynku usług naprawczych i przeglądowych oraz w celu uniknięcia wyeliminowania niezależnych osób zajmujących się naprawami, producenci pojazdów silnikowych powinni umożliwić wszystkim zainteresowanym, niezależnym podmiotom pełny dostęp do wszelkich informacji technicznych, diagnostyki i innego wyposażenia, narzędzi, w tym wszelkie właściwe oprogramowanie, a także do szkoleń, wymaganych do przeprowadzania napraw i przeglądów pojazdów silnikowych. Do niezależnych podmiotów, którym należy zapewnić taki dostęp, zalicza się w szczególności niezależne osoby zajmujące się naprawami, producentów narzędzi lub sprzętu do napraw, wydawców informacji technicznych, kluby automobilowe, świadczących pomoc drogową, świadczących usługi kontrolne i badawcze oraz świadczących usługi szkoleniowe dla osób zajmujących się naprawami. W szczególności, warunki dostępu nie mogą wprowadzać dyskryminacji między podmiotami autoryzowanymi i niezależnymi, dostęp musi być przyznany na żądanie i bez zbędnej zwłoki, a opłata pobierana za udostępnienie takich informacji nie powinna zniechęcać do dostępu do nich, w drodze nieuwzględnienia zakresu, w jakim niezależne podmioty korzystają z nich. Dostawca pojazdów silnikowych powinien być zobowiązany do udostępnienia niezależnym operatorom informacji technicznej dotyczącej nowych pojazdów silnikowych jednocześnie z udostępnianiem takiej informacji mającym jego autoryzację osobom zajmującym się naprawami, a także nie może zobowiązać niezależnego podmiotu do nabycia innych informacji, niż niezbędne do realizacji danych prac. Dostawcy powinni być zobowiązani do udostępniania informacji technicznych, niezbędnych do przeprogramowywania urządzeń elektronicznych w pojazdach silnikowych. Uzasadnione i właściwe jest jednakże wstrzymanie dostępu do informacji technicznych, które mogłyby pozwolić stronom trzecim obejść lub unieszkodliwić pokładowe urządzenia antywłamaniowe, przekalibrować urządzenia elektroniczne lub manipulować w urządzeniach, które na przykład pozwalają na ograniczenie prędkości pojazdu silnikowego, chyba że ochrona antywłamaniowa, ochrona przed przekalibrowaniem i manipulowaniem może zostać zapewniona przy użyciu innych, mniej restrykcyjnych środków. Prawa własności intelektualnej oraz prawa dotyczące know-how, w tym te prawa, które odnoszą się do wyżej wymienionych urządzeń, muszą być wykorzystywane w sposób, który pozwala uniknąć wszelkiego rodzaju nadużyć.

(27) W celu zapewnienia dostępu oraz zapobieżenia znowie na odpowiednich rynkach oraz w celu umożliwienia dystrybutorom sprzedaży pojazdów marek, pochodzących od dwóch lub więcej producentów, które nie są przedsiębiorstwami powiązanymi do zwolnień, dołączane są określone warunki szczególne. W tym celu nie należy przyznawać zwolnień w przypadku istnienia zakazów konkurencji. W szczególności, z zastrzeżeniem możliwości dostawcy zobowiązania dystrybutora do prezentowania pojazdów w salonie sprzedaży w obszarach wyznaczonych dla poszczególnych marek tak, aby uniknąć ich pomylenia, żaden zakaz odnoszący się do sprzedaży marek konkurencyjnych nie powinien zostać objęty zwolnieniem. To samo stosuje się do obowiązku prezentowania pełnego asortymentu pojazdów silnikowych, jeśli uniemożliwia to lub nadmiernie utrudnia sprzedaż albo prezentowanie pojazdów wyprodukowanych przez przedsiębiorstwa niepowiązane ze sobą. Ponadto, zobowiązanie do zatrudnienia sprzedawców, wyspecjalizowanych w danej marce uznawane jest za pośredni zakaz konkurencji i dlatego nie może zostać objęte zwolnieniem, chyba że dystrybutor zdecyduje się na zatrudnienie sprzedawców, wyspecjalizowanych w określonej marce, a dostawca poniesie wszelkie dodatkowe koszty z tym związane.

(28) W celu zapewnienia, aby osoby zajmujące się naprawami były w stanie przeprowadzać naprawy lub dokonywać przeglądów wszystkich pojazdów silnikowych, zwolnienie nie powinno być stosowane do jakichkolwiek zobowiązań ograniczających zdolność osób zajmujących się naprawami pojazdów silnikowych do świadczenia usług naprawczych lub przeglądów marek konkurujących dostawców.

(29) Dodatkowo, szczególne warunki są wymagane, aby wyłączyć niektóre ograniczenia z zakresu zwolnienia, nakładane czasami w kontekście systemu dystrybucji selektywnej. Stosuje się to w szczególności do zobowiązań, które skutkują powstrzymaniem się uczestników systemu dystrybucji selektywnej od sprzedaży marek określonych konkurujących dostawców, co łatwo mogłoby doprowadzić do wyeliminowania niektórych marek. Dodatkowe warunki są niezbędne w celu wspierania konkurencji między markami i integracji rynkowej na wspólnym rynku, tworzenia możliwości dla dystrybutorów i mających autoryzację osób zajmujących się naprawami, zamierzających prowadzić działalność gospodarczą poza swoim miejscem prowadzenia działalności oraz do stworzenia warunków, które będą sprzyjać rozwojowi działalności dystrybutorów wielu marek. W szczególności, nie powinno podlegać zwolnieniu ograniczenie działania poza wyznaczonym miejscem prowadzenia działalności, nakładane na dystrybucję samochodów osobowych i lekkich pojazdów przeznaczonych do celów gospodarczych lub na świadczenie usług naprawczych i przeglądów. Dostawca może wymagać dodatkowych punktów sprzedaży lub punktów dostaw dla samochodów osobowych i lekkich pojazdów przeznaczonych do celów gospodarczych, lub warsztatów, spełniających odpowiednie kryteria jakościowe, stosowane do podobnych punktów sprzedaży, znajdujących się w tym samym obszarze geograficznym.

(30) Zwolnienie nie powinno być stosowane do ograniczeń, zmniejszających możliwości dystrybutora do sprzedaży usług leasingu dla pojazdów silnikowych.

(31) Ograniczenia dotyczące udziałów rynkowych, fakt, że niektóre porozumienia wertykalne nie są objęte zwolnieniami oraz warunki przewidziane w niniejszym rozporządzeniu, powinny zwykle zapewnić, aby porozumienia, do których stosuje się zwolnienia, nie umożliwiły uczestniczącym przedsiębiorstwom zlikwidować konkurencji w odniesieniu do istotnej części danych towarów i usług.

(32) W szczególnych przypadkach, w których porozumienia, które w przeciwnym razie korzystałyby ze zwolnienia, a mimo to mają skutki niezgodne z art. 81 ust. 3, Komisja jest uprawniona do cofnięcia zwolnienia; do takiej sytuacji może dojść w szczególności w przypadku gdy kupujący posiada znaczącą siłę rynkową na rynku właściwym, na którym odsprzedaje towary lub świadczy usługi, albo w przypadku gdy równoległe sieci porozumień wertykalnych mają podobny skutek, który w znacznie ogranicza dostęp do rynku właściwego lub konkurencję na tym rynku; takie skumulowane skutki mogą na przykład powstać w przypadku dystrybucji selektywnej. Komisja może również cofnąć zwolnienie, jeżeli konkurencja na rynku jest znacznie ograniczana wskutek obecności dostawcy, mającego siłę rynkową lub, jeżeli ceny i warunki dostaw do dystrybutorów pojazdów silnikowych istotnie różnią się między rynkami geograficznymi. Komisja może również cofnąć zwolnienie, jeżeli na dostawy towarów odpowiadających zakresowi umowy są stosowane dyskryminujące ceny lub warunki sprzedaży albo niezasadnione wysokie dopłaty, takie jak te ponoszone w przypadku zakupu pojazdów przystosowanych do ruchu lewostronnego.

(33) Rozporządzenie nr 19/65/EWG uprawnia władze krajowe Państw Członkowskich do cofnięcia zwolnienia w odniesieniu do porozumień wertykalnych, mających skutki niezgodnie z warunkami ustanowionymi w art. 81 ust. 3 w przypadku gdy takie skutki są odczuwalne na ich terytorium lub na jego części oraz w przypadku gdy takie terytorium posiada cechy odmiennego rynku geograficznego; wykonanie tego krajowego prawa do cofnięcia nie powinno naruszać jednolitego stosowania na całym obszarze wspólnego rynku wspólnotowych reguł konkurencji lub dla całościowego skutku środków przyjętych przy wykonywaniu tych przepisów.

(34) W celu umożliwienia lepszego nadzoru nad równoległymi sieciami porozumień wertykalnych, mającymi podobne, ograniczające skutki, i które obejmują powyżej 50% danego rynku, Komisja powinna mieć prawo zadeklarowania, że zwolnienie niestosowane do porozumień wertykalnych, zawierających szczególne ograniczenia odnoszące się do rynku, którego to dotyczy, i tym samym przywrócić pełne stosowanie art. 81 ust. 1 do takich porozumień.

(35) Zwolnienie powinno być udzielone z zastrzeżeniem stosowania przepisów art. 82 Traktatu, dotyczącego nadużywania przez przedsiębiorstwo pozycji dominującej.

(36) Rozporządzenie Komisji (WE) nr 1475/95 z dnia 28 czerwca 1995 r. w sprawie stosowania art. 85 ust. 3 Traktatu do niektórych kategorii porozumień dotyczących dystrybucji i serwisowania pojazdów

silnikowych⁵ jest stosowane do dnia 30 września 2002 r. W celu przyznania wszystkim podmiotom czasu na przystosowanie porozumień wertykalnych, które są zgodne z tym rozporządzeniem, a które nadal obowiązują w chwili, gdy zwolnienie przewidziane w niniejszym rozporządzeniu wygasa, właściwe jest, aby takie porozumienia korzystały z okresu przejściowego do dnia 1 października 2003 r., w trakcie którego powinny one być wyłączone z zakazu ustanowionego w art. 81 ust. 1 na mocy niniejszego rozporządzenia.

(37) W celu umożliwienia wszystkim podmiotom w ramach systemu ilościowej dystrybucji selektywnej nowych samochodów osobowych i lekkich pojazdów przeznaczonych do celów gospodarczych przystosowania ich strategii gospodarczych do niestosowania zwolnień w odniesieniu do klauzuli miejsca, właściwe jest zastrzeżenie, że warunki określone w art. 5 ust. 2 lit. b) wchodzą w życie z dniem 1 października 2005 r.

(38) Komisja powinna na bieżąco monitorować funkcjonowanie niniejszego rozporządzenia, ze szczególnym uwzględnieniem jego wpływu na konkurencję w zakresie handlu detalicznego pojazdami samochodowymi oraz serwisu posprzedażnego na wspólnym rynku lub w jego odnośnych częściach. Powinno to także obejmować monitorowanie wpływu niniejszego rozporządzenia na strukturę i poziom koncentracji dystrybucji pojazdów silnikowych oraz na wszelkie wynikające stąd oddziaływanie na konkurencję. Komisja powinna również przeprowadzić ocenę funkcjonowania niniejszego rozporządzenia i sporządzić sprawozdanie nie później niż do dnia 31 maja 2008 r.,

PRZYJMUJE NINIEJSZE ROZPORZĄDZENIE:

Artykuł 1 **Definicje**

1. Dla celów niniejszego rozporządzenia:

- a) „przedsiębiorstwa konkurujące” oznaczają rzeczywistych lub potencjalnych dostawców na ten sam rynek towarów; rynek towarów obejmuje towary lub usługi, które są uznawane przez nabywcę za zamienne lub substytucyjne w stosunku do towarów lub usług objętych umowami, ze względu na cechy produktów, ich cenę i ich zamierzone zastosowanie;
- b) „zakaz konkurowania” oznacza każde bezpośrednie lub pośrednie zobowiązanie, powodujące, że nabywca nie wytwarza, nie nabywa, nie sprzedaje ani nie odsprzedaje towarów lub usług, które konkurują z towarami lub usługami objętymi umową, lub każde bezpośrednie lub pośrednie zobowiązanie narzucające nabywcy zakup od dostawcy lub od innego przedsiębiorstwa, wyznaczonego przez dostawcę, w wysokości powyżej 30% całkowitych zakupów objętych umową towarów nabywcy, odpowiednich towarów lub usług oraz ich substytutów na rynku właściwym, obliczonej na podstawie wartości jego zakupów w poprzednim roku kalendarzowym. Zobowiązanie, zgodnie z którym dystrybutor sprzedaje pojazdy silnikowe, pochodzące od innych dostawców w wydzielonych obszarach salonu sprzedaży, aby uniknąć pomyłki co do marki, nie stanowi do celów niniejszego rozporządzenia zakazu konkurowania. Zobowiązanie, zgodnie z którym dystrybutor będzie zatrudniał sprzedawców wyspecjalizowanych w określonych markach pojazdów silnikowych stanowi dla celów niniejszego rozporządzenia zakaz konkurowania, chyba że dystrybutor sam zdecyduje się na zatrudnianie sprzedawców wyspecjalizowanych w określonych markach pojazdów, a dostawca poniesie wszelkie dodatkowe, związane z tym koszty;
- c) „porozumienia wertykalne” oznaczają porozumienia lub praktyki uzgodnione, w których uczestniczą dwa lub więcej przedsiębiorstwa, przy czym każde z nich działa, do celów porozumienia, na innym poziomie łańcucha produkcji lub dystrybucji;
- d) „ograniczenia wertykalne” oznaczają ograniczenia konkurencji, objęte zakresem art. 81 ust. 1, gdy takie ograniczenia są zawarte w porozumieniu wertykalnym;
- e) „zobowiązanie wyłącznej dostawy” oznacza każde pośrednie lub bezpośrednie zobowiązanie, powodujące, że dostawca sprzedaje wewnątrz wspólnego rynku towary lub usługi objęte umową wyłącznie jednemu nabywcy, do celów ich szczególnego wykorzystania lub odsprzedaży;
- f) „system dystrybucji selektywnej” oznacza system dystrybucji, w którym dostawca podejmuje się sprzedawać, bezpośrednio lub pośrednio, towary lub usługi objęte umową wyłącznie dystrybutorom lub osobom zajmującym się naprawami, wybranym na podstawie określonych kryteriów, oraz w którym

⁵ Dz. U. L 145 z 29.6.1995, s. 25.

ci dystrybutorzy lub osoby zajmujące się naprawami podejmują się nie sprzedawać tych towarów lub usług nieautoryzowanym dystrybutorom lub niezależnym osobom zajmującym się naprawami, z zastrzeżeniem możliwości sprzedaży niezależnym osobom zajmującym się naprawami części zapasowych lub zobowiązania się do udostępniania niezależnym podmiotom wszelkiej informacji technicznej, sprzętu diagnostycznego, narzędzi i szkoleń, wymaganych do naprawy i dokonywania przeglądów pojazdów silnikowych lub dla wdrażania środków ochrony środowiska naturalnego;

g) „system ilościowej dystrybucji selektywnej” oznacza system dystrybucji selektywnej, w którym dostawca stosuje kryteria selekcji dystrybutorów lub osób zajmujących się naprawami, które bezpośrednio ograniczają ich liczbę;

h) „system jakościowej dystrybucji selektywnej” oznacza system dystrybucji selektywnej, w którym dostawca stosuje kryteria selekcji dystrybutorów lub osób zajmujących się naprawami, które mają charakter wyłącznie jakościowy, które są wymagane ze względu na charakter towarów lub usług objętych umową, które są określone jednolicie dla wszystkich dystrybutorów lub osób zajmujących się naprawami, ubiegających się o włączenie ich do systemu dystrybucji, które nie są stosowane w sposób dyskryminujący i które nie ograniczają bezpośrednio liczby dystrybutorów lub osób zajmujących się naprawami;

i) „prawa własności intelektualnej” obejmują prawo własności przemysłowej, prawo autorskie i prawa pokrewne;

j) „know-how” oznacza pakiet nieopatentowanych informacji praktycznych, wywiedzionych z doświadczenia i badań przeprowadzanych przez dostawcę, które stanowią tajemnicę, są istotne i zidentyfikowane; w tym kontekście „tajemnica” oznacza, że know-how, jako nadwozie lub dokładna konfiguracja i montaż jego elementów nie jest ani powszechnie znane ani łatwo dostępne; „istotne” oznacza, że know-how obejmuje informacje, które są niezbędne dla nabywcy do użytkowania, sprzedaży lub odsprzedaży towarów lub usług objętych umową; „zidentyfikowane” oznacza, że know-how musi być opisany w wystarczająco zrozumiałym sposób, umożliwiającym sprawdzenie, czy spełnia kryteria tajności i istotności;

k) „nabywca”, niezależnie od tego czy jest nim dystrybutor, czy osoba zajmująca się naprawami obejmuje przedsiębiorstwo, które sprzedaje towary lub usługi w imieniu innego przedsiębiorstwa;

l) „mająca autoryzację osoba zajmująca się naprawami” oznacza świadczącego usługi naprawcze lub przeglądowe w odniesieniu do pojazdów silnikowych, działający w ramach systemu dystrybucji, utworzonego przez dostawcę pojazdów silnikowych;

m) „niezależna osoba zajmująca się naprawami” oznacza świadczącego usługi naprawcze lub przeglądowe w odniesieniu do pojazdów silnikowych, który nie działa w ramach systemu dystrybucji, utworzonego przez dostawcę pojazdów silnikowych, dla którego świadczy usługi naprawcze lub przeglądowe. Mająca autoryzację osoba zajmująca się naprawami w ramach systemu dystrybucji danego dostawcy jest do celów niniejszego rozporządzenia uznawana za niezależną osobę zajmującą się naprawami, w takim stopniu, w jakim świadczy ona usługi naprawcze i przeglądowe w odniesieniu do pojazdów silnikowych, względem których nie jest ona uczestnikiem danego systemu dystrybucji tego dostawcy;

n) „pojazd silnikowy” oznacza pojazd z własnym napędem, przeznaczony do wykorzystywania na drogach publicznych, wyposażony w trzy lub więcej kół;

o) „samochód osobowy” oznacza pojazd silnikowy, przeznaczony do przewozu osób i posiadający nie więcej niż osiem siedzeń oprócz miejsca kierowcy;

p) „lekki pojazd przeznaczony do celów gospodarczych” oznacza pojazd silnikowy, przeznaczony do przewozu rzeczy lub osób, o maksymalnej masie nieprzekraczającej 3,5 tony; jeśli określone rodzaje lekkich pojazdów przeznaczonych do celów gospodarczych są sprzedawane także w wersjach o maksymalnej masie przekraczającej 3,5 tony, wszystkie wersje tego pojazdu są uznawane za lekkie pojazdy przeznaczone do celów gospodarczych;

q) „zakres umowy” oznacza wszystkie różniące się modele pojazdów silnikowych, dostępne do nabycia przez dystrybutora od dostawcy;

r) „pojazd silnikowy, który odpowiada modelowi z zakresu umowy” oznacza pojazd, który jest przedmiotem porozumienia dystrybucyjnego z innym przedsiębiorstwem w ramach systemu dystrybucji utworzonego przez producenta lub za jego zgodą i który jest:

– produkowany lub montowany w dużych ilościach przez producenta, oraz

– posiada identyczną linię nadwozia, rodzaj napędu, podwozie i rodzaj silnika, jak pojazdy z zakresu umowy;

s) „części zapasowe” oznacza towary przeznaczone do zainstalowania w lub na pojeździe silnikowym, w celu zastąpienia elementów tego pojazdu, w tym takie produkty jak smary, które są niezbędne do korzystania z pojazdu silnikowego, z wyjątkiem paliw;

t) „oryginalne części zapasowe” oznaczają części zapasowe o tej samej jakości jak elementy zastosowane w montażu pojazdu silnikowego oraz które są produkowane zgodnie ze specyfikacjami i normami produkcji, dostarczonymi przez producenta tych pojazdów w odniesieniu do produkcji elementów lub części zapasowych danego pojazdu silnikowego. Obejmuje to części zapasowe, które są produkowane na tej samej linii produkcyjnej co elementy. Przyjmuje się, jeśli nie zostanie udowodniona teza przeciwna, że te części stanowią oryginalne części zapasowe, jeśli producent części zaświadczy, że części te jakościowo odpowiadają częściom stosowanym w montażu danych pojazdów, i że zostały wyprodukowane zgodnie ze specyfikacjami i normami produkcji producenta pojazdów;

u) „części zapasowe porównywalnej jakości” oznaczają wyłącznie części zapasowe, produkowane przez każde przedsiębiorstwo, które może w każdej chwili zaświadczyć, że części, których to dotyczy, odpowiadają pod względem jakości elementom, które są lub były zastosowane w montażu danych pojazdów silnikowych;

v) „przedsiębiorstwa wchodzące w skład systemu dystrybucji” oznaczają producenta oraz przedsiębiorstwa, którym zostało powierzone przez producenta lub uzyskały jego zgodę na dystrybucję albo naprawę, albo przeglądy towarów objętych umową lub towarów im odpowiadających;

w) „użytkownik ostateczny” obejmuje spółki leasingowe, chyba że obowiązujące umowy leasingowe przewidują przeniesienie własności lub opcje na nabycie pojazdu przed wygaśnięciem umowy.

2. Pojęcia „przedsiębiorstwo”, „dostawca”, „nabywca”, „dystrybutor” i „osoba zajmująca się naprawami” obejmują odpowiednie ich przedsiębiorstwa powiązane.

„Przedsiębiorstwami powiązаныmi” są:

a) przedsiębiorstwa, w których strona porozumienia, bezpośrednio lub pośrednio:

i) ma prawo do korzystania z ponad połowy praw głosu, lub

ii) ma prawo do powołania więcej niż połowy członków Rady nadzorczej, zarządu lub organów prawnie reprezentujących przedsiębiorstwo, lub

iii) ma prawo zarządzania sprawami przedsiębiorstwa;

b) przedsiębiorstwa, które bezpośrednio lub pośrednio posiadają, wobec strony porozumienia, prawa lub uprawnienia wymienione w lit. a);

c) przedsiębiorstwa, w których przedsiębiorstwo, określone w lit. b) posiada, bezpośrednio lub pośrednio, prawa lub uprawnienia wymienione w lit. a);

d) przedsiębiorstwa, w których strona porozumienia wraz z jednym lub więcej przedsiębiorstwami, określonymi w lit. a), b) lub c) lub, w których dwa lub więcej z tych ostatnich przedsiębiorstw wspólnie posiadają prawa, lub uprawnienia wymienione w lit. a);

e) przedsiębiorstwa, w których prawa lub uprawnienia wymienione w lit. a) są wspólnie posiadane przez:

i) strony porozumienia lub ich odpowiednie przedsiębiorstwa powiązane, określone w lit. a)–d), lub

ii) jedną lub więcej ze stron porozumienia albo jedno lub więcej z ich przedsiębiorstw powiązanych, określonych w lit. a)–d) oraz jedną lub więcej stron trzecich.

Artykuł 2

Zakres zastosowania

1. Zgodnie z art. 81 ust. 3 Traktatu oraz z zastrzeżeniem przepisów niniejszego rozporządzenia, deklaruje się niniejszym, że przepisów art. 81 ust. 1 nie stosuje się do porozumień wertykalnych, w przypadku gdy dotyczą one warunków, zgodnie z którymi strony mogą nabywać, sprzedawać lub odsprzedawać nowych pojazdów silnikowych, części zapasowych do pojazdów silnikowych lub świadczenia usług naprawczych albo przeglądowych w odniesieniu do pojazdów silnikowych.

Akapit pierwszy stosuje się w zakresie, w którym takie porozumienia wertykalne zawierają ograniczenia wertykalne.

Dla celów niniejszego rozporządzenia, zwolnienie zadeklarowane w niniejszym ustępie jest nazywane „zwolnieniem”.

2. Zwolnienia stosuje się również do następujących kategorii porozumień wertykalnych:

a) Porozumienia wertykalne zawarte między związkami przedsiębiorstw a jego członkami lub między takim związkiem a jego dostawcami, jedynie jeśli wszyscy jego członkowie są dystrybutorami pojazdów silnikowych lub części zapasowych do pojazdów silnikowych, lub osobami zajmującymi się naprawami i jeżeli żaden z indywidualnych członków związku wraz ze swoimi przedsiębiorstwami powiązanych nie wykazuje całosciowych obrotów rocznych przekraczających 50 milionów EUR; porozumienia wertykalne zawarte przez takie związki są objęte niniejszym rozporządzeniem z zastrzeżeniem stosowania art. 81 do porozumień horyzontalnych zawieranych między członkami związku lub decyzji przyjętych przez związek;

b) porozumienia wertykalne zawierające przepisy dotyczące udzielenia nabywcy lub użytkownika przez nabywcę praw własności intelektualnej, pod warunkiem że te przepisy nie stanowią podstawowego przedmiotu tych porozumień oraz odnoszą się bezpośrednio do użytkowania, sprzedaży lub odsprzedaży towarów lub usług przez nabywcę lub jego klientów. Zwolnienie stosuje się pod warunkiem że te przepisy nie zawierają ograniczeń konkurencji w odniesieniu do towarów lub usług objętych umową, które mają ten sam przedmiot lub skutek, jak ograniczenia wertykalne, które nie podlegają zwolnieniu na mocy niniejszego rozporządzenia.

3. Zwolnienie nie ma zastosowania do porozumień wertykalnych, zawieranych między przedsiębiorstwami konkurującymi.

Jednakże stosuje się je w przypadku gdy przedsiębiorstwa konkurujące zawarły porozumienia wertykalne niebędące porozumieniem wzajemnym oraz gdy:

a) całkowity roczny obrót nabywcy nie przekracza 100 milionów EUR, lub

b) dostawca jest producentem i dystrybutorem towarów, natomiast nabywca jest dystrybutorem, nieprodukcującym towarów konkurujących z towarami objętymi umową, lub

c) dostawca świadczy usługi na kilku poziomach handlu, natomiast nabywca nie świadczy żadnych usług konkurencyjnych na tym poziomie handlu, na którym nabywa on usługi objęte umową.

Artykuł 3 **Warunki ogólne**

1. Z zastrzeżeniem ust. 2, 3, 4, 5, 6 i 7, zwolnienia stosuje się, pod warunkiem że udział rynkowy dostawcy w rynku właściwym, na którym sprzedaje on nowe pojazdy silnikowe, części zapasowe do pojazdów silnikowych lub usługi naprawcze i przeglądowe, nie przekracza 30%.

Jednakże w przypadku porozumień, tworzących systemy ilościowej dystrybucji selektywnej dla sprzedaży nowych pojazdów silnikowych, próg udziału rynkowego, dla stosowania zwolnienia wynosi 40%.

Te progi nie mają zastosowania do porozumień ustanawiających systemy jakościowej dystrybucji selektywnej.

2. W przypadku porozumień wertykalnych, zawierających zobowiązanie wyłącznej dostawy, zwolnienie stosuje się, pod warunkiem że udział rynkowy, posiadany przez nabywcę nie przekracza 30% rynku właściwego, na którym dokonuje on zakupów towarów lub usług objętych umową.

3. Zwolnienie stosuje się, pod warunkiem że porozumienie wertykalne zawarte z dystrybutorem lub osobą zajmującą się naprawami przewiduje, że dostawca zgadza się na przeniesienie praw i zobowiązań, wynikających z porozumienia wertykalnego przez innego dystrybutora lub osobę zajmującą się naprawami w ramach systemu dystrybucji, wybranemu przez poprzedniego dystrybutora lub osobę zajmującą się naprawami.

4. Zwolnienie stosuje się, pod warunkiem że porozumienie wertykalne zawarte z dystrybutorem lub osobą zajmującą się naprawami przewiduje, że dostawca, który zamierza dokonać wypowiedzenia porozumienia, musi przekazać takie wypowiedzenie na piśmie i musi ono zawierać szczegółowe, obiektywne i przejrzyste powody rozwiązania umowy, aby uniemożliwić dostawcy rozwiązanie porozumienia wertykalnego z dystrybutorem lub osobą zajmującą się naprawami z powodu praktyk, które nie mogą być ograniczone na mocy niniejszego rozporządzenia.

5. Zwolnienie stosuje się, pod warunkiem że porozumienie wertykalne, zawarte przez dostawcę nowych pojazdów silnikowych z dystrybutorem lub mającą autoryzację osobą zajmującą się naprawami przewiduje, że:

- a) porozumienie jest zawierane na okres co najmniej pięć lat; w tym przypadku każda strona musi zobowiązać się, że zawiadomienie o zamiarze nieprzedłużania porozumienia będzie przekazane drugiej stronie z wyprzedzeniem co najmniej sześciomiesięcznym;
- b) porozumienie jest zawierane na czas nieokreślony; w takim przypadku okres zwykłego wypowiedzenia porozumienia musi wynosić co najmniej dwa lata dla każdej ze stron; okres ten ulega skróceniu do co najmniej jednego roku w przypadku gdy:
- i) dostawca jest zobowiązany przez prawo lub przez specjalne porozumienie do zapłaty odpowiedniego odszkodowania za wypowiedzenie porozumienia, lub
 - ii) dostawca wypowiada porozumienie w przypadku gdy jest to niezbędne do reorganizacji całej lub istotnej części sieci.
6. Zwolnienie stosuje się, pod warunkiem że porozumienie wertykalne przewiduje dla każdej strony prawo do przekazywania sporów, dotyczących wypełnienia swoich zobowiązań umownych do niezależnego eksperta lub arbitra. Spory te mogą dotyczyć między innymi następujących spraw:
- a) zobowiązań dotyczących dostaw;
 - b) ustalania lub osiągania celów sprzedaży;
 - c) stosowania wymagań dotyczących składowania;
 - d) wykonanie zobowiązania dostarczania lub wykorzystywania pojazdów pokazowych;
 - e) warunków sprzedaży różnych marek;
 - f) kwestii, czy zakaz działania poza wyznaczonym miejscem prowadzenia działalności ogranicza zdolność dystrybutora pojazdów silnikowych innych niż samochody osobowe lub lekkie pojazdy przeznaczone do celów gospodarczych do rozwijania swojej działalności, lub
 - g) kwestii, czy wypowiedzenie porozumienia jest uzasadnione powodami podanymi w wypowiedzeniu.
- Prawo, określone w pierwszym zdaniu jest bez uszczerbku dla prawa każdej strony do zwrócenia się do sądu krajowego.
7. Dla celów niniejszego artykułu, udział rynkowy posiadany przez przedsiębiorstwa określone w art. 1 ust. 2 lit. e) rozdziela się równo między każde przedsiębiorstwo posiadające prawa lub uprawnienia, wymienione w art. 1 ust. 2 lit. a).

Artykuł 4 **Ograniczenia podstawowe**

(Ograniczenia podstawowe dotyczące sprzedaży nowych pojazdów silnikowych, usług naprawczych i przeglądowych lub części zapasowych)

1. Zwolnienie nie ma zastosowania do porozumień wertykalnych, które, bezpośrednio lub pośrednio, samodzielnie lub w połączeniu z innymi czynnikami, będącymi się pod kontrolą stron, posiadają cel:

- a) ograniczenia możliwości dystrybutora lub osoby zajmującej się naprawami określania swojej ceny sprzedaży z zastrzeżeniem możliwości dostawcy nakładania ceny maksymalnej lub zalecanej ceny sprzedaży, pod warunkiem że nie równa się ona cenie stałej lub minimalnej cenie sprzedaży, jako skutku formy nacisku lub bodźców wywieranych przez którąkolwiek stronę;
- b) ograniczenia terytorium na którym lub grupy klientów, którym dystrybutor lub osoba zajmująca się naprawami może sprzedawać towary lub usługi objęte umową; jednakże zwolnienie stosuje się do:
 - i) ograniczenia aktywnej sprzedaży na wyłącznym terytorium lub grupie wyłącznych klientów, zarezerwowanym dla dostawcy lub przyznanych przez dostawcę innemu dystrybutorowi lub osobie zajmującej się naprawami, w przypadku gdy takie ograniczenie nie zmniejsza sprzedaży przez klientów dystrybutora lub osoby zajmującej się naprawami;
 - ii) ograniczenia sprzedaży użytkownikom ostatecznym przez dystrybutora działającego na poziomie sprzedaży hurtowej;
 - iii) ograniczenia sprzedaży nowych pojazdów silnikowych oraz części zapasowych dystrybutorom nieautoryzowanym przez uczestników systemu dystrybucji selektywnej na rynkach, na których stosowana jest dystrybucja selektywna, z zastrzeżeniem przepisów i);

iv) ograniczenia możliwości nabywcy sprzedaży elementów, dostarczanych do celów ich zamontowania, klientom, którzy mogliby wykorzystać je do produkowania towarów tego samego rodzaju, jak te wyprodukowane przez dostawcę;

c) ograniczenia dostaw krzyżowych między dystrybutorami lub osobami zajmującymi się naprawami w ramach systemu dystrybucji selektywnej, w tym dostawy między dystrybutorami lub osobami zajmującymi się naprawami, działającymi na różnych poziomach handlu;

d) ograniczenia aktywnej lub pasywnej sprzedaży nowych samochodów osobowych lub lekkich pojazdów przeznaczonych do celów handlowych, części zapasowych do wszystkich pojazdów silnikowych lub świadczenia usług naprawczych albo przeglądowych w zakresie wszystkich pojazdów silnikowych wykorzystywanych przez użytkowników ostatecznych, które są sprzedawane przez uczestników systemu dystrybucji selektywnej, działających na poziomie sprzedaży detalicznej na rynkach, na których stosuje się dystrybucję selektywną. Zwolnienie stosuje się do porozumień, zawierających zakaz, nałożony na uczestnika systemu dystrybucji selektywnej, dotyczący działania poza autoryzowanym miejscem prowadzenia działalności. Jednakże stosowanie zwolnienia do takich zakazów jest objęte art. 5 ust. 2 lit. b);

e) ograniczenia aktywnej lub pasywnej sprzedaży nowych pojazdów silnikowych, innych niż samochody osobowe lub lekkie pojazdy przeznaczone do celów handlowych użytkownikom ostatecznym przez uczestników systemu dystrybucji selektywnej, działających na poziomie sprzedaży detalicznej na rynkach, na których stosuje się dystrybucję selektywną, z zastrzeżeniem uprawnienia dostawcy do zakazania uczestnikowi tego systemu działania poza autoryzowanym miejscem prowadzenia działalności;

(Ograniczenia podstawowe, dotyczące wyłącznie sprzedaży nowych pojazdów silnikowych)

f) ograniczenie uprawnienia dystrybutora do sprzedawania wszelkich nowych pojazdów silnikowych, które odpowiadają modelom w ramach jego zakresu umowy;

g) ograniczenie uprawnienia dystrybutora do zlecenia świadczenia usług naprawczych lub przeglądowych mającym autoryzację osobom zajmującym się naprawami, bez uszczerbku dla uprawnienia dostawcy do zobowiązania dystrybutora, aby podawał użytkownikom ostatecznym nazwę (nazwisko) i adres mającej autoryzację osoby lub osób zajmujących się naprawami, których to dotyczy, przed zawarciem umów sprzedaży oraz, jeśli żadna z tych mających autoryzację osób zajmujących się naprawami nie znajduje się w pobliżu punktu sprzedaży, także aby informował użytkowników ostatecznych, w jakiej odległości od punktu sprzedaży znajduje się dany warsztat lub warsztaty; jednakże takie zobowiązania mogą być nałożone jedynie pod warunkiem że podobne zobowiązania są nałożone na dystrybutorów, których warsztat nie znajduje się w tym samym miejscu, w którym ich punkt sprzedaży;

(Ograniczenia podstawowe dotyczące jedynie sprzedaży usług naprawczych i przeglądowych oraz części zapasowych)

h) ograniczenie uprawnienia mających autoryzację osób zajmujących się naprawami do ograniczenia swojej działalności do świadczenia usług naprawczych i przeglądowych oraz dystrybucji części zapasowych;

i) ograniczenie sprzedaży części zapasowych do pojazdów silnikowych przez uczestników systemu dystrybucji selektywnej niezależnym osobom zajmującym się naprawami, które używają tych części do napraw i przeglądów pojazdów silnikowych;

j) ograniczenia uzgodnione między dostawcą oryginalnych części zapasowych lub części zapasowych o porównywalnej jakości, narzędzi naprawczych lub diagnostycznych lub innego sprzętu, oraz producentem pojazdów silnikowych, ograniczające uprawnienie dostawcy do sprzedaży tych towarów lub usług autoryzowanym lub niezależnym dystrybutorom albo mającym autoryzację lub niezależnym osobom zajmującym się naprawami lub użytkownikom ostatecznym;

k) ograniczenie uprawnienia dystrybutora lub mającej autoryzację osoby zajmującej się naprawami do otrzymywania oryginalnych części zapasowych lub części zapasowych o porównywalnej jakości, od przedsiębiorstw trzecich, według swojego uznania oraz do używania ich do naprawy i przeglądów pojazdów silnikowych, z zastrzeżeniem uprawnień dostawcy nowych pojazdów silnikowych do zobowiązania do stosowania oryginalnych części zapasowych, dostarczanych przez niego do napraw gwarancyjnych, bezpłatnych serwisów oraz prac związanych z usuwaniem wad fabrycznych;

l) ograniczenie uzgodnione między producentem pojazdów silnikowych, który wykorzystuje części składowe do pierwotnego montażu pojazdów silnikowych oraz dostawcą takich części składowych, które

ograniczają uprawnienie tego ostatniego do skutecznego umieszczenia swojego znaku towarowego lub znaku firmowego w łatwo widoczny sposób na częściach składowych dostarczanych lub na częściach zapasowych.

2. Zwolnienie nie ma zastosowania w przypadku gdy dostawca pojazdów silnikowych odmawia niezależnym podmiotom dostępu do wszelkiej informacji technicznej, sprzętu diagnostycznego i innego wyposażenia, narzędzi, w tym odpowiedniego oprogramowania lub szkoleń wymaganych do dokonywania napraw i przeglądów tych pojazdów silnikowych lub wdrażania środków ochrony środowiska naturalnego.

Taki dostęp musi obejmować w szczególności nieograniczone korzystanie z systemów kontroli elektronicznej oraz systemów diagnostyki pojazdów silnikowych, programowanie tych systemów zgodnie ze standardowymi procedurami dostawcy, wskazówki dotyczące naprawy i szkolenia oraz informacje wymagane do korzystania z narzędzi i sprzętu diagnostycznego i serwisowego.

Dostęp podmiotom niezależnym musi być przyznany w sposób niedyskryminacyjny, natychmiastowy i proporcjonalny, a informacje muszą być przekazywane w postaci nadającej się do wykorzystania. Jeśli odnośna kwestia jest objęta prawem własności intelektualnej lub stanowi know-how, dostępu nie odmawia się w niewłaściwy sposób.

Dla celów niniejszego ustępu, „niezależny podmiot” oznacza przedsiębiorstwa, które bezpośrednio lub pośrednio wykonują naprawy i przeglądy pojazdów silnikowych, w szczególności niezależne osoby zajmujące się naprawami, producentów narzędzi lub sprzętu do napraw, wydawców informacji technicznych, kluby automobilowe, świadczących pomoc drogową, świadczących usługi kontrolne i badawcze oraz świadczących usługi szkoleniowe dla osób zajmujących się naprawami.

Artykuł 5 **Warunki szczególne**

1. W odniesieniu do sprzedaży nowych pojazdów silnikowych, usług naprawczych lub przeglądowych lub części zapasowych, zwolnienie nie ma zastosowania do któregośkolwiek z następujących zobowiązań zawartych w porozumieniach wertykalnych:

- a) wszelkich bezpośrednich lub pośrednich zakazów konkurowania;
- b) wszelkich bezpośrednich lub pośrednich zobowiązań ograniczających uprawnienie mających autoryzację osób zajmujących się naprawą do świadczenia usług naprawczych lub przeglądowych w zakresie pojazdów pochodzących od dostawców konkurujących;
- c) wszelkich bezpośrednich lub pośrednich zobowiązań, uniemożliwiających uczestnikom systemu dystrybucyjnego sprzedawanie pojazdów silnikowych lub części zapasowych określonych dostawców konkurujących albo świadczenie usług naprawczych lub przeglądowych w zakresie pojazdów silnikowych określonych dostawców konkurujących;
- d) wszelkich bezpośrednich lub pośrednich zobowiązań, uniemożliwiających dystrybutorowi lub mającej autoryzację osobie zajmującej się naprawą po wymówieniu porozumienia produkowanie, nabywanie, sprzedawanie lub odsprzedawanie pojazdów silnikowych lub świadczenie usług naprawczych lub przeglądowych.

2. W odniesieniu do sprzedaży nowych pojazdów silnikowych, zwolnienie nie ma zastosowania do któregośkolwiek z następujących zobowiązań zawartych w porozumieniach wertykalnych:

- a) wszelkich bezpośrednich lub pośrednich zobowiązań, uniemożliwiających sprzedawcy detalicznemu sprzedaż usług leasingowych, dotyczących towarów objętych umową lub im odpowiadających;
- b) wszelkich bezpośrednich lub pośrednich zobowiązań nałożonych na dystrybutora samochodów osobowych lub lekkich pojazdów przeznaczonych do celów handlowych, w ramach systemu dystrybucji selektywnej, które ograniczają jego uprawnienie do tworzenia dodatkowych punktów sprzedaży lub punktów dostaw w innych miejscach wewnątrz wspólnego rynku, na którym dystrybucja selektywna jest stosowana.

3. W odniesieniu do usług naprawczych i przeglądowych lub sprzedaży części zapasowych, zwolnienie nie ma zastosowania do jakiegokolwiek bezpośredniego lub pośredniego zobowiązania, dotyczącego miejsca prowadzenia działalności przez mającą autoryzację osobę zajmującą się naprawami, w którym dystrybucja selektywna jest stosowana.

Artykuł 6

Cofnięcie korzyści wynikającej z rozporządzenia

1. Zgodnie z art. 7 ust. 1 rozporządzenia nr 19/65/EWG, Komisja może cofnąć korzyść wynikającą z niniejszego rozporządzenia, jeśli uzna w jakimkolwiek szczególnym przypadku, że porozumienia wertykalne, do których stosuje się niniejsze rozporządzenie, pomimo to wywołują skutki niezgodne z warunkami ustanowionymi w art. 81 ust. 3 Traktatu, w szczególności:

- a) w przypadku gdy dostęp do rynku właściwego albo konkurencja w jego ramach są znacznie ograniczane w rezultacie skumulowanego efektu równoległych sieci podobnych ograniczeń wertykalnych, wprowadzonych przez konkurujących dostawców lub nabywców, lub
- b) w przypadku gdy konkurencja jest ograniczona na rynku, na którym jeden dostawca nie jest narażony na efektywną konkurencję ze strony innych dostawców, lub
- c) w przypadku gdy ceny lub warunki dostaw towarów objętych umową lub towarów im odpowiadających różnią się zasadniczo w zależności od rynku geograficznego, lub
- d) w przypadku gdy w ramach rynku geograficznego stosowane są dyskryminujące ceny lub warunki sprzedaży.

2. W przypadku gdy w jakimkolwiek szczególnym przypadku porozumienia wertykalne, do których stosuje się zwolnienie, wywierają na terytorium Państwa Członkowskiego lub na jego części, mającym wszystkie cechy odrębnego rynku geograficznego, skutki niezgodne z warunkami ustanowionymi w art. 81 ust. 3 Traktatu, odpowiednie władze tego Państwa Członkowskiego mogą odwołać stosowanie niniejszego rozporządzenia w odniesieniu do tego obszaru, na podstawie tych samych warunków, jak te przewidziane w ust. 1.

Artykuł 7

Niestosowanie rozporządzenia

1. Zgodnie z art. 1a rozporządzenia nr 19/65/EWG, Komisja może na mocy rozporządzenia oświadczyć, że w przypadku gdy równoległe sieci podobnych ograniczeń wertykalnych obejmują więcej niż 50% rynku właściwego, niniejsze rozporządzenie nie ma zastosowania do porozumień wertykalnych, zawierających szczególnie ograniczenia, odnoszące się do tego rynku.

2. Rozporządzenie przyjęte na podstawie ust. 1 nie staje się skuteczne wcześniej niż po upływie roku od jego przyjęcia.

Artykuł 8

Obliczanie udziału rynkowego

1. Udziały rynkowe, przewidziane w niniejszym rozporządzeniu, oblicza się w następujący sposób:

- a) w przypadku dystrybucji nowych pojazdów silnikowych na podstawie wolumenu towarów objętych umową i towarów im odpowiadających, sprzedanych przez dostawcę, wraz z jakimkolwiek innymi towarami, sprzedanymi przez dostawcę, które z punktu widzenia nabywcy postrzegane są jako zamienne lub substytucyjne, z uwagi na cechy produktu, cenę i zamierzone zastosowanie;
- b) w przypadku dystrybucji części zapasowych, na podstawie wartości towarów objętych umową i innych towarów sprzedanych przez dostawcę, wraz z jakimkolwiek innymi towarami, sprzedanymi przez dostawcę, które z punktu widzenia nabywcy postrzegane są jako zamienne lub substytucyjne, z uwagi na cechy produktów, ich ceny i zamierzone przeznaczenie;
- c) w przypadku świadczenia usług naprawczych i przeglądowych na podstawie wartości usług objętych umową, sprzedawanych przez uczestników sieci dystrybucyjnej dostawcy, wraz z jakimkolwiek innymi usługami, sprzedanymi przez tych uczestników, które z punktu widzenia nabywcy postrzegane są jako zamienne lub substytucyjne, z uwagi na ich cechy, ceny i zamierzone przeznaczenie.

Jeśli dane dotyczące wolumenu sprzedaży, wymagane do tych obliczeń są niedostępne, dane dotyczące wartości sprzedaży mogą być wykorzystane lub na odwrót. W przypadku gdy takie informacje nie są dostępne, oszacowania na podstawie innych wiarygodnych informacji rynkowych mogą być wykorzystane. Dla celów art. 3 ust. 2, do obliczenia udziału rynkowego stosuje się wolumen lub odpowiednio wartość zakupów rynkowych, albo ich oszacowanie.

2. Dla celów stosowania progów 30% i 40% udziałów rynkowych, przewidzianych w niniejszym rozporządzeniu, stosuje się następujące zasady:

- a) udział rynkowy oblicza się na podstawie danych, odnoszących się do poprzedniego roku kalendarzowego;
- b) udział rynkowy obejmuje wszystkie towary lub usługi dostarczane dystrybutorom zintegrowanym w celach sprzedaży;
- c) w przypadku gdy udział rynkowy początkowo nie przekracza odpowiednio 30% lub 40%, ale następnie rośnie powyżej tych poziomów, ale nie przekraczając odpowiednio 35% lub 45%, to nadal, przez okres dwóch kolejnych lat kalendarzowych, następujących po roku, w którym próg udziału rynkowego wynoszący odpowiednio 30% lub 40% został po raz pierwszy przekroczony, stosuje się zwolnienie;
- d) w przypadku gdy udział rynkowy nie przekracza początkowo odpowiednio 30% lub 40%, ale następnie rośnie przekraczając odpowiednio 35% lub 45%, to nadal, przez okres jednego roku kalendarzowego, następującego po roku, w którym poziom odpowiednio 30% lub 40% został po raz pierwszy przekroczony, zwolnienie stosuje się;
- e) korzyść wynikająca z lit. c) i d) nie mogą być łączone w sposób pozwalający przekroczyć okres dwóch lat kalendarzowych.

Artykuł 9 **Obliczanie obrotów**

1. Dla celów obliczania wielkości całkowitych obrotów rocznych określonych odpowiednio w art. 2 ust. 2 lit. a) i art. 2 ust. 3 lit. a), sumuje się obrót uzyskany w ciągu poprzedniego roku obrachunkowego przez odpowiednią stronę porozumienia wertykalnego oraz obrót uzyskany przez powiązane z nią przedsiębiorstwa w odniesieniu do wszystkich towarów i usług, ale z wyłączeniem wszelkich podatków i innych opłat. Do tego celu nie bierze się pod uwagę żadnych transakcji między stroną porozumienia wertykalnego oraz jej przedsiębiorstwami powiązanymi lub między ich przedsiębiorstwami powiązanymi.
2. Zwolnienie pozostaje stosowane w przypadku gdy przez dowolny okres dwóch kolejnych lat obrachunkowych, próg całkowitego obrotu rocznego nie zostaje przekroczony o więcej niż 10%.

Artykuł 10 **Okres przejściowy**

Zakaz ustanowiony w art. 81 ust. 1 nie stosuje się w okresie od dnia 1 października 2002 r. do dnia 30 września 2003 r. w odniesieniu do porozumień już obowiązujących w dniu 30 września 2002 r., które nie spełniają warunków zwolnienia, przewidzianych w niniejszym rozporządzeniu, ale które spełniają warunki zwolnienia, przewidziane w rozporządzeniu (WE) nr 1475/95.

Artykuł 11 **Sprawozdania z monitoringu i oceny**

1. Komisja na bieżąco monitoruje funkcjonowanie niniejszego rozporządzenia, ze szczególnym uwzględnieniem jego wpływu na:
 - a) konkurencję w handlu detalicznym pojazdami silnikowymi oraz w zakresie serwisu posprzedażnego na wspólnym rynku lub jego odnośnych części;
 - b) strukturę i poziom koncentracji dystrybucji pojazdów silnikowych oraz wszelkie wynikające stąd skutki dla konkurencji.
2. Komisja opracowuje nie później niż dnia 31 maja 2008 r. sprawozdanie dotyczące niniejszego rozporządzenia, uwzględniając w szczególności warunki określone w art. 81 ust.

Artykuł 12 **Wejście w życie i wygaśnięcie**

1. Niniejsze rozporządzenie wchodzi w życie z dniem 1 października 2002 r.
2. Artykuł 5 ust. 2 lit. b) stosuje się od dnia 1 października 2005 r.
3. Niniejsze rozporządzenie wygasa z dniem 31 maja 2010 r.

Niniejsze rozporządzenie wiąże w całości i jest bezpośrednio stosowane we wszystkich Państwach Członkowskich.

Sporządzono w Brukseli, dnia 31 lipca 2002 r.
W imieniu Komisji
Mario MONTI
Członek Komisji

**Rozporządzenie
Rady Ministrów
z dnia 28 stycznia 2003 r.
w sprawie wyłączenia określonych porozumień wertykalnych w sektorze pojazdów samochodowych
spod zakazu porozumień ograniczających konkurencję**

(Dz. U. 2003 nr 38, poz. 329; zm. Dz. U. 2004 nr 14, poz. 116)

Na podstawie art. 7 ustawy z dnia 15 grudnia 2000 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (Dz. U. Nr 122, poz. 1319, z 2001 r. Nr 110, poz. 1189 i Nr 154, poz. 1800 oraz z 2002 r. Nr 129, poz. 1102 i Nr 166, poz. 1360) zarządza się, co następuje:

**Rozdział 1
Przepisy ogólne**

§ 1. Rozporządzenie określa:

- 1) warunki, jakie muszą być spełnione, aby porozumienia wertykalne w sektorze pojazdów samochodowych zostały uznane za wyłączone spod zakazu, o którym mowa w art. 5 ustawy z dnia 15 grudnia 2000 r. o ochronie konkurencji i konsumentów, zwanej dalej „ustawą”;
- 2) klauzule, których występowania w porozumieniu nie uznaje się za naruszenie art. 5 ustawy (klauzule dozwolone);
- 3) klauzule, których występowanie w porozumieniu stanowi naruszenie art. 5 ustawy (klauzule niedozwolone);
- 4) okres obowiązywania wyłączenia.

§ 2. Użyte w rozporządzeniu określenia oznaczają:

- 1) „porozumienia wertykalne w sektorze pojazdów samochodowych” – porozumienia zawierane między dwoma lub więcej przedsiębiorcami działającymi – w ramach takiego porozumienia – na różnych szczeblach obrotu, których celem jest zakup, sprzedaż lub odsprzedaż nowych pojazdów samochodowych, części zamiennych do pojazdów samochodowych lub świadczenie usług serwisowych dotyczących pojazdów samochodowych;
- 2) „zobowiązania wyłącznej dostawy” – klauzule zawarte w porozumieniach wertykalnych w sektorze pojazdów samochodowych, na mocy których dostawca bezpośrednio lub pośrednio zobowiązuje się sprzedawać towary objęte porozumieniem wyłącznie jednemu nabywcy;
- 3) „dystrybucja selektywna” – system dystrybucji, w którym dostawca bezpośrednio lub pośrednio zobowiązuje się:
 - a) sprzedawać towary objęte porozumieniem dystrybutorom lub warsztatom, wybranym w oparciu o szczególne kryteria, w którym ci dystrybutorzy lub te warsztaty zobowiązują się nie sprzedawać tych towarów nieautoryzowanym dystrybutorom lub niezależnym warsztatom, z zachowaniem możliwości sprzedaży części zamiennych niezależnym warsztatom lub udostępniania niezależnym uczestnikom rynku wszelkiej informacji technicznej, sprzętu diagnostycznego, narzędzi i szkoleń, wymaganych do świadczenia usług serwisowych dotyczących pojazdów samochodowych lub do wdrażania środków ochrony środowiska lub
 - b) powierzać świadczenie usług serwisowych dotyczących pojazdów samochodowych objętych porozumieniem warsztatom wybranym w oparciu o szczególne kryteria;
- 4) „dystrybucja selektywna ilościowa” – system dystrybucji selektywnej, w którym dostawca stosuje kryteria wyboru bezpośrednio ograniczające ilość dystrybutorów lub warsztatów;
- 5) „dystrybucja selektywna jakościowa” – system dystrybucji selektywnej, w którym dostawca stosuje takie kryteria wyboru dystrybutorów lub warsztatów, które jednocześnie:
 - a) mają charakter wyłącznie jakościowy,
 - b) są wymagane ze względu na charakter towarów objętych porozumieniem,
 - c) zostały ustalone jednolicie dla wszystkich dystrybutorów lub warsztatów ubiegających się o ich włączenie do systemu dystrybucji,
 - d) nie są stosowane w sposób dyskryminujący,

- e) nie ograniczają w sposób bezpośredni ilości dystrybutorów lub warsztatów;
- 6) „prawa własności intelektualnej i przemysłowej” – prawa, o których mowa w art. 2 ust. 1 ustawy;
- 7) „know-how” – nieopatentowane, nieujawnione do wiadomości publicznej informacje techniczne lub technologiczne lub zasady organizacji i zarządzania, co do których podjęto działania zmierzające do zapobieżenia ich ujawnieniu, jeżeli stanowią one całość lub część określonych informacji praktycznych wynikających z doświadczeń dostawcy, przeprowadzonych badań lub testów, niezbędnych nabywcy do używania, sprzedaży lub odsprzedaży towarów objętych porozumieniem;
- 8) „dostawca” – przedsiębiorcę, który sprzedaje nabywcy towary objęte porozumieniem;
- 9) „nabywca” – dystrybutora lub warsztat;
- 10) „dystrybutor” – przedsiębiorcę kupującego nowe pojazdy samochodowe lub części zamienne objęte porozumieniem z zamiarem ich odsprzedaży na szczeblu hurtowym (dystrybutor hurtowy) lub detalicznym (dystrybutor detaliczny), a także przedsiębiorcę zawierającego z dostawcą porozumienie, na podstawie którego dokonuje sprzedaży tych towarów w imieniu dostawcy;
- 11) „autoryzowany dystrybutor” – dystrybutora działającego w ramach systemu dystrybucji stworzonego przez dostawcę pojazdów samochodowych;
- 12) „ostateczny użytkownik” – konsumenta albo przedsiębiorcę kupującego towary objęte porozumieniem w związku z prowadzoną działalnością gospodarczą, inną niż działalność dystrybucyjna; przez ostatecznego użytkownika rozumie się także finansującego, w rozumieniu art. 709¹-709¹⁸ ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. – Kodeks cywilny (Dz. U. Nr 16, poz. 93, z późn. zm.), chyba że umowy leasingowe przewidują przeniesienie własności lub opcję kupna pojazdu samochodowego przed wygaśnięciem umowy leasingu lub skutkiem tych umów może być przeniesienie własności nowego pojazdu samochodowego;
- 13) „warsztat” – przedsiębiorcę świadczącego usługi serwisowe dotyczące pojazdów samochodowych;
- 14) „autoryzowany warsztat” – przedsiębiorcę świadczącego usługi serwisowe dotyczące pojazdów samochodowych, działającego w ramach systemu dystrybucji stworzonego przez dostawcę pojazdów samochodowych;
- 15) „niezależny warsztat” – przedsiębiorcę świadczącego usługi serwisowe dotyczące pojazdów samochodowych, który nie działa w ramach systemu dystrybucji stworzonego przez dostawcę pojazdów samochodowych, dla których świadczy usługi serwisowe; autoryzowany warsztat działający w ramach systemu dystrybucji danego dostawcy uważa się za niezależny warsztat w takim zakresie, w jakim świadczy on usługi serwisowe dotyczące pojazdów samochodowych, w stosunku do których nie jest on członkiem systemu dystrybucji danego dostawcy;
- 16) „towary objęte porozumieniem” – nowe pojazdy samochodowe, części zamienne do pojazdów samochodowych oraz usługi serwisowe dotyczące pojazdów samochodowych, będące przedmiotem porozumienia podlegającego wyłączeniu na podstawie rozporządzenia;
- 16a) „pojazdy samochodowe” – pojazdy samochodowe w rozumieniu przepisów ustawy z dnia 20 czerwca 1997 r. – Prawo o ruchu drogowym (Dz. U. z 2003 r. Nr 58, poz. 515, z późn. zm.¹⁾), z wyłączeniem motocykli;
- 17) „lekki samochód ciężarowy” – samochód ciężarowy w rozumieniu przepisów Prawa o ruchu drogowym, o dopuszczalnej masie całkowitej nieprzekraczającej 3,5 tony; jeżeli w ramach jednego typu sprzedawane są wersje samochodów ciężarowych o dopuszczalnej masie całkowitej nieprzekraczającej i powyżej 3,5 tony, to wszystkie wersje tego pojazdu traktuje się jako lekkie samochody ciężarowe;
- 18) „usługi serwisowe” – usługi polegające na naprawie lub przeglądzie pojazdów samochodowych;
- 19) „części zamienne” – towary przewidziane do zainstalowania w lub na pojeździe samochodowym, w celu zastąpienia komponentów tego pojazdu, oraz substancje, które są konieczne do funkcjonowania pojazdu samochodowego, takie jak środki smarne i płyny eksploatacyjne, z wyłączeniem paliw;
- 20) „oryginalne części zamienne” – części zamienne tej samej jakości co komponenty stosowane do montażu pojazdu samochodowego, produkowane zgodnie ze specyfikacjami i standardami produkcyjnymi, ustalonymi przez producenta tych pojazdów do produkcji komponentów lub części zamiennych danego pojazdu samochodowego, w tym części zamienne produkowane na tej samej linii produkcyjnej co komponenty danego pojazdu samochodowego; przyjmuje się, że części zamienne są oryginalne, jeżeli producent tych części zaświadczy, że zostały one wyprodukowane zgodnie ze specyfikacjami

i standardami produkcyjnymi ustalonymi przez producenta danych pojazdów i są one tej samej jakości co części stosowane do montażu tych pojazdów;

21) „części zamienne o porównywalnej jakości” – części zamienne, których producent zaświadczy, że są one tej samej jakości co komponenty, które są lub były stosowane do montażu danych pojazdów samochodowych;

22) „pojazd odpowiadający pojazdowi objętemu porozumieniem” – pojazd samochodowy, sprzedawany w ramach innego systemu dystrybucji niż objęty porozumieniem, który jednocześnie:

- a) jest produkowany lub montowany seryjnie,
- b) posiada taki sam rodzaj nadwozia, napędu i podwozia oraz typ silnika co pojazdy objęte porozumieniem;

23) „zakaz konkurowania” – wynikające bezpośrednio lub pośrednio z porozumienia wertykalnego w sektorze pojazdów samochodowych:

- a) wyłączenie uprawnień nabywcy do wytwarzania, zakupu, sprzedaży lub odsprzedaży towarów uznawanych za substytuty towarów objętych porozumieniem,
- b) zobowiązanie nabywcy do dokonywania u określonego dostawcy więcej niż 30% swoich wszystkich zakupów nowych pojazdów samochodowych lub części zamiennych objętych porozumieniem, pojazdów samochodowych im odpowiadających lub świadczenia na jego rzecz usług serwisowych objętych porozumieniem oraz ich substytutów na rynku właściwym, obliczonych na podstawie wartości zakupów dokonanych przez nabywcę w poprzednim roku kalendarzowym,
- c) zobowiązanie dystrybutora do zatrudniania sprzedawców wyspecjalizowanych w sprzedaży określonych marek pojazdów samochodowych, chyba że w porozumieniu zatrudnienie wyspecjalizowanego personelu pozostawiono do decyzji dystrybutora, a w przypadku jego zatrudnienia dostawca ponosi dodatkowe, związane z tym koszty;

24) „aktywna sprzedaż” – działania dystrybutora lub warsztatu podejmowane w celu pozyskania nowych klientów lub utrzymania dotychczasowych, polegające w szczególności na prowadzeniu działań reklamowych lub promocyjnych, tworzeniu oddziałów lub organizowaniu centrów dystrybucji lub usług serwisowych na określonym obszarze;

25) „pasywna sprzedaż” –

a) sprzedaż w odpowiedzi na żądanie, ze strony indywidualnych klientów, dotyczące dostarczania im nowych pojazdów samochodowych lub części zamiennych lub świadczenia usług serwisowych,

b) powszechną reklamę lub promocję w mediach, w tym w Internecie, która dociera do klientów na autoryzowanych obszarach funkcjonowania innych dystrybutorów lub do pewnych grup klientów, mającą na celu pozyskanie klientów poza tymi obszarami lub grupami klientów, w tym dotarcie do klientów na nieautoryzowanych obszarach funkcjonowania lub na obszarach własnego działania;

26) „wyłączenie” – wyłączenie spod zakazu, o którym mowa w art. 5 ustawy.

§ 3. 1. Wyłączeniu podlegają porozumienia wertykalne w sektorze pojazdów samochodowych, w szczególności zawierające zobowiązania wyłącznej dostawy lub tworzące systemy dystrybucji selektywnej ilościowej lub jakościowej, z zastrzeżeniem ust. 2.

2. Wyłączenie stosuje się do porozumień wertykalnych w sektorze pojazdów samochodowych zawieranych między związkami przedsiębiorców a ich członkami oraz między związkami przedsiębiorców a ich dostawcami, jeżeli:

1) wszyscy członkowie związku są dystrybutorami pojazdów samochodowych lub części zamiennych do pojazdów samochodowych lub warsztatami oraz

2) obrót żadnego z członków związku, wraz z obrotem przedsiębiorców należących do jego grupy kapitałowej, w roku kalendarzowym poprzedzającym zawarcie porozumienia nie przekroczył równowartości 50 milionów euro.

3. Porozumienia wertykalne w sektorze pojazdów samochodowych, zawierające klauzule dotyczące przeniesienia na nabywcę lub wykorzystywania przez nabywcę praw własności intelektualnej i przemysłowej lub know-how, podlegają wyłączeniu na podstawie rozporządzenia, jeżeli przeniesienie lub wykorzystywanie tych praw lub know-how jest bezpośrednio związane z użytkowaniem, sprzedażą lub odsprzedażą przez nabywcę lub jego klientów towarów objętych porozumieniem.

Rozdział 2

Warunki dopuszczalności wyłączenia

§ 4. 1. Wyłączenie stosuje się, jeżeli udział dostawcy i grupy kapitałowej, do której należy dostawca, w rynku właściwym sprzedaży towarów objętych porozumieniem nie przekracza 30%, z zastrzeżeniem ust. 2–4 oraz § 5–10.

2. Porozumienia wertykalne ustanawiające systemy dystrybucji selektywnej ilościowej nowych pojazdów samochodowych podlegają wyłączeniu, jeżeli udział dostawcy i grupy kapitałowej, do której należy dostawca, w rynku właściwym sprzedaży tych pojazdów nie przekracza 40%, z zastrzeżeniem § 5.

3. Porozumienia wertykalne ustanawiające systemy dystrybucji selektywnej jakościowej podlegają wyłączeniu niezależnie od udziału ich stron w rynku.

4. Porozumienia wertykalne zawierające zobowiązania wyłącznej dostawy podlegają wyłączeniu, jeżeli udział nabywcy i grupy kapitałowej, do której należy nabywca, w rynku właściwym zakupu towarów objętych porozumieniem nie przekracza 30%, z zastrzeżeniem § 5.

§ 5. 1. Jeżeli udział w rynku, o którym mowa w § 4, nie przekracza odpowiednio 30% lub 40%, ale po zawarciu porozumienia:

1) wzrasta powyżej tej wielkości, nie przekraczając jednak odpowiednio 35% lub 45%, wyłączenie stosuje się również przez okres dwóch lat kalendarzowych następujących po upływie roku, w którym próg odpowiednio 30% lub 40% został przekroczony po raz pierwszy;

2) wzrasta powyżej odpowiednio 35% lub 45%, wyłączenie stosuje się również przez okres jednego roku kalendarzowego następującego po upływie roku, w którym próg odpowiednio 30% lub 40% został przekroczony po raz pierwszy.

2. Okres wyłączenia, o którym mowa w ust. 1, nie może łącznie trwać dłużej niż dwa kolejne lata kalendarzowe po upływie roku, w którym udział w rynku, o którym mowa w § 4, przekroczył odpowiednio 30% lub 40%.

§ 6. 1. Udziały w rynku, o których mowa w § 4 ust. 1 i 2, oblicza się w następujący sposób:

1) w przypadku dystrybucji nowych pojazdów samochodowych – na podstawie łącznej wielkości sprzedaży pojazdów samochodowych objętych porozumieniem i innych pojazdów uznawanych za ich substytuty, sprzedanych przez dostawcę;

2) w przypadku dystrybucji części zamiennych – na podstawie łącznej wartości sprzedaży części zamiennych do pojazdów samochodowych objętych porozumieniem i innych części zamiennych sprzedanych przez dostawcę, uznawanych za ich substytuty;

3) w przypadku świadczenia usług serwisowych – na podstawie łącznej wartości usług serwisowych objętych porozumieniem, sprzedanych przez członków sieci dystrybucyjnej dostawcy, wraz z innymi usługami serwisowymi, sprzedanymi przez tych członków, które są uznawane za ich substytuty.

2. W razie braku danych koniecznych do dokonania obliczeń udziałów w rynku, o których mowa w ust. 1, stosuje się następujące zasady:

1) jeżeli niedostępne są dane dotyczące wielkości sprzedaży, udział w rynku oblicza się na podstawie wartości sprzedaży;

2) jeżeli niedostępne są dane dotyczące wartości sprzedaży, udział w rynku oblicza się na podstawie wielkości sprzedaży;

3) jeżeli niedostępne są dane dotyczące wartości i wielkości sprzedaży, udział w rynku oblicza się na podstawie innych wiarygodnych informacji rynkowych.

3. Udział w rynku, o którym mowa w § 4 ust. 4, oblicza się na podstawie wielkości lub wartości zakupów rynkowych, a w razie braku tych danych na podstawie ich szacunkowych wielkości.

4. Udział w rynku oblicza się na podstawie danych dotyczących roku kalendarzowego poprzedzającego rok zawarcia porozumienia.

5. Przy obliczaniu udziału w rynku nie uwzględnia się sprzedaży dokonywanej między przedsiębiorcami należącymi do jednej grupy kapitałowej.

§ 7. Wyłączenie stosuje się, jeżeli porozumienie wertykalne w sektorze pojazdów samochodowych, zawarte z dystrybutorem lub warszatem, zawiera postanowienie, że dostawca zgadza się na przekazanie praw

i zobowiązań wynikających z tego porozumienia innemu dystrybutorowi lub warsztatowi działającemu w ramach systemu dystrybucji, wybranemu przez tego dystrybutora lub warsztat.

§ 8. Wyłączenie stosuje się, jeżeli porozumienie wertykalne w sektorze pojazdów samochodowych, zawarte z dystrybutorem lub warsztatem, zawiera postanowienie, że wypowiedzenie porozumienia przez dostawcę może zostać dokonane wyłącznie w formie pisemnej, z podaniem szczegółowego uzasadnienia rozwiązania porozumienia, co ma zapobiec rozwiązaniu przez dostawcę porozumienia z dystrybutorem lub warsztatem, z uwagi na stosowanie przez nich praktyk dopuszczalnych na podstawie rozporządzenia.

§ 9. 1. Wyłączenie stosuje się, jeżeli porozumienie wertykalne w sektorze pojazdów samochodowych, zawarte przez dostawcę nowych pojazdów samochodowych z dystrybutorem lub autoryzowanym warsztatem:

- 1) zostało zawarte na okres co najmniej 5 lat, a każda ze stron zobowiązała się do powiadomienia drugiej strony o zamiarze nieprzedłużenia porozumienia w terminie co najmniej 6 miesięcy przed upływem terminu, na jaki porozumienie zostało zawarte, lub
- 2) zostało zawarte na czas nieokreślony, a okres wypowiedzenia porozumienia przez którąkolwiek ze stron wynosi co najmniej 2 lata, lub
- 3) zostało zawarte na czas nieokreślony, a okres wypowiedzenia porozumienia przez którąkolwiek ze stron wynosi co najmniej 1 rok, jeżeli:
 - a) z przepisów prawa lub z warunków porozumienia wiążącego dostawcę wynika dla niego obowiązek zapłaty odpowiedniego odszkodowania za rozwiązanie porozumienia lub
 - b) dostawca rozwiązuje porozumienie ze względu na konieczność reorganizacji całej sieci dystrybucyjnej lub znacznej jej części.

2. Przepisu ust. 1 nie stosuje się do wypowiedzenia porozumienia z powodu rażącego naruszenia jego istotnych warunków.

§ 10. 1. Wyłączenia nie stosuje się, jeżeli dostawca pojazdów samochodowych odmawia niezależnym uczestnikom rynku dostępu do informacji technicznej, sprzętu diagnostycznego i innego wyposażenia, narzędzi, włącznie z odpowiednim oprogramowaniem, lub szkoleń, wymaganych do wykonywania usług serwisowych dotyczących tych pojazdów samochodowych lub podejmowania kroków zmierzających do skutecznej ochrony środowiska.

2. Dostęp, o którym mowa w ust. 1, obejmuje w szczególności nieograniczone korzystanie z systemów kontroli elektronicznej oraz systemów diagnostyki pojazdów samochodowych, programowania tych systemów zgodnie ze standardowymi procedurami dostawcy, instrukcje wykonywania usług serwisowych i szkolenia oraz informacje niezbędne do korzystania z narzędzi i wyposażenia diagnostycznego i serwisowego.

3. Dostęp, o którym mowa w ust. 1, należy zapewnić niezależnym uczestnikom rynku w sposób niedyskryminujący, bezwzględny i proporcjonalny, a informacje muszą być dostarczane w postaci umożliwiającej ich wykorzystanie; jeżeli przynajmniej jeden z elementów objętych prawem dostępu podlega prawom własności intelektualnej lub przemysłowej lub stanowi przedmiot know-how, nie można odmówić dostępu do niego w sposób, który może być uznany za nadużycie pozycji dysponenta tych praw lub know-how.

4. Niezależnymi uczestnikami rynku, o których mowa w ust. 3, są przedsiębiorcy nienależący do systemu dystrybucji, którzy są bezpośrednio lub pośrednio zaangażowani w świadczenie usług serwisowych dotyczących pojazdów samochodowych, a w szczególności niezależne warsztaty, producenci sprzętu lub narzędzi serwisowych, niezależni dystrybutorzy części zamiennych, wydawcy informacji technicznej, kluby automobilowe, przedsiębiorcy świadczący pomoc drogową, oferujący usługi kontroli i testowania oraz oferujący usługi szkolenia i doskonalenia dla warsztatów i ich pracowników.

Rozdział 3

Klauzule dozwolone

§ 11. Wyłączenie stosuje się do klauzul ograniczających konkurencję zawartych w porozumieniach wertykalnych w sektorze pojazdów samochodowych, które w szczególności:

- 1) ograniczają prawa nabywcy do ustalania ceny sprzedaży przez określenie przez dostawcę maksymalnych lub zalecanych cen sprzedaży towarów objętych porozumieniem, chyba że ceny te w rzeczywistości mają charakter cen minimalnych lub są cenami o określonej wysokości (sztywnymi);

2) ograniczają:

- a) aktywną sprzedaż na określonym obszarze lub określonej grupie klientów, w stosunku do których sprzedaż została zastrzeżona dla innego dystrybutora lub warsztatu, jeżeli ograniczenia te nie utrudniają klientom dystrybutora lub warsztatu sprzedaży towarów objętych porozumieniem,
- b) sprzedaż ostatecznym użytkownikom przez dystrybutora hurtowego,
- c) uprawnienia uczestników systemu dystrybucji selektywnej do sprzedaży nowych pojazdów samochodowych oraz części zamiennych dystrybutorom nieautoryzowanym na rynkach objętych systemem dystrybucji selektywnej, z zastrzeżeniem lit. a,
- d) uprawnienia nabywcy do sprzedaży komponentów, dostarczanych w celu ich montażu w pojeździe samochodowym, klientom, którzy używaliby ich do produkcji wyrobów tego samego rodzaju co wyroby produkowane przez dostawcę;

3) zakazują uczestnikom systemu dystrybucji selektywnej, działającym na szczeblu sprzedaży detalicznej, działania poza autoryzowanym obszarem funkcjonowania, z zastrzeżeniem § 17 pkt 2;

4) zobowiązują dystrybutora do podawania ostatecznym użytkownikom, przed zawarciem umowy sprzedaży, nazw i adresów autoryzowanych warsztatów oraz – jeśli żaden z tych autoryzowanych warsztatów nie znajduje się w pobliżu punktu sprzedaży – do informowania ostatecznych użytkowników, w jakiej odległości od punktu sprzedaży znajdują się takie warsztaty, o ile podobne zobowiązania dotyczące udzielania takich informacji nałożone zostały na wszystkich dystrybutorów działających w systemie dystrybucji, których warsztat nie działa w tym samym miejscu co ich punkt sprzedaży;

5) nakładają na warsztat obowiązek stosowania do napraw gwarancyjnych, bezpłatnych usług serwisowych lub usług serwisowych dokonywanych w ramach kampanii serwisowych oryginalnych części zamiennych, dostarczanych przez dostawcę;

6) nakazują dystrybutorowi sprzedaż pojazdów samochodowych, pochodzących od innych dostawców, w częściach salonu sprzedaży wydzielonych od części salonu, w której sprzedawane są pojazdy objęte porozumieniem.

§ 12. Wyłączenie stosuje się także do klauzul, na mocy których dystrybutor lub warsztat są zobowiązani w szczególności:

1) respektować, w dystrybucji nowych pojazdów samochodowych i części zamiennych oraz świadczeniu usług serwisowych objętych porozumieniem, standardy minimalne odnoszące się w szczególności do:

- a) wyposażenia pomieszczeń i urządzeń technicznych służących sprzedaży pojazdów samochodowych i części zamiennych oraz świadczeniu usług serwisowych objętych porozumieniem,
- b) specjalistycznego i technicznego szkolenia personelu,
- c) reklamy,
- d) przyjmowania, składowania i dostarczania pojazdów samochodowych objętych porozumieniem lub pojazdów odpowiadających pojazdowi objętym porozumieniem oraz części zamiennych objętych porozumieniem,
- e) świadczenia usług serwisowych dotyczących pojazdów samochodowych objętych porozumieniem i pojazdów im odpowiadających, szczególnie w odniesieniu do bezpiecznego i niezawodnego funkcjonowania pojazdów samochodowych;

2) zamawiać towary objęte porozumieniem u dostawcy tylko w określonych terminach lub w określonych okresach czasu, jeżeli okres między datami zamówień nie przekracza 3 miesięcy;

3) podejmować działania w celu sprzedaży, na autoryzowanym obszarze funkcjonowania i w określonym okresie czasu, minimalnej ilości towarów objętych porozumieniem, określonej przez strony;

4) utrzymywać minimalną wielkość zapasów pojazdów samochodowych i części zamiennych objętych porozumieniem, określoną przez strony;

5) utrzymywać w celach demonstracyjnych określone przez strony pojazdy samochodowe lub określoną ich ilość minimalną;

6) wykonywać naprawy gwarancyjne, bezpłatne usługi serwisowe lub usługi serwisowe dokonywane w ramach kampanii serwisowych dotyczących pojazdów samochodowych objętych porozumieniem i pojazdów odpowiadających pojazdowi objętym porozumieniem;

7) informować klientów, w sposób ogólny, o zakresie, w jakim części zamienne z innych źródeł mogą być używane do wykonywania usług serwisowych dotyczących pojazdów samochodowych objętych porozumieniem i pojazdów im odpowiadających;

8) informować klientów o użyciu, w ramach usługi serwisowej dotyczącej pojazdów samochodowych objętych porozumieniem i pojazdów odpowiadających pojazdowi objętym porozumieniem, innych niż oryginalne części zamiennych.

Rozdział 4

Klauzule niedozwolone

§ 13. Wyłączenia nie stosuje się do porozumień wertykalnych w sektorze pojazdów samochodowych, które bezpośrednio lub pośrednio, samodzielnie lub w powiązaniu z innymi okolicznościami zależnymi od stron tych porozumień mają na celu lub powodują:

1) z zastrzeżeniem § 11 pkt 1, ograniczenie uprawnienia dystrybutora lub warsztatu do określania ceny sprzedaży przez narzucenie przez dostawcę minimalnych lub o określonej wysokości (sztywnych) cen sprzedaży towarów objętych porozumieniem;

2) z zastrzeżeniem § 11 pkt 2, ograniczenie obszaru lub kręgu klientów, którym dystrybutor lub warsztat może sprzedawać towary objęte porozumieniem;

3) ograniczenie wzajemnych dostaw między dystrybutorami lub warsztatami w ramach systemu dystrybucji selektywnej, włączając w to dostawy między dystrybutorami lub warsztatami, działającymi na różnych szczeblach obrotu;

4) z zastrzeżeniem § 11 pkt 3, ograniczenie aktywnej lub pasywnej sprzedaży nowych samochodów osobowych lub lekkich samochodów ciężarowych, części zamiennych do wszystkich pojazdów samochodowych lub świadczenia usług serwisowych dotyczących wszystkich pojazdów samochodowych ostatecznym użytkownikom przez członków systemu dystrybucji selektywnej, działających na szczeblu sprzedaży detalicznej na rynkach, na których stosuje się dystrybucję selektywną;

5) z zastrzeżeniem § 11 pkt 3, ograniczenie aktywnej lub pasywnej sprzedaży nowych pojazdów samochodowych, innych niż samochody osobowe lub lekkie samochody ciężarowe, ostatecznym użytkownikom przez członków systemu dystrybucji selektywnej, działających na szczeblu sprzedaży detalicznej na rynkach, na których stosuje się dystrybucję selektywną.

§ 14. Wyłączenia nie stosuje się do porozumień wertykalnych w sektorze pojazdów samochodowych, w zakresie, w jakim dotyczą one wyłącznie sprzedaży nowych pojazdów samochodowych, które bezpośrednio lub pośrednio, samodzielnie lub w powiązaniu z innymi okolicznościami zależnymi od stron tych porozumień mają na celu lub powodują:

1) ograniczenie uprawnienia dystrybutora do sprzedaży wszelkich nowych pojazdów odpowiadających pojazdowi objętym porozumieniem;

2) ograniczenie uprawnienia dystrybutora do zlecenia na zasadzie podwykonawstwa świadczenia usług serwisowych autoryzowanym warszatom.

§ 15. Wyłączenia nie stosuje się do porozumień wertykalnych w sektorze pojazdów samochodowych, w zakresie, w jakim dotyczą one wyłącznie sprzedaży części zamiennych oraz świadczenia usług serwisowych, które bezpośrednio lub pośrednio, samodzielnie lub w powiązaniu z innymi okolicznościami zależnymi od stron tych porozumień mają na celu lub powodują:

1) ograniczenie uprawnienia autoryzowanego warsztatu do zawężenia swojej działalności do dystrybucji części zamiennych oraz świadczenia usług serwisowych;

2) ograniczenie sprzedaży części zamiennych do pojazdów samochodowych przez członków systemu dystrybucji selektywnej niezależnym warszatom, stosującym te części do usług serwisowych dotyczących pojazdów samochodowych;

3) uzgodnione – między dostawcą oryginalnych części zamiennych lub części zamiennych o porównywalnej jakości, narzędzi naprawczych, diagnostycznych lub innego sprzętu a producentem pojazdów samochodowych – ograniczenie uprawnienia dostawcy do sprzedaży tych części zamiennych lub usług serwisowych autoryzowanym lub nieautoryzowanym dystrybutorom albo autoryzowanym lub niezależnym warszatom lub ostatecznym użytkownikom;

4) z zastrzeżeniem § 11 pkt 5, ograniczenie uprawnienia dystrybutora lub autoryzowanego warsztatu do zaopatrywania się w oryginalne części zamienne lub części zamienne o porównywalnej jakości u przedsiębiorców innych niż dostawca oraz do wykorzystywania ich do świadczenia usług serwisowych dotyczących pojazdów samochodowych;

5) uzgodnione – między producentem pojazdów samochodowych, wykorzystującym komponenty do montażu pojazdów samochodowych, oraz dostawcą takich komponentów – ograniczenie uprawnienia dostawcy do efektywnego umieszczania swojego znaku towarowego lub swojego logo w widocznym miejscu na dostarczanych komponentach lub na częściach zamiennych.

§ 16. Wyłączenie nie ma zastosowania do klauzul zawartych w porozumieniach wertykalnych w sektorze pojazdów samochodowych, które:

- 1) ustanawiają zakaz konkutowania;
- 2) bezpośrednio lub pośrednio ograniczają uprawnienie autoryzowanego warsztatu do świadczenia usług serwisowych odnoszących się do pojazdów pochodzących od konkurentów dostawcy;
- 3) bezpośrednio lub pośrednio zakazują uczestnikom systemu dystrybucji sprzedaży pojazdów samochodowych lub części zamiennych tylko niektórych konkurentów dostawcy albo świadczenie usług serwisowych dotyczących pojazdów samochodowych tylko niektórych konkurentów dostawcy;
- 4) bezpośrednio lub pośrednio zakazują dystrybutorowi lub autoryzowanemu warsztatowi wytwarzania, zakupu, sprzedaży lub odsprzedaży pojazdów samochodowych lub świadczenia usług serwisowych po upływie okresu, na jaki porozumienie zostało zawarte.

§ 17. Wyłączenia nie stosuje się do klauzul zawartych w porozumieniach wertykalnych w sektorze pojazdów samochodowych, w zakresie, w jakim dotyczą one sprzedaży nowych pojazdów samochodowych, które:

- 1) bezpośrednio lub pośrednio uniemożliwiają dystrybutorowi detalicznemu świadczenie usług leasingowych, dotyczących pojazdów samochodowych objętych porozumieniem lub pojazdów odpowiadających pojazdowi objętym porozumieniem;
- 2) bezpośrednio lub pośrednio ograniczają dystrybutorowi samochodów osobowych lub lekkich samochodów ciężarowych, działającemu w ramach systemu dystrybucji selektywnej, możliwość tworzenia nowych punktów sprzedaży lub punktów odbioru, usytuowanych na obszarze, na którym stosuje się dystrybucję selektywną.

§ 18. Wyłączenia nie stosuje się do klauzul zawartych w porozumieniach wertykalnych w sektorze pojazdów samochodowych, w zakresie, w jakim dotyczą one sprzedaży części zamiennych lub świadczenia usług serwisowych, które w jakikolwiek sposób, bezpośrednio lub pośrednio, wyznaczają warsztatowi obszar funkcjonowania w systemie dystrybucji selektywnej.

§ 19. Wyłączenia nie stosuje się do porozumień wertykalnych w sektorze pojazdów samochodowych, jeżeli klauzul, o których mowa w § 16–18, nie można oddzielić od porozumienia jako całości.

Rozdział 5

Przepisy przejściowe i końcowe

§ 20. 1. Przepisy rozporządzenia stosuje się także do porozumień wertykalnych w sektorze pojazdów samochodowych zawartych przed dniem jego wejścia w życie.

2. Jeżeli, w przypadku porozumień, o których mowa w ust. 1, przekroczenie progu udziału w rynku, o którym mowa w § 4, nastąpiło przed dniem wejścia w życie rozporządzenia, przyjmuje się, że miało ono miejsce po raz pierwszy w dniu jego wejścia w życie.

§ 20a. W stosunku do porozumień zawartych przed dniem wejścia w życie rozporządzenia przepisy rozporządzenia mają zastosowanie po upływie 6 miesięcy od dnia jego wejścia w życie.

§ 21. Rozporządzenie obowiązuje do dnia 31 maja 2010 r.

§ 22. Rozporządzenie wchodzi w życie z dniem przystąpienia Rzeczypospolitej Polskiej do Unii Europejskiej, z wyjątkiem § 17 pkt 2, który wchodzi w życie z dniem 1 października 2005 r.

WYŁĄCZENIA POROZUMIEŃ TRANSFERU TECHNOLOGII

Dawid Miąsik

Wyłączenia grupowe dla porozumień transferu technologii

1. Istota porozumień transferu technologii

1. Pojęcie transferu technologii sensu largo obejmuje wszelkiego rodzaju działania, które prowadzą do komercjalizacji praw na dobrach niematerialnych przez inne podmioty, niż podmiot, który opracował daną technologię. **Pojęcie transferu technologii sensu stricto** obejmuje porozumienia zawierane między przedsiębiorcami, których przedmiotem jest udzielenie licencji na korzystanie z praw na dobrach niematerialnych przy wytwarzaniu produktów (towarów lub usług). W tym ujęciu przez pojęcie porozumień transferu technologii należy rozumieć porozumienia, których przedmiotem jest udzielenie zezwolenia przez uprawnionego z prawa do technologii (licencjodawcę) na używanie jej przez inny podmiot (licencjobiorcę) do produkcji lub wprowadzania do obrotu towarów lub usług. Transfer technologii przybiera zatem postać umów licencyjnych. Pojęcie transferu technologii sensu stricto nie obejmuje porozumień, których przedmiotem jest przeniesienie praw wyłącznych do prawa będącego źródłem technologii. Z ekonomicznego punktu widzenia tego rodzaju porozumienia należą do kategorii transferu technologii. Jednakże z punktu widzenia konkurencji i prawa ochrony konkurencji (prawa antymonopolowego) porozumienia tego rodzaju są jednak irrelewantne, gdyż prowadzą jedynie do zmiany uprawnionego korzystającego z prawa wyłącznego do określonej technologii.

2. Z ekonomicznego punktu widzenia pojęcie technologii obejmuje wszystkie dobra na prawach niematerialnych. Natomiast na użytek prawa antymonopolowego – a przynajmniej na użytek instytucji wyłączeń grupowych spod zakazu porozumień ograniczających konkurencję – pojęcie technologii jest pojęciem węższym od pojęcia praw własności intelektualnej. Obejmuje tylko te prawa własności intelektualnej, które wiążą się z pomysłami prowadzącymi do opracowania rozwiązań o charakterze technicznym lub techniczno-ekonomicznym (w przypadku know-how), które umożliwiają wytwarzanie towarów. Licencjonowanie nie każdego prawa własności intelektualnej pociąga bowiem zawsze lub prawie zawsze – gdy spełnione są pewne warunki (określone negatywnie lub pozytywnie) – na tyle prokonkurencyjne skutki, by wyłączenie

zastosowania zakazu porozumień ograniczających konkurencję było – poza instytucję *de minimis* – uzasadnione. Ze względu na ograniczenia w kumulacji ochrony wynikającej z prawa autorskiego oraz innych praw własności intelektualnej (np. patentu, wzoru użytkowego, wzoru przemysłowego, know-how), do technologii można zaliczyć tylko te wytwory intelektu chronione prawem autorskim, które mają związek z rozwiązaniami o charakterze technicznym, umożliwiającym wytwarzanie produktów lub świadczenie usług. W szczególności dotyczy to programów komputerowych.

3. Porozumienia transferu technologii mogą podlegać **zakazowi porozumień ograniczających konkurencję** z art. 81 ust. 1 TWE oraz art. 6 ust. 1 uokik. Jednocześnie, z uwagi na korzyści gospodarcze, porozumienia transferu technologii mogą – co do zasady – korzystać z wyłączenia spod zakazu na podstawie art. 81 ust. 3 TWE albo art. 8 uokik. Porozumienia transferu technologii prowadzą do podniesienia poziomu efektywności dynamicznej gospodarki poprzez upowszechnienie wyników prac badawczo rozwojowych, wdrożenie ich do produkcji, pojawienie się nowych, lepszych produktów na rynku, zachętę do inwestycji w innowacje i zwiększenie nakładów na działalność badawczo-rozwojową. Porozumienia te ze swej istoty nie powinny być traktowane jako istotne zagrożenie dla konkurencji. Udzielenie licencji na korzystanie z prawa na dobrach niematerialnych chronionego monopolem prawnym wynikającym z ustawy oznacza, iż uprawniony-monopolista rezygnuje z części przysługującej mu wyłączności.

Przesłanki wyłączeń określone w art. 81 ust. 3 TWE i art. 8 ust. 1 uokik odnoszą się wprost do korzyści w postaci postępu technicznego jako jednego z mierników efektywności działania, który brany jest pod uwagę przy ocenie pozytywnych skutków porozumień, które ograniczają konkurencję. Transfer technologii ze swej istoty **prowadzi do postępu technicznego**. Transfer technologii produkcyjnych **przyczynia się do polepszenia produkcji** w rozumieniu art. 81 ust. 3 lit. a) TWE oraz art. 8 ust. 1 pkt 1 uokik. Zarówno postęp techniczny, jak i poprawa produkcji co do zasady przynoszą **korzyści nabywcom lub użytkownikom**, spełniając w ten sposób drugą przesłankę zastosowania art. 81 ust. 3 TWE oraz art. 8 ust. 1 uokik. Korzyści wynikające z transferu technologii mogą polegać na wprowadzeniu do obrotu nowego produktu, poprawie jakości lub innych ulepszeniach dotychczasowego produktu. **Ograniczenia** konkurencji w porozumieniach transferu technologii muszą być **niezbędne do osiągnięcia zakładanych** korzyści (art. 81 ust. 3 TWE; art. 8 ust. 1 pkt 3 uokik). Tak, jak ma to miejsce w przypadku pozostałych porozumień, z wyłączenia mogą korzystać tylko te porozumienia, których strony nie posiadają zbyt dużej siły rynkowej, przy czym sam fakt posiadania monopolu prawnego wynikającego z prawa własności intelektualnej nie przesądza o posiadaniu takiej siły.

4. Dlatego w celu ułatwienia transferu technologii i zmniejszenia ryzyka związanego z komercyjną eksploatacją efektów prac badawczo rozwojowych¹, konieczne jest określenie warunków, jakie muszą być spełnione, aby porozumienia transferu technologii były wyłączone z zakresu zastosowania zakazu porozumień ograniczających konkurencję celem eliminacji lub ograniczenia ryzyka, a tym samym kosztów, związanych z regulacją antymonopolową.

¹ G. Ghidini, *Intellectual property and competition law. The innovation nexus*, Edward Elgar, Cheltenham 2006, s. 7.

2. Wyłączenia porozumień transferu technologii w prawie wspólnotowym

2.1. Kształtowanie się regulacji wyłączających porozumienia transferu technologii w prawie wspólnotowym

5. Aktualnie obowiązujące wyłączenie grupowe porozumień transferu technologii składa się na trzeci etap w podejściu prawa wspólnotowego do transferu technologii². Pierwszy etap obejmuje przedział czasu od wejścia w życie wspólnotowych reguł konkurencji do wydania pierwszego rozporządzenia wyłączającego w 1984 r. Drugi etap stanowi okres, w którym obowiązywały wyłączenia grupowe oparte na formalnym podejściu do stosowania zakazu porozumień ograniczających konkurencję. Trzeci etap wyznacza rozpoczęcie procesu modernizacji wspólnotowych reguł konkurencji, zapoczątkowane wejściem w życie rozporządzenia 2790/99, zwięźzonego w obszarze transferu technologii wejściem w życie rozporządzenia 772/2004 oraz wydaniem Wytycznych w sprawie transferu technologii.

6. W pierwszym etapie początkowo Komisja traktowała porozumienia transferu technologii liberalnie. Status porozumień transferu technologii w omawianym okresie normowało Obwieszczenie Komisji o licencjach patentowych z 1962 r. (tzw. Obwieszczenie wigilijne)³. Obwieszczenie oparto na doświadczeniu, jakie Komisja uzyskała w związku z analizą pierwszych notyfikacji (zgłoszeń) porozumień, dokonanych w celu uzyskania wyłączenia indywidualnego⁴. Oparto je na zasadzie nieinterwencji, co silnie kontrastowało z ówczesną polityką Komisji wobec innych porozumień. U podstaw takiego podejścia leżało założenie, iż udzielenie licencji otwiera nowy rynek i możliwości dla licencjodawcy i przyczynia się do podniesienia poziomu konkurencji⁵. Udzielając licencji uprawniony, korzystający z monopolu prawnego, dzielił się z innym podmiotem przysługującym mu prawem wyłącznym.

W świetle obwieszczenia licencje patentowe zawierające klauzule określające zakres pola eksploatacji patentu, ograniczające wielkość produkcji, obligujące licencjodawcę do opatrzenia produktów wytworzonych na podstawie licencji oznaczeniem pochodzenia, zachowania określonej jakości, zaopatrywania się w produkty zapewniające odpowiednie korzystanie z patentu, przewidujące obowiązek udzielenie licencji zwrotnych na know-how uzyskany w związku z eksploatacją patentu na zasadach niewyłącznych nie były objęte zakresem zastosowania art. 81 ust. 1 TWE. Komisja uznała za dozwolone nawet licencje wyłączne, o ile obowiązki nałożone na licencjodawcę były objęte zakresem zastrzeżeń patentowych. Określenie, kto, gdzie i kiedy może produkować produkty z wykorzystaniem opatentowanej technologii uznawano za doprecyzowanie zakresu monopolu patentowego nie naruszające art. 81 ust. 1 TWE⁶. Za niedozwolone Komisja

² S. Anderman, J. Kallaugher, *Technology transfer and the new competition rules*, Oxford University Press, Oxford 2006, s. 13; zob. również V. Korah, *Intellectual property rights and the EC competition rules*, Hart Publishing, Oxford-Portland Oregon 2006, s. 27–43.

³ Commission Notice of 24 December 1962 on Patent Licensing Agreements („OJ” 1962, No. 2, p. 2922).

⁴ M. du Vall, J. Szwaja, *Reguły konkurencji a licencje patentowe i know-how*, PHARE: Harmonizacja Polskiego Prawa Antymonopolowego z Regulami Konkurencji Unii Europejskiej, seria: Reguły konkurencji a wybrane rodzaje porozumień, Urząd Antymonopolowy, Warszawa 1996, s. 23.

⁵ L. Giliciński, *Wykonywanie praw własności intelektualnej w sprawie Wspólnot Europejskich*, Dom Wydawniczy ABC, Warszawa 1997, s. 99.

⁶ S. Anderman, J. Kallaugher, *Technology transfer...*, op. cit., s. 15. Zob. omówienie M. du Vall, J. Szwaja, *Reguły konkurencji a licencje patentowe i know-how*, s. 23; L. Giliciński, *Wykonywanie...*, op. cit., s. 99.

uznała natomiast takie postanowienia umowne, które poszerzały zakres wyłączności wynikający z patentu. Zaliczono do nich wiązanie towarów nieopatentowanych z towarami chronionymi patentem, ograniczenia terytorialne dotyczące sprzedaży, ograniczenia cenowe, opłaty licencyjne po ustaniu ochrony patentowej, prawo weta licencjodawcy na udzielenie innych licencji, ograniczenia terytorialne sprzedaży nieopatentowanych towarów wytworzonych przy użyciu procesu chronionego patentem. Wytyczne nie określiły, w jaki sposób będą oceniane pozostałe klauzule, w szczególności na czym może polegać ograniczenie konkurencji.

Zestawienie niedozwolonych postanowień w umowach licencji patentowych z klauzulami, których treść nie naruszała art. 81 ust. 1 TWE wskazuje, iż w omawianym okresie Komisja koncentrowała się na integracji rynków państw członkowskich⁷ oraz kładła nacisk na kontrolę wszelkiego rodzaju form porozumień wyłącznej dystrybucji⁸, jako ewentualnych prywatnoprawnych źródeł barier dla swobody przepływu towarów. Dlatego przedmiotem szczególnego zainteresowania Komisji były porozumienia, którym towarzyszyły licencje na używanie znaków towarowych oraz postanowienia ograniczające terytorialny zakres działania licencjodawcy.

7. Punktem zwrotnym dla ukształtowania się stosunku wspólnotowych organów do porozumień transferu technologii w pierwszym okresie była sprawa *Consten/Grundig*⁹. Przyjęto w niej, iż umowa dystrybucji wyłącznej obejmująca rynek francuski, połączona z licencją wyłączną na używanie znaku towarowego zarejestrowanego specjalnie w tym celu przez producenta sprzętu RTV we Francji (GINT) naruszała art. 81 ust. 1 TWE, ponieważ ograniczyła swobodę działania przedsiębiorstw zainteresowanych wprowadzaniem do obrotu we Francji produktów licencjodawcy nabytych w Niemczech. Wynikająca z umowy licencyjnej wyłączności na używanie oznaczenia odróżniającego we Francji przez wyłącznego przedstawiciela Grundiga powodowała, iż bez jego zgody inni przedsiębiorcy nie mogli wprowadzać do obrotu we Francji towarów oznaczonych znakiem Grundig¹⁰. W świetle tego orzeczenia jakakolwiek próba zamknięcia rynków poszczególnych państw przez licencjodawcę i jego licencjodawców przed importem towarów z innych państw członkowskich była tożsama z naruszeniem art. 81 ust. 1 TWE¹¹. Bez znaczenia była okoliczność, iż zawarcie umowy licencyjnej umożliwiła wyłącznemu przedstawicielowi skuteczne wprowadzenie produktów Grundiga na rynek francuski, które wcześniej nie były na nim w ogóle obecne. Tym samym wpływ porozumienia na konkurencję międzymarkową (a w przypadku transferu technologii – na konkurencję między konkurencyjnymi technologiami) był nieistotny¹².

8. Na podstawie orzeczenia w sprawie *Consten/Grundig* Komisja już pod koniec lat 60. zaostriżyła swoje stanowisko wobec porozumień transferu technologii, rozszerzając

⁷ Jest to w dalszym ciągu aktualny cel wspólnotowego prawa konkurencji. Zob. M. Szydło, *Traktatowe swobody rynku wewnętrznego a wspólnotowe prawo konkurencji. Między konwergencją a dywergencją*, „Studia Prawnicze” 2005, nr 3, s. 65; tenże, *Swobody rynku wewnętrznego a reguły konkurencji. Między konwergencją a dywergencją*, TONiK-Dom Organizatora, Toruń 2006.

⁸ S. Anderman, J. Kallaugher, *Technology transfer...*, op. cit., s. 15.

⁹ Sprawa 56-58/64 *Consten i Grundig v. Komisja* (Zb. Orz. 1966, 299).

¹⁰ W świetle stanowiska zajętego przez Komisję i potwierdzonego przez ETS postanowienia umów licencyjnych zawierające klauzule wyłączności terytorialnej mogły doprowadzić do rekonstrukcji barier w swobodnym przepływie towarów. Zob. krytyczne uwagi: S. Anderman, J. Kallaugher, *Technology transfer...*, op. cit., s. 16.

¹¹ S. Anderman, *EC competition law and intellectual property rights. The regulation of innovation*, Oxford University Press, Oxford 1998, s. 56.

¹² Zob. krytykę R. Joliet, *The rule of reason in antitrust law*, Liege and Martinus Nijhoff, Hague 1967, s. 143 i n.; V. Korah, *An introductory guide to EC competition law and practice*, Hart Publishing Oxford-Portland Oregon 2004, s. 68–69.

na tego typu umowy koncepcję utożsamiającą ograniczenie swobody działania przedsiębiorstw z ograniczeniem konkurencji¹³. Wynikało to z założenia, zgodnie z którym Traktat ustanawiający Wspólnoty Europejskie gwarantuje wolność działalności gospodarczej, co równało się ochronie wolności konkurowania z innymi przedsiębiorstwami oraz ochronie swobody wyboru kontrahentów. Ochrona rywalizacji między niezależnymi przedsiębiorcami stała się swoistym celem wspólnotowego prawa konkurencji.

W obszarze transferu technologii podejście to powodowało, iż praktycznie wszystkie porozumienie licencyjne ograniczały konkurencję w rozumieniu art. 81 ust. 1 TWE i wymagały notyfikacji celem uzyskania wyłączenia indywidualnego na podstawie art. 81 ust. 3 TWE. W sprawie *Davidson Rubber*¹⁴ Komisja uznała, że ograniczenie konkurencji przez sieć umów licencji wyłącznych polegało na ograniczeniu swobody licencjodawcy do ustanowienia kolejnych licencjodawców, co z kolei ograniczało wolność gospodarczą potencjalnych licencjodawców. Komisja była skłonna udzielić indywidualnego wyłączenia w zakresie, w jakim klauzule wyłączności były niezbędne do zachęcenia licencjodawcy do podjęcia ryzyka związanego z wprowadzeniem licencjonowanej technologii na rynek. W sprawie *AOIP/Beyard*¹⁵, Komisja uznała, że art. 81 ust. 1 TWE znajduje zastosowanie do ograniczeń niemających terytorialnego charakteru, jak np. zakaz podważania praw własności przemysłowej, zakaz konkurencji, obowiązek uiszczania opłat licencyjnych do momentu wygaśnięcia ochrony patentowej na ulepszenia i modyfikacje oryginalnego patentu objętego licencją. W sprawie *Kabelmetal Luchaire*¹⁶ Komisja uznała, że postanowienia zakazujące wprost licencjodawcy sprzedaży poza określonym terytorium naruszały art. 81 ust. 1 TWE. W czwartym raporcie¹⁷ Komisja wskazała, że wszelkie ograniczenia wielkości produkcji przez licencjodawcę były zakazane.

Na marginesie należy zauważyć, że zmiana stanowiska Komisji w połowie lat 60. znajdowała uzasadnienie w podejściu amerykańskich organów antymonopolowych. Wskazuje się, iż Komisja recypowała w praktyce wytyczne Wydziału Antytrustowego Departamentu Sprawiedliwości USA, określane mianem 9 zakazów („Nine No-nos”)¹⁸.

9. Krytykując restrykcyjne podejście Komisji do umów licencyjnych w omawianym okresie, doktryna wskazuje, iż nie było ono uzasadnione z punktu widzenia realizacji podstawowego wówczas celu wspólnotowego prawa konkurencji, jakim była ochrona prawidłowego funkcjonowania wspólnego rynku, gdyż od połowy lat 70. ETS wypracował instytucję wyczerpania praw własności intelektualnej¹⁹. Instytucja wyczerpania praw własności intelektualnej nie dotyczy jednak relacji między uprawnionym a licencjodawcą. Fakt zawarcia umowy licencyjnej nie powoduje bowiem wyczerpania prawa

¹³ Zob. krytykę m.in. w: D. Hildebrand, *The role of economic analysis in the EC competition rules*, Hague 1998, s. 219; O. Odudu: *Interpreting article 81(1): demonstrating restrictive effect*, „ELRev.” 2001, Vol. 26, No. 3, s. 263; G. Amato, *Antitrust and the bounds of power*, London 1997, s. 13.

¹⁴ Decyzja KE w sprawie *Davidson Rubber* (Dz. U. EWG 1972 L 143/31).

¹⁵ Decyzja KE w sprawie *AOIP/Beyard* (Dz. U. EWG 1976 L 6/8).

¹⁶ Decyzja KE w sprawie *Kabelmetal Luchaire* (Dz. U. 1975 L 222/34).

¹⁷ Fourth report on competition policy, Bruksela 1974, pkt 20.

¹⁸ Por. B. Wilson, *Patent and Know-How License Agreement: Field of Use, Territorial Price and Quantity Restrictions, Remarks of the Special Assistant to the Assistant Attorney General, Antitrust Division of DOJ, Before the Fourth New England Antitrust Conference, 1970*, cyt. za: G. Gordon, *Analyzing IP license restrictions under the antitrust laws: a general outline of issues*, Philadelphia 2002, s. 3.

¹⁹ O wyczerpaniu zob. zwłaszcza R. Skubisz, *Dylematy wyczerpania prawa z rejestracji znaku towarowego w prawie Unii Europejskiej*, w: *Prawo prywatne czasu przemian – księga pamiątkowa dedykowana Profesorowi Stanisławowi Soltysińskiemu*, Wydawnictwo Naukowe UAM, Poznań 2005, s. 717–738 oraz K. Szczepanowska-Kozłowska, *Wyczerpanie praw własności przemysłowej. Patent i prawo ochronne na znak towarowy*, C.H. Beck, Warszawa 2003 i cytowana tam literatura.

wyłącznego do konkretnego towaru wytworzonego z użyciem licencjonowanej technologii. Do wyczerpania takiego prawa dochodzi dopiero w przypadku wprowadzenia do obrotu za zgodą uprawnionego. Jeżeli zatem licencjodawca wprowadził do umowy licencyjnej klauzulę ograniczającą swobodę licencjobiorcy w eksporcie towarów lub sprzedaży ich na terytorium przyznanym innym licencjobiorcom, licencjobiorca nie mógł – bez ryzyka postępowania o naruszenie umowy licencyjnej – wprowadzać do obrotu towarów wytworzonych przy użyciu licencjonowanej technologii na dowolnym rynku w obrębie Wspólnoty. Wyczerpanie praw dotyczyło jedynie obrotu towarami wprowadzonymi do obrotu przez licencjobiorców. Aktualizowało się zatem na kolejnym, niższym, szczeblu obrotu. Tym samym Komisja mogła przyjąć – abstrahując od zasadności takiego podejścia – że ograniczenie swobody działania licencjobiorców w przedmiocie rynków, które mogą oni zaopatrywać, ogranicza konkurencję w rozumieniu art. 81 ust. 1 TWE. Wyczerpanie prawa jest dopiero skutkiem wprowadzenia towarów do obrotu towarów wytworzonych na podstawie licencji. Zatem dopiero ich nabywca mógł bez przeszkód i ryzyka skutecznego wytoczenia sprawy o naruszenie prawa własności przemysłowej eksportować lub importować przedmiotowe towary na rynek dowolnego państwa członkowskiego.

10. Rygoryzm podejścia Komisji do porozumień transferu technologii był incydentalnie łagodzony przez interwencję ETS, w który w pojedynczych przypadkach dawał wyraz dezaprobatie dla przyjętej w praktyce orzeczniczej Komisji koncepcji ograniczenia konkurencji²⁰. W zakresie dotyczącym ewolucji statusu porozumień transferu technologii we wspólnotowym prawie konkurencji, kluczowe znaczenie w omawianym okresie ma wyrok ETS w sprawie *Nungesser*²¹. Dotyczył on wyłącznej licencji na produkcję i wprowadzanie do obrotu nasion odmiany kukurydzy objętej wyłącznym prawem do chronionej odmiany roślin. Komisja uznała, że klauzule przyznające licencjobiorcy wyłączność terytorialną na rynku niemieckim oraz zobowiązanie do powstrzymania się przez licencjodawcę od zaopatrywania rynku niemieckiego oraz do podejmowania działań przeciwko ewentualnym importerom równoległym, naruszały art. 81 ust. 1 TWE. ETS uwzględnił odwołanie od decyzji Komisji. Trybunał rozróżnił między dwoma rodzajami licencji wyłącznej: otwartą oraz zamkniętą. Otwarta licencja wyłączna została zdefiniowana jako „porozumienie między licencjodawcą a licencjobiorcą, mocą którego licencjodawca zobowiązuje się nie udzielać innych licencji na określone w umowie terytorium licencyjne oraz zobowiązuje się nie konkurować bezpośrednio z licencjobiorcą

²⁰ L. Giliciński, *Wykonywanie...*, op. cit, s. 111.

²¹ Sprawa 258/78 *Nungesser v. Komisja* (Zb. Orz. 1982, 2015). Francuski instytut badawczo-rozwojowy INRA opracował nową odmianę kukurydzy, chronioną prawami hodowców roślin. Prawa do produkcji i sprzedaży roślin w Niemczech przyznano obywatelowi niemieckiemu, p. Eisele, który zobowiązał się zarejestrować odmianę w niemieckim urzędzie, zorganizować marketing nasion w Niemczech oraz zaopatrywać się w 2/3 nasion u francuskich dostawców. Umowa miała więc charakter umowy wyłącznej dystrybucji z elementem umowy o wyłączne zakupy. Prawa z rejestracji odmiany zostały następnie przeniesione na spółkę Nungesser KG należącą do licencjobiorcy. Zawierając umowę licencyjną INRA zobowiązała się nie udzielać licencji na sprzedaż opracowanych przez siebie odmian kukurydzy w Niemczech innym podmiotom, a także powstrzymać się przed samodzielną sprzedażą tych nasion na rynku niemieckim. Dodatkowo, obie strony zobowiązały się do zapobiegania importowi równoległemu z innych państw członkowskich. Nungesser mógł zapobiegać importowi z innych państw członkowskich za pomocą przysługujących mu praw wyłącznych. Klauzulę wyłączności uzasadniano kosztami, jakie należało ponieść celem rejestracji odmiany nasion w Niemczech, koniecznością zbudowania systemu dystrybucji oraz marketingiem produktu. Komisja wszczęła postępowanie po otrzymaniu skarg od importerów równoległych, którym Nungesser powołując się na przysługującą mu wyłączność na rynku niemieckim, zakazywał importu nasion z rynku francuskiego.

na przyznanym mu terytorium”²². Pozwala ona na ograniczenie konkurencji między licencjodawcą a licencj odbiorcą oraz bezpośredniej konkurencji między licencj odbiorcami na określonym terytorium, ale tylko poprzez ograniczenie liczby licencj odbiorców wyposażonych w prawo do używania licencjonowanej technologii na danym terytorium. Licencja taka nie wyklucza ani aktywnej ani pasywnej sprzedaży towarów uzyskanych za pomocą licencjonowanej technologii poza przyznanym im terytorium licencyjnym. Nie pozwala zatem na przeciwdziałanie upoważnieniu licencj odbiorcy do podejmowania działań przeciwko importerom równoległym²³. Od otwartej licencji wyłącznej należało odróżnić licencję, której skutkiem było przyznanie pełnej ochrony terytorialnej, a więc wyłączenie jakiegokolwiek konkurencji ze strony podmiotów trzecich. Pełna ochrona terytorialna licencj odbiorcy, wraz z prawem do zapobiegania importowi równoległemu, utrzymuje sztuczny podział wspólnego rynku na rynki krajowe i jako taka była sprzeczna z TWE²⁴. Badając, czy licencja otwarta, jakiej udzielono w porozumieniu zawartym przez INRA z Nungesser, ETS rozpoczął od ustalania, czy udzielenie takiej licencji było uzasadnione względami istotnymi z punktu widzenia art. 81 ust. 1 TWE. ETS podkreślił, iż przedmiotem umowy było korzystanie z prawa wyłącznego do chronionej odmiany roślin. Prawo to służyło opracowywaniu nowych technologii. Licencja zaś służyła rozpowszechnianiu tej technologii na terytorium Wspólnoty. ETS zwrócił uwagę na okoliczność, iż opracowanie nowej odmiany roślin wymagało długoletnich prac badawczych oraz podjęcia ryzyka inwestycyjnego zarówno przez hodowcę, jak i przedsiębiorcę komercjalizującego na nowym rynku efekty prac badawczo-rozwojowych prowadzonych przez uprawnionego z prawa wyłącznego. Istotne znaczenie dla werdyktu ETS miała okoliczność, iż w dacie zawarcia umowy licencyjnej, produkty uprawnionego nie były znane na rynku niemieckim. Ich wprowadzenie na rynek niemiecki wiązało się zatem z dodatkowym ryzykiem, wymagało poniesienia dodatkowych kosztów oraz posiadania odpowiedniego know-how, chociażby w zakresie procedury dopuszczenia nasion do obrotu na rynku niemieckim²⁵. W ten sposób ETS potwierdził znaczenie ryzyka przedsiębiorcy wchodzącego na rynek z nowym produktem lub nową technologią opracowaną w innym państwie dla oceny wpływu porozumienia transferu technologii na konkurencję²⁶. Ryzyko ewentualnej konkurencji ze strony innych licencj odbiorców lub samego uprawnionego mogło zniechęcić przedsiębiorcę odpowiedzialnego za rejestrację produktu i *de facto* za stworzenie rynku zbytu na nasion francuskich, do podjęcia tego ryzyka²⁷. W tych okolicznościach pozbawienie licencj odbiorcy ochrony uznano za „szkod-

²² Sprawa 258/78 *Nungesser v. Komisja* (Zb. Orz. 1982, 2015), pkt 53.

²³ M. du Vall, J. Szwaja, *Reguły konkurencji a licencje patentowe i know-how*, s. 24.

²⁴ Stanowisko to jest zgodne z orzeczeniem ETS w sprawie 56-58/64 *Consten i Grundig v. Komisja* (Zb. Orz. 1960, 299). ETS nie uwzględnił jednak okoliczności, że gdyby nikt nie podjął się wprowadzenia nasion na rynek niemiecki bez przyznania mu pełnej ochrony terytorialnej, nie doszłoby w ogóle do ograniczenia konkurencji. V. Korah, *Exclusive licenses of patent and plant breeders rights under EEC law after the Maize seed*, *Antitrust Bulletin* 1983, 28, s. 734; podobnie: E. Fox, *Maize seed – a comparative comment*, 1982 *The Fordham Corporate Law Institute Annual Proceedings* 1982, *Juris Publishing*, s. 158.

²⁵ Tylko odmiany zarejestrowane w krajowym urzędzie mogły być rozprowadzane w Niemczech. Procedura rejestracyjna trwała od 4 do 10 lat. Ponadto w momencie zawarcia umowy produkt INRA był nieznanymi rolnikom niemieckim. W braku pełnej wyłączności Nungesser mógłby nie odzyskać poniesionych kosztów na ww. działania. Dodatkowo był narażony na działalność importerów równoległych, ponieważ musiał zaopatrywać się w znaczną część nasion we Francji. Zatem jego koszty zakupu były prawie takie same jak koszty ewentualnych importerów, którzy nie musieli ponosić kosztów związanych z wprowadzeniem nasion na rynek. Nasiona objęte umową zostały wprowadzone na rynek w 1967 r., a więc w 7 lat po zawarciu pierwszej umowy, zaś w 1972 r. ich udział w rynku nasion kukurydzy od 50 do 60% w zależności od odmiany.

²⁶ V. Korah, *Technology transfer agreements and the EC competition rules*, Oxford University Press, 1996, s. 46.

²⁷ E. Fox, *Maize seed...*, op. cit., s. 153–154.

liwe dla rozpowszechniania nowej technologii i wpłynęłoby negatywnie na konkurencję na terytorium Wspólnoty między nowymi a podobnymi, lecz już istniejącymi na rynku towarami²⁸. Na tej podstawie przyjęto, iż uznanie ich za zakazane *in abstracto* przez art. 81 ust. 1 TWE byłoby sprzeczne z interesem wspólnotowym²⁹. Licencja tego rodzaju realizowała funkcje istotne, zgodne z prawem i pożądane ze społecznego, politycznego i ekonomicznego punktu widzenia. Jak widać, liberalne potraktowanie otwartej licencji wyłącznej podyktowane było nie tylko jej pozytywnym wpływem na konkurencję, ale także realizacją innych funkcji.

Warto odnotować, iż ETS nie przeprowadził analizy rynku chronionych odmian kukurydzy, ani nie ustalał pozycji rynkowej nasion dostarczanych przez INRA. Uwaga Trybunału koncentrowała się na interesie obu stron umowy w przyznaniu wyłączności, charakterze produktu, konieczności zapobiegania efektowi „jazdy bez biletu” (*free rider*) oraz wpływie wyłączności na rozpowszechnianie nowych technologii³⁰. Analiza ekonomiczna przeprowadzona przez ETS była zatem bardzo ograniczona³¹.

11. Mimo iż orzeczenie nawiązywało do realiów ekonomicznych transferu technologii oraz odrzucało sztywne traktowanie wszystkich licencji wyłącznych jako *per se* ograniczeń konkurencji w rozumieniu art. 81 ust. 1 TWE, nie zostało ono jednoznacznie pozytywnie ocenione przez doktrynę. Wskazuje się, iż skutkiem orzeczenia jest wysoki stopień braku pewności prawa³². ETS nie wypowiedział się m.in. w przedmiocie dopuszczalności bezpośredniego eksportu przez licencjodawcę na terytorium zastrzeżone dla innego licencjodawcy³³. Orzeczenie w sprawie *Nungesser* pozwalało na wprowadzenie tylko ograniczonej wyłączności. Zarówno licencjodawca, jak i licencjodawca nie mogą wpływać na swobodę działania innych licencjodawców³⁴. W świetle wyroku ETS licencjodawca może być chroniony przed bezpośrednią konkurencją ze strony licencjodawcy oraz przed ustanowieniem innych licencjodawców na tym samym terytorium. Niedopuszczalne jest jednak wprowadzenie ograniczeń w imporcie równoległym produktów wytworzonych z użyciem licencjonowanej technologii. Po drugie, zastosowanie wyłączności dopuszczalne jest tylko wtedy, gdy chodzi o 1) wprowadzenie produktu o szczególnych cechach, 2) który jest produktem nowym, 3) na nowy rynek, 4) zaś wejścia na rynek wiąże się z istotnym ryzykiem ze strony licencjodawcy³⁵. Zakazane jest umieszczanie w umowie klauzul przewidujących pełną ochronę terytorialną. Z orzeczenia nie wynika, czy zakazane jest stosowanie mniej restrykcyjnych środków celem zapewnienia ochrony przed efektem „jazdy bez biletu”³⁶.

Zasługą orzeczenia w sprawie *Nungesser* jest potwierdzenie znaczenia, jakie ma rozpowszechnianie nowych technologii za pomocą umów licencyjnych dla rozwoju

²⁸ Sprawa 258/78 *Nungesser v. Komisja* (Zb. Orz. 1982, 2015), pkt 56–57.

²⁹ Tamże, pkt 58.

³⁰ V. Korah, *Exclusive licenses...*, op. cit., s. 732.

³¹ D. Hildebrand, *The role of economic...*, op. cit., s. 227.

³² R. Whish, B. Sufirin, *Art. 85 and the rule of reason*, „Yearbook of European Law” 1987, Vol. 7, s. 24; S. Anderman, J. Kallaughner, *Technology transfer...*, op. cit., s. 24.

³³ M. du Vall, J. Szwaja, *Reguły konkurencji a licencje patentowe i know-how*, s. 25.

³⁴ Nie jest możliwe wprowadzenie zakazu eksportu do innych umów licencyjnych. Problematiczny wydaje się natomiast zakazanie udzielania sublicencji na terytorium przyznanym innemu licencjodawcy. Klauzula ta może zostać uznana za przyznanie licencjodawcy pełnej ochrony terytorialnej jak i za wykonanie zobowiązania licencjodawcy do nieudzielania innych licencji na terytorium licencyjne.

³⁵ E. Fox, *Maize seed...*, op. cit., s. 153; S. Anderman, J. Kallaughner, *Technology transfer...*, op. cit., s. 24.

³⁶ Chodzi zwłaszcza o tzw. *profit-pass-over-payment*, które polegają na tym, iż licencjodawca sprzedający na terytorium innego licencjodawcy zobowiązany jest do podzielenia się z nim częścią zysku ze sprzedaży, celem rekompensaty kosztów promocji lub obsługi. V. Korah, *Exclusive license...*, op. cit., s. 737.

gospodarki Wspólnoty. Orzeczenie stanowi również próbę pogodzenia restrykcyjnego podejścia Komisji z realiami obrotu. Wyrok nie dostarczał jednak żadnych ogólnych wskazówek co do relacji między umowami transferu technologii a art. 81 TWE w zakresie dotyczącym innym praw własności przemysłowej. Wynika to ze ścisłego powiązania relatywnie liberalnego rozstrzygnięcia ETS do okoliczności faktycznych sprawy.

12. Kazuistyczne podejście ETS do omawianej kwestii obrazuje kolejne orzeczenie z omawianego okresu. W sprawie *Coditel II*³⁷ ETS przyjął, że udzielenie zezwolenia na emisję filmu w telewizji tylko na terytorium określonego państwa członkowskiego nie narusza art. 81 ust. 1 TWE. Odwołując się do szczególnego rodzaju przedmiotu ochrony oraz produktu (prawa autorskie do filmu), ETS przyjął, iż wyłączność terytorialna była jedynym sposobem zapewnienia ochrony praw autorskich oraz odzyskania nakładów poniesionych na wyprodukowanie filmu. ETS rozróżnił między obrotem prawami autorskimi do utworów, które inkorporowane były na fizycznych nośnikach, mogących być przedmiotem samodzielnego obrotu, a prawami autorskimi do utworów, które mogły być odtwarzane bez ograniczeń oraz bez konieczności wprowadzania do obrotu konkretnego nośnika przy każdym odtworzeniu. Także w tym orzeczeniu widoczna jest troska ETS o zapewnienie podmiotom inwestującym w prawa na dobrach niematerialnych i opracowujących dzięki temu nowe produkty i nowe technologie możliwości odzyskania poniesionych nakładów oraz penetrowania nowych rynków³⁸.

13. Praktyka Komisji po sprawie *Nungesser* wskazuje, iż przyjęła ona restrykcyjne podejście do tego wyroku ETS. W sprawie *Velcro/Aplix*³⁹ Komisja nie zgodziła się na wydanie atestu negatywnego dla licencji wyłącznej, ponieważ licencjonowana technologia nie spełniała warunku nowości w rozumieniu sprawy *Nungesser*. W sprawie *Rich Products/Jus Rol* Komisja uznała, że ponieważ inne przedsiębiorstwa opracowały technologię obróbki zamrożonego jęczmienia, technologia taka nie była nowa⁴⁰. W sprawie *Delta Chemie* Komisja uznała, że okoliczność, iż licencjodawca działał wcześniej w roli dystrybutora, świadczy o braku nowej technologii⁴¹.

14. Drugi okres zapoczątkowuje wydanie rozporządzenia 2349/84, zaś kończy publikacja Sprawozdania oceniającego w sprawie rozporządzenia 240/96⁴². W okresie tym ETS wydał wyrok w sprawie *Pronuptia*⁴³, który ukształtował podejście Komisji do porozumień obejmujących transfer know-how. W orzeczeniu tym ETS uznał za niezbędne z punktu widzenia istoty umowy franchisingu te klauzule zawarte w porozumieniu, które dotyczyły ochrony know-how franchisingodawcy (licencjodawcy)⁴⁴. Do grupy dozwolonych ograniczeń zaliczono zakaz konkurencji franchisingobiorcy w postaci zakazu otwierania

³⁷ Sprawa nr 262/81 *Coditel II* (Zb. Orz. 1982, 3381).

³⁸ S. Anderman, J. Kallaugher, *Technology transfer...*, op. cit., s. 26.

³⁹ Decyzja KE w sprawie *Velcro/Aplix* (Dz. U. EWG 1985 L 233/22).

⁴⁰ Decyzja KE w sprawie *Rich Products/Jus Rol* (Dz. U. EWG 1988 L 69/21).

⁴¹ Decyzja KE w sprawie *Delta Chemie* (Dz. U. EWG 1988 L 309/34).

⁴² Polska nazwa za akapitem 3 preambuły do rozporządzenia 772/2004, Commission Evaluation Report on the Transfer Technology Block Exemption Regulation No 240/96, COM(2001), 786 final, 20.12.2001., tekst dostępny na: <http://www.ftc.gov/opp/intellect/020522chindoc2.pdf>.

⁴³ Sprawa 161/84 *Pronuptia v. Schillgalis* (Zb. Orz. 1986, 353).

⁴⁴ Postanowienia umowne, które służą zapewnieniu ochrony know-how nie ograniczały konkurencji, ponieważ były niezbędne do prawidłowego funkcjonowania tego systemu dystrybucji. Taki cel realizowały klauzule zakazujące otwierania sklepu o podobnym lub identycznym charakterze na terytorium, na którym działał inny członek sieci oraz ograniczające możliwość sprzedaży przedsiębiorstwa franchisingobiorcy bez zgodny organizatora sieci. Zob. sprawa 161/84 *Pronuptia v. Schillgalis* (Zb. Orz. 1986, 353), pkt 16 i 19. Trybunał wyłączył z zakresu zastosowania art. 81 ust. 1 TWE klauzulę zakazu konkurencji po rozwiązaniu umowy, o ile jej okres obowiązywania był „rozsądny”.

przez członków sieci sklepów o podobnym profilu działania, nawet gdy nie wykorzystuje się know-how franchisingodawcy⁴⁵.

15. Pierwszym wyłączeniem grupowym w obszarze transferu technologii było rozporządzenie Komisji nr 2349/84 z dnia 24 lipca 1984 r. w sprawie zastosowania art. 85 ust. 3 TWE do pewnych kategorii umów licencji z patentu⁴⁶.

16. Rozporządzenie 2349/84 zostało uzupełnione rozporządzeniem nr 556/89 z dnia 30 listopada 1988 r. w sprawie zastosowania art. 85 ust. 3 TWE do pewnych porozumień wynikających z umów licencji know-how⁴⁷. Opóźnienie w przygotowaniu odrębnego wyłączenia dla transferu tego rodzaju praw na dobrach niematerialnych można uzasadnić zarówno mniejszym doświadczeniem Komisji w tym zakresie, jak i faktem, że licencje know-how zaczęły pojawiać się w praktyce obrotu gospodarczego na Wspólnym Rynku.

17. Rozporządzenia 2349/84 oraz 556/89 zostały zastąpione rozporządzeniem Komisji nr 240/96 z dnia 31 stycznia 1996 r. w sprawie zastosowania art. 85 ust. 3 TWE do pewnych kategorii umów o transfer technologii⁴⁸. Rozporządzenie to opierało się na tej samej filozofii konstruowania wyłączeń grupowych. Skutkiem wejścia w życie ww. rozporządzeń porozumienia transferu technologii korzystały z wyłączeń grupowych opartych na formalnym podejściu do stosowania reguł konkurencji. Strony takich porozumień musiały tak formułować postanowienia umów licencyjnych, aby zawierały one klauzule uznane za dozwolone oraz nie zawierały postanowień zakazanych. Efektem była wysoka standaryzacja treści porozumień transferu technologii.

18. U schyłku tego okresu Komisja rozpoczęła proces modernizacji rozporządzeń z wyłączeniami grupowymi, dążąc do nadania im treści uwzględniającej postulatę wynikającą z ekonomicznego podejścia do prawa konkurencji. Efektem były publikacja raportu z 2001 r.⁴⁹ oraz podjęcie decyzji o wcześniejszym zastąpieniu dotychczasowego rozporządzenia nowym wyłączeniem grupowym dla porozumień transferu technologii, uwzględniającym przebieg procesu modernizacji pozostałych wyłączeń grupowych.

19. **Trzeci okres** rozpoczęło opublikowanie w dniu 1 października 2003 r. projektu rozporządzenia 772/2004 wraz z projektem wytycznych⁵⁰. Projekt rozporządzenia opierał się na rozwiązaniach wprowadzonych już w życie w odniesieniu do porozumień pionowych, kooperacyjnych i badawczo-rozwojowych. Poszerzał zakres zastosowania wyłączenia o umowy licencji praw autorskich do niektórych rodzajów utworów. Przewidywał znacznie bardziej elastyczne podejście do treści porozumień transferu technologii, rezygnując z klauzul białych i ograniczając się do wskazania ograniczeń konkurencji wyłączających zastosowanie rozporządzenia do całego porozumienia oraz poszczególnych klauzul nie-

⁴⁵ M. Waelbroeck, *The Pronuptia judgment – a critical appraisal*, The Fordham Corporate Law Institute Annual Proceedings 1986, s. 216; D. Hildebrand, *The role of economic...*, op. cit., s. 227.

⁴⁶ Commission Regulation (EEC) No 2349/84 of 23 July 1984 on the application of Article 85 (3) of the Treaty to certain categories of patent licensing agreements (OJ 1984 L 219/15, corrigendum OJ 1985 L 113/26), dalej rozporządzenie 2349/84; zmienione rozporządzeniem nr 151/93, Dz. U. 1993, L 21/8.

⁴⁷ Dz. U. WE 1989 L 61/1, zm. rozporządzeniem 151/93, Dz. U. 1993, L 21/8, M. du Vall, J. Szwaia, *Reguły konkurencji...*, s. 113–137.

⁴⁸ Dz. U. WE 1996 L 31/2, dalej: rozporządzenie 240/96; w jęz. polskim opublikowane w: T. Skoczny, *Prawo konkurencji Wspólnoty Europejskiej. Źródła*, t. 1: *Reguły generalne*, Wydawnictwo Naukowe WZ UW, Warszawa 2002, s. 255–272.

⁴⁹ Sprawozdanie oceniające w sprawie rozporządzenia (WE) nr 240/96 odnoszącego się do wyłączeń grupowych w zakresie transferu technologii, COM(2001) 786 wersja ostateczna.

⁵⁰ Dz. U. UE 2003, C 235, s. 11 i 17. Zob. omówienie: M. Dolmans, A. Piilola, *The proposed new technology transfer block exemption – is Europe really better off than with the current regulation*, „World Competition” 2003, Vol. 26, No. 4, s. 541–565.

objętych wyłączeniem grupowym. Wprowadzał kryterium ilościowe w postaci progu udziału w rynku. Różnicował zasady stosowania wyłączenia do porozumień poziomego i pionowego transferu technologii. Po wprowadzeniu niewielkich zmian do pierwotnego projektu, Komisja wydała aktualnie obowiązujące rozporządzenie nr 772/2004 w sprawie stosowania art. 81 ust. 3 Traktatu do kategorii porozumień o transferze technologii⁵¹, które weszło w życie dnia 1 maja 2004 r.

2.2. Ewolucja wspólnotowych regulacji wyłączających porozumienia transferu technologii

20. W związku z rosnącą liczbą notyfikacji licencji patentowych, Komisja przygotowała w 1976 r. wstępny projekt wyłączenia grupowego dla licencji patentowych. Oficjalny projekt rozporządzenia przedstawiono w 1979 r.⁵² Projekt z 1979 r. pozwalał na udzielenie licencji zawierających klauzule wyłączności terytorialnej, jednakże dopuszczalność stosowania ograniczenia sprzedaży i eksportu zawężono tylko do przedsiębiorstw o obrocie poniżej 100 mln ECD. Projekt zawierał, listę 14 klauzul czarnych. Lista klauzul białych obejmowała 9 klauzul. Oba projekty były krytykowane przez przedstawicieli przemysłu, którzy byli niezadowoleni z nadmiernego rygoryzmu warunków zastosowania wyłączenia⁵³.

21. Zgodnie z obowiązującą ówczesnie praktyką, rozporządzenie 2349/84 miało wąski zakres zastosowania. Wyłączenie znajdowało zastosowanie do czystych licencji patentowych oraz do mieszanych umów licencji patentów i know-how (art. 1 ust. 1). Przez pojęcie patentu rozumiano także wzory użytkowe i wnioski o udzielenie patentów, zatem rzeczywisty zakres zastosowania był nieco szerszy od zakresu wynikającego z tytułu rozporządzenia. Wyłączenie obejmowało również umowy sublicencji. Zezwolenie na używanie innych praw własności przemysłowej również mogło korzystać z wyłączenia wynikającego z rozporządzenia 2349/84, ale tylko wówczas, gdy klauzule dotyczące innych praw na dobrach niematerialnych miały charakter dodatkowy do głównego przedmiotu umowy w postaci zezwolenia na używanie patentu. Wyłączenie nie obejmowało czystych umów licencji know-how. Nie obejmowało także licencji na wynalazki, których ochrona patentowa już wygasła. Jego czasowy zakres zastosowania do konkretnego porozumienia był również ograniczony datą ważności patentu.

⁵¹ Dz. U. UE 2004 L 123/11, Dz. U. UE Polskie Wyd. Specjalne, rozdz. 8, t. 3, s. 74, dalej: rozporządzenie 772/2004. Zob. szerzej: G. Materna, *Nowe wspólnotowe reguły grupowych wyłączeń umów o transferze technologii spod zakazu porozumień ograniczających konkurencję*, „PPH” 2004, nr 6; R. Sikorski, *Zwolnienie grupowe umów transferu technologii we wspólnotowym prawie konkurencji*, w: *Aktualne problemy polskiego i europejskiego prawa ochrony konkurencji*, red. C. Banasiński, M. Kępiński, B. Popowska, T. Rabska, UOKiK, Warszawa 2006, s. 91–106; M. Salamonowicz, *Kryteria oceny ważności klauzul restrykcyjnych w licencjach patentowych i know-how*, w: *Europejska prawa prywatnego*, red. M. Pazdan, W. Popiołek, E. Rott-Pietrzyk, M. Szpunar, t. II, WoltersKluwer Polska – Oficyna, Warszawa 2008, s. 309–336; M. Dolmans, A. Piilola, *The new technology transfer block exemption – a welcome reform, after all*, „World Competition” 2004, Vol. 27, No. 3, s. 351–363; F. Fine, *The EU's new antitrust rules for technology licensing: a turbulent harbour for licensors*, „ELRev.” 2004, Vol. 29, No. 12, s. 766–787; S. de Schrijver, *Technology licensing in the EU after the Big Bang: the new technology transfer block exemption regulation and guidelines*, „Business Law Review” July 2004, s. 161–180; *European Competition Law Annual 2005 – the interaction between competition law and intellectual property law*, red. C.-D. Ehlermann, I. Atanasiu, Hart Publishing, Oxford-Portland Oregon 2007; V. Korah, *Intellectual property rights and the EC competition rules*, s. 45–96.

⁵² Dz. U. EWG 1979 C 58/11.

⁵³ Zob. w tym zakresie analizę I. Wiszniewskiej, *Granice kartelowo-prawne ważności licencji patentowych*, Ossolineum, Wrocław, Warszawa, Kraków 1991, s. 88–89.

W rozporządzeniu 2349/84 przyjęto zasadę, zgodnie z którą wyłączenie obowiązuje tylko w przypadku tych umów licencyjnych, które wiązały się z wytwarzaniem przez licencjobiorcę produktów za pomocą licencjonowanej technologii (art. 1 ust. 2). Licencja mogła obejmować zezwolenie na produkcję i wprowadzenie do obrotu towarów chronionych patentem. Natomiast w przypadku porozumień dotyczących wyłącznie sprzedaży towarów wytworzonych z użyciem licencjonowanej technologii, zastosowanie znajdowało rozporządzenie 1984/1983. Takie zróżnicowane podejście wynika z założenia, zgodnie z którym prokonkurencyjny i zasługujący na ułatwienia jest tylko taki transfer technologii, który pociąga za sobą aktywność produkcyjną. W ten sposób dochodzi bowiem do rozpowszechniania technologii, która jest źródłem postępu technicznego i gospodarczego.

W preambule rozporządzenia Komisja wskazała, iż licencje patentowe, w tym licencje wyłączne, nie są same w sobie sprzeczne z art. 81 ust. 1 TWE, jeżeli służą wprowadzeniu i ochronie nowej technologii na rynek obejmujący terytorium licencyjne i są uzasadnione skalą wysiłku badawczego oraz poziomem ryzyka związanym z działalnością produkcyjną i handlową na rynku, na którym technologia nie jest znana w dacie zawarcia umowy licencyjnej (pkt 11).

Wyłączenie posługiwało się jedynie kryteriami o charakterze jakościowym. Wylczyło klauzule białe (art. 2) oraz klauzule czarne (art. 3). Rozwiązania w zakresie ochrony terytorialnej przyjęte w rozporządzeniu były znacznie łagodniejsze w stosunku do propozycji zawartych w projekcie z 1979 r.⁵⁴ Rozporządzenie 2349/84 pozwalało na udzielenie licencji wyłącznej, ale nie wolno było ograniczać pasywnej sprzedaży.

Wyłączenie obejmowało tylko porozumienia o charakterze wertykalnym. Dlatego nie obejmowało umów dotyczących patentów wspólnych, pooli patentowych, licencji wzajemnych lub licencji między wspólnikami joint-venture (art. 5 ust. 1).

22. Wynikające z rozporządzenia 2349/84 wyłączenie grupowe dla licencji patentowych uzupełniono rozporządzeniem 556/89 dotyczącym licencji know-how. Wyłączenie znajdowało zastosowanie do czystych umów licencji know-how oraz do umów mieszanych licencji know-how i patentów. Dodatkowo z wyłączenia mogły korzystać postanowienia licencyjne dotyczące innych praw własności intelektualnej, które miały charakter dodatkowy do licencji know-how. Rozporządzenie definiowało know-how, jako „zespół informacji technicznych o charakterze poufnym, które są istotne i zostały wyrażone w odpowiedniej formie” (art. 1 ust. 4). Definicja ta zachowała aktualność do tej pory⁵⁵. Zakres zastosowania rozporządzenia 556/89 ukształtowano na analogicznych zasadach, jak w przypadku rozporządzenia 2349/84, czego wyrazem było m.in. nieobjęcie wyłączeniem pooli know-how (art. 5 ust. 1 pkt 1 i 2). Art. 1 rozporządzenia sformułował 8 kategorii zobowiązań objętych wyłączeniem. Art. 2 wymieniał 12 klauzul białych, zaś art. 3 zawierał listę 16 klauzul czarnych.

23. W roku 1994 Komisja przedstawiła projekt⁵⁶ nowego rozporządzenia, które miało zharmonizować i uprosić zasady zastosowania art. 81 ust. 3 TWE do umów licencyjnych. Projekt ten stanowił podstawę dla rozporządzenia 240/96, które połączyło dotychczasowe odrębne wyłączenia dla licencji patentowych i know-how „w celu ułatwienia rozpowszechniania wiedzy technicznej na obszarze Wspólnoty oraz w celu promowania wytwarzania bardziej zaawansowanych technologicznie wyrobów.” Wyłączenie

⁵⁴ I. Wiszniewska, *Granice kartelowo-prawne...*, op. cit., s. 90; S. Anderman, J. Kallaugher, *Technology transfer...*, op. cit., s. 30.

⁵⁵ Szerzej zob. L. Giliciński, *Wykonywanie...*, op. cit., s. 149–150.

⁵⁶ Dz. U. EWG 1994 C 178.

obejmowało czyste umowy patentowe (patenty udzielone w państwach członkowskich, patenty wspólnotowe i patenty europejskie), czyste umowy know-how (niepatentowalne informacje techniczne, takie jak opis procesu produkcyjnego, recepta, wzór, przepis, projekt, rysunek, powszechnie określane mianem know-how) oraz mieszane umowy licencji patentowych i know-how. Inne prawa własności przemysłowej były objęte rozporządzeniem w zakresie, w jakim miały charakter dodatkowy i służyły osiągnięciu celów licencji.

Wyłączenie obejmowało tylko porozumienia między dwoma przedsiębiorstwami. Z wyłączenia mógł korzystać zarówno uprawniony, jak i jego licencjobiorca udzielający sublicencji (art. 6). Wyłączenie nie obejmowało pooli patentowych, umów licencyjnych między konkurentami tworzącymi joint venture (art. 5), umów licencji wzajemnej między konkurentami, umów dotyczących innych praw własności intelektualnej, które nie miały charakteru dodatkowego do licencji patentowej.

Mimo zaakcentowania znaczenia transferu technologii dla rozwoju gospodarczego Wspólnoty, Komisja nie zdecydowała się na liberalizację dotychczasowego podejścia do porozumień transferu technologii⁵⁷. W dalszym ciągu utożsamiała ograniczenie konkurencji z ograniczeniem swobody działania stron. Zgodnie z obowiązującą jeszcze wówczas koncepcją wyłączeń grupowych, rozporządzenie 240/96 zawierało obszerny katalog dozwolonych postanowień umownych, obejmujący 26 klauzul (art. 1 ust. 1 oraz art. 2). Katalog klauzul czarnych zawarty w art. 3 wymieniał 8 ograniczeń konkurencji. Zaliczono do nich porozumienia cenowe, porozumienia kontyngentowe, porozumienia podziału rynku, klauzule utrudniające import równoległy, klauzule zakazu konkurencji, postanowienia dotyczące licencji zwrotnych na udoskonalenia wprowadzone w licencjonowanej technologii przez licencjobiorcę, postanowienia przedłużające okres obowiązywania porozumienia poza okres obowiązywania pierwotnie licencjonowanego prawa wyłącznego. Rozporządzenie 240/96 nie zawierało typowych dla aktualnie obowiązujących wyłączeń progów udziału w rynku warunkujących zastosowanie wyłączenia. Obejmowało więc także porozumienia zawarte przez przedsiębiorstwa posiadające pozycję dominującą. Zastosowanie wyłączenia uzależnione było od spełnienia wymogów formalnych i nadania postanowieniom porozumienia transferu technologii ściśle określonej treści, aby uniknąć ewentualnych sporów w przedmiocie interpretacji poszczególnych klauzul⁵⁸.

Wyłączenie znajdowało zastosowanie do porozumień, które zawierały ograniczenia konkurencji niewymienione w art. 1 i 2, ale zostały zgłoszone Komisji celem uzyskania wyłączenia indywidualnego i Komisja w ciągu 4 miesięcy od daty zgłoszenia nie wniosła sprzeciwu (art. 4).

Komisja miała prawo cofnąć przywilej wyłączenia grupowego na zasadach wynikających z art. 7 rozporządzenia 19/65⁵⁹. Art. 7 rozporządzenia 240/96 doprecyzował, w jakich okolicznościach wyłączenie może być wycofane. Po pierwsze, cofnięcie wyłączenia było możliwe, gdy skutkiem umowy ograniczona została skuteczna konkurencja ze strony substytucyjnych produktów inkorporujących licencjonowaną technologię na

⁵⁷ G. Materna, *Nowe wspólnotowe reguły grupowych wyłączeń umów o transferze technologii spod zakazu porozumień ograniczających konkurencję*, „Przegląd Prawa Handlowego” 2004, nr 6, s. 3.

⁵⁸ S. Anderman, J. Kallaughner, *Technology transfer...*, op. cit., s. 37.

⁵⁹ Rozporządzenie nr 19/65/EWG Rady z dnia 2 marca 1965 r. w sprawie stosowania art. 85 ust. 3 Traktatu do określonych grup porozumień i praktyk uzgodnionych (Dz. U. EWG nr 36 z 6 marca 1965 r. z późn. zm.), dalej: rozporządzenie 19/65; w jęz. polskim opublikowane w: *Prawo konkurencji Wspólnoty Europejskiej. Źródła*, t. 1: *Reguły generalne*, wybór i oprac. T. Skoczny, Wydawnictwo Naukowe WZ UW, Warszawa 2002, s. 135–142.

licencjonowanym terytorium, przy czym wskazywano, iż sytuacja taka może mieć miejsce, gdy udział licencjodawcy w rynku towarów inkorporujących licencjonowaną technologię i technologii substytucyjne przekraczał 40%. Drugą okolicznością było odmowa realizacji przez licencjodawcę zamówień składanych przez użytkowników lub sprzedawców na terytorium innych licencjodawców, chyba że taka odmowa była obiektywnie uzasadniona. Tak samo traktowano utrudnienie użytkownikom lub sprzedawcom nabywanie produktów u innych sprzedawców działających na wspólnym rynku. Możliwość cofnięcia wyłączenia łagodziła brak progów udziału w rynku. W praktyce Komisja przynajmniej raz zagroziła wycofaniem korzyści wynikających z wyłączenia. Działania takie podjęto wobec Tetra Pak⁶⁰.

Rozporządzenie 240/96 weszło w życie w dniu 1 kwietnia 1996 r. Miało obowiązywać do 31 marca 2006 r. Na mocy art. 12 Komisja została upoważniona i zobowiązana do dokonywania regularnych przeglądów stosowania rozporządzenia. Nałożono na nią obowiązek przedstawienia raportu z funkcjonowania rozporządzenia do końca 2000 r. Termin ten biegł się z realizacją procesu modernizacji wspólnotowych reguł konkurencji. Spowodowało to opracowanie projektu nowego rozporządzenia, które weszło w życie przeszło 2 lata przed upływem okresu obowiązywania rozporządzenia 240/96.

24. Niewątpliwą korzyścią wynikającą z rozporządzenia 240/96 – w porównaniu do poprzednio obowiązujących wyłączeń w obszarze transferu technologii – był kompleksowy charakter wyłączenia, zwalniający strony porozumień z konieczności rozstrzygnięcia, czy porozumienia obejmujące transfer praw własności przemysłowej i know-how należy dostosować do warunków rozporządzenia 2349/84, czy też rozporządzenia 556/89⁶¹.

Do wad rozporządzenia 240/96 należy zaliczyć – obok jego formalizmu – brak rozróżnienia między porozumieniami transferu technologii zawieranymi między konkurentami a umowami między podmiotami niebędącymi konkurentami oraz restrykcyjne podejście do klauzul wyłączności terytorialnej⁶².

2.3. Współczesne wspólnotowe regulacje wyłączające porozumienia transferu technologii

2.3.1. Rozporządzenie 772/2004

25. Rozporządzenie 772/2004 dotyczące wyłączenia grupowego porozumień transferu technologii zastąpiło z dniem 1 maja 2004 r. rozporządzenie 240/96. Było to ostatnie rozporządzenie realizujące **założenia modernizacji** wspólnotowych reguł konkurencji **w duchu podejścia ekonomicznego** (*economic approach*). Rozporządzenie poszerzyło dotychczasowy zakres wyłączenia o prawa autorskie i pokrewne do programów komputerowych. Warunki zastosowania wyłączenia nie mają już charakteru wyłącznie jakościowego, ale także ilościowego⁶³.

26. Rozporządzenie 772/2004 nie zawiera katalogu **klauzul białych**, który w rozporządzeniu 240/96 liczył 26 pozycji. Wymienia jedynie klauzule czarne oraz wylicza ograniczenia konkurencji wyłączające zastosowanie rozporządzenia. Wykaz klauzul czarnych i ograniczeń konkurencji ograniczono znacznie w porównaniu do katalogu z rozporządzenia 240/96. Opierając się na ekonomicznym podejściu za niedozwolone postanowienia porozumień transferu technologii uznano te, które mają na celu, bez-

⁶⁰ Zob. sprawa T-51/89 *Tetra Pak Rausing v. Komisja* (Zb. Orz. 1990, II-309).

⁶¹ M. du Vall, J. Szwaja, *Reguły konkurencji a licencje patentowe i know-how*, op. cit., s. 68.

⁶² Zob. S. Anderman, J. Kallaughner, *Technology transfer...*, op. cit., s. 38.

⁶³ Szerzej zob. niżej oraz G. Materna, *Nowe wspólnotowe...*, op. cit., s. 3–8.

pośrednio lub pośrednio, ustalanie cen sprzedaży produktów, ilościowe ograniczanie produkcji lub sprzedaży bądź podział rynków lub klientów, przy czym w tym ostatnim wypadku wprowadzono szereg wyjątków zawężających znacznie pojęcie niedozwolonego podziału rynku. Rozporządzenie wprowadza odmienne wykazy ograniczeń konkurencji niweczących wyłączenie dla porozumień zawieranych między konkurentami oraz między przedsiębiorstwami, które ze sobą nie konkurują.

27. Kryterium ilościowym wyłączenia wynikającego z rozporządzenia 772/2004 jest udział w rynku. Dopuszczalny próg udziału w rynku wynosi 20% dla porozumień transferu technologii między konkurentami. Wielkość ta odpowiada dopuszczalnemu udziałowi w rynku przyjętemu w innych rozporządzeniach dla porozumień poziomych. W odniesieniu do porozumień zawieranych między przedsiębiorstwami, które w dacie zawarcia porozumienia transferu technologii nie konkurowały ze sobą, próg udziału w rynku określono na wyższym, 30% poziomie, co odpowiada wartości przyjętej dla porozumień pionowych w rozporządzeniu 2790/99.

28. Rozporządzenie 772/2004 zawiera postanowienia o możliwości cofnięcia wyłączenia w konkretnych przypadkach. Zastosowanie rozporządzenia 772/2004 może zostać ograniczone w dwóch przypadkach: w drodze indywidualnej decyzji wydanej na podstawie art. 29 ust. 1 rozporządzenia 1/2003 w zw. z art. 6 rozporządzenia 772/2003 oraz na mocy rozporządzenia wydanego na podstawie art. 1a rozporządzenia 19/65. Wycofanie korzyści wynikających z wyłączenia na podstawie decyzji Komisji jest możliwe, jeżeli Komisja uzna, że porozumienie transferu technologii wywołuje skutki niezgodne z art. 81 ust. 3 TWE. Art. 6 rozporządzenia 772/2004 wymienia przykładowo okoliczności, w jakich może dojść do takiego wycofania. Na pierwszym miejscu wskazano ograniczenie dostępu stronom trzecim do rynku dla ich własnych technologii. Ograniczenie takie jest relewantne wyłącznie w przypadku sieci podobnych porozumień dla konkurencyjnych technologii, które zakazują używania technologii konkurencyjnych. Kolejną sytuacją pozwalającą na wyłączenie skutków rozporządzenia jest ograniczenie dostępu do technologii innych licencjobiorców w przypadku równoległych porozumień zawierających ograniczenia w udzielaniu licencji przez licencjodawców. Ostatnią okolicznością wymienioną w rozporządzeniu jest niewykorzystywanie licencjonowanej technologii bez nieuzasadnionych powodów.

Cofnięcie wyłączenia jest także możliwe przez krajowy organ ochrony konkurencji, jeżeli porozumienie wywołuje skutki sprzeczne z art. 81 ust. 1 TWE na terytorium danego państwa członkowskiego.

Wycofanie korzyści wynikających z wyłączenia w drodze rozporządzenia nie dotyczy konkretnego porozumienia, lecz porozumień transferu technologii zawierających określone ograniczenie. Wyłączenie takie jest możliwe, gdy równoległe sieci podobnych porozumień obejmują więcej niż 50% właściwego rynku. W przypadku wydania takiego rozporządzenia wyłączenie jego skutku wchodzi w życie najwcześniej 6 miesięcy po jego wejściu w życie.

2.3.2. Wytyczne w sprawie transferu technologii

29. Wytyczne w sprawie porozumień transferu technologii zostały opublikowane tuż przed akcesją nowych państw członkowskich w 2004 r.⁶⁴ Celem wytycznych jest dostarczenie zainteresowanym podmiotom wskazówek w przedmiocie interpretacji postanowień

⁶⁴ Dz. U. UE 2004 C 101/2, dalej: wytyczne w sprawie porozumień TT; w jęz. polskim opublikowane w niniejszym tomie.

rozporządzenia 772/2004 przez Komisję oraz zastosowania art. 81 TWE do porozumień transferu technologii nieobjętych zakresem zastosowania przedmiotowego rozporządzenia. Wytyczne nie mają statusu źródła prawa powszechnie obowiązującego. W zakresie, w jakim wyjaśniają treść poszczególnych postanowień rozporządzenia 772/2004, de facto definiując zarówno zakres dozwolonego, jak i zakazanego transferu technologii, mogą kreować po stronie zainteresowanych przedsiębiorców uzasadnione oczekiwanie, iż w indywidualnej sprawie Komisja zachowa się w sposób wskazany w wytycznych. Oczekiwania takie mogą – w świetle praktyki wspólnotowej – podlegać ochronie prawnej. Polega ona na tym, że Komisja nie może nałożyć na przedsiębiorstwo, stosując się w dobrej wierze do treści wytycznych, sankcji z tytułu naruszenia art. 81 TWE⁶⁵. W ten sposób wytyczne zapewniają zainteresowanym należyty poziom pewności prawa, gdyż nie tylko zawierają wykładnię autentyczną, ale także wiążą organ, który je wydał.

30. Wytyczne obejmują wyłącznie te porozumienia transferu technologii, które odpowiadają definicji z art. 1 ust. 1 lit b) rozporządzenia 772/2004. Natomiast przedstawiają stanowisko Komisji zarówno w odniesieniu do porozumień objętych zakresem zastosowania rozporządzenia, jak i porozumień transferu technologii, które nie spełniają warunków wyłączenia i wymagają indywidualnej oceny.

Wytyczne składają się z czterech części: wstępu, zasad ogólnych, zastosowania wyłączenia grupowego, zastosowania art. 81 ust. 1 i 81 ust. 3 TWE poza zakresem zastosowania wyłączenia grupowego.

3. Wyłączenie grupowe transferu technologii w prawie polskim do 2007 r.

3.1. Kształtowanie się regulacji wyłączających porozumienia kooperacyjne w prawie krajowym

31. Szczególny status porozumień transferu technologii w prawie antymonopolowym podkreślono już w ustawie antymonopolowej z 1990 r.⁶⁶ Art. 3 ust. 2 tej ustawy precyzował, iż zawarte w niej zakazy znajdują zastosowanie do umów licencyjnych oraz innych aktów wykonywania praw wyłącznych wynikających z praw własności intelektualnej i przemysłowej oraz umów dotyczących know-how, „jeżeli skutkiem tych umów jest nieuzasadnione ograniczenie swobody działalności gospodarczej stron oraz istotne ograniczenie konkurencji na rynku”. Ustawa antymonopolowa z 1990 r. nie przewidywała wyłączeń grupowych, a jedynie możliwość usprawiedliwienia praktyki ograniczającej konkurencję na podstawie art. 6. Treść art. 3 ust. 2 tej ustawy wskazywała jednak, iż znajduje ona zastosowanie do porozumień transferu technologii tylko w takim zakresie, w jakim zawierały one postanowienia ograniczające w sposób nieuzasadniony wolność gospodarczą stron oraz – jednocześnie – w istotnym stopniu ograniczały konkurencję. W ten sposób zastosowanie ustawy do porozumień transferu technologii zostało znacznie ograniczone. Można to potraktować jako wyraz pozytywnego nastawienia ustawodawcy do tego rodzaju form współdziałania przedsiębiorców

⁶⁵ Szerzej zob. D. Miąsik, *Zasada ochrony zaufania w prawie wspólnotowym*, w: *Zasady ogólne prawa wspólnotowego*, red. C. Mik, TNOiK – Dom Organizatora, Toruń 2007, s. 225–250.

⁶⁶ Ustawa z dnia 24 lutego 1990 r. o przeciwdziałaniu praktykom monopolistycznym i ochronie konsumentów (tekst jedn. Dz. U. z 1999 r., nr 52, poz. 547; zm. Dz. U. z 2000 r., nr 31, poz. 381; Dz. U. z 2000 r., nr 60, poz. 704).

działających na rynku oraz potwierdzenie generalnie prokonkurencyjnego charakteru porozumień transferu technologii.

32. W procesie dostosowywania prawa polskiego do prawa wspólnotowego na podstawie art. 68 Układu Europejskiego oraz przygotowywania przedsiębiorców polskich do realiów prawnych funkcjonowania na unijnym rynku wewnętrznym, ustawodawca recypował z prawa wspólnotowego do prawa polskiego konstrukcję i treść **zakazu porozumień ograniczających konkurencję**. Art. 5 uokik z 2000 r.⁶⁷ powielał przesłanki zakazu porozumień ograniczających konkurencję z art. 81 ust. 1 TWE, zaś art. 7 ust. 1 tej ustawy recypował z art. 81 ust. 3 TWE przesłanki wyłączenia spod zakazu porozumień ograniczających konkurencję. Przepis art. 7 ust. 2 uokik z 2000 r. wprowadził również do prawa polskiego instytucję wyłączenia grupowego, zawierając upoważnienie dla Rady Ministrów do wydania rozporządzeń wyłączających pewne kategorie porozumień. W zakresie dotyczącym porozumień transferu technologii z delegacji ustawowej skorzystano w 2002 r., wydając rozporządzenie Rady Ministrów z dnia 30 sierpnia 2002 r. w sprawie wyłącznie niektórych kategorii porozumień dotyczących transferu technologii spod zakazu porozumień ograniczających konkurencję⁶⁸.

33. Treść rozporządzenia z 2002 r. generalnie odpowiadała założeniom, na których opierało się obowiązujące ówczesnie rozporządzenie 240/96. Powielało konstrukcję wyłączenia wspólnotowego w tym znaczeniu, że w myśl art. 7 ust. 2 uokik z 2000 r. musiało wskazywać zarówno zakazane postanowienia umowne (klauzule czarne), jak i „klauzule, których występowania w porozumieniu nie uznaje się za naruszenie art. 5” (klauzule białe). Jednocześnie, w zakresie w jakim posługiwało się nie tylko kryteriami jakościowymi dotyczącymi treści porozumień transferu technologii, ale także kryteriami ilościowymi w postaci wielkości udziału w rynku, rozporządzenie z 2002 r. uwzględniało przebieg prac studyjnych nad rozporządzeniem 772/2004.

34. Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów z 2007 r. zachowała charakter i treść dotychczasowego zakazu porozumień ograniczających konkurencję. Modyfikacji uległa treść delegacji ustawowej. Materialne przesłanki wyłączenia nie uległy zmianie, jednakże zmieniono – dostosowując do polskiego systemu prawnego – treść wyłączenia grupowego.

Na mocy art. 136 ust. 2 uokik z 2007 r.⁶⁹, do czasu wygaśnięcia zachowywały moc rozporządzenia wyłączające wydane na podstawie art. 7 uokik z 2000 r. Rozporządzenie dotyczące wyłączenia porozumień transferu technologii wygasło z dniem 31 lipca 2007 r. W dniu 1 sierpnia 2007 r. weszło w życie aktualnie obowiązujące wyłącznie grupowe – rozporządzenie Rady Ministrów z dnia 30 lipca 2007 r. w sprawie wyłączenia niektórych rodzajów porozumień dotyczących transferu technologii spod zakazu porozumień ograniczających konkurencję (dalej jako rozporządzenie z 2007 r.)⁷⁰.

3.2. Rozporządzenie Rady Ministrów z 2002 r.

35. Rozporządzenie Rady Ministrów z dnia 30 lipca 2002 r. w sprawie wyłączenia niektórych kategorii porozumień dotyczących transferu technologii spod zakazu porozu-

⁶⁷ Ustawa z dnia 15 grudnia 2000 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (tekst jedn. Dz. U. z 2005 r., nr 244, poz. 2080, z późn. zm.), dalej: uokik z 2000 r.

⁶⁸ Dz. U. 2002 nr 137, poz. 1152.

⁶⁹ Ustawa z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (Dz. U. 2007 nr 50, poz. 331; zm. nr 99, poz. 660; nr 171, poz. 1206), dalej: uokik lub uokik z 2007 r.

⁷⁰ Dz. U. z 2007 r., nr 137, poz. 963; dalej: rozporządzenie lub rozporządzenie z 2007 r.

mień ograniczających konkurencję było **pierwszą** w polskim prawie ochrony konkurencji **regulacją wyłączającą dla porozumień transferu technologii**. Rozporządzenie wydano na podstawie delegacji zawartej w art. 7 uokik z 2000 r., która wymagała by wyłączenie grupowe określało **zarówno postanowienia**, których występowanie w wyłączanych porozumieniach objętych wyłączeniem jest dozwolone, jak i postanowienia, które są **zakazane**. Ponadto, w dacie wejścia w życie uokik z 2000 r. (1 kwietnia 2001 r.) w prawie wspólnotowym obowiązywało rozporządzenie 240/96. Rozporządzenie powieliło model „starych” wspólnotowych rozporządzeń wyłączających, ponieważ zawierało obok wykazu klauzul niedozwolonych, katalog postanowień dozwolonych. Nie oznacza to jednak, że rozporządzenie oparte było na archaicznych w 2002 r. zasadach konstruowania wyłączeń grupowych. Analiza konstrukcji wyłączenia, jak i treści katalogu postanowień zakazanych wskazuje, iż uwzględniono częściowo rezultaty przebiegu modernizacji wspólnotowych reguł konkurencji, operując nie tylko kryteriami jakościowymi, ale także ilościowymi.

36. Rozporządzenie z 2002 r. składało się z sześciu rozdziałów. Pierwszy rozdział zawierał przepisy ogólne. Określały one przedmiot wyłączenia poprzez wskazanie treści rozporządzenia (§ 1), zdefiniowanie podstawowych pojęć (§ 2), wskazanie kategorii porozumień podlegających wyłączeniu (§ 3 ust. 1) oraz określenie warunków, w których wyłączenie nie ma zastosowania (§ 3 ust. 2). Drugi rozdział rozporządzenia składał się z jednego przepisu zawierającego obszerny katalog klauzul dozwolonych (§ 4). Rozdział trzeci normował okres zastosowania wyłączenia do poszczególnych porozumień (§ 5–7). Rozdział czwarty zawierał wykaz klauzul niedozwolonych (§ 8) oraz dodatkowo doprecyzowywał do jakich porozumień wyłączenie nie znajduje zastosowania (§ 9). Rozdział piąty uzupełniał rozdział pierwszy w ten sposób, że wskazywał jakiego rodzaju porozumienia korzystają z wyłączenia. Rozdział szósty zawierał przepisy przejściowe i końcowe, dotyczące wejścia w życie rozporządzenia (§ 13), okresu jego obowiązywania (§ 12) oraz zastosowania do porozumień istniejących w dacie jego wejścia w życie (§ 11). Z treści rozporządzenia 240/96 prawodawca przejął: 1) zakres przedmiotowy wyłączenia; 2) wyraźnie sformułowany i obszerny katalog klauzul białych (ale bez powielania jego treści w 100%); 3) katalog klauzul czarnych.

37. Wyłączenie obejmowało porozumienia dotyczące transferu technologii zawierane między dwoma przedsiębiorcami. Znajdowało zastosowanie do licencji wymienionych w rozporządzeniu praw własności przemysłowej, licencji know-how oraz umów mieszanych. Do praw własności przemysłowej objętych wyłączeniem zaliczono (§ 2 pkt 1): patenty na wynalazki, prawa ochronne na wzory użytkowe, prawa z rejestracji na wzory przemysłowe, prawa z rejestracji na topografie układów scalonych, prawa do chronionych odmian roślin, a także prawa wynikające ze zgłoszenia wynalazku, wzoru użytkowego, wzoru przemysłowego, topografii układu scalonego i wniosków o wpis do księgi ochrony wyłącznego prawa do odmian, a także know-how. Wyłączenie nie obejmowało umów o korzystanie z innych praw własności przemysłowej, niż określone w rozporządzeniu, chyba że miały one charakter dodatkowy do głównego przedmiotu umowy i były niezbędne do osiągnięcia jego celu. Wyłączenie nie obejmowało również porozumień dotyczących wyłącznie sprzedaży. Zakres zastosowania wyłączenia odpowiadał zatem zakresowi zastosowania rozporządzenia 240/96.

38. Mimo nawiązania do wspólnotowego dorobku w zakresie wyłączeń grupowych dla porozumień transferu technologii, polski prawodawca wprowadził szereg modyfikacji, podyktowanych m.in. potrzebą zapewnienia spójności wyłączenia z rozwiązaniami wynikającymi z polskiego systemu prawnego. Główna modyfikacja polegała na tym, że obok przedmiotu porozumienia (udzielenia przez uprawnionego zezwolenia na

korzystanie z określonych w rozporządzeniu praw) podstawowym warunkiem wyłączenia był udział w rynku, który nie mógł przekraczać 30%. Ponadto, wyłączenie nie obejmowało porozumień między konkurentami zawierających postanowienia wymienione w § 4 ust. 2 pkt 11 (nakładają na licencjodawcę obowiązek uiszczania minimalnych opłat licencyjnych, wytwarzania minimalnych ilości towarów objętych licencją lub wykonywania minimalnej liczby operacji z wykorzystaniem licencjonowanych know-how lub praw własności przemysłowej) lub § 19 (nakładają na licencjodawcę obowiązek dokładania najwyższej staranności w celu wytwarzania i wprowadzania na rynek towarów objętych licencją), ale tylko warunkowo, jeżeli „skutecznie uniemożliwiają licencjodawcy korzystanie z licencjonowanych technologii”.

39. Klauzule dozwolone wymieniono w § 4 ust. 1. Wyliczenie to miało charakter przykładowy („w szczególności”). Obejmowało 20 postanowień umownych.

40. Rozporządzenie obejmowało porozumienia istniejące w dacie jego wejścia w życie. Obowiązywało do 31 lipca 2007 r.

4. Rozporządzenie Rady Ministrów z 2007 r.

4.1. Uzasadnienie dla wydania i modyfikacji nowej regulacji wyłączającej

42. Wydanie nowego rozporządzenia wyłączającego porozumienia transferu technologii po wygaśnięciu rozporządzenia z 2002 r. nie było oczywiste – zawarta w ustawie o ochronie konkurencji i konsumentów delegacja dla Rady Ministrów do wydania regulacji wyłączających nie ma charakteru obligatoryjnego, nie wskazuje ona także żadnego zakresu przedmiotowego potencjalnych wyłączeń grupowych. Rozważając potrzebę wydania kolejnego rozporządzenia wyłączającego porozumienia transferu technologii, należało przede wszystkim wziąć pod uwagę gospodarcze znaczenie takiego wyłączenia.

43. Dostępne dane⁷¹ pokazują, iż Polska znajduje się na odległym miejscu wśród państw o wysokiej innowacyjności, co obrazuje zestawienie, w świetle którego potrzeba co najmniej 50 lat, aby można było rozważać dorównanie do średniego poziomu innowacyjności w Unii Europejskiej.

44. Decyzja w sprawie przedłużenia wyłączenia porozumień transferu technologii z zakresu zastosowania art. 6 uokik z 2007 r. musiała uwzględniać kontekst polityki państwa w zakresie wspierania innowacyjności i technologicznego rozwoju gospodarki Rzeczypospolitej Polskiej. Relatywne zacofanie technologiczne polskiej gospodarki, w połączeniu z niskimi nakładami na badania i rozwój oraz trudnościami z wdrażaniem efektów prac badawczo-rozwojowych i szwankująca współpraca ośrodków naukowo-badawczych z przemysłem, powinno stanowić wskazówkę dla ustawodawcy do takiego unormowania problematyki transferu technologii, by przepisy prawa antymonopolowego nie stanowiły dodatkowej bariery utrudniającej przedmiotowy transfer.

45. Samodzielne opracowanie technologii lub uzyskanie dostępu do technologii i jej wdrożenie w prowadzonej działalności gospodarczej wymaga dokonania znacznych nakładów inwestycyjnych i wiąże się z wysokim ryzykiem, zarówno po stronie podmiotu opracowującego technologię chronioną prawem, jak i podmiotu zajmującego się wdrożeniem technologii poprzez wytwarzanie produktów lub świadczenie usług. Koszty te wynagradzane są przez zapewnienie wynalazcy (twórcy, uprawnionemu) możliwości

⁷¹ European Innovation Scoreboard 2006.

eksploatacji uzyskanych rezultatów prac. Nie każde przedsiębiorstwo dysponuje odpowiednimi możliwościami (technicznymi, finansowymi lub ludzkimi), by samodzielnie sprostać wyzwaniom, jakie konkurencja stawia uczestnikom rynku w zakresie innowacyjności. Przedsiębiorstwa mogą zatem współpracować ze sobą w tym zakresie, opracowując wspólnie nowe bądź ulepszone technologie lub komercjalizując efekty prac innych podmiotów, które z kolei nie dysponują możliwością wytwarzania produktów lub usług na bazie opracowanych technologii. Regulacje prawne powinny zatem umożliwiać zarówno wskazaną powyżej współpracę, jak i komercyjną eksploatację efektów prac innych podmiotów.

46. Uchwalenie nowego rozporządzenia dotyczącego wyłączeń porozumień transferu technologii z zakresu zastosowania art. 6 uokik z 2007 r. należy uznać za uzasadnione ze względu na: 1) prokonkurencyjne – co do zasady – skutki tego rodzaju porozumień; 2) zmniejszenia barier prawnych dla rozwoju technologii w Polsce; 3) zapewnienia przedsiębiorcom inwestującym w nowe technologie stabilnego otoczenia prawnego.

47. Porozumienia transferu technologii należą do kategorii porozumień, w przypadku których można mówić o domniemaniu prokonkurencyjnych skutków dla dobrobytu konsumentów. Porozumienia tego rodzaju, nawet jeśli ograniczają konkurencję w rozumieniu art. 6 ust. 1 uokik z 2007 r., prowadzą do podniesienia poziomu efektywności działania w rozumieniu art. 8 ust. 1 pkt. 1 oraz zapewniają innym uczestnikom rynku korzyści w rozumieniu art. 8 ust. 1 pkt. 2 tej ustawy. Celem rozporządzenia ustanawiającego wyłączenie grupowe dla tego rodzaju porozumień powinno być doprecyzowanie warunków, jakie muszą być spełnione, aby można było przyjąć, że porozumienie transferu technologii jest niezbędne do osiągnięcia zakładanych celów w rozumieniu art. 8 ust. 1 pkt. 3 uokik z 2007 r. oraz aby nie stwarzało stronom porozumienia możliwości wyeliminowania konkurencji na rynku właściwym w rozumieniu art. 8 ust. 1 pkt. 4 tej ustawy.

48. Pomimo wyłączności, jakie prawa własności intelektualnej przyznają uprawnionemu na komercyjną eksploatację rezultatów nakładów finansowych i wysiłku intelektualno-organizacyjnego, nie ma domniemania naruszenia przez posiadanie owej wyłączności reguł konkurencji. Zasada ta wynika wprost z art. 2 ust. 1 uokik z 2007 r. Przepisy ustawy znajdują zastosowanie do porozumień, których przedmiotem jest licencjonowanie praw własności intelektualnej (art. 2 ust. 2 uokik). Przepisu tego nie należy jednak interpretować w ten sposób, że każde porozumienie transferu technologii narusza art. 6 uokik z 2007 r. Ograniczenie swobody działania licencjobiorcy należy traktować jako ograniczenie konkurencji tylko wówczas, gdy dotyczy zachowania, które jest istotne z punktu widzenia konkurencji, ponieważ godzi w interesy konsumentów (np. ustalanie cen sprzedaży).

49. Zakres monopolu, z jakiego korzysta uprawniony z prawa własności intelektualnej wynika z zakresu ochrony. Z jednej strony kształtowany jest on przez przepisy prawa, określające jakie zachowanie ingeruje w zastrzeżoną dla uprawnionego sferę wyłączności, z drugiej strony wyznacza go przedmiot prawa własności intelektualnej (determinowany np. przez treść zastrzeżeń patentowych). W sytuacji, gdy zakres ochrony wynikający zarówno z przepisów, jak i przedmiotu prawa jest bardzo szeroki, umowy transferu technologii zawierane między konkurentami nie prowadzą do ograniczenia konkurencji. Jeżeli bowiem licencjodawca dysponuje technologią o wyższym poziomie zaawansowania niż jego konkurent (licencjobiorca), a jednocześnie zakres ochrony jest na tyle szeroki, że jakkolwiek ulepszenia w posiadanej dotychczas przez licencjobiorcę technologii będą naruszały prawo własności intelektualnej licencjodawcy, nie można

uznać licencjodawcy i licencjobiorcy za konkurentów, nawet jeśli wprowadzają do obrotu takie same produkty. Licencjobiorca nie dysponuje bowiem – w świetle przepisów prawa własności intelektualnej – możliwością zgodnego z prawem ulepszenia swojej technologii w celu zniwelowania przewagi konkurencyjnej licencjodawcy.

50. Umowy transferu technologii należy traktować tak, jak pozostałe porozumienia zawierane przez przedsiębiorców, w zależności od tego, czy ich strony występują na rynku względem siebie w stosunkach horyzontalnych lub wertykalnych. Inaczej należy zatem oceniać porozumienia zawierane między licencjodawcą opracowującym technologię i udzielającym zezwolenia na jej używanie przez podmiot zajmujący się produkcją i/lub wprowadzaniem do obrotu. Podobnie jest w przypadku umów zawieranych między dostawcą części/półproduktów. Inne zasady obowiązują zaś w przypadku porozumień, których stronami są przedsiębiorstwa konkurujące ze sobą. Relacja wertykalna lub horyzontalna nie ma wpływu na zakwalifikowanie porozumienia jako antykonkurencyjnego. Powinna jedynie stanowić wskazówkę dla ustawodawcy lub organu antymonopolowego w przedmiocie oceny skutków, jakie porozumienia może wywoływać na rynku.

51. W przypadku umów licencyjnych zawieranych między konkurentami istnieje ryzyko, że dojdzie do koordynacji cen, ograniczenia wielkości produkcji oraz uzyskania siły rynkowej. Ograniczenie konkurencji może również polegać na eliminacji lub zmniejszeniu tempa rozwoju nowych produktów lub procesów produkcyjnych. Ryzyko ograniczenia konkurencji intertechnologicznej uzależnione jest od relacji, w jakiej znajdują się strony porozumienia. Wyróżnia się trzy modelowe przypadki:

- (i) strony konkurowały ze sobą na rynku licencjonowania praw do technologii przed zawarciem porozumienia;
- (ii) strony konkurowały ze sobą na rynku produktów inkorporujących technologię;
- (iii) strony nie konkurowały na żadnym z ww. rynków⁷².

52. W przypadku zawarcia porozumienia transferu technologii między przedsiębiorcami, którzy wcześniej konkurowali ze sobą na rynku licencjonowania technologii, co do zasady wzmocnieniu ulega pozycja rynkowa licencjodawcy. Można bowiem założyć, iż zmniejsza się presja konkurencyjna, z jaką spotykał się on do tej pory ze strony technologii używanej przez licencjobiorcę. Zawarcie umowy licencyjnej nie oznacza jednak, iż licencjobiorca zaprzestanie używania swojej dotychczasowej technologii. Ponadto, zachowuje możliwość „reaktywacji” technologii (przynajmniej na niektórych rynkach). Ocena faktycznego wpływu umowy na konkurencję w analizowanym obszarze uzależniona jest jednak od szeregu dodatkowych czynników, w tym faktycznej substytucyjności obu technologii, zakresu transferu (licencji) i innych postanowień umowy, dotyczących losów dotychczasowej technologii licencjobiorcy, a także liczby konkurencyjnych technologii na rynku. Ponadto, skutki takiej umowy dla rynku transferu samej technologii zostają ograniczone w czasie z uwagi na praktykę zawierania umów licencyjnych o charakterze długoterminowym. Dlatego nawet w przypadku „eliminacji” konkurenta, który stał się licencjobiorcą technologii, licencjodawca nie będzie dysponował natychmiastową możliwością podniesienia wysokości opłat licencyjnych lub ograniczenia dostępności technologii bądź wpływu na wielkość produkcji produktów inkorporujących technologię.

53. Należy również pamiętać, iż z reguły opłaty licencyjne stanowią nieznaczną część cen produktu. Oznacza to, iż nawet w przypadku znacznego wzrostu wysokości

⁷² S. Anderman, J. Kallaugher, *Technology transfer...*, op. cit., s. 114.

opłat licencyjnych, wynikających z siły rynkowej uzyskanej przez licencjobiorcę skutkiem zawarcia umowy licencyjnej z dotychczasowym konkurentem, wzrost ten nie znajdzie odbicia w cenie płaconej przez konsumenta.

54. Zawarcie umowy licencyjnej między konkurentami może również nie wpłynąć negatywnie na presję konkurencyjną ze strony innych technologii, jeżeli na danym rynku jest ich więcej (z rozporządzenia 772/2004 zdaje się wynikać, iż wystarczy istnienie 3 konkurencyjnych technologii), tym bardziej, iż samo licencjonowanie technologii nie wymaga dużych nakładów.

55. Należy również mieć na uwadze, iż dyskusyjne jest, czy przyjęcie przez konkurentów jednej technologii, która staje się w ten sposób standardem (por. VHS i Beta, DVD, Blue Ray i HD DVD) ma charakter antykonkurencyjny. Dotychczas konkurencyjne technologie przestają bowiem *de facto* mieć jakiegokolwiek znaczenie rynkowe (*per analogiam* przejęcie upadłego przedsiębiorcy), standaryzacja zaś prowadzi do rozpowszechnienia technologii, zmniejszenia kosztów produkcji, wzrostu sprzedaży itp. Najsilniejszą presję konkurencyjną na wzrost innowacyjności stanowi dążenie do uzyskania przewagi technologicznej nad konkurencyjną technologią i opanowanie jak największej części rynku, by móc skutecznie narzucić swoją technologię jako standard (por. sytuację na rynku odtwarzaczy DVD i następców DVD).

56. Zawarcie umowy licencyjnej przez przedsiębiorców konkurujących na rynku technologicznym może prowadzić do zarzucenia prac nad rozwojem własnej technologii przez licencjobiorcę, zmniejszając w ten sposób poziom efektywności dynamicznej na rynku. Dyskusyjne jest jednak, czy organ antymonopolowy dysponuje adekwatnymi danymi pozwalającymi ocenić i udowodnić, że w braku umowy transferu technologii, licencjobiorcy udałoby się skutecznie opracować nową własną technologię lub ulepszyć dotychczas posiadaną, tak by móc skutecznie konkurować z technologią licencjodawcy. Wydaje się, iż takie rozważania mogą mieć jedynie charakter spekulacyjny.

Z powyższego wynika, iż sam fakt transferu technologii między konkurentami na rynku licencjonowania praw własności intelektualnej nie prowadzi do ograniczenia konkurencji. Udzielenie licencji, a zwłaszcza licencji wzajemnych, może ułatwiać znowę (prawdopodobieństwo jest tym większe, im mniejsza liczba uczestników rynku lub im mocniejszą pozycję na rynku zajmują strony porozumienia). Nie przesądza jednakże faktu jej zawarcia.

57. Zawarcie porozumienia transferu technologii w omawianej konfiguracji można prowadzić do ingerencji w poziom dobrobytu konsumentów, jeżeli w umowie będą występowały klauzule determinujące politykę cenową licencjobiorcy, określające zasady udzielania licencji (ilość, czasokres itp.) lub wpływające na inne parametry przekładające się na cenę rynkową (np. wielkość produkcji lub sprzedaży).

58. Poziom konkurencji między produktami wykorzystującymi tą samą technologię uzależniony jest przede wszystkim od ilości konkurencyjnych technologii dostępnej na rynku. Wydaje się, iż w przypadku 4–5 konkurencyjnych technologii poziom konkurencji można uznać za adekwatny. Pozwalałoby to zaakceptować przyjęte we wspólnotowym prawie konkurencji progi udziału w rynku warunkujące zastosowanie wyłączenia, wynoszą 20% łącznego udziału w rynku stron porozumienia horyzontalnego transferu technologii oraz 30% udziału w rynku każdej ze strony w przypadku wertykalnego transferu technologii.

59. W przypadku transferu technologii między przedsiębiorcami, którzy konkurują ze sobą na rynku produktów inkorporujących licencjonowaną technologię, można również mówić o możliwości ułatwienia zawarcia znowy kartelowej. Zawarcie umowy licencyjnej

przez konkurentów na rynku produktów inkorporujących technologię może bowiem prowadzić do standaryzacji wyrobów. Jednakże, nie można domniemywać takiego rezultatu na podstawie samego faktu zawarcia umowy.

60. Antykonkurencyjnym skutkiem porozumień transferu technologii może być zamknięcie dostępu do rynku (*foreclosure effect*) polegające na ograniczeniu konkurentom licencjodawcy lub licencjobiorcy dostępu do klienteli lub do źródła technologii⁷³. Wprowadzenie do umowy transferu technologii klauzul wyłączności może utrudnić innym przedsiębiorcom, oferującym konkurencyjne technologie, pozyskanie zainteresowanych nimi przedsiębiorców, którzy zawarli już umowy transferu technologii z klauzulą zakazującą używania praw własności intelektualnej pochodzących od innych przedsiębiorców. Może to ingerować w dobrobyt konsumentów, zwłaszcza, gdy technologia, której wejście na rynek jest blokowane za pomocą tego rodzaju klauzul, jest bardziej zaawansowana od tej, która jest przedmiotem umowy. Brak możliwości używania alternatywnych technologii przez licencjobiorcę może również prowadzić do powstania siły rynkowej po stronie licencjodawcy, w sytuacji gdy konkurencyjna technologia, której dostęp do rynku został zamknięty klauzulą wyłączności, nie będzie się mogła zostać rozwinięta (ze względu na brak potencjalnych licencjobiorców) lub wdrożona na dostateczną skalę (ze względu na zbyt małą liczbę przedsiębiorców nieograniczonych klauzulą wyłącznego używania licencjonowanej technologii). Wywołanie takiego skutku zależy jednak od poziomu siły rynkowej licencjodawcy.

Efekt zamknięcia dostępu do rynku może również wystąpić w odwrotnej sytuacji, gdy licencjobiorca wymusi na licencjodawcy klauzulę wyłączności, zgodnie z którą nie udzieli on licencji na danym rynku innemu podmiotowi. W ten sposób uniemożliwi swoim konkurentom dostęp do technologii licencjodawcy. Wydaje się, iż antykonkurencyjny skutek tego rodzaju klauzul zależy od tego, jak istotna i unikalna jest licencjonowana technologia (jakie ma znaczenie dla funkcjonowania na danym rynku przez innych przedsiębiorców), dostępności alternatywnych technologii oraz pozycji rynkowej licencjobiorcy.

Z powyższego wynika, iż w przypadku wertykalnych porozumień transferu technologii, konieczne jest – w zależności od rodzaju porozumienia oraz stanu faktycznego – uwzględnienia udziału w rynku licencjodawcy (zamknięcie dostępu do klienteli) oraz licencjobiorcy (zamknięcie dostępu do źródła technologii)⁷⁴.

61. Podobnie jak ma to miejsce w przypadku porozumień pionowych, współcześnie wyróżnia się konkurencję między różnymi technologiami (odpowiednik konkurencji międzymarkowej) oraz konkurencję między przedsiębiorstwami oferującymi substytucyjne produkty lub usługi na bazie tej samej technologii (odpowiednik konkurencji wewnątrzmarkowej).⁷⁵ Tego rodzaju ograniczenia konkurencji mogą być odczuwalne na rynku produktów inkorporujących technologię. Mogą występować (być brane pod uwagę) tylko w przypadku braku lub słabej konkurencji ze strony produktów opartych na innej technologii. To z kolei oznacza, iż zagrożenie dla dobrobytu konsumentów może występować wyłącznie w przypadku znacznej siły rynkowej licencjodawcy. Wydaje się, iż w przypadku polskiego prawa antymonopolowego, które nie realizuje celu będącego odpowiednikiem zapewnienia prawidłowego funkcjonowania rynku wewnętrznego, ochrona konkurencji między produktami opierającymi się na tej samej technologii

⁷³ S. Anderman, J. Kallaugher, *Technology transfer...*, op. cit., s. 119.

⁷⁴ S. Anderman, J. Kallaugher, *Technology transfer...*, op. cit., s. 121.

⁷⁵ Tamże, s. 121–127.

(*intratechnology competition*) może mieć mniejsze znaczenie w porównaniu do wspólnotowego prawa konkurencji.

62. Pomimo wskazanych powyżej zagrożeń ze strony porozumień transferu technologii dla konkurencji, powszechnie przyjmuje się, iż są one co do zasady prokonkurencyjne.

63. Porozumienia transferu technologii prowadzą do rozpowszechniania technologii, zmniejszając w ten sposób monopol uprawnionego i umożliwiając wprowadzenie na rynek produktów lub usług opartych na tej samej technologii, które będą bezpośrednio konkurować ze sobą. Umożliwiają przedsiębiorstwom nie mającym zaplecza badawczo-rozwojowego lub skutecznie działającego działu R&D na uzyskanie dostępu do technologii. Pozwalają na jej komercyjną eksploatację nie tylko przez uprawnionego, ale także przez inne podmioty.

64. Porozumienia transferu technologii stanowią zachętę do prowadzenia prac badawczo-rozwojowych⁷⁶. Umożliwiają wynalazcy odniesienie korzyści finansowych z uzyskanych rezultatów, dzięki czemu może on pokryć w całości lub części koszty prowadzonych badań, zarówno tych zakończonych sukcesem, jak i tych, które nie doprowadziły do uzyskania satysfakcjonujących rezultatów. Możliwość zawierania umów transferu technologii bez nadmiernych restrykcji ze strony przepisów prawa antymonopolowego może w istotnym stopniu przyczynić się do zwiększenia nakładów na działalność badawczo-rozwojową.

65. Porozumienia transferu technologii pozwalają funkcjonować podmiotom niemającym możliwości prowadzenia działalności wytwórczej i bezpośredniego uczestniczenia w rynku produktów lub usług zawierających technologię. Z drugiej strony, zmniejszają koszty produkcji, eliminując zbędne nakłady na prace badawczo-rozwojowe idące w błędnym kierunku lub przeprowadzone przez inny podmiot. W ten sposób pozwalają wykorzystać posiadane zasoby na innych obszarach aktywność gospodarczej.

66. Porozumienia transferu technologii umożliwiają produkcję i wprowadzanie do obrotu przez licencjodawcę nowych, lepszych, bardziej zaawansowanych produktów.

67. Porozumienia transferu technologii pozwalają wzmocnić efekt skali wynikający z użycia dotychczas posiadanej technologii i zasobów produkcyjnych z nową technologią. Umożliwiają w ten sposób podniesienie efektywności działania licencjodawcy, poprzez skumulowanie posiadanego przez niego doświadczenia know-how) i innych praw własności intelektualnej oraz wdrożenie ich licencjonowanej technologii do dotychczasowych procesów produkcyjnych. W ten sposób zwiększa się wartość dodana produktów licencjodawcy

68. Prowadzą do zmniejszania przeszkód w rozwoju własnego produktu i technologii. Dotyczy to w szczególności tych rynków, na których występuje szereg praw wyłącznych ograniczających możliwość wdrażania rezultatów prac badawczo-rozwojowych ze względu na poważne ryzyko naruszenia praw wyłącznych innych podmiotów.

69. Porozumienia transferu technologii przyczyniają się do zmniejszenia barier wejścia na rynek. Z jednej strony mogą bowiem prowadzić do pozbawienia uprawnionego możliwości skutecznego występowania z zarzutem naruszenia przysługującego mu prawa własności intelektualnej. Z drugiej strony pozwalają uzyskać przewagę technologiczną nad dotychczasowymi uczestnikami rynku.

⁷⁶ Zob. M. du Vall, J. Szwaja, *Reguly konkurencji a licencje patentowe i know-how*, s. 13 i literatura tam cyt. w przyp. 1.

70. Porozumienia transferu technologii zachęcają licencjodawcę i licencjobiorcę do promowania produktów opartych na licencjonowanej technologii, zwiększając w ten sposób konkurencję między produktami inkorporującymi tą samą technologię.

4.2. Przedmiot wyłączenia

71. Przedmiot wyłączenia określony jest ogólnie w § 3 ust. 1 w następujący sposób: „wyłącza się spod zakazu, o którym mowa w art. 6 ustawy, porozumienia o transferze technologii, o ile porozumienia te spełniają warunki określone w rozporządzeniu”. Rekonstrukcja przedmiotu wyłączenia wymaga zatem sięgnięcia do innych przepisów rozporządzenia, które definiują poszczególne pojęcia użyte w § 3 ust. 1, tj. do § 2 pkt 4 (porozumienie o transferze technologii), § 2 pkt 2 (prawa własności intelektualnej) oraz § 2 pkt 3 (know-how).

72. Rozporządzenie definiuje porozumienie transferu technologii jako „zawierane między dwoma przedsiębiorcami porozumienie o udzieleniu licencji na korzystanie z prawa własności intelektualnej lub know-how do wytwarzania towarów”. Skutkiem tego, wyłączenie – analogicznie do wyłączenia wynikającego z rozporządzenia 772/2004 – dotyczy porozumień zawieranych między dwoma przedsiębiorstwami. Nie obejmuje porozumień wielostronnych. Obejmuje natomiast porozumienia między dwoma przedsiębiorcami, w których unormowano zasady zachowania licencjobiorcy na innych poziomach obrotu towarami inkorporującymi licencjonowaną technologię (zawarcie umowy licencji określonej technologii, działalność produkcyjna, działalność dystrybucyjna obejmujące towary wytworzone z użyciem licencjonowanej technologii), ale tylko pod warunkiem, że stronami porozumienia są tylko dwa przedsiębiorstwa⁷⁷. Wyłączenie dotyczy jednak tylko porozumienia, którego przedmiotem jest transfer technologii, zatem porozumienia dystrybucyjne zawierane przez licencjobiorcę, na zasadach określonych w porozumieniu transferu technologii, podlegają ocenie z perspektywy wyłączenia grupowego właściwego dla tego rodzaju porozumień.

73. Wyłączenia wynikające z rozporządzenia z 2007 r. oraz rozporządzenia 772/2004 obejmują taki sam katalog praw na dobrach niematerialnych – zezwolenie na korzystania z patentów, know-how, praw autorskich do oprogramowania, wzorów użytkowych, topografii układów scalonych, dodatkowych świadectw ochronnych oraz praw do chronionych odmian roślin. Definicja know-how w rozporządzeniu z 2007 r. opiera się na definicji z art. 2 ust. 2 uokik z 2007 r. i w zakresie przesłanek, jakie muszą być spełnione, aby know-how było objęte zakresem zastosowania wyłączenia. Odpowiada definicji przyjętej w rozporządzeniu 772/2004 (art. 1 ust. 1 lit. i). Tym samym rozporządzenie z 2007 r. definiuje przedmiotowy zakres zastosowania wyłączenia podobnie do rozporządzenia 772/2004. Oba rozporządzenia dotyczą takiego transferu technologii, który polega na udzieleniu licencji na korzystanie z praw własności intelektualnej i know-how do wytwarzania towarów. Wyłączenie w prawie polskim i w prawie wspólnotowym ogranicza się zatem do transferu technologii mającej znaczenie w działalności produkcyjnej⁷⁸.

74. Wyłączenie nie obejmuje porozumień, w których transfer technologii towarzyszy wyłącznie działalności dystrybucyjnej (§ 10 pkt 5 rozporządzenia z 2007 r.). Nie obejmuje zatem porozumień franchisingu dystrybucyjnego. Wyłączenie znajduje zastosowanie do

⁷⁷ G. Materna, *Nowe wspólnotowe...*, op. cit., s. 4.

⁷⁸ M. Salmonowicz, *Nowe zwolnienie blokowe porozumień dotyczących transferu technologii spod zakazu porozumień ograniczających konkurencję*, „Monitor Prawniczy” 2007, nr 22, s. 1276.

porozumień, w których obok działalności produkcyjnej określa się zasady wykorzystania licencjonowanej technologii w działalności dystrybucyjnej. W szczególności dotyczy to know-how związanego ze sprzedażą towarów wytworzonych z użyciem licencjonowanej technologii. Dopuszczalne jest zatem wprowadzenie do porozumienia klauzul, które określają zachowanie licencjobiorcy nie tylko na etapie działalności produkcyjnej, ale także działalności dystrybucyjnej, na przykład poprzez określenie wymogów, jakie powinni respektować jego kontrahenci nabywające towary wytworzone z użyciem licencjonowanej technologii lub członkowie sieci dystrybucji wprowadzający do obrotu towary wytworzone z użyciem licencjonowanej technologii. Jednakże, porozumienia zawierane przez licencjobiorcę z podmiotami odpowiedzialnymi za dystrybucję produktów inkorporujących licencjonowaną technologię nie są normowane przez przepisy rozporządzenia z 2007 r., lecz przepisy rozporządzenia dotyczącego porozumień pionowych⁷⁹.

75. Z punktu widzenia istoty transferu technologii i ekonomicznego znaczenia tego zjawiska gospodarczego jest nieistotne, czy zezwolenia na korzystanie z praw na dobrach niematerialnych uznawanych za technologię udziela sam uprawniony do prawa, czy też inny podmiot, mający jego zezwolenia (upoważnienie) na udzielanie takiego zezwolenia innym podmiotom. Dlatego § 9 rozporządzenia z 2007 r. przewiduje, że wyłączenie obejmuje także umowy zawierane przez licencjobiorców uprawnionego udzielających sublicencje. Warunkiem zastosowania wyłączenia jest jednak, by licencjobiorcy działali za zgodą uprawnionego (licencjodawcy). Zgoda ta musi być określona przynajmniej w umowie licencyjnej. Nie ma przeszkód, by wynikała z dodatkowej umowy.

76. Wyłączenie nie znajduje zastosowania do porozumień licencyjnych, których przedmiotem jest przeniesienie praw do praw własności intelektualnej lub know-how (§ 10 pkt 6 rozporządzenia z 2007 r.). Porozumienia tego rodzaju prowadzą do transferu technologii, są jednak co do zasady irrelevantne z punktu widzenia prawa konkurencji, gdyż nie rodzą problemów na styku relacji konkurencyjnych między licencjodawcą a licencjobiorcą oraz między licencjobiorcami. Przeniesienie praw własności intelektualnej lub know-how na inny podmiot wywołuje jedynie ten skutek, że kto inny ma wyłączne prawo do korzystania z określonego prawa na dobrach niematerialnych. Wyłączenie obejmuje natomiast takie porozumienia, których przedmiotem jest przeniesienie praw do know-how oraz praw własności intelektualnej wymienionych w § 2 pkt 2 tego rozporządzenia, a które zostały tak skonstruowane, że dotychczasowy uprawniony ponosi ryzyko gospodarcze związane z komercjalizacją przeniesionego dobra. Rozporządzenie wymienia wprost jako przykład takiego porozumienia porozumienie, w którym wysokość wynagrodzenia z tytułu przeniesienia prawa na dobrach niematerialnych uzależniona jest od wielkości produkcji lub liczby operacji, w których przeniesione prawo zostało wykorzystane. Wyłączenie nie obejmuje także porozumień badawczo-rozwojowych, porozumień o delimitacji poszczególnych praw własności intelektualnej oraz porozumień zawieranych w celu zakończenia sporów o naruszenie praw własności intelektualnej⁸⁰.

77. Wyłączenie nie znajduje zastosowania do tzw. pooli patentowych, tj. praktyk polegających na wspólnym licencjonowaniu praw na dobrach niematerialnych posiadanych przez niezależnych przedsiębiorców (§ 10 pkt 1 rozporządzenia z 2007 r.). Nie obejmuje także porozumień zawieranych przez przedsiębiorców będących współnikami przedsiębiorstwa wspólnego, którzy są konkurentami. Nie stosuje się także do

⁷⁹ Rozporządzenie Rady Ministrów z dnia 19 listopada 2007 r. w sprawie wyłączenia niektórych rodzajów porozumień wertykalnych spod zakazu porozumień ograniczających konkurencję (Dz. U. z 2007 r., nr 230, poz. 1691).

⁸⁰ G. Materna, *Nowe wspólnotowe...*, op. cit., s. 4.

porozumień zawieranych przez wspólnego przedsiębiorcę z którymkolwiek ze współników, jeżeli przedmiotem transferu technologii związany jest z działalnością wspólnego przedsiębiorcy. Rozporządzenie nie znajduje zastosowania tylko do transferu, w którym licencjodawcą jest przedsiębiorca wspólny. Obejmuje natomiast porozumienia transferu technologii, gdy licencjodawcą jest przedsiębiorca tworzący wspólnego przedsiębiorcę. Rozporządzenie nie obejmuje także porozumień między konkurentami, na mocy których licencjodawca udziela licencji w zamian za uzyskanie statusu wyłącznego dystrybutora towarów objętych licencją.

78. Transfer technologii może przybierać postać transferu poziomego (między konkurentami) oraz pionowego (między przedsiębiorcami nie będącymi konkurentami). W zakresie dotyczącym pojęcia konkurentów, rozporządzenie z 2007 r. odsyła do art. 4 pkt 11 uokik z 2007 r. Konkurentami są zatem przedsiębiorcy, którzy wprowadzają lub mogą wprowadzać albo nabywają lub mogą nabywać, w tym samym czasie, na rynku właściwym towary wytworzone na bazie takiej samej lub porównywalnej technologii. W myśl rozporządzenia 772/2004 porozumienie transferu technologii jest **porozumieniem między konkurentami**, jeżeli „strony są lub byłyby aktualnymi lub potencjalnymi konkurentami w braku porozumienia”⁸¹. Istotna jest zatem sytuacja na rynku, jaka byłaby, gdyby porozumienia nie było. Nie są więc porozumieniami między konkurentami porozumienia, mocą których licencjodawca staje się konkurentem licencjodawcy wskutek zawarcia porozumienia i udostępnienia technologii wykorzystywanej następnie do produkcji towarów konkurencyjnych względem towarów wytwarzanych przez licencjodawcę. Sytuację taką przewiduje art. 4 ust. 3 rozporządzenia 772/2004. Dotyczy on także stanów faktycznych, w których po zawarciu porozumienia licencjodawca opracował własną technologię, która jest technologią konkurencyjną względem licencjodawcy. Wówczas nadal, z punktu widzenia treści klauzul zakazanych, porozumienie transferu technologii ocenia się w świetle art. 4 ust. 2, a nie art. 4 ust. 1 rozporządzenia 772/2004 tak długo, jak długo nie dojdzie do istotnej zmiany porozumienia. Analogiczne zasady powinny obowiązywać w przypadku stosowania § 6 i 7 rozporządzenia z 2007 r. Porozumieniem między konkurentami jest bowiem porozumienie transferu technologii między przedsiębiorcami, „którzy działają na rynku właściwym obejmującym towary wytworzone z użyciem licencjonowanej technologii i technologii substytucyjnych”. Sformułowanie „działają” wskazuje jednoznacznie, iż istotne jest, czy w dacie zawarcia porozumienia strony są konkurentami, a nie czy stały się konkurentami wskutek jego zawarcia.

79. Transfer technologii może mieć także charakter dwustronny i jednostronny. Ponieważ porozumienia transferu technologii w nieco odmienny sposób wpływają na konkurencję, w zależności od tego, czy mają charakter poziomy albo pionowy lub jednostronny bądź dwustronny. Jednostronny transfer technologii polega na tym, że zezwolenia na korzystania udziela tylko jedna strona, ewentualnie obie strony wzajemnie udzielają sobie licencji na używanie technologii, do których przysługują im prawa objęte zakresem zastosowania rozporządzenia, jeżeli technologie te w dacie zawarcia porozumienia, nie mogą być wykorzystane do wytwarzania towarów konkurencyjnych. Oznacza to, że porozumienie nie traci charakteru jednostronnego transferu technologii, jeżeli po jego zawarciu okaże się, że technologia może być wykorzystywana przez licencjodawcę lub obu licencjodawców wzajemnych do wytwarzania towarów konkurencyjnych względem towarów drugiej strony porozumienia.

⁸¹ Wytyczne w sprawie porozumień TT, pkt 27.

W rozumieniu rozporządzenia z 2007 r. dwustronny transfer technologii występuje wówczas, gdy strony porozumienia udzielają sobie wzajemnie licencji na używanie technologii służących do wytwarzania towarów konkurencyjnych. Transfer taki może mieć miejsce zarówno w jednej umowie, jak i w różnych umowach, które łącznie składają się na jedno porozumienie.

80. Okres obowiązywania wyłączenia oparty jest na analogicznych zasadach, tj. nie może być dłuższy od okresu ochrony licencjonowanego prawa. Polskie wyłączenie jest przy tym bardziej rygorystyczne jeżeli chodzi o licencje know-how, gdyż przewiduje jedynie 10 letni okres wyłączenia od wprowadzenia towarów wytworzonych z użyciem licencjonowanego know-how na rynku właściwym objętym porozumieniem⁸². Rozporządzenie 772/2004 nie zna takiego ograniczenia.

4.3. Warunki zastosowania wyłączenia

4.3.1. Wielkość udziału w rynku

81. Porozumienia transferu technologii mogą wpływać na poziom konkurencji na dwóch odrębnych rynkach: 1) rynku technologii oraz 2) rynku produktów lub usług wytworzonych na bazie posiadanej technologii. Rynek technologii składa się z licencji na prawa własności intelektualnej, na które podmioty do nich uprawnione udzielają licencji innym przedsiębiorcom. Jako produkt należy bowiem rozumieć nie samo prawo własności intelektualnej, ale zezwolenie (prawo) na korzystanie z niego. W zależności od kontekstu na skład tego rynku mogą wchodzić licencje na poszczególne prawa własności intelektualnej (np. prawo do patentu, prawo do wzoru, prawo autorskie do programu) lub cały pakiet praw (prawo do patentu + prawo do wzoru + prawo autorskie). Dyskusyjne jest, czy w skład rynku technologii wchodzi prawa własności intelektualnej, które nie są przedmiotem transferu technologii między przedsiębiorstwami, lecz jedynie są wykorzystywane wyłącznie przez uprawnionego. Technologie takie nie są bowiem obecne na rynku produktowym obejmującym licencje na prawa własności intelektualnej. Z drugiej strony, nie można wykluczyć potencjalnej konkurencji ze strony technologii zarezerwowanej *de facto* lub *de iure* wyłącznie na rzecz uprawnionego-licencjodawcy innej technologii w dacie dokonywania oceny wpływu transferu technologii na konkurencję. Rynek technologii obejmuje zarówno technologię będącą przedmiotem porozumienia o transferze, jak i technologie substytucyjne.

Rynek technologii należy odróżnić od rynku produktów inkorporujących technologię. Wprowadzenie do obrotu produktu wytworzonego z wykorzystaniem określonej technologii nie oznacza bowiem, że nabywca produktu zyskuje w ten sposób uprawnienie do używania technologii i np. wytwarzania produktów z jej wykorzystaniem. Skutkujące wprowadzeniem do obrotu towaru inkorporującego technologię wyczerpanie praw uprawnionego do prawa własności intelektualnej ogranicza się jedynie do niemożności kontrolowania dalszego obrotu produktem.

82. Porozumienia transferu technologii mogą oddziaływać na poziom konkurencji na rynku produktów wytwarzanych z użyciem tej samej technologii lub technologii

⁸² Krytycznie zob. M. Salmonowicz, *Nowe zwolnienie...*, op. cit., s. 1276, który wskazuje, że nawet po upływie tego okresu know-how może posiadać istotną wartość gospodarczą, ograniczenie zaś okresu wyłączenia może zniechęcać do udzielania licencji know-how. Nie wydaje się, by można było podzielić zastrzeżenia autora co do skuteczności podniesienia zarzutu nieważności porozumienia wraz z upływem tego okresu, ponieważ wpływ okresu objęcia danego porozumienia wyłączeniem grupowym nie wpływa na ważność porozumienia, które wymagać będzie indywidualnej oceny.

substytucyjnych. Postanowienia umów mogą oddziaływać zarówno na konkurencję na rynku produktów finalnych, jak i półproduktów. Mogą także oddziaływać na konkurencję na rynkach znajdujących się powyżej rynku produktów wytworzonych przy użyciu licencjonowanej technologii i technologii konkurencyjnych.

83. Z punktu widzenia wpływu porozumień transferu technologii na poziom konkurencji na rynku można wyróżnić rynek produkcji towarów inkorporujących technologię oraz rynek ich sprzedaży. O ile bowiem technologia objęta jest monopolem wynikającym z wyłączności zapewnianej przez prawo własności intelektualnej, o tyle jest wiele przedsiębiorstw posiadających zdolności i mocy produkcyjne lub marketingowe niezbędne do wprowadzania ich do obrotu. Prawa na dobrach niematerialnych przyznają uprawnionemu „monopol” na decydowanie o sposobie eksploatacji chronionej prawem wyłącznym technologii oraz pierwsze wprowadzenie do obrotu produktu inkorporującego technologię (w przypadku samodzielnej działalności produkcyjnej). Uprawniony może zrezygnować z samodzielnej komercjalizacji należącego do niego dobra niematerialnego i powierzyć to zadanie innemu (w przypadku przeniesienia prawa lub udzielenie licencji wyłącznej) lub innemu (w przypadku licencji niewyłącznej) przedsiębiorcom zajmującym się produkcją. Jeszcze inaczej będzie przedstawiał się wpływ transferu technologii na konkurencję na rynku dystrybucji towarów inkorporujących technologię z uwagi na instytucję wyczerpania praw wyłącznych (o charakterze światowym, regionalnym lub krajowym). Wyłączność uprawnionego z prawa własności intelektualnej jest bowiem w przypadku wprowadzania do obrotu na kolejnych ogniwach systemu dystrybucji ograniczona.

84. Rozporządzenie z 2007 r. doprecyzowuje pojęcie rynku właściwego z art. 4 pkt 9 uokik z 2007 r. Wskazuje, iż rynek ten obejmuje towary wytworzone z użyciem licencjonowanej technologii i technologii substytucyjnych. W konsekwencji konkurentami są przedsiębiorcy, którzy działają na rynku właściwym obejmującym towary wytworzone z wykorzystaniem licencjonowanej technologii i technologii substytucyjnych. Natomiast rynkiem właściwym nie jest w myśl rozporządzenia z 2007 r. rynek technologii⁸³.

85. Rozporządzenie określa dopuszczalny próg udziału w rynku w § 3 ust. 2. Przyjęto jednolity próg udziału w rynku dla porozumień transferu technologii między konkurentami i między przedsiębiorcami niebędącymi konkurentami. W ten sposób konstrukcja kryterium ilościowego wyłączenia odbiega od przyjętego w rozporządzeniu 772/2004, które ustaliło różne progi dla umów zawieranych między konkurentami (20%) i między przedsiębiorstwami niebędącymi konkurentami (30%). Wydaje się, iż łagodniejsze potraktowanie porozumień między konkurentami przez rozporządzenie z 2007 r. podyktowane jest wolą ułatwienia transferu technologii. Przyjęcie wyższego progu oznacza, iż w skrajnym przypadku na danym rynku właściwym dostępne będą produkty wytworzone na podstawie co najmniej 4 konkurencyjnych technologii.

86. Przy ustalaniu wielkości udziału w rynku w przypadku porozumień między konkurentami uwzględnia się ich łączny udział w rynku. Natomiast w przypadku porozumień między podmiotami, które nie są konkurentami, uwzględnia się odrębnie udział w rynku każdego z nich, przy czym udział żadnej ze stron nie może przekroczyć 30%. Ponadto, rozporządzenie dodatkowo precyzuje, że na użytek ustalania udziału w rynku sumuje się udział w rynku stron porozumienia, przedsiębiorców z nimi powiązanych oraz ich licencjobiorców. Pozwala to uwzględnić okoliczność, iż licencjodawca udziela licencji różnym licencjobiorcom. W braku takiego rozwiązania porozumienia zawierane

⁸³ M. Salmonowicz, *Nowe zwolnienie...*, op. cit., s. 1277.

przez jednego licencjodawcę z różnymi licencjobiorcami, obejmujące transfer tej samej technologii, korzystałyby z wyłączenia o ile udział w rynku licencjodawcy wprowadzającego towary inkorporujące licencjonowaną technologię oraz udziały w rynku żadnego z licencjobiorców nie przekraczałyby 30%.

4.3.2. Przekroczenie progu udziału w rynku

87. Rozporządzenie wyłączające porozumienia transferu technologii przewiduje zasadą dalszego stosowania wyłączenia także po przekroczeniu wskazanych w § 3 progów udziału w rynku. O ile jednak rozporządzenie 772/2004 pozwala na zachowanie wyłączenia przez dwa lata, licząc od końca roku kalendarzowego, w którym określone w nim progi zostały przekroczone, o tyle rozporządzenie z 2007 r. różnicuje skutki przekroczenia w zależności od skali przekroczenia. W przypadku gdy wskazane w rozporządzeniu progi udziału w rynku wzrosną o 2% w okresie dwóch kolejnych lat kalendarzowych, wyłączenie stosuje się nadal przez wspomniane dwa lata. Natomiast w przypadku przekroczenia o więcej niż 2 punkty procentowe, wyłączenie przestaje mieć zastosowanie po upływie 6 miesięcy od końca roku kalendarzowego, w którym nastąpiło przekroczenie. Rozwiązanie przyjęte w rozporządzeniu z 2007 r. jest zatem surowsze w porównaniu do rozporządzenia 772/2004, które nie różnicuje skutków przekroczenia progu udziału w rynku w zależności od skali owego przekroczenia.

88. Zarówno rozporządzenie z 2007 r., jak i rozporządzenie 772/2004 nie przewidują kumulacji okresów przedłużenia zastosowania wyłączenia.

4.3.3. Obliczanie udziału w rynku

89. Udział w rynku oblicza się na zasadach określonych w § 3 ust. 4. Uwzględnia się udział w rynku towarów objętych porozumieniem transferu technologii, które zostały wytworzone przez licencjodawcę (licencjobiorcę), przedsiębiorców z nim powiązanych oraz licencjobiorców licencjodawcy (licencjobiorców licencjobiorcy). Rozporządzenie nie normuje tej kwestii wprost, jednakże mając na względzie inne przepisy odnoszące się do udziału w rynku, należy przyjąć, iż miarodajny jest udział w rynku mierzony wartością sprzedaży uzyskaną przez strony porozumienia w roku poprzedzającym rok, w którym zawarto porozumienie.

4.4. Jakościowe warunki wyłączenia

90. W rozporządzeniu z 2007 r. jakościowe warunki wyłączenia ograniczają się do wskazania tych ograniczeń konkurencji lub postanowień umownych, które są przez prawodawcę niepożądane. Wynika to z nowej konstrukcji delegacji ustawowej z art. 8 ust. 2 uokik z 2007 r.

91. Część postanowień rozporządzenia z 2007 r. znajduje zastosowanie do pionowych i poziomych porozumień transferu technologii, zaś część tylko do określonego rodzaju transferu technologii. Katalog ograniczeń zakazanych nawiązuje do katalogu z rozporządzenia 772/2004, ale nie pokrywa się z nim zarówno pod względem redakcyjnym, jak i treściowym.

92. Występowanie ograniczeń konkurencji wymienionych w § 6 i 7 oraz w art. 4 ust. 1 i 2 rozporządzenia 772/2004 powoduje, że dane porozumienie nie jest objęte wyłączeniem grupowym. Formalnie może ono być ważne i skuteczne, o ile jego indywidualna ocena wykaże, że spełnione są przesłanki zastosowania art. 8 uokik z 2007 r. lub art. 81

ust. 3 TWE. W praktyce wydaje się jednak mało prawdopodobne, by zaistniały takie okoliczności faktyczne, które uzasadniałyby zastosowanie w porozumieniu postanowień, które traktowane są jako najpoważniejsze ograniczenia konkurencji. Ograniczenia konkurencji niweczące skutki wyłączenia wymieniono enumeratywnie⁸⁴.

4.4.1. Porozumienia transferu technologii między konkurentami

93. Klauzule niedozwolone w porozumieniach transferu technologii zawieranych między konkurentami wymienia § 6. Klauzul tych jest 4. Generalnie odpowiadają one ograniczeniom konkurencji wymienionym w art. 4 ust. 1 rozporządzenia 772/2004. Oba przepisy uznają za najpoważniejsze ograniczenia konkurencji w porozumieniach transferu technologii ograniczenia cenowe, ograniczenia wielkości produkcji, podział rynku oraz ograniczenia możliwości używania przez licencjobiorcę własnej technologii lub prowadzenia własnych praw badawczo-rozwojowych. Zakres zastosowania poszczególnych ograniczeń uzależniony czy lub dwustronnym (wzajemnym i niewzajemnym).

94. Przepis § 6 pkt 1 rozporządzenia z 2007 r., tak samo jak art. 4 ust. 1 lit a) rozporządzenia 772/2004, wyłącza zastosowanie rozporządzenia do porozumień cenowych. Przepis definiuje porozumienia tego rodzaju szeroko. Ich przedmiotem może być ustalenie cen, składników cen, a także rabatów. Zakazane jest ograniczanie swobody którejkolwiek ze stron porozumienia w prowadzeniu polityki cenowej. Ograniczenia dotyczą sprzedaży towarów wytworzonych z użyciem licencjonowanej technologii, jak i warunków cenowych udzielania licencji innym podmiotom.

Oba przepisy znajdują zastosowanie do tych wszystkich elementów porozumienia transferu technologii, których przedmiotem – samodzielnie lub łącznie z innym klauzulami – jest uzgodnienie cen sprzedaży osobom trzecim jakichkolwiek produktów zarówno inkorporujących licencjonowaną technologię, jak i innych. Treść Wytocznych wskazuje na szeroką interpretację pojęcia porozumienia cenowego, ponieważ zaliczają do tej kategorii zarówno bezpośrednie, jak i pośrednie porozumienia cenowe. Bezpośrednie ustalenie cen ma miejsce wtedy, gdy strony porozumienia transferu technologii zawierają umowę dotyczącą: ustalanie dokładnej ceny, jaka ma być pobierana; ustalenie cennika, niezależnie od tego, czy strony przewidują możliwość udzielania rabatów; określenie wysokości rabatów; ustalenie cen stałych, minimalnych, maksymalnych lub rekomendowanych. Pośrednie ustalenie cen ma miejsce wtedy, gdy strony ustalają lub stosują środki zniechęcające do odejścia od uzgodnionego poziomu cen. Przykładem takiego postanowienia jest klauzula przewidująca zmianę wysokości opłat licencyjnych (wzrost) w przypadku obniżenia ceny sprzedaży produktów inkorporujących technologię. Innym przykładem pośredniego uzgodnienia cen może być ustalenie wysokości opłat licencyjnych na zbyt wysokim poziomie w dwustronnych porozumieniach transferu technologii. Wysokość opłaty licencyjnej wpływa bowiem na cenę produktu. W przypadku wzajemnego udzielenia licencji przez konkurentów oraz określenia opłat licencyjnych na wysokim poziomie, skutek porozumienia jest taki sam, jak ustalenie wysokości marży.

Nie jest porozumieniem cenowym ustalenie opłaty licencyjnej na określonym, minimalnym poziomie, niezależnym od skali używania licencjonowanej technologii. Jednakże szczególnym przypadkiem porozumienia cenowego jest porozumienie transferu technologii, w którym opłata licencyjna naliczana jest od sprzedaży wszystkich towarów, niezależnie od tego, czy inkorporują one licencjonowaną technologię. Postanowienia

⁸⁴ G. Materna, *Nowe wspólnotowe...*, op. cit., s. 5.

tego rodzaju są zakazane również na mocy § 6 pkt 4 rozporządzenia z 2007 r. oraz art. 4 ust. 1 lit. d) rozporządzenia 772/2004 jako ograniczające licencjodawcy możliwość korzystania z własnej technologii. Ograniczenie w tym wypadku ma charakter pośredni i polega na pozbawieniu używania własnej technologii jakichkolwiek korzyści ekonomicznych.

95. Przepis § 6 pkt 2 rozporządzenia z 2007 r., tak jak art. 4 ust. 1 lit b) rozporządzenia 772/2004, uznaje za klauzulę czarną postanowienie ograniczającą wielkość produkcji lub sprzedaży towarów wytworzonych z wykorzystaniem licencjonowanej technologii. Na równie z takimi ograniczeniami postawiono postanowienia ograniczające skalę korzystania z licencjonowanej technologii. Pod pojęciem ograniczenia produkcji należy rozumieć ograniczenie ilości produktów, jakie strona może wytwarzać i wprowadzać do obrotu. Przepis ma zapobiegać takiej sytuacji, w której konkurenci będący jednocześnie swoimi licencjodawcami i licencjodawcami uzgodnią pod pozorem transferu technologii wielkość produkcji, ograniczając w ten sposób ilość towarów dostępną na rynku. Tak samo w świetle Wytycznych należy traktować porozumienia, które zawierają postanowienia zniechęcające strony do zwiększania produkcji (np. poprzez podniesienie wysokości opłat licencyjnych).

Nie wszystkie ograniczenia produkcji są traktowane w taki sam sposób. Przepisy § 6 pkt 2 rozporządzenia z 2007 r. i art. 4 ust. 1 lit. b) rozporządzenia 772/2004 nie należy stosować do ograniczeń produkcji, które zostały nałożone na licencjodawcę w umowie jednostronnego transferu technologii lub na jednego z licencjodawców w umowie wzajemnej. Wyjęcie tego rodzaju ograniczeń z katalogu zakazanych postanowień uzależnione jest jednak od tego, że dotyczą one tylko produktów wytwarzanych przy użyciu licencjonowanej technologii.

96. Porozumienie transferu technologii nie korzysta z wyłączenia wynikającego z rozporządzenia z 2007 r. oraz rozporządzenia 772/2004, jeżeli prowadzi do podziału rynku pod względem geograficznym lub podmiotowym (§ 6 pkt 3 rozporządzenia z 2007 r. oraz art. 4 ust. 1 lit c) rozporządzenia 772/2004). Zaliczenie podziału rynku do ograniczeń konkurencji wyłączających zastosowanie rozporządzenia potwierdza status tego rodzaju praktyk jako porozumień, których celem jest ograniczenie konkurencji. Rozporządzenia nie stosuje się, jeżeli strony porozumienia transferu technologii ustalą, że nie będą produkować lub sprzedawać na określonych terytoriach lub nie będą zaopatrywać określonych klientów (grupy klientów). Zakaz podziału rynku w umowach między konkurentami nie jest bezwzględny jak w przypadku innych poważnych ograniczeń. Oba rozporządzenia pozwalają bowiem na szereg ograniczeń o charakterze podziału rynku, dopuszczalność których zależy zarówno od wariantu podziału rynku, jak i rodzaju porozumienia transferu technologii między konkurentami.

Wydaje się, iż *de facto* zakaz podziału rynku ograniczony jest tylko do porozumień dwustronnego (wzajemnego) transferu technologii, w których strony przyznają sobie nawzajem wyłączność na określonym terytorium lub w zakresie zaopatrywania określonej kategorii klientów oraz porozumień, w których wprowadza się ograniczenia aktywnej lub pasywnej sprzedaży przez licencjodawców, jeżeli licencjodawca udziela więcej niż jednej licencji⁸⁵. Przepisy § 6 pkt 3 lit b) rozporządzenia z 2007 r. oraz art. 4 ust. 1 lit c) pkt ii) rozporządzenia 772/2004 nie uznają za poważne ograniczenie konkurencji udzielenia licencji wyłącznej na określonym terytorium w porozumieniach jednostronnego transferu technologii. Na mocy takiego porozumienia licencjodawca

⁸⁵ J. Faull, A. Nikpay, *The EC Law of Competition*, Oxford 2007, s. 1261.

rezygnuje z możliwości wejścia na określony rynek. Dopuszczalne jest przyznanie takiej wyłączności na rynek światowy.

Wyłączenie stosuje się, jeżeli licencja obejmuje tylko jedno lub kilka zastosowań technicznych (pól eksploatacji) lub jeden lub kilka rynków produktowych. Licencjodawca może więc udzielić licencji o ściśle określonym zakresie (§ 6 pkt 3 lit a) rozporządzenia z 2007 r.). Klauzula taka nie ogranicza konkurencji nawet w porozumieniach między konkurentami, gdyż określa jedynie w jakim zakresie uprawniony zamierza podzielić się z licencjobiorcą przysługującym mu z mocy prawa zakresem wyłączności. Postanowienia tego rodzaju doprecyzowują zakres udzielonej licencji. Z ekonomicznego punktu widzenia służą zachęcaniu licencjobiorcy do inwestowania w rozwój i praktyczne zastosowanie licencjonowanej technologii⁸⁶.

Licencjodawca może także udzielić licencjobiorcy licencji wyłącznej (§ 6 pkt 3 lit c) rozporządzenia z 2007 r. oraz art. 4 ust. 1 lit. c) (iii) rozporządzenia 772/2004) niezależnie od tego, czy umowa ma charakter wzajemny. Rozporządzenie 772/2004 dodatkowo przewiduje, iż wyłączenie stosuje się do ograniczeń terytorialnych zarówno sprzedaży aktywnej, jak i pasywnej w umowach niewzajemnych, jeżeli ograniczenia te dotyczą rynku geograficznego lub podmiotowego zastrzeżonego dla drugiej strony porozumienia.

Przepisy § 6 pkt 3 lit b) rozporządzenia z 2007 r. oraz art. 4 ust. 1 lit. c) (v) rozporządzenia 772/2004 pozwalają także licencjodawcy zapewnić ochroną licencjobiorcy przed aktywną sprzedaż ze strony innych licencjobiorców. Ograniczenie to jest dopuszczalne w porozumieniach jednostronnego transferu technologii. Ma to skłonić licencjobiorcę do wydajniejszego wykorzystania technologii.⁸⁷

W przypadku gdy licencjobiorca używa licencjonowanej technologii do wytworzenia produktów złożonych zarówno § 6 pkt 3 lit d) rozporządzenia z 2007 r., jak i art. 4 ust. 1 lit. c) (vi) rozporządzenia 772/2004 umożliwia licencjodawcy ograniczenie licencji tylko do własnego użytku. Własny użytek obejmuje nie tylko używanie technologii do wytwarzania komponentów produktu złożonego, lecz także do wytwarzania części zamiennych do własnych wyrobów i wprowadzania takich części do obrotu.

Licencjodawca w umowie niewzajemnej może na mocy § 6 pkt 3 lit. e) rozporządzenia z 2007 r. oraz art. 4 ust. 1 lit. c) (vii) rozporządzenia 772/2004 nałożyć na licencjobiorcę zobowiązanie do używania licencjonowanej technologii do zaopatrywania tylko określonego klienta. Warunkiem objęcia takiego zobowiązania zakresem zastosowania rozporządzenia jest jednak to, by miało ono na celu stworzenie alternatywnego źródła zaopatrzenia tego konkretnego klienta⁸⁸.

97. Ostatnie ograniczenie konkurencji w porozumieniach transferu technologii między konkurentami polega na ograniczeniu zdolności którejkolwiek ze stron porozumienia do prowadzenia działań w zakresie badań i rozwoju (§ 6 pkt 4 rozporządzenia z 2007 r.). Ograniczenie to odbiega od ograniczenia wymienionego w art. 4 ust. 1 lit d) rozporządzenia 772/2004, który dodatkowo zakazuje ograniczania zdolności licencjobiorcy do wykorzystywania własnej technologii. Nie oznacza to, że tego rodzaju postanowienia nie zostały uznane przez polskiego prawodawcę za niepożądane. Ich występowanie w porozumieniu nie powoduje jednak utraty korzyści wynikających z wyłączenia przez całe porozumienie, a jedynie klauzulę, która takie ograniczenie wprowadza.

Z § 6 pkt 4 rozporządzenia z 2007 r. oraz art. 4 ust. 1 lit. d) rozporządzenia 772/2004 wynika, iż zakazane jest ograniczanie możliwości, którejkolwiek ze stron porozumienia

⁸⁶ Wytyczne w sprawie porozumień TT, pkt 86.

⁸⁷ Wytyczne w sprawie porozumień TT, pkt 89.

⁸⁸ Wytyczne w sprawie porozumień TT, pkt 93.

transferu technologii, prowadzenia prac badawczo-rozwojowych zarówno w dziedzinie objętej licencją, jak i w innych obszarach. Nie wyłącza to zobowiązania do przekazania ewentualnych przyszłych usprawnień licencjonowanej technologii⁸⁹. Zarówno § 6 pkt 4 rozporządzenia z 2007 r., jak i art. 4 ust. 1 lit. d) rozporządzenia 772/2004 nie obejmują ograniczenia strony do prowadzenia prac badawczo-rozwojowych z osobami trzecimi, o ile takie ograniczenie jest konieczne do ochrony know-how licencjodawcy przed ujawnieniem.

W myśl art. 4 ust. 1 lit. d) rozporządzenia 772/2004 licencjodawca nie może być ograniczany w wykorzystaniu własnej konkurencyjnej technologii⁹⁰. Niedozwolone są jakiegokolwiek ograniczenia zakresu używania własnej technologii. Licencjodawca nie może także być zobowiązany do płacenia opłat licencyjnych za produkty wytworzone na podstawie własnej technologii. Licencjodawca zachowuje prawo do licencjonowanej własnej technologii podmiotom trzecim. Ma to zapobiegać ograniczeniu konkurencji między konkurencyjnymi technologiami.

4.4.2. Porozumienia transferu technologii między przedsiębiorcami niebędącymi konkurentami

98. Zarówno rozporządzenie z 2007 r., jak i rozporządzenie 772/2004 w sposób odrębny wymieniają dla porozumień między przedsiębiorcami, którzy nie są ze sobą w dacie zawarcia porozumienia transferu technologii konkurentami, ograniczenia konkurencji niweczące zastosowanie wyłączenia z zakazu porozumień ograniczających konkurencję.

99. Tak jak w przypadku porozumień transferu technologii między konkurentami, na pierwszym miejscu wśród niewyłącznych ograniczeń konkurencji umieszczono porozumienia cenowe dotyczące cen stosowanych w odniesieniu do osób trzecich. Podobnie jak ma to miejsce w rozporządzeniu 2790/99, strony mogą określić w umowie maksymalną lub rekomendowaną cenę odsprzedaży. Pośrednie ustalenie cen obejmuje ustalenie marży, rabatów, wiążące cenę sprzedaży z ceną sprzedaży konkurentów, groźby, zastraszenia, ostrzeżenia kary lub rozwiązanie umowy w odniesieniu do zachowania danego poziomu cen⁹¹.

100. Porównanie katalogu ograniczeń składających się na pionowy podział rynku w rozumieniu rozporządzenia z 2007 r. oraz rozporządzenia 772/2004 wykazuje pewne rozbieżności, które, jak się wydaje, są podyktowane tym, iż pewnego rodzaju ograniczenia terytorialne lub podmiotowe mogą mieć znaczenie z punktu widzenia wspólnotowego prawa konkurencji chroniącego funkcjonowanie wspólnego rynku, są zaś irrelewantne z punktu widzenia polskiego prawa ochrony konkurencji.

Rozporządzenie 772/2004 zalicza do poważnych ograniczeń konkurencji ograniczenia terytorium lub klientów, którym licencjodawca może sprzedawać biernie produkty objęte porozumieniem. *A contrario*, ograniczenia aktywnej sprzedaży nie są uznawane za ograniczenia konkurencji. Ograniczenia pasywnej sprzedaży mogą przybierać różną postać. Wytyczne wskazują, iż mogą one polegać na: 1) zobowiązaniu do niesprzedawania produktów pewnym klientom lub klientom na pewnych terytoriach; 2) zobowiązaniu do odsyłania zleceń tych klientów do innych licencjodawców; 3) zachętach finansowych; 4) wdrożeniu systemu monitorowania mającego na celu sprawdzanie rzeczywistego miejsca przeznaczenia licencjonowanych produktów; 5) różnego rodzaju ograniczeniach

⁸⁹ Wytyczne w sprawie porozumień TT, pkt 94.

⁹⁰ Tamże, pkt 95.

⁹¹ Tamże, pkt 87.

ilościowych (korekta ilości dostarczanych produktów, tak by pokryć tylko lokalny popyt, połączenie ograniczeń ilościowych i obowiązku sprzedaży minimalnych ilości na przydzielonym terytorium, obowiązek uiszczania minimalnych opłat licencyjnych powiązanych ze sprzedażą na przydzielonym terytorium, zróżnicowanie stawek opłat licencyjnych w zależności od miejsca docelowego produktów oraz monitorowanie miejsca docelowego produktów sprzedawanych przez poszczególnych licencjodawców)⁹².

Art. 4 ust. 2 lit. b) rozporządzenia 772/2004 nie dotyczy ograniczeń nałożonych w umowie na licencjodawcę. Oznacza to, że wszystkie ograniczenia nałożone na tę stronę umowy korzystają z wyłączenia, o ile spełniają inne warunki jego zastosowania.

Nie wszystkie ograniczenia sprzedaży pasywnej wyłączają zastosowanie rozporządzenia. Art. 4 ust. 1 lit. b) rozporządzenia 772/2004 wymienia 6 kategorii dozwolonych ograniczeń terytorialnych i podmiotowych. Art. 4 ust. 2 lit. b) (i) tego rozporządzenia pozwala na udzielanie pełnej ochrony terytorialnej w relacjach między licencjodawcą i licencjodawcą. Przepis dotyczy bowiem sprzedaży biernej, zaś jak wskazano powyżej, wszystkie ograniczenia sprzedaży aktywnej są dozwolone. Nie jest konieczne, by licencjodawca faktycznie działał na terytorium dla niego zastrzeżonym. W odniesieniu do ograniczeń polegających na ochronie licencjodawcy przed konkurencją ze strony innych licencjodawców, wyłączenie stosuje się, jeżeli ograniczenia takie dotyczą dwóch pierwszych lat sprzedaży przez uprawnionego licencjodawcę produktów objętych umową. Przepis relatywizuje możliwość wprowadzenia ograniczeń pasywnej sprzedaży do działań podejmowanych przez licencjodawcę, a nie do nowości licencjonowanej technologii lub inkorporujących ją produktów na właściwym rynku (art. 4 ust. 2 lit. b) (ii) rozporządzenia 772/2004). Jest to uzasadnione zapewnieniem licencjodawcy zwrotu nakładów poniesionych na wejście na nowy rynek⁹³. Pomimo dość jednoznacznego brzmienia art. 4 ust. 2 lit. b) (i) rozporządzenia 772/2004), Wytyczne zdają się zawężać zakres jego zastosowania, ponieważ uznają ograniczenia sprzedaży pasywnej za dopuszczalne przez „okres do dwóch lat od daty, z którą produkt inkorporujący licencjonowaną technologię został po raz pierwszy wprowadzony na rynek przez danego licencjodawcę na wyłącznym terytorium”. Sformułowanie to można interpretować w ten sposób, że ograniczenia sprzedaży pasywnej dopuszczalne są tylko przez okres dwóch lat, licząc od pierwszego wprowadzenia do obrotu produktów na danym terytorium (pkt 101). Przepis art. 4 ust. 2 lit. b) (iii) oraz (iv) rozporządzenia 772/2004 powielają rozwiązania przyjęte w jego art. 4 ust. 1 lit. c) (vi-vii).

Przepis § 7 pkt. 2 rozporządzenia z 2007 r. zalicza do ograniczeń konkurencji wyłączających zastosowanie rozporządzenia „ograniczenia terytorium lub klientów, na którym lub którym licencjodawca może sprzedawać towary wytworzone z użyciem licencjonowanej technologii objętej umową”. Ograniczenia takie mogą przybierać zarówno postać restrykcji możliwości aktywnej, jak i pasywnej sprzedaży. W myśl § 7 pkt 2 lit a) i b) rozporządzenia z 2007 r. nie są zakazane ograniczenia w sprzedaży pasywnej na terytorium lub grupie klientów, które są zastrzeżone dla licencjodawcy lub innego licencjodawcy. W tym ostatnim przypadku ograniczenia pasywnej sprzedaży nie wyłączają zastosowania rozporządzenia w okresie pierwszych czterech lat od zawarcia porozumienia z licencjodawcą wyłącznym. Zobowiązania wymienione w § 7 pkt 2 lit c-d rozporządzenia z 2007 r. odpowiadają zobowiązaniom z jego § 7 pkt 3 lit d-e.

⁹² Wytyczne w sprawie porozumień TT, pkt 98.

⁹³ Wytyczne w sprawie porozumień TT, pkt 101.

Z treści § 7 pkt 2 lit a) i b) rozporządzenia z 2007 r. wynika, iż dozwolone jest wprowadzanie w porozumieniach transferu technologii między przedsiębiorcami ograniczeń sprzedaży pasywnej na rynkach, na które licencjodawca przyznał wyłączność innym licencjodawcom. Niedozwolone jest natomiast wprowadzenie ograniczeń sprzedaży aktywnej, która z punktu widzenia licencjodawców wyłącznych i potrzeby zapewnienia im odpowiedniej motywacji do podjęcia ryzyka związanego z wprowadzeniem technologii na danym rynku, ma znacznie większe znaczenie niż ograniczenia sprzedaży pasywnej. Powoduje to, iż można mieć zastrzeżenia co do prawidłowości sformułowania art. 7 pkt 2, który powinien – tak jak w prawie wspólnotowym – zakazywać tylko ograniczeń w sprzedaży pasywnej. Ten mankament nowej regulacji można jednak usunąć w drodze argumentacji *a maiori ad minus*. Skoro § 7 pkt 2 lit a) i b) rozporządzenia z 2007 r. pozwala wprost na wprowadzenie ograniczeń w sprzedaży pasywnej w przypadku licencji wyłącznych na określone terytorium lub dla określonej grupy klientów, to tym samym za dozwolone należy uznać – przynajmniej w przypadku licencji wyłącznych – wprowadzenie ograniczeń sprzedaży aktywnej. Ograniczenia sprzedaży pasywnej są bowiem – z punktu widzenia konkurencji wewnątrzmarkowej, konkurencji między towarami inkorporującymi tą samą technologię oraz interesów nabywców – bardziej niekorzystne od ograniczeń sprzedaży aktywnej.

101. Rozporządzenie z 2007 r. nie znajduje zastosowania do ograniczeń sprzedaży odbiorcom końcowym przez licencjodawcę działającego na poziomie sprzedaży hurtowej (§ 7 pkt 3). Prawodawca przyjął zatem odmienne rozwiązanie niż w rozporządzeniu 772/2004, które pozwala licencjodawcy zakazać takiemu licencjodawcy sprzedaży produktów użytkownikom końcowym. W ten sposób na mocy rozporządzenia 772/2004 licencjodawca może rozdzielić funkcje produkcji i sprzedaży hurtowej oraz dystrybucji detalicznej⁹⁴. Ograniczenie to dotyczy oczywiście tylko tych licencjodawców, którzy obok działalności produkcyjnej jednocześnie działają na szczeblu hurtowym dystrybucji produktów licencjodawcy.

102. Rozporządzenie 772/2004 pozwala także na wprowadzenie szczególnych ograniczeń typowych dla systemów dystrybucji selektywnej. Jego art. 4 ust. 2 lit. b) (vi) nie uznaje za niedozwolone postanowienia zakazujące zaopatrywania tych dystrybutorów, którzy nie są członkami sieci dystrybucji licencjodawcy. Rozporządzenie 772/2004 uznaje natomiast za niedozwolone ograniczenie możliwości zaopatrywania odbiorców końcowych przez licencjodawcę działającego na szczeblu detalicznym w systemie dystrybucji selektywnej (art. 4 ust. 2 lit. c).

4.4.3. Klauzule niekorzystające z wyłączenia

103. Wspólny katalog niedozwolonych postanowień umownych zawiera § 8. Obejmuje on 5 postanowień. W przeciwieństwie do postanowień wymienionych w §§ 6 i 7 ich występowanie nie skutkuje wyłączeniem zastosowania rozporządzenia. Jedynie te klauzule nie korzystają z wyłączenia i konieczne jest indywidualna ocena ich wpływu na konkurencję.

104. Rozporządzenie nie znajduje zastosowania do takich postanowień, które nakładają na licencjodawcę obowiązek udzielania wyłącznej licencji na dokonane przez licencjodawcę usprawnienia, modyfikacje, udoskonalenia licencjonowanej technologii, które mają samodzielny charakter. To samo dotyczy nowych zastosowań licencjonowanej technologii. Licencjodawca nie może zobowiązać licencjodawcy, by udzielił mu

⁹⁴ Wytyczne w sprawie porozumień TT pkt 104; M. Salmonowicz, *Nowe zwolnienie...*, op. cit., s. 1280.

wyłącznej licencji lub udzielił takiej licencji innemu podmiotowi wskazanemu przez licencjodawcę. Nie ma natomiast przeszkód, by porozumienia zawierało zobowiązanie do udzielenia licencji zwrotnej licencjodawcy, pod warunkiem, że nie będzie to licencja wyłączna⁹⁵.

O samodzielnym charakterze dokonanych usprawnień lub modyfikacji decyduje zaś to, czy usprawnienie lub modyfikacja może być używana samodzielnie, bez licencjonowanej technologii, zaś licencjonowane prawo na dobrach niematerialnych nie daje uprawnionemu możliwości zakazania używania przez licencjobiorcę ww. usprawnień lub modyfikacji. Z postanowieniem tym związane jest następne niedozwolone postanowienie, które polega na zobowiązaniu licencjobiorcy do przeniesienia praw do takich usprawnień lub nowych zastosowań.

105. Z wyłączenia nie korzysta zakaz podważania ważności praw własności intelektualnej. W szczególności chodzi o wytoczenie powództwa o unieważnienie prawa ochronnego. W okresie obowiązywania umowy licencjobiorca może się bowiem zorientować, że prawo ochronne i wynikająca z jego wyłączność zostały udzielone wadliwie lub nie powinny w ogóle zostać udzielone⁹⁶. W takiej sytuacji interes publiczny wymaga, by tego rodzaju prawa własności intelektualnej zostały podważone. Przepis ten chroni zarówno interes publiczny, jak i interes licencjobiorcy. Zdanie drugie pozwala licencjodawcy na wypowiedzenie umowy licencyjnej w przypadku podejścia przez licencjobiorcę działań zmierzających do podważenia praw objętych porozumieniem transferu technologii.

106. Wyłączenie nie obejmuje klauzuli, która w jakikolwiek sposób ograniczałaby możliwość używania przez licencjobiorcę własnej technologii. Z ekonomicznego punktu widzenia należy zakładać, iż w przypadku transferu technologii licencjobiorca niejako *per se* będzie zainteresowany używaniem przede wszystkim licencjonowanej technologii. Postanowienia umowy licencyjnej nie mogą jednak nakładać na licencjobiorcę żadnych ograniczeń w tym zakresie. Może on wstrzymać się od używania własnej technologii w drodze jednostronnej decyzji. Umowa licencyjna może zawierać postanowienie zakazujące licencjodawcy używania własnej technologii. Potwierdza to możliwość zawierania porozumień transferu technologii z klauzulami wyłączności, chroniącymi licencjobiorcę przed licencjodawcą.

107. Mając na względzie znaczenie prac badawczo-rozwojowych dla poprawy efektywności dynamicznej, wyłączenie nie obejmuje postanowień, które ograniczają możliwość prowadzenia takich prac przez którąkolwiek ze stron. Zakaz tego rodzaju klauzul nie jest bezwzględny, gdyż strony mogą go wprowadzić, pod warunkiem, że będą w stanie wykazać, że postanowienie tego rodzaju jest niezbędne do ochrony niejawnego charakteru know-how.

4.5. Obowiązkiwanie rozporządzenia

108. Rozporządzenie z 2007 r. weszło w życie z dniem 1 sierpnia 2007 r. Okres jego obowiązywania powiązany z okresem obowiązywania rozporządzenia 772/2004. Okres obowiązywania rozporządzenia wynosi 7,5 roku i jest o 6 miesięcy dłuższy od okresu obowiązywania rozporządzenia 772/2004, które traci moc z dniem 30 kwietnia 2014 r.

⁹⁵ Zob. P.S. Morris, *Grant-back and no challenge clauses in Europe: what lessons from the MedImmune v. Genentech Case?*, „World Competition” 2008, Vol. 31, No. 1, 113-126, s. 119.

⁹⁶ Ibidem, s. 120.

Należy zakładać, iż Komisja zachowa instytucję wyłączeń grupowych dla porozumień transferu technologii. Nie wydaje się, by było prawdopodobne zaostreżenie aktualnie obowiązujących regulacji. Wydaje się, iż taki okres obowiązywania wyłączenia zapewni przedsiębiorcom dostateczny poziom pewności prawa i jednocześnie w przyszłości pozwoli uwzględnić w projektowaniu treści nowego wyłączenia ewentualne zmiany w podejściu prawodawcy wspólnotowego do transferu technologii.

109. Na mocy § 11 rozporządzenia z 2007 r. strony porozumień transferu technologii zawartych przed dniem jego wejścia w życie korzystały w dalszym ciągu z wyłączenia zastosowania zakazu porozumień ograniczających konkurencję, jeżeli zawarte przez nich porozumienie spełniało warunki rozporządzenia z 2002 r. Zastosowanie korzyści wynikających z poprzedniego wyłączenia przedłużono do 31 lipca 2008 r. w odniesieniu do starych porozumień, dając stronom okres 12 miesięcy na zrewidowanie zawartego porozumienia. Mając na względzie okoliczność, iż rozporządzenie z 2007 r. jest korzystniejsze od rozporządzenia z 2002 r. nie wydaje się, by okres 12 miesięcy był zbyt krótki na zweryfikowanie zastosowania nowego wyłączenia do starego porozumienia.

5. Podsumowanie

110. Definicja porozumienia transferu technologii wskazuje, iż istotą tego porozumienia jest udzielenie licencji na korzystanie z prawa własności intelektualnej w rozumieniu § 2 pkt 2 lub know-how w rozumieniu § 2 pkt 3 rozporządzenia z 2007 r. do wytwarzania towarów. Pojęcie transferu technologii zostało zatem wyznaczone wąsko. Po pierwsze, nie obejmuje ono wszystkich praw własności przemysłowej i intelektualnej. Po drugie, obejmuje tylko takie porozumienia, których przedmiotem jest wytwarzanie towarów przy wykorzystaniu licencjonowanej technologii.

111. Określenie przedmiotu wyłączenia dla porozumień transferu technologii odpowiada ekonomicznemu podejściu do stosowania prawa antymonopolowego. Nie realizuje jednak wszystkich postulatów formułowanych w doktrynie względem zakresu zastosowania wyłączenia do wszystkich praw na dobrach niematerialnych. Pojęcie transferu technologii uwzględnia rozwiązania przyjęte w rozporządzeniu 772/2004. Jego zakres zastosowania uległ niewielkiej zmianie w porównaniu do rozporządzenia z 2002 r. Modyfikacja polega na dodaniu praw autorskich do programów komputerowych do katalogu praw własności intelektualnej będących przedmiotem transferu technologii na użytek wyłączenia.

112. Przesłanki zastosowania wyłączenia krajowego i wspólnotowego zostały skonstruowane w taki sposób, by nie utrudniać zawierania porozumień transferu technologii. Listy niedozwolonych ograniczeń konkurencji i zakazanych postanowień umownych zostały znacznie – w porównaniu z poprzednio obowiązującymi unormowaniami – ograniczone.

113. Należy pamiętać, iż niespełnienie warunków zastosowania wyłączeń grupowych nie powoduje automatycznej nieważności zawartej umowy licencyjnej, lecz obniża jedynie stopień pewności prawa i zwiększa ryzyko ponoszone przez obie strony umowy, gdyż umowa wymaga indywidualnej oceny z punktu widzenia zgodności z art. 81 ust. 1 i 3 TWE oraz art. 6 i 8 uokik.

Rozporządzenie Komisji (WE) nr 772/2004
z dnia 7 kwietnia 2004 r.
w sprawie stosowania art. 81 ust. 3 Traktatu do kategorii porozumień o transferze technologii
(Tekst mający znaczenie dla EOG)

(Dz. U. UE 2004 L 123/11; Dz. U. UE Polskie Wyd. Specjalne, Rozdz. 08, tom 03, s. 74)

KOMISJA WSPÓLNOT EUROPEJSKICH,

uwzględniając Traktat ustanawiający Wspólnotę Europejską,

uwzględniając rozporządzenie Rady nr 19/65/EWG z dnia 2 marca 1965 r. w sprawie stosowania art. 85 ust. 3 Traktatu do pewnych kategorii porozumień i uzgodnionych praktyk¹, w szczególności jego art. 1, po opublikowaniu projektu niniejszego rozporządzenia²,

po konsultacji z Komitetem Doradczym ds. Porozumień Ograniczających Konkurencję i Pozycji Dominującej,

a także mając na uwadze, co następuje:

(1) Rozporządzenie nr 19/65/EWG upoważnia Komisję do stosowania art. 81 ust. 3 Traktatu w drodze rozporządzenia odnoszącego się do kategorii niektórych porozumień o transferze technologii i odpowiednich uzgodnionych praktyk objętych zakresem art. 81 ust. 1, których stronami są jedynie dwa przedsiębiorstwa.

(2) Zgodnie z rozporządzeniem nr 19/65/EWG Komisja przyjęła w szczególności rozporządzenie (WE) nr 240/96 z dnia 31 stycznia 1996 r. w sprawie stosowania art. 85 ust. 3 Traktatu do niektórych kategorii porozumień o transferze technologii³.

(3) Dnia 20 grudnia 2001 r. Komisja opublikowała sprawozdanie oceniające w sprawie rozporządzenia (WE) nr 240/96 odnoszącego się do wyłączeń grupowych w zakresie transferu technologii⁴. Wywołało to debatę publiczną w sprawie stosowania rozporządzenia (WE) nr 240/96 oraz ogólnie w sprawie stosowania art. 81 ust. 1 i 3 Traktatu w odniesieniu do porozumień o transferze technologii. Reakcja Państw Członkowskich i stron trzecich wobec omawianego sprawozdania oceniającego w przeważającej mierze była przychylna reformie wspólnotowej polityki konkurencji w zakresie porozumień o transferze technologii. Dlatego konieczna jest zmiana rozporządzenia (WE) nr 240/96.

(4) Niniejsze rozporządzenie powinno spełniać dwa wymogi, to znaczy gwarantować skuteczną ochronę konkurencji i zapewniać przedsiębiorstwom odpowiedni poziom pewności prawnej. Osiąganie tych celów powinno uwzględniać potrzebę uproszczenia ram regulacyjnych i ich stosowania. Właściwe jest odchodzenie od podejścia polegającego na wylczeniu klauzul podlegających wyłączeniu i położenie większego nacisku na definiowanie kategorii porozumień, które podlegają wyłączeniu do pewnego poziomu pozycji rynkowej oraz na wyszczególnienie ograniczeń lub klauzul, których nie można umieszczać w takich porozumieniach. Jest to zgodne z podejściem zorientowanym gospodarczo, które ocenia skutki porozumień na właściwym rynku. Z tego rodzaju podejściem zgodne jest również przeprowadzenie rozróżnienia pomiędzy porozumieniami między konkurentami i porozumieniami między podmiotami niebędącymi konkurentami.

(5) Porozumienia o transferze technologii dotyczą udzielania licencji na korzystanie z technologii. Tego rodzaju porozumienia zazwyczaj prowadzą do poprawy efektywności gospodarczej i wspierają konkurencyjność, ponieważ mogą zmniejszać powielanie działań w zakresie badań i rozwoju, wzmacniać motywację przedsiębiorstw do podejmowania nowych prac w zakresie badań i rozwoju, pobudzać innowacje ewolucyjne, ułatwiać upowszechnienie technologii oraz tworzyć konkurencję na rynku produktów.

(6) Prawdopodobieństwo, że tego rodzaju skutki polegające na zwiększeniu efektywności i konkurencyjności przeważają wszelkie skutki antykonkurencyjne wynikające z ograniczeń zawartych w porozumieniach o transferze technologii, zależy od pozycji zainteresowanych przedsiębiorstw na rynku i w związku

¹ Dz.U. 36 z 6.3.1965, s. 533/65. Rozporządzenie ostatnio zmienione rozporządzeniem (WE) nr 1/2003 (Dz. U. L 1 z 4.1.2003, s. 1).

² Dz.U. C 235 z 1.10.2003, s. 10.

³ Dz.U. L 31 z 9.2.1996, s. 2. Rozporządzenie zmienione Aktem Przystąpienia z 2003 r.

⁴ COM(2001) 786 wersja ostateczna.

z tym od skali, w jakiej przedsiębiorstwa te spotykają się z konkurencją przedsiębiorstw posiadających technologie alternatywne lub przedsiębiorstw wytwarzających produkty substytucyjne.

(7) Niniejsze rozporządzenie powinno dotyczyć jedynie porozumień, w których licencjodawca zezwala licencjobjorcy na wykorzystywanie technologii licencjonowanej, w miarę możliwości po dalszych pracach w zakresie badań i rozwoju prowadzonych przez licencjobjorcę, w wytwarzaniu towarów lub w świadczeniu usług. Nie powinno dotyczyć porozumień licencyjnych odnoszących się do podzlecania w zakresie badań i rozwoju. Nie powinno również dotyczyć porozumień licencyjnych związanych z tworzeniem zasobów technologicznych, to znaczy porozumień dotyczących gromadzenia technologii w celu udzielania licencji stronom trzecim na korzystanie ze stworzonych pakietów praw własności intelektualnej.

(8) W celu stosowania art. 81 ust. 3, w drodze rozporządzenia, nie jest konieczne zdefiniowanie tych porozumień o transferze technologii, które mogą być objęte zakresem art. 81 ust. 1. Przy indywidualnej ocenie porozumień zgodnie z art. 81 ust. 1 należy uwzględnić kilka czynników, w szczególności strukturę i dynamikę odpowiednich rynków technologii i produktów.

(9) Korzyść z wyłączenia grupowego, przewidziana w niniejszym rozporządzeniu, powinna być ograniczona do tych porozumień, w przypadku których można z wystarczającą pewnością założyć, że spełniają one warunki określone w art. 81 ust. 3. W celu osiągnięcia korzyści i celów związanych z transferem technologii, wyłączenie wynikające z niniejszego rozporządzenia powinno również mieć zastosowanie w odniesieniu do postanowień zawartych w porozumieniach o transferze technologii, które nie stanowią zasadniczego przedmiotu tego rodzaju porozumień, lecz które bezpośrednio odnoszą się do stosowania technologii licencjonowanej.

(10) W odniesieniu do porozumień o transferze technologii między konkurentami można założyć, że, w przypadku gdy łączny udział w rynku posiadany przez strony nie przekracza 20%, a porozumienia nie zawierają niektórych surowych ograniczeń antykonkurencyjnych, porozumienia te na ogół prowadzą do usprawnienia produkcji lub dystrybucji oraz pozwalają konsumentom na godziwy udział w wynikających z tego korzyściach.

(11) W przypadku porozumień o transferze technologii między przedsiębiorstwami niebędącymi konkurentami można założyć, że, w przypadku gdy jednostkowy udział we właściwych rynkach, liczony dla każdej ze stron, nie przekracza 30%, a porozumienia nie zawierają niektórych surowych ograniczeń antykonkurencyjnych, porozumienia te na ogół prowadzą do usprawnienia produkcji lub dystrybucji oraz pozwalają konsumentom na godziwy udział w wynikających z tego korzyściach.

(12) Nie może istnieć domniemanie, że w zakresie art. 81 ust. 1 wchodzi porozumienia o transferze technologii powyżej podanych progów udziału w rynku. Na przykład wyłączenie porozumienia licencyjne między przedsiębiorstwami niekonkurującymi często nie wchodzi w zakres art. 81 ust. 1. Nie może również istnieć domniemanie, że powyżej podanych progów udziału w rynku porozumienia o transferze technologii objęte zakresem art. 81 ust. 1 nie będą spełniać warunków wyłączenia. Jednakże nie można również zakładać, iż na ogół będą one źródłem powstawania obiektywnych korzyści o takim charakterze i zasięgu, które zrównoważą sytuacje obiektywnie niekorzystne, stworzone przez nie w zakresie konkurencji.

(13) Niniejsze rozporządzenie nie powinno wyłączać porozumień o transferze technologii zawierających ograniczenia, które nie są niezbędne w celu usprawnienia produkcji lub dystrybucji. W szczególności porozumienia o transferze technologii zawierające niektóre surowe ograniczenia antykonkurencyjne, takie jak ustalanie cen żądanych od stron trzecich, powinny być wykluczone z korzyści wyłączenia grupowego ustanowionego na podstawie niniejszego rozporządzenia, niezależnie od udziałów zainteresowanych przedsiębiorstw w rynku. W przypadku tego rodzaju ograniczeń podstawowych całe porozumienie powinno zostać wykluczone z korzyści wyłączenia grupowego.

(14) Aby chronić motywację do działań innowacyjnych oraz właściwe stosowanie praw własności intelektualnej, niektóre ograniczenia powinny zostać wykluczone z wyłączenia grupowego. W szczególności należy wykluczyć wyłączenie zobowiązania do wymiany usprawnień dających się wydzielić. W przypadku gdy tego rodzaju ograniczenie zostaje włączone do porozumienia licencyjnego, jedynie ograniczenie, o którym mowa, powinno być wykluczone z korzyści wyłączenia grupowego.

(15) Progi udziału w rynku, niewyłączenie niektórych porozumień o transferze technologii zawierających surowe ograniczenia antykonkurencyjne oraz ograniczenia przewidziane w niniejszym rozporządzeniu na ogół zapewniają to, że porozumienia, do których stosuje się wyłączenie grupowe, nie umożliwiają

uczestniczącym w nich przedsiębiorstwom eliminowania konkurencji w przypadku znacznej części przedmiotowych produktów.

(16) W szczególnych przypadkach, w których porozumienia wchodzące w zakres niniejszego rozporządzenia wywołują jednak skutki niezgodne z art. 81 ust. 3 Traktatu, Komisja powinna mieć możliwość wycofania korzyści wyłączenia grupowego. Może to nastąpić w szczególności w przypadku, gdy motywacja do działań innowacyjnych zmniejsza się lub w przypadku, gdy dostęp do rynków jest utrudniony.

(17) Rozporządzenie Rady (WE) nr 1/2003 z dnia 16 grudnia 2002 r. w sprawie wprowadzenia w życie reguł konkurencji ustanowionych w art. 81 i 82 Traktatu⁵ upoważnia właściwe organy Państw Członkowskich do wycofywania korzyści wyłączenia grupowego w odniesieniu do porozumień o transferze technologii wywołujących skutki niezgodne z art. 81 ust. 3 w przypadku, gdy tego rodzaju skutki są odczuwane na ich odnośnym terytorium lub na jego części oraz w przypadku, gdy tego rodzaju terytorium ma właściwości geograficznie wydzielonego rynku. Państwa Członkowskie muszą gwarantować, że wykonanie tego prawa do wycofania nie narusza jednolitego stosowania na wspólnym rynku wspólnotowych reguł konkurencji lub całkowitego skutku działania środków przyjętych w celu urzeczywistnienia tych reguł.

(18) W celu wzmocnienia nadzoru nad równoległymi sieciami porozumień o transferze technologii, które wywołują podobne skutki ograniczające i obejmują więcej niż 50% danego rynku, Komisja powinna mieć możliwość uznania, że niniejszego rozporządzenia nie stosuje się do porozumień o transferze technologii, zawierających specjalne ograniczenia odnoszące się do danego rynku, tym samym przywracając pełne zastosowanie art. 81 do takich porozumień.

(19) Niniejsze rozporządzenie powinno obejmować jedynie porozumienia o transferze technologii między licencjodawcą a licencjobiorcą. Powinno obejmować tego rodzaju porozumienia nawet wówczas, gdy przewidziane są warunki w odniesieniu do więcej niż jednego poziomu obrotu, poprzez, na przykład, postawienie wymogu wobec licencjobiorcy, aby utworzył szczególny system dystrybucji, oraz określenie zobowiązań, jakie licencjobiorca musi lub może nałożyć na podmioty odsprzedające produkty wytworzone w oparciu o licencję. Jednakże przy tego rodzaju warunkach i zobowiązaniach należy przestrzegać zasad konkurencji mających zastosowanie do porozumień dotyczących dostaw i dystrybucji. W ramach niniejszego rozporządzenia nie powinno się wyłączać porozumień dotyczących dostaw i dystrybucji zawartych między licencjobiorcą a jego nabywcami.

(20) Niniejsze rozporządzenie pozostaje bez uszczerbku dla zastosowania art. 82 Traktatu,
PRZYJMUJE NINIEJSZE ROZPORZĄDZENIE:

Artykuł 1 **Definicje**

1. Dla celów niniejszego rozporządzenia stosuje się następujące definicje:

- a) „porozumienie” oznacza porozumienie, decyzję związku przedsiębiorstw lub uzgodnioną praktykę;
- b) „porozumienie o transferze technologii” oznacza porozumienie licencyjne na korzystanie z patentu, porozumienie licencyjne na korzystanie z know-how, porozumienie licencyjne na korzystanie z prawa autorskiego do oprogramowania lub mieszane porozumienie licencyjne na korzystanie z patentu, know-how lub prawa autorskiego do oprogramowania, w tym każde tego rodzaju porozumienie zawierające postanowienia odnoszące się do sprzedaży i kupna produktów lub odnoszące się do udzielania licencji na korzystanie z innych praw własności intelektualnej lub przeniesienie praw własności intelektualnej, pod warunkiem że te postanowienia nie stanowią zasadniczego przedmiotu porozumienia i że są bezpośrednio związane z wytwarzaniem produktów objętych umową; za porozumienia o transferze technologii uznaje się również przeniesienie patentów, know-how, praw autorskich do oprogramowania lub połączenie tych elementów, z zastrzeżeniem, że część ryzyka związanego z wykorzystaniem technologii ponosi nadal cedent, w szczególności w przypadku gdy kwota płatna w związku z przeniesieniem zależy od obrotu uzyskanego przez cesjonariusza w zakresie produktów wytworzonych z zastosowaniem cedowanej technologii, od ilości tego rodzaju produktów wytworzonych lub od liczby wykonanych czynności z wykorzystaniem danej technologii;

⁵ Dz.U. L 1 z 4.1.2003, s. 1. Rozporządzenie zmienione rozporządzeniem (WE) nr 411/2004 (Dz.U. L 68 z 6.3.2004, s. 1).

- c) „porozumienie wzajemne” oznacza porozumienie o transferze technologii, w przypadku gdy dwa przedsiębiorstwa udzielają sobie, w tych samych lub w oddzielnych umowach, licencji na korzystanie z patentu, licencji na korzystanie z know-how, licencji na korzystanie z praw autorskich do oprogramowania lub licencji mieszanej na korzystanie z patentu, know-how lub z praw autorskich do oprogramowania oraz w przypadku gdy licencje te dotyczą technologii konkurencyjnych, lub w przypadku gdy mogą być wykorzystane do wytwarzania produktów konkurencyjnych;
- d) „porozumienie jednokierunkowe” oznacza porozumienie o transferze technologii, w przypadku gdy jedno przedsiębiorstwo udziela drugiemu licencji na korzystanie z patentu, licencji na korzystanie z know-how, licencji na korzystanie z praw autorskich do oprogramowania lub licencji mieszanej na korzystanie z patentu, know-how lub praw autorskich do oprogramowania, albo w przypadku gdy dwa przedsiębiorstwa udzielają sobie tego rodzaju licencji, lecz wszystkie te licencje nie dotyczą konkurencyjnych technologii i nie mogą być wykorzystane do wytwarzania produktów konkurencyjnych;
- e) „produkt” oznacza towar lub usługę, w tym zarówno towary i usługi w toku, jak i towary i usługi gotowe;
- f) „produkty objęte umową” oznaczają produkty wytworzone z wykorzystaniem technologii licencjonowanej;
- g) „prawa własności intelektualnej” obejmują prawa własności przemysłowej, prawo autorskie i prawa pokrewne;
- h) „patenty” oznaczają patenty, wnioski o udzielenie patentu, wzory użytkowe, wnioski o rejestrację wzorów użytkowych, projekty, topografie układów scalonych, dodatkowe świadectwa ochronne dla produktów leczniczych lub innych produktów, w odniesieniu do których można uzyskać tego rodzaju dodatkowe świadectwa ochronne, oraz świadectwa dla hodowców roślin;
- i) „know-how” oznacza pakiet nieopatentowanych informacji praktycznych, wynikających z doświadczenia i badań, które są:
- i) niejawne, czyli nie są powszechnie znane lub łatwo dostępne,
 - ii) istotne, czyli ważne i użyteczne z punktu widzenia wytwarzania produktów objętych umową, oraz
 - iii) zidentyfikowane, czyli opisane w wystarczająco zrozumiały sposób, aby można było sprawdzić, czy spełniają kryteria niejawności i istotności;
- j) „przedsiębiorstwa konkurujące” oznaczają przedsiębiorstwa, które konkurują na rynku odnośnej technologii i/lub na właściwym rynku asortymentowym, czyli:
- i) przedsiębiorstwa konkurujące na rynku odnośnej technologii, będące przedsiębiorstwami udzielającymi licencji na technologie konkurencyjne bez wzajemnego naruszania swoich praw własności intelektualnej (faktyczni konkurenci na rynku technologii); rynek odnośnej technologii obejmuje technologie uznawane przez licencjobiorców za zamienne lub substytucyjne w stosunku do technologii licencjonowanej, ze względu na właściwości danych technologii, opłaty licencyjne z nimi związane oraz ich zamierzonego zastosowania,
 - ii) przedsiębiorstwa konkurujące na właściwym rynku asortymentowym, będące przedsiębiorstwami, które wobec braku porozumienia o transferze technologii, działają na właściwym(-ych) rynku(-ach) asortymentowym(-ych) lub na rynku(-ach) geograficznie wydzielonym(-ych), gdzie dane produkty objęte umową są sprzedawane, bez wzajemnego naruszania praw własności intelektualnej (faktyczni konkurenci na rynku danego produktu) lub które, z przyczyn realistycznych, poniosłyby konieczne inwestycje dodatkowe lub inne koszty związane z przekształceniem, tak aby we właściwym czasie, bez wzajemnego naruszania praw własności intelektualnej, mogły wejść na dany rynek (dane rynki) produktu oraz rynek(-ki) geograficznie wydzielony(-e) w reakcji na niewielki i stały wzrost cen względnych (potencjalni konkurenci na rynku asortymentowym); właściwy rynek asortymentowy obejmuje produkty uznane przez nabywców za zamienne lub substytucyjne w stosunku do produktów objętych umową, ze względu na właściwości produktów, ich ceny i zamierzone zastosowanie;
- k) „system selektywnej dystrybucji” oznacza system dystrybucji, w którym licencjodawca zobowiązuje się do udzielenia licencji na wytwarzanie produktów objętych umową jedynie licencjobiorcom wybranym na podstawie określonych kryteriów i w którym ci licencjobiorcy zobowiązują się do niesprzedawania produktów objętych umową nieautoryzowanym dystrybutorom;
- l) „terytorium wyłączne” oznacza terytorium, na którym tylko jednemu przedsiębiorstwu wolno wytwarzać produkty objęte umową, z wykorzystaniem technologii licencjonowanej, bez uszczerbku dla możliwości udzielenia zezwolenia na wymienionym terytorium innemu licencjobiorcy na wytwarzanie produktów

objętych umową jedynie dla konkretnego klienta, w przypadku gdy ta druga licencja została udzielona w celu utworzenia alternatywnego źródła dostaw dla tego klienta;

m) „wyłączna grupa klientów” oznacza taką grupę klientów, której tylko jednemu przedsiębiorstwu wolno czynnie sprzedawać produkty objęte umową, wytworzone z wykorzystaniem technologii licencjonowanej;

n) „usprawienie dające się wydzielić” oznacza usprawienie, które może być wykorzystane bez naruszania technologii licencjonowanej.

2. Określenia „przedsiębiorstwo”, „licencjodawca” i „licencjobiorca” obejmują ich odpowiednie przedsiębiorstwa powiązane.

„Przedsiębiorstwami powiązаныmi” są:

a) przedsiębiorstwa, w których strona porozumienia bezpośrednio lub pośrednio:

i) korzysta z prawa do więcej niż połowy głosów, lub

ii) ma prawo do powołania więcej niż połowy członków rady nadzorczej, zarządu lub organów prawnie reprezentujących przedsiębiorstwo, lub

iii) ma prawo zarządzania sprawami przedsiębiorstwa;

b) przedsiębiorstwa, które bezpośrednio lub pośrednio posiadają, wobec strony porozumienia, prawa lub uprawnienia wymienione w lit. a);

c) przedsiębiorstwa, w których przedsiębiorstwo określone w lit. b) posiada, bezpośrednio lub pośrednio, prawa lub uprawnienia wymienione w lit. a);

d) przedsiębiorstwa, w których strona porozumienia wraz z jednym lub więcej przedsiębiorstwami określonymi w lit. a), b) lub c) lub w których dwa lub więcej z tych ostatnich przedsiębiorstw wspólnie posiadają prawa lub uprawnienia wymienione w lit. a);

e) przedsiębiorstwa, w których prawa lub uprawnienia wymienione w lit. a) posiadają wspólnie:

i) strony porozumienia lub odpowiednio ich przedsiębiorstwa powiązane określone w lit. a)–d), lub

ii) jedna lub więcej ze stron porozumienia albo jedno lub więcej z ich przedsiębiorstw powiązanych określonych w lit. a)–d) oraz jedna lub więcej stron trzecich.

Artykuł 2 **Wyłączenie**

Na mocy art. 81 ust. 3 Traktatu oraz z zastrzeżeniem przepisów niniejszego rozporządzenia uznaje się, że art. 81 ust. 1 Traktatu nie ma zastosowania do porozumień o transferze technologii zawartych pomiędzy dwoma przedsiębiorstwami, zezwalających na wytwarzanie produktów objętych umową.

Niniejsze wyłączenie stosuje się w zakresie, w jakim takie porozumienia zawierają ograniczenia konkurencji wchodzące w zakres art. 81 ust. 1. Wyłączenie stosuje się do momentu, w którym upływa, wygasa lub zostaje unieważnione prawo własności intelektualnej w technologii licencjonowanej lub, w przypadku know-how, tak długo, jak długo know-how pozostaje niejawne, z wyjątkiem sytuacji, w której know-how staje się publicznie znane w wyniku działania licencjobiorcy, przy czym w takim przypadku wyłączenie stosuje się w okresie ważności porozumienia.

Artykuł 3 **Progi udziału w rynku**

1. W przypadku gdy przedsiębiorstwa będące stronami porozumienia są przedsiębiorstwami konkurującymi, wyłączenie przewidziane w art. 2 stosuje się pod warunkiem, że łączny udział stron w rynku nie przekracza 20% na właściwym omawianym rynku asortymentowym i technologii.

2. W przypadku gdy przedsiębiorstwa będące stronami porozumienia nie są przedsiębiorstwami konkurującymi, wyłączenie przewidziane w art. 2 stosuje się pod warunkiem, że udział każdej ze stron w rynku nie przekracza 30% na właściwym omawianym rynku asortymentowym i technologii.

3. Dla celów ust. 1 i 2 udział strony w rynku(-ach) odnośnej technologii określa się z punktu widzenia występowania technologii licencjonowanej na właściwym(-ych) rynku(-ach) asortymentowym(-ych). Udział licencjodawcy w rynku odnośnej technologii jest połączonym udziałem produktów objętych umową, wytworzonych przez licencjodawcę i jego licencjobiorców, we właściwym rynku asortymentowym.

Artykuł 4 **Ograniczenia podstawowe**

1. W przypadku gdy przedsiębiorstwa będące stronami porozumienia są przedsiębiorstwami konkurującymi, wyłączenie przewidziane w art. 2 nie ma zastosowania do porozumień, które bezpośrednio lub pośrednio, oddzielnie lub w połączeniu z innymi czynnikami pod kontrolą stron, mają na celu:

- a) ograniczenie zdolności strony do ustalania cen przy sprzedaży stronom trzecim,
 - b) ograniczenie wytwarzania, z wyjątkiem ograniczeń w zakresie wytwarzania produktów objętych umową, nałożone na licencjodawcę w porozumieniu „jednokierunkowym” lub nałożone jedynie na jednego z licencjodawców w porozumieniu wzajemnym;
 - c) podział rynków lub klientów, z wyjątkiem:
 - i) zobowiązania licencjodawcy(-ów) do wytwarzania z wykorzystaniem technologii licencjonowanej tylko w jednej lub więcej technicznych dziedzinach zastosowań lub na jednym lub więcej rynkach produktu,
 - ii) zobowiązania licencjodawcy i/lub licencjodawcy, w porozumieniu „jednokierunkowym”, do niewytwarzania z wykorzystaniem technologii licencjonowanej tylko w jednej lub więcej technicznych dziedzinach zastosowań lub na jednym lub więcej rynkach produktu, lub na jednym lub więcej wyłącznych terytoriach zastrzeżonych dla drugiej strony,
 - iii) zobowiązania licencjodawcy do nieudzielania licencji na korzystanie z technologii innemu licencjodawcy na konkretnym terytorium,
 - iv) ograniczenia przez licencjodawcę i/lub licencjodawcę, w porozumieniu „jednokierunkowym”, sprzedaży czynnej i/lub biernej na wyłącznym terytorium lub wyłącznej grupie klientów zastrzeżonej dla drugiej strony,
 - v) ograniczenia przez licencjodawcę, w porozumieniu „jednokierunkowym”, sprzedaży czynnej na wyłącznym terytorium lub wyłącznej grupie klientów, które zostały przydzielone przez licencjodawcę innemu licencjodawcy, o ile ten ostatni nie był przedsiębiorstwem konkurującym wobec licencjodawcy w momencie zawierania jego własnego porozumienia licencyjnego,
 - vi) zobowiązania licencjodawcy do wytwarzania produktów objętych umową jedynie na jego własny użytek, pod warunkiem że nie ma ograniczeń dla licencjodawcy w zakresie czynnej i biernej sprzedaży produktów objętych umową jako części zapasowych dla jego własnych produktów,
 - vii) zobowiązania licencjodawcy, w porozumieniu „jednokierunkowym”, do wytwarzania produktów objętych umową jedynie dla konkretnego klienta, w przypadku gdy licencja została udzielona w celu utworzenia alternatywnego źródła dostaw dla tego klienta;
 - d) ograniczenie zdolności licencjodawcy do wykorzystywania jego własnej technologii lub ograniczenie zdolności którejkolwiek ze stron porozumienia do prowadzenia działań w zakresie badań i rozwoju, chyba że to ostatnie ograniczenie jest niezbędne, aby zapobiec ujawnieniu licencjonowanego know-how wobec stron trzecich.
2. W przypadku gdy przedsiębiorstwa będące stronami porozumienia nie są przedsiębiorstwami konkurującymi, wyłączenie przewidziane w art. 2 nie ma zastosowania do porozumień, które bezpośrednio lub pośrednio, oddzielnie lub w połączeniu z innymi czynnikami pod kontrolą stron, mają na celu:
- a) ograniczenie zdolności strony do ustalania cen przy sprzedaży produktów objętych umową stronom trzecim, bez uszczerbku dla możliwości wyznaczania najwyższej ceny sprzedaży lub wskazywania ceny sprzedaży, pod warunkiem że nie jest to równoznaczne ze stałą lub najniższą ceną sprzedaży określaną w wyniku nacisku którejkolwiek ze stron lub zachęt proponowanych przez którąkolwiek ze stron;
 - b) ograniczenie terytorium lub klientów, na które lub którym licencjodawca może biernie sprzedawać produkty objęte umową, z wyjątkiem:
 - i) ograniczenia sprzedaży biernej na wyłącznym terytorium lub wyłącznej grupie klientów, które są zastrzeżone dla licencjodawcy;
 - ii) ograniczenia sprzedaży biernej na wyłącznym terytorium lub wyłącznej grupie klientów, które zostały przydzielone przez licencjodawcę innemu licencjodawcy w ciągu pierwszych dwóch lat, podczas których ten inny licencjodawca sprzedaje produkty objęte umową na danym terytorium lub danej grupie klientów;
 - iii) zobowiązania do wytwarzania produktów objętych umową jedynie na swój własny użytek, pod warunkiem że nie ma ograniczeń dla licencjodawcy w zakresie czynnej i biernej sprzedaży produktów objętych umową jako części zapasowych dla jego własnych produktów;

- iv) zobowiązania do wytwarzania produktów objętych umową jedynie dla konkretnego klienta, w przypadku gdy licencja ta została udzielona w celu utworzenia alternatywnego źródła dostaw dla tego klienta;
 - v) ograniczenia sprzedaży odbiorcom końcowym przez licencjobiorcę działającego na poziomie sprzedaży hurtowej;
 - vi) ograniczenia sprzedaży nieautoryzowanym dystrybutorom przez uczestników systemu selektywnej dystrybucji;
 - c) ograniczenie sprzedaży czynnej lub biernej odbiorcom końcowym przez licencjobiorcę będącego uczestnikiem systemu selektywnej dystrybucji i działającemu na poziomie sprzedaży detalicznej, bez uszczerbku dla możliwości zakazywania uczestnikowi systemu prowadzenia działalności z nieuprawnionego miejsca.
3. W przypadku gdy przedsiębiorstwa będące stronami porozumienia nie są przedsiębiorstwami konkurującymi w momencie zawierania porozumienia lecz stają się później przedsiębiorstwami konkurującymi, stosuje się ust. 2, a nie ust. 1 w całym okresie obowiązywania porozumienia, chyba że porozumienie jest następnie zmienione w istotnym zakresie.

Artykuł 5 **Ograniczenia wykluczone**

1. Wyłączenie przewidziane w art. 2 nie ma zastosowania do następujących zobowiązań zawartych w porozumieniach o transferze technologii:
- a) wszelkie bezpośrednie lub pośrednie zobowiązanie licencjobiorcy do udzielania wyłącznej licencji na rzecz licencjodawcy lub na rzecz strony trzeciej wyznaczonej przez licencjodawcę, na korzystanie z własnych usprawnień dających się wydzielić z technologii licencjonowanej lub z własnych nowych zastosowań tej technologii, opracowanych przez licencjobiorcę;
 - b) wszelkie bezpośrednie lub pośrednie zobowiązanie licencjobiorcy do przeniesienia, w całości lub w części, na licencjodawcę lub na stronę trzecią wyznaczoną przez licencjodawcę, praw do własnych usprawnień dających się wydzielić z technologii licencjonowanej lub do własnych nowych zastosowań tej technologii, opracowanych przez licencjobiorcę;
 - c) wszelkie bezpośrednie lub pośrednie zobowiązanie licencjobiorcy do niekwestionowania ważności praw własności intelektualnej, które licencjodawca ma na wspólnym rynku, bez uszczerbku dla możliwości uwzględnienia wypowiedzenia porozumienia o transferze technologii w razie kwestionowania przez licencjobiorcę ważności jednego lub więcej licencjonowanych praw własności intelektualnej.
2. W przypadku gdy przedsiębiorstwa będące stronami porozumienia nie są przedsiębiorstwami konkurującymi, wyłączenie przewidziane w art. 2 nie ma zastosowania do żadnego bezpośredniego lub pośredniego zobowiązania ograniczającego zdolność licencjobiorcy do wykorzystywania jego własnej technologii lub ograniczającego zdolność którejkolwiek ze stron porozumienia do prowadzenia działań w zakresie badań i rozwoju, chyba że to ostatnie ograniczenie jest niezbędne aby zapobiec ujawnieniu licencjonowanego know-how wobec stron trzecich.

Artykuł 6 **Wycofanie w przypadkach indywidualnych**

1. Zgodnie z art. 29 ust. 1 rozporządzenia (WE) nr 1/2003 Komisja może cofnąć korzyść wynikającą z niniejszego rozporządzenia, jeśli uzna, że w jakimkolwiek szczególnym przypadku, że porozumienie o transferze technologii, do którego stosuje się wyłączenie przewidziane w art. 2, wywołuje jednak skutki niezgodne z art. 81 ust. 3 Traktatu, w szczególności w przypadku, gdy:
- a) dostęp technologii stron trzecich do rynku jest ograniczony, na przykład ze względu na kumulacyjne skutki równoległych sieci podobnych restrykcyjnych porozumień zakazujących licencjobiorcom stosowania technologii stron trzecich;
 - b) dostęp potencjalnych licencjobiorców do rynku jest ograniczony, na przykład ze względu na kumulacyjne skutki równoległych sieci podobnych restrykcyjnych porozumień zakazujących licencjodawcom udzielania licencji innym licencjobiorcom;
 - c) strony nie wykorzystują technologii licencjonowanej, bez żadnego obiektywnie uzasadnionego powodu.
2. W razie, gdy w jakimkolwiek przypadku porozumienie o transferze technologii, do którego stosuje się wyłączenie przewidziane w art. 2, wywołuje skutki niezgodne z art. 81 ust. 3 Traktatu, na terytorium

Państwa Członkowskiego lub w jego części mającej właściwości geograficznie wydzielonego rynku, urząd ds. konkurencji w danym Państwie Członkowskim może cofnąć korzyści wynikające z niniejszego rozporządzenia, w zastosowaniu art. 29 ust. 2 rozporządzenia (WE) nr 1/2003, w odniesieniu do danego terytorium, w takich samych okolicznościach, jakie zostały określone w ust. 1 niniejszego artykułu.

Artykuł 7

Niestosowanie niniejszego rozporządzenia

1. Na mocy art. 1a rozporządzenia nr 19/65/EWG Komisja może w drodze rozporządzenia oświadczyć, że w przypadku gdy równoległe sieci podobnych porozumień o transferze technologii obejmują więcej niż 50% właściwego rynku, niniejsze rozporządzenie nie ma zastosowania do porozumień o transferze technologii zawierających szczególne ograniczenia odnoszące się do tego rynku.
2. Rozporządzenia na mocy ust. 1 nie stosuje się wcześniej niż sześć miesięcy po jego przyjęciu.

Artykuł 8

Stosowanie progów udziału w rynku

1. Do celów stosowania progów udziałów w rynku przewidzianych w art. 3 stosuje się zasady określone w niniejszym ustępie.

Udział w rynku wylicza się na podstawie danych dotyczących wartości sprzedaży rynkowej. Jeżeli dane dotyczące wartości sprzedaży rynkowej nie są dostępne, przy ustalaniu udziału przedmiotowych przedsiębiorstw w rynku można stosować oszacowania oparte na innych wiarygodnych informacjach rynkowych, w tym dotyczących wielkości sprzedaży rynkowej.

Udział w rynku wylicza się na podstawie danych odnoszących się do poprzedniego roku kalendarzowego.

Udział przedsiębiorstwa w rynku, o którym mowa w art. 1 ust. 2 akapit drugi lit. e), zalicza się w częściach równych każdemu przedsiębiorstwu dysponującemu prawami lub uprawnieniami wymienionymi w art. 1 ust. 2 akapit drugi lit. a).

2. Jeżeli udział w rynku, o którym mowa w art. 3 ust. 1 lub 2, początkowo nie przekracza odpowiednio 20% lub 30%, ale następnie rośnie ponad te progi, wyłączenie przewidziane w art. 2 stosuje się nadal przez okres dwóch kolejnych lat kalendarzowych następujących poroku, w którym próg, odpowiednio, 20% lub 30% został przekroczony po raz pierwszy.

Artykuł 9

Uchylenie

Rozporządzenie (EWG) nr 240/96 traci moc.

Odesłania do uchylonego rozporządzenia są traktowane jak odesłania do niniejszego rozporządzenia.

Artykuł 10

Okres przejściowy

Zakaz określony w art. 81 ust. 1 Traktatu nie ma zastosowania w okresie od dnia 1 maja 2004 r. do dnia 31 marca 2006 r. w odniesieniu do porozumień będących w mocy w dniu 30 kwietnia 2004 r., które nie spełniają warunków wyłączenia przewidzianego w niniejszym rozporządzeniu, ale które, w dniu 30 kwietnia 2004 r., spełniają warunki wyłączenia przewidziane w rozporządzeniu (WE) nr 240/96.

Artykuł 11

Okres ważności

Niniejsze rozporządzenie wchodzi w życie w dniu 1 maja 2004 r.

Niniejsze rozporządzenie traci moc z dniem 30 kwietnia 2014 r.

Niniejsze rozporządzenie wiąże w całości i jest bezpośrednio stosowane we wszystkich Państwach Członkowskich.

Sporządzono w Brukseli, dnia 7 kwietnia 2004 r.

W imieniu Komisji

Mario Monti

Członek Komisji

Obwieszczenie Komisji
Wytyczne dotyczące stosowania art. 81 Traktatu Wspólnot Europejskich
do porozumień o transferze technologii
(2004/C 101/02)

(Dz. U. UE 2004 C 101/2)*

I. WSTĘP

1. Niniejsze wytyczne określają zasady oceny porozumień o transferze technologii na podstawie art. 81 TWE. Porozumienia o transferze technologii dotyczą licencjonowania technologii w sytuacji, gdzie licencjodawca zezwala licencjobiorcy na wykorzystanie licencjonowanej technologii do wytwarzania dóbr i usług, zgodnie z definicją art. 1(1)(b) Rozporządzenia Komisji (WE) nr 772/2004 w sprawie stosowania art. 81(3) Traktatu do kategorii porozumień o transferze technologii (TTBER)⁶.
2. Celem niniejszych wytycznych jest zapewnienie pomocy w zakresie stosowania TTBER oraz stosowania art. 81 do porozumień o transferze technologii, które leżą poza zakresem TTBER. TTBER oraz wytyczne nie wykluczają ewentualnego równoległego zastosowania art. 82 TWE do umów licencyjnych⁷.
3. Standardy określone w niniejszych wytycznych należy stosować w świetle okoliczności specyficznych dla danego przypadku. Wyklucza to stosowanie mechaniczne. Każdy przypadek należy oceniać na podstawie dostępnych faktów a wytyczne powinny być stosowane w sposób rozsądny i elastyczny. Podane przykłady służą wyłącznie jako ilustracja problemu i nie są w żaden sposób wyczerpujące. Komisja będzie analizować funkcjonowanie TTBER oraz wytycznych w nowym systemie egzekwowania utworzonym przez Rozporządzenie 1/2003⁸, aby rozważyć konieczność wprowadzenia zmian.
4. Niniejsze wytyczne nie wykluczają interpretacji art. 81 TWE oraz TTBER, których może dokonać Trybunał Sprawiedliwości oraz Sąd Pierwszej Instancji.

II. ZASADY OGÓLNE

1. Artykuł 81 oraz prawa własności intelektualnej

5. Celem art. 81 jako całości jest ochrona konkurencji na rynku w celu promowania dobrobytu konsumentów oraz efektywnej alokacji zasobów. Art. 81(1) zakazuje wszelkich porozumień i uzgodnionych praktyk pomiędzy przedsiębiorstwami oraz decyzji związków przedsiębiorstw⁹, które mogą wpływać na handel pomiędzy Państwami Członkowskimi¹⁰ oraz których celem lub skutkiem jest eliminacja, ograniczenie lub zniekształcenie konkurencji¹¹. Wyjątkiem od tej reguły jest art. 81(3), który stanowi, że zakaz zawarty w art. 81(1) może zostać uznany za nie mający zastosowania w przypadku porozumień pomiędzy przedsiębiorstwami, które przyczyniają się do poprawy produkcji lub dystrybucji produktów lub promowania postępu technicznego lub ekonomicznego, jednocześnie umożliwiając konsumentom sprawiedliwy udział w wynikających korzyściach oraz nie nakładając ograniczeń nie będących niezbędnymi do uzyskania tych celów oraz które nie nadają takim przedsiębiorstwom możliwości wyeliminowania konkurencji w odniesieniu do znaczącej części produktów, o których mowa.
6. Przepisy dotyczące własności intelektualnej nadają wyłączne prawa posiadaczom patentów, praw autorskich, praw do wzorów przemysłowych, znaków towarowych i innych prawnie chronionych praw.

* Niniejsze tłumaczenia nie ma statusu tłumaczenia oficjalnego, ale zostało ono zweryfikowane przez D. Miąsika i A. Warzybok.

⁶ Dz. U. L 123, 27.4.2004. TTBER zastępuje Rozporządzenie Komisji (WE) nr 240/96 z dnia 31 stycznia 1996 dotyczące zastosowania art. 85(3) Traktatu do pewnych kategorii porozumień o transferze technologii (Dz. U. L 31, 9.2.1996, s. 2).

⁷ Patrz połączone sprawy C-395/96 P i C-396/96 P, *Compagnie Maritime Belge*, [2000] ECR I-1365, paragraf 130, oraz paragraf 106 Wytycznych Komisji w sprawie zastosowania art. 81(3) Traktatu, jeszcze nie opublikowany.

⁸ Rozporządzenie Komisji (WE) Nr 1/2003 w sprawie wdrożenia zasad konkurencji określonych w art. 81 i 82 Traktatu (Dz. U. L 1, 4.1.2003, s. 1).

⁹ W następujących punktach wyrażenie „porozumienie” obejmuje uzgodnione praktyki i decyzje związków przedsiębiorstw.

¹⁰ Patrz Obwieszczenie Komisji w sprawie koncepcji skutków dla handlu pomiędzy Państwami Członkowskimi zawartych w art. 81 i 82 Traktatu, jeszcze nie opublikowane.

¹¹ W poniższych punktach termin „ograniczenie” dotyczy eliminowania i zniekształcenia konkurencji.

Posiadacz prawa własności intelektualnej jest uprawniony, na mocy przepisów o własności intelektualnej, do zapobiegania nieupoważnionemu użyciu swoich praw intelektualnych oraz do wykorzystania ich, między innymi, poprzez ich licencjonowanie osobom trzecim. Po wprowadzeniu produktu inkorporującego prawo własności intelektualnej do obrotu na rynku wewnętrznym EOG przez posiadacza prawa lub za jego zgodą, prawo własności intelektualnej zostaje wyczerpane w znaczeniu, w jakim posiadacz prawa nie może już wykorzystywać go do kontrolowania sprzedaży produktu¹² (zasada wspólnotowego wyczerpania prawa). Uprawniony do danego prawa nie może, na mocy przepisów o własności intelektualnej, uniemożliwiać sprzedaży przez licencjodawców lub nabywców takich produktów, które inkorporują licencjonowaną technologię¹³. Zasada wspólnotowego wyczerpania prawa jest zgodna z zasadniczą funkcją praw własności intelektualnej, która udziela posiadaczowi prawo do wyłączenia osób trzecich z eksploatacji swoich praw własności intelektualnej bez zgody posiadacza.

7. Fakt, iż przepisy o własności intelektualnej przyznają wyłączne prawo do eksploatacji, nie oznacza, że prawa własności intelektualnej są wyłączone z interwencji przepisów dotyczących konkurencji. Artykuły 81 i 82 w szczególności mają zastosowanie do umów, na mocy których posiadacz praw udziela innemu przedsiębiorstwu licencji na wykorzystanie swoich praw własności intelektualnej¹⁴. Ten fakt nie oznacza także, że występuje inherentny konflikt pomiędzy przepisami o własności intelektualnej a wspólnotowymi zasadami konkurencji. Wręcz przeciwnie, obie dziedziny prawa dzielą te same podstawowe cele promowania dobrobytu konsumenta oraz efektywnej alokacji zasobów. Innowacja stanowi niezbędny i dynamiczny składnik otwartej i konkurencyjnej gospodarki rynkowej. Prawa własności intelektualnej promują dynamiczną konkurencję, zachęcając przedsiębiorstwa do inwestowania w rozwój nowych lub ulepszonych produktów i procesów. Podobnie ma się rzecz z konkurencją, która wywiera na przedsiębiorstwa presję wymuszającą na nich innowacje. Zatem zarówno prawa własności intelektualnej jak i konkurencja są niezbędne do promowania innowacji i zapewniania jej konkurencyjnego wykorzystania.

8. Przy ocenie umów licencyjnych zgodnie z art. 81 należy pamiętać, że tworzenie praw własności intelektualnej często wiąże się z istotnymi nakładami i często jest to ryzykowne przedsięwzięcie. Aby nie zmniejszać dynamicznej konkurencji oraz utrzymać zachęty do innowacji, nie wolno niesłusznie ograniczać innowatora w zakresie wykorzystania praw własności intelektualnej, które okażą się wartościowe. Z tych powodów innowator powinien zazwyczaj mieć swobodę domagania się wynagrodzenia za udane projekty, które będzie wystarczające do utrzymania zachęt do inwestowania, przy uwzględnieniu projektów nieudanych. Licencjonowanie technologii może także wymagać od licencjodawcy poniesienia znacznych nakładów utopionych w licencjonowaną technologię oraz środki produkcji konieczne do jej wykorzystania. Art. 81 nie może być stosowany bez uwzględnienia takich nakładów ex ante poniesionych przez strony oraz związanych z nimi ryzyk. Ryzyko stojące przed stronami oraz nakłady utopione, jakie należy ponieść, mogą zatem oznaczać, że umowa nie mieści się w zakresie art. 81(1) lub spełnia warunki art. 81(3), w zależności od przypadku, przez okres czasu konieczny do odzyskania nakładów.

9. W zakresie oceny umów licencyjnych z przepisami art. 81 istniejące ramy analityczne są dostatecznie elastyczne, by uwzględniać dynamiczne aspekty licencjonowania technologii. Nie ma domniemania, że prawa własności intelektualnej oraz umowy licencyjne jako takie powodują problemy z konkurencją. Większość umów licencyjnych nie ogranicza konkurencji i tworzy warunki sprzyjające konkurencji. W rzeczy samej, licencjonowanie jako takie sprzyja konkurencji, ponieważ prowadzi do rozpowszechniania technologii i promuje innowacje. Ponadto nawet umowy licencyjne, które ograniczają konkurencję, mogą często tworzyć sytuacje sprzyjające konkurencji, które należy rozważyć w świetle art. 81(3) i zrównoważyć w stosunku do negatywnych skutków dla konkurencji¹⁵. Zdecydowana większość umów licencyjnych jest zatem zgodna z art. 81.

¹² Ta zasada wspólnotowego wyczerpania prawa na przykład została ujęta w art. 7(1) Dyrektywy 104/89/EWG w sprawie zbliżenia przepisów Państw Członkowskich dotyczących znaków towarowych (Dz. U. L 40 11.2.1989, s. 1), która stanowi, że znak towarowy nie będzie uprawniał właściciela do zakazania jego użycia w odniesieniu do towarów, które zostały wprowadzone na rynek wspólnotowy pod tym znakiem towarowym przez właściciela lub za jego zgodą.

¹³ Z drugiej strony, sprzedaż kopii dzieła chronionego nie prowadzi do wyczerpania praw do odtwarzania, w tym prawa do wypożyczania dzieła, patrz wyrok w sprawie 158/86, *Warner Brothers i Metronome Video*, [1988] ECR 2605, oraz wyrok w sprawie C-61/97, *Foreningen af danske videogramdistributører*, [1998] ECR I-5171.

¹⁴ Patrz np. wyrok w połączonych sprawach 56/64 i 58/64, *Consten i Grundig*, [1966] ECR 429.

¹⁵ Metodologia zastosowania art. 81(3) została określona w Wytycznych Komisji dotyczących stosowania art. 81(3) Traktatu, o których mowa w przypisie 2.

2. Ogólne ramy stosowania artykułu 81

10. Art. 81(1) zakazuje umów, których celem lub skutkiem jest ograniczenie konkurencji. Art. 81(1) dotyczy zarówno ograniczeń konkurencji pomiędzy stronami umowy jak i ograniczeń konkurencji pomiędzy którąkolwiek ze stron i osobami trzecimi.

11. Ocena, czy umowa licencyjna ogranicza konkurencję, należy sporządzić z uwzględnieniem aktualnego kontekstu występowania konkurencji w przypadku braku umowy z jej domniemanymi ograniczeniami¹⁶. Przy sporządzaniu tej oceny konieczne jest uwzględnienie prawdopodobnego wpływu umowy na konkurencję pomiędzy technologiami (tj. konkurencję pomiędzy przedsiębiorstwami stosującymi konkurencyjną technologię) oraz na konkurencję w ramach danej technologii (tj. konkurencję pomiędzy przedsiębiorstwami stosującymi tę samą technologię)¹⁷. Art. 81(1) zakazuje ograniczeń konkurencji pomiędzy technologiami oraz w ramach danej technologii. Zatem konieczna jest ocena, w jakim zakresie umowa wpływa lub może wpływać na te dwa aspekty konkurencji na rynku.

12. Następujące dwa zagadnienia tworzą ramy przydatne do sporządzania takiej oceny. Pierwsze pytanie dotyczy wpływu umowy na konkurencję pomiędzy technologiami, podczas gdy drugie pytanie dotyczy wpływu umowy na konkurencję w ramach danej technologii. Ponieważ ograniczenia mogą wpływać zarówno na konkurencję pomiędzy technologiami, jak i na konkurencję w ramach danej technologii jednocześnie; może być konieczne analizowanie ograniczenia w świetle obu tych kwestii, zanim będzie można stwierdzić, czy konkurencja została ograniczona w rozumieniu art. 81(1):

- (a) Czy umowa licencyjna ogranicza rzeczywistą lub potencjalną konkurencję, która istniałaby bez danej umowy? Jeśli tak, umowa podpada pod art. 81(1). Przeprowadzając ocenę, należy uwzględnić konkurencję pomiędzy stronami i konkurencję osób trzecich. Na przykład, w sytuacji gdy dwa przedsiębiorstwa utworzone w różnych Państwach Członkowskich udzielają sobie wzajemnie licencji na konkurencyjne technologie i zobowiązują się do nie sprzedawania produktów na rynku drugiej strony, ograniczona zostaje (potencjalna) konkurencja istniejąca przed zawarciem umowy. Podobnie, jeśli licencjodawca nakłada na licencjobjiorców obowiązek nie stosowania konkurencyjnych technologii a obowiązek ten wyklucza technologie osób trzecich, ograniczona zostaje rzeczywista lub potencjalna konkurencja, która istniałaby w przypadku braku takiej umowy.
- (b) Czy umowa licencyjna ogranicza rzeczywistą lub potencjalną konkurencję, która istniałaby bez ograniczeń umownych? Jeśli tak, umowa podpada pod art. 81(1). Na przykład, jeśli licencjodawca ogranicza możliwości licencjobjiorców do konkurowania pomiędzy sobą, wówczas ograniczona zostaje (potencjalna) konkurencja, która istniałaby pomiędzy licencjobjiorcami w przypadku braku takiego ograniczenia. Ograniczenia takie obejmują pionowe ustalanie cen oraz ograniczenia terytorialne lub dotyczące klientów nałożone na licencjobjiorców. Jednakże pewne ograniczenia mogą w pewnych przypadkach nie podlegać przepisom art. 81(1), jeśli ograniczenie jest obiektywnie konieczne do istnienia umowy tego rodzaju lub o tym charakterze¹⁸. Takie wyłączenie zastosowania art. 81(1) może mieć miejsce wyłącznie na podstawie obiektywnych czynników zewnętrznych w stosunku do samych stron a nie na podstawie subiektywnych opinii i cech stron. Kwestia nie polega na tym, czy strony w swojej szczególnej sytuacji nie zgodziłyby się na zawarcie mniej restrykcyjnej umowy, ale na tym, czy zważywszy na charakter umowy oraz cechy rynku, mniej restrykcyjna umowa nie zostałaby zawarta przez przedsiębiorstwa w podobnych okolicznościach. Na przykład ograniczenia terytorialne w umowie pomiędzy podmiotami nie będącymi konkurentami nie podlegają art. 81(1) przez pewien okres, jeśli ograniczenia są obiektywnie konieczne, by licencjobjiorca mógł wejść na nowy rynek. Podobnie, zakaz sprzedaży produktów pewnym kategoriom użytkowników końcowych nałożony na wszystkich licencjobjiorców może nie powodować ograniczenia konkurencji, jeśli ograniczenie takie jest obiektywnie konieczne ze względów bezpieczeństwa lub zdrowia związanych z niebezpiecznym charakterem danego produktu.

Twierdzenia, że w przypadku braku ograniczenia dostawca zastosowałby integrację pionową, nie są wystarczające. Decyzje, czy wprowadzać integrację pionową, czy też nie, zależą od szerokiej

¹⁶ Patrz wyrok w sprawie 56/65, *Société Technique Minière*, [1966] ECR 337, oraz wyrok w sprawie C-7/95 *P. John Deere*, [1998] ECR I-3111, paragraf 76.

¹⁷ Patrz np. wyrok w sprawie *Consten i Grundig* cytowanej w przyp. 9.

¹⁸ Patrz wyrok w sprawie *Société Technique Minière* cytowanej w przyp. 11 oraz wyrok w sprawie 258/78, *Nungesser*, [1982] ECR 2015.

gamy złożonych czynników ekonomicznych, z których część jest wewnętrzną specyfiką danego przedsiębiorstwa.

13. Stosując ramy analityczne określone w poprzednim punkcie, należy wziąć pod uwagę, że art. 81(1) wprowadza rozróżnienie pomiędzy umowami, których celem jest ograniczenie konkurencji a umowami, gdzie ograniczenie konkurencji jest skutkiem. Umowa lub ograniczenie umowne są zakazane przez art. 81(1) tylko jeśli jego celem lub skutkiem jest ograniczenie konkurencji pomiędzy technologiami i/lub w ramach danej technologii.

14. Ograniczenia konkurencji przez cel umowy to takie, które same przez się ograniczają konkurencję. Są to ograniczenia, które w świetle celów realizowanych przez wspólnotowe reguły konkurencji mają tak wysoki potencjał negatywnych skutków dla konkurencji, że nie jest konieczne wykazywanie ich rzeczywistych skutków dla rynku do celów wykazania stosowności art. 81(1)¹⁹. Co więcej, mało prawdopodobne jest, że warunki art. 81(3) zostaną spełnione w przypadku ograniczeń wynikających z celu umowy. Ocena tego, czy cel danej umowy stanowi ograniczenie konkurencji, opiera się na wielu czynnikach. Obejmują one, w szczególności, treść umowy oraz obiektywne cele związane z przedmiotem, jakie umowa realizuje. Może być także konieczne rozpatrzenie kontekstu, w którym umowa ta obowiązuje lub ma obowiązywać, lub też rzeczywiste postępowanie i zachowanie stron na rynku²⁰. Innymi słowy, konieczna może być analiza faktów stojących u podstaw umowy oraz szczególnych okoliczności, w jakich ona funkcjonuje, zanim będzie można stwierdzić, czy dane ograniczenie stanowi podstawowe ograniczenie konkurencji. Sposób, w jaki dana umowa jest faktycznie realizowana, może wykazać istnienie ograniczenia wynikającego z jej celu, nawet jeśli formalna umowa nie zawiera wyraźnego postanowienia w tej kwestii. Dowody na istnienie subiektywnego zamiaru stron do ograniczenia konkurencji są istotnym czynnikiem, ale nie są niezbędnym warunkiem. W przypadku umów licencyjnych Komisja uważa, że ograniczenia ujęte w wykazie podstawowych ograniczeń konkurencji zawartym w art. 4 TTBER ograniczają konkurencję ze względu na sam ich cel.

15. Jeśli umowa nie ogranicza konkurencji w swoim przedmiocie, konieczne jest zbadanie, czy nie wywiera ona skutków ograniczających konkurencję. Należy wziąć pod uwagę skutki zarówno rzeczywiste, jak i potencjalne²¹. Innymi słowy umowa musi mieć prawdopodobne skutki negatywne dla konkurencji. Aby umowy licencyjne ograniczały konkurencję ze względu na swoje skutki, muszą one wpływać na rzeczywistą lub potencjalną konkurencję w takim zakresie, by na rynku właściwym można było oczekiwać, z rozsądnym stopniem prawdopodobieństwa, negatywnych skutków dla ceny, wielkości produkcji, innowacji lub różnorodności albo jakości dóbr i usług. Prawdopodobne skutki negatywne dla konkurencji muszą być znaczne²². Znaczne skutki negatywne dla konkurencji mogą mieć miejsce, jeśli co najmniej jedna ze stron ma lub uzyskuje pewien stopień siły rynkowej a umowa przyczynia się do stworzenia, utrzymania lub wzmocnienia tej siły rynkowej lub umożliwia stronom wykorzystanie takiej siły rynkowej. Siła rynkowa to zdolność do utrzymywania cen powyżej konkurencyjnego poziomu lub utrzymywanie produkcji pod względem ilości produktu, jakości i różnorodności produktu oraz innowacji poniżej konkurencyjnego poziomu i przez znaczący okres czasu. Poziom siły rynkowej zazwyczaj konieczny do wykrycia naruszenia art. 81(1) jest mniejszy niż poziom siły rynkowej konieczny do wykrycia dominacji rynkowej na podstawie art. 82.

16. Do celów analizy ograniczeń konkurencji ze względu na skutki, zazwyczaj konieczne jest zdefiniowanie rynku właściwego oraz ocena, między innymi, charakteru danych produktów i technologii, pozycji rynkowej stron, pozycji rynkowej konkurentów, pozycji rynkowej nabywców, istnienia potencjalnych konkurentów oraz poziomu barier wejścia. W niektórych przypadkach jednakże może być możliwe wykazanie antykonkurencyjnego efektu przez bezpośrednią analizę postępowania stron umowy na rynku. Na przykład może być możliwe stwierdzenie, że umowa doprowadziła do podwyżek cen.

¹⁹ Patrz np. wyrok w sprawie C-49/92 P, *Anic Participazioni*, [1999] ECR I-4125, paragraf 99.

²⁰ Patrz wyrok w połączonych sprawach 29/83 i 30/83, *CRAM i Rheinzink*, [1984] ECR 1679, paragraf 26, oraz wyrok w połączonych sprawach 96/82 i inne, *ANSEAU-NAVEWA*, [1983] ECR 3369, paragraf 23–25.

²¹ Patrz wyrok w sprawie *John Deere*, [1998] cytowany w przyp. 11.

²² Wytyczne w sprawie znacznosci można znaleźć w Obwieszczeniu Komisji dotyczącym porozumień o mniejszym znaczeniu, które nie ograniczają znacznie konkurencji na mocy art. 81(1) Traktatu (Dz. U. C 368, 22.12.2001, s. 13). Obwieszczenie określa znacznosc w sposób negatywny. Umowy znajdujące się poza zakresem Obwieszczenia de minimis niekoniecznie mają znaczny skutek ograniczający. Wymagana jest indywidualna ocena.

17. Umowy licencyjne jednak zawierają w sobie znaczny potencjał promocji konkurencji. W rzeczywistości znacząca większość umów licencyjnych promuje konkurencję. Umowy licencyjne promują innowację, umożliwiając innowatorom uzyskanie dochodów pozwalających na pokrycie przynajmniej części kosztów badań i rozwoju. Umowy licencyjne prowadzą także do rozpowszechniania technologii, co może tworzyć wartość dzięki obniżeniu kosztów produkcji licencjodawcy oraz umożliwiając mu produkowanie nowych lub ulepszonych produktów. Pozytywne skutki na poziomie licencjodawcy często wynikają z połączenia technologii licencjodawcy ze środkami i technologiami licencjodawcy. Taka integracja komplementarnych środków i technologii może prowadzić do konfiguracji kosztów/produkcji, która nie byłaby możliwa w innych warunkach. Na przykład połączenie ulepszonej technologii licencjodawcy z wydajniejszymi środkami produkcji lub dystrybucji licencjodawcy może spowodować obniżenie kosztów lub produkcję produktów o wyższej jakości. Licencjonowanie może także służyć promującemu konkurencję celowi usuwania barier rozwoju i wykorzystania własnych technologii licencjodawcy. W szczególności w sektorach, gdzie mamy do czynienia z dużą ilością patentów, licencjonowanie często ma miejsce w celu stworzenia swobody projektowania przez usunięcie ryzyka roszczeń o naruszenie ze strony licencjodawcy. Gdy licencjodawca zgadza się nie odwoływać do swoich praw własności intelektualnej w celu uniemożliwienia sprzedaży produktów licencjodawcy, umowa usuwa przeszkodę w sprzedaży produktów licencjodawcy i tym samym ogólnie promuje konkurencję.

18. W przypadkach, gdy umowa licencyjna jest objęta zakresem art. 81(1), pozytywne dla konkurencji skutki umowy trzeba wyważyć w porównaniu do jej efektów restrykcyjnych w kontekście art. 81(3). Po spełnieniu wszystkich czterech warunków art. 81(3) dana restrykcyjna umowa licencyjna staje się ważna i wykonalna, i nie są wymagane w tym celu żadne uprzednie decyzje²³. Podstawowe ograniczenia konkurencji spełniają warunki art. 81(3) tylko w wyjątkowych okolicznościach. Umowy takie zasadniczo nie spełniają (co najmniej) jednego z dwóch pierwszych warunków art. 81(3). Zazwyczaj nie tworzą one obiektywnych korzyści ekonomicznych ani korzyści dla konsumentów. Co więcej, te rodzaje umów zazwyczaj także nie spełniają testu niezbędności nałożonej trzecim warunkiem. Na przykład jeśli strony ustalą cenę, za jaką sprzedawane będą produkty wytwarzane na podstawie licencji, zazwyczaj doprowadzi to do zmniejszonej produkcji oraz niewłaściwej alokacji zasobów oraz wyższych cen dla konsumentów. Ograniczenie cenowe nie jest także konieczne, by osiągnąć ewentualne efekty wynikające z dostępności obu technologii dla obu konkurentów.

3. Definicja rynku

19. Podejście Komisji do zdefiniowania rynku właściwego zostało określone w wytycznych Komisji dotyczących definicji rynku²⁴. Obecne wytyczne zajmują się jedynie aspektami definicji rynku, które są szczególnie istotne w dziedzinie licencjonowania technologii.

20. Technologia to wkład, który jest inkorporowany w produkt lub w proces produkcji. Licencjonowanie technologii może zatem wpływać na konkurencję zarówno na rynkach wejściowych jak i na rynkach wyjściowych. Na przykład umowa zawarta pomiędzy stronami sprzedającymi konkurencyjne produkty, które udzielają sobie nawzajem licencji na produkcję tych produktów, może ograniczyć konkurencję na właściwych rynkach produktowych. Może także ograniczyć konkurencję na rynku technologii oraz na innych rynkach wejściowych. Do celów oceny skutków konkurencyjnych umów licencyjnych może zatem być konieczne zdefiniowanie odpowiednich rynków dóbr i usług (rynków produktowych) oraz rynków technologii²⁵. Termin „rynek produktowy” użyty w art. 3 TTBER dotyczy właściwych rynków produktów i usług zarówno w ich wymiarze geograficznym jak i produktowym. Jak jasno wynika z art. 1(1)(j) TTBER, termin ten jest stosowany po prostu w celu odróżnienia właściwych rynków dóbr i usług od rynków technologii.

21. TTBER oraz niniejsze wytyczne zajmują się skutkami dla rynków produktowych produktów końcowych oraz dla rynków produktowych produktów pośrednich. Właściwy rynek produktowy zawiera produkty, które są postrzegane przez nabywców jako zamienne lub zastępowalne przez produkty okre-

²³ Patrz art. 1(2) Rozporządzenia Rady nr 1/2003 cytowanego w przyp. 3.

²⁴ Obwieszczenie Komisji w sprawie definicji odpowiedniego rynku do celów wspólnotowych przepisów konkurencji (Dz. U. C 372, 9.12.1997, s. 5).

²⁵ Jeśli chodzi o te rozróżnienia, patrz także Wytyczne Komisji w sprawie zastosowania art. 81 Traktatu ustanawiającego Wspólnoty Europejskiej do porozumień kooperacji poziomej (Dz. U. C 3, 6.1.2001, s. 2, paragrafy 44–52).

ślone w umowie, inkorporujące technologię objętą licencją, ze względu na cechy produktów, ich ceny i przeznaczenie.

22. Rynki technologii składają się z technologii objętej licencją oraz jej substytutów, tj. innych technologii, które są postrzegane przez licencjobiorców jako zamiennie lub zastępowalne przez technologię objętą licencją, ze względu na cechy technologii, ich opłaty licencyjne i przeznaczenie. Metodologia definiowania rynków technologii powiela te same zasady, co przy wyznaczaniu rynków produktowych. Począwszy od technologii wprowadzanej na rynek przez licencjodawcę, należy zidentyfikować te pozostałe technologie, na które licencjobiorcy mogliby się przenieść w reakcji na niewielką lecz stałą podwyżkę względnych cen, tj. opłat licencyjnych. Alternatywnym podejściem jest przyjrzenie się rynkowi produktów inkorporujących licencjonowaną technologię (patrz punkt poniżej).

23. Po zdefiniowaniu odpowiednich rynków można poszczególnym źródłom konkurencji na rynku przypisać odpowiednie udziały w rynku, które można wykorzystywać do określania relatywnej siły uczestników rynku. W przypadku rynków technologii jednym ze sposobów postępowania jest obliczenie udziałów w rynku na podstawie udziału każdej z technologii w łącznym przychodzie z opłat licencyjnych, stanowiącym udział technologii w rynku, na którym konkurencyjne technologie są objęte licencją. Jednakże w wielu przypadkach może być to czysto teoretyczny, nie zaś praktyczny sposób działania, ponieważ często brak jest wyraźnych informacji dotyczących opłat licencyjnych, itp. Alternatywnym podejściem, stosowanym w art. 3(3) TTBER, jest obliczenie udziałów w rynku na rynku technologii na podstawie sprzedaży towarów inkorporujących licencjonowaną technologię na kolejnych rynkach produktowych (patrz punkt 70 poniżej). Zgodnie z tym podejściem uwzględniana jest całość sprzedaży na odpowiednich rynkach produktowych, niezależnie od tego, czy produkt zawiera licencjonowaną technologię, czy nie. W przypadku rynków technologii podejście określone w art. 3(3), nakazujące uwzględnianie technologii, które są stosowane (wyłącznie) wewnątrz zakładu, jest uzasadnione. Faktycznie, podejście to jest zazwyczaj dobrym wskaźnikiem siły technologii. Po pierwsze, ujmuje ono potencjalną konkurencję ze strony przedsiębiorstw używających do produkcji własnej technologii, które mogą rozpocząć udzielanie licencji w przypadku niewielkiego lecz stałego wzrostu cen licencji. Po drugie, nawet jeśli jest mało prawdopodobne, że inni właściciele technologii rozpoczną udzielać licencji, licencjodawca nie musi koniecznie mieć siły rynkowej na rynku technologii, nawet jeśli ma wysoki udział w przychodach z licencji. Jeśli późniejszy rynek produktowy jest konkurencyjny, konkurencja na tym poziomie może skutecznie ograniczać licencjodawcę. Zwiększenie opłat licencyjnych na wcześniejszym rynku wpływa na koszty licencjobiorcy, co sprawia, że jest on mniej konkurencyjny i jego sprzedaż spada. Udział w rynku technologii na rynku produktowym także ujmuje ten element, tak więc stanowi zazwyczaj dobry wskaźnik siły rynkowej licencjodawcy. W pojedynczych przypadkach poza bezpieczną przystanią TTBER może być konieczne, jeśli to praktycznie wykonalne, zastosowanie obu z opisanych podejść, co pozwoli na dokładną ocenę siły rynkowej licencjodawcy.

24. Co więcej, poza bezpieczną strefą TTBER należy także wziąć pod uwagę fakt, że udział w rynku nie zawsze musi być dobrą wskazówką relatywnej siły dostępnych technologii. Komisja zatem między innymi weźmie pod uwagę ilość niezależnie kontrolowanych technologii dostępnych oprócz technologii kontrolowanych przez strony umowy, które mogą zastąpić technologię licencjonowaną przy porównywalnym koszcie dla użytkownika (patrz punkt 131 poniżej).

25. Niektóre umowy licencyjne mogą wpływać na rynki innowacji. Analizując taki wpływ, Komisja skoncentruje się na zbadaniu wpływu umowy na konkurencję w ramach istniejących rynków produktowych i technologii²⁶. Na konkurencję na takich rynkach mogą wpływać umowy, które opóźniają wprowadzenie produktów ulepszonych lub nowych, które z czasem zastąpią produkty istniejące. W takich przypadkach innowacja jest źródłem potencjalnej konkurencji, którą należy uwzględnić przy ocenie wpływu umowy na rynki produktowe i rynki technologii. Jednakże w ograniczonej liczbie przypadków może zaistnieć potrzeba i konieczność definiowania również rynków innowacji. Jest to szczególnie istotne w sytuacji, gdy umowa wpływa na innowację, której celem jest tworzenie nowych produktów i gdzie na wczesnym etapie można określić ośrodki badawczo-rozwojowe²⁷. W takich przypadkach trzeba przeanalizować, czy po wejściu umowy w życie będzie istnieć wystarczająca liczba ośrodków badawczo-rozwojowych, by utrzymała się skuteczna konkurencja w dziedzinie innowacji.

²⁶ Patrz paragrafy 50–52 Wytycznych w sprawie porozumień kooperacji poziomej, cytowanych w poprzednim przypisie.

²⁷ Tamże, paragraf 51.

4. Rozróżnienie pomiędzy konkurentami a podmiotami niekonkurującymi

26. Ogólnie umowy zawierane pomiędzy konkurentami stwarzają większe ryzyko dla konkurencji niż umowy zawierane pomiędzy podmiotami nie konkurującymi ze sobą. Jednakże konkurencja pomiędzy przedsiębiorstwami wykorzystującymi tę samą technologię (konkurencja pomiędzy licencjodawcami w ramach danej technologii) stanowi ważne uzupełnienie konkurencji pomiędzy przedsiębiorstwami, które stosują konkurencyjne technologie (konkurencja między technologiami). Na przykład konkurencja w ramach danej technologii może prowadzić do obniżenia cen na produkty inkorporujące daną technologię, co może nie tylko stworzyć bezpośrednie i natychmiastowe korzyści dla konsumentów tych produktów, ale też przyczynić się do zaostrzenia konkurencji pomiędzy przedsiębiorstwami stosującymi konkurencyjne technologie. W kontekście licencjonowania należy także wziąć pod uwagę, że licencjodawcy sprzedają swoje własne produkty. Nie zajmują się odsprzedają produktów dostarczanych przez inne przedsiębiorstwo. Zatem może wystąpić większy zakres zróżnicowania produktów oraz konkurencji opartej na jakości pomiędzy licencjodawcami niż w przypadkach porozumień wertykalnych dotyczących odsprzedaży produktów.

27. Aby określić relację konkurencyjną pomiędzy stronami, należy zbadać, czy strony w przypadku braku umowy byłyby rzeczywistymi albo potencjalnymi konkurentami. Jeśli bez umowy strony nie byłyby rzeczywistymi lub potencjalnymi konkurentami na żadnym rynku właściwym, którego dotyczy umowa, uznaje się je za podmioty nie konkurujące ze sobą.

28. Jeśli licencjodawca i licencjodawca działają na tym samym rynku produktowym lub na tym samym rynku technologii a żadna ze stron nie narusza praw własności intelektualnej drugiej strony, to są oni rzeczywistymi konkurentami na rynku właściwym. Strony uważa się za rzeczywistych konkurentów na rynku technologii, jeśli licencjodawca już licencjonuje swoją technologię a licencjodawca wkracza na rynek technologii poprzez udzielenie licencji na technologię konkurencyjną w stosunku do licencjodawcy.

29. Strony uważa się za potencjalnych konkurentów na rynku produktowym, jeśli, w przypadku braku umowy i bez naruszania praw własności intelektualnej drugiej strony, strony najprawdopodobniej poniosłyby konieczne dodatkowe nakłady, by wejść na właściwy rynek w odpowiedzi na niewielki ale stały wzrost cen produktów. Aby stworzyć rzeczywiste ograniczenie konkurencji, wejście na rynek powinno nastąpić w krótkim okresie czasu. Zazwyczaj jest to okres jednego do dwóch lat. Jednakże w poszczególnych przypadkach można uwzględnić dłuższe okresy. Do ustalania tego okresu można użyć miary okresu czasu koniecznego, by przedsiębiorstwo już istniejące na rynku dostosowało swoje możliwości. Na przykład strony mogą być uznane za potencjalnych konkurentów na rynku produktowym, jeśli licencjodawca produkuje na podstawie własnej technologii na jednym rynku geograficznym i zaczyna produkować na innym rynku geograficznym na podstawie udzielonej licencji na technologię konkurencyjną. W takiej sytuacji prawdopodobne jest, że licencjodawca mógł wejść na drugi rynek geograficzny z własną technologią, o ile takie wejście nie było wykluczone czynnikami obiektywnymi, między innymi istnieniem patentów blokujących (patrz punkt 32 poniżej).

30. Strony uważa się za potencjalnych konkurentów na rynku technologii, na którym każda z nich posiada zamiennie technologie, jeśli w konkretnym przypadku licencjodawca nie licencjonuje własnej technologii, pod warunkiem, że mógłby to zrobić w przypadku niewielkiego lecz stałego wzrostu cen technologii. Jednakże do zastosowania TTBER nie uwzględnia się potencjalnej konkurencji na rynku technologii (patrz punkt 66 poniżej).

31. W niektórych przypadkach strony mogą stać się konkurentami w wyniku zawarcia umowy, ponieważ licencjodawca opracuje i znacznie wykorzystywać technologię konkurencyjną. W takich przypadkach należy uwzględnić fakt, iż strony nie były konkurentami w momencie zawarcia umowy i że umowa została zawarta w tym kontekście. Zatem Komisja skoncentruje się głównie na wpływie umowy na zdolność licencjodawcy do wykorzystania własnej (konkurencyjnej) technologii. W szczególności lista podstawowych ograniczeń konkurencji znajdujących zastosowanie do umów pomiędzy konkurentami nie będzie miała zastosowania do takich umów, chyba, że umowy te zostaną w późniejszym czasie istotnie zmienione, już po tym, jak strony zostały konkurentami (patrz art. 4(3) TTBER). Przedsiębiorstwa będące stronami umowy mogą także stać się konkurentami po zawarciu umowy, w sytuacji gdy licencjodawca już aktywnie działał na rynku produktowym, zanim uzyskał licencję oraz gdy licencjodawca w późniejszym okresie wejdzie na rynek produktowy na podstawie technologii objętej licencją lub nowej technologii. Także w tym przypadku lista podstawowych ograniczeń konkurencji dotyczących umów pomiędzy podmiotami nie konkurującymi ze sobą będzie miała zastosowanie do takich umów, chyba, że umowy te zostaną w późniejszym czasie istotnie zmienione (patrz art. 4(3) TTBER).

32. Jeśli strony są właścicielami technologii, które znajdują się w jednostronnej lub dwustronnej pozycji blokującej, strony są uznawane za nie będące konkurentami na rynku technologii. Jednostronna pozycja blokująca występuje, gdy technologia nie może być wykorzystywana bez naruszenia praw do innej technologii. Ma to na przykład miejsce, gdy jeden patent obejmuje ulepszenie technologii objętej innym patentem. W tym przypadku wykorzystanie patentu ulepszenia zakłada, że właściciel patentu uzyska licencję na patent podstawowy. Dwustronna pozycja blokująca istnieje, kiedy żadnej technologii nie można wykorzystać bez naruszenia praw do innej technologii i gdzie ich wzajemni posiadacze muszą uzyskać licencję lub zrzeczenie się praw drugiej strony. Przy ocenie istnienia pozycji blokującej Komisja będzie polegać na czynnikach obiektywnych, przeciwstawiając je subiektywnym opiniom stron. Jeśli strony mają wspólny interes w twierdzeniu, że istnieje pozycja blokująca, by zostać uznanymi za podmioty nie konkurujące ze sobą, na przykład, kiedy rzekoma dwustronna pozycja blokująca dotyczy technologii, które są swoimi substytutami, konieczne są szczególnie przekonujące dowody istnienia pozycji blokującej. Odpowiednie dowody obejmują decyzje sądu, w tym zakazy sądowe oraz opinie niezależnych ekspertów. W tym ostatnim przypadku Komisja szczególnie dokładnie przyjrzy się wyborowi eksperta. Jednakże także inne przekonujące dowody, w tym opinie ekspertów stron świadczące, że strony posiadają lub posiadały dobre i ważne powody uważania, że istnieje lub istniała pozycja blokująca, mogą być istotne przy uwiarygodnieniu istnienia pozycji blokującej.

33. W niektórych przypadkach można także dojść do wniosku, że licencjodawca i licencjodawca wytwarzają produkty konkurencyjne, nie są konkurentami na odpowiednim rynku produktowym i odpowiednim rynku technologii, ponieważ licencjonowana technologia stanowi tak niezwykłą innowację, że technologią licencjodawcy stała się przestarzała lub niekonkurencyjna. W takich przypadkach technologia licencjodawcy tworzy nowy rynek lub wyklucza technologię licencjodawcy z rynku. Często jednakże nie ma możliwości wyciągnięcia takich wniosków w chwili zawierania umowy. Zazwyczaj oczywiste staje się, że starsza technologia stała się przestarzała lub niekonkurencyjna dopiero, gdy technologia lub produkty ją inkorporujące są od jakiegoś czasu dostępne dla konsumentów. Na przykład, gdy opracowano technologię CD i na rynek wprowadzono płyty i odtwarzacze, nie było oczywiste, że ta nowa technologia zastąpi technologię taśm magnetycznych. Stało się to oczywiste dopiero kilka lat później. Strony zatem zostaną uznane za konkurentów, jeśli w momencie zawarcia umowy nie jest oczywiste, że technologia licencjodawcy jest przestarzała lub niekonkurencyjna. Jednakże zważywszy, że w świetle aktualnego kontekstu, w którym zawierana jest umowa, należy stosować zarówno art. 81(1) jak i 81(3), ocena w znacznej mierze zależy od istotnych zmian faktów. Klasyfikacja relacji pomiędzy stronami zmienia się zatem w relację pomiędzy podmiotami nie będącymi konkurentami, jeśli w późniejszym okresie technologia licencjodawcy stanie się przestarzała lub niekonkurencyjna na rynku.

III. ZASTOSOWANIE ROZPORZĄDZENIA O WYŁĄCZENIU GRUPOWYM

1. Skutki rozporządzenia o wyłączeniu grupowym

34. Porozumienia transferu technologii spełniające warunki określone w TTBER są wyłączone grupowo z zakazu określonego w art. 81(1). Umowy podlegające wyłączeniu grupowemu są prawnie wiążące i wykonalne. Umowy takie mogą być zakazane wyłącznie w przyszłości i tylko po wycofaniu wyłączenia grupowego przez Komisję lub organ ochrony konkurencji Państwa Członkowskiego. Umowy objęte wyłączeniem grupowym nie mogą być zakazane na mocy art. 81 przez sądy krajowe w kontekście sporów prywatnych.

35. Wyłączenia grupowe kategorii porozumień o transferze technologii bazują na założeniu, że umowy takie – w zakresie, w jakim podlegają przepisom art. 81(1) – spełniają warunki określone w art. 81(3). Zatem zakłada się, że umowy te podnoszą efektywność działania, że ograniczenia zawarte w umowach są konieczne do uzyskania tych efektów, że konsumenci na rynkach właściwych otrzymują sprawiedliwą część zysków z tych efektów i że umowy nie pozwalają danym przedsiębiorstwom na eliminowanie konkurencji w odniesieniu do istotnej części produktów objętych umową. Progi udziału w rynku (art. 3), lista podstawowych ograniczeń konkurencji (art. 4) oraz wykluczone ograniczenia (art. 5) określone w TTBER mają na celu zapewnienie, że tylko umowy ograniczające, co do których można rozsądnie założyć, że spełniają cztery warunki art. 81(3), są objęte wyłączeniem grupowym.

36. Tak jak to opisano w rozdziale IV poniżej, wiele umów licencyjnych nie mieści się w zakresie art. 81(1), ponieważ wcale nie ograniczają one konkurencji lub ponieważ ograniczenie konkurencji nie

jest znaczne²⁸. W zakresie, w jakim takie umowy mieściłyby się w zakresie TTBER, nie ma potrzeby określać, czy podlegają one art. 81(1)²⁹.

37. Poza zakresem wyłączeń grupowych istotne jest, by przeanalizować, czy w poszczególnych przypadkach umowa jest objęta zakresem art. 81(1) i jeśli tak, czy spełnione są warunki art. 81(3). Nie zakłada się, że porozumienia o transferze technologii nie mieszczące się w zakresie wyłączeń grupowych podpadają pod art. 81(1) lub nie spełniają warunków art. 81(3). W szczególności sam fakt, że udziały rynkowe stron przekraczają progi udziałów rynkowych określone w art. 3 TTBER, nie stanowi wystarczającej podstawy do stwierdzenia, że umowa jest objęta zakresem art. 81(1). Wymagana jest indywidualna ocena prawdopodobnych skutków umowy. Dopiero gdy umowy zawierają podstawowe ograniczenia konkurencji można zazwyczaj założyć, że są one zakazane przez art. 81.

2. Zakres i okres obowiązywania rozporządzenia o wyłączeniu grupowym

2.1. Umowy pomiędzy dwiema stronami

38. Zgodnie z art. 2(1) TTBER, Rozporządzenie dotyczące wyłączeń grupowych obejmuje porozumienia o transferze technologii zawarte „pomiędzy dwoma przedsiębiorstwami”. Porozumienia o transferze technologii zawierane pomiędzy więcej niż dwoma przedsiębiorstwami nie są objęte przepisami TTBER³⁰. Czynnikiem decydującym pod względem rozróżnienia pomiędzy umowami zawieranymi pomiędzy dwoma podmiotami a umowami wielostronnymi jest to, czy dana umowa zawarta została pomiędzy więcej niż dwoma przedsiębiorstwami.

39. Porozumienia zawarte pomiędzy dwoma przedsiębiorstwami mieszczą się w zakresie TTBER, nawet jeśli umowa zawiera warunki więcej niż jednego poziomu handlu. Na przykład, TTBER ma zastosowanie do umowy licencyjnej dotyczącej nie tylko etapu produkcji, ale także dystrybucji, określając obowiązki, jakie licencjodawca może lub musi nałożyć na sprzedawców produktów produkowanych na licencji³¹.

40. Umowy licencyjne zawarte pomiędzy więcej niż dwoma przedsiębiorstwami często będą podobne wątpliwości jak umowy licencyjne o tym samym charakterze zawarte pomiędzy dwoma przedsiębiorstwami. W indywidualnej ocenie umów licencyjnych, mających ten sam charakter jak umowy objęte wyłączeniem grupowym, ale zawartych pomiędzy więcej niż dwoma przedsiębiorstwami, Komisja przez analogię zastosuje zasady określone w TTBER.

2.2. Umowy o produkcję

41. Z art. 2 wynika, że aby umowy licencyjne zostały objęte TTBER, muszą one dotyczyć „wytwarzania produktów objętych umową”, tj. produktów inkorporujących lub produkowanych przy użyciu technologii objętej licencją. Innymi słowy, aby być objętą przepisami TTBER, licencja musi zezwalać licencjodawcy na wykorzystywanie licencjonowanej technologii do produkcji dóbr i usługi (patrz motyw 7 TTBER). TTBER nie obejmuje pooli technologii. Pojęcie pooli technologii dotyczy umów, na mocy których dwie lub więcej stron postanawia połączyć swoje technologie i licencjonować je w formie pakietu. Pojęcie pooli technologii dotyczy także układów, na mocy których dwa lub więcej przedsiębiorstw postanawia udzielić licencji stronie trzeciej i zezwolić jej na licencjonowanie pakietu technologii. Poole technologii zostały omówione w rozdziale IV.4 poniżej.

42. TTBER ma zastosowanie do umów licencyjnych na produkcję produktów objętych umową, na mocy których licencjodawca jest także uprawniony do sublicencjonowania technologii objętej licencją osobom trzecim, pod warunkiem jednak, że produkcja produktów objętych umową stanowi podstawowy cel umowy. I odwrotnie, przepisy TTBER nie mają zastosowania do umów, których pierwotnym celem jest sublicencjonowanie. Jednakże Komisja zastosuje przez analogię zasady określone w TTBER oraz niniejszych wytycznych do takich umów „licencji głównej” zawartych pomiędzy licencjodawcą a licencjodawcą. Umowy zawierane pomiędzy licencjodawcą a sublicencjodawcami są objęte przepisami TTBER.

²⁸ Patrz Obwieszczenie w sprawie umów o małym znaczeniu cytowane w przyp. 17.

²⁹ Zgodnie z art. 3(2) Rozporządzenia 1/2003, umowy, które mogą wpływać na handel pomiędzy Państwami Członkowskimi, ale nie są zabronione art. 81 nie mogą być zabronione krajowymi przepisami dotyczącymi konkurencji.

³⁰ Zgodnie z Rozporządzeniem Rady 19/65, Wydanie Specjalne Dz. U. Seria I 1965–1966, s. 35, Komisja nie jest władna do obejmowania wyłączeniem grupowym porozumień o transferze technologii zawieranych przez więcej niż dwa przedsiębiorstwa.

³¹ Patrz motyw 19 TTBER i punkt 2.5 poniżej.

43. Termin „produkty objęte umową” obejmuje dobra i usługi wytwarzane przy użyciu licencjonowanej technologii. Ma to miejsce zarówno w przypadku, gdy licencjonowana technologia jest wykorzystywana w procesie produkcji oraz gdy jest ona włączona do samego produktu. W tych wytycznych wyrażenie „produkty inkorporujące licencjonowaną technologię” obejmuje obie sytuacje. TTBER ma zastosowanie do wszystkich przypadków, w których technologia jest licencjonowana do celów wytwarzania dóbr i usług. W tym względzie wystarczy, by licencjodawca zobowiązał się nie wykonywać swoich praw własności intelektualnej przeciwko licencjobjiorcy. Faktycznie, istotą czystej licencji patentowej jest prawo do działania w zakresie wyłącznego prawa do patentu. Wynika stąd, że TTBER obejmuje także tak zwane umowy braku potwierdzenia oraz ugody, na mocy których licencjodawca zezwala licencjobjiorcy na produkowanie w zakresie patentu.

44. TTBER obejmuje „podwykonawstwo”, na mocy którego licencjodawca udziela licencji na technologie licencjobjiorcy, który zobowiązuje się do wytwarzania pewnych produktów na tej podstawie wyłącznie dla licencjodawcy. Podwykonawstwo może także dotyczyć dostaw sprzętu przez licencjodawcę, do wykorzystania przy produkcji dóbr i usług objętych umową. W tym ostatnim rodzaju podwykonawstwa objętym TTBER to licencjonowana technologia, a nie dostarczony sprzęt, musi stanowić podstawowy cel umowy. Podwykonawstwo jest także ujęte w Obwieszczeniu Komisji dotyczącym oceny pewnych umów podwykonawstwa w odniesieniu do artykułu 81(1) Traktatu³². Zgodnie z tym Obwieszczeniem, które pozostaje w mocy, umowy podwykonawstwa, na mocy których podwykonawca zobowiązuje się do wytwarzania pewnych produktów wyłącznie dla wykonawcy generalnie wykraczają poza art. 81(1). Jednakże pozostałe ograniczenia nałożone na podwykonawcę, takie jak obowiązek nie przeprowadzania ani nie wykorzystywania własnych badań i rozwoju, mogą podlegać pod art. 81³³.

45. TTBER ma także zastosowanie do umów, na mocy których licencjobjiorca musi przeprowadzić prace rozwojowe przed uzyskaniem produktu lub procesu, który jest gotowy do wykorzystania komercyjnego, pod warunkiem, że określono produkt umowny. Nawet jeśli konieczne są takie dalsze prace i nakłady, celem umowy jest produkcja określonego produktu umownego. Z drugiej strony TTBER oraz niniejsze wytyczne nie obejmują umów, na mocy których technologia jest licencjonowana w celu umożliwienia licencjobjiorcy przeprowadzenia dalszych prac badawczo-rozwojowych w różnych dziedzinach. Na przykład TTBER oraz wytyczne nie obejmują licencjonowania narzędzia do badań technologicznych stosowanego w procesie dalszej działalności badawczej. Ramy TTBER oraz niniejszych wytycznych bazują na założeniu, że istnieje bezpośrednie powiązanie pomiędzy licencjonowaną technologią a określonym produktem umownym. W przypadku, gdy takie powiązanie nie istnieje, głównym celem umowy są badania i rozwój, w przeciwieństwie do wprowadzenia konkretnego produktu na rynek; w tym przypadku ramy analityczne TTBER i niniejszych wytycznych mogą nie być odpowiednie. Z tego samego powodu TTBER oraz niniejsze wytyczne nie obejmują podwykonawstwa prac badawczo-rozwojowych, gdy licencjobjiorca zobowiązuje się do przeprowadzenia prac badawczo-rozwojowych w dziedzinie licencjonowanej technologii oraz przekazania ulepszonych pakietu technologii z powrotem do licencjodawcy. Głównym przedmiotem takiej umowy jest realizacja usług badawczo-rozwojowych mających na celu ulepszenie technologii, w odróżnieniu od produkcji dóbr i usług na podstawie licencjonowanej technologii.

2.3. Koncepcja porozumień transferu technologii

46. TTBER oraz niniejsze wytyczne obejmują porozumienia o transferze technologii. Zgodnie z art. 1(1)(b) i (h) TTBER, koncepcja „technologii” obejmuje patenty i wnioski o udzielenie patentu, wzory użytkowe i wnioski o udzielenie prawa ochronnego na wzory użytkowe, prawa do wzorów przemysłowych, prawa do chronionych odmian roślin, topografie układów scalonych, dodatkowe świadectwa ochronne dla produktów leczniczych lub innych produktów, dla których można uzyskać takie dodatkowe świadectwa ochronne, prawa autorskie do oprogramowania oraz know-how. Licencjonowana technologia powinna pozwalać licencjobjiorcy na wytworzenie produktów objętych umową z użyciem dodatkowych środków produkcji lub bez nich.

47. Know-how zostało zdefiniowane w art. 1(1)(i) jako zbiór nieopatentowanych informacji praktycznych, wynikających z doświadczenia i badań, które są niejawnie, istotne i zidentyfikowane „Niejawnie” oznacza, że know-how nie jest powszechnie znane lub łatwo dostępne. „Istotne” oznacza, że know-how zawiera informacje, które są ważne i użyteczne do wytwarzania produktów objętych umową licencji lub

³² Dz. U. C 1, 3.1.1979, s. 2.

³³ Patrz paragraf 3 Obwieszczenia w sprawie podwykonawstwa.

zastosowaniem procesów objętych umową licencji. Innymi słowy, informacja musi znacząco przyczynić się lub ułatwiać produkcję produktów objętych umową. W przypadku, gdy licencjonowany know-how dotyczy produktu w przeciwieństwie do procesu, warunek ten oznacza, że know-how jest przydatne do wytworzenia produktu umownego. Warunek nie jest spełniony, gdy produkt umowny można wytworzyć na podstawie powszechnie dostępnej technologii. Jednakże warunek nie wymaga, by produkt umowny miał wyższą wartość niż produkty wytwarzane przy zastosowaniu powszechnie dostępnej technologii. W przypadku technologii procesowych warunek oznacza, że know-how jest przydatne w znaczeniu, że można rozsądnie oczekiwać w momencie zawarcia umowy, iż know-how przyczyni się do znaczącej poprawy pozycji konkurencyjnej licencjobiorcy, na przykład poprzez obniżenie jego kosztów produkcji. „Zidentyfikowane” oznacza, że można sprawdzić, czy licencjonowane know-how spełnia kryteria niejawności i istotności. Warunek jest spełniony, gdy licencjonowane know-how jest opisane w podręcznikach lub w innej formie pisemnej. Jednakże w niektórych przypadkach może to nie być możliwe. Licencjonowane know-how może składać się z wiedzy praktycznej posiadanej przez pracowników licencjodawcy. Na przykład pracownicy licencjodawcy posiadają tajemnicę i istotną wiedzę na temat pewnego procesu produkcji, który zostaje przekazany licencjobiorcy w postaci szkolenia pracowników licencjobiorcy. W takich przypadkach wystarczy opisać w umowie ogólny charakter know-how i wymienić pracowników, którzy będą lub są zaangażowani w przekazanie go licencjobiorcy.

48. Koncepcja „transferu” zakłada, że technologia musi przepłynąć z jednego przedsiębiorstwa do drugiego. Takie transfery zazwyczaj przyjmują postać licencjonowania, gdzie licencjodawca udziela licencjobiorcy prawa do korzystania ze swojej technologii w zamian za opłaty licencyjne. Może także przyjmować postać sublicencjonowania, gdzie licencjobiorca, uzyskawszy pozwolenie licencjodawcy, udziela licencji osobom trzecim (sublicencjobiorcom) na wykorzystanie technologii.

49. TTBER dotyczy jedynie umów, które za pierwotny cel mają transfer technologii zgodnie z definicją w Rozporządzeniu, w przeciwieństwie do zakupu dóbr i usług lub licencjonowania innych rodzajów własności intelektualnej. Umowy zawierające postanowienia dotyczące zakupu i sprzedaży produktów są objęte przez TTBER jedynie w zakresie, w jakim nie stanowią one pierwotnego celu umowy i są bezpośrednio powiązane z zastosowaniem licencjonowanej technologii. Może tak się stać w przypadku, gdy powiązane produkty przyjmują postać urządzeń lub wkładu do procesu, który jest specjalnie zaprojektowany do wydajnego wykorzystania licencjonowanej technologii. Jeśli, z drugiej strony, produkt jest po prostu kolejnym wkładem w produkt końcowy, należy starannie przeanalizować, czy licencjonowana technologia stanowi pierwotny cel umowy. Na przykład, w przypadku, gdy licencjobiorca już produkuje produkt końcowy na podstawie innej technologii, licencja musi prowadzić do znaczącej poprawy procesu produkcji licencjobiorcy, przekraczającej wartość produktu zakupionego od licencjodawcy. Wymaganie, by powiązane produkty były związane z licencjonowaniem technologii, oznacza, że TTBER nie obejmuje zakupu produktów, które nie mają związku z produktami inkorporujące licencjonowaną technologię. Jest tak na przykład w przypadku, gdy powiązany produkt nie jest przeznaczony do użytku z produktem licencjonowanym, ale wiąże się z działalnością na oddzielnym rynku produktów.

50. TTBER obejmuje tylko licencjonowanie innych rodzajów własności intelektualnej takich jak znaki towarowe i prawa autorskie, inne niż prawa autorskie do oprogramowania, w zakresie, w jakim są bezpośrednio powiązane z wykorzystaniem licencjonowanej technologii i nie stanowią pierwotnego celu umowy. Ten warunek sprawia, że umowy obejmujące inne rodzaje praw własności intelektualnej są objęte wyłączeniem grupowym wyłącznie w zakresie, w jakim te inne prawa własności intelektualnej pełnią zadanie umożliwienia licencjobiorcy lepszego wykorzystania licencjonowanej technologii. Licencjobiorca może na przykład zezwolić licencjobiorcy na używanie swojego znaku towarowego na produktach inkorporujących licencjonowaną technologię. Licencja na znak towarowy może zezwalać licencjobiorcy na lepsze wykorzystanie licencjonowanej technologii przez zezwalanie konsumentom na bezpośrednie powiązanie produktu i cech przypisywanych mu przez licencjonowaną technologię. Zobowiązanie licencjobiorcy do wykorzystania znaku towarowego licencjodawcy może także promować rozpowszechnianie technologii poprzez umożliwianie identyfikowania licencjodawcy jako źródła technologii. Jednakże tam, gdzie wartość licencjonowanej technologii dla licencjobiorcy jest ograniczona, ponieważ już wykorzystuje on identyczną lub bardzo podobną technologię a głównym celem umowy jest znak towarowy, TTBER nie ma zastosowania³⁴.

³⁴ Patrz Decyzja Komisji w sprawie *Moosehead/Whitbread* (Dz.U. L 100, 20.4.1990, s. 32).

51. Licencjonowanie praw autorskich do celów reprodukcji i dystrybucji dzieł chronionych, tj. produkcja kopii do sprzedaży, jest uznawana za podobną do licencjonowania technologii. Ponieważ takie umowy licencyjne dotyczą produkcji i sprzedaży produktów na podstawie prawa własności intelektualnej, uznawane są za mające charakter podobny do porozumień o transferze technologii i zazwyczaj powodują podobne problemy. Chociaż TTBER nie obejmuje praw autorskich innych niż prawa autorskie do oprogramowania, przy ocenie takich licencji praw autorskich według art. 81 Komisja z zasady będzie stosować reguły określone w TTBER oraz niniejszych wytycznych.

52. Z drugiej strony uważa się, że licencjonowanie praw do wykonań i innych praw związanych z prawami autorskimi powoduje szczególne problemy i nie można zagwarantować oceny takiego licencjonowania na podstawie zasad opracowanych w niniejszych wytycznych. W przypadku różnych praw powiązanych z wykonaniami wartość tworzona jest nie w wyniku reprodukowania i sprzedaży kopii produktu, ale przez każde wykonanie dzieła chronionego. Takie wykorzystanie może przyjąć różne formy obejmujące wykonanie, pokazy lub wynajem materiałów chronionych takich jak filmy, muzyka lub imprezy sportowe. Przy zastosowaniu art. 81 należy uwzględnić specyfikę dzieła oraz sposób jego wykorzystania³⁵. Na przykład ograniczenia dotyczące sprzedaży mogą wywoływać mniej wątpliwości związanych z konkurencją, z kolei szczególne wątpliwości mogą powstawać, jeśli licencjodawcy nakładają na swoich licencj odbiorców obowiązki rozszerzenia na wszystkich licencjodawców korzystniejsze warunki uzyskane przez jednego z nich. Tak więc Komisja nie będzie stosować TTBER oraz niniejszych wytycznych przez analogię do licencjonowania tych pozostałych praw.

53. Komisja nie rozszerzy zasad opracowanych w TTBER oraz niniejszych wytycznych na licencjonowanie znaków towarowych. Licencjonowanie znaków towarowych często występuje w kontekście dystrybucji i sprzedaży dóbr i usług i ogólnie jest bardziej podobne do umów dystrybucji niż do licencjonowania technologii. Jeśli licencja na znak towarowy jest bezpośrednio związana z wykorzystaniem, sprzedażą lub odsprzedażą dóbr i usług i nie stanowi pierwotnego celu umowy, umowa licencyjna jest objęta Rozporządzeniem Komisji (WE) nr 2790/1999 w sprawie zastosowania art. 81(3) Traktatu do kategorii porozumień wertykalnych i uzgodnionych praktyk³⁶.

2.4. Okres obowiązywania

54. Z zastrzeżeniem okresu obowiązywania TTBER, wyłączenie grupowe ma zastosowanie tak długo, jak długo licencjonowane prawo własności nie upłynie, wygaśnie lub zostanie uznane za nieważne. W przypadku know-how wyłączenie grupowe ma zastosowanie tak długo, jak długo licencjonowane know-how pozostanie niejawne, za wyjątkiem sytuacji, w której know-how stanie się publicznie znane w wyniku działania licencj odbiorcy, w którym to przypadku wyłączenie stosuje się przez okres obowiązywania umowy (patrz art. 2 TTBER).

55. Wyłączenie grupowe ma zastosowanie do każdego licencjonowanego prawa własności objętego umową i przestaje obowiązywać z datą wygaśnięcia, uznania za nieważne lub wejścia w domenę publiczną ostatniego prawa własności intelektualnej, które stanowi „technologię” w znaczeniu TTBER (patrz punkt powyżej).

2.5. Relacje z innymi rozporządzeniami dotyczącymi wyłączeń grupowych

56. TTBER obejmuje umowy pomiędzy dwoma przedsiębiorstwami dotyczące licencjonowania technologii do celów wytwarzania produktów objętych umową. Jednakże technologia także może być elementem innych rodzajów umów. Ponadto produkty inkorporujące licencjonowaną technologię są następnie sprzedawane na rynku. Zatem konieczne jest zajęcie się sprzężeniem pomiędzy przepisami TTBER oraz Rozporządzeniem Komisji (WE) nr 2658/2000 w sprawie stosowania art. 81(3) Traktatu do kategorii porozumień specjalizacyjnych³⁷, Rozporządzenia Komisji nr 2659/2000 w sprawie stosowania art. 81(3) do kategorii porozumień badawczo-rozwojowych³⁸ oraz Rozporządzenia Komisji (WE) nr 2790/1999 w sprawie zastosowania art. 81(3) Traktatu do kategorii porozumień wertykalnych i uzgodnionych praktyk³⁹.

³⁵ Patrz wyrok w sprawie 262/81, *Coditel* (II), [1982] ECR 3381.

³⁶ Dz. U. L 336, 29.12.1999, s. 21.

³⁷ Dz. U. L 304, 5.12.2000, s. 3.

³⁸ Dz. U. L 304, 5.12.2000, s. 7.

³⁹ Patrz przyp. 31.

2.5.1. Rozporządzenia o wyłączeniach grupowych porozumień specjalizacyjnych i badawczo-rozwojowych

57. Zgodnie z art. 1(1)(c) Rozporządzenia nr 2658/2000 w sprawie porozumień specjalizacyjnych, Rozporządzenie to obejmuje, między innymi, umowy wspólnej produkcji, na mocy których dwa lub więcej przedsiębiorstw postanawia wspólnie wytwarzać pewne produkty. Rozporządzenie rozciąga się na postanowienia dotyczące cesji lub wykorzystania praw własności intelektualnej, pod warunkiem, że nie stanowią one pierwotnego celu umowy, ale są bezpośrednio powiązane i niezbędne do jej realizacji.

58. Jeśli przedsiębiorstwa tworzą spółkę produkcyjną joint venture i udzielają spółce joint venture licencji na wykorzystanie technologii, która jest stosowana przy wytwarzaniu produktów produkowanych przez joint venture, licencjonowanie takie podlega Rozporządzeniu nr 2658/2000 a nie przepisom TTBER. W związku z tym licencjonowanie w kontekście spółki produkcyjnej joint venture zazwyczaj jest objęte zakresem Rozporządzenia nr 2658/2000. Jednakże jeśli spółka joint venture angażuje się w licencjonowanie technologii osobom trzecim, działalność nie jest powiązana z produkcją realizowaną przez joint venture a zatem nie podlega temu Rozporządzeniu. Takie umowy licencyjne, które łączą technologie stron, stanowią pool technologii omówione w rozdziale IV.4 poniżej.

59. Rozporządzenie nr 2659/2000 w sprawie porozumień badawczo-rozwojowych obejmuje porozumienia, w ramach których dwa lub więcej przedsiębiorstw postanawia wspólnie prowadzić prace badawczo-rozwojowe i wspólnie wykorzystywać ich wyniki. Zgodnie z art. 2(11), prace badawczo-rozwojowe oraz wykorzystanie wyników są prowadzone wspólnie, jeśli dane prace są realizowane przez wspólny zespół, organizację lub przedsiębiorstwa, wspólnie zostały powierzone osobom trzecim lub podzielone pomiędzy strony wskutek specjalizacji w zakresie badań, rozwoju, produkcji i dystrybucji, w tym licencjonowania.

60. Z Rozporządzenia nr 2659/2000 wynika, że obejmuje ono licencjonowanie pomiędzy stronami i przez strony na rzecz połączonego celu w kontekście umowy badawczo-rozwojowej. W kontekście takich porozumień strony mogą także określić warunki licencjonowania rezultatów porozumienia badawczo-rozwojowego na rzecz osób trzecich. Jednakże ponieważ licencjodawcy obcy nie są stroną porozumienia badawczo-rozwojowego, poszczególne umowy licencyjne zawierane z osobami trzecimi nie są objęte przepisami Rozporządzenia nr 2659/2000. Takie umowy licencyjne są objęte wyłączeniem grupowym na mocy TTBER, jeśli spełniają warunki tego Rozporządzenia.

2.5.2. Rozporządzenie o wyłączeniach grupowych porozumień wertykalnych

61. Rozporządzenie Komisji (WE) nr 2790/1999 w sprawie porozumień wertykalnych i uzgodnionych praktyk obejmuje porozumienia zawarte przez dwa lub więcej przedsiębiorstw, z których każde działa, do celów realizacji umowy, na różnych poziomach łańcucha produkcji lub dystrybucji, oraz dotyczące warunków, na jakich strony mogą nabywać, sprzedawać lub odsprzedawać pewne towary lub usługi. Zatem obejmuje to umowy dostaw i dystrybucji⁴⁰.

62. Zważywszy, że TTBER obejmuje jedynie porozumienia pomiędzy dwoma stronami i że licencjodawca, sprzedający produkty inkorporujące licencjonowaną technologię, jest w rozumieniu Rozporządzenia nr 2790/1999 dostawcą, te dwie regulacje dotyczące wyłączeń grupowych są ze sobą blisko związane. Porozumienie pomiędzy licencjodawcą a licencjodawcą podlega przepisom TTBER, podczas gdy porozumienia zawarte pomiędzy licencjodawcą a nabywcami podlegają przepisom Rozporządzenia 2790/1999 oraz Wytycznym w sprawie ograniczeń wertykalnych⁴¹.

63. TTBER także obejmuje wyłączeniem grupowym porozumienia pomiędzy licencjodawcą a licencjodawcą, jeśli porozumienie nakłada na licencjodawcę zobowiązania odnośnie do sposobu sprzedaży produktów inkorporujących licencjonowaną technologię. W szczególności licencjodawca może mieć obowiązek stworzenia pewnego rodzaju systemu dystrybucji, jak na przykład dystrybucja wyłączna lub selektywna. Jednakże umowy dystrybucji zawarte do celów realizacji takiego obowiązku muszą być zgodne z Rozporządzeniem 2790/1999, by podlegać wyłączeniu grupowemu. Na przykład licencjodawca może zobowiązać licencjodawcę do utworzenia systemu opartego na dystrybucji wyłącznej zgodnie z określonymi zasadami. Jednakże z art. 4(b) Rozporządzenia nr 2790/1999m wynika, że dystrybutorzy muszą mieć swobodę realizacji sprzedaży pasywnej na terytorium innych dystrybutorów wyłącznych.

⁴⁰ Patrz wytyczne „Polityka konkurencyjności w Europie – Zasady konkurencji dla umów dostaw i dystrybucji”, 2002.

⁴¹ Dz. U. C 291, 13.10.2000, s. 1 i przyp. 31.

64. Ponadto dystrybutorzy muszą w zasadzie mieć swobodę sprzedaży aktywnej i pasywnej na terytoriach objętych systemami dystrybucji innych licencjodawców wytwarzających własne produkty na podstawie licencjonowanej technologii. Dzieje się tak, ponieważ w rozumieniu Rozporządzenia 2790/1999 każdy licencjodawca jest oddzielnym dostawcą. Jednakże przyczyny tkwiące u podstaw wyłączenia grupowego zawartego w tym Rozporządzeniu mogą mieć także zastosowanie w sytuacji, gdy produkty inkorporujące licencjonowaną technologię są sprzedawane przez licencjodawców pod wspólnym oznaczeniem należącym do licencjodawcy. Gdy produkty inkorporujące licencjonowaną technologię są sprzedawane pod wspólnym oznaczeniem, mogą zaistnieć te same powody wyników do zastosowania tych samych rodzajów ograniczeń pomiędzy systemami dystrybucji licencjodawcy jak w pojedynczym systemie dystrybucji pionowej. W takich przypadkach Komisja raczej nie podważa ograniczeń, jeśli przez analogię spełnione są wymogi Rozporządzenia nr 2790/1999. Aby zaistniało wspólne oznaczenie, produkty muszą być sprzedawane i wprowadzane na rynek pod wspólną marką, która jest dominująca pod względem komunikatu jakości i innych ważnych dla konsumentów informacji. Nie wystarczy, by oprócz marki licencjodawcy produkt był oznaczony marką licencjodawcy, co identyfikuje go jako źródło licencjonowanej technologii.

3. Bezpieczna przystań utworzona przez rozporządzenie o wyłączeniach grupowych

65. Zgodnie z art. 3 TTBER, wyłączenie grupowe umów ograniczających podlega progom udziałów w rynku, ograniczającym zakres wyłączenia grupowego do umów, które, chociaż ograniczają konkurencję, mogą zostać uznane za spełniające warunki art. 81(3). Poza bezpieczną przystanią utworzoną przez progi udziałów w rynku wymagana jest indywidualna ocena. Fakt, iż udziały w rynku przekraczają progi, nie stanowi podstawy do założenia, że umowa podlega przepisom art. 81(1) lub że nie spełnia warunków art. 81(3). W przypadku braku podstawowych ograniczeń konkurencji wymagana jest analiza rynkowa.

66. Progi udziałów w rynku stosowane do celów utworzenia bezpiecznej przystani w ramach TTBER zależą od tego, czy umowa została zawarta pomiędzy konkurentami, czy też pomiędzy podmiotami nie będącymi konkurencją. Do celów TTBER, przedsiębiorstwa są konkurentami na odpowiednim rynku technologii, jeśli licencjonują technologie konkurencyjne. Do zastosowania progów udziału w rynku lub listy podstawowych ograniczeń konkurencji nie uwzględnia się potencjalnej konkurencji na rynku technologii. Poza bezpieczną przystanią utworzoną przez przepisy TTBER, potencjalna konkurencja na rynku technologii jest uwzględniana, ale nie prowadzi do zastosowania listy podstawowych ograniczeń konkurencji w odniesieniu do umów pomiędzy konkurentami (patrz punkt 31 powyżej).

67. Przedsiębiorstwa są konkurentami na odpowiednim rynku produktowym, jeśli oba przedsiębiorstwa działają na tym samym rynku (rynkach) geograficznym i produktowym, na których sprzedawane są produkty inkorporujące licencjonowaną technologię (konkurencja rzeczywista). Przedsiębiorstwa te uznaje się także za konkurentów, gdyby zaistniało realne prawdopodobieństwo, że ponieśliby oni dodatkowe nakłady lub koszty zmiany, by wejść na właściwy rynek produktowy i geograficzny w rozsądnym krótkim czasie⁴² w odpowiedzi na niewielki lecz stały wzrost relatywnych cen (potencjalna konkurencja).

68. Z punktów 66 i 67 wynika, że dwa przedsiębiorstwa nie są konkurentami w rozumieniu TTBER, jeśli licencjodawca nie jest ani rzeczywistym, ani potencjalnym dostawcą produktów na właściwy rynek a licencjodawca, już obecny na rynku produktowym, nie udziela licencji na technologię konkurencyjną, nawet jeśli ją posiada i wytwarza produkty w oparciu o nią. Jednakże strony stają się konkurentami, jeśli w późniejszym okresie licencjodawca zacznie udzielać licencji na własną technologię lub licencjodawca zostanie rzeczywistym lub potencjalnym dostawcą produktów na właściwy rynek. W tym przypadku lista podstawowych ograniczeń konkurencji dotycząca porozumień pomiędzy podmiotami nie będącymi konkurentami będzie nadal miała zastosowanie do takich porozumień, chyba, że zostaną one w późniejszym czasie istotnie zmienione (patrz art. 4(3) TTBER oraz punkt 31 powyżej).

69. W przypadku umów pomiędzy konkurentami próg udziału w rynku wynosi 20%, a w przypadku umów zawartych pomiędzy podmiotami nie konkurującymi wynosi 30% (patrz art. 3(1) i (2) TTBER). Jeśli przedsiębiorstwa będące stroną umowy licencyjnej nie są konkurentami, umowa podpada pod przepisy, jeśli udział w rynku obu stron nie przekracza 30% odpowiednich właściwych rynków technologii i rynków produktowych. Jeśli przedsiębiorstwa będące stroną umowy licencyjnej są konkurentami, umowa podpada pod przepisy, jeśli połączone udziały obu stron w rynku nie przekraczają 20% odpowiednich

⁴² Patrz punkt 29 powyżej.

właściwych rynków technologii i rynków produktowych. Progi udziałów w rynku mają zastosowanie zarówno do rynków technologii i rynków produktów inkorporujących licencjonowaną technologię. Jeśli dany próg udziału w rynku zostanie przekroczony na danych odpowiednim rynku, wyłączenie grupowe nie ma zastosowania do umowy na tym odpowiednim rynku. Na przykład, jeśli umowa licencyjna dotyczy dwóch oddzielnych rynków produktowych lub dwóch oddzielnych rynków geograficznych, wyłączenie grupowe może mieć zastosowanie tylko do jednego z rynków, ale już nie do drugiego.

70. W przypadku rynków technologii z art. 3(3) TTBER wynika, że udział w rynku licencjodawcy należy obliczać na podstawie sprzedaży licencjodawcy oraz wszystkich jego licencjobiorców odnośnie do produktów inkorporujących licencjonowaną technologię, oddzielnie dla każdego odpowiedniego rynku⁴³. Jeśli strony są konkurentami na rynku technologii, sprzedaż produktów inkorporujących własną technologię licencjobiorcy należy połączyć ze sprzedażą produktów inkorporujących licencjonowaną technologię. W przypadku nowych technologii, dla których nie odnotowano jeszcze sprzedaży, przypisuje się zerowy udział w rynku. Po rozpoczęciu sprzedaży technologia zacznie pozyskiwać udział w rynku.

71. W przypadku rynków produktowych, udział licencjobiorcy w rynku należy obliczać na podstawie sprzedaży przez licencjobiorcę produktów inkorporujących technologię licencjodawcy oraz produktów konkurencyjnych, tj. łącznej sprzedaży licencjobiorcy na właściwym rynku produktowym. Jeśli licencjodawca jest także dostawcą produktów na odpowiednim rynku, należy uwzględnić także sprzedaż licencjodawcy na właściwym rynku produktowym. Przy obliczaniu udziałów licencjobiorcy i/lub licencjodawcy w rynku na rynkach produktowych nie uwzględnia się jednak sprzedaży zrealizowanej przez innych licencjobiorców.

72. Udziały w rynku można obliczać na podstawie danych o wartości sprzedaży, jeśli są one dostępne. Dane takie zazwyczaj stanowią dokładniejszą wskazówkę siły danej technologii niż dane dotyczące wolumenu. Jednakże jeśli dane o wartości sprzedaży nie są dostępne, można wykorzystać szacunki oparte na pozostałych wiarygodnych informacjach rynkowych, w tym także danych o wolumenie sprzedaży w rynku właściwym.

73. Zasady określone powyżej można zilustrować poniższymi przykładami:

Licencjonowanie pomiędzy podmiotami nie będącymi konkurentami

Przykład 1

Firma A specjalizuje się w opracowywaniu produktów i technik biotechnologicznych i opracowała nowy produkt o nazwie Xeran. Firma nie jest aktywna jako producent Xeranu, ponieważ nie posiada ani zakładów produkcyjnych ani możliwości dystrybucji. Firma B jest jednym z producentów produktów konkurencyjnych, wytwarzanych przy zastosowaniu powszechnie dostępnych, nieopatentowanych technologii. W roku 1 B sprzedała produkty o wartości 25 mln EUR wytworzone przy zastosowaniu powszechnie dostępnych technologii. W roku 2 A udziela B licencji na produkcję Xeranu. W tym roku sprzedaż B osiąga wartość 15 mln EUR dla produktów wytwarzanych przy zastosowaniu powszechnie dostępnych technologii oraz 15 mln EUR dla Xeranu. W roku 3 oraz latach następnych B produkuje i sprzedaje wyłącznie Xeran, o wartości 40 mln EUR rocznie. Ponadto, w roku 2 firma A udziela także licencji firmie C. C nie była wcześniej aktywna na tym rynku produktowym. C wytwarza i sprzedaje wyłącznie Xeran, w roku 2 o wartości 10 mln EUR a w roku 3 i kolejnych o wartości 15 mln EUR. Ustalono, że łączny rynek Xeranu oraz jego pochodnych, na którym działają B i C, ma wartość 200 mln EUR każdego roku.

W roku 2, kiedy zawarto umowę licencji, udział w rynku technologii firmy A wynosił 0% a jej udział w rynku należy obliczyć na podstawie łącznej sprzedaży Xeranu za rok poprzedni. W roku 3 udział w rynku technologii firmy A wyniósł 12,5%, co odzwierciedla wartość Xeranu produkowanego przez B i C w roku 2. W roku 4 i latach kolejnych udział w rynku technologii firmy A wyniósł 27,5%, co odzwierciedla wartość Xeranu produkowanego przez B i C w roku poprzednim.

⁴³ Przyczyny tej reguły obliczania wyjaśniono w punkcie 23 powyżej.

W roku 2 udział w rynku produktowym firmy B wyniósł 12,5%, co odzwierciedla sprzedaż firmy B w wysokości 25 mln EUR w roku 1. W roku 3 udział w rynku produktowym firmy B wyniósł 15%, ponieważ jego sprzedaż wzrosła do 30 mln EUR w roku 2. W roku 4 i latach kolejnych udział w rynku produktowym firmy B wyniósł 20%, a jego sprzedaż wynosi 40 mln EUR rocznie. Udział w rynku produktowym firmy C wyniósł 0% w roku 1 i 2,5% w roku 3 oraz 7,5% w latach kolejnych.

Ponieważ umowy licencyjne zawarte zostały pomiędzy podmiotami nie będącymi konkurentami a poszczególne udziały w rynku firm A, B i C wynoszą poniżej 30% rocznie, umowy mieszczą się w zakresie bezpiecznej przystani utworzonej przepisami TTBER.

Przykład 2

Sytuacja jak w przykładzie 1, natomiast B i C działają na oddzielnych rynkach geograficznych. Ustalono, że łączny rynek Xeranu oraz jego pochodnych ma wartość 100 mln EUR rocznie na każdym rynku geograficznym.

W tym przypadku udział w rynku technologii firmy A należy obliczyć dla każdego z tych rynków geograficznych. Na rynku, gdzie działa B, udział w rynku firmy A zależy od sprzedaży Xeranu przez B. Ponieważ w tym przykładzie zakłada się, że łączny rynek wynosi 100 mln EUR, tj. połowę wielkości rynku z przykładu 1, udział firmy A w rynku wynosi 0% w roku 2, 15% w roku 3 i 40% w latach kolejnych. Udział w rynku firmy B wyniósł 25% w roku 2, 30% w roku 3 oraz 40% w latach kolejnych. W roku 2 i 3 udziały w rynku firm A i B nie przekroczyły progu 30%. Próg zostaje jednak przekroczony począwszy od roku 4, co oznacza, że zgodnie z art. 8(2) TTBER, po roku 6 umowa licencyjna pomiędzy A i B nie może już korzystać z bezpiecznej przystani, ale musi być oceniana indywidualnie.

Na rynku, gdzie działa C, udział w rynku firmy A zależy od sprzedaży Xeranu przez C. Udział w rynku technologii firmy A, na podstawie sprzedaży C za poprzedni rok, wyniósł 0% w roku 2, 10% w roku 3 oraz 15% w latach kolejnych. Udział rynkowy firmy C w rynku produktowym jest taki sam: 0% w roku 2, 10% w roku 3 oraz 15% w latach kolejnych. Umowa licencyjna pomiędzy A i C zatem mieści się w ramach bezpiecznej przystani przez cały okres.

Licencjonowanie pomiędzy konkurentami

Przykład 3

Firmy A i B działają na tym samym odpowiednim rynku produktowym i geograficznym pewnego produktu chemicznego. Każda z nich posiada także patent na różne technologie wykorzystywane do produkcji tego produktu. W roku 1 A i B podpisują umowę wzajemnego licencjonowania, udzielając sobie nawzajem licencji na wykorzystanie technologii drugiej strony. W roku 1 A i B produkują przy użyciu wyłącznie własnej technologii a A osiąga sprzedaż 15 mln EUR dla produktu, podczas gdy B sprzedaje produkt o wartości 20 mln EUR. Począwszy od roku 2 obie firmy stosują technologie własną i technologię drugiej strony. Począwszy od tego roku A sprzedaje za 10 mln EUR produkt wytworzony przy użyciu własnej technologii i za 10 mln EUR produkt wytworzony przy użyciu technologii firmy B. Począwszy od roku 2 B sprzedaje za 15 mln EUR produkt wytworzony przy użyciu własnej technologii i za 10 mln EUR produkt wytworzony przy użyciu technologii firmy A. Ustalono, że łączny rynek produktu oraz jego pochodnych ma wartość 100 mln EUR rocznie.

Aby ocenić zgodność umowy licencyjnej z przepisami TTBER, należy obliczyć udziały w rynku firm A i B zarówno dla rynku technologii i dla rynku produktowego. Udział firmy A w rynku technologii zależy od ilości produktów sprzedanych w poprzednim roku, wytworzonego zarówno przez A i B przy użyciu technologii firmy A. W roku 2 udział w rynku technologii firmy A wyniósł zatem 15%, co odzwierciedla własną produkcję i sprzedaż w wysokości 15 mln EUR w roku 1. Począwszy od roku 3 udział w rynku technologii firmy A wyniósł 20%, co odzwierciedla 20 mln EUR sprzedaży produktu produkowanego przy użyciu technologii firmy A, wytworzonego i sprzedanego przez A i B (10 mln EUR każda). Podobnie, udział w rynku technologii firmy B wyniósł 20% w roku 2 oraz 25% w latach kolejnych.

Udział w rynku firm A i B na rynku produktowym zależy od poszczególnych wartości sprzedaży w poprzednim roku, bez względu na użytą technologię. Udział rynkowy firmy A w rynku produktowym wynosi 15% w roku 2 i 20% w latach kolejnych. Udział rynkowy firmy B w rynku produktowym wynosi 20% w roku 2 i 25% w latach kolejnych.

Ponieważ umowa zawarta została pomiędzy konkurentami, ich łączony udział w rynku, zarówno na rynku technologii i na rynku produktowym, nie może przekraczać progu 20%, aby firmy mogły skorzystać z bezpiecznej przystani. Widać wyraźnie, że tak nie jest w tym przypadku. Połączony udział rynkowy w rynku technologii i w rynku produktowym wynosi 35% w roku 2 i 45% w latach kolejnych. Ta umowa zawarta pomiędzy konkurentami będzie zatem wymagała indywidualnej oceny.

4. Podstawowe ograniczenia konkurencji na gruncie rozporządzenia o wyłączeniu grupowym

4.1. Zasady ogólne

74. Artykuł 4 TTBER zawiera listę podstawowych ograniczeń konkurencji. Klasyfikacja ograniczenia jako podstawowego ograniczenia konkurencji opiera się na charakterze ograniczenia, a doświadczenie uczy, że takie ograniczenia niemal zawsze uniemożliwiają konkurencję. Zgodnie z orzecznictwem sądów wspólnotowych⁴⁴, ograniczenie takie może wynikać z wyraźnego celu umowy lub z okoliczności danego przypadku (patrz punkt 14 powyżej).

75. Jeśli porozumienie o transferze technologii zawiera podstawowe ograniczenia konkurencji, z art. 4(1) i 4(2) TTBER wynika, że całość umowy nie mieści się w zakresie wyłączenia grupowego. Dla celów TTBER, podstawowe ograniczenia konkurencji nie mogą zostać wyodrębnione z pozostałych postanowień porozumienia. Ponadto, Komisja uważa, że w kontekście oceny indywidualnej podstawowe ograniczenia konkurencji tylko w wyjątkowych okolicznościach będą spełniać cztery warunki art. 81(3) (patrz punkt 18 powyżej).

76. Art. 4 TTBER wprowadza rozróżnienie umów zawieranych pomiędzy konkurentami i umów zawieranych pomiędzy podmiotami nie będącymi konkurentami.

4.2. Umowy pomiędzy konkurentami

77. Art. 4(1) wymienia podstawowe ograniczenia konkurencji w porozumieniach licencyjnych między konkurentami. Zgodnie z art. 4(1), TTBER nie obejmuje umów, które, bezpośrednio lub pośrednio, samodzielnie lub w połączeniu z innymi czynnikami pod kontrolą stron, mają za cel:

- a) ograniczenie zdolności strony do ustalania cen przy sprzedaży stronom trzecim,
- b) ograniczenie wytwarzania, z wyjątkiem ograniczeń w zakresie wytwarzania produktów objętych umową, nałożone na licencjodawcę w porozumieniu „jednokierunkowym” lub nałożone jedynie na jednego z licencjodawców w porozumieniu wzajemnym;
- c) podział rynków lub klientów, z wyjątkiem:
 - i) zobowiązania licencjodawcy(-ów) do wytwarzania z wykorzystaniem technologii licencjonowanej tylko w jednej lub więcej technicznych dziedzinach zastosowań lub na jednym lub więcej rynkach produktu,
 - ii) zobowiązania licencjodawcy i/lub licencjodawcy, w porozumieniu „jednokierunkowym”, do niewytwarzania z wykorzystaniem technologii licencjonowanej tylko w jednej lub więcej technicznych dziedzinach zastosowań lub na jednym lub więcej rynkach produktu, lub na jednym lub więcej wyłącznych terytoriach zastrzeżonych dla drugiej strony,
 - iii) zobowiązania licencjodawcy do nieudzielania licencji na korzystanie z technologii innemu licencjodawcy na konkretnym terytorium,
 - iv) ograniczenia przez licencjodawcę i/lub licencjodawcę, w porozumieniu „jednokierunkowym”, sprzedaży czynnej i/lub biernej na wyłącznym terytorium lub wyłącznej grupie klientów zastrzeżonej dla drugiej strony,
 - v) ograniczenia przez licencjodawcę, w porozumieniu „jednokierunkowym”, sprzedaży czynnej na wyłącznym terytorium lub wyłącznej grupie klientów, które zostały przydzielone przez licencjo-

⁴⁴ Patrz np. orzecznictwo cytowane w przyp. 15.

- dawcę innemu licencjodawcy, o ile ten ostatni nie był przedsiębiorstwem konkurującym wobec licencjodawcy w momencie zawierania jego własnego porozumienia licencyjnego,
- vi) zobowiązania licencjodawcy do wytwarzania produktów objętych umową jedynie na jego własny użytek, pod warunkiem że nie ma ograniczeń dla licencjodawcy w zakresie czynnej i biernej sprzedaży produktów objętych umową jako części zapasowych dla jego własnych produktów,
 - vii) zobowiązania licencjodawcy, w porozumieniu „jednokierunkowym”, do wytwarzania produktów objętych umową jedynie dla konkretnego klienta, w przypadku gdy licencja została udzielona w celu utworzenia alternatywnego źródła dostaw dla tego klienta;
- d) ograniczenie zdolności licencjodawcy do wykorzystywania jego własnej technologii lub ograniczenie zdolności którejkolwiek ze stron porozumienia do prowadzenia działań w zakresie badań i rozwoju, chyba że to ostatnie ograniczenie jest niezbędne, aby zapobiec ujawnieniu licencjonowanego know-how wobec stron trzecich.

78. W przypadku niektórych podstawowych ograniczeń konkurencji TTBER wprowadza rozróżnienie pomiędzy umowami wzajemnymi a niewzajemnymi. Lista podstawowych ograniczeń jest surowsza dla umów wzajemnych niż dla umów niewzajemnych zawieranych pomiędzy konkurentami. Umowy wzajemne to umowy wzajemnego licencjonowania, gdzie licencjonowane technologie to technologie konkurencyjne lub takie, które można stosować przy produkcji konkurencyjnych towarów. Umowa niewzajemna to umowa, gdzie tylko jedna ze stron udziela licencji na swoją technologię drugiej stronie lub gdzie w przypadku wzajemnego licencjonowania technologie nie są wobec siebie konkurencyjne i nie mogą być wykorzystywane przy produkcji produktów konkurencyjnych. Umowa nie jest wzajemna wyłącznie z tego powodu, że zawiera obowiązek wymiany usprawnień wynalazków (grant back) lub dlatego, że licencjodawca udziela licencjodawcy licencji na usprawnienia licencjonowanej technologii. Jeśli w późniejszym okresie umowa niewzajemna stanie się umową wzajemną z powodu zawarcia przez strony drugiej umowy licencyjnej, strony mogą musieć zmienić pierwszą umowę licencyjną, aby uniknąć podstawowego ograniczenia konkurencji w tej umowie. W ocenie poszczególnych przypadków Komisja uwzględni czas, jaki upłynął pomiędzy zawarciem pierwszej i drugiej umowy licencyjnej.

79. Podstawowe ograniczenia konkurencji wymienione w art. 4(1)(a) dotyczą porozumień zawieranych pomiędzy konkurentami, których celem jest ustalenie cen dla produktów sprzedawanych osobom trzecim, w tym produktów inkorporujących licencjonowaną technologię. Ustalanie cen pomiędzy konkurentami stanowi ograniczenie konkurencji z racji samego celu porozumienia. Ustalanie cen na przykład może przybrać postać bezpośredniej umowy dotyczącej dokładnej ceny, jaka ma być pobierana, lub cennika z pewnymi dozwolonymi maksymalnymi rabatami. Nie ma znaczenia, czy umowa dotyczy cen stałych, minimalnych, maksymalnych lub rekomendowanych. Ustalanie cen można także wprowadzić pośrednio, poprzez stosowanie środków zniechęcających do odejścia od uzgodnionego poziomu cen, zawierając w umowie postanowienie, że stawka opłat licencyjnych wzrośnie, jeśli ceny produktu ulegną obniżeniu poniżej pewnego poziomu. Jednakże zobowiązanie licencjodawcy do płacenia pewnej minimalnej opłaty licencyjnej nie stanowi samo w sobie ustalania cen.

80. Jeśli opłaty licencyjne są obliczane na podstawie indywidualnej sprzedaży produktów, kwota opłaty licencyjnej ma bezpośredni wpływ na koszt krańcowy produktu a więc bezpośredni wpływ na ceny produktu⁴⁵. Konkurenci mogą zatem wykorzystywać wzajemne licencjonowanie z wzajemnymi bieżącymi opłatami licencyjnymi jako środek do koordynacji cen na kolejnych rynkach produktowych⁴⁶. Jednakże Komisja będzie traktować jako ustalanie cen tylko te licencje wzajemne z wzajemnymi bieżącymi opłatami licencyjnymi, gdzie umowa jest pozbawiona jakiegokolwiek celu promocji konkurencji i zatem nie stanowi umowy licencyjnej w dobrej wierze. W takich przypadkach umowa nie tworzy żadnej wartości a więc nie ma ważnego uzasadnienia biznesowego, jest fikcyjna i w rzeczywistości równa się znowie.

81. Podstawowe ograniczenia konkurencji wymienione w art. 4(1)(a) obejmują także porozumienia, na mocy których opłaty licencyjne są naliczane na podstawie sprzedaży wszystkich towarów niezależnie od tego, czy wykorzystują one licencjonowaną technologię. Umowy takie podpadają także pod art. 4(1)(d), zgodnie z którym licencjodawca nie może być ograniczonym w swojej możliwości wykorzystania własnej technologii (patrz punkt 95 poniżej). Ogólnie, takie umowy ograniczają konkurencję, ponieważ podno-

⁴⁵ Patrz punkt 98 Wytocznych w sprawie stosowania art. 81(3) Traktatu cytowanych w przyp. 2.

⁴⁶ Ma to także miejsce, gdy jedna ze stron udziela licencji drugiej stronie i zgadza się zakupić fizyczny wkład od licencjodawcy. Cena zakupu może pełnić tę samą funkcję, co opłata licencyjna.

szą koszty wykorzystania własnej, konkurencyjnej technologii licencjodawcy i ograniczają konkurencję, która istniała w przypadku braku umowy⁴⁷. Ma to miejsce zarówno w przypadku umów wzajemnych, jak i niewzajemnych. Jednakże wyjątkowo umowa, w której opłaty licencyjne są obliczane na podstawie sprzedaży wszystkich towarów, może spełniać warunki art. 81(3) w indywidualnych przypadkach, gdzie na podstawie czynników obiektywnych można uznać, że ograniczenie jest niezbędne, by doszło do licencjonowania sprzyjającego konkurencji. Może to mieć miejsce w przypadku gdy, przy braku ograniczenia, obliczenie i śledzenie opłaty licencyjnej płatnej przez licencjodawcę nie byłoby możliwe lub nieodpowiednio trudne, na przykład ponieważ technologia licencjodawcy nie pozostawia widocznych śladów w produkcie końcowym a praktyczne metody monitorowania są niedostępne.

82. Podstawowe ograniczenia konkurencji określone w art. 4(1)(b) dotyczą wzajemnych ograniczeń produkcji nałożonych na strony. Ograniczenie produkcji to ograniczenie ilości, jaką dana strona może produkować i sprzedawać. Art. 4(1)(b) nie obejmuje ograniczeń produkcji nałożonych na licencjodawcę w umowie niewzajemnej lub ograniczeń produkcji nałożonych na jednego z licencjodawców w umowie wzajemnej, pod warunkiem, że ograniczenie produkcji dotyczy tylko produktów wytwarzanych przy użyciu licencjonowanej technologii. Art. 4(1)(b) tym samym uznaje za podstawowe ograniczenia konkurencji ograniczenia produkcji nałożone na strony i ograniczenia produkcji nałożone na licencjodawcę w odniesieniu do jego własnej technologii. Jeśli konkurencji postanowią nałożyć wzajemne ograniczenia produkcji, celem i prawdopodobnym skutkiem umowy będzie zmniejszenie ilości towaru na rynku. To samo dotyczy umów, które ograniczają zachęty dla stron do zwiększania produkcji, na przykład przez zobowiązanie każdą ze stron do opłat w momencie przekroczenia pewnego poziomu produkcji.

83. Bardziej korzystne traktowanie niewzajemnych ograniczeń ilości opiera się na założeniu, że jednostronne ograniczenie niekoniecznie prowadzi do mniejszej liczby produktów na rynku, przy czym także ryzyko, że umowa nie jest umową licencji w dobrej wierze jest mniejsze, gdy ograniczenie jest niewzajemne. Jeśli licencjodawca chce zaakceptować jednostronne ograniczenie, prawdopodobnie umowa doprowadzi do rzeczywistej integracji technologii komplementarnych lub do zwiększającej wyniki integracji wyższej technologii licencjodawcy i środków produkcji licencjodawcy. W umowie wzajemnej ograniczenie produkcji nałożone na jednego z licencjodawców może odzwierciedlać wyższą wartość technologii licencjonowanej przez jedną ze stron i może służyć do promowania licencjonowania sprzyjającego konkurencji.

84. Podstawowe ograniczenie konkurencji określone w art. 4(1)(c) dotyczy podziału rynków lub klientów. Umowy, na mocy których konkurencji dzielą się rynkami i klientami, mają za cel ograniczenie konkurencji. Podstawowe ograniczenie konkurencji występuje, gdy konkurencji w umowie wzajemnej postanowił lub dostarczał produktów objętych umową z tego terytorium i/lub pasywnie na pewnych terytoriach lub dla pewnych klientów zastrzeżonych dla drugiej strony.

85. Art. 4(1)(c) ma zastosowanie niezależnie od tego, czy licencjodawca ma swobodę wykorzystania własnej technologii. Jeśli licencjodawca wyposażył się tak, by móc wykorzystywać technologię licencjodawcy przy produkcji danego produktu, utrzymanie oddzielnej linii produkcyjnej stosującej inną technologię w celu obsługi klientów objętych ograniczeniami może być sprawą kosztowną. Co więcej, zważywszy na antykonkurencyjny potencjał ograniczenia, licencjodawca może mieć niewiele zachęt do produkowania przy użyciu własnej technologii. Ograniczenia takie raczej nie są także niezbędne, by mogło mieć miejsce licencjonowanie sprzyjające konkurencji.

86. Zgodnie z art. 4(1)(c)(ii) nie jest podstawowym ograniczeniem konkurencji, udzielenie – przez licencjodawcę w umowie niewzajemnej o udzielenie licencji wyłącznej – licencji na produkcję przy użyciu licencjonowanej technologii na określonym terytorium i tym samym zgodzi się, że sam nie będzie produkował lub dostarczał produktów objętych umową z tego terytorium. Takie wyłączne licencje są objęte wyłączeniem grupowym niezależnie od zasięgu terytorialnego. Jeśli licencja jest udzielona na cały świat, wyłączność oznacza, że licencjodawca rezygnuje z wejścia lub pozostania na rynku. Wyłączenie grupowe ma także zastosowanie w sytuacji, gdy licencja jest ograniczona do jednego lub kilku zastosowań technicznych lub jednego lub kilku rynków produktowych. Celem umowy objętej przepisami art. 4(1)(c)(ii) może być udzielenie licencjodawcy zachęty do inwestowania i rozwijania licencjonowanej technologii. Zatem celem umowy niekoniecznie jest podział rynków.

⁴⁷ Patrz wyrok w sprawie 193/83, *Windsurfing International*, [1986] ECR 611, paragraf 67.

87. Zgodnie z art. 4(1)(c)(iv) oraz z tego samego powodu, wyłączenie grupowe ma także zastosowanie do nawzajemnych umów, w których strony postanawiają nie sprzedawać aktywnie lub pasywnie⁴⁸ na wyłącznym terytorium lub dla wyłącznej grupy klientów zastrzeżonej dla drugiej strony.

88. Zgodnie z art. 4(1)(c)(iii) nie jest podstawowym ograniczeniem konkurencji, jeśli licencjodawca wyznaczy licencjodawcę na swojego wyłącznego licencjodawcę na danym terytorium, z założeniem, że osoby trzecie nie uzyskają licencji na produkcję przy zastosowaniu technologii licencjodawcy na danym terytorium. W przypadku takich licencji wyłącznych, wyłączenie grupowe ma zastosowanie niezależnie od tego, czy umowa jest wzajemna lub nawzajemna, zważywszy, że umowa nie wpływa na zdolność stron do pełnego wykorzystania swojej własnej technologii na danych terytoriach.

89. Art. 4(1)(c)(v) wyłącza z listy podstawowych ograniczeń konkurencji a więc obejmuje wyłączeniem grupowym do progów udziałów w rynku ograniczenia w umowie nawzajemnej dotyczącej aktywnej sprzedaży przez licencjodawcę na terytorium albo dla grupy klientów przyznanych przez licencjodawcę innemu licencjodawcy. Warunkiem jest jednakże, by chroniony licencjodawca nie był konkurentem licencjodawcy w momencie zawarcia umowy. Nie ma gwarancji, że takie ograniczenia zostaną uznane za podstawowe. Poprzez zezwalanie licencjodawcy na udzielenie licencjodawcy, który nie istniał jeszcze na rynku, ochrony przeciwko aktywnej sprzedaży licencjodawców, którzy są konkurentami licencjodawcy i którzy z tego powodu już mają pozycję na rynku, ograniczenia takie prawdopodobnie skłonią licencjodawcę do wydajniejszego wykorzystania technologii. Z drugiej strony, jeśli licencjodawcy uzgodnią między sobą, że nie będą prowadziły aktywnej lub pasywnej sprzedaży na pewnych terytoriach lub dla pewnych grup klientów, umowa jest równoznaczna ze znową licencjodawców. Zważywszy, że takie umowy nie wiążą się z transferem technologii, znajdują się one poza zakresem TTBER.

90. Zgodnie z art. 4(1)(c)(i) ograniczenia w umowach pomiędzy konkurentami, które ograniczają licencję do jednego lub kilku rynków produktowych lub technicznych zastosowań⁴⁹ nie stanowią podstawowych ograniczeń konkurencji. Takie ograniczenia są objęte wyłączeniem grupowym do progu udziału w rynku wynoszącego 20%, niezależnie od tego, czy umowa jest wzajemna czy nawzajemna. Warunkiem zastosowania wyłączenia grupowego jest jednak to, by ograniczenia zakresu zastosowania nie wykraczały poza zakres licencjonowanych technologii. Warunkiem jest także to, by licencjodawcy nie mieli ograniczeń w zakresie stosowania własnej technologii (patrz art. 4(1)(d)). Jeśli licencjodawcy posiadają ograniczenia w wykorzystaniu własnej technologii, umowa jest jednoznaczna z podziałem rynku.

91. Wyłączenie grupowe ma zastosowanie niezależnie od tego, czy ograniczenie zakresu zastosowania jest symetryczne czy też niesymetryczne. Niesymetryczne ograniczenie zakresu zastosowania we wzajemnej umowie licencji oznacza, że obie strony mają prawo wykorzystywania odpowiednich technologii objętych licencją tylko do odmiennych zastosowań. O ile strony nie posiadają ograniczeń w wykorzystaniu własnych technologii, nie uznaje się, że umowa skłania strony do zrezygnowania lub powstrzymania się przed zastosowaniem objętych przez licencję udzieloną drugiej stronie. Nawet jeśli licencjodawcy wyposażą się w celu wykorzystania licencjonowanej technologii w licencjonowanym zakresie zastosowania, może nie mieć to przełożenia na środki wykorzystywane do produkcji poza zakresem licencji. W tym miejscu ważne jest, by ograniczenie dotyczyło wyraźnych rynków produktowych lub zakresów zastosowań, a nie klientów, podzielonych według terytorium lub grupy, którzy nabywają produkty należące do tego samego rynku produktowego lub zakresu zastosowania technicznego. Uważa się, że ryzyko podziału rynku jest znacząco większe w tym ostatnim przypadku (patrz punkt 85 powyżej). Ponadto, ograniczenia zakresu zastosowania mogą być konieczne do promowania licencjonowania sprzyjającego konkurencji (patrz punkt 182 poniżej).

92. Art. 4(1)(c)(vi) zawiera kolejny wyjątek, mianowicie ograniczeń zastosowania na potrzeby własne, tj. wymaganie, zgodnie z którym licencjodawca może wytwarzać produkty inkorporujące licencjonowaną technologię wyłącznie na własny użytek. Jeśli produkt umowy jest komponentem, licencjodawca może być zmuszony do produkcji tego komponentu wyłącznie w celu włączenia go do własnych produktów i nie sprzedawania komponentu innymi producentom. Licencjodawca musi jednakże posiadać możliwość sprzedaży komponentów jako części zamiennych do własnych produktów i tym samym musi mieć możliwość zapewniania dostaw osobom trzecim, które realizują obsługę posprzedażną produktów. Ograniczenia zastosowania na własny użytek, zgodnie z powyższą definicją, mogą być konieczne, by

⁴⁸ O ogólnej definicji sprzedaży aktywnej i pasywnej jest mowa w punkcie 50 Wytycznych w sprawie ograniczeń pionowych cytowanych w przyp. 36.

⁴⁹ Ograniczenia zakresu stosowania zostały omówione w rozdziale IV.2.4 poniżej.

promować rozpowszechnianie technologii, w szczególności pomiędzy konkurentami, i są objęte wyłączeniem grupowym. Ograniczenia te zostały także omówione w rozdziale IV.2.5 poniżej.

93. Wreszcie, art. 4(1)(c)(vii) wyłącza z listy podstawowych ograniczeń konkurencji zobowiązanie licencjodawcy w porozumieniu jednostronnym do wytwarzania produktów objętych umową tylko dla określonego klienta w celu stworzenia alternatywnego źródła dostaw dla tego klienta. Zatem warunkiem zastosowania art. 4(1)(c)(vii) jest ograniczenie licencji to stworzenia alternatywnego źródła dostaw dla konkretnego klienta. Jednakże nie jest warunkiem udzielenie tylko jednej takiej licencji. Art. 4(1)(c)(vii) obejmuje także sytuacje, gdzie więcej niż jedno przedsiębiorstwo otrzymuje licencję na dostawy dla tego samego określonego klienta. Możliwość, że takie umowy spowodują podział rynku, jest ograniczona w sytuacji, gdy licencja udzielana jest wyłącznie w celu realizacji dostaw dla konkretnego klienta. W szczególności, w takich okolicznościach nie można zakładać, że umowa spowoduje, że licencjodawca przestanie wykorzystywać własną technologię.

94. Podstawowe ograniczanie konkurencji określone w art. 4(1)(d) obejmuje w pierwszym rzędzie ograniczenia możliwości którejkolwiek ze stron do prowadzenia prac badawczo-rozwojowych. Obie strony muszą posiadać swobodę prowadzenia niezależnych prac badawczo-rozwojowych. Reguła ta ma zastosowanie niezależnie od tego, czy ograniczenie dotyczy dziedziny objętej licencją czy innych dziedzin. Jednakże sam fakt, iż strony postanawiają przekazać sobie nawzajem przyszłe usprawnienia swoich technologii nie oznacza, że jest to ograniczenie niezależnych prac badawczo-rozwojowych. Skutki takich umów na konkurencję należy oceniać w świetle okoliczności specyficznych dla danego przypadku. Art. 4(1)(d) nie obejmuje ograniczenia strony do prowadzenia prac badawczo-rozwojowych z osobami trzecimi, o ile takie ograniczenie jest konieczne do ochrony know-how licencjodawcy przed ujawnieniem. Aby obowiązywał wyjątek, ograniczenia nałożone w celu ochrony know-how licencjodawcy przed ujawnieniem muszą być konieczne i proporcjonalne do zapewnienia takiej ochrony. Na przykład, jeśli umowa taka określa, że poszczególni pracownicy licencjodawcy zostaną przeszkoleni i będą odpowiedzialni za wykorzystanie licencjonowanego know-how, wystarczającym działaniem może być zobowiązanie licencjodawcy do uniemożliwienia tym pracownikom udziału w pracach badawczo-rozwojowych z udziałem osób trzecich. Równie odpowiednie mogą być inne zabezpieczenia.

95. Zgodnie z art. 4(1)(d) licencjodawca musi także posiadać swobodę wykorzystania własnej konkurencyjnej technologii, pod warunkiem, że czyniąc to nie wykorzystuje technologii otrzymanej na licencji od licencjodawcy. W odniesieniu do własnej technologii licencjodawca nie może podlegać ograniczeniom miejsca produkcji lub sprzedaży, ilości produkcji lub sprzedaży oraz ceny sprzedaży. Licencjodawca nie może także być zobowiązany do płacenia opłat licencyjnych za produkty wytworzone na podstawie własnej technologii (patrz punkty 81 powyżej). Ponadto licencjodawca nie może być ograniczony w zakresie udzielania osobom trzecim licencji na własną technologię. Jeśli na wykorzystanie własnej technologii przez licencjodawcę lub prowadzenia przez niego prac badawczo-rozwojowych nałożone są ograniczenia, konkurencyjność technologii licencjodawcy jest ograniczona. Skutkiem tego jest ograniczenie konkurencji na istniejących rynkach produktowych i rynkach technologii oraz zmniejszenie zachęt dla licencjodawcy w zakresie inwestowania w rozwój i usprawnianie własnej technologii.

4.3. Porozumienia pomiędzy podmiotami niebędącymi konkurentami

96. Art. 4(2) wymienia podstawowe ograniczenia konkurencji w przypadku licencjonowania pomiędzy podmiotami nie będącymi konkurentami. Zgodnie z tym postanowieniem, TTBER nie obejmuje umów, które, bezpośrednio lub pośrednio, samodzielnie lub w połączeniu z innymi czynnikami pod kontrolą stron, mają za cel:

- a) ograniczenie zdolności strony do ustalania cen przy sprzedaży produktów objętych umową stronom trzecim, bez uszczerbku dla możliwości wyznaczania najwyższej ceny sprzedaży lub wskazywania ceny sprzedaży, pod warunkiem że nie jest to równoznaczne ze stałą lub najniższą ceną sprzedaży określaną w wyniku nacisku którejkolwiek ze stron lub zachęt proponowanych przez którąkolwiek ze stron;
- b) ograniczenie terytorium lub klientów, na które lub którym licencjodawca może biernie sprzedawać produkty objęte umową, z wyjątkiem:
 - i) ograniczenia sprzedaży biernej na wyłącznym terytorium lub wyłącznej grupie klientów, które są zastrzeżone dla licencjodawcy;
 - ii) ograniczenia sprzedaży biernej na wyłącznym terytorium lub wyłącznej grupie klientów, które zostały przydzielone przez licencjodawcę innemu licencjodawcy w ciągu pierwszych dwóch lat,

- podczas których ten inny licencjodawca sprzedaje produkty objęte umową na danym terytorium lub danej grupie klientów;
- iii) zobowiązania do wytwarzania produktów objętych umową jedynie na swój własny użytek, pod warunkiem że nie ma ograniczeń dla licencjodawcy w zakresie czynnej i biernej sprzedaży produktów objętych umową jako części zapasowych dla jego własnych produktów;
 - iv) zobowiązania do wytwarzania produktów objętych umową jedynie dla konkretnego klienta, w przypadku gdy licencja ta została udzielona w celu utworzenia alternatywnego źródła dostaw dla tego klienta;
 - v) ograniczenia sprzedaży odbiorcom końcowym przez licencjodawcę działającego na poziomie sprzedaży hurtowej;
 - vi) ograniczenia sprzedaży nieautoryzowanym dystrybutorom przez uczestników systemu selektywnej dystrybucji;
- c) ograniczenie sprzedaży czynnej lub biernej odbiorcom końcowym przez licencjodawcę będącego uczestnikiem systemu selektywnej dystrybucji i działającego na poziomie sprzedaży detalicznej, bez uszczerbku dla możliwości zakazywania uczestnikowi systemu prowadzenia działalności z nieuprawnionego miejsca.

97. Podstawowe ograniczenie konkurencji określone w art. 4(2)(a) dotyczy ustalania cen pobieranych przy sprzedaży produktów osobom trzecim. Mówiąc konkretniej, postanowienie to obejmuje ograniczenia, których bezpośrednim lub pośrednim celem jest ustalenie stałej lub minimalnej ceny sprzedaży lub stałego lub minimalnego poziomu cen, który ma obowiązywać licencjodawcę lub licencjodawcę przy sprzedaży produktów osobom trzecim. W przypadku umów, które bezpośrednio określają cenę sprzedaży, ograniczenie jest wyraźne. Jednakże ustalenie cen sprzedaży można także osiągnąć środkami pośrednimi. Przykładami tego mogą być umowy ustalające marżę, ustalające maksymalny poziom rabatów, wiążące cenę sprzedaży z ceną sprzedaży konkurentów, groźby, zastraszania, ostrzeżenia kary lub rozwiązanie umowy w odniesieniu do zachowania danego poziomu cen. Pośrednie lub bezpośrednie sposoby uzyskania ustalonych cen mogą być skuteczniejsze, jeśli się je połączy z działaniami określającymi redukcję cen, takimi jak wdrożenie systemu monitorowania cen lub nałożenia na licencjodawców obowiązku zgłaszania zmian cen. Podobnie, pośrednie lub bezpośrednie ustalanie cen może być skuteczniejsze w połączeniu z działaniami, które obniżają zachęty licencjodawcy do obniżania ceny sprzedaży, jak na przykład w sytuacji, gdy licencjodawca zobowiązuje licencjodawcę do zastosowania klauzuli najlepszych warunków, tj. zobowiązania do udzielania klientowi lepszych warunków niż udzielonych innemu klientowi. Te same środki można wykorzystać do sprawienia, że ceny maksymalne lub zalecane będą funkcjonować jako ceny ustalone lub minimalne. Jednakże postanowienie dotyczące listy zalecanych cen lub nakładanie przez licencjodawcę na licencjodawcę maksymalnej ceny nie jest uznawane samo w sobie za prowadzące do ustalenia stałych lub minimalnych cen sprzedaży.

98. Art. 4(2)(b) określa jako podstawowe ograniczenia konkurencji umowy lub uzgodnione praktyki, których bezpośrednim lub pośrednim celem jest ograniczenie biernej sprzedaży przez licencjodawców produktów inkorporujących licencjonowaną technologię⁵⁰. Ograniczenia sprzedaży biernej nałożone na licencjodawcę mogą wynikać z bezpośrednich zobowiązań, takich jak zobowiązanie niesprzedawania produktów pewnym klientom lub klientom na pewnych terytoriach lub zobowiązanie odsyłania zleceń tych klientów do innych licencjodawców. Mogą one także wynikać z pośrednich działań, których celem jest zmuszenie licencjodawcy do powstrzymania się od takiej sprzedaży, jak zachęty finansowe oraz wdrożenie systemu monitorowania mającego na celu sprawdzanie rzeczywistego miejsca przeznaczenia licencjonowanych produktów. Ograniczenia ilościowe mogą także być pośrednim sposobem na ograniczenie sprzedaży pasywnej. Komisja nie będzie zakładała, że ograniczenia ilościowe spełniają ten cel. Jednakże inaczej będzie w przypadku, gdy ograniczenia ilości stosowane są do realizacji tkwiącej u podstaw umowy podziału rynku. Wskazówki takich działań to między innymi korekta ilości produktów w czasie, by pokryć tylko lokalny popyt, połączenie ograniczeń ilości i obowiązku sprzedaży minimalnych ilości na terytorium, obowiązek minimalnych opłat licencyjnych powiązanych ze sprzedażą na terytorium, zróżnicowanie stawek opłat licencyjnych w zależności od miejsca docelowego produktów oraz monito-

⁵⁰ To podstawowe ograniczenie dotyczy umów licencyjnych dotyczących handlu wewnątrz Wspólnoty. Co się tyczy umów dotyczących eksportu poza Wspólnotę lub importu/reimportu spoza Wspólnoty, patrz wyrok w sprawie C-306/96, *Javico*, [1998] ECR I-1983.

rowanie miejsca docelowego produktów sprzedawanych przez poszczególnych licencjodawców. Ogólne podstawowe ograniczenie konkurencji obejmujące sprzedaż pasywną realizowaną przez licencjodawców podlega licznym wyjątkom, omówionym poniżej.

99. Art. 4(2)(b) nie obejmuje ograniczeń sprzedaży nałożonych na licencjodawcę. Wszystkie ograniczenia nałożone na licencjodawcę są objęte wyłączeniem grupowym do progu udziału w rynku w wysokości 30%. To samo dotyczy wszystkich ograniczeń aktywnej sprzedaży prowadzonej przez licencjodawcę, z wyjątkiem postanowień dotyczących aktywnej sprzedaży omówionych w punktach 105 i 106 poniżej. Wyłączenie grupowe ograniczeń aktywnej sprzedaży opiera się na założeniu, że takie ograniczenia promują inwestycje, konkurencję pozacenową oraz ulepszenia jakości usług świadczonych przez licencjodawców, poprzez rozwiązanie problemu gapowicza i problemu szachowania się stron. W przypadku ograniczeń aktywnej sprzedaży pomiędzy terytoriami lub grupami klientów dla licencjodawców, przydzielenie wyłącznego terytorium lub wyłącznej grupy klientów do chronionego licencjodawcy nie jest warunkiem. Wyłączenie grupowe ma także zastosowanie do ograniczeń aktywnej sprzedaży, jeśli więcej niż jeden licencjodawca został wyznaczony dla danego terytorium lub grupy klientów. Inwestycja zwiększająca wyniki będzie prawdopodobnie promowana w sytuacji, gdy licencjodawca może uzyskać pewność, że będzie miał do czynienia z konkurencją w dziedzinie aktywnej sprzedaży tylko ze strony ograniczonej liczny licencjodawców na terytorium, lecz już nie ze strony licencjodawców spoza terytorium.

100. Ograniczenia sprzedaży pasywnej na wyłącznym terytorium lub dla wyłącznej grupy klientów zastrzeżonych dla licencjodawcy nie stanowią podstawowych ograniczeń konkurencji (patrz art. 4(2)(b)(i)). Są one objęte wyłączeniem grupowym. Zakłada się, że do progu udziału w rynku, ograniczenia takie, o ile ograniczają konkurencję, promują korzystne dla konkurencji rozpowszechnianie technologii oraz integrację takiej technologii w środki produkcji licencjodawcy. By dane terytorium lub grupa klientów były zastrzeżone dla licencjodawcy, nie jest konieczne, by licencjodawca faktycznie wytwarzał produkty przy użyciu licencjonowanej technologii na danym terytorium lub dla danej grupy klientów. Terytorium lub grupa klientów mogą także być zarezerwowane dla licencjodawcy do późniejszego wykorzystania.

101. Ograniczenie sprzedaży biernej licencjodawców na wyłącznym terytorium lub dla wyłącznej grupy klientów przypisanych innemu licencjodawcy są objęte wyłączeniem grupowym przez okres dwóch lat liczonego od daty, z którą chroniony licencjodawca wprowadzi po raz pierwszy na rynek swoje produkty inkorporujące licencjonowaną technologię na swoim wyłącznym terytorium lub dla wyłącznej grupy klientów (patrz art. 4(2)(b)(ii)). Licencjodawcy często muszą dokonywać znaczących nakładów w środki produkcji i działania promocyjne, by wejść na nowe terytorium i się na nim rozwinąć. Ryzyka, przed jakimi staje nowy licencjodawca, mogą więc być istotne, w szczególności ponieważ koszty promocji i nakłady na środki konieczne do produkcji na podstawie określonej technologii są często utopione, tj. nie można ich odzyskać, jeśli licencjodawca wycofa się z rynku. W takich okolicznościach często zdarza się, że licencjodawcy nie zawarliby umowy licencyjnej bez ochrony przez pewien okres czasu przed (czynną i) bierną sprzedażą na ich terytorium realizowaną przez innych licencjodawców. Ograniczenia sprzedaży biernej na wyłącznym terytorium licencjodawcy przez innych licencjodawców są zatem poza zakresem art. 81(1) przez okres do dwóch lat od daty, z którą produkt inkorporujący licencjonowaną technologię został po raz pierwszy wprowadzony na rynek przez danego licencjodawcę na wyłącznym terytorium. Jednakże w zakresie, w jakim w poszczególnych przypadkach ograniczenia takie podlegają przepisom art. 81(1), są one objęte wyłączeniem grupowym. Po upływie okresu dwóch lat ograniczenie sprzedaży biernej pomiędzy licencjodawcami stanowią podstawowe ograniczenie konkurencji. Ograniczenia także zazwyczaj podlegają art. 81(1) i raczej nie spełniają warunków art. 81(3). W szczególności, ograniczenia sprzedaży biernej raczej nie są niezbędne do uzyskania wyników⁵¹.

102. Art. 4(2)(b)(iii) obejmuje wyłączeniem grupowym ograniczenie, zgodnie z którym licencjodawca jest zobowiązany wytwarzać produkty inkorporujące licencjonowaną technologię wyłącznie na własny użytek. Jeśli produkt umowy jest komponentem, licencjodawca może być zmuszony do wykorzystania tego produktu wyłącznie w celu włączenia go do własnych produktów i nie sprzedawania komponentu innymi producentom. Licencjodawca musi jednakże posiadać możliwość sprzedaży produktów biernie i czynnie jako części zamiennych do własnych produktów i tym samym musi mieć możliwość zapewnienia dostaw osobom trzecim, które realizują obsługę posprzedażną produktów. Ograniczenia użycia do własnych celów zostały także omówione w rozdziale IV.2.5 poniżej.

⁵¹ Patrz paragraf 77 wyroku w sprawie *Nungesser* cytowanego w przyp. 13.

103. Podobnie jak w przypadku umów pomiędzy konkurentami (patrz punkt 93 powyżej), wyłączenie grupowe ma także zastosowanie do umów, w których licencjodawca jest zobowiązany do wytwarzania produktów objętych umową wyłącznie dla konkretnego klienta, aby zapewnić mu alternatywne źródło dostaw (patrz art. 4(2)(b)(iv)). W przypadku umów pomiędzy podmiotami nie będącymi konkurentami, ograniczenia takie raczej nie podpadają pod art. 81(1).

104. Art. 4(2)(b)(v) obejmuje wyłączeniem grupowym zobowiązanie nałożone na licencjodawcę do nie sprzedawania produktów użytkownikom końcowym, a jedynie detalistom. Zobowiązanie takie pozwala licencjodawcy na przydzielenie funkcji dystrybucji hurtowej licencjodawcy i zazwyczaj nie jest objęte zakresem art. 81(1)⁵².

105. Wreszcie, art. 4(2)(b)(vi) obejmuje wyłączeniem grupowym ograniczenie zakazujące licencjodawcy sprzedaży nieautoryzowanym dystrybutorom. Wyjątek ten pozwala licencjodawcy nałożenie na licencjodawców zobowiązania do bycia częścią selektywnego systemu dystrybucji. Jednakże w takim wypadku licencjodawcy muszą zgodnie z art. 4(2)(c) mieć prawo do prowadzenia czynnej i biernej sprzedaży użytkownikom końcowym, bez wykluczania możliwości ograniczenia licencjodawcy do funkcji hurtownika, przewidzianej w art. 4(2)(b)(v) (patrz punkt wyżej).

106. Należy pamiętać (patrz punkt 39 powyżej), że wyłączenie grupowe obejmuje umowy licencyjne, w których licencjodawca nakłada na licencjodawcę zobowiązania, które licencjodawca musi lub może nałożyć na swoich nabywców, w tym dystrybutorów. Jednakże te zobowiązania muszą być zgodne z zasadami konkurencji mającymi zastosowanie do umów dostaw i dystrybucji. Ponieważ TTBER ogranicza się do omów pomiędzy dwiema stronami, umowy zawarte pomiędzy licencjodawcą a jego nabywcami wprowadzające takie zobowiązania nie są objęte przepisami TTBER. Umowy takie są objęte wyłączeniem grupowym tylko jeśli są zgodne z Rozporządzeniem 2790/1999 (patrz punkt 2.5.2 powyżej).

5. Ograniczenia wykluczone

107. Art. 5 TTBER wymienia cztery rodzaje ograniczeń, które nie są objęte wyłączeniem grupowym i które wymagają indywidualnej oceny ich skutków uniemożliwiających i promujących konkurencję. Z art. 5 wynika, że wyłączenie do umowy licencyjnej jakiegokolwiek ograniczenia zawartego w tych przepisach nie uniemożliwia zastosowania wyłączenia grupowego do reszty umowy. Wyłączeniem grupowym nie jest objęte jedynie konkretne ograniczenie, co oznacza, że konieczna jest ocena indywidualna. Zgodnie z tym zasada rozłączności ma zastosowanie do ograniczeń określonych w art. 5.

108. Art. 5(1) stanowi, że wyłączenie grupowe nie będzie miało zastosowania do następujących trzech zobowiązań:

- (a) Jakikolwiek pośredni lub bezpośredni obowiązek nałożony na licencjodawcę w zakresie udzielania wyłącznej licencji licencjodawcy lub osobie trzeciej wyznaczonej przez licencjodawcę w odniesieniu do własnych rozłącznych uprawnień lub nowych zastosowań licencjonowanej technologii.
- (b) Jakikolwiek pośredni lub bezpośredni obowiązek nałożony na licencjodawcę w zakresie cesji praw do rozłącznych uprawnień lub nowych zastosowań licencjonowanej technologii na rzecz licencjodawcy lub osobie trzeciej wyznaczonej przez licencjodawcę.
- (c) Jakikolwiek pośredni lub bezpośredni obowiązek nałożony na licencjodawcę w zakresie niepodważania ważności praw własności intelektualnej posiadanych przez licencjodawcę na wspólnym rynku. Jednakże TTBER nie obejmuje możliwości, by licencjodawca zakończył umowę licencji w przypadku, gdy licencjodawca podważy ważność licencjonowanej technologii.

Celem art. 5(1)(a), (b) i (c) jest uniknięcie wyłączenia grupowego umów, które mogą zmniejszać zachęty do innowacyjności dla licencjodawcy.

109. Art. 5(1)(a) i 5(1)(b) dotyczy wyłącznych licencji zwrotnych lub umów o przeniesienie na rzecz licencjodawcy dających się wyodrębnić uprawnień licencjonowanej technologii. Usprawienie daje się wyodrębnić, jeśli może być wykorzystywane bez naruszania licencjonowanej technologii. Obowiązek udzielania licencjodawcy wyłącznej licencji na rozłączne uprawnienia licencjonowanej technologii lub dokonywania cesji takich uprawnień na rzecz licencjodawcy może ograniczyć zachętę licencjodawcy do innowacji, ponieważ to utrudnia mu prowadzenie badań nad usprawieniami, w tym także udzielenie licencji osobom trzecim. Tak jest w przypadku, gdy rozłączne usprawienie dotyczy tego samego zastosowania, co licencjonowana technologia, gdy licencjodawca opracuje nowe zastosowania licen-

⁵² Patrz wyrok w sprawie 26/76, *Metro (I)*, [1977] ECR 1875.

cjonowanej technologii. Zgodnie z art. 5(1)(a) i (b), obowiązki takie nie podlegają wyłączeniu grupowemu. Jednakże wyłączenie grupowe nie obejmuje niewyłącznych zobowiązań do wymiany usprawnień dotyczących rozłącznych usprawnień. Nie ma ono zastosowania także wówczas, gdy obowiązek wymiany usprawnień nie jest wzajemny, tj. jest nałożony tylko na licencjobiorcę, oraz w sytuacji gdy na mocy umowy licencjodawca jest uprawniony do przekazywania rozłącznych usprawnień innym licencjobiorcom. Obowiązek nawzajemnej wymiany usprawnień może promować innowację i rozpowszechnianie nowych technologii umożliwiając licencjodawcy swobodne określanie czy i w jakim zakresie przekazać własne usprawnienia licencjobiorcom. Klauzula feed-on może także promować rozpowszechnianie technologii, ponieważ każdy licencjobiorca wie w momencie zawarcia umowy, że będzie na równej pozycji z innymi licencjobiorcami w zakresie technologii, na podstawie której wytwarza produkty. Wyłączne wymiany usprawnień i obowiązek dokonywania cesji nierozłącznych usprawnień nie ograniczają konkurencji w znaczeniu art. 81(1), ponieważ nierozłączne usprawnienia nie mogą być wykorzystywane przez licencjobiorcę bez zgody licencjodawcy.

110. Zastosowanie art. 5(1)(a) i (b) nie zależy od tego, czy licencjodawca płaci wynagrodzenie w zamian za pozyskanie usprawnienia lub uzyskania wyłącznej licencji. Jednakże istnienie i poziom takiego wynagrodzenia może być istotnym czynnikiem w kontekście indywidualnej oceny zgodnie z art. 81. W przypadku wymiany usprawnień w zamian za wynagrodzenie, istnieje mniejsze prawdopodobieństwo, że zobowiązanie to zniechęci licencjobiorcę do innowacji. Przy ocenie wyłącznej wymiany usprawnień poza zakresem wyłączenia grupowego, pozycja rynkowa licencjodawcy na rynku technologii także jest czynnikiem istotnym. Im silniejsza pozycja licencjodawcy, tym większe prawdopodobieństwo, że obowiązek wyłącznej wymiany usprawnień będzie miał skutek ograniczający konkurencję w zakresie innowacji. Im silniejsza pozycja technologii licencjodawcy, tym większe prawdopodobieństwo, że licencjobiorca będzie ważnym źródłem innowacji i przyszłej konkurencji. Negatywny wpływ zobowiązań wymiany usprawnień zwiększa się także w przypadku równoległych sieci umów licencyjnych inkorporujących takie zobowiązania. Jeśli dostępne technologie są kontrolowane przez ograniczoną liczbę licencjodawców, którzy nakładają na licencjobiorców zobowiązania wymiany usprawnień, zwiększa się ryzyko skutków negatywnych dla konkurencji w porównaniu do sytuacji, w której istnieje pewna ilość technologii, z których tylko niektóre są licencjonowane na warunkach wyłącznej wymiany usprawnień.

111. Ryzyko negatywnych skutków dla innowacji wzrasta w przypadku wzajemnego licencjonowania pomiędzy konkurentami, gdzie obowiązek wymiany usprawnień nałożony na obie strony jest połączony z obowiązkiem dla obu stron, by dzielić się z drugą stroną usprawnieniami własnej technologii. Dzielenie się wszystkimi usprawnieniami pomiędzy konkurentami może uniemożliwić któremukolwiek z nich zdobyć przewagę konkurencyjną nad innymi konkurentami (patrz także punkt 208 poniżej). Jednakże strony raczej nie będą miały problemów z uzyskaniem przewagi konkurencyjnej nad drugim konkurentem, jeśli celem licencji jest umożliwienie im rozwój własnych technologii i jeśli licencja nie prowadzi do wykorzystania tej samej bazy technologicznej w projektowaniu swoich produktów. Dzieje się tak w sytuacji, gdy celem licencji jest utworzenie swobody projektowania a nie usprawnianie bazy technologicznej licencjobiorcy.

112. Ograniczenie wykluczone określone w art. 5(1)(c) dotyczy klauzul zakazujących podważania praw własności intelektualnej, tj. zobowiązań do niekwestionowania ważności praw własności intelektualnej licencjodawcy. Powodem wyłącznie klauzul zakazujących podważania praw własności intelektualnej z zakresu wyłączeń grupowych jest to, iż licencjobiorcy są zazwyczaj w lepszej pozycji do określenia, czy dane prawa własności intelektualnej jest nieważne. W interesie niezakłóconej konkurencji oraz zgodnie z zasadami tkwiącymi u podstaw ochrony własności intelektualnej, nieważne prawa własności intelektualnej powinny być eliminowane. Dotknięte nieważnością prawo własności intelektualnej blokuje innowację zamiast ją promować. Art. 81(1) prawdopodobnie będzie miał zastosowanie do klauzul zakazujących podważania praw własności intelektualnej, jeśli licencjonowana technologia jest cenna i zatem tworzy niekorzystną konkurencyjną dla przedsiębiorstw, którzy nie mogą z niej korzystać lub mogą z niej korzystać tylko w zamian za opłaty licencyjne⁵³. W takich przypadkach mało prawdopodobne jest, że warunki art. 81(3) zostaną spełnione⁵⁴. Jednakże Komisja ma korzystne zdanie o klauzulach zakazujących podważania praw własności intelektualnej odnoszących się do know-how, jeśli w przypadku

⁵³ Jeśli licencjonowana technologia jest przestarzała, nie wynika z tego ograniczenie konkurencji, patrz wyrok w sprawie 65/86, *Bayer v Süllhofer*, [1988] ECR 5249.

⁵⁴ Postanowienia niepodważalne w kontekście ugód, patrz punkt 209 poniżej.

jego ujawnienia odzyskanie know-how może być niemożliwe albo bardzo trudne. W takich przypadkach obowiązek licencjodawcy, by nie podważać licencjonowanego know-how promuje rozpowszechnianie nowych technologii, w szczególności umożliwiając słabszym licencjodawcom udzielanie licencji silniejszym licencjodawcom bez obawy o podważenie ważności po przejęciu know-how przez licencjodawcę.

113. TTBER obejmuje możliwość, by licencjodawca zakończył umowę licencji w przypadku, gdy licencjodawca podważa ważność licencjonowanej technologii. W związku z tym licencjodawca nie jest zmuszony do kontynuowania prowadzenia interesów z licencjodawcą, który podważa samą istotę umowy licencyjnej, co oznacza, że po rozwiązaniu umowy ryzyko za dalsze wykorzystanie przez licencjodawcę podważanej technologii ponosi strona podważająca. Jednak art. 5(1)(c) stanowi, że TTBER nie obejmuje obowiązków umownych wymagających od licencjodawcy, by nie podważał licencjonowanej technologii, co pozwoliłoby licencjodawcy na wszczęcie postępowania przeciwko licencjodawcy o naruszenie umowy i tym samym dalej zniechęcając licencjodawcę do podważania ważności technologii licencjodawcy. Tym samym postanowienie zapewnia, że licencjodawca ma taką samą pozycję jak osoby trzecie.

114. Art. 5(2) wyłącza z zakresu wyłączeń grupowych, w przypadku umów zawieranych pomiędzy podmiotami nie będącymi konkurentami, wszelkie pośrednie lub bezpośrednie ograniczenia możliwości licencjodawcy do wykorzystania własnej technologii lub ograniczenia możliwości którejkolwiek ze stron umowy do prowadzenia własnych prac badawczo-rozwojowych, chyba że takie ograniczenie jest niezbędne, by zapobiec ujawnieniu licencjonowanego know-how osobom trzecim. Treść tego warunku jest taka sama jak w art. 4(1)(d) listy podstawowych ograniczeń konkurencji w zakresie umów zawieranych pomiędzy konkurentami, która została omówiona w punktach 94 i 95 powyżej. Jednakże w przypadku umów zawieranych pomiędzy podmiotami nie będącymi konkurentami nie można uznać, czy ograniczenia takie ogólnie wywierają negatywne skutki dla konkurencji lub czy warunki art. 81(3) nie są ogólnie spełnione⁵⁵. Wymagana jest indywidualna ocena.

115. W przypadku umów pomiędzy podmiotami nie będącymi konkurentami, licencjodawca zazwyczaj nie jest właścicielem konkurencyjnej technologii. Jednakże mogą wystąpić przypadki, gdzie do celów wyłączeń grupowych strony są uznawane za nie będące konkurentami pomimo faktu, iż licencjodawca jest właścicielem konkurencyjnej technologii. Dzieje się tak w przypadku, gdy licencjodawca jest właścicielem technologii, ale nie udziela na nią licencji a licencjodawca nie jest rzeczywistym lub potencjalnym dostawcą na rynek produktów. Do celów wyłączenia grupowego, strony w takich okolicznościach nie są ani konkurentami na rynku technologii ani konkurentami na rynku produktowym⁵⁶. W takich przypadkach ważne jest, by upewnić się, że licencjodawca nie jest ograniczony w swoich możliwościach wykorzystania własnej technologii i jej dalszego rozwoju. Ta technologia stanowi ograniczenie konkurencyjne na rynku, które należy zachować. W takiej sytuacji ograniczenia wykorzystania przez licencjodawcę swojej własnej technologii lub prowadzenia prac badawczo-rozwojowych są zazwyczaj uznawane za ograniczające konkurencję i niespełniające warunków art. 81(3). Na przykład obowiązek nałożony na licencjodawcę, by płacić opłaty licencyjne nie tylko na podstawie produktów, które wytwarza przy użyciu licencjonowanej technologii, ale też na podstawie produktów wytwarzanych przy użyciu własnej technologii zazwyczaj będzie ograniczać możliwości licencjodawcy do wykorzystania własnej technologii, a zatem jest on wyłączony z zakresu wyłączeń grupowych.

116. W przypadkach, gdy licencjodawca nie jest właścicielem konkurencyjnej technologii lub nie opracowuje jeszcze takiej technologii, ograniczenie możliwości stron od prowadzenia niezależnych prac badawczo-rozwojowych może stanowić ograniczenie konkurencji, jeśli dostępnych jest tylko kilka technologii. W takim przypadku strony mogą stanowić ważne (potencjalne) źródło innowacji na rynku. Ma to miejsce w szczególności, gdy strony posiadają niezbędne aktywa i umiejętności, by prowadzić dalsze prace badawczo-rozwojowe. W takim przypadku mało prawdopodobne jest, że warunki art. 81(3) zostaną spełnione. W pozostałych przypadkach, gdy dostępnych jest wiele technologii i gdy strony nie posiadają szczególnych środków lub umiejętności, ograniczenie prac badawczo-rozwojowych może być poza zakresem art. 81(1) z powodu braku możliwego do oceny skutku ograniczającego lub może spełniać warunki art. 81(3). Ograniczenie może promować rozpowszechnianie nowych technologii poprzez upewnienie licencjodawcy, że licencja nie stworzy nowego konkurenta oraz przez zachęcanie licencjodawcy do skoncentrowania się na wykorzystaniu i rozwoju licencjonowanej technologii. Co więcej, art. 81(1) ma zastosowanie jedynie jeśli umowa ogranicza zachęty licencjodawcy do usprawniania i wykorzysty-

⁵⁵ Patrz punkt 14 powyżej.

⁵⁶ Patrz punkty 66 i 67 powyżej.

wania swojej własnej technologii. Nie będzie to raczej miało miejsca w przypadku, gdy licencjodawca jest uprawniony do rozwiązania umowy licencyjnej po tym, jak licencjodawca rozpocznie produkcję na podstawie własnej konkurencyjnej technologii. Takie prawo nie ogranicza zachęty licencjodawcy do innowacji, ponieważ umowa może być rozwiązana dopiero w momencie opracowania komercyjnie możliwej technologii a produkty wytwarzane na jej podstawie są gotowe do wejścia na rynek.

6. Wycofanie i niestosowanie rozporządzenia o wyłączeniu grupowym

6.1. Procedura wycofania

117. Zgodnie z art. 6 TTBER, Komisja oraz organy ochrony konkurencji Państw Członkowskich mogą wycofać korzyści wyłączenia grupowego w odniesieniu do poszczególnych umów, które nie spełniają warunków art. 81(3). Uprawnienie organów ochrony konkurencji Państw Członkowskich do wycofania korzyści wyłączenia grupowego jest ograniczona do przypadków, w których właściwy rynek geograficzny nie jest szerszy niż terytorium danego Państwa Członkowskiego.

118. Cztery warunki art. 81(3) są łączne i muszą być spełnione, by obowiązywała reguła wyłączenia⁵⁷. Wyłączenie grupowe może zatem zostać wycofane w przypadku, gdy dana umowa nie spełni jednego lub więcej z czterech warunków.

119. Jeśli stosuje się procedurę wycofania, organ, który dokonuje wycofania, ponosi ciężar udowodnienia, że umowa mieści się w zakresie art. 81(1) i że nie spełnia wszystkich czterech warunków art. 81(3). Zważywszy, że wycofanie oznacza, że dana umowa ogranicza konkurencję w znaczeniu art. 81(1) i nie spełnia warunków art. 81(3), wycofaniu musi towarzyszyć negatywna decyzja w oparciu o art. 5, 7 lub 9 Rozporządzenia 1/2003.

120. Zgodnie z art. 6, wycofanie może w szczególności być zagwarantowane w następujących okolicznościach:

1. dostęp do technologii osób trzecich jest ograniczony, na przykład z powodu kumulacyjnego efektu równoległych sieci podobnych porozumień ograniczających konkurencję zakazujących licencjodawcom korzystania z technologii osób trzecich;
2. dostęp do potencjalnych licencjodawców do rynku jest ograniczony, na przykład z powodu kumulacyjnego efektu równoległych sieci podobnych porozumień ograniczających konkurencję zakazujących licencjodawcom udzielanie licencji innym licencjodawcom;
3. bez żadnego obiektywnego powodu strony unikają wykorzystania licencjonowanej technologii.

121. Art. 4 i 5 TTBER, zawierające listę podstawowych ograniczeń konkurencji oraz wyłączonych ograniczeń, mają na celu zapewnienie, że umowy objęte wyłączeniem grupowym nie ograniczają zachęty do innowacji, nie opóźniają rozpowszechniania technologii i nie ograniczają niesłusznie konkurencji pomiędzy licencjodawcą a licencjodawcą lub pomiędzy licencjodawcami. Jednakże lista podstawowych ograniczeń konkurencji oraz lista wyłączonych ograniczeń nie uwzględniają wszystkich możliwych skutków umów licencyjnych. W szczególności, wyłączenie grupowe nie bierze pod uwagę kumulacyjnego efektu podobnych ograniczeń zawartych w sieciach umów licencyjnych. Umowy licencyjne mogą prowadzić do wykluczenia osób trzecich zarówno na poziomie licencjodawcy, jak i na poziomie licencjodawcy. Wykluczenie innych licencjodawców może wynikać z kumulacyjnego efektu sieci umów licencyjnych zakazujących licencjodawcom wykorzystania konkurencyjnych licencji, co prowadzi do wykluczenia innych (potencjalnych) licencjodawców. Wykluczenie licencjodawców może mieć miejsce w przypadkach, gdy większość przedsiębiorstw na rynku, które mogłyby (skutecznie) uzyskać konkurencyjną licencję, nie może tego zrobić w konsekwencji umów ograniczających oraz gdy potencjalni licencjodawcy stają przed relatywnie wysokimi barierami wejścia. Wykluczenie innych licencjodawców może wynikać z kumulacyjnego efektu sieci umów licencyjnych zakazujących licencjodawcom udzielanie licencji innymi licencjodawcom, co uniemożliwia potencjalnym licencjodawcom uzyskanie dostępu do koniecznej technologii. Zagadnienie wyłączenia omówiono szczegółowo w rozdziale IV.2.7 poniżej. Ponadto Komisja może wycofać korzyści wynikające z wyłączenia grupowego, jeśli znacząca ilość licencjodawców konkurujących technologii w umowach indywidualnych nakłada na licencjodawców obowiązek objęcia ich lepszymi warunkami uzgodnionymi z innymi licencjodawcami.

122. Komisja może także wycofać korzyści wyłączenia grupowego, jeśli strony unikają wykorzystania licencjonowanej technologii, chyba, że mają obiektywne uzasadnienie tego faktu. Faktycznie, kiedy strony

⁵⁷ Patrz punkt 42 Wytocznych w sprawie stosowania art. 81(3) Traktatu cytowanych w przyp. 2.

nie wykorzystują licencjonowanej technologii nie ma miejsca zwiększanie wyników, w której to sytuacji przestaje istnieć racja bytu wyłączenia grupowego. Jednakże wykorzystywanie nie musi przybierać postaci integracji środków. Wykorzystywanie może także mieć miejsce, kiedy licencja tworzy swobodę projektowania dla licencjobiorcy, umożliwiając mu wykorzystywanie własnej technologii bez narażania się na ryzyko roszczeń o naruszenie własności intelektualnej ze strony licencjodawcy. W przypadku udzielania licencji pomiędzy konkurentami fakt niewykorzystywania przez strony licencjonowanej technologii może być wskazówką, że układ ten jest ukrytą złąmą. Z tych powodów Komisja bardzo dokładnie zbada przypadki niewykorzystywania licencji.

6.2. Niestosowanie rozporządzenia o wyłączeń grupowych

123. Art. 7 TTBER pozwala Komisji na wyłączenie z zakresu TTBER, na mocy rozporządzenia, równoległe sieci podobnych porozumień, jeśli obejmują one ponad 50% rynku właściwego. Działania takiego nie stosuje się do poszczególnych przedsiębiorstw, ale do wszystkich przedsiębiorstw, których umowy są określone w rozporządzeniu znoszącym TTBER.

124. O ile wycofanie korzyści TTBER przez Komisję na mocy art. 6 oznacza podjęcie decyzji zgodnie z art. 7 lub 9 Rozporządzenia nr 1/2003, skutek rozporządzenia Komisji uchylającego zastosowanie TTBER zgodnie z art. 7 służy po prostu zniesieniu, w odniesieniu do danych ograniczeń i rynków, korzyści TTBER oraz przywrócenia pełnego zastosowania art. 81(1) i (3). Po przyjęciu rozporządzenia uznającego TTBER za nieobowiązujący na rynku właściwym w odniesieniu do umów zawierających pewne ograniczenia, kryteria opracowane przez odpowiednie orzecznictwo sądów wspólnotowych oraz zawiadomień, poprzednich decyzji przyjętych przez Komisję będą stanowić wytyczne dotyczące zastosowania art. 81 do poszczególnych umów. Jeśli to konieczne, Komisja podejmie decyzję z pojedynczym przypadkiem, co może stanowić wytyczne dla wszystkich przedsiębiorstw działających na rynku właściwym.

125. Do celów obliczenia 50% pokrycia rynku właściwego, należy wziąć pod uwagę każdą pojedynczą sieć umów licencyjnych zawierających ograniczenia lub połączenia ograniczeń, wywołujące na rynku podobne skutki.

126. Art. 7 nie oznacza zobowiązania ze strony Komisji do podjęcia działań w sytuacji przekroczenia 50% progu pokrycia rynku. Ogólnie, zniesienie ma zastosowanie wtedy, gdy istnieje prawdopodobieństwo, że wejście na rynek właściwy lub konkurencja na nim są znacznie ograniczone. Przy ocenie konieczności zastosowania art. 7, Komisja rozważy, czy pojedyncze wycofanie nie będzie skuteczniejszym środkiem zaradczym. Może to zależeć w szczególności od liczby konkurujących przedsiębiorstw, przyczyniających się do skumulowanego efektu na rynku właściwym lub od liczby dotkniętych tym problemem rynków geograficznych w ramach Wspólnoty.

127. Wszelkie rozporządzenia przyjęte zgodnie z art. 7 wymagają jasnego określenia zakresu. Oznacza to po pierwsze, że Komisja musi zdefiniować dane rynki produktowe i geograficzne oraz po drugie, że musi określić rodzaj ograniczenia licencjonowania, w odniesieniu do którego przepisy TTBER przestają obowiązywać. Co się tyczy tego drugiego aspektu, Komisja może zmieniać zakres rozporządzenia w zależności od problemów z konkurencją, które zamierza rozwiązać. Na przykład, jeśli wszystkie sieci równoległe umów niekonkurencyjnych zostaną uwzględnione do celów określenia spełnienia 50% pokrycia rynku, Komisja może ograniczyć zakres rozporządzenia znoszącego tylko do zobowiązań niekonkurencyjnych wykraczających poza pewien okres. Zatem umowy o krótszym czasie obowiązywania lub o mniej restrykcyjnym charakterze mogą pozostać bez zmian, ze względu na mniejszy stopień wykluczenia przypisywany takim ograniczeniom. Jeśli to właściwe, Komisja może także zapewnić wytyczne poprzez określenie poziomu udziału w rynku, który, w określonych warunkach rynkowych, może być postrzegany jako niewystarczający, by pojedyncze przedsiębiorstwo miało znaczący wpływ na efekt kumulacji. Ogólnie, gdy udział w rynku produktów inkorporujących technologię licencjonowaną przez pojedynczego licencjodawcę nie przekracza 5%, nie uznaje się, że umowa lub sieć umów obejmujących znacząco przyczynia się do skumulowanego wykluczenia⁵⁸.

128. Okres przejściowy nie krótszy niż pół roku, który Komisja będzie musiała przyjąć zgodnie z art. 7.2 powinien pozwolić danym przedsiębiorstwom na dostosowanie umów tak, by uwzględniły rozporządzenie znoszące TTBER.

129. Rozporządzenie znoszące TTBER nie będzie miało wpływu na status wyłączeń grupowych danych umów przez okres poprzedzający początek jego obowiązywania.

⁵⁸ Patrz punkt 8 Obwieszczenia w sprawie umów o małym znaczeniu cytowanego w przyp. 17.

IV. ZASTOSOWANIE ART. 81(1) I 81(3) POZA ZAKRESEM ROZPORZĄDZENIA O WYŁĄCZENIACH GRUPOWYCH

1. Ogólne ramy do analizy

130. Umowy, które mieszczą się poza zakresem wyłączenia grupowego, na przykład ponieważ przekroczone zostały progi udziałów w rynku lub umowa obejmuje więcej niż dwie strony, podlegają ocenie indywidualnej. Umowy, które nie ograniczają konkurencji w znaczeniu art. 81(1) lub spełniają warunki art. 81(3) są ważne i wykonalne. Należy przypomnieć, że nie istnieje domniemanie nieważności umów, które nie mieszczą się w zakresie wyłączeń grupowych, o ile nie zawierają podstawowych ograniczeń konkurencji. W szczególności, nie istnieje domniemanie, że art. 81(1) ma zastosowanie wyłącznie z powodu przekroczenia progu udziałów w rynku. Konieczna jest indywidualna ocena oparta na zasadach opisanych w niniejszych wytycznych.

131. W celu promowania przewidywalności poza zakresem TTBER oraz ograniczenia szczegółowej analizy do przypadków, które mogą stanowić rzeczywiste problemy dla konkurencji, Komisja uważa, że poza zakresem podstawowych ograniczeń konkurencji art. 81 raczej nie będzie naruszony, o ile występuje cztery lub więcej niezależnie kontrolowanych technologii oprócz technologii kontrolowanych przez strony umowy, które mogą być zamiennie z licencjonowaną technologią przy porównywalnym koszcie dla użytkownika. Przy ocenie, czy technologie są wystarczająco zamiennie, uwzględnia się relatywną siłę komercyjną danych technologii. Zawężenie konkurencji nałożone przez daną technologię jest niewielkie, jeśli nie stanowi to komercyjnie przydatnej alternatywy dla licencjonowanej technologii. Na przykład, jeśli z powodu efektu sieci na rynku konsumenci zdecydowanie preferują produkty inkorporujące licencjonowaną technologię, pozostałe technologie już istniejące na rynku lub mogące wejść na rynek w rozsądnym okresie czasu mogą nie stanowić rzeczywistej alternatywy i zatem stanowią jedynie niewielkie zawężenie konkurencji. Fakt, iż dana umowa mieści się poza zakresem bezpiecznej przystani opisanej w tym punkcie nie oznacza, że umowa jest objęta zakresem art. 81(1) a jeśli tak, że spełnione są warunki art. 81(3). Co się zaś tyczy bezpiecznej przystani udziałów rynkowych TTBER, to dodatkowe zabezpieczenie po prostu tworzy domniemanie, że umowa nie jest zakazana art. 81. Poza bezpieczną przystanią konieczna jest indywidualna ocena umowy oparta na zasadach opisanych w niniejszych wytycznych.

1.1. Istotne czynniki

132. Przy zastosowaniu art. 81 do poszczególnych przypadków konieczne jest uwzględnienie sposobu działania konkurencji na rynku właściwym. Następujące czynniki mają szczególne znaczenie w tej kwestii:

- (a) charakter umowy;
- (b) pozycja rynkowa stron;
- (c) pozycja rynkowa konkurentów;
- (d) pozycja rynkowa nabywców licencjonowanych produktów;
- (e) bariery wejścia;
- (f) dojrzałość rynku; oraz
- (g) inne czynniki.

Znaczenie poszczególnych czynników może być różne w różnych przypadkach i zależy od wszystkich pozostałych czynników. Na przykład, wysoki udział w rynku stron zazwyczaj stanowi dobrą wskazówkę siły rynkowej, ale w przypadku niskich barier wejścia może tego nie oznaczać. Zatem nie można podać ścisłych zasad znaczenia poszczególnych czynników.

133. Porozumienia o transferze technologii mogą przyjmować wiele postaci i form. Zatem ważne jest, by przeanalizować charakter porozumienia pod względem relacji konkurencyjnej pomiędzy stronami oraz ograniczeń, jakie zawiera. W tym ostatnim względzie konieczne jest wykroczenie poza wyraźne warunki umowy. Istnienie dorozumianych ograniczeń można wywnioskować na podstawie sposobu, w jaki umowa została wykonana przez strony oraz zachęt, jakie przed nimi stoją.

134. Pozycja rynkowa stron stanowi wskazówkę stopnia siły rynkowej posiadanej przez licencjodawcę, licencjobiorcę lub obie strony. Im wyższy ich udział w rynku, tym większa może być siła rynkowa. W szczególności jest tak, jeśli udział w rynku odzwierciedla korzyści kosztowe lub inne przewagi konkurencyjne w stosunku do konkurentów. Te przewagi konkurencyjne mogą na przykład wynikać z tego, że podmiot szybko wkracza na rynek, posiada istotne patenty lub wyższą technologię.

135. Przy analizie relacji konkurencyjnych pomiędzy stronami czasami konieczne jest wyjście poza analizę określoną w rozdziale II.3 powyżej w sprawie definicji rynku i II.4 w sprawie rozróżnienia pomiędzy konkurentami i podmiotami nie będącymi konkurentami. Nawet jeśli licencjodawca nie jest rzeczywistym lub potencjalnym dostawcą na rynku produktowym a licencjodawca nie jest rzeczywistym lub potencjalnym konkurentem na rynku technologii, dla analizy ma znaczenie, czy licencjodawca posiada konkurencyjną technologię, na którą nie udziela licencji. Jeśli licencjodawca posiada silną pozycję na rynku produktowym, umowa przyznająca mu wyłączną licencję na konkurencyjną technologię może znacząco ograniczyć konkurencję w porównaniu do sytuacji, w której licencjodawca nie udziela wyłącznej licencji lub udziela licencji innym przedsiębiorstwom.

136. Udziały w rynku oraz ewentualne przewagi i koszty konkurencyjne można także wykorzystać do oceny pozycji rynkowej konkurentów. Im silniejsi są rzeczywisti konkurenci i im większa ich liczba, tym mniejsze ryzyko, że strony będą w stanie indywidualnie wywierać siłę rynkową. Jednakże jeśli liczba konkurentów jest raczej mała a ich pozycja rynkowa (rozmiar, koszty, potencjał badawczo-rozwojowy itp.) jest dość podobna, ta struktura rynkowa może zwiększać ryzyko zmywy.

137. Pozycja rynkowa nabywców stanowi wskazówkę tego, czy jeden lub więcej nabywców posiada siłę rynkową, czy też nie. Pierwszą wskazówką siły nabywcy jest udział nabywcy w rynku na rynku zakupów. Udział ten odzwierciedla znaczenie jego popytu dla ewentualnych dostawców. Inne wskazówki koncentrują się na pozycji nabywcy na swoim rynku odsprzedaży, w tym takich cechach, jak szeroki rozkład geograficzny jego punktów sprzedaży detalicznej oraz jego wizerunek marki wśród konsumentów końcowych. W niektórych okolicznościach siła nabywcy może uniemożliwić licencjodawcy i/lub licencjodawcy wykorzystywanie siły rynkowej na rynku i tym samym rozwiązuje problem konkurencji, który mógłby powstać w przeciwniej sytuacji. Dzieje się tak w szczególności, gdy silni nabywcy mają możliwość i zachęty do wprowadzania nowych źródeł dostaw na rynek w przypadku niewielkiego ale stałego wzrostu relatywnych cen. Jeśli silni nabywcy po prostu wymagają korzystnych warunków od dostawcy lub po prostu przekazują podwyżki cen na swoich klientów, pozycja nabywców nie uniemożliwia wykorzystywania siły rynkowej przez licencjodawcę na rynku produktowym, a zatem nie rozwiązuje to problemu konkurencji na rynku⁵⁹.

138. Bariery wejścia mierzy się zakresem, w jakim dane strony mogą podnosić swoje ceny powyżej poziomu konkurencyjności bez powodowania wejścia nowego gracza na rynek. W przypadku braku barier wejścia, proste i szybkie wejście oznaczałoby, że podwyżki cen są nieopłacalne. Jeśli w ciągu jednego lub dwóch lat może nastąpić skuteczne wejście, uniemożliwiające lub osłabiające wykonywanie siły rynkowej, bariery wejścia uznaje się za niskie. Bariery wejścia mogą wynikać z szerokiej gamy czynników, takich jak ekonomia skali i zakresu, regulacje państwowe, szczególnie jeśli ustanawiają one wyłączne prawa, pomoc państwa, taryfy importowe, prawa własności intelektualnej, własność zasobów, jeśli podaż jest ograniczona na przykład z powodów naturalnych ograniczeń, istotne ułatwienia, korzyści dla pierwszego gracza lub lojalność konsumentów wobec marki utworzona przez intensywną reklamę przez pewien okres czasu. Porozumienia ograniczające konkurencję zawarte przez przedsiębiorstwa mogą także działać jako bariera wejścia poprzez utrudnianie dostępu i wykluczanie (potencjalnych) konkurentów. Bariery wejścia mogą istnieć na każdym etapie procesów badań i rozwoju, produkcji i dystrybucji. Pytanie, czy niektóre z tych czynników powinny być opisane jako bariery wejścia, zależy w szczególności od tego, czy wiążą się z nimi koszty utopione. Koszty utopione to koszty poniesione przez gracza w celu wejścia lub stania się aktywnym na rynku, których nie można odzyskać po wyjściu z rynku. Im więcej kosztów utopionych, tym bardziej potencjalni gracze muszą ważyć ryzyko wejścia na rynek i tym bardziej wcześniejsi gracze mogą dorównać nowej konkurencji, ponieważ koszty utopione sprawiają, że opuszczenie rynku jest kosztowne. Ogólnie, wejście wymaga poniesienia kosztów utopionych, czasami niewielkich, a czasami ogromnych. Zatem rzeczywista konkurencja jest ogólnie bardziej skuteczna i ma większe znaczenie dla oceny przypadku niż potencjalna konkurencja.

139. Dojrzały rynek to rynek, który istnieje od pewnego czasu, na których wykorzystywana technologia jest dobrze znana i rozpowszechniona i nie zmienia się zbyt często oraz na którym popyt jest relatywnie stały lub malejący. Na takim rynku ograniczenia konkurencji mogą mieć bardziej negatywne skutki niż na rynkach bardziej dynamicznych.

⁵⁹ Patrz wyrok w sprawie T-228/97, *Irish Sugar*, [1999] ECR II-2969, paragraf 101.

140. Przy ocenie poszczególnych ograniczeń należy uwzględnić inne czynniki. Czynniki takie obejmują efekty skumulowane, tj. pokrycie rynku podobnymi umowami, okres obowiązywania umów, środowisko regulacyjne oraz zachowanie, które może wskazywać lub ułatwiać zminy takie jak przywództwo cenowe, ogłaszane zmiany cen oraz omawianie „właściwych” cen, sztywność cen w odpowiedzi na zbyt duże możliwości, dyskryminację cenową lub zminy w przeszłości.

1.2. Negatywne skutki ograniczających umów licencyjnych

141. Negatywne skutki dla konkurencji na rynku mogące wynikać z restrykcyjnych porozumień o transferze technologii obejmują:

1. ograniczenie konkurencji pomiędzy technologiami pomiędzy przedsiębiorstwami działającymi na rynku technologii lub na rynku produktów inkorporujących technologie, w tym ułatwienie zminy, zarówno wyraźnej jak i cichej;
2. wykluczenie konkurentów poprzez podnoszenie kosztów, ograniczanie ich dostępu do niezbędnych wkładów lub w inny sposób podnoszenie barier wejścia; oraz

3. zmniejszenie konkurencji wewnątrz danej technologii pomiędzy przedsiębiorstwami, które wytwarzają produkty na podstawie tej samej technologii.

142. Porozumienia o transferze technologii mogą powodować zmniejszenie konkurencji pomiędzy technologiami, tj. konkurencji pomiędzy przedsiębiorstwami, które udzielają licencji lub wytwarzają produkty na podstawie zamiennych technologii. Ma to w szczególności miejsce w przypadku nałożenia zobowiązań wzajemnych. Na przykład, jeśli konkurenci wzajemnie dokonują transferu konkurencyjnych technologii i nakładają wzajemny obowiązek przekazywania sobie przyszłych usprawnień odnośnych technologii, a jeśli umowa uniemożliwia któremukolwiek z konkurentów uzyskanie przewagi technologicznej nad drugim konkurentem, konkurencja w dziedzinie innowacji pomiędzy stronami umowy jest ograniczona (patrz też punkt 208 poniżej).

143. Licencjonowanie pomiędzy konkurentami może także ułatwiać tworzenie zmin. Ryzyko zminy jest szczególnie wysokie na skoncentrowanych rynkach. Zmowa wymaga, by dane przedsiębiorstwa miały podobne poglądy na to, co jest w ich wspólnym interesie i w jaki sposób działają mechanizmy koordynacji. Aby zmowa działała, przedsiębiorstwa muszą także być w stanie monitorować wzajemne zachowania rynkowe, muszą także istnieć odpowiednie czynniki zniechęcające, by zapewnić istnienie zachęty do przestrzegania wspólnej polityki na rynku, a jednocześnie bariery wejścia muszą być dostatecznie wysokie, by ograniczyć wejście lub rozwój graczy zewnętrznych. Umowy mogą ułatwiać tworzenie zmin poprzez zwiększenie przejrzystości na rynku, kontrolowanie pewnych zachowań i zwiększanie barier wejścia. Zminy mogą także w wyjątkowych sytuacjach być ułatwione przez umowy licencyjne, które prowadzą do wysokiego stopnia wspólnoty kosztów, ponieważ przedsiębiorstwa mające podobne koszty mogą mieć podobne poglądy, jeśli chodzi o koordynację⁶⁰.

144. Umowy licencyjne mogą także wpływać na konkurencję wewnątrz danej technologii poprzez tworzenie barier wejścia i rozwoju konkurentów. Takie skutki wykluczające mogą wynikać z ograniczeń, które uniemożliwiają licencjobiorcom udzielenie licencji osobom trzecim lub tworzą czynniki zniechęcające ich do tego. Na przykład, osoby trzecie mogą być wykluczone, jeśli wcześniejsi licencjodawcy nakładają na licencjobiorców zobowiązanie do niekonkurowania w takim zakresie, gdzie dla osób trzecich istnieje niewystarczająca liczba licencjobiorców i gdzie wejście na poziom licencjobiorcy jest trudny. Dostawcy technologii zamiennych mogą także być wykluczeni w sytuacji, gdzie licencjodawca z odpowiednim poziomem siły rynkowej łączy poszczególne części technologii i udziela na nie licencji w postaci pakietu, podczas gdy tylko część tego pakietu jest niezbędna do wytworzenia pewnego produktu.

145. Umowy licencyjne mogą także powodować zmniejszenie konkurencji wewnątrz danej technologii, tj. konkurencji pomiędzy przedsiębiorstwami, które wytwarzają produkty na podstawie tej samej technologii. Umowa nakładająca ograniczenia terytorialne na licencjobiorców, uniemożliwiająca im sprzedaż na swoich wzajemnych terytoriach, ogranicza konkurencję pomiędzy nimi. Umowy licencyjne mogą także ograniczać konkurencję wewnątrz danej technologii poprzez ułatwianie zminy licencjobiorców. Co więcej, umowy licencyjne ograniczające konkurencję wewnątrz danej technologii mogą ułatwiać zminę pomiędzy właścicielami konkurencyjnych technologii i ograniczać konkurencję pomiędzy technologiami, podnosząc bariery wejścia na rynek.

⁶⁰ Patrz punkt 23 Wytocznych w sprawie porozumień kooperacji poziomej cytowanych w przyp. 20.

1.3. Pozytywne skutki ograniczających umów licencyjnych oraz ramy ich analizy

146. Nawet restrykcyjne umowy licencyjne również mają skutki pozytywne dla konkurencji w postaci zysków, które mogą przewyższać ich skutki negatywne dla konkurencji. Ocena tak ma miejsce w ramach art. 81(3), który zawiera wyjątek od reguły zakazu zawartego w art. 81(1). Aby wyjątek ten obowiązywał, umowa licencyjna musi dawać obiektywne korzyści ekonomiczne, ograniczenia konkurencji muszą być niezbędne do uzyskania zysków, konsumenci muszą uzyskać uczciwy udział w zyskach oraz umowa nie może pozwalać stronom na wyeliminowanie konkurencji w odniesieniu do znacznej części danych produktów.

147. Ocena ograniczających umów zgodnie z art. 81(3) przeprowadzana jest w rzeczywistym kontekście, w jakim te umowy występują⁶¹ oraz na podstawie faktów istniejących w danym momencie czasu. Ocena jest uzależniona od istotnych zmian w czasie. Instytucja wyłączenia z art. 81(3) ma zastosowanie tak długo, jak długo spełnione są cztery warunki i przestaje obowiązywać, jeśli przestają one być spełniane⁶². Jednakże przy zastosowaniu art. 81(3) zgodnie z tymi zasadami konieczne jest uwzględnienie początkowych nakładów utopionych poniesionych przez którąkolwiek ze stron oraz czas i ograniczenia niezbędne do poniesienia i odzyskania nakładów zwiększających zyski. Art. 81 nie może być stosowany bez uwzględnienia nakładów *ex ante* oraz związanych z nimi ryzyk. Ryzyko stojące przed stronami oraz nakłady utopione, jakie należy ponieść w celu realizacji umowy mogą zatem oznaczać, że umowa nie mieści się w zakresie art. 81(1) lub spełnia warunki art. 81(3), w zależności od przypadku, przez okres czasu konieczny do odzyskania nakładów.

148. Pierwszy warunek art. 81(3) wymaga oceny tego, jakie są obiektywne korzyści z punktu widzenia podniesienia poziomu efektywności przez porozumienie. W tym względzie umowy licencyjne mają możliwość połączenia technologii komplementarnych i innych środków pozwalających na wprowadzenie na rynek nowych i ulepszonych produktów lub wytwarzanie istniejących produktów po niższych kosztach. Poza kontekstem podstawowych zmów, licencjonowanie często ma miejsce ponieważ dla licencjodawcy wydajniejsze jest udzielenie licencji na wykorzystanie technologii niż jej wykorzystanie samemu. Może to zwłaszcza mieć miejsce w przypadku, gdy licencjodawca już ma dostęp do niezbędnych środków produkcji. Umowa pozwala licencjodawcy uzyskać dostęp do technologii, którą można połączyć z tymi środkami, co umożliwi wykorzystanie nowych lub ulepszonych technologii. Innym przykładem potencjalnego licencjonowania zwiększającego zyski jest przypadek, gdy licencjodawca już posiada technologię a połączenie tej technologii i technologii licencjodawcy tworzy efekt synergii. Przy połączeniu dwóch technologii licencjodawca może uzyskać konfigurację kosztów/produkcji, która nie byłaby możliwa w innych warunkach. Umowy licencyjne mogą także tworzyć zyski na etapie dystrybucji w taki sam sposób, jak umowy dystrybucji pionowej. Zyski takie mogą przybierać postać oszczędności kosztowych lub świadczenia cennych usług dla konsumentów. Pozytywne efekty porozumień wertykalnych jest opisany w wytycznych dotyczących ograniczeń pionowych⁶³. Kolejnym przykładem możliwych zysków są umowy, w których właściciele technologii tworzą pakiet technologii, na który udzielają osobom trzecim licencji. Takie umowy łączenia mogą w szczególności zmniejszać koszty transakcji, ponieważ licencjodawca nie musi zawierać oddzielnych umów licencyjnych z każdym licencjodawcą. Licencjonowanie promujące konkurencję może także wystąpić w celu zapewnienia swobody projektowania. W sektorach, gdzie istnieje duża ilość praw własności intelektualnej i gdzie poszczególne produkty mogą naruszać wiele istniejących i przyszłych praw własności, umowy licencyjne, na mocy których strony postanawiają nie zatwierdzać swoich praw własności przeciwko drugiej stronie, są często korzystne dla konkurencji ponieważ pozwalają stronom na rozwijanie swoich własnych technologii bez ryzyka roszczeń o naruszenie.

149. Przy zastosowaniu testu niezbędności zawartego w art. 81(3) Komisja w szczególności przeanalizuje, czy poszczególne ograniczenia umożliwiają realizację czynności w sposób bardziej wydajny, niż miałyby to miejsce w przypadku braku danego ograniczenia. Przeprowadzając ocenę należy także uwzględnić warunki rynkowe i rzeczywistość, z jakimi borykają się strony. Przedsiębiorstwa przywołujące korzyści art. 81(3) nie muszą rozważać hipotetycznych i teoretycznych alternatyw. Muszą jednakże wyjaśnić i wykazać, dlaczego pozornie realistyczne i znacznie mniej restrykcyjne alternatywy byłyby mniej sku-

⁶¹ Patrz wyrok w połączonych sprawach 25/84 i 26/84, *Ford*, [1985] ECR 2725.

⁶² Patrz na przykład decyzja Komisji w sprawie *TPS* (Dz. U. L 90, 2.4.1999, s. 6). Podobnie, zakaz zawarty w art. 81(1) ma zastosowanie wyłącznie tak długo, jak długo umowa ma cel ograniczający lub ograniczające skutki.

⁶³ Cytowane w przyp. 36. Patrz zwłaszcza punkt 115 i nn.

teczne. Jeśli zastosowanie tego, co wydaje się komercyjnie realistyczne i mniej restrykcyjne prowadziłoby do znacznej utraty zysków, dane ograniczenie traktuje się jako niezbędne. W niektórych przypadkach może także być konieczne przeanalizowanie, czy umowa jako taka jest niezbędna do osiągnięcia zysków. Może na przykład być to prawdziwe w przypadku pooli technologii, które obejmują komplementarne lecz nie niezbędne technologie⁶⁴, kiedy to należy przeanalizować, w jakim zakresie takie włączenie powoduje konkretne zyski oraz czy, bez znaczącej utraty zysków, połączenie można by ograniczyć do technologii, dla których nie ma substytutów. W przypadku zwykłego licencjonowania pomiędzy dwiema stronami zazwyczaj nie ma konieczności wykroczenia poza analizę niezbędności danych ograniczeń. Zazwyczaj nie istnieje mniej ograniczająca alternatywa dla umowy licencyjnej jako takiej.

150. Warunek, by konsumenci otrzymywali uczciwy udział w korzyściach oznacza, że konsumenci produktów wytwarzanych na licencji muszą co najmniej uzyskiwać rekompensatę za negatywne skutki umowy⁶⁵. Oznacza to, że zyski muszą w pełni równoważyć negatywny wpływ na ceny, produkcję i inne ważne czynniki wywołane umową. Może to mieć miejsce dzięki zmianie struktury kosztów danego przedsiębiorstwa, uzyskaniem przez nie zachęty do obniżenia cen, lub umożliwieniem konsumentom dostępu do nowych lub ulepszonych produktów, co rekompensuje prawdopodobną podwyżkę cen⁶⁶.

151. Ostatni warunek art. 81(3), zgodnie z którym umowa nie może pozwalać stronom na eliminowanie konkurencji w odniesieniu do znacznej części danych produktów, zakłada analizę pozostałej presji konkurencyjnej na rynku oraz wpływu umowy na takie źródła konkurencji. Przy zastosowaniu ostatniego warunku art. 81(3) należy uwzględnić relację pomiędzy art. 81(3) i art. 82. Zgodnie z ustalonym orzecznictwem, zastosowanie art. 81(3) nie może wykluczać zastosowania art. 82 Traktatu⁶⁷. Ponadto, ponieważ artykuły 81 i 82 mają na celu utrzymanie skutecznej konkurencji na rynku, spójność wymaga, by art. 81(3) był interpretowany jako wykluczający wszelkie zastosowania reguły wyjątku do umów ograniczających stanowiących nadzycie pozycji dominującej⁶⁸.

152. Fakt, iż umowa znacząco ogranicza jeden wymiar konkurencji, nie musi koniecznie oznaczać, że konkurencja jest wyeliminowana w rozumieniu art. 81(3). Na przykład połączona technologia może wytworzyć standard branżowy, co doprowadzi do sytuacji, gdzie istnieje niewielka konkurencja pod względem formatu technologicznego. Po przyjęciu przez głównych graczy na rynku pewnego formatu efekty sieci mogą znacząco utrudnić przetrwanie formatów alternatywnych. Nie oznacza to jednak, że stworzenie faktycznego standardu branżowego zawsze eliminuje konkurencję w znaczeniu ostatniego warunku art. 81(3). W ramach standardu, dostawcy mogą konkurować ceną, jakością i cechami produktu. Jednakże aby umowa była zgodna z art. 81(3), należy upewnić się, że umowa nie ogranicza niesłusznie konkurencji i nie ogranicza niesłusznie przyszłych innowacji.

2. Zastosowanie art. 81 do różnych rodzajów ograniczeń licencjonowania

153. Rozdział ten omawia różne rodzaje ograniczeń zwykle spotykanych w umowach licencji. Zważywszy na ich powszechność, wytyczne dotyczące sposobu ich ceny poza bezpieczną przystanią TTBER będą przydatne. Ograniczenia omówione w poprzednich częściach niniejszych wytycznych, zwłaszcza w rozdziałach III.4 i III.5, zostały w niniejszym rozdziale przedstawione jedynie w skrócie.

154. Rozdział ten obejmuje umowy pomiędzy podmiotami nie będącymi konkurentami oraz umowy pomiędzy konkurentami. W odniesieniu do tych ostatnich stosuje się rozróżnienie – jeśli dotyczy – na umowy wzajemne i niewzajemne. Rozróżnienie takie nie jest wymagane w przypadku umów pomiędzy podmiotami nie będącymi konkurentami. Jeśli przedsiębiorstwa nie są rzeczywistymi ani potencjalnymi konkurentami da odpowiednim rynku technologii lub na rynku dla produktów inkorporujących licencjonowaną technologię, wzajemna umowa licencyjna nie różni się od dwóch oddzielnych licencji w żadnym praktycznym aspekcie. Umowy, na mocy których strony tworzą pakiet technologii, który następnie jest licencjonowany osobom trzecim, to poole technologii omówione w rozdziale 4 poniżej.

⁶⁴ Te koncepcje opisano w rozdziale IV.4.1 poniżej.

⁶⁵ Patrz punkt 85 Wytycznych w sprawie stosowania art. 81(3) Traktatu cytowanych w przyp. 2.

⁶⁶ Tamże, paragraf 98 i 102.

⁶⁷ Patrz paragraf 130 wyroku cytowanego w przyp. 2. Podobnie, stosowanie art. 81(3) nie uniemożliwia stosowania zasad Traktatu dotyczących swobodnego przepływu towarów, usług, osób i kapitału. Te przepisy mają w pewnych okolicznościach zastosowanie do umów, decyzji oraz uzgodnionych praktyk w zakresie znaczenia art. 81(1), patrz wyrok w sprawie C-309/99, *Wouters*, [2002] ECR I-1577, paragraf 120.

⁶⁸ Patrz wyrok w sprawie T-51/89, *Tetra Pak (I)*, [1990] ECR II-309. Patrz także punkt 106 Wytycznych w sprawie stosowania art. 81(3) Traktatu cytowanych w przyp. 2.

155. Rozdział ten nie omawia zobowiązań w umowach licencji, które ogólnie nie ograniczają konkurencji w znaczeniu art. 81(1). Zobowiązania te to m.in.:

- (a) zobowiązania do zachowania poufności;
- (b) zobowiązania licencjodawcy do nieudzielania licencji;
- (c) zobowiązania do nie wykorzystywania licencjonowanej technologii po wygaśnięciu umowy, pod warunkiem, że licencjonowana technologia pozostanie ważna i obowiązująca;
- (d) zobowiązania do pomocy licencjodawcy w egzekwowaniu licencjonowanych praw własności intelektualnej;
- (e) zobowiązania do wypłacania minimalnych opłat licencyjnych lub wytwarzania minimalnej ilości produktów inkorporujących licencjonowaną technologię; oraz
- (f) zobowiązania do wykorzystania znaku towarowego licencjodawcy lub podania nazwy licencjodawcy na produkcie.

2.1. Zobowiązania dotyczące opłat licencyjnych

156. Strony umowy licencyjnej mają zazwyczaj swobodę określania opłat licencyjnych należnych od licencjodawcy oraz sposobu ich płatności bez podlegania pod art. 81(1). Zasada ta obowiązuje umowy pomiędzy konkurentami oraz umowy pomiędzy podmiotami nie będącymi konkurentami. Zobowiązania opłat licencyjnych mogą na przykład przybierać postać opłat zryczałtowanych, odsetka ceny sprzedaży lub stałej kwoty dla każdego produktu inkorporującego licencjonowaną technologię. W przypadkach, gdy licencjonowana technologia stanowi wkład, który jest włączony w produkt końcowy, z zasady nie ogranicza konkurencji fakt, iż opłaty są naliczane na podstawie ceny produktu ostatecznego, pod warunkiem, że zawiera on licencjonowaną technologię. W przypadku licencji na oprogramowanie opłaty licencyjne oparte na liczbie użytkowników oraz opłaty licencyjne naliczane od ilości urządzeń są zazwyczaj zgodne z art. 81(1).

157. W przypadku umów licencyjnych pomiędzy konkurentami, należy przypomnieć, patrz punkty powyżej, że w niewielkiej liczbie przypadków zobowiązania opłat licencyjnych mogą oznaczać ustalenie cen, co stanowi podstawowe ograniczenie konkurencji (patrz art. 4(1)(a)). Podstawowe ograniczenie konkurencji wynikające z art. 4(1)(a) stanowi fakt postanowienia przez strony umowy o wzajemnych bieżących opłatach licencyjnych, jeśli licencja jest pozorem, a celem umowy nie jest niedozwolenie integracji technologii komplementarnych lub osiągnięcie innego efektu pozytywnego dla konkurencji. Także sytuacja, gdy opłaty licencyjne są rozszerzone na produkty wytwarzane wyłącznie przy użyciu własnej technologii licencjodawcy, stanowi podstawowe ograniczenie konkurencji zgodnie z art. 4(1)(a) i 4(1)(d).

158. Pozostałe rodzaje ustaleń dotyczących opłaty licencyjnej pomiędzy konkurentami są objęte wyłączeniem grupowym aż do progu udziału w rynku w wysokości 20%, nawet jeśli ograniczają one konkurencję. Poza bezpieczną przystanią wyłączenia grupowego art. 81(1) może mieć zastosowanie w przypadku, gdy konkurenci udzielają sobie wzajemnych licencji i nakładają bieżące opłaty licencyjne, które są wyraźnie nieproporcjonalne w porównaniu do wartości rynkowej licencji i jeśli takie opłaty licencyjne mają znaczący wpływ na ceny rynkowe. Przy ocenie, czy opłaty licencyjne są nieproporcjonalne, przydaje się wgląd w opłaty licencyjne płacone przez innych licencjodawców na rynku produktowym za te same lub zamienne technologie. W takim przypadku mało prawdopodobne jest, że warunki art. 81(3) zostaną spełnione. Art. 81(1) może także mieć zastosowanie, jeśli wzajemne bieżące opłaty licencyjne za sztukę rosną w miarę zwiększania się produkcji. Jeśli strony posiadają istotny stopień siły rynkowej, takie opłaty licencyjne mogą mieć wpływ na ograniczenie produkcji.

159. Bez względu na fakt, iż wyłączenie grupowe ma zastosowanie tylko tak długo, jak technologia pozostaje ważna i w mocy, strony mogą zazwyczaj rozszerzyć zobowiązania opłat licencyjnych poza okres ważności licencjonowanych praw własności intelektualnej bez naruszania przepisów art. 81(1). Po wygaśnięciu tych praw osoby trzecie mogą zgodnie z prawem wykorzystywać daną technologię i konkurować ze stronami umowy. Taka rzeczywista i potencjalna konkurencja zazwyczaj wystarczy, by zapewnić, że dane zobowiązanie nie ma znacznego skutku negatywnego dla konkurencji.

160. W przypadku układów pomiędzy podmiotami nie będącymi konkurentami, wyłączenie grupowe obejmuje umowy, na mocy których opłaty licencyjne są obliczane na podstawie produktów wytwarzanych przy użyciu licencjonowanej technologii i produktów wytwarzanych przy użyciu technologii licencjonowanych od osób trzecich. Umowy takie mogą ułatwiać pomiar opłat licencyjnych. Jednakże mogą

one także prowadzić do wykluczenia poprzez zwiększanie kosztu wykorzystania wkładów osób trzecich i zatem mogą mieć podobne skutki jak zobowiązania zakazu konkurencji. Jeśli opłaty licencyjne są płacone nie tylko od produktów wytwarzanych przy użyciu licencjonowanej technologii, ale także produktów wytwarzanych przy użyciu technologii osób trzecich, to opłaty licencyjne podniosą koszt tych ostatnich produktów i zmniejszą popyt na technologię osób trzecich. Poza zakresem wyłączenia grupowego należy zatem ocenić, czy ograniczenie ma skutek wykluczający. W tym celu należy skorzystać z ram analitycznych nakreślonych w punkcie 2.7 poniżej. W przypadku znacznego skutku wykluczającego umowy takie podpadają pod przepisy art. 81(1) i raczej nie spełniają warunków art. 81(3), chyba, że nie istnieje inny praktyczny sposób obliczania i monitorowania opłat licencyjnych.

2.2. Wyłączne licencjonowanie i ograniczenia sprzedaży

161. Do obecnych celów warto wprowadzić rozróżnienie pomiędzy ograniczeniami dotyczącymi produkcji na danym terytorium (licencja wyłączna lub typu *sole licence*) oraz ograniczeniami dotyczącymi sprzedaży produktów inkorporujących licencjonowaną technologię na danym terytorium i dla danej grupy klientów (ograniczenia sprzedaży).

2.2.1. Licencje wyłączne i typu *sole licence*

162. Licencja uznawana jest za wyłączną, jeśli licencjodawca jest jedynym podmiotem, który ma prawo produkować na podstawie licencjonowanej technologii na danym terytorium. Licencjodawca tym samym zobowiązuje się do nie produkowania ani udzielania licencji na produkcję na danym terytorium. Terytorium to może obejmować cały świat. Jeśli licencjodawca zobowiązuje się jedynie do nieudzielania licencji osobom trzecim na produkcję na danym terytorium, licencja jest licencją typu *sole licence*. Często licencjom wyłącznym lub typu *sole licence* towarzyszą ograniczenia sprzedaży, które ograniczają strony w kwestii wyboru miejsca sprzedaży produktów inkorporujących licencjonowaną technologię.

163. Wzajemne licencjonowanie wyłączne pomiędzy konkurentami jest objęte zakresem art. 4(1)(c), który stanowi, że podział rynku pomiędzy konkurentów jest podstawowym ograniczeniem konkurencji. Wzajemne licencjonowanie typu *sole licence* pomiędzy konkurentami jest objęte wyłączeniem grupowym do progu udziału w rynku w wysokości 20%. Na mocy takiej umowy strony wzajemnie zobowiązują się do nieudzielania osobom trzecim licencji na swoje konkurencyjne technologie. W przypadkach, gdy strony posiadają znaczący poziom siły rynkowej, takie umowy mogą ułatwiać zmywy, poprzez zapewnianie stronom bycia jedynymi źródłami produkcji na rynku na podstawie licencjonowanych technologii.

164. Niewzajemne licencjonowanie wyłączne pomiędzy konkurentami jest objęte wyłączeniem grupowym do progu udziału w rynku w wysokości 20%. Powyżej progu udziału w rynku konieczne jest przeprowadzenie analizy stwierdzającej, jakie są prawdopodobne skutki negatywne dla konkurencji takiego licencjonowania wyłącznego. Jeśli licencja wyłączna obejmuje cały świat, oznacza to, że licencjodawca wycofuje się z rynku. W przypadkach, gdy wyłączność jest ograniczona do danego terytorium, takiego jak Państwo Członkowskie, umowa zakłada, że licencjodawca unika wytwarzania dóbr i usług na danym terytorium. W kontekście art. 81(1) należy szczególnie poddać ocenie znaczenie konkurencyjne licencjodawcy. Jeśli licencjodawca posiada ograniczoną pozycję na rynku produktowym lub nie posiada możliwości do skutecznego wykorzystania technologii na terytorium licencjodawcy, umowa raczej nie będzie podlegać art. 81(1). Szczególnym przypadkiem jest sytuacja, gdzie licencjodawca i licencjodawca konkurują tylko na rynku technologii a licencjodawca, będący na przykład instytutem badawczym lub niewielkim przedsiębiorstwem badawczym, nie posiada środków produkcji i dystrybucji, by skutecznie wprowadzić na rynek produkty inkorporujące licencjonowaną technologię. W takich przypadkach mało prawdopodobne jest, że warunki art. 81(1) zostaną naruszone.

165. Wyłączne licencjonowanie pomiędzy podmiotami nie będącymi konkurentami – w zakresie, w jakim podlega to przepisom art. 81(1)⁶⁹ – prawdopodobnie spełnia warunki art. 81(3). Prawo do udzielenia wyłącznej licencji jest zazwyczaj konieczne w celu skłonienia licencjodawcy do inwestowania w licencjonowaną technologię i do wprowadzenia produktów na rynek w sposób terminowy. Ma to szczególnie miejsce w przypadku, gdy licencjodawca musi ponieść znaczne nakłady w dalszy rozwój licencjonowanej technologii. Uniemożliwienie wyłączności po odniesieniu sukcesu komercyjnego przez licencjodawcę w zakresie licencjonowanej technologii pozbawiłoby licencjodawcę owoców swojego sukcesu i będzie to szkodliwe dla konkurencji, rozpowszechniania technologii i innowacji. Komisja zatem będzie interwenio-

⁶⁹ Patrz wyrok w sprawie *Nungesser*, cytowany w przyp. 13.

wać tylko wyjątkowo przeciwko wyłącznemu licencjonowaniu w umowach zawieranych przez podmioty nie będące konkurentami, niezależnie od terytorialnego zasięgu licencji.

166. Główna sytuacja, w której interwencja może być zagwarantowana to taka, w której dominujący licencjodawca uzyskuje wyłączną licencję na jedną lub więcej konkurencyjnych technologii. Umowy takie zazwyczaj podlegają art. 81(1) i raczej nie spełniają warunków art. 81(3). Jednakże warunkiem jest, by wejście na rynek technologii było trudne a licencjonowana technologia stanowiła prawdziwe źródło konkurencji na rynku. W takich okolicznościach wyłączna licencja może wykluczyć licencjodawców zewnętrznych i pozwolić na utrzymanie licencjodawcy swojej siły rynkowej.

167. Umowy, na mocy których dwie lub więcej stron wzajemnie udzielają sobie licencji i zobowiązują się do nieudzielania licencji osobom trzecim, są szczególnym źródłem wątpliwości, jeśli pakiety technologii wynikające z wzajemnych licencji tworzą faktyczny standard branżowy, do którego osoby trzecie muszą uzyskać dostęp, aby skutecznie konkurować na rynku. W takich przypadkach umowa tworzy zamknięty standard zarezerwowany dla stron. Komisja oceni takie umowy zgodnie z tymi samymi zasadami, jak zasady stosowanie do pooli technologii (patrz rozdział 4 poniżej). Zazwyczaj wymagane będzie, by technologie wspierające taki standard były licencjonowane osobom trzecim na uczciwych, rozsądnych i niedyskryminujących warunkach⁷⁰. Jeśli strony umowy konkurują z osobami trzecimi na istniejącym rynku produktowym a umowa dotyczy tego rynku produktowego, zamknięty standard może prawdopodobnie przynieść znaczne skutki wykluczające. Ten Można uniknąć tego negatywnego wpływu na konkurencję jedynie udzielając licencji osobom trzecim.

2.2.2. Ograniczenia sprzedaży

168. Odnośnie do ograniczeń sprzedaży należy wprowadzić ważne rozróżnienie pomiędzy licencjonowaniem pomiędzy konkurentami a licencjonowaniem pomiędzy podmiotami nie będącymi konkurentami.

169. Ograniczenia sprzedaży czynnej i biernej nałożone na jedną lub obie strony we wzajemnej umowie zawartej pomiędzy konkurentami stanowią podstawowe ograniczenie konkurencji zgodnie z art. 4(1)(c). Ograniczenia sprzedaży dla którejkolwiek ze stron w umowie wzajemnej pomiędzy konkurentami także zazwyczaj podlegają art. 81(1) i raczej nie spełniają warunków art. 81(3). Ograniczenia takie zazwyczaj uznawane są za podział rynku, ponieważ uniemożliwiają one ograniczonej stronie prowadzenie aktywnej i pasywnej sprzedaży na terytoriach i dla grup klientów, które rzeczywiście obsługiwała lub mogłaby obsługiwać w przypadku braku umowy.

170. W przypadku umów niewzajemnych pomiędzy konkurentami wyłączenie grupowe ma zastosowanie do ograniczeń czynnej i biernej sprzedaży licencjodawcy lub licencjodawcy na wyłącznym terytorium lub dla wyłącznej grupy klientów zastrzeżonej dla drugiej strony (patrz art. 4(1)(c)(iv)). Powyżej progu udziału w rynku wynoszącego 20% ograniczenie sprzedaży pomiędzy licencjodawcą a licencjodawcą podlega przepisom art. 81(1), jeśli jedna lub obie strony mają znaczącą siłę rynkową. Jednakże ograniczenia takie mogą być niezbędne do rozpowszechniania cennych technologii i zatem spełniają warunki art. 81(3). Może to mieć miejsce, gdy licencjodawca ma stosunkowo słabą pozycję rynkową na terytorium, gdzie osobiście wykorzystuje technologię. W takich okolicznościach szczególnie ograniczenie czynnej sprzedaży może być niezbędne do skłonienia licencjodawcy do udzielenia licencji. W przypadku braku takiego ograniczenia licencjodawca miałby do czynienia z ryzykiem czynnej konkurencji w swoim głównym obszarze działalności. Podobnie, ograniczenia czynnej sprzedaży prowadzonej przez licencjodawcę mogą być niezbędne w szczególności tam, gdzie licencjodawca ma stosunkowo słabą pozycję rynkową na przydzielonym mu terytorium oraz ponosi znaczne nakłady, aby móc skutecznie wykorzystywać licencjonowaną technologię.

171. Wyłączenie grupowe obejmuje także ograniczenia czynnej sprzedaży na terytorium lub dla grupy klientów przyznanych innemu licencjodawcy, który nie był konkurentem licencjodawcy w momencie zawarcia umowy licencyjnej z licencjodawcą. Warunkiem jednakże jest, by dana umowa pomiędzy stronami była niewzajemna. Powyżej progu udziału w rynku takie ograniczenie aktywnej sprzedaży prawdopodobnie będzie podlegać przepisom art. 81(1), jeśli strony mają znaczącą siłę rynkową. Jednakże ograniczenie może okazać się niezbędne w znaczeniu art. 81(3) dla okresu koniecznego, by chroniony licencjodawca mógł wejść na nowy rynek i stworzyć obecność na rynku na przydzielonym

⁷⁰ Patrz Obwieszczenie Komisji w sprawie *Canon/Kodak Case* (Dz.U C 330, 1.11.1997, s. 10) oraz sprawa *IGR Stereo Television*, o której mowa w XI Raporcie o Polityce Konkurencji, paragraf 94.

mu terytorium albo w stosunku do przyznanej mu grupy klientów. Ta ochrona przeciwko czynnej sprzedaży pozwala licencjodawcy na pokonanie asymetrii, przed którą stoi w związku z faktem, że niektórzy z licencjodawców są przedsiębiorstwami konkurencyjnymi wobec licencjodawcy, a więc już istnieją na rynku. Ograniczenia sprzedaży biernej przez licencjodawców na terytorium lub dla grupy klientów przyznanych inmemu licencjodawcy stanowią podstawowe ograniczenia konkurencji zgodnie z art. 4(1)(c) TTBER.

172. W przypadku umów pomiędzy podmiotami nie będącymi konkurentami ograniczenia sprzedaży pomiędzy licencjodawcą a licencjodawcą są objęte wyłączeniem grupowym do progu udziału w rynku w wysokości 30%. Powyżej progu udziału w rynku ograniczenia czynnej i biernej sprzedaży przez licencjodawców na terytoriach lub dla grup klientów zastrzeżonych dla licencjodawcy mogą być poza zakresem art. 81(1), jeśli na podstawie obiektywnych czynników można stwierdzić, że w przypadku braku ograniczeń sprzedaży nie doszłoby do udzielenia licencji. Nie można oczekiwać od posiadacza technologii, by stworzył bezpośrednią konkurencję przeciwko sobie samemu na podstawie własnej technologii. W innych przypadkach ograniczenie sprzedaży dla licencjodawców może podlegać pod art. 81(1) zarówno w przypadku, gdy licencjodawca samodzielnie posiada znaczną siłę rynkową oraz w przypadku skumulowanego efektu podobnych umów zawartych przez licencjodawców, którzy łącznie mają silną pozycję na rynku.

173. Ograniczenia sprzedaży dla licencjodawcy, jeśli podlegają art. 81(1), prawdopodobnie spełniają warunki art. 81(3), chyba że nie istnieją realne alternatywy dla technologii licencjodawcy na rynku lub alternatywy takie są licencjonowane przez licencjodawcę od osób trzecich. Ograniczenia takie, a w szczególności ograniczenia czynnej sprzedaży mogą okazać się niezbędne w znaczeniu art. 81(3), aby skłonić licencjodawcę do inwestowania w produkcję, marketing i sprzedaż produktów inkorporujących licencjonowaną technologię. Prawdopodobne jest, że zachęty licencjodawcy do inwestowania byłyby znacznie zmniejszone, jeśli miałby on do czynienia z bezpośrednią konkurencją ze strony licencjodawcy, którego koszty produkcji nie są obciążone opłatami licencyjnymi, co może w rezultacie doprowadzić do nieoptymalnych poziomów nakładów.

174. Co się tyczy ograniczeń sprzedaży pomiędzy licencjodawcami w umowach zawartych pomiędzy podmiotami, które nie są konkurentami, TTBER obejmuje wyłączeniem grupowym ograniczenia czynnej sprzedaży pomiędzy terytoriami lub grupami klientów. Powyżej progu udziału w rynku takie ograniczenia czynnej sprzedaży pomiędzy terytoriami i grupami klientów przyznanymi licencjodawcom ograniczają konkurencję wewnątrz danej technologii i prawdopodobnie będą podlegać przepisom art. 81(1), jeśli dany licencjodawca ma znaczącą siłę rynkową. Ograniczenia takie jednak mogą spełniać warunek art. 81(3), jeśli są konieczne do uniemożliwienia strategii gapowicza oraz do skłonienia licencjodawcy do poniesienia nakładów koniecznych do skutecznego wykorzystania licencjonowanej technologii wewnątrz swojego terytorium oraz promowania sprzedaży licencjonowanego produktu. Ograniczenia sprzedaży biernej są objęte listą podstawowych ograniczeń konkurencji wymienionej w art. 4(2)(b), patrz punkt 101 powyżej, jeśli upływa okres dwóch lat od daty, z którą licencjodawca korzystający z ograniczeń wprowadził na rynek wewnątrz swojego terytorium produkt inkorporujący licencjonowaną technologię. Ograniczenia sprzedaży biernej powyżej dwóch lat zazwyczaj nie spełniają warunków art. 81(3).

2.3. Ograniczenia produkcji

175. Wzajemne ograniczenia produkcji w umowach licencyjnych pomiędzy konkurentami stanowią podstawowe ograniczenie konkurencji wynikające z art. 4(1)(b) TTBER (patrz punkt 82 powyżej). Artykuł 4(1)(b) nie obejmuje ograniczenia produkcji nałożonego na licencjodawcę w umowie wzajemnej lub nałożonego tylko na jednego z licencjodawców w umowie wzajemnej. Takie ograniczenia są objęte wyłączeniem grupowym do progu udziału w rynku w wysokości 20%. Powyżej progu udziału ograniczenia produkcji nałożone na licencjodawcę mogą ograniczać konkurencję w sytuacji, gdy strony posiadają znaczącą siłę rynkową. Jednakże art. 81(3) może mieć zastosowanie do przypadków, w których technologia licencjodawcy jest znacząco lepsza niż technologia licencjodawcy a ograniczenie produkcji znacząco przewyższa produkcję licencjodawcy przed zawarciem umowy. W tym przypadku skutek ograniczenia produkcji jest niewielki nawet na rynkach o wzrastającym popycie. Przy zastosowaniu art. 81(3) należy uwzględnić, że takie ograniczenie może być konieczne do skłonienia licencjodawcy do rozpowszechnienia swojej technologii w najszerszym możliwym zasięgu. Na przykład licencjodawca może niechętnie udzielać licencji swoim konkurentom, jeśli nie może ograniczyć licencji do konkretnego zakładu produkcyjnego o określonej wydajności (licencja na zakład produkcyjny). Jeśli umowa licencyjna

prowadzi do rzeczywistej integracji środków komplementarnych, ograniczenia produkcji nałożone na licencjodawcę mogą spełniać warunki art.81(3). Jednakże raczej nie będzie to miało miejsca w sytuacji, gdy strony mają istotną siłę rynkową.

176. Ograniczenia produkcji w umowach licencyjnych zawartych pomiędzy podmiotami nie będącymi konkurentami są objęte wyłączeniem grupowym do progu udziału w rynku w wysokości 30%. Głównym zagrożeniem dla konkurencji wynikającym z ograniczenia produkcji dla licencjodawców w umowach zawartych pomiędzy podmiotami nie będącymi konkurentami jest obniżona konkurencja w ramach danej technologii pomiędzy licencjodawcami. Znaczenie takiego skutku negatywnego dla konkurencji zależy od pozycji rynkowej licencjodawcy i licencjodawców oraz zakresu, w jakim ograniczenie to uniemożliwia licencjodawcy zrealizowania popytu na produkty inkorporujące licencjonowaną technologię.

177. Jeśli ograniczenia produkcji połączone są z wyłącznymi terytoriami lub wyłącznymi grupami klientów, zwiększa się ich efekt ograniczający. Połączenie tych dwóch rodzajów przeszkód sprawia, że umowa służy podziałowi rynków.

178. Ograniczenia produkcji nałożone na licencjodawcę w umowach pomiędzy podmiotami nie będącymi konkurentami mogą także mieć wpływ sprzyjający konkurencji, poprzez promowanie rozpowszechniania technologii. Jako dostawca technologii, licencjodawca powinien zazwyczaj mieć swobodę określania produkcji produktów przy wykorzystaniu licencjonowanej technologii przez licencjodawcę. Jeśli licencjodawca nie może określić produkcji licencjodawcy, pewna ilość umów licencyjnych nie zaistnieje, co będzie miało negatywny skutek dla rozpowszechniania nowej technologii. Jest to szczególnie prawdopodobne w przypadku, gdy licencjodawca jest także producentem, ponieważ w tym przypadku produkcja licencjodawców może trafić do głównego obszaru działalności licencjodawcy i tym samym będzie miała bezpośredni wpływ na tę działalność. Z drugiej strony jest mniej prawdopodobne, że ograniczenia produkcji są konieczne do zapewnienia rozpowszechniania technologii licencjodawcy w połączeniu z ograniczeniem sprzedaży nałożonym na licencjodawcę, które uniemożliwia mu sprzedaż na terytorium lub dla grupy klientów zastrzeżonych dla licencjodawcy.

2.4. Ograniczenia zakresu zastosowania

179. W przypadku ograniczenia zakresu zastosowania, licencja jest ograniczona do jednego lub kilku zakresów zastosowań technicznych lub jednego lub kilku rynków produktowych. Istnieje wiele przypadków, w których tą samą technologię można wykorzystywać do tworzenia różnych produktów lub włączać do produktów należących do różnych rynków produktowych. Nowa technologia odlewnicza może na przykład być wykorzystywana do produkcji plastikowych butelek i plastikowych kubków, gdzie każdy produkt należy do oddzielnych rynków produktowych. Jednakże pojedynczy rynek produktowy może obejmować wiele technicznych zakresów zastosowania. Na przykład nowa technologia budowy silników może być wykorzystywana w silnikach czterozaworowych i sześciozaworowych. Podobnie technologia produkcji zespołów scalonych może być wykorzystywana do produkcji zespołów scalonych zawierających mniej niż cztery procesory i zawierających więcej niż cztery procesory. Licencja ograniczająca wykorzystanie licencjonowanej technologii do produkcji silników czterozaworowych i zespołów scalonych zawierających mniej niż cztery procesory stanowi ograniczenie technicznego zakresu zastosowania.

180. Zważywszy, że ograniczenia zakresu zastosowania są objęte wyłączeniem grupowym i że niektóre ograniczenia dla klientów stanowią podstawowe ograniczenia konkurencji zgodnie z art.4(1)(c) i 4(2)(b) TTBER, ważne jest rozróżnianie tych dwóch kategorii ograniczeń. Ograniczenie dla klienta zakłada, że określone grupy klientów są ustalone i strony mają nałożone ograniczenia sprzedaży dla takich grup klientów. To, że ograniczenie technicznego zakresu zastosowania może odpowiadać pewnym grupom klientów na pewnym rynku produktowym nie oznacza, że ograniczenie należy zaklasyfikować jako ograniczenie dla klienta. Na przykład, z faktu, że pewni klienci kupują głównie lub wyłącznie układy scalone z ponad czterema procesorami nie wynika, że licencja ograniczona do układów scalonych z mniej niż czterema procesorami stanowi ograniczenie dla klienta. Jednakże zakres zastosowania należy zdefiniować obiektywnie przez odniesienie do określonych i znaczących cech technicznych licencjonowanego produktu.

181. Ograniczenie zakresu zastosowania ogranicza wykorzystanie licencjonowanej technologii przez licencjodawcę do jednego lub kilku zakresów zastosowania, bez ograniczania zdolności licencjodawcy do wykorzystywania licencjonowanej technologii. Ponadto, podobnie jak w przypadku terytoriów, te zakresy zastosowania można przydzielić licencjodawcy na zasadzie licencji wyłącznej lub typu sole licence. Ograniczenia zakresu zastosowania w połączeniu z licencją wyłączną lub licencją typu sole licence ograniczają

także możliwość licencjodawcy do wykorzystania własnej technologii, uniemożliwiając mu samodzielne jej wykorzystanie, w tym także udzielanie licencji innym podmiotom. W przypadku licencji typu sole licence ograniczone jest tylko udzielanie licencji osobom trzecim. Ograniczenia zakresu zastosowania w połączeniu z licencją wyłączną lub licencją typu sole licence są traktowane w taki sam sposób, jak licencje wyłączne lub licencje typu sole licence omówione w punkcie 2.2.1. powyżej. W szczególności, w przypadku licencjonowania pomiędzy konkurentami, oznacza to, że wzajemne umowy licencyjne wyłącznej stanowią podstawowe ograniczenia konkurencji w rozumieniu art. 4(1)(c).

182. Ograniczenia zakresu zastosowania mogą mieć skutki pozytywne dla konkurencji dzięki zachęcaniu licencjodawcy do udzielenia licencji na swoją technologię do zastosowań poza jego głównym obszarem działań. Jeśli licencjodawca nie może uniemożliwić licencjobiorcom działania w dziedzinach, w których sam wykorzystuje technologię lub w dziedzinach, gdzie wartość technologii nie jest jeszcze ustalona, może to stanowić czynnik zniechęcający licencjodawcę do udzielania licencji lub może doprowadzić go do naliczania wyższych opłat licencyjnych. Należy także uwzględnić, że w pewnych sektorach licencjonowanie często ma miejsce, by zapewnić swobodę projektowania poprzez zapobieganie roszczeniom o naruszenie. W zakresie licencji licencjobiorca może rozwijać własną technologię bez obawy o roszczenia o naruszenie ze strony licencjodawcy.

183. Ograniczenia zakresu zastosowania nałożone na licencjobiorców w umowach licencji zawartych pomiędzy rzeczywistymi lub potencjalnymi konkurentami są objęte wyłączeniem grupowym do progu udziału w rynku w wysokości 20%. Głównym problemem związanym z konkurencją w przypadku takiego ograniczenia jest ryzyko, że licencjobiorca przestanie być konkurencyjną siłą poza licencjonowanym zakresem zastosowania. Ryzyko jest większe w przypadku wzajemnego licencjonowania pomiędzy konkurentami, jeśli umowa ustanawia asymetryczne ograniczenia zakresu zastosowania. Ograniczenie zakresu zastosowania jest asymetryczne, jeśli jedna strona może wykorzystywać licencjonowaną technologię na jednym rynku produktowym lub w technicznym zakresie zastosowania, a druga strona może wykorzystywać licencjonowaną technologię na innym rynku produktowym lub w technicznym zakresie zastosowania. Problemy związane z konkurencją mogą w szczególności pojawiać się w momencie, gdy zakład produkcyjny licencjobiorcy, wykwipowany do wykorzystywania licencjonowanej technologii, wykorzystywany jest także do produkcji przy wykorzystaniu własnej technologii produktów poza licencjonowanym zakresem zastosowania. Jeśli umowa może doprowadzić licencjobiorcę do obniżenia produkcji poza licencjonowanym zakresem zastosowania, umowa prawdopodobnie jest objęta zakresem art. 81(1). Symetryczne ograniczenia zakresu zastosowania, tj. umowy, w których strony uzyskały licencję na wykorzystanie technologii drugiej strony w tym samym zakresie zastosowania, raczej nie będą podlegać przepisom art. 81(1). Umowy takie raczej nie będą ograniczały konkurencji, która istniałaby w przypadku braku umowy. Art. 81(1) raczej nie będzie miał także zastosowania w przypadku umów, które po prostu umożliwiają licencjobiorcy rozwój i wykorzystanie własnej technologii w zakresie licencji bez obawy o roszczenia o naruszenie ze strony licencjodawcy. W takich okolicznościach ograniczenia zakresu zastosowania nie będą same w sobie ograniczały konkurencji, która istniałaby w przypadku braku umowy. W przypadku braku umowy licencjobiorca także był narażony na ryzyko roszczeń o naruszenie poza zakresem licencjonowanego zakresu zastosowania. Jednakże jeśli licencjobiorca bez biznesowego uzasadnienia zakończy lub zmniejszy swoją działalność w obszarze poza licencjonowanym zakresem zastosowania, może to stanowić wskazówkę, że kryje się pod tym umowa podziału rynku stanowiąca podstawowe ograniczenia konkurencji w rozumieniu art. 4(1)(c) TTBER.

184. Ograniczenia zakresu zastosowania nałożone na licencjobiorcę i licencjodawcę w umowach licencji zawartych pomiędzy podmiotami nie będącymi konkurentami są objęte wyłączeniem grupowym do progu udziału w rynku w wysokości 30%. Ograniczenia zakresu zastosowania w umowach pomiędzy podmiotami nie będącymi konkurentami, gdzie licencjobiorca zastrzega sobie jednej lub więcej rynków produktowych lub technicznych zakresów zastosowań, zazwyczaj nie ograniczają konkurencji albo zwiększają wyniki. Promują one rozpowszechnianie nowej technologii przez stanowienie dla licencjodawcy zachęty do udzielania licencji na wykorzystanie w zakresach, w których licencjodawca nie chce samodzielnie wykorzystywać technologii. Jeśli licencjodawca nie mógł zabronić licencjobiorcom działania w dziedzinach, w których licencjodawca sam wykorzystuje technologię, z pewnością stanowiłoby to element zniechęcający licencjodawcę do udzielania licencji.

185. W umowach pomiędzy podmiotami nie będącymi konkurentami licencjodawca ma zazwyczaj prawo do udzielania licencji typu sole licence lub licencji wyłącznych różnym licencjobiorcom na jeden lub

więcej zakresów zastosowań. Ograniczenia takie powodują zmniejszenie konkurencji wewnątrz danej technologii pomiędzy licencjodawcami w taki sam sposób, jak licencjonowanie wyłączne i są w taki sam sposób analizowane (patrz rozdział 2.2.1 powyżej).

2.5. Ograniczenia zastosowania na własny użytek

186. Ograniczenie zastosowania na własny użytek można zdefiniować jako obowiązek nałożony na licencjodawcę, by ograniczył produkcję produktu licencjonowanego do ilości wymaganych do produkcji własnych produktów oraz do celów serwisu i napraw własnych produktów. Innymi słowy tego rodzaju ograniczenie przybiera postać zobowiązania nakładanego na licencjodawcę w zakresie wykorzystania produktów inkorporujących licencjonowaną technologię tylko jako wkładu do włączenia do własnych produktów, nie obejmuje ono sprzedaży licencjonowanego produktu do włączenia do produktów innych producentów. Ograniczenia zastosowania na własny użytek są objęte wyłączeniem grupowym do odpowiednich progów udziału w rynku w wysokości 20% i 30%. Poza zakresem wyłączenia grupowego w przypadku tego ograniczenia konieczna jest analiza skutków pozytywnych i negatywnych dla konkurencji. W tym względzie konieczne jest rozróżnienie umów pomiędzy konkurentami od umów zawieranych pomiędzy podmiotami nie będącymi konkurentami.

187. W przypadku umów licencyjnych zawieranych pomiędzy konkurentami, ograniczenie, które zobowiązuje licencjodawcę do produkowania na licencji towarów tylko do włączenia ich do własnych produktów, uniemożliwia mu zostanie dostawcą komponentów dla producentów zewnętrznych. Jeśli przed zawarciem umowy licencjodawca nie był rzeczywistym ani potencjalnym dostawcą komponentów dla innych producentów, ograniczenie zastosowania na własny użytek nie zmienia niczego w porównaniu do poprzedniej sytuacji. W takich okolicznościach ograniczenie ocenia się w taki sam sposób jak w przypadku umów zawieranych pomiędzy podmiotami nie będącymi konkurentami. Jeśli jednak licencjodawca jest rzeczywistym lub potencjalnym dostawcą komponentów, konieczne jest zbadanie, jaki wpływ umowa wywiera na tę działalność. Jeśli wyposażając zakład do wykorzystania technologii licencjodawca licencjodawca przestanie stosować własną technologię samodzielnie i tym samym przestanie być dostawcą komponentów, umowa ogranicza konkurencję istniejącą przed jej zawarciem. Może to powodować poważne negatywne skutki rynkowe, jeśli licencjodawca ma znaczną siłę rynkową na rynku komponentów.

188. W przypadku umów licencyjnych pomiędzy podmiotami nie będącymi konkurentami, istnieją dwa główne ryzyka konkurencyjne wynikające z ograniczenia stosowania na własny użytek: (a) ograniczenie konkurencji w ramach danej technologii na rynku dla dostaw środków produkcji oraz (b) wyłączenie arbitrażu pomiędzy licencjodawcami, zwiększające możliwość, że licencjodawca nałoży na licencjodawców dyskryminujące opłaty licencyjne.

189. Jednak ograniczenie zastosowania na własny użytek może także promować licencjonowanie korzystne dla konkurencji. Jeśli licencjodawca jest dostawcą komponentów, ograniczenie może być konieczne, by wystąpiło rozpowszechnienie technologii pomiędzy podmioty nie będące konkurentami. W przypadku braku ograniczenia licencjodawca może nie udzielić licencji albo może udzielić licencji tylko przy wyższej opłacie licencyjnej, ponieważ w przeciwnym razie tworzyłby dla siebie bezpośrednią konkurencję na rynku komponentów. W takich przypadkach ograniczenie zastosowania na własny użytek zwykle nie ogranicza konkurencji albo jest objęte art. 81(3). Warunkiem jest jednak, by licencjodawca nie posiadał ograniczenia w sprzedaży licencjonowanego produktu na części zamiennie do własnych produktów. Licencjodawca musi być w stanie obsłużyć rynek posprzedażny własnych produktów, w tym niezależne organizacje serwisowe, które prowadzą serwis i naprawę produktów, które licencjodawca wytwarza.

190. Jeśli licencjodawca nie jest dostawcą komponentów na rynek właściwy, powyższy powód nałożenia ograniczenia zastosowania na własny użytek nie ma zastosowania. W takich przypadkach ograniczenie zastosowania na własny użytek może w zasadzie promować rozpowszechnianie technologii, zapewniając, że licencjodawcy nie będą prowadzić sprzedaży dla producentów konkurujących z licencjodawcą na innych rynkach. Jednakże ograniczenie licencjodawcy uniemożliwiające mu sprzedaż dla pewnych grup klientów zastrzeżonych dla licencjodawcy zazwyczaj stanowi mniej restrykcyjną alternatywę. W rezultacie w takich przypadkach ograniczenie zastosowania na własny użytek zwykle nie jest konieczne, by doszło do rozpowszechniania technologii.

2.6. Wiązanie i tworzenie pakietów

191. W kontekście licencjonowania technologii wiązanie ma miejsce, gdy licencjodawca uzależnia licencjonowanie jednej technologii (produktu wiążącego) od przyjęcia przez licencjodawcę licencji na

inną technologię lub zakupu produkty licencjodawcy lub innej wyznaczonej przez niego osoby (produkt dowiązany). Tworzenie pakietów ma miejsce, gdy dwie technologie lub technologia i produkt są sprzedawane tylko razem w formie pakietu. Jednakże w obu przypadkach warunkiem jest, by produkty i technologie były rozróżnialne, to znaczy, by istniał rozróżnialny popyt na każdy z produktów i technologii stanowiących część wiązania lub pakietu. Zazwyczaj nie dzieje się tak w przypadku, gdy technologia lub produkty są z konieczności powiązane w taki sposób, że licencjonowana technologia nie może być wykorzystywana bez produktu dowiązanego lub obie części pakietu nie mogą być wykorzystywane bez siebie nawzajem. W poniższych punktach termin „wiązanie” oznacza zarówno wiązanie, jaki tworzenie pakietów.

192. Art. 3 TTBER, ograniczający zastosowanie wyłączenia grupowego według progów udziału w rynku, stanowi, że wiązanie i tworzenie pakietów nie są objęte wyłączeniem grupowym powyżej progów udziału w rynku wynoszących 20% w przypadku umów pomiędzy konkurentami i 30% w przypadku umów pomiędzy podmiotami nie będącymi konkurentami. Progi udziału w rynku mają zastosowanie do wszelkich odpowiednich rynków technologii lub rynków produktowych, których dotyczy umowa licencyjna, w tym rynku dla produktu wiązane. Powyżej progu udziałów w rynku konieczne jest zrównoważenie korzystnych i niekorzystnych dla konkurencji skutków wiązania.

193. Głównym skutkiem ograniczającym wiązania jest wykluczenie konkurencyjnych dostawców z produktu wiązane. Wiązanie może także umożliwić licencjodawcy utrzymanie siły rynkowej na rynku dla produktu wiązane, poprzez podniesienie barier wejścia, ponieważ może to zmuszać nowych graczy do wchodzenia jednocześnie na wiele rynków. Co więcej, wiązanie może umożliwiać licencjodawcy zwiększanie opłat licencyjnych, w szczególności gdy produkt wiązany i produkt dowiązany są częściowo zamienne a dwa produkty nie są wykorzystywane w stałych proporcjach. Wiązanie uniemożliwia licencjodawcy przerzucenie się na zamienne środki produkcji w obliczu rosnących opłat licencyjnych za produkt wiązany. Te zagadnienia konkurencyjne występują niezależnie od tego, czy strony umowy są konkurentami czy nimi nie są. Aby wiązanie dało prawdopodobne skutki niekorzystne dla konkurencji, licencjodawca musi posiadać znaczącą siłę rynkową w zakresie produktu wiązane, co pozwala mu ograniczyć konkurencję w produkcji dowiązanym. W przypadku braku siły rynkowej w zakresie produktu wiązane licencjodawca nie może wykorzystać swojej technologii do celów niekorzystnych dla konkurencji, czyli wykluczenia dostawców produktu dowiązanego. Ponadto, tak jak w przypadku zobowiązania do niekonkurowania, wiązanie musi obejmować pewną część rynku dla produktu dowiązanego, by wystąpił znaczny efekt wykluczający. W przypadkach, gdy licencjodawca ma siłę rynkową na rynku dowiązanego produkty, ale nie na rynku produktu wiązane, ograniczenie należy analizować jako zakazujące konkurowania lub wymuszające ilość, co odzwierciedla fakt, że wszelkie problemy z konkurencją mają swoje źródło na rynku „dowiązane” produktu a nie na rynku produktu „wiązane”⁷¹.

194. Wiązanie tworzy także zyski. Na przykład ma to miejsce w przypadku, gdy produkt dowiązany jest konieczny do zadowalającej obsługi technicznej licencjonowanej technologii lub od zapewnienia, że produkcja na licencji jest zgodna ze standardami jakości przestrzegany przez licencjodawcę i innych licencjodawców. W takich przypadkach wiązanie zwykle nie ogranicza konkurencji albo jest objęte art. 81(3). Jeśli licencjodawcy wykorzystują znak towarowy licencjodawcy lub jego nazwę marki lub jeśli w inny sposób klienci wiedzą, że istnieje powiązanie pomiędzy produktem inkorporującym licencjonowaną technologię a licencjodawcą, licencjodawca ma uzasadniony interes w zapewnianiu, by jakość produktów nie podważała wartości jego technologii albo jego reputacji jako podmiotu gospodarczego. Co więcej, jeśli konsumenci wiedzą, że licencjodawcy (oraz licencjodawca) wytwarzają produkty na podstawie tej samej technologii, mało prawdopodobne jest, że licencjodawcy będą chcieli kupić licencję, jeśli technologia nie jest wykorzystywana w sposób technicznie zadowalający.

195. Wiązanie może także promować konkurencję, jeśli produkt dowiązany pozwala licencjodawcy na wykorzystanie licencjonowanej technologii znacznie wydajniej. Na przykład, jeśli licencjodawca udziela licencji na określoną technologię procesową, strony mogą uzgodnić, że licencjodawca zakupi od licencjodawcy katalizator, opracowany do użytku z licencjonowaną technologią, który umożliwia bardziej wydajne wykorzystanie technologii w porównaniu do użycia innych katalizatorów. Jeśli w takich przypadkach ograniczenie podlega art. 81(1), najprawdopodobniej zostaną spełnione warunki art. 81(3), nawet powyżej progów udziałów w rynku.

⁷¹ W sprawie zastosowania ram analitycznych patrz rozdział 2.7 poniżej oraz punkty 138 i nn. Wytocznych w sprawie ograniczeń pionowych cytowanych w przyp. 36.

2.7. Zobowiązania do nie konkurowania

196. Zobowiązanie do nie konkurowania w kontekście licencjonowania technologii przybiera postać zobowiązania nałożonego na licencjodawcę do niewykorzystywania technologii osób trzecich, które są konkurencyjne wobec technologii licencjonowanej. W zakresie, w jakim zobowiązanie do nie konkurowania obejmuje produkt lub dodatkowe technologie dostarczane przez licencjodawcę, zobowiązanie analizowane jest w poprzednim rozdziale dotyczącym wiązania.

197. TTBER wyłącza zobowiązania do nie konkurowania zarówno w przypadku umów pomiędzy konkurentami jak i w przypadku umów pomiędzy podmiotami nie będącymi konkurentami do progów udziału w rynku odpowiednio wynoszących 20% i 30%.

198. Główne ryzyko konkurencyjne stwarzane przez zobowiązania do nie konkurowania to wykluczenie technologii osób trzecich. Zobowiązania do nie konkurowania mogą także ułatwiać zmonopolizowanie technologii w przypadku skumulowanego użycia. Wykluczenie technologii konkurencyjnych ogranicza presję konkurencyjną na opłaty licencyjne pobierane przez licencjodawcę oraz ogranicza konkurencję pomiędzy wcześniejszymi technologiami, poprzez zmniejszenie możliwości zastąpienia przez licencjodawcę jednych konkurencyjnych technologii innymi. Ponieważ w obu przypadkach głównym problemem jest wykluczenie, analiza może w ogólnych zarysach być taka sama w przypadku umów pomiędzy konkurentami jak i pomiędzy podmiotami nie będącymi konkurentami. Jednakże w przypadku wzajemnego licencjonowania pomiędzy konkurentami, gdzie obie strony zgadzają się nie wykorzystywać technologii osób trzecich, umowa może ułatwiać zmonopolizowanie technologii na rynku produktowym, co jednocześnie stanowi uzasadnienie niższego progu udziału w rynku w wysokości 20%.

199. Wyłączenie może wynikać, jeśli znacząca część potencjalnych licencjodawców jest już powiązana z jednym, lub w przypadku efektu skumulowanego, większej liczby źródeł technologii i nie może wykorzystywać technologii konkurencyjnych. Skutki wykluczające mogą wynikać z umów zawieranych przez jednego licencjodawcę posiadającego znaczną siłę rynkową lub przy efekcie skumulowanym umów zawartych przez wielu licencjodawców, nawet jeśli każda umowa lub sieć umów jest objęta TTBER. W tym ostatnim przypadku jednakże poważny efekt skumulowania raczej nie będzie miał miejsca, o ile powiązane jest mniej niż 50% rynku. Powyżej tego progu znaczne wykluczenie może wystąpić, jeśli występują relatywnie wysokie bariery wejścia dla nowych licencjodawców. Jeśli bariery wejścia są niskie, nowi licencjodawcy mogą wejść na rynek i komercyjnie wykorzystywać atrakcyjne technologie posiadane przez osoby trzecie i tym samym stanowią prawdziwą alternatywę dla wcześniejszych licencjodawców. Aby określić rzeczywistą możliwość wejścia i rozwoju osób trzecich należy także uwzględnić zakres, w jakim dystrybutorzy są powiązani z licencjodawcami zobowiązaniami o nie konkurowaniu. Technologie osób trzecich mają rzeczywistą możliwość wejścia na rynek tylko, jeśli podmioty te mają dostęp do koniecznych środków produkcji i dystrybucji. Innymi słowy, łatwość wejścia zależy nie tylko od dostępności licencjodawców, ale także od zakresu, w jakim mają dostęp do dystrybucji. Przy ocenie skutków wykluczenia na poziomie dystrybucji Komisja zastosuje ramy analityczne określone w rozdziale IV.2.1 Wytycznych dotyczącym ograniczeń pionowych⁷².

200. Jeśli licencjodawca ma znaczącą siłę rynkową, zobowiązanie nałożone na licencjodawcę wymagające uzyskania technologii tylko od licencjodawcy może prowadzić do znaczących skutków wykluczających. Im silniejsza pozycja rynkowa licencjodawcy, tym wyższe ryzyko wykluczenia konkurencyjnych technologii. Aby wystąpiły znaczne efekty wykluczenia, zobowiązanie do nie konkurowania nie musi koniecznie obejmować znaczącej części rynku. Nawet w przypadku braku takowych, znaczne efekty wykluczenia mogą wystąpić, jeśli zobowiązania do nie konkurowania wymierzone są w przedsiębiorstwa, które najbardziej prawdopodobnie mogą uzyskać licencje na konkurencyjne technologie. Ryzyko wykluczenia jest szczególnie wysokie, jeśli istnieje tylko ograniczona liczba potencjalnych licencjodawców a umowa licencyjna dotyczy technologii, która jest wykorzystywana przez licencjodawców jako wkład do własnego zastosowania. W takich przypadkach bariery wejścia dla nowego licencjodawcy są prawdopodobnie wysokie. Wykluczenie może być mniej prawdopodobne w przypadkach, gdy technologia jest wykorzystywana do stworzenia produktu sprzedawanego osobom trzecim, chociaż w tym przypadku ograniczenie wiąże się także z możliwościami produkcyjnymi dla danego wkładu, nie wiąże się natomiast z popytem na produkt zawierający wkład produkowany przy użyciu licencjonowanej technologii. Aby wejść na rynek w tym ostatnim przypadku licencjodawcy wymagają dostępu tylko do jednego lub

⁷² Patrz przyp. 36.

kilku licencjodawców, którzy posiadają odpowiednie zdolności produkcyjne i jeśli nie jest tak, że tylko kilka przedsiębiorstw posiada lub może uzyskać środki konieczne do wykupienia licencji, mało prawdopodobne jest, że poprzez nałożenie zobowiązania do nie konkurowania na swoich licencjodawców licencjodawca odmówi konkurentom dostępu do wydajnych licencjodawców.

201. Zobowiązanie do nie konkurowania może także dawać efekty korzystne dla konkurencji. Po pierwsze, takie zobowiązania mogą promować rozpowszechnianie technologii poprzez ograniczanie ryzyka przywłaszczenia sobie licencjonowanej technologii, w szczególności know-how. Jeśli licencjodawca jest uprawniony do przyjmowania licencji na konkurencyjne technologie od osób trzecich, istnieje ryzyko, że w szczególności licencjonowane know-how będzie wykorzystywane do eksploatacji konkurencyjnych technologii a zatem będzie służyć konkurentom. Jeśli licencjodawca wykorzystuje także konkurencyjne technologie, zazwyczaj także monitorowanie opłat licencyjnych jest trudniejsze, co może stanowić czynnik zniechęcających licencjodawcę do udzielania licencji.

202. Po drugie, zobowiązanie do nie konkurowania, być może w połączeniu z wyłącznym terytorium, może być konieczne do zapewnienia licencjodawcy zachęty do inwestowania i wykorzystywania licencjonowanej technologii w sposób skuteczny. Jeśli umowa jest objęta zakresem art. 81(1) ze względu na znaczny efekt wykluczający, może być konieczne wybranie mniej restrykcyjnej alternatywy, na przykład nałożenia zobowiązań do minimalnej produkcji lub opłat licencyjnych, które zazwyczaj mają mniejszy potencjał wykluczenia konkurencyjnych technologii, dzięki czemu będzie możliwe skorzystanie z ochrony art. 81(3).

203. Po trzecie, w przypadkach, gdy licencjodawca zobowiązuje się do poniesienia istotnych nakładów specyficznych dla klienta, na przykład szkolenia lub dostosowania licencjonowanej technologii do potrzeb licencjodawcy, zobowiązanie do nie konkurowania lub jako alternatywa, zobowiązania do minimalnej produkcji lub opłat licencyjnych może być konieczne, by zachęcić licencjodawcę do poniesienia nakładów i uniknięcia problemu szachowania się stron. Jednakże zazwyczaj licencjodawca będzie w stanie naliczać bezpośrednio opłaty za takie nakłady, w postaci opłaty zryczałtowanej, co sugeruje, że dostępne są mniej restrykcyjne alternatywy.

3. Ugody i umowy braku potwierdzenia

204. Licencjonowanie może służyć rozstrzygnięciu sporów lub zapobieganiu wykonywaniu praw własności intelektualnej przez jedną ze stron, aby uniemożliwić drugiej stronie wykorzystywanie swojej technologii. Licencjonowanie obejmujące wzajemne licencjonowanie w kontekście ugód i umów braku potwierdzenia nie powoduje jako takie ograniczenia konkurencji, ponieważ pozwala stronom na wykorzystanie swoich technologii po zawarciu umowy. Jednakże poszczególne warunki takiej umowy mogą podlegać pod art. 81(1). Licencjonowanie w kontekście ugód jest traktowane tak jak inne umowy licencyjne. W przypadku technologii, które z technicznego punktu widzenia są substytutami, konieczne jest ocenie, w jakim zakresie prawdopodobne jest, że dane technologie znajdują się w jednostronnej lub dwustronnej pozycji blokującej (patrz punkt 32 powyżej). Jeśli jest to prawdopodobne, strony nie są uznawane za konkurentów.

205. Wyłączenie grupowe obowiązuje pod warunkiem, że umowa nie zawiera podstawowych ograniczeń konkurencji określonych w art. 4 TTBER. Lista podstawowych ograniczeń konkurencji z art. 4(1) może mieć zastosowanie, jeśli strony wiedziały, że nie istnieje pozycja blokująca a więc są one konkurentami. W takich wypadkach ugoda jest po prostu sposobem ograniczenia konkurencji, która istniałaby w przypadku braku umowy.

206. W przypadkach, gdzie prawdopodobne jest, że w braku licencji licencjodawca mógł być wykluczony z rynku, umowa zazwyczaj wspiera konkurencję. Ograniczenia, które zmniejszają konkurencję w ramach danej technologii pomiędzy licencjodawcą a licencjodawcą, są często zgodne z art. 81, patrz punkt 2 powyżej.

207. Umowy, w których strony udzielają sobie wzajemnej licencji i nakładają ograniczenia na wykorzystanie swoich technologii, w tym ograniczenia dotyczące udzielania licencji osobom trzecim, mogą podlegać pod art. 81(1). Jeśli strony posiadają znaczącą siłę rynkową a umowa nakłada ograniczenia, które wyraźnie wykraczają poza wymagania w celu odblokowania, umowa prawdopodobnie jest objęta zakresem art. 81(1), nawet jeśli możliwe jest istnienie pozycji blokującej. Art. 81(1) w szczególności może mieć zastosowanie, jeśli strony mają wspólne rynki lub ustalają wzajemne bieżące opłaty licencyjne, które mają znaczący wpływ na ceny rynkowe.

208. Jeśli zgodnie z umową strony są upoważnione do wykorzystania swoich technologii a umowa rozszerza się na przyszłe usprawnienia, konieczna jest ocena wpływu umowy na zachęty dla stron do innowacji. W przypadkach, gdy strony posiadają znaczącą siłę rynkową, umowa może podlegać pod art. 81(1), jeśli umowa uniemożliwia stronom zyskanie przewagi konkurencyjnej jednej strony nad drugą. Umowy, które eliminują lub istotnie ograniczają możliwości jednej ze stron do zyskania przewagi konkurencyjnej nad drugą stroną zmniejszają zachętę do innowacji i tym samym niekorzystnie wpływają na zasadniczą część procedur konkurencji. W takim przypadku mało prawdopodobne jest, że warunki art. 81(3) zostaną spełnione przez takie umowy. W szczególności jest mało prawdopodobne, że ograniczenia zostaną uznane za niezbędne w znaczeniu warunku trzeciego art. 81(3). Osiągnięcie celu umowy, mianowicie upewnienie się, czy strony w dalszym ciągu wykorzystują własną technologię bez blokady ze strony drugiej strony, nie wymaga uzgodnienia przez strony dzielenia się przyszłymi innowacjami. Jednakże strony raczej nie będą miały problemów z uzyskaniem przewagi konkurencyjnej nad drugim konkurentem, jeśli celem licencji jest umożliwienie im rozwoju własnych technologii i jeśli licencja nie prowadzi do wykorzystania przez nich tych samych rozwiązań technicznych. Umowy takie po prostu tworzą swobodę projektowania, poprzez zapobieganie przyszłym roszczeniom o naruszenie ze strony drugiej strony.

209. W kontekście ugody i umowy braku potwierdzenia, klauzule niepodważania są zazwyczaj uznawane za będące poza zakresem art. 81(1). Dla takich umów inherentne jest to, że strony zgadzają się nie podważać *ex post* praw własności intelektualnej objętych taką umową. Rzeczywiście, samym celem umowy jest rozstrzygnięcie istniejących sporów i/lub uniknięcie sporów w przyszłości.

4. Poole technologii

210. Poole technologii są definiowane jako umowy, w których dwie lub więcej stron tworzy pakiet technologii licencjonowane nie tylko podmiotom tworzącym pooli, ale także osobom trzecim. Pod względem struktury, poole technologii mogą przybierać postać prostych umów pomiędzy ograniczoną liczbą stron lub skomplikowanych umów między organizacjami, gdzie organizacja procedur licencjonowania pooli technologii jest powierzana oddzielnemu podmiotowi. W obu przypadkach pool może pozwalać licencjobiorcom na działanie na rynku na podstawie jednej licencji.

211. Nie istnieje bezpośredni związek pomiędzy łączonymi technologiami a standardami, ale w niektórych przypadkach technologie w poolu wspierają (całkowicie lub częściowo) faktyczny lub prawny standard branżowy. Jeśli poole technologii wspierają standard branżowy, nie muszą koniecznie wspierać jednego standardu. Różne poole technologii mogą wspierać konkurencyjne standardy⁷³.

212. Umowy ustanawiające poole technologii i określające warunki ich działania nie są – niezależnie od ilości stron – objęte wyłączeniem grupowym (patrz rozdział III.2.2 powyżej). Umowy takie są omawiane wyłącznie w niniejszych wytycznych. Umowy łączenia technologii są przyczyną pewnych szczególnych problemów związanych z wyborem włączonych technologii i działaniem pooli, które nie pojawiają się w przypadku innych rodzajów licencjonowania. Poszczególne licencje udzielane w ramach poolów licencjobiorcom zewnętrznym są jednak traktowane jak pozostałe umowy licencyjne, które są objęte wyłączeniem grupowym, jeśli spełnione zostały warunki określone w TTBER, w tym wymagania art. 4 TTBER zawierające listę podstawowych ograniczeń konkurencji.

213. Poole technologii mogą ograniczać konkurencję. Utworzenie pooli technologii musi wiązać się ze wspólną sprzedażą pooli technologii, co w przypadku pooli utworzonych wyłącznie lub głównie z technologii zamiennych oznacza zmonopolizowanie ustalania cen. Ponadto, oprócz zmniejszania konkurencji między stronami, poole technologii mogą także wiązać się z obniżeniem innowacji poprzez wykluczenie technologii alternatywnych, w szczególności, jeśli wspierają one standard branżowy albo tworzą faktyczny standard branżowy. Istnienie standardu oraz powiązanie poolu technologii sprawia, że trudniej jest wejść na rynek z nowymi i ulepszonymi technologiami.

214. Poole technologii mogą także tworzyć efekty sprzyjające konkurencji, w szczególności poprzez obniżanie kosztów transakcji oraz ustalanie limitów na skumulowane opłaty licencyjne, by uniknąć podwójnej marży. Utworzenie poolu pozwala na jednorazowe licencjonowanie technologii znajdujących się w poolu. Jest to szczególnie istotne w sektorach, gdzie prawa własności intelektualnej są domi-

⁷³ Patrz Informacja prasowa Komisji IP/02/1651 w sprawie licencjonowania patentów na usługi telefonii komórkowej trzeciej generacji (3G). Ta sprawa dotyczyła pięciu pooli technologii tworzących pięć odmiennych technologii, z których każda mogła być wykorzystywana do produkcji urządzeń 3G.

nujące oraz gdzie trzeba uzyskać licencje od wielu licencjodawców, aby móc prowadzić działalność. Jeśli licencjodawcy otrzymują bieżącą obsługę odnośnie do zastosowania licencjonowanej technologii, wspólne licencjonowanie i obsługa mogą powodować dalsze obniżenie kosztów.

4.1. Charakter technologii łączonych w pool

215. Ryzyka konkurencyjne oraz potencjał zwiększania zysków pooli technologii zależą w znacznej mierze od relacji pomiędzy technologiami w poolu i ich relacji z technologiami poza pooliem. Należy wprowadzić dwa podstawowe rozróżnienia, mianowicie (a) pomiędzy technologicznymi uzupełnieniami i technologicznymi substytutami oraz (b) pomiędzy technologiami kluczowymi i technologiami niekluczowymi.

216. Dwie technologie⁷⁴ stanowią swoje uzupełnienie, w przeciwieństwie do substytutów, jeśli obie są wymagane do wytworzenia produktu lub przeprowadzenia procesu, do którego odnoszą się technologie. I odwrotnie, dwie technologie stanowią swoje substytuty, jeśli każda z nich umożliwia posiadaczowi wytworzenie produktu lub przeprowadzenie procesu, do którego odnoszą się technologie. Technologia jest kluczowa, w przeciwieństwie do technologii niekluczowej, jeśli nie istnieją wewnątrz poolu lub poza nim jej substytuty a dana technologia stanowi niezbędną część pakietu technologii do celów wytworzenia produktu lub przeprowadzenia procesu, do którego odnoszą się technologie. Technologia, dla której nie ma substytutów, pozostaje kluczowa tak długo, jak długo jest objęta przynajmniej jednym ważnym prawem własności intelektualnej. Technologie kluczowe z konieczności są także technologiami uzupełniającymi.

217. Kiedy technologie w poolu są substytutami, opłaty licencyjne będą prawdopodobnie wyższe niż w innym wypadku, ponieważ licencjodawcy nie korzystają z rywalizacji pomiędzy danymi technologiami. Jeśli technologie w poolu się uzupełniają, umowa obniża koszty transakcji i może prowadzić do niższych opłat licencyjnych, ponieważ strony mają możliwość ustalenia wspólnej opłaty licencyjnej za cały pakiet, w przeciwieństwie do sytuacji, w której każdy licencjodawca ustalając wysokość opłaty licencyjnej nie bierze pod uwagę opłaty licencyjnej ustalonej przez innych.

218. Rozróżnienie na technologie uzupełniające się i substytucyjne nie jest wyraźne we wszystkich przypadkach, ponieważ technologie mogą być częściowo substytucyjne a częściowo uzupełniające. Jeśli z powodu zysków wynikających z integracji dwóch technologii licencjodawcy mogą wykazywać popyt na obie technologie, uznaje się je za uzupełniające, nawet jeśli częściowo są swoimi substytutami. W takich przypadkach możliwe jest, że w braku poolu licencjodawcy chcieliby uzyskać licencje na obie technologie ze względu na dodatkową korzyść ekonomiczną z wykorzystania obu technologii, w przeciwieństwie do wykorzystania tylko jednej z nich.

219. Włączenie do poolu technologii substytucyjnych ogranicza konkurencję pomiędzy technologiami i oznacza zbiorowe tworzenie pakietów. Co więcej, jeśli pool w znacznym stopniu składa się z technologii substytucyjnych, umowa oznacza ustalanie cen pomiędzy konkurentami. Z zasady Komisja uważa, że włączenie technologii substytucyjnych do poolu stanowi naruszenie art. 81(1). Komisja uważa także, że jest mało prawdopodobne, by warunki art. 81(3) zostały spełnione w przypadku pooli zawierających w znacznym stopniu technologie substytucyjnych. Zważywszy, że dane technologie są alternatywne, z włączenia obu technologii do poolu nie wynikają oszczędności kosztów transakcji. W przypadku braku pooli licencjodawcy nie chcieliby obu technologii na raz. Nie wystarczy, że strony mają swobodę udzielania oddzielnych licencji. Aby nie podważać sensu istnienia poolu, który pozwala im wspólnie wywierać siłę rynkową, strony nie będą miały zbyt wiele zachęt do oddzielnego licencjonowania technologii.

220. Gdy pool składa się wyłącznie z technologii kluczowych a zatem z konieczności także uzupełniających, utworzenie pooli jako takich ogólnie mieści się poza zakresem art. 81(1) niezależnie od pozycji rynkowej stron. Jednakże warunki, na jakich udzielane są licencje, mogą podlegać pod art. 81(1).

221. Gdy do poolu włączone są niekluczowe ale substytucyjne patenty, istnieje ryzyko wykluczenia technologii osób trzecich. Po włączeniu technologii do poolu i udzielaniu na nią licencji w formie pakietu, licencjodawcy będą mieli niewiele zachęt do przyjmowania licencji na technologię konkurencyjną, jeśli opłata licencyjna za pakiet obejmuje już technologię substytucyjną. Co więcej, włączenie technologii, które nie są konieczne do celów wytworzenia produktów lub realizacji procesów, których dotyczy pool technologii, zmusza także licencjodawców do płacenia za technologię, której nie potrzebują. Włączenie patentów uzupełniających oznacza więc zbiorowe tworzenie pakietów. Gdy pool obejmuje

⁷⁴ Termin „technologia” nie ogranicza się do patentów. Obejmuje także wnioski patentowe i prawa własności intelektualnej inne niż patenty.

technologie niekluczowe, umowa może podlegać pod art. 81(1), o ile pool posiada znaczącą pozycję na jakimkolwiek rynku właściwym.

222. Zważywszy, że technologie substytucyjne i uzupełniające mogą zostać opracowane po stworzeniu poolu, ocena istotności jest procesem ciągłym. Technologia może zatem stać się niekluczowa po utworzeniu poolu ze względu na pojawienie się technologii osób trzecich. Jednym ze sposobów zapewnienia, że takie technologie osób trzecich nie zostaną wykluczone jest wyłączenie z poolu technologii, które przestały być kluczowe. Jednakże mogą istnieć inne sposoby zapewnienia, że technologie osób trzecich nie zostaną wykluczone. Przy ocenie pooli technologii zawierających technologie niekluczowe, tj. technologie, dla których istnieją poza poolem substytutu, albo które nie są niezbędne do wytworzenia jednego lub więcej produktów, których dotyczy pool, Komisja w swojej ogólnej ocenie, uwzględni między innymi następujące czynniki:

- (a) czy istnieją jakieś prokonkurencyjne przyczyny włączenia niekluczowych technologii do poolu;
- (b) czy licencjodawcy zachowali swobodę licencjonowania swoich technologii niezależnie. Jeśli pool składa się z ograniczonej liczby technologii a poza poolem istnieją technologie substytucyjne, licencjodawcy mogą zechcieć stworzyć własny pakiet technologii składający się z części z technologii będących częścią poolu i częściowo z technologii będących własnością osób trzecich;
- (c) czy w przypadku, gdy technologie w poolu mają różne zastosowanie, z których pewne nie wymagają wykorzystania wszystkich technologii w poolu, pool oferuje technologie jako pakiet czy oferuje oddzielne pakiety do różnych zastosowań. W tym ostatnim przypadku unika się sytuacji, gdy technologie, które nie są kluczowe dla danego produktu lub procesu, są powiązane z technologiami kluczowymi.
- (d) czy technologie w poolu są dostępne wyłącznie jako jeden pakiet czy też licencjodawcy mogą uzyskać licencję tylko na część pakietu z odpowiednim obniżeniem opłat licencyjnych. Możliwość uzyskania licencji tylko na część pakietu może zmniejszyć ryzyko wykluczenia technologii osób trzecich spoza poolu, w szczególności, jeśli licencjodawca uzyskuje odpowiednie obniżenie opłat licencyjnych. Wymaga to przypisania do każdej technologii w poolu udziału w całkowitej opłacie licencyjnej. Jeśli umowy licencyjne zawarte pomiędzy poolem a indywidualnymi licencjodawcami mają stosunkowo długi okres obowiązywania a technologia w poolu wspiera faktyczny standard branżowy, należy uwzględnić fakt, iż pool może wykluczyć dostęp do rynku dla nowych technologii zamiennych. Przy ocenie ryzyka wykluczenia w takich przypadkach istotne jest, by uwzględnić czy licencjodawcy mogą rozwiązać w uzasadnionym okresie wypowiedzenia część licencji oraz uzyskać odpowiednią obniżkę opłat licencyjnych.

4.2. Ocena ograniczeń indywidualnych

223. Przedmiotem niniejszego rozdziału jest omówienie pewnej ilości ograniczeń, które w takiej czy innej postaci powszechnie występują w poolach technologii i wymagają oceny w ogólnym kontekście pooli. Należy przypomnieć, patrz punkt 212 powyżej, że TTBER ma zastosowanie do umów licencyjnych zawieranych pomiędzy poolem a licencjodawcami zewnętrznymi. Rozdział ten zatem ogranicza się do omówienia kwestii utworzenia pooli i licencjonowania, które są specyficzne dla licencjonowania w kontekście pooli technologii.

224. Przeprowadzając ocenę, Komisja będzie się kierować następującymi głównymi zasadami:

1. Im silniejsza pozycja rynkowa pooli, tym wyższe ryzyko efektów niesprzyjających konkurencji.
2. Poole posiadające mocną pozycję na rynku powinny być otwarte i niedyskryminujące.
3. Poole nie powinny niewłaściwie wykluczać technologii osób trzecich lub ograniczać tworzenia alternatywnych pooli.

225. Przedsiębiorstwa tworzące pool technologii zgodną z art. 81 oraz standard branżowy, który pool może wspierać, mają zazwyczaj swobodę negocjowania i ustalania opłat licencyjnych za pakiet technologii i udział każdej z technologii w opłacie licencyjnej przed lub po określeniu standardu. Umowa taka jest niezbędna w utworzeniu standardu lub pooli i nie może sama w sobie być uznawana za ograniczającą konkurencję i w niektórych okolicznościach może prowadzić do większych zysków. W niektórych okolicznościach może być lepiej, jeśli opłaty licencyjne są uzgadniane przez wyborem standardu a nie później, w celu uniknięcia sytuacji, gdzie wybór standardy daje istotną siłę rynkową jednej lub więcej technologii kluczowych. Z drugiej strony licencjodawcy muszą zachować swobodę do określania cen produktów wytwarzanych na licencji. Jeśli wybór technologii do włączenia do poolu jest dokonywany

przez niezależnego eksperta, może to zwiększyć konkurencję pomiędzy dostępnymi rozwiązaniami technicznymi.

226. Jeśli pool ma dominującą pozycję na rynku, opłaty licencyjne i inne warunki udzielania licencji powinny być sprawiedliwe i niedyskryminujące a licencje powinny być niewyłączne. Wymagania te są konieczne, by sprawić, że pool będzie otwarty i nie będzie oznaczać wykluczenia oraz innych skutków niesprzyjających konkurencji na rynkach kolejnych. Wymagania te jednak nie wykluczają różnych opłat licencyjnych dla różnych zastosowań. Ogólnie nie uznaje się za ograniczenie konkurencji stosowanie różnych stawek opłat licencyjnych do różnych rynków produktowych, o ile nie powinna występować dyskryminacja na rynkach produktowych. W szczególności traktowanie licencjodawców nie powinno zależeć od tego, czy są licencjodawcami, czy nie. Komisja zatem uwzględni, czy licencjodawcy także podlegają takim obowiązkom opłat licencyjnych.

227. Licencjodawcy i licencjobiorcy muszą posiadać swobodę rozwoju produktów i standardów konkurencyjnych oraz swobodę udzielania i uzyskiwania licencji spoza pooli. Wymagania te są konieczne w celu ograniczenia ryzyka wykluczenia technologii osób trzecich i upewnienia się, że pool nie ogranicza innowacji i nie wyklucza tworzenia konkurencyjnych rozwiązań technicznych. Jeśli pool wspiera (faktyczny) standard branżowy i jeśli strony podlegają zobowiązaniu o nie konkurowaniu, pool tworzy szczególne ryzyko uniemożliwiania rozwoju nowych i ulepszonych technologii i standardów.

228. Zobowiązania do wymiany usprawnień powinny być niewyłączne i ograniczone do usprawnień kluczowych lub ważnych dla wykorzystania technologii w poolu. Umożliwia to wykorzystanie przez pool usprawnień technologii w ramach poolu. Strony mogą zapewniać, że wykorzystanie technologii w poolu nie będzie wstrzymywane przez licencjobiorców, którzy posiadają lub uzyskają niezbędne patenty.

229. Jednym z problemów określonych w odniesieniu do pooli patentów jest ryzyko, że chronią one nieważne patenty. Tworzenie pooli zwiększa koszty/ryzyko udanego podważenia, ponieważ podważenie nie powiedzie się, jeśli choćby tylko jeden patent w poolu był ważny. Ochrona nieważnych patentów w poolu może zmuszać licencjobiorców do płacenia wyższych opłat licencyjnych oraz uniemożliwiać innowacje w dziedzinie objętej nieważnym patentem. Aby ograniczyć to ryzyko, wszelkie prawa do rozwiązania licencji w przypadku podważenia muszą być ograniczone do technologii posiadanych przez licencjodawcę, który jest adresatem podważenia oraz nie może rozciągać się na technologie posiadane przez innych licencjodawców w poolu.

4.3. Ramy instytucjonalne regulujące pool

230. Sposób, w jaki tworzony, organizowany i prowadzony jest pool technologii, może zmniejszać ryzyko, że jest celem lub skutkiem ograniczenia konkurencji oraz zapewniać zabezpieczenia, że umowa sprzyja konkurencji.

231. Jeśli udział w procesie tworzenia standardu i poolu jest otwarty dla wszystkich zainteresowanych stron reprezentujących różne interesy, istnieje większe prawdopodobieństwo, że technologie do włączenia do poolu będą wybrane na podstawie rozważań ceny/jakości, niż w sytuacji, gdy pool jest tworzony przez ograniczoną grupę właścicieli technologii. Podobnie, jeśli odpowiednie organy tworzenia poolu składają się z osób reprezentujących różne interesy, istnieje większe prawdopodobieństwo, że warunki licencjonowania, w tym opłaty licencyjne, będą otwarte i niedyskryminujące oraz będą odzwierciedlać licencjonowaną technologię lepiej niż w przypadku, gdy pool jest kontrolowany przez przedstawicieli licencjodawcy.

232. Kolejnym ważnym czynnikiem jest zakres, w jakim niezależni eksperci są zaangażowani w tworzenie i prowadzenie poolu. Na przykład ocena tego, czy dana technologia jest niezbędna dla standardu wspieranego przez pool jest często złożoną kwestią wymagającą specjalistycznej wiedzy. Zaangażowanie niezależnych ekspertów w proces selekcji może w dalekim stopniu zapewnić, że zaangażowanie we włączanie jedynie kluczowych technologii zostanie wdrożone w praktyce.

233. Komisja uwzględni sposób wyboru ekspertów oraz ich dokładne funkcje. Eksperti powinni być niezależni od przedsiębiorstw, które utworzyły pool. Jeśli eksperci są powiązani z licencjodawcami lub w inny sposób od nich zależą, zaangażowanie eksperta będzie miało mniejszą wagę. Eksperti muszą także posiadać konieczną wiedzę techniczną, by realizować różne funkcje im powierzone. Funkcje niezależnych ekspertów mogą obejmować, w szczególności, ocenę tego, czy technologie zaproponowane do włączenia do poolu są ważne i czy są kluczowe.

234. Istotne jest także rozważenie umów w zakresie wymiany wrażliwych informacji pomiędzy stronami. Na rynkach oligopolistycznych wymiany informacji wrażliwych takich jak strategie cenowe i wyniki mogą

ułatwiać znowę⁷⁵. W takich przypadkach Komisja weźmie pod uwagę zakres, w jakim stworzono zabezpieczenia zapobiegające wymianie informacji wrażliwych. Niezależny ekspert lub organ licencjonujący może odegrać istotną rolę w tym względzie, zapewniając, że dane produkcji i sprzedaży, być może niezbędne do celów obliczania i weryfikacji opłat licencyjnych, nie zostaną ujawnione przedsiębiorstwom konkurującym na rynkach właściwych.

235. Wreszcie, ważne jest uwzględnienie mechanizmu rozstrzygania sporów przewidzianego w instrumentach tworzących pool. In bardziej rozstrzyganie sporów jest powierzone organom lub osobom niezależnym od poolu i jej członków, tym większe jest prawdopodobieństwo, że rozstrzyganie sporów będzie działać w sposób neutralny.

⁷⁵ Patrz wyrok w sprawie *John Deere* cytowany w przyp. 11.

**Rozporządzenie
Rady Ministrów
z dnia 30 lipca 2007 r.
w sprawie wyłączenia niektórych rodzajów porozumień dotyczących transferu technologii
spod zakazu porozumień ograniczających konkurencję**

(Dz. U. 2007 nr 137, poz. 963)

Na podstawie art. 8 ust. 3 ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (Dz. U. Nr 50, poz. 331 i Nr 99, poz. 660) zarządza się, co następuje:

**Rozdział 1
Przepisy ogólne**

§ 1. Rozporządzenie określa:

- 1) warunki, jakie muszą być spełnione, aby porozumienia dotyczące transferu technologii zostały uznane za wyłączone spod zakazu, o którym mowa w art. 6 ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów, zwanej dalej „ustawą”;
- 2) klauzule, których występowanie w porozumieniu stanowi naruszenie art. 6 ustawy (klauzule niedozwolone);
- 3) okres obowiązywania wyłączenia.

§ 2. Ilekroć w rozporządzeniu jest mowa o:

- 1) wyłączeniu – rozumie się przez to wyłączenie spod zakazu, o którym mowa w art. 6 ustawy;
- 2) prawach własności intelektualnej – rozumie się przez to patenty na wynalazki, dodatkowe prawa ochronne, prawa ochronne na wzory użytkowe, prawa z rejestracji wzorów przemysłowych, prawa z rejestracji topografii układów scalonych, prawa do chronionych odmian roślin oraz prawa autorskie i pokrewne do oprogramowania, a także prawa wynikające ze zgłoszenia wynalazku, wzoru użytkowego, wzoru przemysłowego, topografii układu scalonego i wniosków o wpis do księgi ochrony wyłącznego prawa do odmian oraz udzielenie dodatkowego prawa ochronnego;
- 3) know-how – rozumie się przez to nieujawnione do wiadomości publicznej informacje techniczne lub technologiczne lub zasady organizacji i zarządzania w rozumieniu art. 2 ust. 2 pkt 2 ustawy, które są istotne z punktu widzenia wytwarzania towarów objętych umową i które zostały opisane w sposób pozwalający na weryfikację kryterium niejawności i istotności;
- 4) porozumieniu o transferze technologii – rozumie się przez to zawierane między dwoma przedsiębiorcami porozumienie o udzieleniu licencji na korzystanie z prawa własności intelektualnej lub know-how do wytwarzania towarów;
- 5) porozumieniu o dwustronnym transferze technologii – rozumie się przez to porozumienie o transferze technologii, w którym dwaj przedsiębiorcy udzielają sobie wzajemnie, na podstawie jednego lub kilku odrębnych porozumień, licencji na używanie technologii, które mogą być wykorzystane do wytwarzania towarów konkurencyjnych;
- 6) porozumieniu o jednostronnym transferze technologii – rozumie się przez to porozumienie o transferze technologii, w którym jeden przedsiębiorca udziela drugiemu licencji na używanie technologii lub gdy dwaj przedsiębiorcy udzielają sobie wzajemnie licencji na używanie technologii, które nie mogą być, w dacie zawarcia porozumienia, wykorzystane do wytwarzania towarów konkurencyjnych;
- 7) rynku właściwym – rozumie się przez to rynek właściwy w rozumieniu art. 4 pkt 9 ustawy, obejmujący towary wytworzone z użyciem technologii licencjonowanej i technologii substytucyjnych;
- 8) konkurentach – rozumie się przez to konkurentów w rozumieniu art. 4 pkt 11 ustawy, którzy działają na rynku właściwym obejmującym towary wytworzone z użyciem licencjonowanej technologii i technologii substytucyjnych;
- 9) przedsiębiorcy powiązany – rozumie się przez to przedsiębiorcę, który sprawuje nad licencjodawcą lub licencjodawcą kontrolę w rozumieniu art. 4 pkt 4 ustawy lub nad którym licencjodawca lub licencjodawca sprawuje taką kontrolę.

§ 3. 1. Wyłącza się spod zakazu, o którym mowa w art. 6 ustawy, porozumienia o transferze technologii, o ile porozumienia te spełniają warunki określone w rozporządzeniu.

2. Wyłączenie stosuje się do porozumień o transferze technologii:

1) w przypadku porozumień między konkurentami, jeżeli łączny udział stron porozumienia w rynku właściwym nie przekracza 30% oraz nie zawierają one postanowień wymienionych w § 6 i 8;

2) w przypadku porozumień między przedsiębiorcami, którzy nie są konkurentami, jeżeli udział w rynku właściwym któregośkolwiek z nich nie przekracza w roku poprzedzającym zawarcie porozumienia 30% oraz nie zawierają one postanowień wymienionych w § 7 i 8.

3. Przepis ust. 2 stosuje się, o ile udziały w rynku, określone w pkt 1 i 2, nie zostały przekroczone w trakcie dwóch kolejnych lat o więcej niż 2 punkty procentowe. W przypadku przekroczenia udziału w rynku o więcej niż 2 punkty procentowe wyłączenie przestaje mieć zastosowanie w stosunku do danego porozumienia po upływie 6 miesięcy od końca roku, w którym nastąpiło przekroczenie.

4. Udział w rynku właściwym ustala się w ten sposób, że uwzględnia się łączny udział w rynku towarów objętych umową, wytworzonych przez licencjodawcę, przedsiębiorców powiązanych z licencjodawcą oraz jego licencjodawców lub przez licencjodawcę i przedsiębiorców powiązanych z licencjodawcą.

Rozdział 2

Okres obowiązywania wyłączenia

§ 4. W przypadku porozumień o transferze technologii dotyczących korzystania z praw własności intelektualnej wyłączenie stosuje się w takim zakresie i tak długo, jak licencjonowane prawa własności intelektualnej są chronione na rynku właściwym.

§ 5. W przypadku porozumień o transferze technologii dotyczących korzystania z know-how wyłączenie stosuje się przez okres obowiązywania porozumienia, nie dłużej jednak niż 10 lat od dnia, w którym towary objęte porozumieniem o transferze technologii zostały po raz pierwszy wprowadzone na rynek przez któregośkolwiek z licencjodawców działających na rynku właściwym. Wyłączenie stosuje się jednak nie dłużej, niż licencjonowane know-how pozostaje niejawne, z wyjątkiem sytuacji, w której know-how staje się publicznie znane w wyniku działania licencjodawcy.

Rozdział 3

Klauzule niedozwolone

§ 6. Wyłączenia nie stosuje się do porozumień między konkurentami, które bezpośrednio lub pośrednio, samodzielnie lub w połączeniu z innymi czynnikami zależnymi od stron, mają na celu lub wywołują skutek w postaci:

1) ograniczenia swobody ustalania przez którąkolwiek ze stron cen, składników cen lub rabatów na towary objęte porozumieniem;

2) ograniczenia wielkości produkcji lub sprzedaży towarów objętych porozumieniem lub liczby transakcji z wykorzystaniem licencjonowanej technologii, z wyjątkiem ograniczeń nałożonych na licencjodawcę w porozumieniu o jednostronnym transferze technologii lub nałożonych jedynie na jednego z licencjodawców w porozumieniu o dwustronnym transferze technologii;

3) podziału rynków, z wyjątkiem:

a) zobowiązania licencjodawcy lub licencjodawców do wytwarzania towarów z wykorzystaniem licencjonowanej technologii tylko w określonym lub określonych obszarach eksploatacji lub na jednym lub więcej rynkach właściwych dla towaru lub towarów wytworzonych przy użyciu licencjonowanej technologii,

b) zobowiązania licencjodawcy lub licencjodawcy, w porozumieniu o jednostronnym transferze technologii, do nieoferowania towarów wytworzonych z wykorzystaniem licencjonowanej technologii na jednym lub więcej terytoriach wyłącznych zastrzeżonych dla drugiej strony, o ile licencjodawca nie był konkurentem licencjodawcy w dacie zawarcia porozumienia,

c) zobowiązania licencjodawcy do nieudzielania licencji na korzystanie z technologii innemu licencjodawcy na terytorium przyznanym licencjodawcy,

d) zobowiązania licencjodawcy do wytwarzania towarów objętych umową jedynie w celu ich użycia jako części składowych do wytworzenia własnego towaru, pod warunkiem że porozumienie nie

ogranicza licencjodawcy w zakresie sprzedaży towarów objętych umową jako części zamiennych dla własnych towarów licencjodawcy,

- e) zobowiązania licencjodawcy w porozumieniu o jednostronnym transferze technologii do wytwarzania towarów objętych umową jedynie dla wskazanego w porozumieniu klienta, jeżeli licencja została udzielona w celu utworzenia alternatywnego źródła dostaw dla tego klienta;

4) ograniczenia zdolności którejkolwiek ze stron porozumienia do prowadzenia działań w zakresie badań i rozwoju, chyba że jest to niezbędne do nieujawnienia licencjonowanego know-how osobom trzecim.

§ 7. Wyłączenia nie stosuje się do porozumień między przedsiębiorcami niebędącymi konkurentami, które bezpośrednio lub pośrednio, oddzielnie lub w połączeniu z innymi czynnikami zależnymi od stron, mają na celu lub wywołują skutek w postaci:

1) ograniczenia zdolności licencjodawcy do ustalania cen sprzedaży towarów wytworzonych przy użyciu licencjonowanej technologii, przy zachowaniu możliwości wyznaczania maksymalnej ceny sprzedaży lub rekomendowanej ceny sprzedaży, pod warunkiem że nie jest to równoznaczne ze stosowaniem stałej lub minimalnej ceny sprzedaży w wyniku nacisku lub zachęt którejkolwiek ze stron;

2) ograniczenia terytorium lub klientów, na którym lub którym licencjodawca może sprzedawać towary wytworzone z użyciem licencjonowanej technologii objętej umową, z wyjątkiem:

- a) ograniczenia sprzedaży pasywnej na wyłącznym terytorium lub wyłącznej grupie klientów, które są zastrzeżone dla licencjodawcy,
- b) ograniczenia sprzedaży pasywnej na wyłącznym terytorium lub wyłącznej grupie klientów, które zostały przydzielone przez licencjodawcę innemu licencjodawcy w ciągu pierwszych czterech lat od zawarcia porozumienia z innym licencjodawcą,
- c) zobowiązania do wytwarzania towarów objętych umową jedynie w celu ich użycia jako części składowych do wytworzenia własnego towaru, pod warunkiem że nie ogranicza się licencjodawcy w zakresie sprzedaży towarów objętych umową jako części zamiennych dla jego własnych towarów,
- d) zobowiązania do wytwarzania towarów objętych umową jedynie dla wskazanego w porozumieniu odbiorcy, gdy porozumienie o transferze technologii zawarto w celu utworzenia alternatywnego źródła dostaw dla tego klienta;

3) ograniczenia sprzedaży odbiorcom końcowym przez licencjodawcę działającego na poziomie sprzedaży hurtowej.

§ 8. Wyłączenia nie stosuje się do klauzul zawartych w porozumieniach o transferze technologii, które bezpośrednio lub pośrednio, oddzielnie lub w połączeniu z innymi czynnikami zależnymi od stron, mają na celu lub wywołują skutek w postaci:

1) zobowiązania licencjodawcy do udzielenia wyłącznej licencji licencjodawcy lub osobie trzeciej wskazanej przez licencjodawcę na korzystanie z własnych usprawnień licencjonowanej technologii, które dają się wydzielić z licencjonowanej technologii lub z nowych zastosowań tej technologii, opracowanych przez licencjodawcę;

2) zobowiązania licencjodawcy do przeniesienia, w całości lub w części, na licencjodawcę lub na osobę trzecią wskazaną przez licencjodawcę, praw do własnych usprawnień dających się wydzielić z licencjonowanej technologii lub do własnych nowych zastosowań tej technologii, opracowanych przez licencjodawcę;

3) zobowiązania licencjodawcy do niekwestionowania ważności praw własności intelektualnej przysługujących licencjodawcy na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej, bez uszczerbku dla prawa do wypowiedzenia porozumienia o transferze technologii w przypadku kwestionowania przez licencjodawcę ważności jednego lub więcej licencjonowanych praw własności intelektualnej;

4) zobowiązania ograniczającego swobodę licencjodawcy do używania jego własnej technologii;

5) zobowiązania ograniczającego zdolność którejkolwiek ze stron porozumienia do prowadzenia prac badawczo-rozwojowych, chyba że jest to niezbędne w celu zapobieżenia ujawnieniu licencjonowanego know-how osobom trzecim.

Rozdział 4 **Dodatkowe wyłączenia**

§ 9. Wyłączenie stosuje się do porozumień o transferze technologii:

- 1) w których licencjodawcą jest przedsiębiorca upoważniony do zawarcia porozumienia przez uprawnionego z prawa własności intelektualnej lub know-how;
- 2) dotyczących przeniesienia praw do know-how lub praw własności intelektualnej, w których na przenoszącym spoczywa ryzyko związane z eksploatacją, w szczególności gdy wysokość wynagrodzenia jest uzależniona od obrotu osiągniętego przez przejmującego prawa, ilości towarów wytworzonych przy wykorzystaniu przenoszonego prawa lub liczby operacji z wykorzystaniem tego prawa.

§ 10. Wyłączenia nie stosuje się do porozumień:

- 1) między przedsiębiorcami należącymi do organizacji mającej na celu wspólną eksploatację know-how lub praw własności intelektualnej;
- 2) między przedsiębiorcami tworzącymi wspólnego przedsiębiorcę, o ile prowadzą oni działalność konkurencyjną, albo między wspólnym przedsiębiorcą a którymkolwiek z tych przedsiębiorców, o ile porozumienie jest związane z działalnością wspólnego przedsiębiorcy;
- 3) między przedsiębiorcami konkurującymi na rynku towarów objętych licencją, na podstawie których jedna strona udziela drugiej stronie licencji na know-how lub prawa własności intelektualnej, w zamian za co druga strona ustanawia ją wyłącznym dystrybutorem towarów objętych licencją;
- 4) zawierających postanowienia dotyczące innych praw niż określone w § 2 pkt 1 i 2, chyba że postanowienia te mają charakter dodatkowy i zamieszczenie ich w porozumieniu konieczne jest do osiągnięcia celu porozumienia;
- 5) zawieranych wyłącznie w celu organizacji sprzedaży;
- 6) zawieranych wyłącznie w celu przeniesienia prawa do praw własności intelektualnej lub know-how, z wyjątkiem porozumień, o których mowa w § 9 pkt 2.

Rozdział 5 **Przepisy przejściowe i końcowe**

§ 11. Do porozumień zawartych przed dniem wejścia w życie rozporządzenia, które nie spełniają warunków wyłączenia w nim określonych, stosuje się przepisy dotychczasowe, jednak nie dłużej niż do dnia 31 lipca 2008 r.

§ 12. Rozporządzenie obowiązuje do dnia 30 kwietnia 2015 r.

§ 13. Rozporządzenie wchodzi w życie z dniem 1 sierpnia 2007 r.

WYŁĄCZENIA POROZUMIEŃ KOOPERACJI UBEZPIECZENIOWEJ

Rafał Stankiewicz

Wyłączenie grupowe dla porozumień kooperacyjnych w sektorze ubezpieczeń

1. Zagadnienia wstępne

1.1. Ochrona konkurencji a zakaz porozumień ograniczających konkurencję

1. Ochrona i rozwój konkurencji, należąca do „niekwestionowanych kanonów gospodarki rynkowej”¹, jest realizowana za pomocą zróżnicowanych konstrukcji prawnych, występujących jednocześnie na poziomie wspólnotowym i krajowym (polskim). Należy do nich m.in. **zakaz porozumień ograniczających konkurencję** (art. 81 TWE oraz art. 6 uokik)². Celem tej konstrukcji jest przeciwdziałanie powstawaniu „władzy rynkowej” w drodze porozumień dwóch lub większej liczby podmiotów gospodarczych³.

2. **Zakaz porozumień ograniczających konkurencję** ma **charakter względny**. Koegzystujące ze sobą systemy prawa konkurencji (wspólnotowe oraz krajowe, w tym polskie) zawierają bowiem rozwiązania przewidujące **możliwość wyłączeń** niektórych porozumień spod traktatowego i – odpowiednio – ustawowego zakazu porozumień ograniczających konkurencję. Jednym z głównych instrumentów relatywizacji tego zakazu⁴ są tzw. **wyłączenia grupowe** (*block exemptions*), ustanawiane na podstawie art. 83 w zw. z art. 81 ust. 3 TWE i art. 8 ust. 3 uokik. Istotą tych przepisów jest wyłączenie niektórych przejawów kooperacji spod indywidualnej oceny organu ochrony konkurencji.

¹ Zob. T. Skoczny, *Podstawy i zakres wspólnotowego prawa konkurencji*, w: *Prawo Unii Europejskiej*, red. J. Barcz, WPiPG, Warszawa 2004, s. 694.

² Ustawa z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (Dz. U. z 2007 r., nr 50, poz. 331; zm. nr 99, poz. 660; nr 171, poz. 1206), dalej uokik lub uokik z 2007 r.

³ Zob. szerzej m. in. T. Skoczny, *Podstawy...*, op. cit., s. 704 i nast.; A. Jurkowska, *Porozumienia kooperacyjne w świetle wspólnotowego i polskiego prawa ochrony konkurencji. Od formalizmu do ekonomizacji*, Warszawa 2005, s. 86 i nast.

⁴ Zob. T. Skoczny, *Instrumenty relatywizacji i racjonalizacji zakazów praktyk ograniczających konkurencję*, w: *Granice wolności gospodarczej w systemie społecznej gospodarki rynkowej – księga jubileuszowa z okazji 40-lecia pracy naukowej prof. dr hab. Jana Grabowskiego*, Katowice 2004, s. 249 i nast.

3. Przepisy te umożliwiają m.in. **sektorowe wyłączenia grupowe**⁵. Także kooperacja podmiotów działających w określonym sektorze, która spełnia przesłanki zakazu (art. 81 ust. 1 TWE, art. 6 ust. 1 uokik), jednakże *per saldo* przynosi więcej korzyści konsumentom usług danego sektora niż straty dla mechanizmu konkurencji, może być wyłączona spod tego zakazu z mocy prawa, a więc w drodze rozporządzeń ustanawiających tzw. wyłączenia grupowe.

4. **Usługi finansowe, w tym usługi ubezpieczeniowe**, zawsze należały do takich sektorów⁶. W ramach postępującej liberalizacji rynków usług finansowych kształtowały się m.in. **szczególne reguły konkurencji w sektorze usług ubezpieczeniowych**⁷. Pewne szczególne reguły ochrony konkurencji pojawiły się w tym okresie także we wspólnotowym prawie kontroli koncentracji⁸.

1.2. Zakaz praktyk ograniczających konkurencję w kontekście funkcjonowania sektora ubezpieczeniowego

5. Zachowanie swobód traktatowych, będących fundamentem gospodarczej integracji Unii Europejskiej (UE), w sposób charakterystyczny realizuje się w działalności ubezpieczeniowej poprzez przestrzeganie reguł konkurencyjnych. W początkowym okresie zgłaszano we wspólnotowej literaturze przedmiotu liczne wątpliwości, czy tak specyficzna działalność, jaką jest działalność podejmowana przez podmioty funkcjonujące w sektorze ubezpieczeniowym, może podlegać wspólnotowym regułom konkurencji⁹.

6. Komisja Europejska (dalej KE lub Komisja) od początku nie miała żadnych wątpliwości, że generalne reguły konkurencji art. 81 i 82 TWE mają pełne zastosowanie do podmiotów gospodarczych podejmujących aktywność w sektorze ubezpieczeniowym¹⁰. Pierwsze decyzje w sektorze ubezpieczeń podjęła jednak dopiero w połowie lat 80. ubiegłego stulecia. Decyzjami tymi albo przyznawała wyłączenie indywidualne (np. w sprawie *Nuovo CEGAM* w 1984 r.¹¹, czy w sprawie *P & I Clubs I*

⁵ Zob. szerzej: T. Skoczny, *Sektorowe reguły konkurencji w prawie wspólnotowym*, w: *Prawo konkurencji Wspólnoty Europejskiej. Źródła*, t. 2: *Reguły sektorowe*, wybór i oprac. Tadeusz Skoczny, Wydawnictwo Naukowe WZ UW, Warszawa 2002, s. 15 i nast.

⁶ Zob. L. Ritter, W. D. Braun, F. Rawlinson, *European Competition Law: A Practitioner's Guide*, second edition, The Hague 2000, s. 718.

⁷ Zob. T. Skoczny, *Sektorowe reguły...*, op. cit., s. 47 i n.

⁸ Początkowo były one kształtowane przez Rozporządzenie (EWG) nr 4064/89 Rady z dnia 21 grudnia 1989 r. w sprawie kontroli koncentracji przedsiębiorstw (Dz. U. WE 1990 L 257/13), zmienione Rozporządzeniem (WE) nr 1310/97 Rady z dnia 30 czerwca 1997 r. (Dz. U. WE 1997 L 180/1), w jęz. polskim opublikowane w: *Prawo konkurencji Wspólnoty Europejskiej. Źródła*, t. 1: *Reguły generalne*, wybór i oprac. T. Skoczny, Warszawa 2002, s. 371–393. Rozporządzenie to ustanowiło szczególne reguły obliczania obrotu firm ubezpieczeniowych (art. 5) i przyznało krajowym regułom ostrożnościowym prymat nad wspólnotowymi regułami konkurencji. Obecnie są one kształtowane treścią Rozporządzenia (WE) nr 139/2004 Rady z dnia 20 stycznia 2004 r. w sprawie kontroli koncentracji przedsiębiorstw (Dz. U. UE 2004 L 24/1; Dz. U. UE Polskie Wyd. Specjalne, rozdz. 8, t. 3, s. 40).

⁹ Zob. m. in.: R. Greaves, *Banking and Insurance Services*, London 1992, s. 92; C. Chance, *Insurances in the EEC. The European Community's Program for a New Regime*, London 1991, s. 79 i nast.

¹⁰ Wynika to również z *II Report on Competition Policy* (1972). Także w przypadku sektora ubezpieczeniowego Rada nie skorzystała bowiem z upoważnienia zawartego w art. 83 ust. 2 lit. c) TWE.

¹¹ Zob. decyzja Komisji z dnia 30 marca 1984 r. w sprawie *Nuovo Consorzio Centrale Guasi Alle Macchine (Nuovo CEGAM)* (Dz. U. EWG 1984 L 99/29), która dotyczyła porozumień zawieranych w ramach włoskiego stowarzyszenia ubezpieczycieli działających na rynku ubezpieczeń przemysłowych i mających za przedmiot stosowanie jednolitej taryfy składek).

w 1985 r.¹²), albo też odmawiała atestu negatywnego lub wyłączenia indywidualnego (np. w sprawie *Feuer Versicherung (Fire Insurance)* w 1984 r.¹³).

7. Ta ostatnia sprawa stała się kanwą przełomowego wyroku Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości (dalej ETS) w kwestii stosowania generalnych reguł konkurencji TWE do sektora ubezpieczeń. W wyroku odwoławczym od tej decyzji w sprawie *Verband der Sachversicherer (Fire Insurance)*¹⁴, **Trybunał potwierdził pełne zastosowanie tych reguł** (konkretnie art. 81 TWE) **w sektorze ubezpieczeń**, ponieważ w zakresie ubezpieczeń (inaczej niż np. w rolnictwie) nie ma takiego postanowienia, które by wyłączało stosowanie reguł konkurencji, lub które by uzależniało ich stosowanie od decyzji Rady. W konsekwencji, wspólnotowy system ochrony konkurencji jest bez ograniczeń stosowany w dziedzinie ubezpieczeń. Wniosek ten w żadnym wypadku nie zakłada, że wspólnotowe prawo konkurencji nie dopuszcza uwzględniania szczególnych cech charakterystycznych niektórych dziedzin gospodarki. Zadaniem Komisji jest branie pod uwagę szczególnych cech charakterystycznych różnych gałęzi gospodarki oraz związanych z nimi szczególnych problemów. Dotyczy to w całej rozciągłości sektora ubezpieczeń¹⁵.

8. Przytoczone powyżej orzeczenie stało się podstawą ingerencji Komisji w treść porozumień zawieranych pomiędzy podmiotami sektora ubezpieczeniowego¹⁶. Jednocześnie Komisja wydała w jednej ze spraw decyzję (na podstawie art. 81 TWE – ówczesnego art. 85 ust. 3 TWE) o wyłączeniu stosowania zakazu odnoszącego się do umów, mających za przedmiot stosowanie jednolitej taryfy składek ubezpieczeniowych¹⁷. Wskazać należy, iż wydana w styczniu 1987 r. decyzja Komisji w powyższej sprawie spowodowała wzrost składanych wniosków (zgłoszeń) o wydanie podobnych rozstrzygnięć w trybie wyłączeń indywidualnych¹⁸. Cytowane powyżej rozstrzygnięcie Komisji, jak i inne podjęte w podobnych sprawach¹⁹ uzasadniały, iż działalność ubezpieczeniowa, korzystając

¹² Zob. decyzja Komisji z dnia 16 grudnia 1985 r. w sprawie *P&J Clubs (Protection and Indemnity Clubs)* (Dz. U. EWG 1985 L 37/62), która dotyczyła uzgodnień cenowych oraz warunków członkostwa w organizacji branżowej.

¹³ Zob. decyzja Komisji z dnia 5 grudnia 1984 r. w sprawie *Feuer Versicherung (Fire Insurance)* (Dz. U. EWG 1985 L 35/20), dotycząca rekomendacji co do zasad współpracy w zakresie badań statystycznych niezbędnych dla obliczania wskaźników szkód ubezpieczeniowych oraz ustalania wysokości składek.

¹⁴ Zob. wyrok ETS w sprawie 45/86 *Verband der Sachversicherer cV (Vds) v. Komisja* (Zb. Orz. 1987, 405). Zob. też A. Jurkowska, *Omówienie wyroku w sprawie Fire Insurance*, w: *Orzecznictwo sądów wspólnotowych w sprawach konkurencji w latach 1964–2004*, red. A. Jurkowska, T. Skoczny, Warszawa 2007, s. 238 i nast.

¹⁵ Zob. szerzej na ten temat: *Seventeenth Report on Competition Policy 1987*, European Commission, Brussels/Luxembourg, No.102–105.

¹⁶ Zob. R. Nebel, *Application of Competition Law in the Insurance Industry*, „ECLR” 1993, Vol. 14, No. 5, s. 189. Zwraca na to uwagę również D. Fuchs w: D. Fuchs, *Ewolucja reguł konkurencji w odniesieniu do europejskiego rynku ubezpieczeń gospodarczych*, „KPPubl.” 2002, nr 3, s. 175 i nast.

¹⁷ Zob. decyzja Komisji z dnia 30 marca 1984 r. w sprawie *Nuovo Consorzio Centrale Guasi Alle Macchine (Nuovo CEGAM)* (Dz. U. EWG 1984 L 99/29) – sprawa dotyczyła włoskiego stowarzyszenia ubezpieczycieli działających na rynku ubezpieczeń przemysłowych.

¹⁸ R. Nebel wskazuje na ponad trzysta podobnych wniosków – zob. R. Nebel, *Application of Competition...*, op. cit., s. 190.

¹⁹ Zob. także inne decyzje w tym zakresie – decyzja Komisji z dnia 16 grudnia 1985 r. w sprawie *P&J Clubs (Protection and Indemnity Clubs)* (Dz. U. EWG 1985 L 376/2); decyzja Komisji z dnia 20 grudnia 1989 r. w sprawie *Concordato Italiano Incendio Rischio Industriali (Concordato Incendio)* (Dz. U. EWG 1990 L 15/27) oraz decyzja Komisji w sprawie *Assurpol* (Dz. U. 1992 L 37/16); decyzja Komisji z dnia 22 maja 1992 r. w sprawie *Lloyd's Underwriters Association/The Institute of London Underwriters* (Dz. U. WE 1993 L 4/26). Inne orzeczenia w tychże sprawach wymienia R. Nebel – zob. R. Nebel, *Application of Competition...*, op. cit., s. 190. Niektóre z nich omawia dosyć szczegółowo D. Fuchs – zob. D. Fuchs, *Ewolucja reguł konkurencji...*, op. cit.

z podstawowych wolności, jest jednocześnie ograniczona chroniącą tę wolność reżimem wspólnotowego prawa konkurencji²⁰.

9. Wyrok ETS w sprawie *Verband der Sachversicherer (Fire Insurance)* spowodował dalszy wzrost składanych wniosków o wyłączenia indywidualne²¹. W wielu postępowaniach prowadzonych na przełomie lat 80. i 90. wyrok ten był zasadniczą podstawą ocen i ingerencji Komisji w treść licznych porozumień kooperacyjnych zawieranych między towarzystwami ubezpieczeniowymi²², kończących się jednak z reguły przyznaniem wyłączenia indywidualnego (np. w sprawach *TEKO* z 1989 r.²³ i *Concordato Incendio*²⁴ z 1989 r. oraz *Assurpol* z 1992 r.²⁵ i *Lloyd's Underwriters Association* z 1993 r.²⁶)²⁷.

10. Orzecznictwo potwierdziło jednocześnie, że jeżeli praktyka ograniczająca konkurencję, polegająca na ograniczeniu dostępu do rynku ubezpieczeniowego, jest wynikiem regulacji państwowej (środka państwowego), to przeciwdziałanie jej jest możliwe na gruncie art. 86 ust. 3 lub art. 226 TWE²⁸.

2. Regulacje wtórnego prawa ochrony konkurencji w zakresie ochrony konkurencji w sektorze ubezpieczeń

2.1. Pierwsze akty wspólnotowe

11. Wymienione decyzje Komisji stały się podstawą do opracowania wiążących aktów wspólnotowego prawa ochrony konkurencji, odnoszących się do ubezpieczeń gospodarczych²⁹. Na podstawie cytowanego powyżej upoważnienia zawartego w art. 83 TWE, Rada wydała w dniu 13 maja 1991 r. **rozporządzenie (EWG) nr 1534/91** w sprawie stosowania art. 85 ust. 3 Traktatu do niektórych grup porozumień, decyzji i praktyk uzgodnionych w sektorze ubezpieczeniowym³⁰. Wskazane powyżej rozporządzenie Rady już w preambule podkreśla iż „współpraca między zakładami w sektorze ubezpieczeniowym jest, do pewnego stopnia, pożądana, aby zapewnić prawidłowe funkcjonowanie

²⁰ Zob. szerzej Bell & Bellis, *Competition Law of the European Community*, CCH Europe, 2006, s. 1402.

²¹ R. Nebel, *Application of Competition...*, op. cit., s. 190, wskazuje na ponad trzysta podobnych wniosków.

²² Zob. tamże, s. 189 i n. Zwraca na to uwagę również D. Fuchs, *Ewolucja regul konkurencji...*, op. cit., s. 175 i n.

²³ Zob. decyzja Komisji z dnia 20 grudnia 1989 r. w sprawie *TEKO* (Dz. U. EWG 1990 L 13/34).

²⁴ Zob. decyzja Komisji z 20 grudnia 1989 r. w sprawie *Concordato Italiano Incendio Rischi Industriali (Concordato Incendio)* (Dz. U. EWG 1989 L 15/25).

²⁵ Zob. decyzja Komisji z dnia 14 stycznia 1992 r. w sprawie *Assurpol* (Dz. U. WE 1992 L 37/16).

²⁶ Zob. decyzja Komisji z dnia 22 maja 1992 r. w sprawie *Lloyd's Underwriters Association/The Institute of London Underwriters* (Dz. U. WE 1993 L 4/26).

²⁷ Orzecznictwo w sprawach regul konkurencji w sektorze usług ubezpieczeniowych prezentują szczegółowo: Bell & Bellis, *Competition Law...*, op. cit., s. 1405 i nast. oraz Faull & Nikpay, *The EC Law of Competition*, Oxford 1999, s. 664–678. Te i inne orzeczenia w tychże sprawach wymienia R. Nebel, *Application of Competition...*, op. cit., s. 190. Niektóre z nich omawia dosyć szczegółowo D. Fuchs, *Ewolucja regul konkurencji...*, op. cit.

²⁸ Zob. np. wyrok ETS z dnia 9 czerwca 1977 r. w sprawie *Ameyde/UCI* (Zb. Orz. 1977, 1091). Zob. także: decyzja Komisji z dnia 24 kwietnia 1985 r. w sprawie *Greek Insurance* (Dz. U. WE 1985 L 152/25) oraz wyrok ETS z dnia 30 czerwca 1988 r. *Greek Insurance* (Zb. Orz. 1988, 3611); wyrok ETS z dnia 4 grudnia 1986 r. w sprawie *Komisja v Niemcy* (Zb. Orz. 1986, 3755).

²⁹ R. Nebel, *Application of Competition...*, op. cit., s. 191. W literaturze przedmiotu podkreśla się także, iż właśnie cytowana powyżej decyzja Komisji z 1984 r. *Nuovo CEGAM* stała się podstawą do uchwalenia przepisów wspólnotowych posiadających rangę rozporządzenia w omawianym zakresie. Zob. D. Fuchs, *Ewolucja regul konkurencji...*, op. cit., s. 176.

³⁰ Dz. U. EWG 1991 L 143/1; Dz. U. UE Polskie Wyd. Specjalne, rozdz. 8, t. 1, s. 68, dalej: rozporządzenie 1534/91.

tego sektora i jednocześnie wspierać interesy konsumentów”. W preambule powyższego rozporządzenia kompetencyjnego Rada zawarła jednocześnie swego rodzaju wytyczną dla Komisji do podjęcia prac nad aktem prawnym umożliwiającym wydanie jej własnego rozporządzenia, które w swoim założeniu miało jej również „ułatwić zadanie” w określaniu poszczególnych stanów faktycznych podlegających wyłączeniu. Podkreślono przy tym, że Komisja, wykonując swoje uprawnienia w tym zakresie, „powinna brać pod uwagę nie tylko ryzyko wyeliminowania konkurencji na znacznej części danego rynku oraz ewentualne korzyści, które ubezpieczeni mogą uzyskać w wyniku porozumień”, lecz również „ryzyko, które rozpowszechnianie restrykcyjnych klauzul i funkcjonowanie firm podejmujących nadmierne ryzyko powodowałoby dla posiadaczy polisy ubezpieczeniowej”. Ryzyko takie może bowiem wynikać dla ubezpieczonych z rozpowszechniania się postanowień ograniczających konkurencję i funkcjonowania tzw. towarzystw akomodacyjnych³¹.

12. Rozporządzenie 1534/91 upoważniło Komisję do stosowania art. 81 ust. 3 TWE w drodze rozporządzenia do niektórych kategorii porozumień, decyzji i uzgodnionych praktyk w sektorze ubezpieczeniowym, które mają na celu współpracę w odniesieniu do:

- ustalania wspólnych podstaw tarif składek na podstawie wspólnie opracowanych danych statystycznych lub liczby zgłoszonych roszczeń,
- ustalania standardów ogólnych warunków umów ubezpieczenia,
- wspólnego ubezpieczania od pewnych typów ryzyka,
- zaspokajania roszczeń,
- badania i zatwierdzania urządzeń zabezpieczających,
- rejestrów i informacji o zwiększonym ryzyku³².

13. Jednocześnie, w art. 1 ust. 2 tego rozporządzenia Rada podkreśliła, iż przyszłe rozporządzenie Komisji w tym względzie powinno ustalić grupy porozumień, decyzji i praktyk uzgodnionych, do których powinno się ono stosować, i w szczególności powinno określać ograniczenia lub postanowienia, które mogą lub nie mogą występować w tychże porozumieniach, decyzjach i praktykach uzgodnionych, a także określać postanowienia, które powinny być w nich zawarte, lub też inne warunki, jakie muszą one spełniać.

14. Na podstawie upoważnienia Rady, Komisja wydała w dniu 21 grudnia 1992 r. **rozporządzenie (EWG) nr 3932/92** w sprawie stosowania art. 85 ust. 3 Traktatu do niektórych grup porozumień, decyzji i praktyk uzgodnionych w sektorze ubezpieczeniowym³³. Okres obowiązywania powyższego rozporządzenia określono na dzień 31 marca 2003 r.

15. Zgodnie z art. 6 rozporządzenia 1534/91 Komisja została zobowiązana do przedłożenia Parlamentowi Europejskiemu oraz Radzie, nie później niż w sześć lat po wejściu w życie rozporządzenia Komisji, sprawozdania na temat jego funkcjonowania wraz z wnioskami w sprawie ewentualnych zmian, które mogą wydawać się konieczne w świetle praktyki jego stosowania. Komisja przyjęła to sprawozdanie w dniu 12 maja 1999 r.³⁴

³¹ Ang. *accommodation companies*.

³² Zob. art. 1 ust. 1 rozporządzenia 1534/91.

³³ Dz. U. WE 1992 L 398/7, dalej: rozporządzenie 3932/92; w jęz. polskim opublikowane w: *Prawo konkurencji Wspólnoty Europejskiej. Źródła*, t. 2: *Reguły sektorowe*, wybór i oprac. T. Skoczny, Warszawa 2002, s. 455–467. Zob. także Bell & Bellis, *Competition Law...*, op. cit., s. 1403.

³⁴ Zob. sprawozdanie Komisji dla Rady i Parlamentu Europejskiego w sprawie funkcjonowania rozporządzenia (EWG) nr 3932/92 (COM(1999) 192). W dniu 15 grudnia 1999 r. Komitet Ekonomiczno-Społeczny przyjął opinię w sprawie tegoż sprawozdania (CES 1139/99). Następnie, w dniu 19 maja 2000 r. Parlament Europejski przyjął rezolucję w sprawie sprawozdania Komisji (PE A5-0104/00).

2.2. Podstawowe założenia rozporządzenia Komisji 358/2003

2.2.1. Uwagi wstępne

16. Po ponad dwunastu latach obowiązywania, Komisja zdecydowała się wydać nowe rozporządzenie wyłączeniowe w tym zakresie; w dniu 27 lutego 2003 r., a więc jeszcze przed upływem terminu obowiązywania poprzedniego wyłączenia, Komisja wydała **rozporządzenie nr 358/2003** w sprawie stosowania art. 81 ust. 3 Traktatu do niektórych kategorii porozumień, decyzji i praktyk uzgodnionych w sektorze ubezpieczeniowym³⁵.

17. Struktura i charakter nowego rozporządzenia Komisji wykazują pewne odmienności w stosunku do poprzednio obowiązującej konstrukcji prawnej w tym zakresie. Komisja zdecydowała się dokonać tak zasadniczych zmian w treści nowego rozporządzenia, również z uwagi na doświadczenia, jakie zdobyła w trakcie stosowania poprzedniego rozporządzenia³⁶. Rozporządzenie reguluje, do jakich porozumień, decyzji i praktyk uzgodnionych znajduje ono zastosowanie, wyszczególnia ograniczenia lub klauzule, które mogą lub też nie powinny występować w tychże porozumieniach, decyzjach i praktykach uzgodnionych oraz wskazuje klauzule, które muszą być zawarte w porozumieniach, decyzjach i praktykach uzgodnionych, lub inne warunki, które powinny być dodatkowo spełnione.

18. Zgodnie z pkt. 7 preambuły rozporządzenia, właściwe jest **odchodzenie od podejścia polegającego na wyliczaniu klauzul podlegających wyłączeniu i położenie większego nacisku na definiowanie kategorii porozumień, które podlegają wyłączeniu do pewnego poziomu pozycji rynkowej oraz na wyszczególnieniu ograniczeń lub klauzul, które nie mogą być zawierane w takich porozumieniach**. Jest to – zdaniem Komisji – **zgodne z podejściem ekonomicznym**³⁷, zgodnie z którym ocenia się wpływ porozumień na właściwy rynek.

Podejście powyższe zdaje się być zgodne z trendami występującymi w większości rozporządzeń tego typu podejmowanych przez organy wspólnotowe w ostatnich latach. Jak podkreśla Tadeusz Skoczny, „koncentrując się w rozporządzeniach wyłączających na klauzulach czarnych oraz uznając udział w rynku za podstawowy warunek wyłączenia, KE [Komisja Europejska] zwiększa pewność prawną dla przedsiębiorstw oraz preferuje podejście ekonomiczne”³⁸. Komisja wskazała także, iż przywilej wyłączenia grupowego powinien być ograniczony do tych porozumień, w przypadku których można z wystarczającą pewnością założyć, że spełniają one warunki określone w art. 81 ust. 3 TWE³⁹.

W dniu 28 czerwca 2000 r. Komisja Europejska odbyła posiedzenie konsultacyjne z zainteresowanymi stronami, w tym przedstawicielami sektora ubezpieczeniowego i krajowymi organami odpowiedzialnymi za konkurencję, w sprawie rozporządzenia. Zaś w dniu 9 lipca 2002 r. Komisja opublikowała w Dzienniku Urzędowym WE projekt niniejszego rozporządzenia, z zaproszeniem zainteresowanych stron do przekazywania komentarzy najpóźniej do dnia 30 września 2002 r.

³⁵ Dz. U. UE 2003 L 53/8; Dz. U. UE Polskie Wyd. Specjalne, rozdz. 8, t. 2, s. 230–238, dalej: rozporządzenie 358/2003. Zob. M. Holmes, P. Lennon, *European Authorities Focus on Insurance*, „ECLR” 2005, Vol. 26, No. 1, s. 11 i 12.

³⁶ Było to możliwe dzięki zapisowi zawartemu w art. 2 akapit 2 rozporządzenia 1534/91, według którego rozporządzenie Komisji może być uchylone lub zmienione, jeżeli nastąpi zmiana okoliczności, co do dowolnych faktów, które miały decydujące znaczenie przy podejmowaniu go.

³⁷ Szerzej na temat „podejścia ekonomicznego” we wspólnotowym prawie konkurencji (w zakresie zakazu praktyk ograniczających konkurencję) – zob. A. Jurkowska, *Porozumienia kooperacyjne...*, op. cit.

³⁸ Zob. T. Skoczny, *Podstawy...*, op. cit., s. 719 (Autor czyni te uwagi na tle innych rozporządzeń wyłączających. Odnoszą się one w pełni jednak również do będącego przedmiotem zainteresowania raportu rozporządzenia, o czym zresztą świadczy treść cytowanego już powyżej pkt. 7 preambuły rozporządzenia 358/2003).

³⁹ Zob. pkt 9 preambuły do rozporządzenia 358/2003.

Kolejne punkty preambuły rozporządzenia 358/2003 określają zasady, jakimi kierowano się określając zakres przyznanych wyłączeń na mocy rozporządzenia⁴⁰.

19. Komisja podkreśla jednocześnie, iż rozporządzenie powinno spełnić dwa wymogi: zapewniać skutecznie ochronę konkurencji oraz zapewniać odpowiedni poziom bezpieczeństwa prawnego przedsiębiorstwom poddanych teŹe regulacji⁴¹.

Wskazano przy tym wyraźnie, Źe przywilej wyłączenia grupowego powinien być ograniczony do tych porozumień, w przypadku których moŹna z **wystarczającą pewnością** załoŹyć, Źe spełniają one warunki określone w art. 81 ust. 3 TWE (zob. pkt 9 rozporządzenia).

2.2.2. Szczegółowe postanowienia rozporządzenia 358/2003

2.2.2.1. Uwagi wstępne

20. Art. 1 rozporządzenia 358/2003, zatytułowany *Wyłączenie*, zawiera w sześciu punktach wyczerpujące „obszarów kooperacji” przedsiębiorstw sektora ubezpieczeniowego, które podlegają wyłączeniu na podstawie jego przepisów. Wskazać naleŹy juŹ w tym miejscu, Źe wyczerpujące to, co prawda posiada charakter enumeratywny, ale przy tym ogólny – wyłączenie rzeczywistego stanu faktycznego kooperacji przedsiębiorstw jest moŹliwe tylko na podstawie wykładni normy umieszczonej w konkretnym wyczerpującym zawartym w cytowanym art. 1, dokonanej z przepisami szczegółowymi, odnoszącymi się do poszczególnych, wskazanych tutaj, stanów faktycznych⁴².

21. Zwraca uwagę fakt, iż o ile poprzednie rozporządzenie Komisji (zob. art. 1)⁴³ określało w sposób niemalŹe idealnie odwzorowujący treść wytycznych, zawartych w samym rozporządzeniu Rady (a konkretnie pkt. 1 jego preambuły), w zakresie terminologii uŹytej do określania poszczególnych obszarów aktywności przedsiębiorstw sektora ubezpieczeniowego podlegających ewentualnemu wyłączeniu na podstawie art. 81 ust. 3 TWE, o tyle rozporządzenie 358/2003 dokonuje niejako odrębnej definicji tychŹe pojęć (niejako, w sposób odpowiedni do aktualnego sposobu konstrukcji norm prawa konkurencji)⁴⁴. Jest to zgodne z podejściem ekonomicznym, stosowanym coraz częściej we wspólnotowym prawie konkurencji.

22. W art. 12 rozporządzenia 358/2003 określono, iż **wygasa** ono z dniem 31 marca 2010 r. Okres obowiązywania rozporządzenia został więc oznaczony dość krótkim terminem.

23. Art. 1 rozporządzenia 358/2003 wskazuje, iż wyłączone spod zakazu, o którym mowa w art. 81 ust. TWE sã następujące rodzaje aktywności przedsiębiorstw o charakterze kooperacyjnym podejmowane w sektorze ubezpieczeniowym:

1) wspólne opracowywanie i rozpowszechnianie:

- kalkulacji przeciętnego kosztu ubezpieczenia od określonych ryzyk w przeszłości,
- w związku z ubezpieczeniem obejmującym elementy kapitalizacji, tabel śmiertelności oraz tabel pokazujących częstotliwość chorób, wypadków i kalectwa;

⁴⁰ Zob. pkt. 6–29.

⁴¹ Zob. pkt 5 – Komisja Europejska wskazuje w nim, iż „dążenie do tych celów powinno uwzględniać potrzebę moŹliwie duŹego uproszczenia nadzoru administracyjnego. Uwzględnić naleŹy również doświadczenie Komisji w tej dziedzinie od 1992 r. i wyniki konsultacji w sprawie sprawozdania z 1999 r. oraz konsultacje prowadzące do przyjęcia tegoŹ rozporządzenia”.

⁴² Przepisy te znajdują się w art. 3–9 rozporządzenia 358/2003.

⁴³ Zob. art. 1 rozporządzenia 3932/92.

⁴⁴ Mimo, Źe jak wskazano to juŹ powyŹej, pkt 1 preambuły rozporządzenia nawiązuje bezpośrednio do treści wyczerpującego moŹliwość wyłączeń, a zawartego w wydanym przez Radę rozporządzeniu 1534/91.

- 2) wspólne przeprowadzanie badań dotyczących prawdopodobnego wpływu ogólnych okoliczności, zewnętrznych w stosunku do zainteresowanych przedsiębiorstw, na częstotliwość lub skalę przyszłych roszczeń dla danego ryzyka lub kategorii ryzyka, albo na rentowność różnych rodzajów inwestycji oraz rozpowszechniania wyników takich badań;
- 3) wspólne opracowywanie i rozpowszechnianie niewiążących standardowych warunków ubezpieczenia dla ubezpieczeń bezpośrednich;
- 4) wspólne opracowywanie i rozpowszechnianie niewiążących wzorów ilustrujących zyski, które mają zostać osiągnięte z umowy ubezpieczenia obejmującej elementy kapitalizacji;
- 5) tworzenie i działanie grup zakładów ubezpieczeń lub zakładów ubezpieczeń i towarzystw reasekuracji dla wspólnego pokrywania specyficznych kategorii ryzyka w formie koasekuracji lub wspólnej reasekuracji; oraz
- 6) opracowywanie, uznawanie i rozpowszechnianie:
 - specyfikacji technicznych, zasad i kodeksów praktyki dotyczących tych rodzajów urządzeń zabezpieczających, dla których nie istnieją specyfikacje techniczne na poziomie wspólnotowym, systemów klasyfikacji, zasad, procedur lub kodeksów postępowania zharmonizowanych zgodnie z prawodawstwem wspólnotowym obejmującym swobodny przepływ towarów oraz procedur dla oceny i zatwierdzania zgodności urządzeń zabezpieczających z takimi specyfikacjami, zasadami lub kodeksami postępowania, jak również
 - specyfikacji technicznych, zasad i kodeksów praktyki dla instalacji i konserwacji urządzeń zabezpieczających oraz procedur dla oceny i zatwierdzania zgodności przedsięwzięć, które instalują lub konserwują urządzenia zabezpieczające, z takimi specyfikacjami, zasadami lub kodeksami postępowania.

24. W art. 2 rozporządzenia 358/2003 znajdują się **definicje** podstawowych pojęć w nim używanych: „porozumienia”, „przedsiębiorstw uczestniczących” w wyłączonych porozumieniach kooperacyjnych, tj. przedsiębiorstw i „przedsiębiorstw powiązanych” z nimi, „standardów ogólnych warunków ubezpieczeń”, „grup koasekuracyjnych”, „grup koreasekuracyjnych”, „nowych rodzajów ryzyka”, „urządzeń zabezpieczających” oraz „składek ubezpieczeniowych”.

25. Art. 3–9 prezentowanego rozporządzenia określają podstawowe warunki oraz postanowienia niedozwolone (niewyłączne) dla każdego z wskazanych w art. 1 sześciu rodzajów porozumień zawieranych między przedsiębiorstwami prowadzącymi działalność ubezpieczeniową. Warunki i postanowienia niewyłączne ujęte są w cztery rozdziały (tak jak to było w rozporządzeniu 3932/92); łącznie regulowane jest wyłączenie dla wspólnych „kalkulacji” i „tabel” oraz „badań” (pkt. 1 i 2), a także dla „standardów ogólnych warunków ubezpieczeń” i „modeli” zysków (pkt. 3 i 4). Jak wskazano wyżej, przepisy art. 3–9 rozporządzenia 358/2003 należy stosować łącznie z wskazówkami (wytycznymi) zawartymi w pkt. 10–25 jego preambuły, które określają zasady, jakimi kierowano się, formułując zakres i warunki wyłączeń ustanowionych przez to rozporządzenie.

2.2.2.2. Warunki wyłączenia poszczególnych rodzajów porozumień w sektorze ubezpieczeniowym

26. W zakresie wyłączenia **porozumień dotyczących wspólnego opracowywania i rozpowszechniania kalkulacji przeciętnego kosztu ubezpieczenia oraz tabel** zwraca uwagę w pierwszym rzędzie odejście od ścisłego normowania w rozporządzeniu wyłączenia związanego z możliwością porozumiewania się przedsiębiorstw sektora ubezpieczeniowego w sprawie taryf składek ubezpieczeniowych na podstawie wzajemnie uzgodnionych

danych statystycznych lub ilości szkód (zob. art. 1a rozporządzenia 3932/92). Rozporządzenie 358/2003 wyraźnie zakłada, iż porozumienia ściśle określające poziom składek komercyjnych nie powinny podlegać wyłączeniu⁴⁵. W opinii Komisji, składki komercyjne mogą być w rzeczywistości niższe od kwot wskazanych przez wyniki właściwych tabel kalkulacyjnych lub badań, gdyż ubezpieczyciele mogą korzystać z przychodu ze swych inwestycji w celu zmniejszenia swych składek⁴⁶. W związku z powyższym Komisja zdecydowała się dokonać wyłączenia jedynie przypadków przewidujących możliwą współpracę w zakresie wspólnego opracowywania i rozpowszechniania kalkulacji przeciętnego kosztu ubezpieczenia od określonych ryzyk w przeszłości. Znajduje to uzasadnienie w cytowanym już podejściu ekonomicznym.

27. Rozporządzenie 358/2003 ściśle wylicza warunki, jakie muszą zostać spełnione, aby można było wyłączyć określone porozumienia dotyczące wspólnego opracowania oraz rozpowszechniania kalkulacji przeciętnego kosztu ubezpieczenia (zob. art. 3 pkt 1 i pkt 2) oraz tabel (zob. art. 3 pkt 2). W art. 4 określono jednocześnie tzw. klauzulę czarną, zakładającą niemożliwość zastosowania przedmiotowego wyłączenia.

28. W zakresie wyłączenia dla **porozumień dotyczących wspólnego opracowywania i rozpowszechniania niewiążących standardowych warunków ubezpieczenia** Komisja wskazuje warunki, jakie muszą być spełnione dla zastosowania powyższego wyłączenia (art. 5). W art. 6 skonstruowano jednocześnie dosyć rozbudowany zakres klauzul czarnych.

29. W obszarze wyłączenia dla **porozumień dotyczących wspólnego opracowywania i rozpowszechniania niewiążących wzorów ilustrujących zyski**, które mają zostać osiągnięte z umowy ubezpieczenia obejmującej elementy kapitalizacji rozporządzenie w art. 7 ściśle wskazuje warunki wyłączenia (w tym progi wielkości udziałów w rynku relevantnym przedsiębiorstw uczestniczących w danym rodzaju porozumienia determinujące możliwość zastosowania określonego wyłączenia). W art. 8 wskazuje się jednocześnie warunki, jakie musi spełnić określone porozumienie, aby podlegać przedmiotowemu wyłączeniu. W tym zakresie brak natomiast klauzul czarnych.

30. Rozporządzenie w art. 9 określa również liczne warunki, jakie muszą spełniać **porozumienia w zakresie badania i zatwierdzania urzędzeń zabezpieczających**. Również i w tym przypadku Komisja nie określiła klauzul czarnych.

2.3. Debata nad przyszłością wyłączenia grupowego porozumień w sektorze ubezpieczeń we Wspólnocie Europejskiej

31. Komisja przyjęła w 2007 r. tymczasowy raport dotyczący rozwoju sektora ubezpieczeń gospodarczych (ang. *business insurance*)⁴⁷. Rozdział X Raportu odnosi się do problematyki współpracy (kooperacji) przedsiębiorstw prowadzących działalność ubezpieczeniową o charakterze transgranicznym i krajowym. Przedstawione przez Komisję wnioski sformułowane zostały na podstawie danych dotyczących poziomu kooperacji, zebranych od ubezpieczycieli (przedsiębiorstw prowadzących działalność ubezpiecze-

⁴⁵ Zob. pkt 10 preambuły rozporządzenia 358/2003.

⁴⁶ Tamże.

⁴⁷ *Inquiry into the European business insurance sector pursuant to Article 17 of Regulation 1/2003. Interim Report.* European Commission, January 2007 – dostępny na stronie internetowej http://ec.europa.eu/comm/competition/antitrust/others/sector_inquiries/financial_services/interim_report_24012007.pdf; dalej: Raport. Raport ten nie obejmuje więc całego sektora ubezpieczeń; nie obejmuje mianowicie ubezpieczeń grupy I i ubezpieczeń indywidualnych (konsumentkich) grupy II.

niową) oraz ich związków takich przedsiębiorstw (ang. *associations*)⁴⁸. Zasadniczą konkluzję raportu stanowi stwierdzenie, że **poziom** kooperacji zdecydowanie **różni się** tak w **poszczególnych państwach członkowskich**, jak i w **poszczególnych sektorach (segmentach) ubezpieczeń gospodarczych**.

32. W przeprowadzonych przez Komisję badaniach **niemal dwie trzecie** (czternaście z dwudziestu trzech) związków przedsiębiorstw ubezpieczeniowych **zadeklarowało uczestnictwo we wspólnym opracowywaniu i rozpowszechnianiu kalkulacji** przeciętnego kosztu ubezpieczenia od określonych ryzyk lub też **korzystanie z takich opracowań**. Najwyższy wskaźnik kooperacji polegającej na korzystaniu z danych opracowywanych w ramach organizacji branżowej występuje w Niemczech (67%), Belgii i na Malcie (około 50%) oraz w Austrii i Portugalii (blisko 40%). W **Polsce**, podobnie jak w Czechach, na Litwie, czy w Danii, **poziom współpracy** ubezpieczycieli w tej dziedzinie jest **marginalny i nie przekracza nawet 5%**⁴⁹. Niecałe 10% ubezpieczycieli korzysta ze wspólnych kalkulacji i wyników badań także w Hiszpanii, Wielkiej Brytanii i na Węgrzech.

33. Wspólne opracowywanie i upowszechnianie kalkulacji jest najpopularniejsze w obszarze ubezpieczeń komunikacyjnych⁵⁰ (42%), a następnie w ubezpieczeniach majątkowych⁵¹, ubezpieczeniach od szkód środowiskowych⁵² oraz w ubezpieczeniach osobowych⁵³ – od nieszczęśliwych wypadków i medycznych (niemal 30%). Kalkulacje dotyczące wymienionych rodzajów ubezpieczeń charakteryzują się jednocześnie najwyższym poziomem użyteczności (wykorzystania), głównie w Niemczech (80–100%), ale także w Danii i w Austrii (odpowiednio 63% i 50% dla ubezpieczeń majątkowych). Z drugiej strony w raporcie podkreśla się, że na Węgrzech, w Danii i w **Polsce poziom wykorzystania danych jest bliski lub równy zeru**, za wyjątkiem wybranych sektorów ubezpieczeń: w Polsce **jedynie użyteczność kalkulacji w obszarze ubezpieczeń komunikacyjnych** oceniana jest na **10–20%**⁵⁴.

34. **Wspólne opracowywanie i rozpowszechnianie standardów ogólnych warunków ubezpieczenia** dla ubezpieczeń bezpośrednich wydaje się być **najpopularniejszym obszarem kooperacji**. Jedynie trzy spośród dwudziestu trzech związków ubezpieczycieli objętych badaniem Komisji nie uczestniczyły we wspólnym opracowywaniu standardów ogólnych warunków ubezpieczenia.

35. W ramach wspólnego opracowywania standardów ogólnych warunków ubezpieczenia szczególnego znaczenia nabiera **ustalenie poziomu indeksacji składek** (jest to bowiem swoista klauzula cenowa w umowach ubezpieczeniowych). Indeksacja składki może być związana z indeksem cen, zmianą wartości ubezpieczenia, czy zakresem i ilością roszczeń ubezpieczeniowych. 28% badanych podmiotów zadeklarowało ustalanie klau-

⁴⁸ W rozumieniu art. 4 pkt 2 uokik z 2007 r.

⁴⁹ Dane Komisji wskazują, że takie współdziałanie nie występuje w ogóle na Cyprze i w Irlandii.

⁵⁰ W rozumieniu raportu ubezpieczenia komunikacyjne (ang. *Motor Insurance*) obejmują odpowiedzialność za śmierć, uszkodzenie ciała lub szkodę materialną związaną z własnością, prowadzeniem lub używaniem pojazdów, a także uszkodzenie posiadanego lub wynajętego pojazdu.

⁵¹ Pojęcie ubezpieczeń majątkowych (ang. *Property/Business Interruption Insurance*) według raportu obejmuje ubezpieczenie od szkód materialnych, jakich mogą doznać przedmioty własności, a także od utraty dochodu związanej z takimi szkodami.

⁵² Pojęcie ubezpieczeń od szkód środowiskowych (ang. *Environmental Liabilities*) odnosi się do odpowiedzialności za uszkodzenie ciała, śmierć lub szkody materialne powstałe w wyniku stopniowego zanieczyszczenia bądź innych nagłych zanieczyszczeń wykluczonych spod tzw. odpowiedzialności ogólnej (*General Liability*).

⁵³ Ubezpieczenie osobowe (ang. *Personal Accident/Medical Expenses*) obejmuje odpowiedzialność za szkodę wyrządzoną jednostce (podmiotowi prywatnemu) lub pracownikowi, a także prywatne wydatki na opiekę zdrowotną.

⁵⁴ Zob. Raport, s. 135.

zul o indeksacji składek. Komisja podkreśliła jednak, że poziom wykorzystania takich postanowień jest zróżnicowany w poszczególnych państwach członkowskich i w poszczególnych sektorach ubezpieczeń. W największym zakresie klauzule o ustaleniu indeksacji składek wykorzystywane są w obszarze ubezpieczeń majątkowych (67%), a także m.in. ubezpieczeń komunikacyjnych (30–40%). Najwyższy poziom wykorzystania postanowień indeksacyjnych występuje z kolei w Danii (78%), a następnie w Niemczech (48%) i w Austrii (38%). **W Polsce klauzule o indeksacji wykorzystywane są tylko w 12%**, przy czym w dziedzinie ubezpieczeń majątkowych wskaźnik ten osiąga (najwyższą) wartość 30%, zaś w obszarze ubezpieczeń komunikacyjnych – 10%⁵⁵.

36. Kolejną formę współpracy przedsiębiorców prowadzących działalność ubezpieczeniową, omówioną w raporcie Komisji, stanowią **grupy (poole) koasekuracyjne**⁵⁶. Poole obejmujące terytorium jednego państwa członkowskiego najczęściej koncentrują się na ryzykach związanych z ubezpieczeniami majątkowymi, od odpowiedzialności ogólnej⁵⁷, komunikacyjnymi oraz od odpowiedzialności zawodowej. Niewiele ponad jedna trzecia (dziewięć z dwudziestu trzech) związków ubezpieczycieli zadeklarowała swoje członkostwo w poolu. Przeciętnie związki takie uczestniczyły w jednym do czterech pooli, tylko jeden związek zaangażowany była w więcej (około dwunastu) grup koasekuracyjnych. W ramach pooli związki pełniły różne funkcje, w tym zarządzania lub koordynacji całej grupy, czy zarządzania systemami wymiany danych między członkami grupy.

Komisja podkreśliła w raporcie, że tworzenie pooli posiada największe znaczenie w Niemczech, Holandii, Belgii, Finlandii oraz Wielkiej Brytanii. **Polska**, wraz z Włochami, Węgrami, Słowenią oraz państwami nadbałtyckimi, znalazła się wśród tych krajów, w których **grupy koasekuracyjne nie odgrywają większej roli**⁵⁸.

37. Według raportu Komisji **współpraca w obszarze technicznym** (opracowywanie, uznawanie i rozpowszechnianie specyfikacji technicznych, zasad i kodeksów praktyki dotyczących urzędów zabezpieczających, np. antywłamaniowych, przeciwpożarowych, itp.) dotyczy przede wszystkim sfery ubezpieczeń majątkowych (50%), komunikacyjnych i transportowych (ponad 20%). Ten rodzaj kooperacji ubezpieczycieli jest szczególnie popularny w Holandii, Niemczech i Austrii – w pierwszym z wymienionych państw ponad 50%, a w dwóch kolejnych – 35% przedsiębiorców prowadzących działalność ubezpieczeniową zadeklarowało znajomość specyfikacji technicznych, kodeksów postępowania itp. Komisja zauważyła, że w wielu państwach wskaźnik ten pozostaje na poziomie niższym niż 10%. **W Polsce** odsetek ten wynosi nawet **mniej niż 5%** (niższy wskaźnik osiągają: Cypr, Estonia, Irlandia, Litwa, Łotwa, Malta, Portugalia i Słowacja)⁵⁹.

38. Raport Komisji ocenił również poziom współpracy ubezpieczycieli w dziedzinie rozpatrywania roszczeń ubezpieczeniowych⁶⁰. Kooperacja tego rodzaju jest szczególnie popularna w obszarze ubezpieczeń komunikacyjnych – w odniesieniu do nich uczestnictwo w porozumieniach o rozpatrywaniu roszczeń zadeklarowała prawie połowa przedsiębiorców działających w sektorze ubezpieczeniowym. Kolejne miejsca zajmują ubezpieczenia majątkowe (29%) oraz odpowiedzialności ogólnej (23%).

⁵⁵ Zob. Raport, s. 137.

⁵⁶ Ang. *co-insurance pool*.

⁵⁷ Pojęcie ubezpieczenia od odpowiedzialności ogólnej (ang. *General Liabilities Insurance*) obejmuje ubezpieczenie od odpowiedzialności publicznej, za produkt, od odpowiedzialności pracodawców oraz od odpowiedzialności za śmierć, uszkodzenie ciała lub szkodę wynikającą z prowadzenia działalności gospodarczej, produkcji lub sprzedaży towarów.

⁵⁸ Zob. Raport, s. 138.

⁵⁹ Zestawienie statystyczne w raporcie nie obejmuje Węgier i Grecji – zob. Raport, s. 139.

⁶⁰ Ang. *claims settlement*.

39. Współpraca w rozpatrywaniu roszczeń z zakresu ubezpieczeń komunikacyjnych jest szczególnie popularna we Francji i Portugalii (uczestniczy w niej niemal 100% ubezpieczycieli), Niemczech (ponad 90%), Austrii i Holandii (niemal 80%). **Dalece mniejsze znaczenie** współpraca tego rodzaju ma **w Polsce (tylko 20% ubezpieczycieli)**⁶¹; w wielu państwach członkowskich kooperacja w rozpatrywaniu roszczeń ubezpieczeniowych w ogóle zaś nie występuje lub jest marginalna (m.in. Czechy, Estonia, Finlandia, Węgry, Litwa, Luksemburg, Malta).

40. Mimo iż Komisja wykazała, że kooperacja horyzontalna w ubezpieczeniach ma marginalne znaczenie (co nasuwa wątpliwości co do zasadności utrzymywania wyłączenia grupowego)⁶², to jednocześnie raport zwraca uwagę na „problemy konkurencyjne”, jakie mogą pojawić się w związku ze stosunkami wertykalnymi w sektorze ubezpieczeniowym. Komisja zauważa tym samym **konieczność utrzymania i dalszego rozwoju** przepisów regulujących wyłączenia grupowe w sektorze ubezpieczeniowym.

3. Polskie prawo ochrony konkurencji a kooperacja przedsiębiorców prowadzących działalność ubezpieczeniową

3.1. Rozporządzenie wyłączające z 2002 r.

41. Polskie ustawodawstwo antymonopolowe od ponad ośmiu lat (zarówno w ustawie o ochronie konkurencji i konsumentów z 2000 r.⁶³, jak i 2007 r.) zawiera **delegację** do wydania przez Radę Ministrów **rozporządzeń wyłączających grupowo niektóre rodzaje porozumień** spod zakazu porozumień ograniczających konkurencję. Konstrukcja tychże delegacji nie zawierała poprzednio, jak i nie zawiera również obecnie żadnych przeszkód, aby rozporządzenia te obejmowały porozumienia kooperacyjne w konkretnych sektorach gospodarki, w tym w sektorach, w którym wyłączenie grupowe ustanowiono także na szczeblu wspólnotowym.

42. Rada Ministrów skorzystała z upoważnienia zawartego w art. 7 ust. 1 uokik z 2000 r.⁶⁴ i wydała w dniu 30 lipca 2002 r. rozporządzenie w sprawie wyłączenia niektórych kategorii porozumień, zawieranych między przedsiębiorcami prowadzącymi działalność ubezpieczeniową, spod zakazu porozumień ograniczających konkurencję⁶⁵. Rozporządzenie to jest kompatybilne z poprzednio obowiązującym rozporządzeniem nr 3932/92, tak co do konstrukcji ogólnej, jak i co do rozwiązań szczególnych.

43. Zgodnie z zakresem delegacji ustawowej (art. 7 ust. 1 uokik z 2000 r.), rozporządzenie wyłączające z 2002 r. określiło nie tylko warunki, jakie muszą być spełnione, aby porozumienia, zawierane między przedsiębiorcami prowadzącymi działalność ubezpieczeniową, zostały uznane za wyłączone spod zakazu, o którym mowa w art. 5 ustawy antymonopolowej (pkt 1), klauzule, których występowanie w porozumieniu stanowi naruszenie art. 5 ustawy (pkt 3) i okres obowiązywania wyłączenia (pkt 4), ale także

⁶¹ Zob. Raport, s. 142. 20% wynik zachowuje swoją aktualność także w dziedzinie współpracy w ubezpieczeniach majątkowych i odpowiedzialności ogólnej (Raport, s. 143).

⁶² Raport, s. 144.

⁶³ Ustawa z dnia 15 grudnia 2000 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (tekst jedn. Dz. U. z 2005 r., nr 244, poz. 2080 z późn. zm.), dalej uokik z 2000 r.

⁶⁴ Głównie wymogu dostosowywania prawa polskiego do prawa wspólnotowego w okresie przedakcesyjnym.

⁶⁵ Dz. U. z 2002 r., nr 137, poz. 1151; dalej rozporządzenie wyłączające z 2002 r. Zob. także rządowe uzasadnienie do projektu tego rozporządzenia.

klauzule, których występowania w porozumieniu nie uznaje się za naruszenie art. 5 ustawy (pkt 2) (tzw. klauzule białe).

44. Omawiane rozporządzenie wyłączyło spod zakazu, o którym mowa w art. 5 uokik z 2000 r., porozumienia zawierane między przedsiębiorcami prowadzącymi działalność ubezpieczeniową, o ile spełniały warunki określone w rozporządzeniu, a dotyczyły (§ 3):

- 1) ustalania podstaw taryf składek i prowizji na podstawie wspólnie opracowanych danych statystycznych lub liczby zgłoszonych roszczeń;
- 2) ustalania standardów ogólnych warunków ubezpieczeń i wspólnych modeli przedstawiających zyski;
- 3) wspólnego ubezpieczania od pewnych typów ryzyka;
- 4) ustalania standardowych zasad badania i certyfikacji urzędów zabezpieczających.

Katalog wyłączonych porozumień kooperacyjnych w polskim sektorze ubezpieczeń był więc identyczny z katalogiem zawartym w stanowiącym jego wzór Rozporządzeniu Nr 3932/92.

W konsekwencji, od postanowień rozporządzenia 3932/92 nie odbiegały także istotnie podstawowe definicje zawarte w słowniczku (§ 2) oraz szczegółowe rozwiązania rozdz. 2–4 (§ 4–19) rozporządzenia z 2002 r., odnoszące się do wskazywanych wyżej grup porozumień.

45. Warto w tym miejscu zaznaczyć, że rozporządzenie wyłączające z 2002 r. nie było przedmiotem rozważań w piśmiennictwie naukowym. W jedynym poświęconym mu wprost artykule zaprezentowane zostały motywy jego wydania, wskazane w rządowym uzasadnieniu do projektu rozporządzenia, oraz zakres i szczegółowe rozwiązania wyłączenia grupowego dla kooperacji w sektorze ubezpieczeń⁶⁶. Tak więc w polskiej literaturze naukowej nie kwestionowano ani zasady, ani konkretnego doboru porozumień kooperacji horyzontalnej z udziałem przedsiębiorców sektora ubezpieczeniowego do wyłączenia spod zakazu porozumień ograniczających konkurencję⁶⁷.

3.2. Zasadność utrzymania wyłączenia grupowego dla polskiego sektora ubezpieczeń po uchwaleniu nowej uokik w 2007 roku

46. Art. 8 ust. 3 uokik z 2007 r. stwarza możliwość, jednakże nie nakłada obowiązku wydania rozporządzenia wyłączającego (grupowo) niektóre rodzaje porozumień ograniczających konkurencję o charakterze generalnym lub sektorowym spod zakazu ustanowionego w art. 6 ust. 1. Prawodawca stanął więc przed koniecznością zbadania **zasadności wprowadzenia** dodatkowego (obok obowiązującego przecież na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej wspólnotowego rozporządzenia 358/2003) aktu prawnego

⁶⁶ J. Jackowska, *Zakres i znaczenie wyłączenia niektórych kategorii porozumień zawieranych między przedsiębiorcami prowadzącymi działalność ubezpieczeniową spod zakazu porozumień ograniczających konkurencję*, „Prawo Asekuracyjne” 2003, nr 2, s. 35 i nast. Autorka zauważa wszakże, że „rozporządzenie dotyczące rynku ubezpieczeniowego często posługuje się terminologią odbiegającą od zawartej w ustawie z dnia 28 lipca 1990 r. o działalności ubezpieczeniowej”, ale nie wskazuje konkretnie, o jakie pojęcia chodzi. Autorka wyjaśnia dalej, że rozbieżności te wynikają prawdopodobnie z próby ścisłego dostosowania treści rozporządzenia do przepisów wspólnotowych. Tamże, s. 38.

⁶⁷ W literaturze ekonomicznej można wszakże spotkać pogląd, że w istocie porozumienia tego rodzaju między ubezpieczycielami są w polskich realiach rzadkie, natomiast prawo ochrony konkurencji powinno zająć się np. porozumieniami ubezpieczycieli z bankami (na mocy tych porozumień udzielanie kredytu może być uzależnione od zawarcia umowy ubezpieczenia zabezpieczającego spłatę tego kredytu w konkretnym zakładzie ubezpieczeń); Zob. R. Kurek, *Konkurencja w sektorze ubezpieczeń gospodarczych – zakłócenia i ograniczenia*, w: *Ubezpieczenia wobec procesów globalizacji*, Gdańsk 2003, s. 110–111.

regulującego kwestię dopuszczenia wyłączeń niektórych przedsięwzięć kooperacyjnych podejmowanych między przedsiębiorcami sektora ubezpieczeniowego w Polsce.

Przed prawodawcą pojawiła się konieczność dokonania analizy funkcjonowania sektora ubezpieczeniowego i ewentualnej możliwości pojawienia się korzyści dla konsumentów, jakie mogłyby wynikać z wykorzystania ustawowej delegacji umożliwiającej wydanie rozporządzenia wyłączającego w stosunku do przedsięwzięć kooperacyjnych podmiotów sektora ubezpieczeniowego.

47. Przypomnieć należy cytowany nieco powyżej Raport Komisji z 2007 r. (ukazał się na kilka miesięcy przed upływem terminu obowiązywania w Polsce rozporządzenia wyłączającego z 2002 r., wpływał więc na podjęcie decyzji, co do możliwego przedłużenia wyłączenia w prawie krajowym), iż **polski rynek ubezpieczeń wykazuje z jednej strony niewielki zakres kooperacji transgranicznej, ale potwierdza zawieranie licznych porozumień dotyczących wspólnego ubezpieczenia się od pewnych typów ryzyka na obszarze poszczególnych państw członkowskich**. Do państw tych nie zalicza Polski – z Raportu wynika, że kooperacja w tym sektorze w Polsce jest minimalna. Tym samym, okoliczność ta mogła stać się argumentem za wydaniem polskiego rozporządzenia wyłączającego, jeżeli prawodawca przewidywał możliwy wzrost zakresu kooperacji między przedsiębiorcami prowadzącymi działalność ubezpieczeniową w Polsce. Zasadność ta mogła więc opierać się w pierwszym rzędzie na **słabościach** polskiego sektora ubezpieczeń, których usunięciu może i powinna sprzyjać intensywna kooperacja firm ubezpieczeniowych.

48. Słabości polskiego systemu ubezpieczeń mają swoją przyczynę obiektywną: jest nią niski stopień rozwoju i związany z tym niski poziom dojrzałości tego stosunkowo „młodego” segmentu sektora usług finansowych⁶⁸. Sektor ten rozwijał się niejako od podstaw od początku lat 90. i to w sposób niezwykle dynamiczny, wszedł następnie we względną fazę stabilizacji w latach 2000–2002 i od 2003 r. wykazuje znowu tendencję wzrostową. Wskaźniki jego rozwoju, w tym najważniejsze z nich (obrót, czyli wielkość składki zebranej w danym kraju w danym roku, gęstość, czyli wielkość składki brutto przypadającej w skali roku na 1 mieszkańca, i stopień penetracji, czyli udział zebranej składki brutto w PKB)⁶⁹, są wciąż jeszcze kilkakrotnie niższe w porównaniu z rozwiniętymi rynkami państw członkowskich UE⁷⁰. Polski rynek ubezpieczeniowy stanowi jedynie 1,19% rynku ubezpieczeń w UE i 0,38% rynku światowego (dla porównania: dla Niemiec wskaźniki te wynoszą odpowiednio 22,99% i 7,37%, zaś dla Hiszpanii – 7,47% i 2,39%)⁷¹.

Polski sektor ubezpieczeń jest więc „perspektywiczny” i daje szerokie możliwości rozwoju, co będzie wymuszało również podejmowanie kooperacji pomiędzy jego podmiotami w rozmaitych sferach ich aktywności.

49. W programie „Polityka konkurencji na lata 2004–2005”⁷² UOKiK prognozował **przyspieszony rozwój polskiego rynku finansowego, w tym ubezpieczeniowego**, ze względu na coraz silniejszą integrację z rynkiem międzynarodowym (głównie w ramach wdra-

⁶⁸ Zob. m.in. W. Głabiszewski, *Konkurencyjność działających w Polsce zakładów ubezpieczeń majątkowych w procesie integracji Polski z Unią Europejską*, TNOiK–Dom Organizatora, Toruń 2005, s. 134.

⁶⁹ Zob. E. Kowalewski, *Prawo ubezpieczeń gospodarczych*, Wydawnictwo Branta, Bydgoszcz–Toruń 2006, s. 149–154.

⁷⁰ Zob. *Jednolity rynek ubezpieczeń w Unii Europejskiej. Procesy rozwoju i integracji*, red. J. Monkiewicz, Wydawnictwo Branta, Bydgoszcz–Warszawa 2005, s. 221–278 i 318–320.

⁷¹ Nawet jednak rynki ubezpieczeniowe na Cyprze, w Czechach i Słowacji, a więc też „nowych” państw członkowskich UE, mierzone wartością składek jako części PKB, są większe niż rynek polski – Zob. Raport, s. 33.

⁷² *Polityka konkurencji na lata 2004–2005*, Urząd Ochrony Konkurencji i Konsumentów, Warszawa 2003, s. 55–56.

żania *Financial Services Action Plan*) oraz reformę systemu ubezpieczeń społecznych. **Potencjalny dynamiczny rozwój sektora ubezpieczeń w Polsce**, wywołany jego niskim poziomem rozwoju do tej pory i będący konsekwencją akcesji Polski do UE, a także **konieczność likwidacji słabych stron sektora, w tym nienajlepszej struktury większości rynków ubezpieczeniowych w Polsce, to podstawowe argumenty ekonomiczne *sui generis* za wydaniem rozporządzenia wyłączającego dla porozumień kooperacji horyzontalnej w tym sektorze**. W wyniku tego rozwoju (wzrostu popytu na ubezpieczenia) będzie bowiem dochodzić do intensyfikacji działalności ubezpieczeniowej (wzrostu podaży produktów ubezpieczeniowych), a przez to do podniesienia znaczenia mechanizmu konkurencji na rynku ubezpieczeń, która w konsekwencji może wzmacniać współpracę między ubezpieczycielami, a przynajmniej stanowić motywację do wzrostu poziomu kooperowania. Kooperacja przedsiębiorców ubezpieczeniowych na rynkach ubezpieczeń w Polsce będzie więc w przyszłości odgrywała większą rolę niż obecnie.

50. Polski sektor ubezpieczeniowy będzie zapewne coraz bardziej upodabniał się do sektora europejskiego, tym bardziej, że rośnie w nim rola firm ubezpieczeniowych pochodzących z obszaru UE. **Współpraca** między podmiotami świadczącymi usługi ubezpieczeniowe (w ramach określonych przez regulacje prawa ubezpieczeniowego oraz prawa o ochronie konkurencji i konsumentów) jest pożądana, gdyż w dużym stopniu **wyrównuje warunki konkurencji na rynku** oraz **przyczynia się do obniżenia niektórych kosztów**, co może przełożyć się na cenę usług ubezpieczeniowych (korzystną dla ubezpieczających się). Kooperacja horyzontalna jest dla polskich przedsiębiorców sektora ubezpieczeniowego (szczególnie małych i nie wchodzących w skład grup ubezpieczeniowych) zjawiskiem niewątpliwie pozytywnym, podnoszącym ich konkurencyjność i zmniejszającym siłę oddziaływania na rynkach krajowych potentatów (zwłaszcza obu spółek PZU) oraz działających w Polsce zagranicznych zakładów ubezpieczeń, mogących korzystać z zasobów finansowych i *know-how* swoich „matek”. Szczególne znaczenie ma tu współpraca przedsiębiorców prowadzących działalność ubezpieczeniową w Polsce w ramach Polskiej Izby Ubezpieczeń, będącej „związkiem” przedsiębiorców w rozumieniu art. 4 pkt 2 uokik z 2007 r., a więc podlegającej ocenie na gruncie tejże ustawy.

51. Za ustanowieniem wyłączenia grupowego dla porozumień zawieranych między przedsiębiorcami prowadzącymi działalność ubezpieczeniową mogły przemawiać również autonomiczne cechy wyłączeń grupowych:

- a) istnienie prokonkurencyjnych skutków objętych nimi porozumień, w tym porozumień w zakresie współpracy konkurujących ze sobą przedsiębiorców prowadzących działalność ubezpieczeniową, które – przy spełnieniu pewnych warunków – mogą przeważać nad negatywnymi skutkami związanymi z ograniczeniem konkurencji, a więc prowadzić do podniesienia poziomu efektywności działania w rozumieniu art. 8 uokik z 2007 r.;
- b) zmniejszenie barier prawnych dla rozwoju sektora w Polsce i zapewnienia przedsiębiorcom inwestującym w Polsce stabilnego otoczenia prawnego;
- c) wprowadzenie reguł ułatwiających dokonanie samooceny, jak duże ograniczenie konkurencji dopuszczalne jest w świetle postanowień art. 8 uokik z 2007 r.

52. Jako argument przemawiający przeciw wydaniu krajowego wyłączenia grupowego dla sektora ubezpieczeń można było wskazać natomiast rzadkość stosowania takich wyłączeń krajowych w innych państwach członkowskich UE. Spośród „starych” państw członkowskich UE odrębne krajowe wyłączenia grupowe ustanawiane w formie aktów wykonawczych do ustawy istnieje rzeczywiście tylko w Danii, gdzie na podstawie delegacji zawartej w art. 10 ustawy o ochronie konkurencji z 1997 r. wydane zostało m.in.

rozporządzenie wyłączające Ministra Gospodarki w sprawie wyłączenia dla kooperacji w ubezpieczeniach⁷³. Argument ten słabnie jednak, gdy uwzględnimy, że w wielu państwach członkowskich stosuje się inne sposoby „rozciągnięcia” obowiązywania wspólnotowych rozporządzeń wyłączających na porozumienia mające wpływ na konkurencję tylko na rynku krajowym. Tak jest m.in. w Hiszpanii, gdzie art. 5 ustawy o ochronie konkurencji tworzy możliwość wydania krajowego rozporządzenia wyłączającego, ale zostało to zrobione w ten sposób, że wspólnotowe wyłączenie grupowe dla sektora ubezpieczeń (automatycznie łącznie z jego późniejszymi zmianami) zostało implemmentowane do prawa hiszpańskiego na mocy specjalnego dekretu królewskiego⁷⁴. W obu przypadkach wyłączenia krajowe są aktualnie niemalże dosłownym odwzorowaniem rozporządzenia 358/2003.

Gdy chodzi o „nowe” państwa członkowskie UE, sytuacja w tym zakresie wygląda jednakże zupełnie inaczej (różnego rodzaju wyłączenia grupowe dla sektora ubezpieczeń ma kilka państw z tejże 7–8 grupy). Poza Polską, krajowe wyłączenia grupowe dla kooperacji w sektorze ubezpieczeń ustanowione zostały w Słowenii⁷⁵, na Cyprze w 2003 r.⁷⁶, na Węgrzech, gdzie rozporządzenie wyłączające dla porozumień w sektorze ubezpieczeń z 1997 r.⁷⁷ zostało zastąpione – w ramach procesów harmonizacji prawa węgierskiego z prawem wspólnotowym – w 2004 r. przez nowe rozporządzenie wyłączające dla porozumień ubezpieczeniowych, które weszło w życie z dniem 1 maja 2004 r.⁷⁸ i w końcu także w Rumunii⁷⁹. Akty te nawiązują wprost do konstrukcji i rozwiązań Rozporządzenia Nr 3932/92 (Słowenia) lub Rozporządzenia Nr 358/2003 (Cypr, Rumunia oraz Węgry)⁸⁰.

⁷³ Zob. Consolidated Competition Act No. 687 of 12 July 2000; tekst ustawy jest dostępny ze strony internetowej www.ks.dk/english/competition/legislation/guide. Tekst rozporządzenia nie jest jednak dostępny na tej stronie.

⁷⁴ Zob. Royal Decree 378/2003, March 28th, Implementing the Competition Act 16/1989, July 17th, concerning block exemptions, individual authorizations and Competition Register („Official State Gazette” 15 April 2003, No. 90).

⁷⁵ W drodze tzw. dekretu wydanego na podstawie art. 5 słoweńskiej ustawy antymonopolowej z 1999 r. ustanawiającego wyłączenie dla sektora ubezpieczeń (zob. art. 17 tego dekretu) wraz z innymi wyłączeniami (dokument dostępny na stronie internetowej <http://www.uvk.gov.si/fileadmin/uvk.gov.si/>).

⁷⁶ W drodze specjalnego rozporządzenia Rady Ministrów w sprawie wyłączenia grupowego dla porozumień w sektorze ubezpieczeń – Zob. The Block Exemptions to Certain Categories (Agreements, Decisions and Concerted Practices) in the Insurance Sector, Order 2003, P.I. 838/2003. Tekst angielskojęzyczny rozporządzenia znajduje się na stronie internetowej cypryjskiej Komisji Ochrony Konkurencji (data ostatniego wejścia na stronę 21. 04. 2007 r.) – zawarte na stronie internetowej <http://www.competition.gov.cy/competition/competition.nsf/>.

⁷⁷ Zob. Gov. Regulation 50/1997 (III.19) of the Government on the exemption from the prohibition on restriction of competition of certain groups of insurance agreements (zmiana w 2000 r.) (Magyar Közlöny, 19.3.1997, p. 1628).

⁷⁸ Zob. Regierungsverordnung Nr. 18/2004. (II.13) der Regierung über die Freistellung bestimmter Gruppen von Versicherungsvereinbarungen vom Verbot der Wettbewerbsbeschränkung (Magyar Közlöny, 14.02.2004, s. 1327). Zob. E. Boytha unter Mitwirkung von G. Szoboszlai, *Die Angleichung der Wettbewerbsregeln in den neuen und zukünftigen Mitgliedstaaten an das Gemeinschaftsrecht* (II), Schriften Reihe des EUROPA-KOLLEG HAMBURG zur Integrationsforschung, P. Behrens (Hrsg.), Nomos, Baden-Baden 2006, s. 82.

⁷⁹ W drodze odrębnego rozporządzenia Rady Konkurencji wyłączającego niektóre rodzaje porozumień zawieranych w sektorze ubezpieczeniowym spod zakazu porozumień ograniczających konkurencję, wydanego na podstawie art. 28 rumuńskiej ustawy antymonopolowej z 1996 r. – Zob. Regulation on the application of article 5 (1) of the „Competition Law” 1996, No. 21, to certain categories of agreements, decisions and concerted practices in the insurance sector. Tekst angielskojęzyczny tego aktu jest dostępny na stronie internetowej <http://www.competition.ro/en/regulament/>.

⁸⁰ Do rozporządzenia 3932/92 nawiązywała też wprost nieobowiązująca już uchwała Rady Konkurencji na Litwie z 19 listopada 2001 r., uchylona z dniem 2 września 2004 r. (tj. na kilka miesięcy po przystąpieniu Litwy do Unii Europejskiej) – zob. Resolution on Explanations of the Competition Council Concerning Granting

Także w tym kontekście, „przedłużenie” istnienia w Polsce wyłączenia grupowego dla sektora ubezpieczeń może być uznane za zasadne.

3.3. Rozporządzenie wyłączające z 2007 r.

53. Rada Ministrów zdecydowała się uchwalić w dniu 30 lipca 2007 r. rozporządzenie w sprawie wyłączenia niektórych rodzajów porozumień, zawieranych pomiędzy przedsiębiorcami prowadzącymi działalność ubezpieczeniową, spod zakazu porozumień ograniczających konkurencję⁸¹. Rozporządzenie weszło w życie z dniem 1 sierpnia 2007 r. (zob. § 26). Stworzono jednocześnie rozwiązanie o charakterze intertemporalnym, zgodnie z którym do porozumień zawartych przed dniem wejścia w życie rozporządzenia, które nie spełniają warunków wyłączenia w nim określonych, stosuje się przepisy dotychczasowe⁸², jednak nie dłużej niż do dnia 31 lipca 2008 r. (zob. § 24).

Prawodawca doszedł do wniosku, iż istnieje zasadność uchwalenia tego typu rozporządzenia na podstawie delegacji zawartej w art. 8 ust. 3 uokik z 2007 r. W uzasadnieniu do projektu rozporządzenia podkreślono wyraźnie możliwość **wzrostu poziomu konkurencyjności** sektora ubezpieczeniowego w Polsce dzięki wprowadzeniu tego typu regulacji⁸³.

54. W związku z powyższym, w polskim porządku prawnym funkcjonują obecnie dwie regulacje prawne odnoszące się do możliwości wyłączeń niektórych rodzajów porozumień zawieranych pomiędzy podmiotami funkcjonującymi w sektorze ubezpieczeniowym – wspólnotowe rozporządzenie 358/2003 oraz krajowe (polskie) rozporządzenie wyłączające z 2007 r. **Porozumienia**, które posiadają „wpływ na handel między państwami członkowskimi”, oceniane są wyłącznie z punktu widzenia ich zgodności z rozporządzeniem 358/2003 tym samym z **wyłączeniem krajowego prawa ochrony konkurencji**, także wtedy oczywiście, gdy organem stosującym prawo jest krajowy organ ochrony konkurencji lub sąd krajowy, a nie Komisja. W związku z powyższym, zachodzi ścisła **delimitacja jurysdykcji** pomiędzy wspólnotowym, a krajowym porządkiem prawnym w tym zakresie.

55. Zgodnie z § 1 rozporządzenia wyłączającego z 2007 r., jego treść określa⁸⁴:

- 1) **warunki**, jakie muszą być spełnione, aby porozumienia, zawierane pomiędzy przedsiębiorcami prowadzącymi działalność ubezpieczeniową, zostały uznane za wyłączone spod zakazu, o którym mowa w art. 6 uokik z 2007 r.;
- 2) klauzule, których występowanie w porozumieniu stanowi naruszenie art. 6 (tzw. **klauzule czarne**); oraz
- 3) **okres obowiązywania** wyłączenia.

Prawodawca zrezygnował natomiast z zawarcia w treści nowego rozporządzenia wyłączającego tzw. klauzul białych (tj. takich, których występowanie w danym porozumieniu nie uznaje się za naruszenie art. 6 uokik) ⁸⁵.

on Individual Exemptions to Certain Categories of Agreements in the Insurance Sector in Accordance with the Articles 5,6 and 8 of the Law on Competition. Tekst angielskojęzyczny rozporządzenia nadal dostępny jest na stronie internetowej Komisji – <http://www.konkuren.lt/english/antitrust/legislation.htm>.

⁸¹ Dz. U. z 2007 r., nr 137, poz. 964; dalej: rozporządzenie wyłączające z 2007 r.

⁸² Chodzi tutaj oczywiście o przepisy rozporządzenia wyłączającego z dnia 31 lipca 2002 r.

⁸³ Zob. Uzasadnienie do projektu rozporządzenia w sprawie wyłączenia niektórych rodzajów porozumień, zawieranych pomiędzy przedsiębiorcami prowadzącymi działalność ubezpieczeniową, spod zakazu porozumień ograniczających konkurencję.

⁸⁴ Jest to zgodne z wymogami art. 8 ust. 3 uokik z 2007 r.

⁸⁵ Jak wskazano to już powyżej, takie rozwiązanie jest zgodne z ekonomicznym podejściem, stosowanym obecnie we wspólnotowym prawie konkurencji.

56. Polskie rozporządzenie wyłączające z 2007 r. jest genetycznie i funkcjonalnie powiązane z jego odpowiednikiem wspólnotowym. Rozwiązanie takie uznać należy za w pełni uzasadnione. Przede wszystkim wynika to z tego, iż **polskie prawo ochrony konkurencji w sektorze ubezpieczeń**, zwłaszcza w zakresie kooperacji firm ubezpieczeniowych, **nie może być bowiem bardziej restrykcyjne niż prawo wspólnotowe**. Polski prawodawca mógł więc skonstruować wyłącznie szerszy katalog wyłączeń przedmiotowych. Należy jednak podkreślić, iż wypracowane na poziomie wspólnotowym rozwiązanie w pełni – jak się wydaje – zaspokaja ewentualne „potrzeby” sektora ubezpieczeniowego w tym zakresie. Zbieżność rozwiązań szczegółowych zapewni również komplementarność i spójność obu regulacji, tak co do ich celów (równoczesnego chronienia mechanizmu skutecznej konkurencji i wspierania kooperacji gospodarczej firm ubezpieczeniowych), jak i poziomu pewności prawnej na rynkach (wspólnotowym rynku wewnętrznym oraz krajowym rynku polskim).

57. W związku z powyższym, rozporządzenie z 2007 r. obejmuje wyłączeniem te same kategorie porozumień, jakie zostały zawarte w rozporządzeniu 358/2003. Różnica w konstrukcji rozwiązań szczegółowych jest jednakże zauważalna, głównie wynika ona tylko z powodu konieczności wypełnienia obowiązujących w Polsce wymogów techniki legislacyjnej. Dzięki temu zabiegowi polskie rozporządzenie wyłączające jest również znacznie bardziej przejrzyste.

58. Zgodnie z tym, co wskazano powyżej, Rada Ministrów została zobligowana wyznaczyć **okres obowiązywania** rozporządzenia wyłączającego.

W przypadku rozporządzenia 358/2003 okres ten wynosi siedem lat⁸⁶. Wspomniana powyżej treść art. 8 ust. 3 uokik nie zawiera żadnych wskazówek, jaki długi powinien być okres obowiązywania rozporządzenia wyłączającego. **Długość obowiązywania rozporządzenia określono na dzień 31 marca 2011 r.** (zob. § 25). Jest to więc data zbieżna niejako z upływem okresu obowiązywania rozporządzenia wspólnotowego z pewnym nakładem czasu pozwalającym polskiemu prawodawcy zaobserwować tendencje i zmiany zachodzące w prawodawstwie wspólnotowym w omawianym zakresie oraz ewentualnie dostosować się lub wykorzystać wypracowane tam doświadczenia.

59. Zgodnie z treścią § 3 rozporządzenia wyłączającego z 2007 r., **wyłącza się spod zakazu**, o którym mowa w art. 6 uokik, porozumienia zawierane między przedsiębiorcami prowadzącymi działalność ubezpieczeniową, a dotyczące:

- 1) opracowywania i rozpowszechniania kalkulacji przeciętnego kosztu ubezpieczenia od określonych ryzyk w przeszłości oraz opracowywania i rozpowszechniania, w związku z ubezpieczeniem zawierającym elementy kapitalizacji, tabel danych śmiertelności oraz zestawień danych pokazujących częstotliwość chorób, wypadków i kalectwa;
- 2) prowadzenia badań związanych z działalnością ubezpieczeniową oraz rozpowszechniania ich wyników;
- 3) opracowywania i rozpowszechniania niewiążących standardów ogólnych warunków ubezpieczenia dla ubezpieczeń bezpośrednich;
- 4) opracowywania i rozpowszechniania niewiążących modeli przedstawiających zyski;
- 5) wspólnego ubezpieczania od określonych kategorii ryzyka przez grupy koasekuracyjne i koreasekuracyjne;
- 6) opracowywania, uznawania i rozpowszechniania specyfikacji technicznych, zasad i kodeksów praktyki dotyczących urządzeń zabezpieczających.

⁸⁶ Jak wskazano powyżej, krajowe rozporządzenia wyłączające w innych państwach członkowskich UE długości obowiązywania takiego wyłączenia w ogóle nie określają.

Prawodawca wskazuje jednocześnie, iż porozumienia powyższe będą korzystały z dobrodziejstwa wyłączenia, o ile spełnią dalsze warunki określone treści rozporządzenia⁸⁷.

Poniżej zaprezentowane zostaną szczegółowe zagadnienia związane z kształtem poszczególnych rodzajów wyłączeń.

4. Charakterystyka szczegółowa rozwiązań rozporządzenia wyłączającego z 2007 r.

4.1. Wyłączenie porozumień kooperacyjnych w zakresie kalkulacji przeciętnego kosztu ubezpieczenia rodzajów ryzyka i tabel wskaźników występowania zdarzeń losowych

4.1.1. Zasadność umieszczenia rodzajowego wyłączenia

60. Normowaną odpowiednimi regulacjami prawa wtórnego, konstrukcję wyłączenia zakazu prowadzenia aktywności polegającą na współpracy w powyższym zakresie podmiotów sektora ubezpieczeniowego spotykamy w prawie wspólnotowym od kilkunastu lat. Powodem jej umieszczenia w katalogu wyłączeń było częste występowanie tego typu zdarzeń w praktyce obrotu gospodarczego. Jeszcze przed wejściem w życie rozporządzenia 3932/92, podmioty sektora ubezpieczeniowego notyfikowały Komisji dziesiątki porozumień zawierających tego typu klauzule⁸⁸. Komisja podkreślała, że tego rodzaju porozumienia posiadają co prawda naturę porozumienia ograniczającego konkurencję, mogą jednak mieścić się w zakresie wyłączenia przewidzianym art. 81 ust. 3 TWE. Komisja wskazała ostatecznie, że tego rodzaju porozumienia są korzystne dla rozwoju usług ubezpieczeniowych dla konsumentów i generalnie podnoszą wydajność wymiany informacji⁸⁹.

61. Wysokość składek ubezpieczeniowych ustalanych przez przedsiębiorców oparta jest zazwyczaj na ocenie dwóch czynników. Po pierwsze, powiązana jest z **oceną wysokości kosztów ubezpieczenia** obejmujących ryzyko powstałe w przeszłości i, po drugie z przeprowadzaną **oceną ewentualnych trendów w przyszłości**, które mogą wpływać na wysokość kosztów **obejmujących dany rodzaj ryzyka poddany ubezpieczeniu**⁹⁰. Kooperacja pomiędzy podmiotami sektora ubezpieczeniowego w tym zakresie wynika z dążenia do pozyskiwania informacji pozwalających w **wiarygodny i ścisły sposób dokonać zestawień właściwych statystyk celem precyzyjnego określenia stopnia ryzyka** pojawiającego się w trakcie zawierania umów ubezpieczenia. Pojedyncze podmioty, które funkcjonują w sektorze ubezpieczeniowym nie posiadają wystarczających, wiarygodnych informacji pozwalających w obiektywny sposób ocenić zakres tego ryzyka.

62. Wiarygodność kalkulacji i zestawień jest ściśle uzależniona od liczby danych statystycznych, na których się one opierają. Podmioty funkcjonujące w sektorze ubezpieczeniowym posiadające duże udziały w rynku mogą we własnym zakresie tworzyć statystyki umożliwiające im wykonywanie wiarygodnych kalkulacji. Te, które mają mały udział w rynku albo dopiero zamierzające wejść na rynek, nie są w stanie uzyskać podobnej

⁸⁷ Zob. także § 3 *in fine* rozporządzenia wyłączającego z 2007 r.

⁸⁸ Bell & Bellis, *Competition Law...*, op. cit., s. 1405.

⁸⁹ Zob. w tym zakresie również tezy zawarte w decyzji Komisji z dnia 14 stycznia 1992 r. w sprawie *Assurpol* (Dz. U. WE 1992 L 37/16) oraz w decyzji Komisji z dnia 20 grudnia 1989 r. w sprawie *Concordato Incendio* (Dz. U. EWG 1989 L 15/27).

⁹⁰ Bell & Bellis, *Competition Law...*, op. cit., s. 1405.

skali informacji. Dlatego też zawarcie w takich wspólnych kalkulacjach lub tabelach informacji pochodzących od wszystkich przedsiębiorców prowadzących działalność ubezpieczeniową, w tym tych wielkich, sprzyja konkurencji aktualnej, jak i potencjalnej⁹¹.

63. Współpraca horyzontalna między przedsiębiorcami prowadzącymi działalność ubezpieczeniową lub w ramach związków takich przedsiębiorców w zakresie kalkulacji (obliczeń) przeciętnego kosztu ubezpieczenia od określonych, ściśle zdefiniowanych, ryzyk w przeszłości lub w zakresie (ważnych dla ubezpieczeń na życie) tabel (zestawień) wskaźników śmiertelności lub częstotliwości chorób, wypadków i kalectwa, polegająca na wymianie informacji statystycznych i wspólnym kalkulowaniu ryzyka w sytuacji, gdy przedsiębiorcy ci nie mają dostatecznych, własnych (wewnętrznych) informacji o tym ryzyku⁹², wzbogaca wiedzę o ryzyku poszczególnych towarzystw ubezpieczeniowych i ułatwia im przeprowadzenie rzeczywistej oceny tego ryzyka. Nie ma więc wątpliwości, iż z powyższych powodów tego rodzaju aktywność powinna być wyłączona spod zakazu porozumień ograniczających konkurencję.

64. Z powyższych powodów porozumienia tego rodzaju stały się następnie podstawową kategorią wyłączenia zapisaną treścią rozporządzenia 3932/92, a następnie rozporządzenia 358/2003. Co więcej, zakres przedmiotowy tego wyłączenia nie uległ istotnym zmianom w prawie wspólnotowym od kilkunastu lat. Ten rodzaj wyłączeń został zawarty również do konstrukcji prawnej polskiego rozporządzenia wyłączającego z 2002 r. i pozostaje niezmienny w zasadniczym kształcie również pod rządami rozporządzenia wyłączającego z 2007 r.

4.1.2. Zakres wyłączenia w prawie polskim

65. Zgodnie z § 3 pkt 1 rozporządzenia wyłączającego z 2007 r., wyłączenie powyższe znajduje zastosowanie w stosunku do **porozumień dotyczących opracowywania i rozpowszechniania kalkulacji przeciętnego kosztu ubezpieczenia od określonego ryzyka w przeszłości oraz opracowywania i rozpowszechniania, w związku z ubezpieczeniem zawierającym elementy kapitalizacji, tabel danych śmiertelności oraz zestawień danych pokazujących częstotliwość chorób, wypadków i kalectwa.**

66. W preambule do rozporządzenia 358/2003 Komisja Europejska wskazała, iż konieczne jest zapewnienie wyłączenia tego typu współpracy spod zakazu tylko do takiego stopnia, jaki jest **konieczny do osiągnięcia założonych celów**⁹³. Z tego też względu, właściwe jest zapewnienie, że porozumienia dotyczące składek komercyjnych nie podlegają wyłączeniu; składki komercyjne mogą być w rzeczywistości niższe od kwot wskazanych przez wyniki właściwych tabel kalkulacyjnych lub badań, gdyż ubezpieczyciele mogą korzystać z przychodu ze swych inwestycji w celu zmniejszenia swych składek⁹⁴. Rozwiązanie to (zresztą w sposób, w pełni uzasadniony) powieliła polskie rozporządzenie wyłączające z 2007 r.

67. Specyficzne cechy sektora ubezpieczeniowego sprawiają jednocześnie, że uzależnienie wyłączenia wspólnego opracowywania kalkulacji i tabel od progu udziału w rynku nie byłoby właściwe⁹⁵. Z tego względu zarówno odpowiednie rozporządzenie

⁹¹ Zob. pkt 10 preambuły do rozporządzenia 358/2003.

⁹² Zakres zastosowania wyłączenia tego rodzaju porozumień w Polsce jest w przeważającej mierze zależny od struktury polskich rynków ubezpieczeń i stopnia ich koncentracji. Wyłączenie to jest więc korzystne przede wszystkim dla małych i średnich przedsiębiorców ubezpieczeniowych.

⁹³ Zob. pkt 10 preambuły do rozporządzenia 358/2003.

⁹⁴ Tamże.

⁹⁵ Zob. pkt 10 preambuły do rozporządzenia 358/2003.

wspólnotowe, jak również polskie rozporządzenie wyłączające z 2007 r. nie zawierają w tym przypadku rozwiązań wiążących możliwość dokonania wyłączenia od procentowego udziału danego przedsiębiorcy (przedsiębiorców) w rynku.

68. Stosownie do rozwiązań zawartych w § 4 wyłączenia określone w § 3 pkt 1 stosuje się do porozumień w zakresie sporządzania kalkulacji oraz tabel, które wypełniają określone przesłanki. Po pierwsze, powyższe kalkulacje lub tabele muszą opierać się na zbiorze danych, pochodzących z ustalonego okresu występowania ryzyka przyjętego jako okres odniesienia, odnoszących się do identycznych lub porównywalnych czynników ryzyka, wystarczająco licznych do stworzenia bazy, na której operować można metodami statystycznymi, i która dostarczy danych liczbowych odnoszących się do takich wskaźników, jak:

- liczba roszczeń zgłaszanych w danym okresie;
- liczba rodzajów ryzyka ubezpieczonego w każdym roku występowania ryzyka w ustalonym okresie obserwacji;
- wysokość odszkodowań wypłaconych lub należnych w danym okresie;
- całkowita kwota ubezpieczonego kapitału dla każdego roku występowania ryzyka podczas wybranego okresu obserwacji.

Po drugie, porozumienia, które będą podlegać wyłączeniu powinny zawierać szczegółowe i zróżnicowane dane statystyczne, jakie będą wystarczające dla dokonania kalkulacji zgodnej z obowiązującymi zasadami statystyki ubezpieczeniowej.

Po trzecie w końcu, porozumienia te nie mogą uwzględniać pod żadną postacią kosztów nadzwyczajnych, dochodu wynikającego z rezerw, kosztów administracyjnych lub handlowych, danin o charakterze fiskalnym lub para fiskalnym, i nie mogą brać pod uwagę ani dochodów z inwestycji, ani też przewidywanych zysków.

Wszystkie powyższe warunki powinny zostać spełnione **łącznie**, aby zawierający określone porozumienie przedsiębiorcy sektora ubezpieczeniowego mogli uzyskać wyłączenie tego omawianego rodzaju aktywności spod zakazu porozumień ograniczających konkurencję.

69. Podobnie, jak w rozporządzeniu 358/2003, nowe polskie rozporządzenie wyłączające z 2007 r. nie obejmuje porozumień, których strony zobowiązują się nie korzystać z kalkulacji lub tabel innych, niż te wspólnie wypracowane lub zobowiązują się spowodować, żeby od kalkulacji lub tabel tych odstąpiły osoby trzecie. Jest to **jedyna klauzula czarna** przewidziana w treści obecnie obowiązującego polskiego rozporządzenia wyłączającego – zob. § 6.

70. Przepis powyższy (§ 6) nie wyłącza spod zakazu określonego w art. 6 uokik takich porozumień, w których strony tychże porozumień podejmują zobowiązania ograniczające im możliwość wykorzystywania w swej działalności innych kalkulacji i tabel niż te, które stały się przedmiotem podjętej kooperacji. Strony porozumienia nie mogą również podejmować prawnych i faktycznych kroków zmierzających do takiego oddziaływania na pozostałych uczestników rynku, w wyniku których ci ostatni odstąpią od korzystania ze wspólnie ustalonych klauzul oraz tabel.

4.1.3. Warunki wyłączenia

71. Rozporządzenie wyłączające z 2007 r. określa warunki, jakie musi spełniać powyższa kategoria porozumień, aby podlegała wyłączeniu spod zakazu określonego w art. 6 uokik (zob. § 5).

Wyłączenie powyższe stosuje się, o ile powyższe tabele i kalkulacje **nie identyfikują** przedsiębiorców prowadzących działalność ubezpieczeniową oraz żadnej z ubezpieczo-

nych stron (§ 5 pkt 1). Wskazane w § 3 pkt 1 kalkulacje (obliczenia) i tabele (zestawienia) powinny być **niewiążące** i mieć jedynie charakter **wytycznych** (§ 5 pkt 2).

72. Ponieważ dostęp do kalkulacji i tabel konieczny jest zarówno dla przedsiębiorców prowadzących działalność ubezpieczeniową działających już na danym rynku właściwym, jak i dla tych, którzy zamierzają wejść na ten rynek, ci ostatni powinni posiadać dostęp do nich na **rozsądnych i niedyskryminujących warunkach**. Aby przedsiębiorcy uczestniczący w konkretnym porozumieniu mogli skorzystać z zawartego w komentowanym przepisie wyłączenia, na uczestników porozumienia nakłada się obowiązek udostępniania informacji lub przynależności do związków przedsiębiorców w przyszłości na takich samych warunkach, jak podmiotów ubezpieczeniowych już działających na określonym rynku produktowym i terytorialnym (zob. § 5 pkt 3). Opłaty, jakie musieliby oni płacić za dostęp do takich kalkulacji, w których opracowaniu nie brali udziału, nie mogą bowiem stanowić bariery wejścia na rynek.

4.2. Wyłączenie porozumień kooperacyjnych w zakresie wspólnych badań

4.2.1. Zasadność wprowadzenia wyłączenia i jego redakcja

73. Również prowadzenie przez podmioty sektora ubezpieczeniowego wspólnych badań (studiów) nad prawdopodobnymi skutkami okoliczności leżących poza wpływem przedsiębiorstw ubezpieczeniowych, które mogą rzutować na częstotliwość lub skalę szkód i roszczeń odszkodowawczych albo też dochodowość różnych typów inwestycji, wzbogaca wiedzę o ryzykach poszczególnych towarzystw ubezpieczeniowych i ułatwia im ocenę tych ryzyk.

74. Komisja Europejska podkreśla w pkt. 10 preambuły do rozporządzenia 358/2003, iż o ile wyłączenie niektórych porozumień dotyczących kalkulacji lub tabel umożliwi wzbogacenie wiedzy o ryzyku i ułatwia oszacowanie ryzyka dla poszczególnych zakładów, o tyle wspólne badania prawdopodobnego oddziaływania okoliczności zewnętrznych, mogą mieć wpływ na częstotliwość lub skalę roszczeń lub rentowność różnego rodzaju inwestycji. Komisja zauważa poważne podobieństwo między ww. typami porozumień, co skutkuje niemalże identyczną strukturą tworzonych warunków dla możliwości zastosowania wyłączenia.

75. Z tego powodu prawodawca wspólnotowy umieścił wyłączenie spod zakazu określonego w art. 81 TWE porozumień dotyczących badań, w jednej jednostce redakcyjnej wraz z porozumieniami dotyczącymi porozumień kooperacyjnych w zakresie kalkulacji przeciętnego kosztu ubezpieczenia rodzajów ryzyka i tabel wskaźników występowania zdarzeń losowych⁹⁶. Rada Ministrów zdecydowała się jednak – mimo zasadniczych podobieństw rozwiązań polskich ze wspólnotowymi – na redakcyjne rozdzielenie wyłączenia w zakresie wspólnych badań. Podstawowym powodem dla tego typu zabiegu legislacyjnego była chęć zapewnienia przejrzystości dla obu grup wyłączeń (na co wskazywano już powyżej bardziej szczegółowo).

76. Zgodnie z brzmieniem § 3 pkt 2 rozporządzenia wyłączającego z 2007 r., zakazowi, o którym mowa w art. 6 uokik, **porozumienia zawierane między przedsiębiorcami prowadzącymi działalność ubezpieczeniową, dotyczące prowadzenia badań związanych z działalnością ubezpieczeniową oraz rozpowszechniania ich wyników**.

⁹⁶ Zob. art. 3 rozporządzenia 358/2003, zatytułowany *Wspólne kalkulacje, tabele i badania*.

4.2.2. Zakres wyłączenia

77. Wyłączenie porozumień kooperacyjnych w zakresie wspólnych badań stosuje się do porozumień zawieranych pomiędzy przedsiębiorcami prowadzącymi działalność ubezpieczeniową, w zakresie:

- 1) **wspólnego prowadzenia badań** dotyczących prawdopodobnego wpływu okoliczności niezależnych od działalności przedsiębiorców uczestniczących w porozumieniu na częstotliwość lub skalę przyszłych roszczeń dla danego ryzyka lub kategorii ryzyka albo na rentowność różnych rodzajów inwestycji oraz
- 2) **rozpowszechniania wyników tych badań.**

78. Wyłączenie porozumień kooperacyjnych w tym zakresie jest uzależnione od tych samych warunków, na jakich wyłącza się porozumienia w zakresie kalkulacji przeciętnego kosztu ubezpieczenia oraz tabel danych o zdarzeniach (zob. § 8). Identyczne są również klauzule uniemożliwiające skorzystanie z przywileju wyłączenia tych porozumień (zob. § 9).

4.3. Wyłączenie dla porozumień kooperacyjnych w zakresie standardów ogólnych warunków ubezpieczenia

4.3.1. Zasadność wprowadzenia wyłączenia

79. Wspólne opracowywanie standardów ogólnych warunków ubezpieczenia może przynieść przedsiębiorcom ubezpieczeniowym **korzyści**, np. mogą podwyższać efektywność działalności ubezpieczeniowej, ułatwiać wejście na rynek małym lub niedoświadczonym ubezpieczycielom, pomagać w realizacji zobowiązań prawnych. Mogą one też być wykorzystywane przez organizacje konsumenckie jako wzorce porównawcze ofert różnych ubezpieczycieli⁹⁷.

80. Tęgo typu wyłączenie jest potencjalnie również korzystne dla przedsiębiorców działających na polskim rynku krajowym. Jak się wydaje może się okazać szczególnie korzystne dla małych i średnich ubezpieczycieli, których jest większość na polskim rynku ubezpieczeń. Samodzielne opracowywanie standardowych warunków umów wymaga czasu i jest kosztowne. Współpraca w tym zakresie obniża więc koszty wejścia na rynek ubezpieczeń danego ryzyka.

81. Tak jak rozporządzenie 358/2003, tak również nowe polskie rozporządzenie wyłączające z 2007 r. utrzymują podstawowy zakres wyłączenia grupowego dla niewiążących standardów ogólnych warunków ubezpieczeń, wypracowywanych przez krajowe związki ubezpieczycieli. Dodają jednakże kilka nowych warunków tego wyłączenia.

4.3.2. Zakres i warunki wyłączenia

82. Prawodawca wyłączył spod zakazu, o którym mowa w art. 6 uokik **porozumienia dotyczące opracowywania i rozpowszechniania niewiążących standardów ogólnych warunków ubezpieczenia dla ubezpieczeń bezpośrednich** (zob. § 3 pkt 3).

83. Według Komisji, standardy ogólnych warunków ubezpieczenia nie mogą prowadzić ani do standaryzacji produktów, ani do stwarzania znaczącej nierównowagi praw i obowiązków umownych⁹⁸. Dlatego wyłączenie porozumień kooperacyjnych

⁹⁷ Zob. pkt 14 preambuły do rozporządzenia 358/2003. Zob. także decyzja Komisji z dnia 14 stycznia 1992 r. w sprawie *Assurpol* (Dz. U. WE 1992 L 37/16), a także decyzja Komisji z dnia 20 grudnia 1989 r. w sprawie *Concordato Italiano Incendio Rischio Industriali (Concordato Incendio)* (Dz. U. EWG 1990 L 15/25).

⁹⁸ Zob. pkt 15 preambuły do rozporządzenia 358/2003.

w tym zakresie powinno być stosowane tylko pod warunkiem, że standardy te **nie są wiążące** dla przedsiębiorców zawierających porozumienie i mogą być stosowane inne warunki⁹⁹. Takie też rozwiązanie znalazło się w § 10 pkt 1 polskiego rozporządzenia wyłączającego z 2007 r.

84. Ponadto standardy ogólnych warunków ubezpieczeń nie powinny wykluczać żadnych określonych rodzajów ryzyka z możliwości ich umownego ubezpieczenia oraz nie mogą przewidywać zbyt długich okresów ubezpieczenia lub wychodzenia poza pierwotny cel ubezpieczenia¹⁰⁰. Z tego też powodu, polskie rozporządzenie wyłączające wyraźnie przewiduje w § 10 pkt 2, że omawiane wyłączenie stosuje się, pod warunkiem, że możliwe jest uzgodnienie przez strony umowy ubezpieczenia innych warunków.

85. Standardowe ogólne warunki ubezpieczeń powinny gwarantować ich **pełną dostępność** każdemu, w tym ubezpieczonemu, aby zapewnić rzeczywistą przejrzystość i związane z tym pozytywne skutki dla klientów firm ubezpieczeniowych (zob. § 10 pkt 3)¹⁰¹.

86. W § 11 Rada Ministrów wskazała z kolei rodzaje postanowień, których wystąpienie w umowach zawierających standardy ogólnych warunków ubezpieczenia uniemożliwiają zastosowanie powyższego wyłączenia. Chodzi tutaj o postanowienia, które:

- 1) w jakikolwiek sposób określają poziom składek ubezpieczeniowych;
- 2) określają kwotę odszkodowania lub wysokość kwoty, którą ubezpieczający jest obowiązany pokryć sam (tzw. udział własny);
- 3) narzucają objęcie zakresem ogólnego ubezpieczenia rodzajów ryzyka, na które istotna liczba ubezpieczonych nie jest jednocześnie narażona;
- 4) umożliwiają przedsiębiorcy prowadzącemu działalność ubezpieczeniową, bez wyraźnej zgody ubezpieczającego, utrzymanie obowiązywania umowy ubezpieczenia pomimo ograniczenia przez przedsiębiorcę prowadzącego działalność ubezpieczeniową jej zakresu, zmiany wysokości składki bez zmiany ryzyka lub zakresu umowy (z zastrzeżeniem klauzul indeksacyjnych) lub innej zmiany treści umowy ubezpieczenia;
- 5) pozwalają przedsiębiorcy prowadzącemu działalność ubezpieczeniową na zmianę warunków ubezpieczenia bez wyraźnej zgody ubezpieczającego;
- 6) w przypadku ubezpieczeń innych niż ubezpieczenia na życie narzucają ubezpieczającemu okres obowiązywania ochrony ubezpieczeniowej przekraczający trzy lata;
- 7) narzucają, w przypadku automatycznego przedłużenia umowy, okres przedłużenia przekraczający rok, jeżeli nie następuje wypowiedzenie po upływie danego okresu;
- 8) wymagają od ubezpieczającego wyrażenia zgody na wznowienie obowiązywania umowy ubezpieczenia, której obowiązywanie zostało zawieszona w związku z ustaniem ryzyka, w przypadku gdy ponownie zaistnieje ryzyko podobnego rodzaju;
- 9) wymagają od ubezpieczającego zawierania z tym samym przedsiębiorcą prowadzącym działalność ubezpieczeniową ubezpieczeń od różnych rodzajów ryzyka;
- 10) wymagają od ubezpieczającego w przypadku zbycia rzeczy ubezpieczonej, aby spowodował przeniesienie na nabywcę praw i obowiązków z tytułu umowy ubezpieczenia;
- 11) wykluczają lub ograniczają ubezpieczenie od ryzyka, jeżeli ubezpieczający korzysta z urzędzeń zabezpieczających lub usług przedsiębiorców, których usługi instalacyjne lub konserwatorskie nie są zatwierdzone zgodnie z odpowiednimi specyfikacjami uzgodnionymi przez związki przedsiębiorców prowadzących działalność ubezpieczeniową.

⁹⁹ Tamże.

¹⁰⁰ Tamże.

¹⁰¹ Takie założenie zawiera m.in. pkt 16 preambuły do rozporządzenia 358/2003.

87. Objęcie umową ubezpieczenia ryzyk, na które **nie jest równocześnie narażona znacząca liczba ubezpieczonych**, może zniechęcać ubezpieczycieli do oferowania ich w drodze odrębnych produktów ubezpieczeniowych. Dlatego też klauzula narzucająca obowiązek takiego ogólnego ubezpieczenia nie została objęta wyłączeniem grupowym.

88. W § 12 wskazano, iż **wyłączenia** określone w § 3 pkt 3 **nie znajdują zastosowania**:

- 1) do porozumień, w których przedsiębiorcy prowadzący działalnością ubezpieczeniową lub związki tych przedsiębiorców godzą się nie stosować standardów ogólnych warunków ubezpieczenia innych niż opracowane w zawartym między nimi porozumieniu lub też zgadzają się zobowiązać do tego innych przedsiębiorców;
- 2) do porozumień, które wykluczają pokrycie niektórych kategorii ryzyka z powodu cech właściwych dla ubezpieczającego, z wyjątkiem przypadku określania standardów ogólnych warunków ubezpieczeń dla określonych grup społecznych lub zawodowych.

4.4. Wyłączenie dla porozumień dotyczących wspólnych modeli przedstawiających zyski

4.4.1. Zasadność wyłączenia

89. Pozytywne skutki dla rozwoju konkurencji mogą przynieść również **porozumienia określające standardowe modele ilustrujące korzyści z umowy ubezpieczenia na życie**.

4.4.2. Zakres wyłączenia

90. Zgodnie z § 3 rozporządzenia wyłączającego z 2007 r., wyłącza się spod zakazu, o którym mowa w art. 6 uokik **porozumienia zawierane między przedsiębiorcami prowadzącymi działalność ubezpieczeniową, dotyczące opracowywania i rozpowszechniania niewiążących modeli przedstawiających zyski**.

91. Przepis § 13 wskazuje, iż rozporządzenie stosuje się do porozumień dotyczących wspólnego opracowywania i rozpowszechniania wspólnych modeli przedstawiających zyski, które mają być osiągnięte z tytułu ubezpieczenia zawierającego **elementy kapitalizacji**.

4.4.3. Warunki wyłączenia

92. Warunki wyłączenia takich porozumień są takie same, jak w przypadku wyłączenia porozumień dotyczących standardów ogólnych warunków ubezpieczeń. Wyłączenie to stosuje się do porozumień dotyczących wspólnego opracowywania i rozpowszechniania wspólnych modeli przedstawiających zyski, pod warunkiem że modele te są opracowywane i rozpowszechniane wyłącznie w charakterze wskazówek (zob. § 13).

93. Wyłączeń omawianych tutaj **nie stosuje** się jednakże do porozumień (zob. § 14):

- 1) dotyczących wspólnych modeli przedstawiających zyski, o ile modele te zawierają jedynie określone stopy procentowe lub wartości wskazujące na wysokość kosztów administracyjnych;
- 2) których strony zobowiązują się nie wykorzystywać modeli przedstawiających zyski lub zobowiązują się spowodować, aby osoby trzecie nie wykorzystywały modeli przedstawiających zyski innych niż te uzgodnione między przedsiębiorcami.

4.5. Wyłączenie dla grup reasekuracyjnych i koreasekuracyjnych

4.5.1. Zasadność wyłączenia

94. Wieloletnie doświadczenia praktyki funkcjonowania rynku ubezpieczeń na świecie wypracowały rozmaite metody ochrony przed skutkami realizacji ryzyka ubezpiecze-

niowego¹⁰². Metody te zyskały następnie również swoje potwierdzenie w odpowiednich krajowych regulacjach prawnych. Do występujących najczęściej na rynku zaliczyć należy reasekurację i koasekurację. Najogólniej rzecz ujmując, tego typu porozumienia zawierane pomiędzy przedsiębiorcami sektora ubezpieczeniowego dotyczą wspólnego ubezpieczania od pewnych rodzajów ryzyka.

95. Grupy koasekuracyjne oraz grupy koreasekuracyjne (zwane często **poolami** – ang. *pools*) tworzone są celem ubezpieczenia lub reasekuracji od typów ryzyka, których ubezpieczenie lub reasekuracja bez kooperacji nie byłyby możliwe wcale, lub byłyby możliwe wyłącznie w stopniu niewystarczającym (np. w zakresie ryzyk katastroficznych, lotniczych, nuklearnych, środowiskowych, czy terrorystycznych¹⁰³). Tym samym, są to zazwyczaj zdarzenia trudne do objęcia ubezpieczeniem z punktu widzenia ich skali oraz rzadkości występowania¹⁰⁴.

96. Tworzenie pooli może przyczyniać się do **poprawy jakości usług ubezpieczeniowych** oraz wpływać na **postęp techniczny i ekonomiczny** zachodzący w zakresie rozwoju tychże usług¹⁰⁵. Poprzez zawieranie tego typu porozumień, ich uczestnicy mogą zdobywać doświadczenie w reasekuracji bądź koasekuracji typów ryzyka ubezpieczeniowego, z którymi do tej pory nie zetknęli się lub też nie posiadają doświadczenia w jego prowadzeniu¹⁰⁶.

Istnienie pooli może pociągać za sobą jednak również ograniczenia konkurencji, jak chociażby standaryzacja warunków ubezpieczeń, a nawet wysokości sum ubezpieczenia i składek. Konieczne staje się więc określenie precyzyjnych warunków, w jakich grupy te mogą korzystać z wyłączenia¹⁰⁷. Wyłączenia te stosuje się tylko wtedy, gdy dany pool spełnia określone warunki służące zmniejszeniu do minimum ograniczenia konkurencji między członkami grupy, o czym szczegółowo poniżej¹⁰⁸.

4.5.2. Definicja grupy koasekuracyjnej oraz grupy koreasekuracyjnej

97. Zgodnie z definicją zawartą w słowniku terminów podstawowych dla rozporządzenia wyłączającego (zob. § 2 pkt 6), pod pojęciem **grupy koasekuracyjnej** rozumie się grupę utworzoną przez przedsiębiorców prowadzących działalność ubezpieczeniową, w której: a) zgadzają się prowadzić w imieniu i na rachunek wszystkich uczestników działalność w zakresie ubezpieczeń od określonych kategorii ryzyka lub; b) powierzają prowadzenie działalności ubezpieczeniowej i zarządzania ubezpieczeniem określonych kategorii ryzyka, w ich imieniu i na ich rachunek, jednemu lub więcej przedsiębiorcom prowadzącym działalność ubezpieczeniową, pośrednikowi ubezpieczeniowemu lub innemu podmiotowi utworzonemu w tym celu.

98. Przez pojęcie **grupy koreasekuracyjnej** (zob. § 2 pkt 7) rozumie się z kolei grupę utworzoną przez przedsiębiorców prowadzących działalność ubezpieczeniową, z pomocą jednego lub więcej zakładów reasekuracyjnych: a) w celu wzajemnej reasekuracji wszystkich części lub całości swoich zobowiązań związanych z ubezpieczeniem od określonych

¹⁰² Zob. *Ubezpieczenia gospodarcze. Ryzyko i metodologia oceny*, red. T. Michalski, C.H. Beck, Warszawa 2004, s. 111.

¹⁰³ Bell & Bellis, *Competition Law...*, op. cit., s. 1409.

¹⁰⁴ Zob. decyzja Komisji z dnia 14 stycznia 1992 r. w sprawie *Assurpol* (Dz. U. WE 1992 L 37/16).

¹⁰⁵ Zob. decyzja Komisji z dnia 30 marca 1984 r. w sprawie *Nuovo CEGAM* (Dz. U. EWG 1984 L 99/29) oraz decyzja Komisji z dnia 16 grudnia 1985 r. w sprawie *P&J CLUBS* (Dz. U. EWG 1985 L 37/62).

¹⁰⁶ P. Holmes, P. Lennon, *European Authorities...*, op. cit., s. 12; Bael & Bellis, *Competition Law...*, op. cit., s. 1412.

¹⁰⁷ Zob. pkt 18 preambuły do rozporządzenia 358/2003.

¹⁰⁸ Zob. § 15–21 rozporządzenia wyłączającego. Rozwiązania te również w dużej mierze wzorowane są na odpowiednich przepisach rozporządzenia 358/2003.

kategorii ryzyka; b) okazjonalnie, celem oferowania w imieniu i na rachunek wszystkich uczestników reasekuracji ochrony reasekuracyjnej tej samej kategorii ryzyka.

4.5.3. Zróznicowane podejście regulacji prawnej do rozmaitych typów porozumień

4.5.3.1. Porozumienia zawierane celem wspólnego ubezpieczania się od tzw. nowych rodzajów ryzyka

99. Polskie rozporządzenie wyłączające – podobnie jak rozporządzenie 358/2003 – zakłada odmienne traktowanie porozumień zawieranych celem wspólnego ubezpieczania się, dokonując ich podziału według kryterium poddania ubezpieczeniu różnych rodzajów aktywności podmiotów ubezpieczonych. Biorąc pod uwagę rzeczywisty wpływ na stan konkurencji na rynku, prawodawca rozszerza zakres wyłączenia głównie poprzez **wprowadzenie istotnego zróznicowania zakresu dopuszczalności wyłączeń, w zależności od rodzajów ryzyka objętych ubezpieczeniem**. Znacznie szersze możliwości wyłączeń dotyczą tych porozumień, które stanowią podstawę tworzenia i działania grup koasekuracyjnych i koreasekuracyjnych, zajmujących się tzw. nowymi ryzykami (**nowe rodzaje ryzyka**).

100. Zgodnie z definicją zawartą w § 2 pkt 8, pod pojęciem **nowych rodzajów ryzyka** rozumie się rodzaje ryzyka, które wcześniej nie istniały i od których ubezpieczenie wymaga stworzenia całkowicie nowego produktu ubezpieczeniowego, bez możliwości rozszerzenia, ulepszenia lub zastąpienia istniejącego produktu ubezpieczeniowego.

Dla nowych rodzajów ryzyka niemożliwe jest przewidzenie z góry wysokości sumy ubezpieczenia ani też stwierdzenie, czy dwie lub więcej grup mogłyby współistnieć w celu zapewnienia tego rodzaju ubezpieczenia. Dlatego też umowa poolu dla koasekuracji lub koreasekuracji wyłącznie takich nowych rodzajów ryzyka (a nie mieszanki nowych i istniejących rodzajów ryzyka), zawarta między przedsiębiorcami mającymi nawet duży udział w rynku, **może być wyłączona tylko na określony czas**. Wzorując się na rozporządzeniu 358/2003 polski prawodawca określił, iż trzy lata od momentu wejścia w życie rozporządzenia wyłączającego powinny stanowić okres wystarczający dla zebrania informacji o roszczeniach zgłaszanych w przeszłości, żeby móc ocenić potrzebę istnienia danego poolu (zob. § 16). Dlatego też także polskie rozporządzenie wyłączające przyznaje wyłączenie na okres **trzech lat** od chwili powstania każdego takiego poolu utworzonego w celu pokrycia nowych rodzajów ryzyka.

4.5.3.2. Pozostałe porozumienia zawierane celem wspólnego ubezpieczania się

101. Dla rodzajów ryzyka, które **nie są nowe**¹⁰⁹, istnienie takich grup koasekuracyjnych i koreasekuracyjnych, których skutkiem jest ograniczenie konkurencji, może również – w pewnych ściśle oznaczonych okolicznościach – przynosić korzyści uzasadniające wyłączenia, o których mowa w art. 8 uokik, nawet wtedy, gdy grupy takie mogły być zastąpione przez dwóch lub więcej przedsiębiorców prowadzących działalność ubezpieczeniową. Mogą one np. umożliwiać swoim członkom nabycie koniecznego doświadczenia w odpowiednich segmentach ubezpieczeń, pozwolić na oszczędności w kosztach lub na obniżkę składek dzięki udziałowi w koasekuracji na korzystnych warunkach. Jednakże, **wyłączenie dla takiej grupy nie jest uzasadnione, jeżeli posiada ona znaczącą siłę rynkową**, gdyż w takiej sytuacji ograniczenie konkurencji wynikające z istnienia poolu zwykle przewyższa możliwe korzyści.

102. Rozporządzenie wyłączające z 2007 r. przyznaje wyłączenie każdej grupie koasekuracyjnej lub koreasekuracyjnej, która istniała przez okres dłuższy niż trzy

¹⁰⁹ Nie spełniają więc kryteriów zawartych w § 2 pkt 8.

lata, lub która nie jest utworzona w celu ubezpieczenia od nowych rodzajów ryzyka, tylko pod warunkiem, że produkty ubezpieczeniowe zakontraktowane w ramach grupy przez jej członków nie przekraczają progu 25% udziału w rynku właściwym w przypadku grup koreasekuracyjnych i 20% w przypadku grup koasekuracyjnych¹¹⁰. Próg dla grup koasekuracyjnych jest niższy, gdyż istnienie tego typu pooli może pociągać za sobą ujednolicanie ogólnych warunków ubezpieczeń i składek komercyjnych (zob. § 17).

Przewidziano jednocześnie możliwość przedłużenia okresu obowiązywania poszczególnych wyłączeń. Zawarte w treści rozporządzenia wyłączającego rozwiązania pozwalają dokonać **przedłużenia** terminu wyłączenia dla grupy koasekuracyjnej, jeżeli przedsiębiorca ubezpieczeniowy początkowo posiada mniejszy (odpowiednio 20 lub 22%) udział w rynku właściwym (zob. § 19). Również to rozwiązanie oparte zostało na „pierworzorze wspólnotowym”¹¹¹.

103. Jeżeli grupa koasekuracyjna posiada nie więcej niż 20% udziału w danym rynku właściwym i jeżeli udział ten następnie rośnie ponad ten próg, nie przekraczając jednak 22%, wyłączenie ma w dalszym ciągu zastosowanie przez okres dwóch kolejnych lat kalendarzowych następujących po upływie roku, w którym próg 20% został przekroczony po raz pierwszy. Jeżeli natomiast udział w rynku właściwym grupy koasekuracyjnej początkowo nie przekracza 20%, ale następnie przekracza 22%, wyłączenie określone ma w dalszym ciągu zastosowanie przez okres jednego roku kalendarzowego następującego po upływie roku, w którym próg 22% został przekroczony po raz pierwszy.

Z kolei, jeżeli grupa koreasekuracyjna posiada nie więcej niż 25% udziału w danym rynku właściwym, ale następnie rośnie ponad ten próg, nie przekraczając jednak 27%, wyłączenie określone ma w dalszym ciągu zastosowanie przez okres dwóch kolejnych lat kalendarzowych następujących po upływie roku, w którym próg 25% został przekroczony po raz pierwszy. I odpowiednio, jeżeli udział w rynku właściwym grupy koreasekuracyjnej początkowo nie przekracza 25%, ale następnie przekracza 27%, wyłączenie ma dalej zastosowanie przez okres jednego roku kalendarzowego następującego po upływie roku, w którym próg 27% został przekroczony po raz pierwszy¹¹².

4.5.4. Warunki zastosowania wyłączenia

104. Poziom udziału w rynku dla grup koasekuracyjnych i koreasekuracyjnych odpowiada poziomowi wyłączeń porozumień kooperacyjnych o charakterze generalnym (w tym m.in. porozumień specjalizacyjnych). Wciąż nie jest on wysoki¹¹³, ale należy podkreślić, że również w przypadku tego wyłączenia chodzi o wyłączenie legalne, automatyczne; nie można więc wykluczyć sytuacji, że grupy koasekuracyjne i koreasekuracyjne trwające ponad trzy lata mające udział w rynku większy (np. 30%) zostaną uznane za

¹¹⁰ Analogiczne progi w rozporządzeniu wyłączającym z 2002 r. wynosiły 10 i 15%.

¹¹¹ Pkt 22 preambuły do rozporządzenia 358/2003 wyraźnie wskazuje na konieczność przyznania wyłączenia dla powstałych wspólnot koasekuracyjnych i koreasekuracyjnych jedynie w określonym zakresie czasowym i przy uwzględnieniu określonej wysokości ich udziału w rynku danego produktu ubezpieczeniowego.

¹¹² Oba powyższe rozwiązania uznaje się w literaturze przedmiotu za „elastyczne”, co umożliwia przedłużenie wyłączeń, również w przypadku przekroczenia początkowych progów udziału w rynku przez zainteresowanych przedsiębiorców; zob. J. Orlicka, *Cywilnoprawne i antymonopolowe aspekty koasekuracji*, „Prawo Asekuracyjne” 2007, nr 4, s. 73.

¹¹³ Należy spodziewać się, że także w Polsce ubezpieczyciele będą domagali się wyższych progów, zwłaszcza gdy uwzględni się ograniczenie wynikające z art. 157 ustawy o działalności ubezpieczeniowej (zob. wyżej).

niepodlegające zakazowi art. 6 ust. 1 uokik z 2007 r., jeżeli konkurencja na pozostałej części danego rynku jest skuteczna albo dany pool wzmocnia presję konkurencyjną wobec przedsiębiorcy dominującego na tym rynku. W każdym wypadku, czyli tak dla samooceny spełniania warunków wyłączenia grupowego, jak i dla obrony przez zarzutem zmywy nielegalnej, najważniejsze będzie prawidłowe zdefiniowanie rynku właściwego produktowo i geograficznie.

105. Obliczanie udziału w rynku właściwym dla potrzeb powyższych rozwiązań jest oparte na następujących zasadach:

- a) udział w rynku właściwym powinno obliczać się na podstawie zysku brutto ze sprzedaży polis; jeżeli dane dotyczące zysku brutto ze sprzedaży polis nie są dostępne, dla ustalenia udziału rynkowego przedsiębiorstw uczestniczących używa się szacunków opartych na innych wiarygodnych informacjach rynkowych, włączając zapewnione pokrycie ubezpieczeniowe lub wartość ubezpieczonego ryzyka;
- b) udział w rynku właściwym powinno obliczać się na podstawie danych, odnoszących się do poprzedniego roku kalendarzowego, udział w rynku właściwym przedsiębiorców powiązanych powinien być zaliczany w częściach równych każdemu przedsiębiorcy dysponującemu określonymi prawami lub uprawnieniami wymienionymi.

107. Wyłączenie opisane w § 3 pkt 5 jest dopuszczalne, o ile przedsiębiorcy w zawartym porozumieniu nie naruszają **warunków** przewidzianych treścią § 21. Można wśród nich wskazać takie, które zapewniają możliwość wycofania się danego przedsiębiorcy z poolu (zob. pkt 1), gwarantują uprawnienie do ubezpieczania się lub reasekuracji poza pośrednictwem tego poolu lub uprawnienie do prowadzonej aktywności gospodarczej w ramach swojej działalności (pkt 4–6).

Powyższe warunki kształtują się w sposób następujący:

- 1) każdy uczestniczący w porozumieniu przedsiębiorca ma prawo wycofania się ze wspólnoty koasekuracyjnej lub wspólnoty koreasekuracyjnej, z zachowaniem okresu wypowiedzenia nie dłuższego niż jeden rok, bez narażenia się na jakiegokolwiek sankcje;
- 2) postanowienia zawarte w treści porozumień tworzących poszczególne wspólnoty:
 - a) nie zobowiązują żadnego z jej członków do ubezpieczania lub reasekuracji za pośrednictwem wspólnoty, w całości lub w części, od danego typu ryzyka pokrywanego przez wspólnotę;
 - b) nie ograniczają działalności wspólnoty lub jej członków w zakresie ubezpieczania lub reasekuracji od ryzyka umiejscowionego na określonej części terytorium;
- 3) porozumienie nie ogranicza produkcji lub sprzedaży,
- 4) porozumienie nie dokonuje podziału rynków lub nie wskazuje docelowych klientów dla poszczególnych stron porozumienia;
- 5) członkowie wspólnoty koreasekuracyjnej nie porozumiewają się w sprawie składek komercyjnych pobieranych w ubezpieczeniach bezpośrednich; oraz
- 6) żaden z członków tejże wspólnoty lub przedsiębiorca wywierający decydujący wpływ na jej politykę handlową nie jest jednocześnie członkiem, lub nie wywiera decydującego wpływu na politykę handlową innej wspólnoty koasekuracyjnej lub koreasekuracyjnej, działającej na tym samym rynku właściwym.

108. Wyłączenia mogą być stosowane jednak tylko wówczas, gdy dana grupa spełnia kolejne warunki służące zmniejszeniu do minimum ograniczenia konkurencji między członkami grupy, wzorowane bezpośrednio na regulacji Rozporządzenia Nr 358/2003.

4.6. Wyłączenie dla kooperacji w zakresie badania i akceptacji urządzeń zabezpieczających

4.6.1. Zasadność wyłączenia

109. Przyjęcie przez przedsiębiorców sektora ubezpieczeniowego specyfikacji technicznych, zasad lub kodeksów postępowania dotyczących urządzeń zabezpieczających oraz procedur dla oceniania zgodności urządzeń zabezpieczających z tymi specyfikacjami technicznymi, zasadami lub kodeksami postępowania, **może być korzystne dzięki dostarczeniu ubezpieczycielom i reasekuratorom elementu odniesienia przy ocenie rozmiaru ryzyka**, od którego ubezpieczają oni w konkretnym przypadku, zależnego od jakości wyposażenia zabezpieczającego oraz jego instalacji i konserwacji¹¹⁴.

110. Podobnie więc, jak rozporządzenie wspólnotowe (zob. art. 9), również polskie rozporządzenie z 2007 r. wyłącza **porozumienia zawierane między przedsiębiorcami prowadzącymi działalność ubezpieczeniową, dotyczące opracowywania, uznawania i rozpowszechniania specyfikacji technicznych, zasad i kodeksów praktyki dotyczących urządzeń zabezpieczających** (zob. § 3 pkt 6).

4.6.2 Warunki wyłączenia

111. Wyłączenie powyższe obejmuje porozumienia dotyczące opracowywania, uznawania i rozpowszechniania specyfikacji technicznych, zasad i kodeksów praktyki dotyczących urządzeń zabezpieczających (zob. § 22 w zw. z § 3 pkt 6). § 7 wskazuje z kolei, iż wyłączenie powyższe stosuje się do porozumień zawieranych pomiędzy przedsiębiorcami prowadzącymi działalność ubezpieczeniową, w zakresie:

- 1) wspólnego prowadzenia badań dotyczących prawdopodobnego wpływu okoliczności niezależnych od działalności przedsiębiorców uczestniczących w porozumieniu na częstotliwość lub skalę przyszłych roszczeń dla danego ryzyka lub kategorii ryzyka albo na rentowność różnych rodzajów inwestycji oraz
- 2) rozpowszechniania wyników tych badań.

112. § 23 określa warunki, jakie muszą zostać spełnione, aby dane porozumienie podlegało wyłączeniu spod zakazu określonego w art. 6 ust. 1 ustawy antymonopolowej. Tym samym, włączenia określone w § 3 pkt 2 stosuje się, pod warunkiem że wyniki badań:

- 1) nie identyfikują przedsiębiorców prowadzących działalność ubezpieczeniową oraz żadnej z ubezpieczonych stron;
- 2) przy rozpowszechnianiu zawierają oświadczenie, że nie są wiążące, oraz
- 3) są dostępne na rozsądnych i niedyskryminujących warunkach dla każdego przedsiębiorcy prowadzącego działalność ubezpieczeniową, który wnioskuje o ich udostępnienie, łącznie z przedsiębiorcami prowadzącymi działalność ubezpieczeniową, którzy nie są aktywni na rynku geograficznym lub rynku produktu, do których odnoszą się te badania.

5. Podsumowanie

5.1. Początki dyskusji w UE o zasadności utrzymania rozporządzenia wyłączającego w sektorze ubezpieczeń

5.1.1. Przygotowanie tzw. Dokumentu Dyskusyjnego

113. Nie ma wątpliwości, że ustanowione przepisami wtórnego prawa wspólnotowego wyłączenie niektórych rodzajów porozumień zawieranych w określonym sektorze

¹¹⁴ Zob. pkt 34 preambuły do rozporządzenia 358/2003.

gospodarki (w tym sektorze ubezpieczeniowym) powinno być przedmiotem okresowej oceny co do tego, czy istnieją nadal przesłanki uzasadniające początkowo utworzenie tego typu odrębnych rozwiązań.

Jak zaznaczono to już powyżej, wspólnotowe rozporządzenie 358/2003 będzie obowiązywać do dnia 31 marca 2010 r. Jednakże, już obecnie (pierwsza połowa 2008 r.) Komisja podjęła kroki zmierzające do oceny rzeczywistej przydatności dalszego przedłużania obowiązywania (poza wskazany termin) wyłączenia dla sektora ubezpieczeniowego. W związku z tym, w dniu 17 kwietnia 2008 r. Komisja rozpoczęła konsultacje społeczne, których zasadniczym celem ma być odpowiedź na pytanie, czy rozporządzenie wyłączające jest stosowane w praktyce, jaki ma ono wpływ na rozmaite rynki ubezpieczeniowe na obszarze Unii Europejskiej oraz czy istnieją wystarczające powody do przedłużania jego obowiązywania¹¹⁵. Rezultaty przeprowadzonych konsultacji mają pomóc Komisji podjąć decyzję o dalszej zasadności utrzymywania regulacji w omawianym zakresie lub wręcz przeciwnie, o braku zasadności podejmowania kroków zmierzających do przygotowania nowego rozporządzenia wspólnotowego¹¹⁶.

Komisja zamieściła na swoich stronach internetowych ogłoszenie, w którym zwróciła się z prośbą do wszystkich zainteresowanych podmiotów o zgłaszanie uwag w ramach tychże konsultacji do dnia 17 lipca 2008 r. Po tej dacie Komisja zamierza przedstawić projekt sprawozdania w sprawie stosowania rozporządzenia 358/2003. Jeżeli wówczas Komisja zdecyduje się na przedłużenie wyłączenia w omawianym sektorze, podejmie stosowne kroki zmierzające do przygotowania projektu nowego rozporządzenia.

114. Zaprezentowany przez Komisję tzw. Dokument Dyskusyjny (ang. *Consultation Paper*)¹¹⁷ prezentuje uwagi na temat obecnie obowiązującego rozporządzenia wyłączającego, przedstawione w trakcie ostatnio prowadzonej analizy sektora ubezpieczeń gospodarczych, oraz uwagi zgłoszone przez krajowe organy ochrony konkurencji w tym względzie, podczas prowadzonych niedawno konsultacji, a także dokonane przez Komisję analizy, jak również doświadczenia zdobywane na bieżąco w trakcie prowadzenia konkretnych spraw.

115. Komisja uznała, iż prowadzone konsultacje i dalsze badania rynku oraz stosowania rozporządzenia wyłączającego powinny przynieść odpowiedź na najistotniejsze (w przekonaniu Komisji) pytania dla dalszego funkcjonowania odrębnych rozwiązań prawnych w zakresie wyłączeń grupowych w sektorze ubezpieczeniowym. Po pierwsze, czy rozporządzenie jest rzeczywiście stosowane, w tym również jakiego obszaru terytorialnego dotyczą najczęściej wyłączenia, i z jakich przyczyn wynikają. Po drugie, czy ryzyko związane z prowadzeniem działalności gospodarczej lub inne zagadnienia dotyczące tego sektora wyróżniają tenże sektor spośród innych sektorów (tych, które funkcjonują bez rozporządzenia o wyłączeniach grupowych). I po trzecie, czy rozporządzenie o wyłączeniach grupowych wywołuje jakiegokolwiek antykonkurencyjne skutki, które mogą być negatywne dla konsumentów (np. wyższe ceny świadczonych usług lub też ograniczona podaż niektórych produktów ubezpieczeniowych).

¹¹⁵ Zob. szerzej komunikat Komisji zawarty na stronie internetowej: <http://europa.eu/rapid/pressRelease-sAction.do?reference=IP/08/596&format=HTML&aged=0&language=EN&guiLanguage=en>

¹¹⁶ Intencja ewentualnego wydania nowego rozporządzenia wyłączającego w sektorze ubezpieczeń (lub też zapewne brak takiej intencji) ma znaleźć swój wyraz w komunikacie opublikowanym przez Komisję w 2009 r.

¹¹⁷ DG Competition Consultation Paper concerning the review of the functioning of Commission Regulation (EC) No. 358/2003 on the application of Article 81(3) of the Treaty to certain categories of agreements, decisions and concerted practices in the insurance sector (dalej: Dokument Dyskusyjny). Dokument ten jest dostępny pod adresem: http://ec.europa.eu/comm/competition/sectors/financial_services/consultation_paper_17042008.pdf

116. Dokument Dyskusyjny zawiera również szereg pytań o charakterze ogólnym oraz pytań dotyczących kształtu instytucji szczegółowych, funkcjonujących w ramach poszczególnych grup wyłączeń.

Komisja w trakcie dalszych badań zamierza, m.in. na podstawie udzielonych odpowiedzi, ocenić wpływ danego rodzaju porozumień na strukturę popytu i podaży ubezpieczeń oraz kształtowanie się cen polis ubezpieczeniowych. Zajmie się również oceną ewentualnego wpływu uchylecia tego typu rozwiązań w każdej z istniejących kategorii porozumień na zakres i wielkość dalszej kooperacji w sektorze ubezpieczeniowym.

117. W trakcie badania rynku Komisja otrzymała znaczną liczbę uwag na temat rozporządzenia wyłączającego w sektorze ubezpieczeniowym. Zauważalne jest jednak, że w wielu otrzymanych dotychczas wypowiedziach ubezpieczycieli, czy też ich wnioskach, nie identyfikowano konieczności utrzymania w mocy samego rozporządzenia, a w razie pozytywnej odpowiedzi – zasadności utrzymania jego poszczególnych elementów składowych (danej grupy wyłączenia). Za zastanawiający uznaje należy fakt braku odniesienia się przez podmioty składające wyjaśnienia do tego, że ewentualny brak przedłużenia obowiązywania wyłączenia grupowego w sektorze ubezpieczeniowym nie doprowadzi do automatycznej niezgodności z prawem podlegających w chwili obecnej wyłączeniu określonych kategorii umów. Jeśli doszłoby do wyeliminowania z obrotu prawnego tego typu rozporządzenia wyłączającego, podmioty gospodarcze sektora ubezpieczeniowego musiałyby same dokonywać oceny zgodności zawieranych umów z art. 81 TWE, zamiast z przepisami rozporządzenia. Co wydaje się interesujące, Komisja w sprawozdaniu końcowym z badania sektora ubezpieczeniowego doszła do wniosku, iż brak jest istotnych powodów do przedłużania obowiązywania wspólnotowego rozporządzenia wyłączającego w sektorze ubezpieczeniowym, jednakże zdecydowała się prowadzić dalsze konsultacje w tym zakresie¹¹⁸.

118. W przekonaniu podmiotów działających w sektorze ubezpieczeniowym, utrzymanie w obrocie prawnym rozporządzenia wyłączającego zwiększa pewność prawną podmiotów funkcjonujących na tych rynkach.

Ubezpieczyciele zauważają konieczność zachowania jednolitych warunków wyłączeń na obszarze całej UE. Podkreślają jednocześnie, że różnorodny zakres rzeczywistego zastosowania w chwili obecnej rozporządzenia 358/2003 nie jest wystarczającą przesłanką do uznania braku zasadności istnienia podobnych rozwiązań prawnych po 31 marca 2010 r.¹¹⁹

W opinii podmiotów sektora ubezpieczeniowego określone w rozporządzeniu wyłączającym dopuszczalne formy kooperacji efektywnie ułatwiają wejście na rynek ubezpieczycieli z niewystarczającym doświadczeniem.

119. Trudno obecnie powiedzieć, jak zakończy się dyskusja nad przyszłością wspólnotowego rozporządzenia wyłączającego w sektorze ubezpieczeń po 2010 r. Jak się wydaje jednak, ubezpieczyciele są nadal zainteresowani obecnością w porządku prawnym tego typu regulacji, o czym już świadczą ich poglądy zebrane w trakcie badania sektorowego.

5.1.2. Uwagi Komisji w przedmiocie wykorzystania poszczególnych kategorii wyłączeń

120. Komisja uważa, że **wyłączenia w przedmiocie wspólnego opracowywania i rozpowszechniania kalkulacji, tabel i badań** przyczyniają się do rozwoju konkurencji na rynku usług ubezpieczeniowych poprzez to, że kooperacja ubezpieczycieli w tym zakresie

¹¹⁸ Zob. pkt I (4) Dokumentu Dyskusyjnego.

¹¹⁹ Zob. pkt II (10.3 i 10.4) Dokumentu Dyskusyjnego.

zwiększa liczbę podmiotów potencjalnie zdolnych objąć znacznie większą liczbę ryzyk zakresem swojej działalności. Zdaniem Komisji, umożliwia to dostęp do rynku dla małych ubezpieczycieli, jak również jest korzystne dla dużych podmiotów ubezpieczeniowych, które mogą korzystać ze znacznie szerszego zakresu danych statystycznych koniecznych dla objęcia ubezpieczeniem danego typu ryzyka. Komisja zauważa jednak, że tworzenie statystyk w ramach porozumienia powinno dotyczyć danych odnoszących się do podobnych rodzajów ryzyka.

W Dokumencie Dyskusyjnym podkreśla się również, że tworzenie ramowych (o charakterze blankietowym) rozwiązań w zakresie określania wyłączeń grupowych w tym przedmiocie jest jednak teraz zbyt szerokie. Mogą istnieć problemy z rzeczywistą oceną przydatności określonych informacji stanowiących podstawę do tworzenia określonych przesłanek dla tychże wyłączeń. Nie wydaje się również do końca przejrzyste w obecnym stanie prawnym, jaki stopień niepewności leży u podstaw kalkulacji wysokości składki ubezpieczeniowej.

Komisja zauważa, iż te kategorie porozumień, które podlegają wyłączeniu grupowemu na mocy rozporządzenia, a które odnoszą się do określania wysokości składek ubezpieczeniowych, powinny być nadal ewentualnie kształtowane na podstawie danych statystycznych.

W opinii ubezpieczycieli wspólne opracowywanie kalkulacji, tabel i badań pozwala lepiej oszacować ryzyko, co następnie wpływa na wysokość składek (obniżenie) dla ubezpieczających się. W innym przypadku wysokość składek może nadmiernie wzrosnąć z powodu konieczności zwiększenia bezpieczeństwa dla danego typu ubezpieczenia, jakie będzie musiał realizować podmiot ubezpieczający.

Posiadanie aktualnych danych dotyczących ryzyka ponoszonego w związku z danym ubezpieczeniem dla większości podmiotów uczestniczących w rynku usług ubezpieczeniowych spowoduje spadek cen tychże usług w rezultacie wzrastającej konkurencji.

Wyłączenie to pozwala ubezpieczycielom posiadać lepszą wiedzę o typach aktywności wywołujących ryzyko, które nie są na tyle liczne dla pojedynczego podmiotu funkcjonującego na rynku, aby mógł sam, w sposób obiektywny, dokonać oceny tegoż ryzyka.

121. Komisja podtrzymuje generalne stanowisko o możliwym dalszym wyłączeniu kategorii **porozumień dotyczących wspólnego opracowywania i rozpowszechniania standardowych warunków ubezpieczenia i wzorów**. Podkreśla się również konieczność podtrzymania założenia o braku wiążącego charakteru standardowych warunków ubezpieczenia ustalanych w treści tychże porozumień.

Podmioty sektora ubezpieczeniowego zauważają, że powyższa kategoria wyłączeń również przyczynia się do wzrostu konkurencji na rynku, głównie poprzez umożliwienie konsumentom porównania rozmaitych warunków, na jakich oparte są następnie szczegółowe rozwiązania zawarte w polisach ubezpieczeniowych.

W opinii ubezpieczycieli, zastosowanie omawianej kategorii wyłączeń jest korzystne zwłaszcza dla małych podmiotów funkcjonujących w sektorze ubezpieczeń.

122. W przedmiocie wyłączenia **porozumień dotyczących wspólnego ubezpieczenia się od niektórych typów ryzyka** Komisja zauważa ograniczony zakres stosowania przepisów rozporządzenia. Wskazuje się jednocześnie możliwość dalszego utrzymania obowiązującego rozwiązania, które wyłącza spod zakazu porozumienia zawierane w ramach pooli, jeśli jest to wyłącznie niezbędne dla koniecznego ubezpieczenia się przed ryzykiem.

Podkreśla się również możliwość dalszego utrzymania przepisów w zakresie grup koreasekuracyjnych.

123. Komisja podkreśla możliwość dalszego utrzymania wyłączenia dla **porozumień dotyczących opracowywania, uznawania i rozpowszechniania urzędów zabezpieczają-**

cyh. W kwestii instalacji i konserwacji urządzeń zabezpieczających Komisja podtrzymuje nadal, iż o ile nie istnieje taka harmonizacja na poziomie wspólnotowym, porozumienia między ubezpieczycielami ustanawiające specyfikacje techniczne lub procedury zatwierdzające stosowane w jednym lub więcej państwie członkowskim mogą być wyłączone przez rozporządzenie.

5.2. Przyszłość polskiego rozporządzenia wyłączającego w sektorze ubezpieczeń

124. W polskim porządku prawnym funkcjonują obecnie dwie regulacje prawne odnoszące się do możliwości wyłączeń niektórych rodzajów porozumień zawieranych pomiędzy podmiotami funkcjonującymi w sektorze ubezpieczeniowym – wspólnotowe rozporządzenie 358/2003 oraz krajowe (polskie) rozporządzenie wyłączające z 2007 r.

125. Polski sektor ubezpieczeniowy wciąż należy do rynków stosunkowo młodych, jednakże intensywnie rozwijających się. Istotną cechą, charakteryzującego się niskim stopniem rozwoju oraz niskim poziomem dojrzałości stosunkowo „młodego” segmentu sektora usług finansowych, jest niewielki zakres stopnia kooperacji pomiędzy przedsiębiorcami w nim działającymi. Zjawisko zupełnie odmienne występuje natomiast w większości państw członkowskich Unii Europejskiej. Potencjalny, dynamiczny rozwój sektora ubezpieczeń w naszym kraju, wywołany jego niskim poziomem rozwoju do tej pory i będący konsekwencją akcesji Polski do UE, a także konieczność likwidacji słabych stron sektora, w tym nienajlepszej struktury większości rynków ubezpieczeniowych w Polsce, to podstawowe argumenty ekonomiczne, jakie mogły skłonić polskiego prawodawcę do podjęcia przekonania o konieczności wprowadzenia do naszego porządku prawnego dodatkowego wyłączenia grupowego dla porozumień w tym sektorze. Dzięki wzrostowi poziomu dopuszczalnej kooperacji dochodzić może bowiem do intensyfikacji działalności ubezpieczeniowej (wzrostu podaży produktów ubezpieczeniowych), a przez to do zwiększenia znaczenia mechanizmu konkurencji na rynku ubezpieczeń.

128. Polskie rozporządzenie wyłączające z 2007 r. jest genetycznie i funkcjonalnie powiązane z jego odpowiednikiem wspólnotowym. Zawarty w nim katalog wyłączeń przedmiotowych pokrywa się w dużej mierze z rozwiązaniami zawartymi w rozporządzeniu 358/2003. Rozwiązania takie uznać należy za w pełni uzasadnione. Wypracowane w dużej mierze dzięki doświadczeniom orzecznictwem Komisji rozwiązania wydają się bowiem również optymalnie spełniać potrzeby polskiego sektora ubezpieczeniowego, dając możliwość wzrostu stopnia kooperacji, co w konsekwencji może wpłynąć na dalszy jego rozwój, kształt oraz zapewnić pożądane rezultaty dla dobra odbiorców usług tego sektora – konsumentów. Zbieżność rozwiązań szczególnych zapewnia również kompletność i spójność obu regulacji, tak co do ich celów, jak i poziomu pewności prawnej na rynkach.

129. Trudno jednoznacznie ocenić, czy polskie rozporządzenie wyłączające zostanie przedłużone poza okres swojego obowiązywania. Bez wątpienia, będzie to uzależnione od wyników dyskusji podjętej w tym zakresie na poziomie wspólnotowym.

Jak się wydaje, ewentualne dalsze prace podjęte przez Komisję nad obszarem wyłączenia kooperacji w sektorze ubezpieczeniowym doprowadzą również do podjęcia podobnej dyskusji w Polsce po 31 marca 2011 r. Z przyczyn przedstawionych powyżej, istnienie tego typu rozwiązań prawnych na poziomie ustawodawstwa krajowego może skutkować pogłębianiem się intensywnego rozwoju sektora ubezpieczeniowego i wzrostem jego konkurencyjności.

**Rozporządzenie Komisji (WE) nr 358/2003
z dnia 27 lutego 2003 r.
w sprawie stosowania art. 81 ust. 3 Traktatu do niektórych kategorii porozumień, decyzji i praktyk
uzgodnionych w sektorze ubezpieczeniowym
(Tekst mający znaczenie dla EOG)**

(Dz. U. 2003 L 53/8; Dz. U. UE Polskie Wyd. Specjalne, Rozdz. 08, tom 02, s. 230–238)

KOMISJA WSPÓLNOT EUROPEJSKICH,

uwzględniając Traktat ustanawiający Wspólnotę Europejską, uwzględniając rozporządzenie Rady (EWG) nr 1534/91 z dnia 31 maja 1991 r. w sprawie stosowania art. 85 ust. 3 Traktatu do niektórych kategorii porozumień, decyzji i uzgodnionych praktyk w sektorze ubezpieczeniowym¹, w szczególności jego art. 1 ust. 1 lit. a), b), c) i e),

po opublikowaniu projektu niniejszego rozporządzenia²,

po konsultacji z Komitetem Doradczym ds. Porozumień Ograniczających Konkurencję i Pozycji Dominującej,

a także mając na uwadze, co następuje:

(1) Rozporządzenie (EWG) nr 1534/91 upoważnia Komisję do stosowania art. 81 ust. 3 Traktatu w drodze rozporządzenia do niektórych kategorii porozumień, decyzji i uzgodnionych praktyk w sektorze ubezpieczeniowym, które mają na celu współpracę w odniesieniu do:

- ustalania wspólnych podstaw taryf składek na podstawie wspólnie opracowanych danych statystycznych lub liczby zgłoszonych roszczeń,
- ustalania standardów ogólnych warunków umów ubezpieczenia,
- wspólnego ubezpieczania od pewnych typów ryzyka,
- zaspokajania roszczeń,
- badania i zatwierdzania urzędzeń zabezpieczających,
- rejestrów i informacji o zwiększonym ryzyku.

(2) Zgodnie z rozporządzeniem Rady (EWG) nr 1534/91, Komisja przyjęła rozporządzenie (EWG) nr 3932/92 z dnia 21 grudnia 1992 r. w sprawie stosowania art. 85 ust. 3 Traktatu do niektórych kategorii porozumień, decyzji i praktyk uzgodnionych w sektorze ubezpieczeniowym³. Rozporządzenie (EWG) nr 3932/92, zmienione Aktem Przystąpienia Austrii, Finlandii i Szwecji, wygasa w dniu 31 marca 2003 r.

(3) Rozporządzenie (EWG) nr 3932/92 nie przyznaje wyłączenia umowom dotyczącym zaspokojenia roszczeń oraz rejestrom i informacjom o zwiększonym ryzyku. Komisja uznała, że brakuje jej wystarczającego doświadczenia w załatwianiu pojedynczych spraw do wykorzystania kompetencji przyznanych jej rozporządzeniem Rady (EWG) nr 1534/91 w tych dziedzinach. Sytuacja ta nie uległa zmianie.

(4) W dniu 12 maja 1999 r. Komisja przyjęła sprawozdanie⁴ dla Rady i Parlamentu Europejskiego w sprawie funkcjonowania rozporządzenia (EWG) nr 3932/92. W dniu 15 grudnia 1999 r. Komitet Ekonomiczno-Społeczny przyjął opinię w sprawie sprawozdania Komisji⁵. W dniu 19 maja 2000 r. Parlament przyjął rezolucję w sprawie sprawozdania Komisji⁶. W dniu 28 czerwca 2000 r. Komisja odbyła posiedzenie konsultacyjne z zainteresowanymi stronami, w tym przedstawicielami sektora ubezpieczeniowego i krajowymi organami odpowiedzialnymi za konkurencję, w sprawie rozporządzenia. W dniu 9 lipca 2002 r. Komisja opublikowała w Dzienniku Urzędowym projekt niniejszego rozporządzenia, z zaproszeniem zainteresowanych stron do przekazywania komentarzy najpóźniej do dnia 30 września 2002 r.

(5) Nowe rozporządzenie powinno spełnić dwa wymogi: zapewnienie skutecznej ochrony konkurencji i zapewnienie odpowiedniego bezpieczeństwa prawnego przedsiębiorstwom. Dążenie do tych celów

¹ Dz. U. L 143 z 7.6.1991, s. 1.

² Dz. U. C 163 z 9.7.2002, s. 7.

³ Dz. U. L 398 z 31.12.1992, s. 7.

⁴ COM(1999) 192 końc.

⁵ CES 1139/99.

⁶ PE A5–0104/00.

powinno uwzględniać potrzebę możliwie dużego uproszczenia nadzoru administracyjnego. Uwzględnić należy również

doświadczenie Komisji w tej dziedzinie od 1992 r. i wyniki konsultacji w sprawie sprawozdania z 1999 r. oraz konsultacje prowadzące do przyjęcia niniejszego rozporządzenia.

(6) Rozporządzenie (EWG) nr 1534/91 wymaga, aby rozporządzenie wyłączające Komisji definiowało kategorie porozumień, decyzji i praktyk uzgodnionych, do których ma ono zastosowanie, aby wyszczególnić ograniczenia lub klauzule, które mogą lub nie mogą występować w tych porozumieniach, decyzjach i praktykach uzgodnionych oraz wyszczególnić klauzule, które muszą być zawarte w porozumieniach, decyzjach i praktykach uzgodnionych, lub inne warunki, które muszą być spełnione.

(7) Właściwe jest odchodzenie od podejścia polegającego na wyluczaniu klauzul podlegających wyłączeniu i położenie większego nacisku na definiowanie kategorii porozumień, które podlegają wyłączeniu do pewnego poziomu pozycji rynkowej oraz na wyszczególnieniu ograniczeń lub klauzul, które nie mogą być zawierane w takich porozumieniach. Jest to zgodne z podejściem gospodarczym, zgodnie z którym ocenia się wpływ porozumień na właściwy rynek. Należy jednak uznać, że występujące w sektorze ubezpieczeniowym niektóre rodzaje współpracy obejmującej wszystkie przedsiębiorstwa na właściwym rynku ubezpieczeniowym, można uważać za prawidłowo wypełniające warunki ustanowione w art. 81 ust. 3 Traktatu.

(8) Do stosowania art. 81 ust. 3 Traktatu w drodze rozporządzenia, nie jest konieczne określanie tych porozumień, które mogą podlegać art. 81 ust. 1. Przy indywidualnej ocenie porozumień na mocy art. 81 ust. 1 należy uwzględnić kilka czynników, w szczególności strukturę właściwego rynku.

(9) Przywilej wyłączenia grupowego powinien być ograniczony do tych porozumień, w przypadku których można z wystarczającą pewnością założyć, że spełniają one warunki określone w art. 81 ust. 3 Traktatu.

(10) Współpraca między zakładami ubezpieczeń lub w ramach związków przedsiębiorstw przy kalkulacji przeciętnego kosztu ubezpieczenia od określonego ryzyka w przeszłości lub, dla ubezpieczeń na życie, wskaźników śmiertelności lub częstotliwości chorób, wypadków i kalectwa, umożliwia wzbogacenie wiedzy o ryzyku i ułatwia oszacowanie ryzyka dla poszczególnych zakładów. Może to ułatwiać wejście na rynek i tym samym być korzystne dla konsumentów. To samo stosuje się do wspólnych badań prawdopodobnego oddziaływania okoliczności zewnętrznych, które może mieć wpływ na częstotliwość lub skalę roszczeń lub rentowność różnego rodzaju inwestycji. Konieczne jest jednak zapewnienie wyłączenia takiej współpracy spod zakazu tylko do takiego stopnia, jaki jest konieczny do osiągnięcia tych celów. Dlatego właściwe jest zapewnienie, że porozumienia dotyczące składek komercyjnych nie podlegają wyłączeniu; składki komercyjne mogą być w rzeczywistości niższe od kwot wskazanych przez wyniki właściwych tabel kalkulacyjnych lub badań, gdyż ubezpieczyciele mogą korzystać z przychodu ze swych inwestycji w celu zmniejszenia swych składek. Ponadto, wspomniane kalkulacje, tabele lub badania powinny być niewiążące i mieć jedynie charakter wskazówki.

(11) Ponadto, im szersze są kategorie, według których grupowane są statystyki kosztów pokrywających określone ryzyko w przeszłości, tym mniejszą swobodę mają zakłady ubezpieczeń w kalkulowaniu składek przy węższej podstawie. Dlatego właściwe jest wyłączenie kalkulacji kosztów ryzyka w przeszłości, pod warunkiem że dostępne statystyki są szczegółowe i zróżnicowane w stopniu odpowiednim dla kalkulacji ubezpieczeniowej.

(12) Ponadto, ponieważ dostęp do takich kalkulacji, tabel i badań konieczny jest zarówno dla zakładów ubezpieczeń działających na danym rynku geograficznym lub rynku produktu jak i tych, które rozważają wejście na ten rynek, zakładom takim powinien być przyznany dostęp do takich tabel kalkulacyjnych i badań na rozsądnych i niedyskryminujących warunkach w porównaniu z zakładami ubezpieczeń już obecnymi na tym rynku. Warunki takie mogłyby, na przykład, zawierać zobowiązanie zakładu ubezpieczeń jeszcze nieobecnego na rynku do dostarczenia, w razie jego wejścia na rynek, informacji statystycznych w sprawie roszczeń. Mogłyby one także zawierać wymóg członkostwa w stowarzyszeniu ubezpieczycieli odpowiedzialnych za kalkulacje, o ile dostęp do takiego członkostwa byłby osiągalny dla zakładów ubezpieczeń jeszcze nieobecnych na rynku na rozsądnych i niedyskryminujących warunkach. Jednakże wszelkie opłaty za dostęp do takich kalkulacji lub powiązanych z nimi badań pobierane od zakładów ubezpieczeń, które nie uczestniczyły w ich opracowaniu, nie mogłyby być uznane za właściwe do tego celu, jeśli ich wysokość stanowiłaby barierę uniemożliwiającą wejście na rynek.

(13) Wiarygodność wspólnych kalkulacji, tabel i badań staje się większa wraz ze wzrostem objętości danych statystycznych, na których się one opierają. Ubezpieczyciele posiadający duże udziały w rynku mogą wewnętrznie tworzyć statystyki umożliwiające im wykonywanie wiarygodnych kalkulacji, ale ci o małych udziałach w rynku, a tym bardziej nowi uczestnicy, nie będą w stanie tego robić. Zawarcie w takich wspólnych

kalkulacjach, tabelach i badaniach informacji od wszystkich ubezpieczycieli na rynku, w tym tych wielkich, sprzyja konkurencji, dzięki pomaganiu mniejszym ubezpieczycielom, i ułatwia wejście na rynek. Jeśli uwzględnimy specyfikę sektora ubezpieczeniowego, nie jest właściwe uzależnienie wyłączenia takich wspólnych kalkulacji i tabel prognozy kryterium udziału w rynku.

(14) Korzystanie ze standardowych warunków ubezpieczenia lub standardowych klauzul indywidualne oraz standardowych wzorów ilustrujących korzyści z umowy ubezpieczenia na życie mogą przynosić pozytywne efekty. Na przykład, mogą one skutkować dla ubezpieczycieli podwyższeniem skuteczności; mogą ułatwić wejście na rynek małym lub niedoświadczonym ubezpieczycielom; mogą pomóc ubezpieczycielom w wypełnianiu zobowiązań prawnych; mogą również być używane przez organizacje konsumenckie jako wzorzec do porównywania umów ubezpieczenia oferowanych przez różnych ubezpieczycieli.

(15) Jednakże standardowe warunki ubezpieczenia nie mogą prowadzić ani do standaryzacji produktów, ani do stwarzania znaczącej nierównowagi praw i obowiązków wynikającej z umowy. Dlatego wyłączenie powinno stosować się jedynie do standardowych warunków ubezpieczenia pod warunkiem że nie są one wiążące i wyraźnie wskazywać, że uczestniczące przedsiębiorstwa mają swobodę w oferowaniu klientom innych warunków ubezpieczenia. Ponadto, standardowe warunki ubezpieczenia nie mogą zawierać żadnego systematycznego wykluczenia specyficznych typów ryzyka bez wyraźnej wyrażonej możliwości pokrycia tego ryzyka w drodze umowy i nie mogą przewidywać podtrzymywania relacji umownych z ubezpieczonym przez

nadmiernie długi okres lub ich wykraczania poza pierwotny cel ubezpieczenia. Powyższe pozostaje bez uszczerbku dla obowiązków wynikających z prawa wspólnotowego lub krajowego objęcia niektórych rodzajów ryzyka niektórymi ubezpieczeniami.

(16) Ponadto, należy przewidzieć ogólną dostępność wspólnych standardowych warunków ubezpieczenia dla każdej zainteresowanej osoby, w szczególności dla ubezpieczającego, aby zapewnić rzeczywistą przejrzystość i związane z tym pozytywne skutki dla klientów.

(17) Objęcie umową ubezpieczenia typów ryzyka, na które nie jest równocześnie narażona znacząca liczba ubezpieczonych, może utrudniać innowacje, jeśli się uwzględni, że wiązanie ze sobą niespokrewnionych czynników ryzyka może zniechęcać ubezpieczycieli do oferowania dla nich oddzielnego i szczególnego rodzaju ubezpieczenia. Dlatego też klauzula narzucająca takie ogólne ubezpieczenie nie powinna być objęta wyłączeniem grupowym. W przypadku gdy w stosunku do ubezpieczycieli istnieje wymóg prawny przewidziany w umowach ubezpieczenia od typów ryzyka, na które nie jest jednocześnie narażona znacząca liczba ubezpieczonych, umieszczenie standardowej klauzuli odzwierciedlającej taki wymóg prawny w niewiążącym wzorcu umownym nie stanowi ograniczenia konkurencji i nie jest objęte zakresem stosowania art. 81 ust. 1 Traktatu.

(18) Grupy koasekurujące lub wspólnie reasekurujące (zwane często kartelami) mogą pozwolić ubezpieczycielom i reasekuratorom na zapewnienie ubezpieczenia lub reasekuracji od typów ryzyka, od których mogliby oni zaferować tylko niewystarczające ubezpieczenie przy braku kartelu. Mogą one także pomagać przedsiębiorstwom ubezpieczeniowym i reasekuracyjnym w nabyciu doświadczenia z typami ryzyka, z którymi nie są one dobrze obeznane. Jednakże istnienie takich grup może pociągać za sobą ograniczenia konkurencji, takie jak standaryzacja warunków umów ubezpieczenia, a nawet kwot odszkodowania i składek. Dlatego właściwe jest określenie okoliczności, w jakich takie grupy mogą korzystać z wyłączenia.

(19) Dla rzeczywistego nowych rodzajów ryzyka niemożliwe jest przewidzenie z góry wysokości stawki koniecznej dla ubezpieczenia od ryzyka, ani tego czy dwie lub więcej grup mogłoby współistnieć w celu zapewnienia tego rodzaju ubezpieczenia. Dlatego też umowa kartelowa w celu koasekuracji lub wspólnej reasekuracji wyłącznie takich nowych rodzajów ryzyka (a nie mieszanek nowych czynników ryzyka i istniejących czynników ryzyka) może zostać podlegać wyłączeniu na czas ograniczony. Trzy lata powinny stanowić okres wystarczający do wylonienia się informacji o roszczeniach zgłaszanych w przeszłości, wystarczających do oceny konieczności lub braku konieczności istnienia pojedynczego kartelu. Dlatego

też niniejsze rozporządzenie przyznaje wyłączenie na okres trzech lat od chwili powstania każdej takiej grupie nowo utworzonej w celu pokrycia nowych typów ryzyka.

(20) Definicja „nowych rodzajów ryzyka” wyjaśnia, że tylko te czynniki ryzyka, które nie istniały wcześniej, objęte są tą definicją, wyłączając w ten sposób np. rodzaje ryzyka, które dotychczas istniały, ale nie były ubezpieczane. Ponadto, ryzyko, którego charakter znacząco się zmienia (na przykład poważne spotęgowanie działań terrorystycznych) nie jest objęte zakresem definicji, gdyż ryzyko samo w sobie nie jest w tym przypadku nowe. Nowe ryzyko, ze swej natury, wymaga całkowicie nowego produktu ubezpieczeniowego i nie może być pokrywane w drodze dodatków lub zmian w istniejącym produkcie ubezpieczeniowym.

(21) Dla rodzajów ryzyka, które nie są nowe uznaje się, że istnienie takich koasekurujących i wspólnie reasekurujących grup, które wiąże się z ograniczeniem konkurencji, może również, w niektórych ograniczonych przypadkach, pociągać za sobą korzyści uzasadniające wyłączenie na mocy art. 81 ust. 3 Traktatu, nawet jeśli mogłyby one być zastąpione przez dwie lub więcej jednostki ubezpieczeniowe. Mogą one, na przykład, umożliwić swym członkom nabycie koniecznego doświadczenia w odpowiednich sektorach ubezpieczeń, mogą pozwolić na zmniejszenie kosztów lub obniżkę składek dzięki wspólnej reasekuracji na korzystnych warunkach. Jednakże wyłączenie dla takiej grupy nie jest uzasadnione, jeżeli posiada ona znaczącą siłę rynkową, gdyż w tych okolicznościach ograniczenie konkurencji wynikające z istnienia kartelu zwykle przewyższałoby możliwe korzyści.

(22) Dlatego też niniejsze rozporządzenie przyznaje wyłączenie każdej takiej koasekurującej i wspólnie reasekurującej grupie, która istniała przez okres dłuższy niż trzy lata lub która nie jest utworzona w celu ubezpieczania od nowych rodzajów ryzyka, pod warunkiem że produkty ubezpieczeniowe zakontraktowane w obrębie grupy przez jej członków nie przekraczają następujących progów: 25% właściwego rynku w przypadku grup wspólnie reasekurujących i 20% w przypadku grup koasekurujących. Proóg dla grup koasekurujących jest niższy, gdyż istnienie karteli koasekurujących może pociągać za sobą ujednolicenie warunków ubezpieczeń i składek komercyjne. Wyłączenia te stosują się jednak tylko, jeżeli dana grupa spełnia kolejne warunki określone w niniejszym rozporządzeniu, służące zmniejszeniu do minimum ograniczenia konkurencji między członkami grupy.

(23) Kartele nie objęte zakresem stosowania niniejszego rozporządzenia mogą kwalifikować się do wyłączeń indywidualnych, w zależności od bliższych danych na temat samego kartelu i specyficznych warunków danego rynku. Zważywszy, że wiele rynków ubezpieczeniowych nieustannie ewoluuje, może okazać się konieczne przeprowadzenie indywidualnej analizy, w celu ustalenia, czy są czy nie są spełnione warunki art. 81 ust. 3 Traktatu.

(24) Przyjęcie przez stowarzyszenie lub stowarzyszenia przedsiębiorstw ubezpieczeniowych lub reasekuracyjnych specyfikacji technicznych, zasad lub kodeksów postępowania dotyczących urządzeń zabezpieczających oraz procedur dla oceniania zgodności urządzeń zabezpieczających z tymi specyfikacjami technicznymi, zasadami lub kodeksami postępowania, może być korzystne dzięki dostarczeniu ubezpieczycielom i reasekuratorom elementu odniesienia przy ocenie rozmiaru ryzyka, od którego ubezpieczają oni w konkretnym przypadku, zależnego od jakości wyposażenia zabezpieczającego oraz jego instalacji i konserwacji. Jednakże w przypadku gdy istnieją na poziomie wspólnotowym specyfikacje techniczne, systemy klasyfikacyjne, zasady, procedury lub kodeksy postępowania zharmonizowane zgodnie z prawodawstwem wspólnotowym obejmującym swobodny przepływ towarów, nie jest właściwe wyłączenie przez rozporządzenie porozumień między ubezpieczycielami dotyczących tego samego przedmiotu, gdyż celem takiej harmonizacji na poziomie wspólnotowym jest określenie gruntownych i odpowiednich poziomów bezpieczeństwa dla urządzeń zabezpieczających, stosujących się jednolicie w całej Wspólnocie. Każde porozumienie między ubezpieczycielami w sprawie odmiennych wymogów dla urządzeń zabezpieczających mogłoby zagrozić osiągnięciu tego celu.

(25) W kwestii instalacji i konserwacji urządzeń zabezpieczających, o ile nie istnieje taka harmonizacja na poziomie wspólnotowym, porozumienia między ubezpieczycielami ustanawiające specyfikacje techniczne lub procedury zatwierdzające stosowane w jednym lub więcej Państwie Członkowskim mogą być wyłączone przez rozporządzenie; jednakże wyłączenie powinno zostać poddane niektórym zastrzeżeniom, w szczególności że każdy zakład ubezpieczeń musi być gotowy do przyjęcia do ubezpieczenia, na dowolnych wysuniętych przez siebie warunkach, urządzeń oraz przedsiębiorstw instalacyjnych i konserwatorskich nie zatwierdzonych wspólnie.

(26) Jeżeli indywidualne porozumienia wyłączone przez niniejsze rozporządzenie mają jednak skutki niezgodne z art. 81 ust. 3 Traktatu, jak interpretuje to praktyka administracyjna Komisji oraz orzecznictwo

Tribunału Sprawiedliwości, Komisja może wycofać przywilej wyłączenia grupowego. Może się to zdarzyć, w szczególności, w przypadku gdy badania wpływu przyszłych wydarzeń opierają się na nieuzasadnionych hipotezach; lub w przypadku gdy zalecane standardowe warunki ubezpieczenia zawierają klauzule stwarzające, ze szkodą dla ubezpieczającego, znaczącą nierównowagę praw i obowiązków wypływającą z umowy; lub w przypadku gdy grupy są wykorzystywane lub zarządzane w taki sposób, aby dać jednemu lub więcej z uczestniczących przedsiębiorstw środki do uzyskania lub wzmocnienia znaczącej pozycji rynkowej na właściwym rynku, lub jeśli istnienie tych grup prowadzi do łączenia udziałów w rynku.

(27) W celu ułatwienia zawierania porozumień, z których niektóre obejmować mogą doniosłe decyzje inwestycyjne, okres obowiązywania niniejszego rozporządzenia powinien zostać ustalony na siedem lat.

(28) Niniejsze rozporządzenie pozostaje bez uszczerbku dla postanowień art. 82 Traktatu.

(29) Zgodnie z zasadą nadrzędności prawa wspólnotowego, żaden środek podjęty w zastosowaniu ustawodawstw krajowych dotyczących konkurencji nie powinien naruszać jednolitego stosowania na całym obszarze wspólnego rynku wspólnotowych reguł konkurencji lub pełnego skutku środków przyjętych w celu wprowadzenia w życie tych reguł, włącznie z niniejszym rozporządzeniem,

PRZYJMUJE NINIEJSZE ROZPORZĄDZENIE:

ROZDZIAŁ I WYŁĄCZENIA I DEFINICJE

Artykuł 1 Wyłączenie

Na podstawie art. 81 ust. 3 Traktatu i z zastrzeżeniem przepisów niniejszego rozporządzenia, uznaje się, że art. 81 ust. 1 Traktatu nie ma zastosowania do porozumień, do których przystąpiły dwa lub więcej przedsiębiorstw sektora ubezpieczeniowego (zwanych dalej „stronami”), odnoszących się do:

a) wspólnego opracowywania i rozpowszechniania:

– kalkulacji przeciętnego kosztu ubezpieczenia od określonych ryzyk w przeszłości (zwanych dalej „kalkulacjami”),

– w związku z ubezpieczeniem obejmującym elementy kapitalizacji, tabel śmiertelności oraz tabel pokazujących częstotliwość chorób, wypadków i kalectwa (zwanych dalej „tabelami”);

b) wspólnego przeprowadzania badań dotyczących prawdopodobnego wpływu ogólnych okoliczności, zewnętrznych w stosunku do zainteresowanych przedsiębiorstw, na częstotliwość lub skalę przyszłych roszczeń dla danego ryzyka lub kategorii ryzyka, albo na rentowność różnych rodzajów inwestycji (zwanych dalej „badaniami”) oraz rozpowszechniania wyników takich badań;

c) wspólnego opracowywania i rozpowszechniania niewiążących standardowych warunków ubezpieczenia dla ubezpieczeń bezpośrednich (zwanych dalej „standardowymi warunkami ubezpieczenia”);

d) wspólnego opracowywania i rozpowszechniania niewiążących wzorów ilustrujących zyski, które mają zostać osiągnięte z umowy ubezpieczenia obejmującej elementy kapitalizacji (zwanych dalej „wzorami”);

e) tworzenia i działania grup zakładów ubezpieczeń lub zakładów ubezpieczeń i towarzystw reasekuracji dla wspólnego pokrywania specyficznych kategorii ryzyka w formie koasekuracji lub wspólnej reasekuracji; oraz

f) opracowywania, uznawania i rozpowszechniania:

– specyfikacji technicznych, zasad i kodeksów praktyki dotyczących tych rodzajów urządzeń zabezpieczających, dla których nie istnieją specyfikacje techniczne na poziomie wspólnotowym, systemów klasyfikacji, zasad, procedur lub kodeksów postępowania zharmonizowanych zgodnie z prawodawstwem wspólnotowym obejmującym swobodny przepływ towarów oraz procedur dla oceny i zatwierdzania zgodności urządzeń zabezpieczających z takimi specyfikacjami, zasadami lub kodeksami postępowania,

– specyfikacji technicznych, zasad i kodeksów praktyki dla instalacji i konserwacji urządzeń zabezpieczających oraz procedur dla oceny i zatwierdzania zgodności przedsiębiorstw, które instalują lub konserwują urządzenia zabezpieczające, z takimi specyfikacjami, zasadami lub kodeksami postępowania.

Artykuł 2 Definicje

Dla celów niniejszego rozporządzenia stosuje się następujące definicje:

- 1) „porozumienie” oznacza porozumienie, decyzję związku przedsiębiorstw lub praktykę uzgodnioną.
- 2) „przedsiębiorstwo uczestniczące” oznacza przedsiębiorstwa będące stronami porozumienia i ich odpowiednio przedsiębiorstwa powiązane.
- 3) „przedsiębiorstwo powiązane” oznacza:
 - a) przedsiębiorstwa, w których strona porozumienia bezpośrednio lub pośrednio:
 - i) jest uprawniona do korzystania z więcej niż połowy głosów, lub
 - ii) ma prawo do powołania więcej niż połowy członków rady nadzorczej, zarządu lub organów prawnie reprezentujących przedsiębiorstwo, lub
 - iii) ma prawo zarządzania sprawami przedsiębiorstwa;
 - b) przedsiębiorstwa, które bezpośrednio lub pośrednio posiadają, wobec strony porozumienia, prawa lub uprawnienia wymienione w lit. a);
 - c) przedsiębiorstwa, w których przedsiębiorstwo określone w lit. b) posiada, bezpośrednio lub pośrednio, prawa lub uprawnienia wymienione w lit. a);
 - d) przedsiębiorstwa, w których strona porozumienia wraz z jednym lub więcej przedsiębiorstwami określonymi w lit. a), b) lub c) lub w których dwa lub więcej z tych ostatnich przedsiębiorstw wspólnie posiadają prawa, lub uprawnienia wymienione w lit. a);
 - e) przedsiębiorstwa, w których prawa lub uprawnienia wymienione w lit. a) są wspólnie posiadane przez:
 - i) strony porozumienia lub odpowiednio ich przedsiębiorstwa powiązane określone w lit. a)–d), lub
 - ii) jedną lub więcej ze stron porozumienia albo jedno lub więcej z ich przedsiębiorstw powiązanych, określonych w lit. a)–d), oraz jedną lub więcej stron trzecich.
- 4) „standardowe warunki ubezpieczenia” odnosi się do wszelkich klauzul zawartych we wzorze lub wzorcowej umowie ubezpieczenia przygotowanej wspólnie przez ubezpieczycieli lub organizacje lub stowarzyszenia ubezpieczycieli;
- 5) „grupy koasekurujące” oznacza grupy utworzone przez zakłady ubezpieczeń, które:
 - i) zgadzają się prowadzić w imieniu i na rachunek wszystkich uczestników działalność w zakresie ubezpieczeń od określonych kategorii ryzyka; lub
 - ii) powierzają prowadzenie działalności w zakresie ubezpieczenia i zarządzanie ubezpieczeniem określonych kategorii ryzyka w ich imieniu i na ich rachunek jednemu lub więcej zakładowi ubezpieczeń, wspólnemu pośrednikowi ubezpieczeniowemu lub wspólnemu organowi utworzonemu w tym celu;
- 6) „grupy wspólnie reasekurujące” oznacza grupy utworzone przez zakłady ubezpieczeń, o ile jest to możliwe, z pomocą jednego lub więcej towarzystw reasekuracji:
 - i) w celu wzajemnej reasekuracji wszystkich części lub całości swoich zobowiązań związanych z ubezpieczeniem od określonych kategorii ryzyka;
 - ii) pomocniczo, aby prowadzić w imieniu i na rachunek wszystkich uczestników działalność w zakresie reasekuracji tej samej kategorii ryzyka;
- 7) „nowe rodzaje ryzyka” oznacza rodzaje ryzyka, które wcześniej nie istniały i od których ubezpieczenie wymaga całkowicie stworzenia nowego produktu ubezpieczeniowego, bez możliwości rozszerzenia, ulepszenia lub zastąpienia istniejącego produktu ubezpieczeniowego.
- 8) „urządzenia zabezpieczające” oznacza części składowe i wyposażenie zaprojektowane w celu zapobiegania szkodom i ich zmniejszania oraz systemy składające się z takich elementów.
- 9) „składka komercyjna” oznacza cenę zapłaconą przez nabywcę polisy ubezpieczeniowej.

ROZDZIAŁ II

WSPÓLNE KALKULACJE, TABELI I BADANIA

Artykuł 3

Warunki wyłączenia

1. Wyłączenie przewidziane w art. 1 lit. a) stosuje się pod warunkiem że kalkulacje lub tabele:
 - a) opierają się na zespolone danych, zbieranych przez kilka lat występowania ryzyka, wybranych jako okres obserwacji, odnoszących się do identycznych lub porównywalnych czynników ryzyka, wystarczająco licznych do stworzenia bazy, na której operować można metodami statystycznymi i która dostarczy danych liczbowych dotyczących (między innymi):

- liczby roszczeń zgłaszanych w ciągu tego okresu,
- liczby indywidualnego ryzyka ubezpieczonego w każdym roku występowania ryzyka w wybranym okresie obserwacji,
- całości kwot zapłaconych lub wymagalnych w odniesieniu do roszczeń powstałych w tym okresie,
- całkowitej kwoty ubezpieczonego kapitału dla każdego roku występowania ryzyka podczas wybranego okresu obserwacji;

b) zawierają tak szczegółowe rozbieżności dostępnych statystyk, jakie jest potrzebne dla kalkulacji ubezpieczeniowej;

c) nie uwzględniają pod żadną postacią kosztów nadzwyczajnych, dochodu wynikającego z rezerw, kosztów administracyjnych lub handlowych, danin o charakterze fiskalnym lub parafiskalnym, i nie biorą pod uwagę ani dochodów z inwestycji, ani przewidywanych zysków.

2. Wyłączenia przewidziane w art. 1 lit. a) i b) stosuje się pod warunkiem że kalkulacje, tabele lub wyniki badań:

- a) nie identyfikują zakładów ubezpieczeń ani żadnej z ubezpieczonych stron;
- b) po opracowaniu i przy rozpowszechnianiu zawierają oświadczenie, że nie są wiążące;
- c) są dostępne na rozsądnych i niedyskryminujących warunkach dla każdego zakładu ubezpieczeń, który wnioskuje o ich egzemplarz, łącznie z zakładami ubezpieczeń, które nie są aktywne na rynku geograficznym lub rynku produktu, do których odnoszą się te kalkulacje, tabele lub badania.

Artykuł 4

Porozumienia nieobjęte wyłączeniem

Wyłączenie przewidziane w art. 1 nie ma zastosowania w przypadku gdy uczestniczące przedsiębiorstwa podejmują między sobą zobowiązanie lub zobowiązują inne przedsiębiorstwa do nieużywania kalkulacji lub tabel różniących się od tych stworzonych na podstawie art. 1 lit. a) lub do nieodchodzenia od wyników badań określonych w art. 1 lit. b).

ROZDZIAŁ III

STANDARDOWE WARUNKI UBEZPIECZENIA I WZORY

Artykuł 5

Warunki wyłączenia

1. Wyłączenie przewidziane w art. 1 lit. c) stosuje się pod warunkiem że standardowe warunki ubezpieczenia:

- a) są opracowywane i rozpowszechniane z wyraźnym oświadczeniem, że nie są wiążące i ich używanie w żaden sposób nie jest zalecane;
- b) wyraźnie wskazują, że uczestniczące przedsiębiorstwa mają swobodę w oferowaniu swym klientom odmiennych warunków ubezpieczenia; oraz
- c) są dostępne dla każdej zainteresowanej osoby i dostarczane na zwykły wniosek.

2. Wyłączenie przewidziane w art. 1 lit. d) stosuje się pod warunkiem że niewiążące wzory są opracowywane i rozpowszechniane wyłącznie w charakterze wskazówki.

Artykuł 6

Porozumienia nieobjęte wyłączeniem

1. Wyłączenie przewidziane w art. 1 lit. c) nie ma zastosowania w przypadku gdy standardowe warunki ubezpieczenia zawierają klauzule, które:

- a) zawierają jakiegokolwiek wskazanie poziomu składek komercyjnych;
- b) określają kwotę odszkodowania lub wysokość kwoty, którą ubezpieczający jest obowiązany sam pokryć (udział własny);
- c) narzucają objęcie zakresem ogólnego ubezpieczenia typów ryzyka, na które istotna liczba ubezpieczonych nie jest jednocześnie narażona
- d) umożliwiają ubezpieczycielowi, bez wyraźnej zgody ubezpieczającego, utrzymanie obowiązywania umowy ubezpieczenia w przypadku gdy ubezpieczyciel ogranicza zakres umowy, zwiększenie składki

bez zmiany ryzyka lub zakresu umowy (bez uszczerbku dla klauzul indeksacyjnych) lub dokonanie innej zmiany warunków ubezpieczenia;

e) pozwalają ubezpieczycielowi na zmianę warunków ubezpieczenia bez wyraźnej zgody ubezpieczającego;

f) w przypadku ubezpieczeń innych niż na życie, narzucają ubezpieczającemu okres obowiązywania ochrony ubezpieczeniowej przekraczający trzy lata;

g) narzucają, w przypadku automatycznego przedłużenia umowy, okres przedłużenia przekraczający jeden rok, jeśli nie następuje wypowiedzenie po upływie danego okresu;

h) wymagają od ubezpieczającego wyrażenia zgody na wznowienie obowiązywania umowy ubezpieczenia, której obowiązywanie zostało zawieszono w związku z ustaniem ryzyka, w przypadku gdy ponownie zaistnieje ryzyko podobnego rodzaju;

i) wymagają od ubezpieczającego zawierania z tym samym ubezpieczycielem ubezpieczeń od różnych typów ryzyka;

j) wymagają od ubezpieczającego, w wypadku zbycia rzeczy ubezpieczonej, aby spowodował przeniesienie na nabywcę praw i obowiązków z tytułu umowy ubezpieczenia;

k) wykluczają lub ograniczają ubezpieczenie od ryzyka, jeżeli ubezpieczający korzysta z urządzeń zabezpieczających lub usług przedsiębiorstw instalacyjnych lub konserwatorskich, które nie są zatwierdzone zgodnie z odpowiednimi specyfikacjami uzgodnionymi przez stowarzyszenie lub stowarzyszenia ubezpieczycieli w jednym lub więcej Państw Członkowskich lub na poziomie europejskim.

2. Wyłączenia przewidziane w art. 1 lit. c) nie stosuje się do przedsiębiorstw lub związków przedsiębiorstw, które wspólnie ustalają lub zgadzają się zobowiązać inne przedsiębiorstwa do niestosowania warunków innych niż standardowe warunki ubezpieczenia opracowane w zastosowaniu porozumienia między uczestniczącymi przedsiębiorstwami.

3. Bez uszczerbku dla opracowywania szczególnych warunków ubezpieczenia dla szczególnych kategorii społecznych lub populacji zawodowych, wyłączenie przewidziane w art. 1 lit. c) nie ma zastosowania do porozumień, decyzji i praktyk uzgodnionych, które wykluczają pokrycie niektórych kategorii ryzyka z powodu cech właściwych dla ubezpieczającego.

4. Wyłączenie przewidziane w art. 1 lit. d) nie ma zastosowania w przypadku gdy, nie naruszając zobowiązań nałożonych z mocy prawa, wzory niewiążące zawierają jedynie określone stopy procentowe lub zawierają dane liczbowe wskazujące wysokość kosztów administracyjnych.

5. Wyłączenie przewidziane w art. 1 lit. d) nie ma zastosowania do przedsiębiorstw lub związków przedsiębiorstw, które uzgadniają lub zobowiązują się między sobą lub zobowiązują inne przedsiębiorstwa do niestosowania wzorów ilustrujących korzyści z umowy ubezpieczeniowej innych niż te ustanowione w zastosowaniu porozumienia między uczestniczącymi przedsiębiorstwami.

ROZDZIAŁ IV

WSPÓLNE UBEZPIECZENIE OD NIEKTÓRYCH TYPÓW RYZYKA

Artykuł 7

Zastosowanie wyłączenia i progi udziału w rynku

1. W odniesieniu do grup koasekurujących lub wspólnie reasekurujących utworzonych po dacie wejścia w życie niniejszego rozporządzenia w wyłącznym celu ubezpieczenia od nowych rodzajów ryzyka, wyłączenie przewidziane w art. 1 lit. e) stosuje się przez okres trzech lat od daty pierwszego utworzenia grupy, niezależnie od udziału grupy w rynku.

2. W odniesieniu do grup koasekurujących lub wspólnie reasekurujących niewchodzących w zakres pierwszego ustępu (ponieważ istnieją dłużej niż trzy lata lub zostały utworzone w celu innym niż ubezpieczanie od nowych rodzajów ryzyka), wyłączenie przewidziane w art. 1 lit. e) stosuje się tak długo, jak niniejsze rozporządzenie pozostaje w mocy, pod warunkiem że produkty ubezpieczeniowe, zakontraktowane w ramach układu grupującego przez uczestniczące przedsiębiorstwa lub w ich imieniu, na żadnym z właściwych rynków nie stanowią:

a) w przypadku grup koasekurujących, więcej niż 20% właściwego rynku;

b) w przypadku grup wspólnie reasekurujących, więcej niż 25% właściwego rynku.

3. Do celów stosowania progu udziału w rynku przewidzianego ust. 2 stosuje się następujące zasady:

- a) udział rynkowy oblicza się na podstawie zysku brutto ze sprzedaży polis; jeżeli dane dotyczące zysku brutto ze sprzedaży polis nie są dostępne, dla ustalenia udziału rynkowego przedsiębiorstw uczestniczących używa się szacunków opartych na innych wiarygodnych informacjach rynkowych, włączając zapewnione pokrycie ubezpieczeniowe lub wartość ubezpieczonego ryzyka;
- b) udział rynkowy oblicza się na podstawie danych, odnoszących się do poprzedniego roku kalendarzowego;
- c) udział rynkowy przedsiębiorstwa określony w art. 2 ust. 3 lit. e) jest zaliczany w częściach równych każdemu przedsiębiorstwu dysponującemu prawami lub uprawnieniami wymienionymi w art. 2 ust. 3 lit. a);
4. Jeżeli udział rynkowy, określony w lit. a), początkowo nie przekracza 20%, ale następnie rośnie ponad ten próg, nie przekraczając jednak 22%, wyłączenie przewidziane w art. 1 lit. e) ma w dalszym ciągu zastosowanie przez okres dwóch kolejnych lat kalendarzowych następujących po upływie roku, w którym próg 20% został przekroczony po raz pierwszy.
5. Jeżeli udział rynkowy, określony w lit. a), początkowo nie przekracza 20%, ale następnie rośnie do poziomu ponad 22%, wyłączenie przewidziane w art. 1 lit. e) ma w dalszym ciągu zastosowanie przez okres jednego roku kalendarzowego następującego po upływie roku, w którym próg 22% został przekroczony po raz pierwszy.
6. Uprawnienia wynikające z ust. 4 i ust. 5 nie mogą być łączone w sposób pozwalający na przekroczenie okresu dwóch lat kalendarzowych.
7. Jeżeli udział rynkowy, określony w ust. 2 lit. b), początkowo nie przekracza 25%, ale następnie rośnie ponad ten próg, nie przekraczając jednak 27%, wyłączenie przewidziane w art. 1 lit. e) ma w dalszym ciągu zastosowanie przez okres dwóch kolejnych lat kalendarzowych następujących po upływie roku, w którym próg 25% został przekroczony po raz pierwszy;
8. Jeżeli udział rynkowy, określony w ust. 2 lit. b), początkowo nie przekracza 25%, ale następnie rośnie do poziomu ponad 27%, wyłączenie przewidziane w art. 1 lit. e) ma w dalszym ciągu zastosowanie przez okres jednego roku kalendarzowego następującego po upływie roku, w którym próg 27% został przekroczony po raz pierwszy;
9. Uprawnienia wynikające z ust. 7 i 8 nie mogą być łączone w sposób pozwalający na przekroczenie okresu dwóch lat kalendarzowych.

Artykuł 8

Warunki wyłączenia

Wyłączenie przewidziane w art. 1 lit. e) stosuje się pod warunkiem, że:

- a) każde uczestniczące przedsiębiorstwo ma prawo wycofania się z grupy, z zachowaniem okresu wypowiedzenia nie dłuższego niż jeden rok, bez narażenia się na jakiegokolwiek sankcje;
- b) zasady grupy nie zobowiązują żadnego z jej członków do ubezpieczania lub reasekuracji za pośrednictwem grupy, w całości lub w części, od danego typu ryzyka pokrywanego przez grupę;
- c) zasady grupy nie ograniczają działalności grupy lub jej członków w zakresie ubezpieczania lub reasekuracji od ryzyka umiejscowionego w jakiegokolwiek szczególnej części geograficznej Unii Europejskiej;
- d) porozumienie nie ogranicza produkcji lub sprzedaży;
- e) porozumienie nie wyznacza rynków lub klientów;
- f) członkowie grupy wspólnie reasekurującej nie porozumiewają się w sprawie składek komercyjnych pobieranych w ubezpieczeniach bezpośrednich; oraz
- g) żaden z członków grupy lub przedsiębiorstw wywierających decydujący wpływ na politykę handlową grupy nie jest jednocześnie członkiem lub nie wywiera decydującego wpływu na politykę handlową innej grupy działającej na tym samym właściwym rynku.

ROZDZIAŁ V

URZĄDZENIA ZABEZPIECZAJĄCE

Artykuł 9

Warunki wyłączenia

Wyłączenie przewidziane w art. 1 lit. f) stosuje się pod warunkiem, że:

- a) specyfikacje techniczne i procedury oceny zgodności są precyzyjne, technicznie uzasadnione i dostosowane do poziomu wydajności, jaki ma być osiągnięty przez odpowiednie urządzenia zabezpieczające;

- b) zasady oceny przedsiębiorstw instalacyjnych i przedsiębiorstw konserwatorskich są obiektywne, odnoszą się do ich kwalifikacji technicznych i są stosowane w niedyskryminujący sposób;
- c) takie specyfikacje i zasady są opracowywane i rozpowszechniane wraz z towarzyszącym im oświadczeniem, że zakłady ubezpieczeń mogą przyjąć do ubezpieczenia, na dowolnych wysuniętych przez siebie warunkach, inne urządzenia zabezpieczające lub przedsiębiorstwa instalacyjne i konserwatorskie, które nie spełniają tych specyfikacji technicznych lub zasad;
- d) takie specyfikacje i zasady dostarczane każdej zainteresowanej osobie na zwykły wniosek;
- e) wykazy urządzeń zabezpieczających oraz przedsiębiorstw instalacyjnych i konserwatorskich spełniających specyfikacje zawierają klasyfikację opartą na uzyskiwanym poziomie wydajności;
- f) wniosek o ocenę może być przedłożony w każdej chwili przez wnioskodawcę;
- g) ocena zgodności nie wiąże się z wnoszeniem przez wnioskodawcę opłat nieproporcjonalnych do kosztów procedury zatwierdzającej;
- h) urządzenia oraz przedsiębiorstwa instalacyjne i konserwatorskie spełniające kryteria oceny użytkują na niedyskryminujących zasadach świadectwo, w ciągu sześciu miesięcy od daty złożenia wniosku, z wyjątkiem przypadków, gdy względy techniczne uzasadniają rozsądny dodatkowy okres;
- i) fakt zgodności lub zatwierdzenia zostaje poświadczony na piśmie;
- j) uzasadnienie odmowy wystawienia świadectwa zgodności wystawiane jest na piśmie poprzez dołączenie kopii sprawozdań z przeprowadzonych testów i kontroli;
- k) uzasadnienie odmowy wzięcia pod uwagę wniosku o ocenę dostarczane jest na piśmie; oraz
- l) specyfikacje i zasady stosowane są przez organy wyposażone w uprawnienia wynikające z norm serii EN 45 000 i EN ISO/IEC 17025.

ROZDZIAŁ VI PRZEPISY RÓŻNE

Artykuł 10 Cofnięcie

Na mocy art. 7 rozporządzenia (EWG) nr 1534/91, Komisja może, z własnej inicjatywy lub na wniosek Państwa Członkowskiego, bądź osoby fizycznej lub prawnej, posiadającej uzasadniony interes, cofnąć uprawnienie przyznane przez niniejsze rozporządzenie, gdy w konkretnym przypadku stwierdzi, że porozumienie, do którego

stosuje się wyłączenie przewidziane w art. 1, wywołuje jednak skutki, które są niezgodne z warunkami ustanowionymi w art. 81 ust. 3 Traktatu, w szczególności gdy:

- a) badania, do których stosuje się wyłączenie w art. 1 lit. b), opierają się na nieuzasadnionych hipotezach;
- b) standardowe warunki ubezpieczenia, do których stosuje się wyłączenie w art. 1 lit. c) zawierają klauzule stwarzające, ze szkodą dla ubezpieczającego, znaczącą nierównowagę praw i obowiązków wpływającą z umowy;
- c) w odniesieniu do wspólnego ubezpieczania od niektórych typów ryzyka, do których stosuje się wyłączenie w art. 1 lit. e), utworzenie lub działalność powoduje, poprzez zasady regulujące przystąpienie, definicję ryzyka, które ma być ubezpieczone, porozumienia w sprawie retrocesji lub w dowolny inny sposób, podział rynków określonych produktów ubezpieczeniowych lub produktów pokrewnych.

Artykuł 11 Okres przejściowy

Zakaz ustanowiony w art. 81 ust. 1 Traktatu nie ma zastosowania w okresie od dnia 1 stycznia 2001 r. do dnia 30 czerwca 2002 r. w odniesieniu do porozumień będących w mocy w dniu 31 grudnia 2000 r., które nie spełniają warunków wyłączenia przewidzianego przez niniejsze rozporządzenie, ale które spełniają warunki wyłączenia przewidziane w rozporządzeniu (EWG) nr 3932/92.

Artykuł 11a

Zakazu w art. 81 ust. 1 Traktatu nie stosuje się do porozumień istniejących w dniu przystąpienia Republiki Czeskiej, Estonii, Cypru, Łotwy, Litwy, Węgier, Malty, Polski, Słowenii i Słowacji oraz porozumień które, ze względu na przystąpienie, wchodzi w zakres art. 81 ust. 1, jeżeli w ciągu sześciu miesięcy

od daty przystąpienia są zmienione w taki sposób, że spełniają warunki określone w niniejszym rozporządzeniu..

Artykuł 12
Okres ważności

Niniejsze rozporządzenie wchodzi w życie z dniem 1 kwietnia 2003 r.

Niniejsze rozporządzenie wygasa z dniem 31 marca 2010 r.

Niniejsze rozporządzenie wiąże w całości i jest bezpośrednio stosowane we wszystkich Państwach Członkowskich.

Sporządzono w Brukseli, dnia 27 lutego 2003 r.
W imieniu Komisji
Mario MONTI
Członek Komisji

**Rozporządzenie Rady Ministrów
z dnia 30 lipca 2007 r.**

w sprawie wyłączenia niektórych rodzajów porozumień, zawieranych pomiędzy przedsiębiorcami prowadzącymi działalność ubezpieczeniową, spod zakazu porozumień ograniczających konkurencję

(Dz. U. 2007 nr 137, poz. 964)

Na podstawie art. 8 ust. 3 ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (Dz. U. Nr 50, poz. 331 i Nr 99, poz. 660) zarządza się, co następuje:

**Rozdział 1
Przepisy ogólne**

§ 1. Rozporządzenie określa:

- 1) warunki, jakie muszą być spełnione, aby porozumienia, zawierane pomiędzy przedsiębiorcami prowadzącymi działalność ubezpieczeniową, zostały uznane za wyłączone spod zakazu, o którym mowa w art. 6 ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów, zwanej dalej „ustawą”;
- 2) klauzule, których występowanie w porozumieniu stanowi naruszenie art. 6 ustawy;
- 3) okres obowiązywania wyłączenia.

§ 2. Ilekroć w rozporządzeniu jest mowa o:

- 1) wyłączeniu – rozumie się przez to wyłączenie spod zakazu, o którym mowa w art. 6 ustawy;
- 2) działalności ubezpieczeniowej – rozumie się przez to działalność ubezpieczeniową w rozumieniu art. 3 ustawy z dnia 22 maja 2003 r. o działalności ubezpieczeniowej (Dz. U. Nr 124, poz. 1151, z późn. zm.);
- 3) przedsiębiorcy prowadzącym działalność ubezpieczeniową – rozumie się przez to przedsiębiorcę prowadzącego działalność ubezpieczeniową na zasadach i w formach określonych w ustawie o działalności ubezpieczeniowej, w szczególności jako zakład ubezpieczeń i reasekuracji, zakład ubezpieczeń albo zakład reasekuracji;
- 4) przedsiębiorcy powiązany – rozumie się przez to przedsiębiorcę, który sprawuje nad przedsiębiorcą będącym stroną porozumienia kontrolę w rozumieniu art. 4 pkt 4 ustawy lub nad którym sprawowana jest przez przedsiębiorcę będącego stroną porozumienia taka kontrola;
- 5) produkcie ubezpieczeniowym – rozumie się przez to usługę polegającą na udzielaniu, na podstawie zawartej umowy ubezpieczenia, ochrony na wypadek wystąpienia zdarzenia losowego określonego w tej umowie;
- 6) grupie koasekuracyjnej – rozumie się przez to grupę utworzoną przez przedsiębiorców prowadzących działalność ubezpieczeniową, w której:
 - a) zgadzają się prowadzić w imieniu i na rachunek wszystkich uczestników działalność w zakresie ubezpieczeń od określonych kategorii ryzyka lub
 - b) powierzają prowadzenie działalności ubezpieczeniowej i zarządzania ubezpieczeniem określonych kategorii ryzyka, w ich imieniu i na ich rachunek, jednemu lub więcej przedsiębiorcom prowadzącym działalność ubezpieczeniową, pośrednikowi ubezpieczeniowemu lub innemu podmiotowi utworzonemu w tym celu;
- 7) grupie koreasekuracyjnej – rozumie się przez to grupę utworzoną przez przedsiębiorców prowadzących działalność ubezpieczeniową, z pomocą jednego lub więcej zakładów reasekuracyjnych:
 - a) w celu wzajemnej reasekuracji wszystkich części lub całości swoich zobowiązań związanych z ubezpieczeniem od określonych kategorii ryzyka,
 - b) okazjonalnie, celem oferowania w imieniu i na rachunek wszystkich uczestników reasekuracji ochrony reasekuracyjnej tej samej kategorii ryzyka;
- 8) nowych rodzajach ryzyka – rozumie się przez to rodzaje ryzyka, które wcześniej nie istniały i od których ubezpieczenie wymaga stworzenia całkowicie nowego produktu ubezpieczeniowego, bez możliwości rozszerzenia, ulepszenia lub zastąpienia istniejącego produktu ubezpieczeniowego;
- 9) urządzeniu zabezpieczającym – rozumie się przez to części składowe i wyposażenie zaprojektowane w celu zapobiegania szkodom i ich zmniejszania oraz systemy składające się z takich elementów;

10) standardach ogólnych warunków ubezpieczenia – rozumie się przez to wszelkie postanowienia zawarte we wzorze lub wzorcowej umowie ubezpieczenia przygotowanej wspólnie przez przedsiębiorców prowadzących działalność ubezpieczeniową lub związki tych przedsiębiorców;

11) składce ubezpieczeniowej – rozumie się przez to cenę zapłaconą przez nabywcę polisy ubezpieczeniowej.

§ 3. Wyłącza się spod zakazu, o którym mowa w art. 6 ustawy, porozumienia zawierane między przedsiębiorcami prowadzącymi działalność ubezpieczeniową, dotyczące:

1) opracowywania i rozpowszechniania kalkulacji przeciętnego kosztu ubezpieczenia od określonych ryzyk w przeszłości oraz opracowywania i rozpowszechniania, w związku z ubezpieczeniem zawierającym elementy kapitalizacji, tabel danych śmiertelności oraz zestawień danych pokazujących częstotliwość chorób, wypadków i kalectwa,

2) prowadzenia badań związanych z działalnością ubezpieczeniową oraz rozpowszechniania ich wyników,

3) opracowywania i rozpowszechniania niewiążących standardów ogólnych warunków ubezpieczenia dla ubezpieczeń bezpośrednich,

4) opracowywania i rozpowszechniania niewiążących modeli przedstawiających zyski,

5) wspólnego ubezpieczania od określonych kategorii ryzyka przez grupy koasekuracyjne i koreasekuracyjne oraz

6) opracowywania, uznawania i rozpowszechniania specyfikacji technicznych, zasad i kodeksów praktyki dotyczących urzędzeń zabezpieczających

– o ile porozumienia powyższe spełniają warunki określone w rozporządzeniu.

Rozdział 2

Zakres i warunki wyłączenia porozumień dotyczących wspólnego opracowywania i rozpowszechniania kalkulacji oraz tabel

§ 4. Wyłączenia określone w § 3 pkt 1 stosuje się do porozumień w zakresie sporządzania kalkulacji oraz tabel, które:

1) opierają się na zbiorze danych, pochodzących z ustalonego okresu występowania ryzyka przyjętego jako okres odniesienia, odnoszących się do identycznych lub porównywalnych czynników ryzyka, wystarczająco licznych do stworzenia bazy, na której operować można metodami statystycznymi i która dostarczy danych liczbowych odnoszących się do takich wskaźników, jak:

a) liczba roszeń zgłaszanych w danym okresie,

b) liczba rodzajów ryzyka ubezpieczonego w każdym roku występowania ryzyka w ustalonym okresie obserwacji,

c) wysokość odszkodowań wypłaconych lub należnych w danym okresie,

d) całkowita kwota ubezpieczonego kapitału dla każdego roku występowania ryzyka podczas wybranego okresu obserwacji;

2) zawierają szczegółowe i zróżnicowane dane statystyczne, jakie będą wystarczające dla dokonania kalkulacji zgodnej z obowiązującymi zasadami statystyki ubezpieczeniowej, oraz

3) nie uwzględniają pod żadną postacią kosztów nadzwyczajnych, dochodu wynikającego z rezerw, kosztów administracyjnych lub handlowych, danin o charakterze fiskalnym lub parafiskalnym i nie biorą pod uwagę ani dochodów z inwestycji, ani też przewidywanych zysków.

§ 5. Wyłączenia określone w § 3 pkt 1 stosuje się, pod warunkiem że powyższe kalkulacje lub tabele:

1) nie identyfikują przedsiębiorców prowadzących działalność ubezpieczeniową oraz żadnej z ubezpieczonych stron;

2) przy rozpowszechnianiu zawierają oświadczenie, że zawarte w nich dane nie są wiążące, oraz

3) są dostępne na rozsądnych i niedyskryminujących warunkach dla każdego przedsiębiorcy prowadzącego działalność ubezpieczeniową, który wnioskuje o ich udostępnienie, łącznie z przedsiębiorcami prowadzącymi działalność ubezpieczeniową, którzy nie są aktywni na rynku geograficznym lub rynku produktu, do których odnoszą się te kalkulacje lub tabele.

§ 6. Wyłączeń określonych w § 3 pkt 1 nie stosuje się do porozumień, których strony zobowiązują się nie korzystać lub zobowiązują się spowodować, aby osoby trzecie nie korzystały z kalkulacji lub tabel innych niż te, o których mowa w § 4.

Rozdział 3

Zakres i warunki wyłączenia porozumień dotyczących wspólnego prowadzenia badań i rozpowszechniania ich wyników

§ 7. Wyłączenia określone w § 3 pkt 2 stosuje się do porozumień zawieranych pomiędzy przedsiębiorcami prowadzącymi działalność ubezpieczeniową, w zakresie:

- 1) wspólnego prowadzenia badań dotyczących prawdopodobnego wpływu okoliczności niezależnych od działalności przedsiębiorców uczestniczących w porozumieniu na częstotliwość lub skalę przyszłych roszczeń dla danego ryzyka lub kategorii ryzyka albo na rentowność różnych rodzajów inwestycji oraz
- 2) rozpowszechniania wyników tych badań.

§ 8. Wyłączenia określone w § 3 pkt 2 stosuje się, pod warunkiem że wyniki badań:

- 1) nie identyfikują przedsiębiorców prowadzących działalność ubezpieczeniową oraz żadnej z ubezpieczonych stron;
- 2) przy rozpowszechnianiu zawierają oświadczenie, że nie są wiążące, oraz
- 3) są dostępne na rozsądnych i niedyskryminujących warunkach dla każdego przedsiębiorcy prowadzącego działalność ubezpieczeniową, który wnioskuje o ich udostępnienie, łącznie z przedsiębiorcami prowadzącymi działalność ubezpieczeniową, którzy nie są aktywni na rynku geograficznym lub rynku produktu, do których odnoszą się te badania.

§ 9. Wyłączeń określonych w § 3 pkt 2 nie stosuje się do porozumień, w których strony zobowiązują się nie wykorzystywać innych wyników badań lub też zobowiązują się spowodować, aby osoby trzecie nie korzystały z innych wyników badań niż te, o których mowa w § 7.

Rozdział 4

Zakres i warunki wyłączenia porozumień dotyczących wspólnego opracowywania i rozpowszechniania standardów ogólnych warunków ubezpieczenia

§ 10. Wyłączenia określone w § 3 pkt 3 stosuje się, pod warunkiem że standardy ogólnych warunków ubezpieczenia:

- 1) są opracowywane i rozpowszechniane z zastrzeżeniem, że nie mają charakteru wiążącego oraz że ich używanie w żaden sposób nie jest zalecane;
- 2) stanowią, że możliwe jest uzgodnienie przez strony umowy ubezpieczenia innych warunków, oraz
- 3) są dostępne dla każdego i udostępniane na żądanie.

§ 11. Wyłączenia określone w § 3 pkt 3 nie mają zastosowania w przypadku, gdy standardy ogólnych warunków ubezpieczenia ujęte w powyższych porozumieniach zawierają postanowienia, które:

- 1) w jakikolwiek sposób określają poziom składek ubezpieczeniowych;
- 2) określają kwotę odszkodowania lub wysokość kwoty, którą ubezpieczający jest obowiązany pokryć sam (udział własny);
- 3) narzucają objęcie zakresem ogólnego ubezpieczenia rodzajów ryzyka, na które istotna liczba ubezpieczonych nie jest jednocześnie narażona;
- 4) umożliwiają przedsiębiorcy prowadzącemu działalność ubezpieczeniową, bez wyraźnej zgody ubezpieczającego, utrzymanie obowiązywania umowy ubezpieczenia pomimo ograniczenia przez przedsiębiorcę prowadzącego działalność ubezpieczeniową jej zakresu, zmiany wysokości składki bez zmiany ryzyka lub zakresu umowy (z zastrzeżeniem klauzul indeksacyjnych) lub innej zmiany treści umowy ubezpieczenia;
- 5) pozwalają przedsiębiorcy prowadzącemu działalność ubezpieczeniową na zmianę warunków ubezpieczenia bez wyraźnej zgody ubezpieczającego;
- 6) w przypadku ubezpieczeń innych niż ubezpieczenia na życie narzucają ubezpieczającemu okres obowiązywania ochrony ubezpieczeniowej przekraczający trzy lata;
- 7) narzucają, w przypadku automatycznego przedłużenia umowy, okres przedłużenia przekraczający rok, jeżeli nie następuje wypowiedzenie po upływie danego okresu;
- 8) wymagają od ubezpieczającego wyrażenia zgody na wznowienie obowiązywania umowy ubezpieczenia, której obowiązywanie zostało zawieszona w związku z ustaniem ryzyka, w przypadku gdy ponownie zaistnieje ryzyko podobnego rodzaju;

9) wymagają od ubezpieczającego zawierania z tym samym przedsiębiorcą prowadzącym działalność ubezpieczeniową ubezpieczeń od różnych rodzajów ryzyka;

10) wymagają od ubezpieczającego w przypadku zbycia rzeczy ubezpieczonej, aby spowodował przeniesienie na nabywcę praw i obowiązków z tytułu umowy ubezpieczenia;

11) wykluczają lub ograniczają ubezpieczenie od ryzyka, jeżeli ubezpieczający korzysta z urządzeń zabezpieczających lub usług przedsiębiorców, których usługi instalacyjne lub konserwatorskie nie są zatwierdzone zgodnie z odpowiednimi specyfikacjami uzgodnionymi przez związki przedsiębiorców prowadzących działalność ubezpieczeniową.

§ 12. Wyłączenia określone w § 3 pkt 3 nie znajdują zastosowania:

1) do porozumień, w których przedsiębiorcy prowadzący działalnością ubezpieczeniową lub związki tych przedsiębiorców godzą się nie stosować standardów ogólnych warunków ubezpieczenia innych niż opracowane w zawartym między nimi porozumieniu lub też zgadzają się zobowiązać do tego innych przedsiębiorców;

2) do porozumień, które wykluczają pokrycie niektórych kategorii ryzyka z powodu cech właściwych dla ubezpieczającego, z wyjątkiem przypadku określania standardów ogólnych warunków ubezpieczeń dla określonych grup społecznych lub zawodowych.

Rozdział 5

Zakres i warunki wyłączenia porozumień dotyczących wspólnego opracowywania i rozpowszechniania modeli przedstawiających zyski

§ 13. Wyłączenia określone w § 3 pkt 4 stosuje się do porozumień dotyczących wspólnego opracowywania i rozpowszechniania wspólnych modeli przedstawiających zyski, które mają być osiągnięte z tytułu ubezpieczenia zawierającego elementy kapitalizacji, pod warunkiem że modele te są opracowywane i rozpowszechniane wyłącznie w charakterze wskazówek.

§ 14. Wyłączeń określonych w § 3 pkt 4 nie stosuje się do porozumień:

1) dotyczących wspólnych modeli przedstawiających zyski, o ile modele te zawierają jedynie określone stopy procentowe lub wartości wskazujące na wysokość kosztów administracyjnych;

2) których strony zobowiązują się nie wykorzystywać modeli przedstawiających zyski lub zobowiązują się spowodować, aby osoby trzecie nie wykorzystywały modeli przedstawiających zyski innych niż te, o których mowa w § 13.

Rozdział 6

Zakres i warunki wyłączenia porozumień dotyczące wspólnego ubezpieczenia od określonych kategorii ryzyka

§ 15. Wyłączenia określone w § 3 pkt 5 stosuje się do porozumień dotyczących powstania i prowadzenia działalności przez grupy koasekuracyjne lub grupy koreasekuracyjne.

§ 16. Wyłączenia określone w § 3 pkt 5 stosuje się przez okres trzech lat od dnia wejścia w życie rozporządzenia, o ile grupy koasekuracyjne lub grupy koreasekuracyjne zostały utworzone wyłącznie w celu objęcia ochroną ubezpieczeniową lub reasekuracyjną od nowych rodzajów ryzyka.

§ 17. W stosunku do porozumień dotyczących powstania i prowadzenia grup koasekuracyjnych lub grup koreasekuracyjnych istniejących przez okres dłuższy niż trzy lata, licząc od dnia wejścia w życie rozporządzenia, lub do tych, które nie zostały utworzone w celu ubezpieczenia od nowych rodzajów ryzyka, wyłączenia określone w § 3 pkt 5 stosuje się, pod warunkiem że produkty ubezpieczeniowe, zakontraktowane w ramach jednej z powyższych grup przez przedsiębiorców będących stronami porozumienia i przedsiębiorców powiązanych z nimi lub przedsiębiorców działających w ich imieniu, stanowią:

1) nie więcej niż 20% udziału w danym rynku właściwym – w przypadku grup koasekuracyjnych;

2) nie więcej niż 25% udziału w danym rynku właściwym – w przypadku grup koreasekuracyjnych.

§ 18. Przy obliczaniu udziału w rynku właściwym, o którym mowa w § 17, uwzględnia się następujące kryteria:

1) udział w rynku właściwym oblicza się na podstawie przychodów ze sprzedaży polis; w przypadku gdy dane dotyczące wpływu brutto ze sprzedaży polis nie są dostępne, do ustalenia udziału rynkowego przedsiębiorców używa się szacunków opartych na innych wiarygodnych informacjach rynkowych, włączając zapewnione pokrycie ubezpieczeniowe lub wartość ubezpieczonego ryzyka;

2) udział w rynku właściwym oblicza się na podstawie danych odnoszących się do poprzedniego roku podatkowego.

§ 19. 1. W przypadku wyłączenia określonego w § 17 pkt 1:

1) jeżeli udział w rynku właściwym grupy koasekuracyjnej początkowo nie przekracza 20%, ale następnie rośnie ponad ten próg, nie przekraczając jednak 22%, wyłączenie określone w § 3 pkt 5 ma w dalszym ciągu zastosowanie przez okres dwóch kolejnych lat kalendarzowych następujących po upływie roku, w którym próg 20% został przekroczony po raz pierwszy;

2) jeżeli udział w rynku właściwym grupy koasekuracyjnej początkowo nie przekracza 20%, ale następnie przekracza 22%, wyłączenie określone w § 3 pkt 5 ma w dalszym ciągu zastosowanie przez okres jednego roku kalendarzowego następującego po upływie roku, w którym próg 22% został przekroczony po raz pierwszy.

2. W przypadku określonym w ust. 1 korzyści nie mogą być łączone w sposób pozwalający na przekroczenie okresu dwóch lat kalendarzowych.

§ 20. 1. W przypadku wyłączenia określonego w § 17 pkt 2:

1) jeżeli udział w rynku właściwym grupy koreasekuracyjnej początkowo nie przekracza 25%, ale następnie rośnie ponad ten próg, nie przekraczając jednak 27%, wyłączenie określone w § 3 pkt 5 ma w dalszym ciągu zastosowanie przez okres dwóch kolejnych lat kalendarzowych następujących po upływie roku, w którym próg 25% został przekroczony po raz pierwszy;

2) jeżeli udział w rynku właściwym grupy koreasekuracyjnej początkowo nie przekracza 25%, ale następnie przekracza 27%, wyłączenie określone w § 3 pkt 5 ma w dalszym ciągu zastosowanie przez okres jednego roku kalendarzowego następującego po upływie roku, w którym próg 27% został przekroczony po raz pierwszy.

2. W przypadku określonym w ust. 1 korzyści nie mogą być łączone w sposób pozwalający na przekroczenie okresu dwóch lat kalendarzowych.

§ 21. Wyłączenia określone w § 3 pkt 5 stosuje się, pod warunkiem że:

1) każdy uczestniczący w porozumieniu przedsiębiorca ma prawo wycofania się z grupy koasekuracyjnej lub grupy koreasekuracyjnej, z zachowaniem okresu wypowiedzenia nie dłuższego niż rok, bez narażenia się na jakiegokolwiek sankcje;

2) postanowienia zawarte w treści porozumień tworzących poszczególne grupy:

a) nie zobowiązują żadnego z jej członków do ubezpieczania lub reasekuracji za pośrednictwem grupy, w całości lub w części, od danego rodzaju pokrywanego przez nią ryzyka,

b) nie ograniczają działalności grupy lub jej członków w zakresie ubezpieczania lub reasekuracji od ryzyka umiejscowionego na określonej części terytorium Rzeczypospolitej Polskiej;

3) porozumienie nie ogranicza produkcji lub dystrybucji;

4) porozumienie nie dokonuje podziału rynków lub nie wskazuje docelowych klientów poszczególnym stronom porozumienia;

5) członkowie grupy koreasekuracyjnej nie porozumiewają się w sprawie składek ubezpieczeniowych pobieranych w ubezpieczeniach bezpośrednich oraz

6) żaden z członków grupy lub przedsiębiorca wywierający decydujący wpływ na jej politykę handlową nie jest jednocześnie członkiem lub nie wywiera decydującego wpływu na politykę handlową innej grupy koasekuracyjnej lub koreasekuracyjnej, działającej na tym samym rynku właściwym.

Rozdział 7

Zakres i warunki wyłączenia porozumień dotyczących wspólnego opracowywania, uznawania i rozpowszechniania specyfikacji technicznych, zasad i kodeksów praktyki dotyczących urządzeń zabezpieczających

§ 22. Wyłączenia określone w § 3 pkt 6 stosuje się do porozumień pomiędzy przedsiębiorcami prowadzącymi działalność ubezpieczeniową, w zakresie:

1) opracowywania, uznawania i rozpowszechniania specyfikacji technicznych, zasad i kodeksów praktyki dotyczących tych rodzajów urządzeń zabezpieczających, dla których nie istnieją jeszcze odpowiednie specyfikacje techniczne, oraz

2) opracowywania, uznawania i rozpowszechniania specyfikacji technicznych, zasad i kodeksów praktyki dla instalacji i konserwacji urządzeń zabezpieczających.

§ 23. Wyłączenia określone w § 3 pkt 6 stosuje się, pod warunkiem że:

- 1) specyfikacje techniczne i procedury oceny zgodności są precyzyjne, technicznie uzasadnione i dostosowane do poziomu wydajności, jaki ma być osiągnięty przez odpowiednie urządzenia zabezpieczające;
- 2) kryteria oceny przedsiębiorców wykonujących usługi instalacyjne i przedsiębiorców wykonujących usługi konserwatorskie są oparte na obiektywnych i jednolitych zasadach, odnoszą się przy tym do ich kwalifikacji technicznych i są stosowane w niedyskryminujący sposób;
- 3) specyfikacje techniczne i zasady, o których mowa w § 22, są opracowywane i rozpowszechniane wraz z towarzyszącym im oświadczeniem, że przedsiębiorcy prowadzący działalność ubezpieczeniową mogą przyjąć do ubezpieczenia, na dowolnych ustalonych przez siebie warunkach, inne urządzenia zabezpieczające lub zakłady instalacyjne i konserwatorskie, które nie spełniają tych specyfikacji technicznych lub zasad;
- 4) specyfikacje techniczne i zasady, o których mowa w § 22, są udostępniane każdej zainteresowanej osobie na żądanie;
- 5) wykazy urządzeń zabezpieczających oraz zakładów instalacyjnych i konserwatorskich spełniających specyfikacje zawierają klasyfikację opartą na uzyskiwanym poziomie wydajności;
- 6) wniosek o ocenę zgodności może być przedłożony w każdym czasie;
- 7) ocena zgodności nie wiąże się z wnoszeniem opłat nieproporcjonalnych do kosztów tej procedury;
- 8) urządzenia oraz zakłady wykonujące usługi instalacyjne i konserwatorskie spełniające kryteria oceny uzyskują na niedyskryminujących zasadach świadectwo zgodności, w okresie sześciu miesięcy od daty złożenia wniosku, z wyjątkiem przypadków, gdy względy techniczne uzasadniają przedłużenie tego terminu o rozsądny okres;
- 9) fakt zgodności zostaje poświadczony na piśmie;
- 10) uzasadnienie odmowy wystawienia świadectwa zgodności wystawiane jest na piśmie przez dołączenie kopii sprawozdań z przeprowadzonych testów i kontroli;
- 11) uzasadnienie odmowy wzięcia pod uwagę wniosku o ocenę zgodności dostarczane jest na piśmie oraz
- 12) specyfikacje techniczne i zasady, o których mowa w § 22, stosowane są przez organy wyposażone w uprawnienia wynikające z odpowiednich norm wskazywanych w art. 9 lit. 1 rozporządzenia Komisji (WE) nr 358/2003 z dnia 27 lutego 2003 r. w sprawie stosowania art. 81 ust. 3 Traktatu do niektórych kategorii porozumień, decyzji i praktyk uzgodnionych w sektorze ubezpieczeniowym (Dz. Urz. UE L 53 z 28.02.2003, s. 8–16, z późn. zm.).

Rozdział 8

Przepisy przejściowe i końcowe

§ 24. Do porozumień zawartych przed dniem wejścia w życie rozporządzenia, które nie spełniają warunków wyłączenia w nim określonych, stosuje się przepisy dotychczasowe, jednak nie dłużej niż do dnia 31 lipca 2008 r.

§ 25. Rozporządzenie obowiązuje do dnia 31 marca 2011 r.

§ 26. Rozporządzenie wchodzi w życie z dniem 1 sierpnia 2007 r.

WYŁĄCZENIA POROZUMIEŃ ŻEGLUGOWYCH

Małgorzata Anna Nesterowicz¹
Iwona Zużewicz-Wiewiórska

Wyłączenie grupowe dla porozumień w transporcie morskim

1. Wprowadzenie

1. Organizacja usług przewozowych w transporcie morskim opiera się w szerokim zakresie na wykorzystywaniu porozumień armatorskich o zróżnicowanej naturze. Gospodarcze współdziałanie podejmowane jest zarówno w formie tradycyjnych konferencji żeglugowych², jak i w ramach bardziej współczesnych struktur organizacyjnych – konsorcjów żeglugowych i globalnych aliansów kontenerowych. Podstawowym celem działania konferencji żeglugowej, stanowiącej związek armatorów powołany w celu obsługi jednego lub kilku szlaków morskich na wspólnie uzgodnionych warunkach³, jest wspólne ustalanie stawek frachtowych, rabatów i obniżek oferowanych frachtującym. Podejmowana w ramach konferencji współpraca ma także za zadanie rozdzielanie frachtu pomiędzy członków porozumienia, koordynowanie częstotliwości i godzin rejsów, wspólne gromadzenie wpływów, ustalanie zdolności przewozowej dla każdego z armatorów, wprowadzanie systemu podziału ładunków (*pool cargo*) lub zysków (*pool money*) itp.⁴ Konsorcja oraz alianse globalne zawierane są w celu racjonalizacji usług przewozowych i redukcji kosztów eksploatacyjnych, z wyłączeniem współpracy w zakresie

¹ Opinie wyrażone przez autorkę w tym artykule są opiniami własnymi i nie wiążą Europejskiej Agencji Bezpieczeństwa Morskiego.

² Bliżej na temat działalności konferencji żeglugowych w ujęciu historycznym: R. Rodière, *Les tendances contemporaines du droit privé maritime international*, Académie de droit international, Recueil des cours 1972, t. 135, s. 394 i nast., L. Lucchini, *Les conférences d'armateurs* [w:] *Aspects actuels du droit international des transports*, Editions A. Pedone, Paris 1981, s. 349 i nast.

³ Legalną definicję konferencji żeglugowej zawiera art. 1 ust. 3 lit. b) cyt. niżej rozporządzenia 4056/86, zgodnie z którym konferencja linii żeglugowych oznacza grupę dwóch lub więcej przewoźników eksploatujących statki, która świadczy międzynarodowe usługi liniowe przewozu ładunków na poszczególnym szlaku lub na szlakach na określonym obszarze geograficznym i która zawarła porozumienie lub uzgodnienie jakiegokolwiek rodzaju, w ramach którego działają oni na podstawie jednolitych lub wspólnych stawek przewozowych i innych uzgodnionych warunków świadczenia usług liniowych.

⁴ Zob. decyzję Komisji nr 1999/243/WE z dnia 16 września 1998 r. w sprawie *Trans Atlantic Conference Agreement (TACA)* (Dz. U. WE 1999 L 95/1), a także: P. Bonassies, *Le Règlement du 22 décembre 1986 portant application des articles 85 et 86 du Traité aux transports maritimes*, w: *La Communauté Européenne et la Mer*, Paris 1990, s. 565 i n.

wspólnego ustalania cen czy zarządzania podażą przestrzeni ładunkowej⁵. W ramach konsorcjum strony porozumienia podejmują współpracę o charakterze technicznym i organizacyjnym, ułatwiającą obniżenie kosztów, uzyskanie korzyści skali, wprowadzanie nowych rozwiązań itd. Alianse strategiczne zakładają ścisłą współpracę, zwłaszcza w zakresie wspólnej eksploatacji statków, wyznaczania tras, rozkładów rejsów, wspólnego korzystania z urządzeń i terminali portowych, polityki zatrudnienia, organizacji lądowych i morskich przewozów kontenerowych, przy zachowaniu odrębności prawnej i gospodarczej w zakresie ustalania stawek, wizerunku handlowego, zasad sprzedaży usług, wystawiania dokumentów przewozowych, zarządzania, ubezpieczenia itd.⁶ Charakter prawny porozumień strategicznych (globalnych) nie jest jednolity i trudno poddać się zakwalifikowaniu jako typ konsorcjum lub konferencji żeglugowej⁷.

Wyłączenie spod zakazu porozumień ograniczających konkurencję w transporcie morskim obejmuje dwa zasadnicze typy współpracy między przewoźnikami morskimi: konferencje żeglugowe i konsorcja liniowe. Dla każdej z tych kategorii ustalone zostało odrębne rozporządzenie wyłączające. Odmienne cele i przedmiot tych porozumień, a w konsekwencji zakres i treść wyłączenia grupowego wymagają osobnego omówienia wyłączenia dla konferencji i konsorcjów.

2. Konferencje żeglugowe

2.1. Podstawa prawna

2. Przyjęcie w 1974 r. na forum międzynarodowym konwencji UNCTAD w sprawie Kodeksu Postępowania Konferencji Linii Żeglugowych (dalej Kodeks), wprowadzającej ujednolicone reguły funkcjonowania konferencji żeglugowej wymusiło wypracowanie przez państwa członkowie Wspólnoty Europejskiej (dalej WE lub Wspólnoty) wspólnego stanowiska w przedmiocie stosowania Kodeksu⁸. Pogodzenie zobowiązań wspólnotowych i międzynarodowych wymagało normatywnego zdefiniowania przez państwa członkowskie zasad stosowania traktatowych reguł konkurencji do działalności konferencji żeglugowych⁹. Warunki wyłączenia konferencji żeglugi liniowej spod zakazu porozumień

⁵ Zob. N. Grange, *Méga-alliances maritimes. Un enjeu mondial*, „Bulletin des Transports et de la Logistique” 17 marca 1997, nr 2698, s. 221.

⁶ Zob. M. A. Nesterowicz, *Wyłączenie konferencji liniowych spod zakazu z umowy kartelowej*, „Prawo Morskie” 2003, t. XVIII, s. 67.

⁷ Zob. Raport OECD-*Rapport sur les questions relatives à la Règulation du transport maritime international*, 19/02/2002, dostępny na stronie internetowej : <http://www.oecd.org/dataoecd/0/62/2065452.pdf>

⁸ Zob. rozporządzenie Rady (EWG) nr 954/79 z dnia 15 maja 1979 r. dotyczące ratyfikacji lub przystąpienia przez państwa członkowskie do Konwencji Narodów Zjednoczonych w sprawie kodeksu postępowania dla Konferencji Linii Żeglugowych (Dz. U. EWG 1979 L 121/1; Dz. U. UE Polskie Wyd. Specjalne, rozdz. 7, t. 1, s. 81–84), uchylone przez rozporządzenie (WE) nr 1490/2007 Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 11 grudnia 2007 r. uchylające rozporządzenie Rady (EWG) nr 954/79 dotyczące ratyfikacji lub przystąpienia przez państwa członkowskie do Konwencji Narodów Zjednoczonych w sprawie kodeksu postępowania dla Konferencji Linii Żeglugowych (Dz. U. UE 2007 L 332/1). Rozporządzenie 1490/2007 wchodzi w życie dnia 18 października 2008 r. Zob. też O. Pirotte, *L'adoption du Code de conduite pour les conférences maritimes: ou la difficile négociation d'une position commune par les Etats membres de la Communauté*, „DMF” 1979, s. 575; M. Bernard, *Le Code historique des conférences maritimes et ses problèmes de mise en oeuvre*, „JMM” 22 octobre 1981, s. 2521; Z. Sawiczewska, *Konferencje żeglugowe*, Wydawnictwo Morskie, Gdańsk 1986, s. 165 i nast.

⁹ Bliżej na ten temat: J. Lewandowski, *Narodziny polityki żeglugowej EWG*, „Handel Zagraniczny” 1985, nr 7, s. 18; J. Kujawa, *Wspólna polityka żeglugowa Unii Europejskiej*, Gdańsk 1999, s. 20 i nast.

ograniczających konkurencję zostały określone w rozporządzeniu 4056/86, które weszło w życie 1 lipca 1987 r.¹⁰ Zostało ono oparte na podwójnej podstawie traktatowej. Preambuła rozporządzenia odwołuje się zarówno do polityki morskiej (art. 80 ust. 2, dawny art. 84 TWE), jak i do polityki konkurencji (art. 83, dawny art. 87 TWE). Zaakcentowany został w ten sposób szczególny charakter sektora żeglugi morskiej, wymagający ustanowienia wyłączenia grupowego (*block exemption*) uwzględniającego specyfikę tej sfery działalności. Rozporządzenie wyłączyło spod zakresu działania zakazu porozumień ograniczających konkurencję (art. 81 TWE) najbardziej restrykcyjne praktyki antykonkurencyjne, polegające na wspólnym ustalaniu cen, regulowaniu zdolności przewozowej, podziale ładunków lub przychodów między konkurentami. Wyłączenie grupowe, którym zostały objęte konferencje w żegludze liniowej, zostało udzielone przez Radę bezterminowo i nie wprowadziło żadnych progów udziału w rynku. Zawierało także odrębne reguły proceduralne¹¹. Poza zakresem rozporządzenia 4056/86 Rada pozostawiła porozumienia zawierane przez przewoźników świadczących usługi w żegludze trampowej (*poole*)¹² oraz w żegludze kabotażowej. Swobodne negocjowanie stawek i skuteczna konkurencja, której poddany jest ten typ działalności żeglugowej, odwróciły na dłuższą uwagę organów wspólnotowych od aktywności przewoźników morskich w przewozach trampowych i kabotażu.

3. Uzasadnieniem dla zalegalizowania antykonkurencyjnych praktyk konferencji żeglugowych było przyczynianie się przez system konferencyjny do racjonalizacji i stabilizacji działalności przewozowej na rynkach morskich. Wspólne ustalanie cen, a w konsekwencji ich większa niezmiennosc, redukowały po stronie frachtujących nie-

¹⁰ Rozporządzenie Rady (EWG) nr 4056/86 z dnia 22 grudnia 1986 r. ustanawiające szczegółowe zasady stosowania art. 85 i 86 Traktatu do transportu morskiego (Dz. U. EWG 1986 L 378/4, z późn. zm.; Dz. U. UE Polskie Wyd. Specjalne, rozdz. 7, t. 1, s. 241–250), dalej: rozporządzenie 4056/86. Zob. E. Kosiński, *Rodzaje i zakres sektorowych wyłączeń zastosowania ogólnych reguł ochrony konkurencji*, Wydawnictwo Naukowe UAM, Poznań 2007, s. 558; V. Power, *An overview of EC Competition Law as it relates to the shipping and port sectors*, materiały konferencyjne, EMLO, Spring Seminar–EU Maritime Law–A Baltic Perspective on the Changes Ahead, Gdańsk 2006, s. 15 i nast.

¹¹ Zob. rozporządzenie 4056/86 w brzmieniu sprzed 1 maja 2004 r. Rozporządzenie Rady EWG nr 17/62 z dnia 6 lutego 1962: pierwsze rozporządzenie wprowadzające w życie art. 85 i 86 Traktatu (Dz. U. EWG nr 13 z dnia 21 lutego 1962 r., s. 204; Dz. U. UE Polskie Wyd. Specjalne, rozdz. 8, t. 1, s. 3; dalej: rozporządzenie 17/62) przyznało Komisji wyłączną kompetencję w sprawie ustalenia, w jakim zakresie pewne rodzaje porozumień antykonkurencyjnych mogą zostać uznane za zgodne z regułami konkurencji. Jednocześnie, w drodze rozporządzenia Rady (EWG) nr 141/62 zakres zastosowania rozporządzenia 17/62 został wyłączony w dziedzinie transportu (Rozporządzenie (EWG) nr 141 Rady z dnia 26 listopada 1962 r. wyłączające stosowanie rozporządzenia nr 17 do transportu (Dz. U. WE 1962 L 124 z 28.11.1962, s. 2751/62; wyd. spec. 1959–62, s. 291), zm. rozporządzeniami nr 165/65 (Dz. U. EWG 1965 nr 210, s. 3141) i 1002/67 (Dz. U. EWG 1967 L 306/1); w jęz. polskim opublikowane w: E. Piontek, W. Świtalski, M. Żylicz, S. Szeremeta, *Konkurencja a regulacja w transporcie*, op. cit., s. 123–124).

Przyjęte przez Komisję rozporządzenie nr 1017/68 z dnia 19 lipca 1968 r. w sprawie zasad stosowania reguł konkurencji w transporcie kolejowym, drogowym i żegludze śródlądowej (Dz. U. EWG 1968 L 175/1) nie objęło swoim zasięgiem transportu morskiego (ani lotniczego). Odrębność proceduralna dla sektora transportu została zniesiona wraz z wejściem w życie 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. UE 2003 L 1/1; Dz. U. UE Polskie Wyd. Specjalne, rozdz. 8, t. 2, s. 205–229), dalej: rozporządzenie 1/2003, oraz rozporządzenia Komisji (WE) nr 773/2004 z dnia 7 kwietnia 2004 r. odnoszące się do prowadzenia przez Komisję postępowań zgodnie z art. 81 i art. 82 Traktatu WE (Dz. U. UE 2003 L 1/1; Dz. U. UE Polskie Wyd. Specjalne, rozdz. 8, t. 3, s. 81–87). Poza zakresem zastosowania rozporządzenia 1/2003 pozostawiono międzynarodową żeglugę trampową oraz przewozy kabotażowe. Rozporządzenie 1419/2006 ostatecznie uchyliło art. 32 rozporządzenia 1/2003, wyłączający stosowanie tegoż rozporządzenia do międzynarodowych usług trampowych oraz przewozów kabotażowych.

¹² Zob. *Raport OECD-Rapport sur les questions relatives à la réglementation.....*, op. cit.

pewność co do przyszłych warunków handlowych, przewoźnikom zaś pozwalały lepiej zarządzać swoimi przychodami, a w rezultacie świadczyć regularne i efektywne usługi. Stabilność stawek frachtowych miała prowadzić w konsekwencji do zagwarantowania regularnych, wystarczających i efektywnych usług przewozowych. Efektywna konkurencja ze strony przewoźników niezależnych (spoza systemu konferencyjnego) oraz przewoźników świadczących innego rodzaju usługi przewozowe, w tym usługi trampowe, a także stała presja konkurencyjna wynikająca z mobilności floty miały skutecznie przeciwdziałać ewentualnym niekorzystnym zjawiskom związanym z funkcjonowaniem konferencji.

2.2. Rozporządzenie 4056/86

4. Rozporządzenie 4056/86 wyłączyło spod działania zakazu z art. 81 ust. 1 TWE trzy kategorie porozumień: porozumienia techniczne (art. 2), porozumienia zawierane pomiędzy członkami jednej lub kilku konferencji żeglugowych, dotyczące w szczególności ustalania stawek i warunków przewozu (art. 3) oraz porozumienia zawierane pomiędzy użytkownikami usług przewozowych a konferencjami (art. 6). Korzystanie z wyłączenia uzależnione zostało od spełnienia określonych w rozporządzeniu warunków i obowiązków. Zakres wyłączenia i wykładnia istotnych postanowień rozporządzenia 4056/86 stanowiły przedmiot wielu rozstrzygnięć Komisji Europejskiej (dalej KE lub Komisji) oraz Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości (dalej ETS) i Sądu Pierwszej Instancji (SPI).¹³ W kręgu zainteresowania pozostawały dwa zasadnicze obszary działania porozumień konferencyjnych, tj. wspólne ustalanie cen i ograniczanie zdolności przewozowej stron porozumienia.

5. Organy wspólnotowe stosujące postanowienia rozporządzenia 4056/86 wyraźnie definiują pojęcie konferencji linii żeglugowych, do którego odnosi się wyłączenie spod zakazu. Definicja konferencji przyjęta w art. 1 ust. 3 lit. b) rozporządzenia 4056/86 odpowiada w swojej treści pojęciu konferencji w rozumieniu Konwencji w sprawie Kodeksu Postępowania Konferencji Linii Żeglugowych z 1974 r. Wskazanie do posługiwania się przy wykładni wspólnotowego rozporządzenia aktem prawa międzynarodowego wynika wprost z preambuły rozporządzenia 4056/86. Wyłączeniem spod zakazu objęte zostały jedynie takie konferencje, które ustanawiają system „jednolitych lub wspólnych stawek frachtowych”¹⁴. Wyłączenie spod zakazu odnosi się zatem do sytuacji,

¹³ Por.: decyzję Komisji nr 92/262/EWG *Comités armatoriaux franco-africains* (Dz. U. EWG 1992 L 134/1); decyzję Komisji nr 93/82/EWG *CEWAL, COWAC, UKWAL* (Dz. U. WE 1993 L 34/20); decyzję Komisji nr 2000/627/WE *Far East Trade Tariff Charges and Surcharges Agreement (FETTCSA)* (Dz. U. WE 2000 L 268/1); decyzję Komisji nr 2003/68/WE *TACA (zmodyfikowana)* (Dz. U. UE 2003 L 26/53); decyzję Komisji nr 1999/243/WE *Trans Atlantic Conference Agreement (TACA)* (Dz. U. WE 1999 L 95/1); decyzję Komisji nr 94/985/WE *Far Eastern Freight Conference (FEFC)* (Dz. U. WE 1994 L 378/17); decyzję Komisji nr 94/980/WE *Trans Atlantic Agreement (TAA)* (Dz. U. WE 1994 L 376/30); wyrok w sprawie T-213/00 *CMA CGM i inni v Komisja* (Zb. Orz. 2003, II-913); wyrok w sprawie T-18/97 *Atlantic Container Line i inni v Komisja* (Zb. Orz. 2002, II-1125); wyrok w sprawie T-395/94 *Atlantic Container Line v Komisja* (Zb. Orz. 2002, II-875); sprawę T-86/95 *Compagnie générale maritime i inni v Komisja* (Zb. Orz. 2002, II-1011); wyrok w sprawach połączonych C-395/96 P i C-396/96 P *Compagnie Maritime Belge Transports v Komisja* (Zb. Orz. 2000, I-1365). Zob. I. Zużewicz, *Wspólnotowe prawo konkurencji w żegludze morskiej. Reguły konkurencji skierowane do przedsiębiorstw*, „Prawo morskie” 2001, t. XV, s. 105 i nast., M. A. Nesterowicz, *Wyłączenie konferencji liniowych*, op. cit., s. 65. Zob. też M. A. Nesterowicz, *Omówienie wyroku w sprawie Atlantic Container Line AB i inni*, w: *Orzecznictwo sądów wspólnotowych w sprawach konkurencji w latach 1964–2004*, red. A. Jurkowska, T. Skoczny, Wolters Kluwer, Warszawa 2007, s. 476 i nast.

¹⁴ Zob. decyzję Komisji nr 1999/485/WE *Europe Asia Trades Agreement (EATA)* (Dz. U. WE 1999 L 193/23), pkt 82 i n.

w której konferencja ustanawia ten sam poziom stawek frachtowych, stosowanych na jednolitych i niedyskryminacyjnych zasadach dla tego samego ładunku, w odniesieniu do wszystkich członków konferencji i wszystkich frachtujących¹⁵. Użycie konstrukcji alternatywy (jednolite lub wspólne) wskazuje, że wyłączeniem objęte są także stawki promocyjne i stawki specjalne stosowane przez konferencje dla umów lojalnościowych. Stawki frachtowe są wówczas wspólne w tym znaczeniu, że są takie same dla wszystkich członków porozumienia i w stosunku do wszystkich frachtujących, ale nie są jednolite, ponieważ przewóz tego samego ładunku nastąpi w oparciu o inną cenę, w zależności od tego, czy wynika ona z taryfy ogólnej, czy taryfy stosowanej do akcji promocyjnych lub umów lojalnościowych¹⁶. Zakresem wyłączenia objęte jest także ustalanie przez konferencje ogólnego poziomu wspólnych stawek frachtowych o charakterze niewiążącym, stanowiących jedynie punkt odniesienia (taryfy odniesienia). W takim wypadku rzeczywista cena płacona przez frachtującego jest wynikiem niezależnej akcji taryfowej (*independent action*)¹⁷, podejmowanej przez przewoźników zrzeszonych w konferencji. Wyłączenie znajduje zastosowanie, jeżeli niezależna akcja taryfowa nie prowadzi do istotnego zakłócenia roli stabilizacyjnej taryf odniesienia, tj. wykonywana jest w sposób punktowy w odniesieniu do ściśle określonego produktu, a ponadto jest poddana wspólnym regułom i dostępna na równych zasadach dla wszystkich członków konferencji¹⁸. Poza zakresem wyłączenia pozostaje ustanawianie systemu różnicowania taryf, prowadzącego do funkcjonowania w ramach konferencji kilku równoległych ogólnych poziomów stawek frachtowych¹⁹. Wyłączenie grupowe wobec konferencji żeglugowych ogranicza się do działalności morskiej i nie obejmuje innych działań podejmowanych na lądzie przez przewoźników morskich (np. w zakresie świadczenia usług dowozowych w przewozach lądowych do portu załadowania i z portu przeznaczenia)²⁰. Wątpliwości związane z podejmowaniem współpracy i ustalaniem taryf dla segmentu morskiego i lądowego w przewozach zintegrowanych zostały wyjaśnione przez organy wspólnotowe na tle rozstrzyganych spraw²¹. Ponadto, za szczególnie szkodliwe w kontekście funkcjonowania wyłączenia dla konferencji zostały uznane tzw. porozumienia stabilizacyjne, zawierane w ramach konferencji lub pomiędzy konferencjami i przewoźnikami

¹⁵ Zob. decyzję Komisji w sprawie TAA, pkt 341 i n. oraz decyzję Komisji w sprawie TACA, pkt 454 i n., a także: J. Temple Lang, *Current Issues in EC Maritime Competition Law*, „Droit européen des transports” 1993, s. 16.

¹⁶ Sprawa T-395/94 *Atlantic Container Line v Komisja* (Zb. Orz. 2002, II-875), pkt 155.

¹⁷ *Independent action* umożliwia stosowanie przez przewoźników w odniesieniu do określonego produktu niższych niż konferencyjne stawek frachtowych, po dokonaniu z wyprzedzeniem zawiadomienia pozostałych członków konferencji o odstąpieniu od taryfy.

¹⁸ Sprawa T-395/94 *Atlantic Container Line v Komisja* (Zb. Orz. 2002, II-875).

¹⁹ W sprawie *Trans Atlantic Agreement* wprowadzone zróżnicowane poziomy stawek frachtowych miały na celu przyciągnięcie do struktury konferencji przewoźników niezależnych, a w konsekwencji ograniczenie konkurencji z ich strony na obsługiwanych przez konferencję szlakach. Ustalone w porozumieniu dwa poziomy taryf gwarantowały członkom niezależnym większy zakres swobody w stosowaniu stawek frachtowych i odmiennych warunków przewozu. Zob. bliżej: I. Zużewicz-Wiewiórska, *Konferencje żeglugowe w dobie przemian wspólnotowego prawa konkurencji*, „Prawo Morskie” 2007, t. XXIII, s. 245 i nast.

²⁰ Zob. J. Mensching, *Liner shipping: Examining the development and impact of European legislation*, Speech at Containerisation International 3 rd Annual Conference „Global 2000”, London, 22 March 2000, s. 5. Zob. też M. Jaspers, *The TACA judgment: lessons learnt and the way forward*, „EC CPN” 2004, nr 1, s. 34.

²¹ Zob. decyzję Komisji w sprawie *Far Eastern Freight Conference (FEFC)*, pkt 92 i nast., decyzję Komisji w sprawie TAA, pkt 462 i n. oraz decyzję Komisji w sprawie TACA, pkt 411 i n., sprawę T-86/95 *CGM i inni v Komisja* (Zb. Orz. 2002, II-1011), sprawy połączone T-191/98 i inne *Atlantic Container Line AB i inni v Komisja* (Zb. Orz. 2003, II-3275). Zob. też *Final report of the multimodal group*, November 1997, s. 11. oraz P. Ruttley, *Les transports multimodaux à l'épreuve des règles communautaires de la concurrence*, *Droit Maritime Français* 1995, s. 870 i n.

niezależnymi. Strony takiego porozumienia „rezygnowały” z gospodarczego wykorzystania określonej pojemności ładunkowej statków w usługach przewozowych na liniach regularnych, bez rzeczywistego zmniejszenia przestrzeni ładunkowej, znajdującej się w dyspozycji przewoźników²². Częściowe „zamrożenie” zdolności przewozowej służyło redukowaniu konkurencji w relacjach wewnętrznych między członkami porozumienia, a także w stosunkach zewnętrznych, a w konsekwencji prowadziło do nieuzasadnionej wyższości cen usług przewozowych²³. Komisja odmówiła objęcia porozumień stabilizacyjnych wyłączeniem grupowym.

2.3. Rozporządzenie 1419/2006

6. Niekorzystne zjawiska rynkowe związane z funkcjonowaniem konferencji żeglugowych dały asumpt do zrewidowania zasadności udzielonego wyłączenia i poszukiwania nowych reguł świadczenia morskich usług przewozowych²⁴. Punkt odniesienia stanowiła także podjęta na forum OECD dyskusja dotycząca zasad stosowania reguł konkurencji w morskiej żegludze liniowej²⁵. Komisja przeprowadziła badanie sektora oraz szerokie konsultacje środowisk żeglugowych w celu określenia aktualnej charakterystyki warunków rynkowych w żegludze liniowej²⁶.

7. W reakcji na wynik przeprowadzonych analiz ekonomicznych sektora²⁷ i dokonany na podstawie art. 81 ust. 3 TWE przegląd zasadności przesłanek wyłączenia, Rada, w dniu 25 września 2006 r., wydała rozporządzenie 1419/2006²⁸, które uchyliło rozporządzenie 4056/86 oraz rozszerzyło zakres uprawnień władz wspólnotowych w odniesieniu do mię-

²² Zob. decyzję Komisji w sprawie *EATA*. Zob. też sprawę T-395/94 *Atlantic Container Line v Komisja* (Zb. Orz. 2002, II-875).

²³ Zob. decyzję Komisji w sprawie *TAA*, pkt 369.

²⁴ Zob. P. Marlow, R. Nair, *Liner shipping and information exchange – a European perspective*, Marine Policy 2006, Vol. 30, s. 681 i nast.; M. Monti, *A time for change? – Maritime competition policy at the crossroads*, Antwerp, 12 June 2003, dostępny na stronie internetowej <http://europe.eu.int/comm/competition/speeches>; J. Stragier, *Recent developments in EU competition policy in the maritime sector*, The Shipping Forecast Conference, London, 25–26 April 2002, dostępne na stronie internetowej <http://europe.eu.int/comm/competition/speeches>; A. Wysocki, *Żegluga i porty morskie w procesie integracji europejskiej*, Zeszyty Naukowe Uniwersytetu Szczecińskiego 2007 nr 452, Ekonomiczne Problemy Usług nr 7, s. 145 i n.

²⁵ Raport OECD z dnia 16 kwietnia 2002 na temat polityki konkurencji w żegludze liniowej, Competition Policy in Liner Shipping: Final Report, DSTI/DOT(2002)2, dostępny na stronie internetowej: <http://www.oecd.org/pdf/M00020000/M00020755.pdf>, s. 71.

²⁶ Zob. *Erasmus Report – Contract of services. For the assistance in processing public submissions to be received in response to the Consultation Paper on the Review of Council regulation 4056/86*, final report, Rotterdam, November 12, 2003, dostępny na stronie internetowej: http://www.europa.eu.int/comm/competition/antitrust/review/submissions/final_report_erasmus.pdf. Zob. Białą Księgę z dnia 13 października 2004 r. dotyczącą przeglądu rozporządzenia 4056/86 (COM 2004/675 final) Zob. też F. Benini, *Current and future competition policy issues in the maritime sector*, Lovells, London, 1 April 2003, dostępny na stronie internetowej <http://europe.eu.int/comm/competition/speeches>, s. 4. W Białej Księdze z 13 października 2004 r. dotyczącej przeglądu rozporządzenia 4056/86 ustanawiającego zasady stosowania europejskich reguł konkurencji do transportu morskiego Komisja przedstawiła możliwe propozycje działań Wspólnoty w sferze konkurencji w stosunkach żeglugowych.

²⁷ *The Application of Competition Rules to Liner Shipping Final Report*, 26.10.2005, dostępny na stronie internetowej http://www.europa.eu.int/comm/competition/antitrust/others/maritime/shipping_report_26102005.pdf

²⁸ Rozporządzenie Rady (WE) nr 1419/2006 z dnia 25 września 2006 r. uchylające rozporządzenie (EWG) nr 4056/86 określające szczegółowe zasady stosowania art. 85 i 86 Traktatu do transportu morskiego oraz zmieniające rozporządzenie (WE) nr 1/2003 w zakresie rozszerzenia jego zakresu na usługi kabo-tażu i międzynarodowe usługi trampowe (Dz. U. UE 2006 L 269/1). Zob. A. J. Braakman, *The repeal of regulation Nr 4056/86. A change for the better?*, materiały konferencyjne, EMLO, Spring Seminar–EU Maritime Law–A Baltic Perspective on the Changes Ahead, Gdańsk 2006.

dzynarodowych usług trampowych oraz usług transportu morskiego, odbywających się wyłącznie między portami tego samego państwa członkowskiego (usług kabotażowych).

Rada uznała, że konferencje żeglugowe przestały spełniać cztery, stosowane kumulatywnie przesłanki wyłączenia spod zakazu porozumień ograniczających konkurencję. Po pierwsze, pozytywne oddziaływanie konferencji żeglugowych poprzez ustalanie cen i zarządzanie podażą usług na efektywność i niezawodność świadczonych usług oraz stabilizację stawek frachtowych nie znalazło potwierdzenia w aktualnych stosunkach morskich. Stabilność cen i niezawodność usług jest osiągana dzięki szeroko rozpowszechnionym indywidualnym kontraktom serwisowym (indywidualnym umowom o świadczenie usług). Po drugie, wyjątkowo restrykcyjne dla konkurencji praktyki konferencyjne nie są rekompensowane użytkownikom tych usług. W ocenie użytkowników usług transportowych wyłączenie udzielone konferencjom ma na celu ochronę najsłabszych i najmniej efektywnych członków konferencji. Ustalanie stawek w taki sposób, aby pokryły średnie koszty najmniej efektywnych członków konferencji przynosi korzyść przewoźnikom najbardziej efektywnym, bez przenoszenia jednak odpowiednich korzyści na frachtujących. Zagwarantowaniu pewności, regularności, skuteczności i wystarczalności usług w transporcie morskim służyć mogą mniej szkodliwe dla konkurencji porozumienia kooperacyjne typu konsorcjum oraz powszechnie wykorzystywane w obrocie morskim indywidualne kontrakty serwisowe. Po trzecie, utrzymanie odpowiedniego poziomu usług transportowych, gwarantujących ich niezawodność i efektywność przy wykorzystaniu środków mniej szkodliwych dla konkurencji dodatkowo przekreśliło możliwość dalszego utrzymywania wyłączenia dla konferencji. Ocena ostatniej z przesłanek warunkujących korzystanie z wyłączenia grupowego jest szczególnie skomplikowana ze względu na warunki rynkowe, w jakich funkcjonują konferencje i może być dokonywana jedynie w odniesieniu do konkretnego przypadku. Szczególna trudność w ustaleniu zakresu skutecznej presji konkurencyjnej w działalności konferencji wynika z faktu, że przewoźnicy na jednych szlakach działają w ramach konferencji, na innych operują poza konferencją, uczestniczą także w konferencjach i konsorcjach na tych samych szlakach morskich. Mogą w ten sposób kumulować przywileje zarówno z wyłączenia grupowego dla konferencji, jak i wyłączenia grupowego dla konsorcjów. Sieć powiązań pomiędzy przewoźnikami konferencyjnymi i pozostającymi poza konferencją tworzy dogodną platformę wymiany poufnych informacji handlowych, sprzyja także ujednolicaniu cen. Konkurencja cenowa w odniesieniu do opłat i należności dodatkowych innych niż fracht ma charakter marginalny. Poziom cen wyznaczony przez konferencję stosowany jest także przez przewoźników niebędących członkami konferencji.

W celu umożliwienia przewoźnikom morskim dostosowania funkcjonujących porozumień konferencyjnych do zmienionych warunków rozporządzenie 1419/2006 wprowadziło dwuletni okres przejściowy. Wyłączenie spod zakazu z art. 81 ust. 1 TWE na podstawie rozporządzenia 4056/86 zostaje utrzymane do 17 października 2008 r. Po tej dacie zawieranie lub utrzymywanie konferencji żeglugowych na warunkach sprzecznych z art. 81 TWE na szlakach z oraz do portów państw UE nie będzie dozwolone.

2.4. Projekt wytycznych w sprawie stosowania art. 81 Traktatu WE w sektorze usług transportu morskiego

8. Komisja przedstawiła w 2007 r. projekt wytycznych dla sektora żeglugi morskiej, które mają ułatwić przewoźnikom morskim ocenę zgodności zawieranych porozumień

ze wspólnotowymi regułami konkurencji²⁹. Wytyczne określają zasady, jakimi będzie się kierować Komisja przy definiowaniu rynków i ocenie porozumień kooperacyjnych w sektorach usług transportu morskiego. Treść wytycznych odwołuje się w szerokim zakresie do wydanych już uprzednio przez Komisję ogólnych wytycznych dotyczących wykładni przesłanek stosowania art. 81 i 82 TWE. Wytyczne wskazują także w wielu punktach na rozwiązania przyjęte w decyzjach i orzeczeniach organów wspólnotowych, wydanych w sprawach z zakresu ochrony konkurencji w stosunkach żeglugowych. Komisja wyjaśniła w szczególności, w jaki sposób będzie wyznaczać rynek właściwy dla żeglugi liniowej oraz żeglugi trampowej, a także, jakie elementy będzie brała pod uwagę przy obliczaniu udziału w rynku. Treść wytycznych koncentruje się zwłaszcza na trzech grupach zagadnień związanych z funkcjonowaniem porozumień horyzontalnych w sektorze transportu morskiego: porozumieniach technicznych, wymianie informacji pomiędzy konkurentami i konsorcjach zraszających armatorów w sektorze usług trampowych (porozumieniach pulowych w żegludze trampowej). Porozumienia techniczne, których wyłącznym przedmiotem lub skutkiem jest wprowadzanie usprawnień technicznych lub nawiązanie współpracy technicznej, a także wdrażanie standardów ochrony środowiska, z reguły nie ograniczają konkurencji i w konsekwencji pozostają poza zakresem zakazu z art. 81 TWE. Niedozwolone pozostają porozumienia między konkurentami odnoszące się do cen, zdolności przewozowej lub innych kryteriów dotyczących konkurencji. Ważny element wytycznych stanowią wyjaśnienia Komisji w kwestii stosowania systemu wymiany informacji na temat rynków morskich. Badanie rzeczywistych lub potencjalnych skutków wymiany informacji następuje w odniesieniu do każdego konkretnego przypadku, przy czym kluczowymi elementami oceny jest struktura rynku, na którym dochodzi do wymiany informacji oraz charakter wymienianych informacji. Zakazem z art. 81 ust. 1 TWE objęta jest każda wymiana informacji, która w sposób odczuwalny wywiera niekorzystny wpływ na warunki konkurencji. Komisja nakazuje szczególną ostrożność w odniesieniu do wymiany informacji szczególnie chronionych pod względem handlowym, tj. informacji, które nie mają charakteru historycznego i odnoszą się do kryteriów konkurencji, takich jak cena, zdolności przewozowe lub koszty. Stopień zagregowania danych powinien uniemożliwiać zidentyfikowanie informacji dotyczących strategii rynkowej poszczególnych konkurentów. Także aktualność danych i okres, do którego się odnoszą nie mogą w sposób odczuwalny zredukować rywalizacji pomiędzy stronami wymiany i zakłócać konkurencji. Ważny czynnik oceny stanowi częstotliwość wymiany informacji, zakres udostępniania informacji klientom przewoźników, a także struktura instytucjonalna, w ramach której dochodzi do wymiany.

9. W odniesieniu do warunków funkcjonowania porozumień horyzontalnych w żegludze trampowej (konsorcjum przewoźników) Komisja nakazuje, z uwagi na zróżnicowany charakter tych porozumień, dokonywanie analizy zgodności z regułami konkurencji osobno dla każdego konkretnego przypadku. Poza zakresem zakazu z art. 81 ust. 1 TWE pozostają, co do zasady te porozumienia, których członkowie nie są faktycznymi ani potencjalnymi konkurentami lub porozumienia, w ramach których konkurencji nie są w stanie indywidualnie świadczyć usługi lub usług objętych umową pulową. Pogłę-

²⁹ Wytyczne w sprawie stosowania art. 81 Traktatu WE w sektorze usług transportu morskiego – projekt (Dz. U. UE 2007 C 215/3). Zastrzeżenia do treści projektu wytycznych, zgłaszane przez środowiska żeglugowe, w szczególności przez European Liner Affairs Association i European Shippers Council, dostępne są na stronie internetowej <http://ec.europa.eu/comm/competition/antitrust/legislation/maritime/>. Ostateczna treść wytycznych zostanie opublikowana przed upływem dwuletniego okresu przejściowego wprowadzonego rozporządzeniem 1419/2006.

bionej analizy z punktu widzenia wpływu porozumienia na rynek właściwy wymaga natomiast ocena takiego porozumienia, którego przedmiotem jest ograniczenie konkurencji. Zasady stosowania art. 81 ust. 3 TWE do porozumień w żegludze trampowej Komisja potraktowała w wytycznych w sposób marginalny. Wytyczne będą stosowane przez Komisję przez okres pięciu lat.

3. Konsorcja liniowe

3.1. Definicja

10. Zgodnie z tekstem kolejnych rozporządzeń organów europejskich, „**konsorcjum**” oznacza „porozumienie zawarte między dwoma lub więcej przewoźnikami eksploatującymi statki, którzy świadczą usługi międzynarodowej żeglugi liniowej wyłącznie w celu przewozu ładunku, głównie przy pomocy kontenera, dotyczące jednej dziedziny lub wielu dziedzin handlu, którego przedmiotem jest nawiązanie współpracy w formie wspólnego świadczenia usług w transporcie morskim oraz które usprawnia usługi, które byłyby oferowane indywidualnie przez każdego z jego członków w przypadku braku konsorcjum, w celu racjonalizacji ich działalności za pomocą środków technicznych, operacyjnych lub porozumień handlowych, z wyjątkiem ustalania cen.” Ponadto, „**porozumienie o świadczenie usług**”, wskazane w definicji jako podstawa prawna działania konsorcjum, oznacza „umowę zawartą między jednym lub więcej użytkownikami transportu a indywidualnym członkiem konsorcjum lub samym konsorcjum, zgodnie z którą w zamian za zobowiązanie się do zamówienia przewozu określonej ilości towarów w danym terminie użytkownik otrzymuje indywidualne zobowiązanie ze strony członka konsorcjum lub konsorcjum do dostarczenia zindywidualizowanej usługi, o danej jakości i specjalnie dostosowanej do jego potrzeb”.

3.2. Podstawa prawna

11. Po przyjęciu w grudniu 1986 r. rozporządzenia 4056/86 zawierającego wyłączenie grupowe dla konferencji liniowych³⁰ Rada zwróciła się do Komisji o zbadanie, czy inna struktura organizacyjna powszechnie używana w transporcie morskim, konsorcjum liniowe³¹, nie potrzebowałyby również podobnego wyłączenia spod zasad prawa konkurencji dla skutecznego funkcjonowania. Komisja podjęła się takiego badania i w 1990 r. przedstawiła Radzie raport, w którym zalecała przyjęcie odpowiedniego wyłączenia grupowego, odrębnego od wyłączenia dla konferencji³². W raporcie tym podkreślała, że zezwolenie konsorcjom na zawieranie szeregu porozumień technicznych dotyczących między innymi wspólnego wykorzystania dostępnej przestrzeni ładunkowej, urzędzeń

³⁰ Zob. M. A. Nesterowicz, *Wyłączenie konferencji liniowych*, op. cit., s. 57–72 oraz tenże, *The Mid-atlantic View of the Antitrust Shipping Regulations*, „University of San Francisco Maritime Law Journal” spring 2005, Vol. 17/2, s. 83 i nast.

³¹ Zob. G. Tantin, *Un mode d'exploitation nouveau du transport maritime de lignes régulières: les consortiums d'armateurs*, „DMF” 1986, s. 530; P. Samara, *Les consortiums d'armateurs*, „Transports” octobre 1986, nr 318, s. 464; J. Miotke-Dzięgiel, *Wpływ postępu techniczno-organizacyjnego na kartele w sferze żeglugi morskiej*, Zeszyty Naukowe Instytutu Ekonomiki Transportu Morskiego, Gdańsk 1987, s. 140.

³² COM 90 (260) final – 18.06.1990. Na temat oceny projektu zob. M. Neumeisten, *Règlement consortia: un début de sécurité et de nombreuses questions d'application*, „Journal de la Marine Marchande” 18 March 1994, s. 685.

i terminali portowych oraz struktury marketingowej może prowadzić do zwiększenia wydajności i jakości dostępnych usług żeglugi liniowej ze względu na racjonalizację działań członków konsorcjum. Wskazywała również na odmiennosc pomiędzy konsorcjami a konferencjami, która usprawiedliwiała przyjęcie odrębnego wyłączenia. Konsorcja mają bowiem inną strukturę i inne cele. W przeciwieństwie do konferencji są porozumieniami technicznymi i operacyjnymi, które nie zawierają zasad dotyczących wspólnego ustalania taryf i stawek frachtowych. Z drugiej strony Komisja wskazała, że konsorcja mogą również ograniczać konkurencję. Z tego względu i w celu zapewnienia równowagi rynkowej po przyznaniu wyłączenia, powinno ono również zawierać środki prowadzące do wspierania rozwoju indywidualnej konkurencji między członkami konsorcjum oraz między członkami konsorcjum a innymi towarzystwami żeglugowymi.

12. W lutym 1992 r. Rada przyjęła rozporządzenie 479/92 w sprawie stosowania art. 85 ust. 3 Traktatu do pewnych kategorii porozumień, decyzji i praktyk uzgodnionych pomiędzy towarzystwami liniowymi (konsorcja)³³. Ze względu na znaczenie transportu morskiego dla rozwoju handlu wspólnotowego oraz rolę w tym zakresie konsorcjów kontenerowych, rozporządzenie miało na celu przyznanie Komisji możliwości do wyłączenia określonych kategorii porozumień, decyzji i praktyk uzgodnionych konsorcjów spod zakazu porozumień ograniczających konkurencję. Tak też, na podstawie rozporządzenia 479/92 Komisja miała przyjąć kolejne rozporządzenie, które zawierałoby wyłączenie grupowe spod art. 81 ust. 1 TWE (w tym czasie jeszcze art. 85 ust. 1) dla konsorcjów liniowych. Rozporządzenie to miało określić kategorie porozumień, decyzji i praktyk uzgodnionych objętych wyłączeniem oraz warunki i obowiązki obciążające konsorcja korzystające z wyłączenia. Wyłączenie miało obowiązywać przez 5 lat i mogło zostać uchylone lub zmienione w każdym momencie w przypadku zmiany okoliczności związanych z faktami, który leżały u podstaw jego wydania albo przedłużone na kolejne 5 lat.

3.3. Rozporządzenie 870/95

13. Rozporządzenie zawierające wyłączenie grupowe dla konsorcjów zostało przyjęte przez Komisję w 1995 r. Było to rozporządzenie Komisji (WE) nr 870/95 w sprawie zastosowania art. 85 ust. 3 (obecnie art. 81 ust. 3) Traktatu do określonych grup porozumień, decyzji i praktyk uzgodnionych między towarzystwami żeglugi liniowej (konsorcja)³⁴.

Jego ważność zakończyła się 5 lat później. W związku z tym Komisja przeprowadziła analizę dotychczasowego funkcjonowania wyłączenia, w ramach której zbadała trzy możliwe opcje: nieprzedłużenie wyłączenia, jego przedłużenie na kolejne 5 lat bez zmian co do treści lub przedłużenie ze zmianami. Ostatecznie zdecydowała się przedłużyć wyłączenie na kolejne 5 lat, ale wprowadzić do niego pewne, choć niewielkie, modyfikacje, dotyczące między innymi listy porozumień podlegających wyłączeniu oraz zasad obliczania udziału w rynku³⁵. W rezultacie, zostało uchwalone nowe rozporządzenie

³³ Rozporządzenie Rady (EWG) nr 479/92 z dnia 25 lutego 1992 r. w sprawie stosowania art. 85 ust. 3 Traktatu do pewnych kategorii porozumień, decyzji i praktyk uzgodnionych pomiędzy kompaniami liniowymi (konsorcja) (Dz. U. WE 1992 L 55/3; Dz. U. UE Polskie Wyd. Specjalne, rozdz. 7, t. 1, s. 356–358). Zob. E. Kosiński, *Rodzaje i zakres sektorowych wyłączeń...*, op. cit., s. 558.

³⁴ Commission Regulation (EC) No 870/95 of 20 April 1995 on the application of Article 85 (3) of the Treaty to certain categories of agreements, decisions and concerted practices between liner shipping companies (consortia) pursuant to Council Regulation (EEC) No 479/92 (OJ 1995 L 89/7).

³⁵ Por. J. Milligan, *Revision of Block Exemption Regulation 870/95 on Consortia Agreements*, „ECLR” 2000, Vol. 21, No. 4, s. 232 i n. oraz Ch. Williams, *Adoption of Regulation 823/2000 renewing the block exemp-*

dzenie, które zastąpiło rozporządzenie 870/95. Rozporządzenie 823/2000 obowiązuje do dzisiaj, po dwukrotnej nowelizacji³⁶.

3.4. Rozporządzenie 823/2000

3.4.1. Uwagi ogólne

14. Rozporządzenie Komisji (WE) nr 823/2000 w sprawie stosowania art. 81 ust. 3 Traktatu do określonych grup porozumień, decyzji i praktyk uzgodnionych między towarzystwami żeglugi liniowej (konsorcja) zostało uchwalone w dniu 19 kwietnia 2000 r.³⁷ Obowiązuje ono do dzisiaj, chociaż było dwukrotnie nowelizowane: w 2004 r. rozporządzeniem 463/2004³⁸ i w 2005 r. rozporządzeniem 611/2005³⁹.

Rozporządzenie 823/2000, podobnie jak i poprzedzające je rozporządzenie, ma zastosowanie do konsorcjów tylko w przypadku, gdy świadczą one usługi międzynarodowego przewozu liniowego z lub do jednego lub więcej portów Wspólnoty lub usługi przewozu pomiędzy portami Wspólnoty przynależącymi do różnych państw. Pierwsze rozporządzenie, w momencie uchwalania, wykluczyło swoje zastosowanie do kabotażu (tj. żeglugi morskiej prowadzonej w obrębie tego samego państwa). Na takiej samej zasadzie, wspomniane wcześniej rozporządzenie 4056/86 dotyczące żeglugi liniowej również nie dotyczyło kabotażu⁴⁰. W ramach wspólnego rynku żeglugowego w obrębie Wspólnoty zasady dotyczące transportu krajowego zawsze przyjmowane były na końcu i po przezwycięzeniu pewnego oporu ze strony państw członkowskich. W odniesieniu do żeglugi liniowej, stało się to jedynie w 2006 r., gdy Rada – rozporządzeniem 1419/2006 – uchyliła wyłączenie grupowe dla konferencji liniowych i postanowiła o pełnym zastosowaniu zasad konkurencji również do żeglugi trampowej oraz kabotażowej⁴¹.

tion for liner consortia, „EC CPN” 2000, nr 3, s. 44–47, a także R. Confavreux, Le règlement consortium renouvelé sans grand changement, „Journal de la Marine Marchande” 7.01.2000, s. 6.

³⁶ Por. M. A. Nesterowicz, *Zasady prawa konkurencji Wspólnoty Europejskiej w transporcie morskim*, „KPPubl.” 2001, nr 2, s. 63 i nast.

³⁷ Rozporządzenie Komisji (WE) nr 823/2000 z dnia 19 kwietnia 2000 r. w sprawie stosowania art. 81 ust. 3 Traktatu do określonych grup porozumień, decyzji i praktyk uzgodnionych między towarzystwami żeglugi liniowej (konsorcja) (Dz. U. WE 2000 L 100/24; Dz. U. UE Polskie Wyd. Specjalne, rozdz. 8, t. 2, s. 4), dalej: rozporządzenie 823/2000.

³⁸ Rozporządzenie Komisji (WE) nr 463/2004 z dnia 12 marca 2004 r. zmieniające rozporządzenie (WE) nr 823/2000 w sprawie stosowania art. 81 ust. 3 Traktatu do określonych grup porozumień, decyzji i praktyk uzgodnionych między towarzystwami żeglugi liniowej (konsorcjami) (Dz. U. UE 2004 L 77/23; Dz. U. UE Polskie Wyd. Specjalne, rozdz. 8, t. 3, s. 72), dalej: rozporządzenie 463/2004.

³⁹ Rozporządzenie Komisji (WE) nr 611/2005 z dnia 20 kwietnia 2005 r. zmieniające rozporządzenie (WE) nr 823/2000 w sprawie stosowania art. 81 ust. 3 Traktatu do określonych grup porozumień, decyzji i praktyk uzgodnionych między towarzystwami żeglugi liniowej (konsorcja) (Dz. U. UE 2005 L 101/10); dalej: rozporządzenie 611/2005.

⁴⁰ Por. I. Zużewicz-Wiewiórowska, *Konferencje żeglugowe w dobie przemian*, op. cit., s. 239–268 oraz M.A. Nesterowicz, *Projekt rozporządzenia UE w sprawie uchylenia rozporządzenia przyznającego liniowym konferencjom żeglugowym wyłączenie od zakazu zмовy kartelowej*, „Prawo Morskie” 2006, t. XXII, s. 253–264.

⁴¹ Podobnie w odniesieniu do zasady swobodnego świadczenia usług, w 1986 r. Rada Europejska przyjęła rozporządzenie 4055/86 stosujące zasadę swobody świadczenia usług do transportu morskiego między państwami członkowskimi i między państwami członkowskimi a państwami trzecimi, ale dopiero w 1992 r. przyjęła rozporządzenie 3577/92 dotyczące stosowania zasady swobody świadczenia usług kabotażowych. Zob. M. A. Nesterowicz, *Freedom of services of the EC in maritime transport*, „Journal of Maritime Law and Commerce” 2003, Vol. 34, No. 4, s. 629–645 oraz tej samej autorki, *Cztery wolności gospodarce prawa europejskiego w kontekście transportu morskiego*, „KPPubl” 2002, nr 1–2, s. 93 i nast.

3.4.2. Działania objęte wyłączeniem grupowym

15. Istotą rozporządzenia wyłączającego dla konsorcjów jest przyznanie im wyłączenia grupowego spod zasad art. 81 ust. 1 TWE. Mimo że umowy o świadczenie usług przewozowych w ramach konsorcjum podlegają zasadom prawa konkurencji, to korzyści jakie przynoszą, zezwalają na częściowe wyłączenie zastosowania tych zasad. Tak też, na podstawie art. 3 ust. 2 rozporządzenia 823/2000, powyższe wyłączenie stosuje się do następujących działań:

„a) wspólnego świadczenia usług przewozu w żegludze liniowej, które obejmują wyłączenie następujące działania:

- i) koordynację i/lub wspólne ustalanie rozkładów rejsów oraz określanie portów zawińnięcia;
- ii) wymianę, sprzedaż lub wzajemny czarter przestrzeni ładunkowej lub pomieszczeń na statkach;
- iii) wspólne wykorzystywanie statków i/lub urządzeń portowych;
- iv) wykorzystanie jednego lub kilku wspólnych biur działalności;
- v) zapewnienie kontenerów, podwozia oraz innego sprzętu i/lub umowy dzierżawy, leasingu lub zakupu takiego sprzętu;
- vi) wykorzystanie komputerowego systemu wymiany danych i/lub wspólnego systemu dokumentacji;
- b) tymczasowych dostosowań ładowności;
- c) wspólnego prowadzenia lub wykorzystywania terminali portowych oraz związanych z tym usług (takich jak usługi lichtugowe lub sztauerskie);
- d) udziału w jednej z lub w więcej z następujących zrzeszeń: ładunkowego, dochodowego, dochodu netto;
- e) wspólnego korzystania z praw głosu należących do konsorcjum w konferencji, w ramach której działają jego członkowie, jeżeli prawo głosu wspólnie wykonywane dotyczy działalności konsorcjum jako takiego;
- f) wspólnej struktury marketingowej i/lub wydawania wspólnego konosamentu;
- g) każdej innej działalności o charakterze pomocniczym w stosunku do powyższych działań, określonych w lit. a)–f), która jest konieczna dla ich realizacji”, co może w szczególności oznaczać:

„i) zobowiązanie członków konsorcjum do wykorzystywania w danej dziedzinie lub danych dziedzinach handlu statków przydzielonych konsorcjum oraz do powstrzymywania się od czarteru przestrzeni ładunkowej na statkach będących własnością stron trzecich;

ii) zobowiązanie członków konsorcjum do nieprzydzielania lub nieczarterowania przestrzeni ładunkowej innym przewoźnikom eksploatującym statki w danej dziedzinie lub danych dziedzinach handlu, z wyjątkiem uprzedniej zgody pozostałych członków konsorcjum.”

Ponadto, z wyłączenia spod art. 81 ust. 1 TWE korzystają również porozumienia, decyzje i praktyki uzgodnione między konsorcjum korzystającym z wyłączenia, z jednej strony a użytkownikami transportu lub reprezentującymi ich organizacjami, z drugiej strony. Porozumienia te powinny dotyczyć warunków i jakości usług żeglugi liniowej świadczonych przez konsorcjum oraz innych związanych z takimi usługami zagadnień.

16. Należy zauważyć, że wymienione powyżej działania konsorcjów mają generalnie na celu racjonalizację działań członków konsorcjum, a w szczególności efektywną

gospodarkę przestrzenną ładunkową oraz racjonalizację wykorzystania urządzeń portowych dzięki tzw. efektowi skali w eksploatacji statków. Prowadzi to do usprawnienia transportu oraz do zwiększenia wydajności i jakości dostępnych usług żeglugi liniowej. Ponadto, promowanie większego wykorzystania kontenerów oraz bardziej efektywnego wykorzystania ładowności statków może również przyczynić się do rozwoju postępu technicznego i gospodarczego. Co najważniejsze, użytkownicy usług żeglugi morskiej świadczonych przez konsorcja generalnie otrzymują słuszny udział w korzyściach wynikających z poprawy wydajności oraz jakości usług świadczonych przez konsorcja. Korzyści te mogą przybrać formę zwiększenia częstotliwości żeglugi i zawinięć do portów lub poprawy planowania rozkładów, jak również wyższej jakości oraz zindywidualizowanych usług poprzez wykorzystanie bardziej nowoczesnych statków i innego sprzętu, w tym urządzeń portowych. W przeciwieństwie natomiast do konferencji liniowych, żadne z działań w ramach konsorcjum nie stanowi wspólnego ustalania cen.

19. Z powyższych względów Komisja uznała, że działania wymienione w art. 3 rozporządzenia 823/2000 zasługują na wyłączenie spod zastosowania art. 81 ust. 1 TWE. Z drugiej strony jednakże, aby nie przyznać konsorcjom działającym na rynku możliwości wyeliminowania konkurencji, Komisja zastrzegła, w art. 6 rozporządzenia, że niniejsze wyłączenie przysługuje tylko konsorcjom o maksymalnie określonej sile rynkowej. Tak więc udział konsorcjum w rynku nie może przekraczać 30%, gdy działa w ramach konferencji, lub 35%, gdy działa poza konferencją. Udział ten jest obliczany na podstawie wolumenu przewożonych towarów (tony frachtowe lub jednostki odpowiadające 20 stopom).

Jeżeli natomiast udział konsorcjum w rynku był wyższy niż podane powyżej progi, ale nie przekraczał 50%, to zainteresowane konsorcjum mogło – do nowelizacji w 2004 r. (o czym poniżej) – zgłosić swoje porozumienie do Komisji zgodnie z przepisami rozporządzenia Komisji 2843/98 w sprawie formy, treści oraz innych szczegółów wniosków i zgłoszeń przewidzianych w rozporządzeniach Rady wprowadzających reguły konkurencji do sektora transportu⁴²; porozumienie to korzystało wtedy z wyłączenia, jeżeli Komisja nie wyraziła sprzeciwu w ciągu sześciu miesięcy od zgłoszenia. Termin sześciu miesięcy pozwalał Komisji na analizę rynku i porozumienia. W ramach tej procedury, na podstawie rozporządzeń 870/95 i 823/2000, Komisja otrzymała około 20 zgłoszeń. Procedura została usunięta w 2004 r.

3.4.3. Warunki obciążające wyłączenie

20. Aby zapewnić równowagę na rynku, w ramach którego konsorcja liniowe korzystały z wyłączenia od art. 81 ust. 1 TWE, Komisja obciążyła wspomniane wyłączenie określonymi warunkami, skierowanymi w szczególności do konsorcjów działających w ramach konferencji liniowych. Ponieważ wiadomym jest, że naturą konferencji jest wspólne ustalanie stawek i taryf, konferencja sama w sobie stanowi poważne – choć do października 2008 r. dozwolone – ograniczenie konkurencji. Aby uniknąć sytuacji, gdy członkowie konsorcjum działającego w ramach konferencji korzystaliby ze zbyt wielu wyłączeń w tym samym czasie i z racji przynależności do dwóch struktur, Komisja wprowadziła trzy wymogi, których celem miało być zapewnienia konkurencji. Pierwszy z wymogów stanowi, że między członkami konferencji, w ramach której działa konsorcjum

⁴² Rozporządzenie Komisji (WE) nr 2843/98 z dnia 22 grudnia 1998 r. w sprawie formy, treści oraz innych szczegółów wniosków i zgłoszeń przewidzianych w rozporządzeniu Rady (EWG) nr 1017/68, (EWG) nr 4056/86 oraz (EWG) nr 3975/87 wprowadzające reguły konkurencji do sektora transportu (Dz. U. WE 1998 L 354/22; Dz. U. UE Polskie Wyd. Specjalne, rozdz. 8, t. 4, s. 208).

musi istnieć skuteczna konkurencja cenowa. W praktyce oznacza to, że członkowie konsorcjum muszą mieć możliwość – zagwarantowaną im w porozumieniu ustanawiającym konferencję – niezależnego ustalania stawek frachtowych, różniących się od taryfy konferencji. Drugi wymóg stanowi, że między członkami konferencji, w ramach której działa konsorcjum, musi istnieć dostateczny stopień skutecznej konkurencji w zakresie świadczonych usług. W praktyce oznacza to, że porozumienie ustanawiające konferencję musi wyraźnie zezwalać członkom konsorcjum na oferowanie w każdej chwili własnych porozumień o świadczeniu usług, niezależnie od ich formy, częstotliwości i jakości. Trzeci wymóg stanowi, że członkowie konsorcjum muszą podlegać skutecznej, faktycznej lub potencjalnej konkurencji ze strony linii żeglugowych, nie będących członkami tego konsorcjum, niezależnie od tego, czy konferencja działa w danej dziedzinie lub danych dziedzinach handlu.

21. Pozostałe warunki obciążające wyłączenie są o mniejszej wadze, niemniej mają one również na celu zachowanie konkurencji na rynku, na którym działa konsorcjum korzystające z wyłączenia i dotyczą wszystkich konsorcjów, działających lub niedziałających w ramach konferencji liniowej. Warunki te stanowią w ogólnym zarysie, że każdy członek konsorcjum jest niezależny i ma prawo do indywidualnego działania i konkurencji z innymi przedsiębiorstwami. Tak więc, zgodnie z art. 8 rozporządzenia 823/2000, konsorcjum musi pozwolić każdemu ze swoich członków na oferowanie – na podstawie indywidualnej umowy – własnych usług. Ponadto, porozumienie ustanawiające konsorcjum musi dawać członkom prawo do wycofania się z konsorcjum bez finansowej lub innej kary i do prowadzenia własnej działalności po wystąpieniu z konsorcjum. Jednakże konsorcjum o wysokim stopniu zintegrowania, które posiada wspólny przychód netto lub wysoki poziom inwestycji ze względu na zakup lub czarter przez jego członków statków wyłącznie w celu utworzenia konsorcjum, może wprowadzić okres wypowiedzenia wynoszący maksymalnie 6 miesięcy, po upływie określonego okresu wstępnego przynależności do konsorcjum⁴³. Wreszcie, w przypadku, gdy konsorcjum działa w ramach wspólnej struktury marketingowej każdy członek konsorcjum musi mieć prawo do prowadzenia niezależnego marketingu, bez groźby kary, pod warunkiem zachowania maksymalnie sześciomiesięcznego okresu wypowiedzenia. Kolejny i ostatni warunek zawiera, znany w prawie europejskim, zakaz dyskryminacji. Zakaz ten stanowi istotę i podstawę swobód gospodarczych wspólnego rynku: niedopuszczalna jest dyskryminacja ze względu na narodowość, przynależność krajową, kraj pochodzenia towarów, itp. Art. 12 TWE stanowi, że „w dziedzinie zastosowania niniejszego Traktatu (...) zabroniona jest jakakolwiek forma dyskryminacji ze względu na przynależność państwową”. Art. 49 Traktatu ustanawiający swobodę świadczenia usług stanowi, że „ograniczenia w swobodnym świadczeniu usług wewnątrz Wspólnoty są zakazane w odniesieniu do przynależnych państw członkowskich mających przedsiębiorstwa w kraju Wspólnoty innym niż kraj przeznaczenia świadczenia”. Wreszcie rozporządzenie 4055/86 o swobodzie świadczenia usług żeglugowych pośrednio zakazywało, w swoim art. 1 ust. 1 ograniczeń w stosunku do obywateli państw członkowskich oraz przedsiębiorstw żeglugowych zarejestrowanych poza Wspólnotą i kontrolowanych przez obywateli państwa członkowskiego, jeśli ich statki były zarejestrowane w tym państwie członkowskim

⁴³ Por. przykładowo sprawę nr IV/36.282 *Arrangements between Sea-Land, P&O Nedlloyd, Maersk and OOCL* („Vessel Sharing Agreements”), (Dz. U. WE 1997 C 185, s. 4). Sprawa ta dotyczyła okresu wypowiedzenia: konsorcjum ustaliło taki okres na 24 miesiące ze względu na swój wysoki stopień zintegrowania i znaczne wkłady inwestycyjne, jaki członkowie konsorcjum poczynili dla umożliwienia jego skutecznego funkcjonowania. Okres wypowiedzenia został uznany przez Komisję za rozsądny.

zgodnie z jego ustawodawstwem. W odniesieniu do konsorcjów, zasada niedyskryminacji oznacza, zgodnie z art. 8 ust. 1 lit. d) rozporządzenia 823/2000, że ani konsorcjum, ani jego członkowie indywidualnie „nie mogą działać, w ramach wspólnego rynku, na szkodę określonych portów, użytkowników lub przewoźników poprzez przewóz tych samych towarów oraz na obszarze objętym porozumieniem według stawek i warunków przewozu, które różnią się w zależności od kraju pochodzenia lub przeznaczenia lub portu załadunku lub rozładunku, chyba że takie stawki lub warunki mogą być ekonomicznie uzasadnione”.

22. Ponadto, aby zapewnić spełnienie jednej z najważniejszych przesłanek art. 81 ust. 3 TWE, tj. aby użytkownicy i konsumenci odnosili korzyści pomimo ograniczenia konkurencji przyznanego przedsiębiorstwu lub grupie przedsiębiorstw, art. 9 rozporządzenia wymaga, aby między konsorcjum a użytkownikami lub reprezentującymi ich organizacjami prowadzić rzeczywiste i skuteczne konsultacje w celu poszukiwania rozwiązań wszystkich istotnych kwestii. Artykuł ten zawiera również zasady proceduralne dotyczące prowadzenia takich konsultacji.

3.4.4. Możliwość cofnięcia przywileju wyłączenia

23. Komisja może cofnąć przywilej wyłączenia, w przypadku gdy w danej sprawie uzna, że porozumienie, decyzja lub praktyka uzgodniona podlegające wyłączeniu powodują jednak skutki niezgodne z warunkami ustanowionymi w art. 81 ust. 3 TWE. Będzie tak szczególnie w przypadku, gdy w danej dziedzinie handlu konkurencja zewnętrzna w stosunku do konferencji, w ramach której działa konsorcjum lub w stosunku do określonego konsorcjum nie jest skuteczna, lub gdy konsorcjum wielokrotnie narusza zobowiązania obciążające dane wyłączenie.

3.4.5. Okres obowiązywania wyłączenia

24. Rozporządzenie 823/2000 weszło w życie z dniem 26 kwietnia 2000 r. Wyłączenia w nim przewidziane zostało przyznane konsorcjom na 5 lat – tak więc jego ważność wygasła w dniu 25 kwietnia 2005 r.

3.5. Nowelizacje rozporządzenia 823/2000

3.5.1. Nowelizacja na mocy rozporządzenia 463/2004

25. W marcu 2004 r. rozporządzenie 823/2000 zostało znowelizowane rozporządzeniem 463/2004. Celem nowelizacji było ujednoczenie zasad rozporządzenia 823/2000 z nowo przyjętym rozporządzeniem 1/2003 w sprawie wprowadzenia w życie reguł konkurencji ustanowionych w art. 81 i 82 Traktatu. Tym ostatnim rozporządzeniem został wyeliminowany system wyłączeń indywidualnych, na mocy którego przedsiębiorstwa miały możliwość zgłaszania swoich porozumień do Komisji w celu ich analizy i przyznania im ewentualnego wyłączenia indywidualnego spod art. 81 ust. 1 TWE. Takiej możliwości już nie ma – przedsiębiorstwa muszą same ocenić, czy ich porozumienia spełniają warunki art. 81 ust. 3 TWE, a organy konkurencji i sądy państw członkowskich mogą również stosować ten przepis bezpośrednio.

26. Nowelizacja rozporządzenia 823/2000 dotyczyła w szczególności tzw. procedury sprzeciwu, na mocy której konsorcja o udziale rynkowym poniżej 50%, ale powyżej 30% (jeżeli działały w ramach konferencji) lub 35% (jeżeli działały poza konferencją) mogły zgłosić swoje porozumienia do Komisji i wprowadzić je w życie, jeżeli Komisja

nie wyraziła sprzeciwu w ciągu 6 miesięcy. Na mocy rozporządzenia nowelizującego, art. 7 dotyczący procedury sprzeciwu, został skreślony. Od tego momentu konsorcja o udziale rynkowym powyżej 30% lub 35% (odpowiednio) są same zobowiązane ocenić, czy ich porozumienia spełniają warunki art. 81 ust. 3 – tak jak od października 2008 r. zobowiązane będą czynić wszystkie inne przedsiębiorstwa żeglugowe, tak w ramach żeglugi liniowej, jak i trampowej. Wprowadzono również okres przejściowy dla porozumień już zgłoszonych w ramach procedury sprzeciwu – termin oczekiwania na decyzję Komisji miał zakończyć się dla nich w dniu 1 maja 2004 r.

27. Ponadto, nowelizacja przyznała krajowym organom ochrony konkurencji – obok wcześniej istniejącej takiej możliwości ze strony Komisji – prawo do cofania przywileju wyłączenia płynącego z rozporządzenia 823/2000 w odniesieniu do terytorium krajowego, gdyby dane porozumienie, decyzja lub praktyka powodowały skutki niezgodne z art. 81 ust. 3 TWE na terytorium danego państwa członkowskiego (art. 12 ust. 2 rozporządzenia).

3.5.2. Nowelizacja na mocy rozporządzenia 611/2005

28. W kwietniu 2005 r. Komisja dokonała kolejnej nowelizacji rozporządzenia 823/2000. Oprócz pewnych niewielkich zmian, w szczególności dotyczących obowiązkowego okresu wstępnego oraz minimalnego dozwolonego okresu wycofania się z konsorcjum w celu ochrony znaczących nowych inwestycji dokonanych w ramach konsorcjum, nowelizacja ta polegała głównie na przedłużeniu ważności wyłączenia o kolejne 5 lat. Obecnie jest ono ważne do 26 kwietnia 2010 r.

4. Uwagi końcowe

29. Wypracowanie satysfakcjonujących dla organów wspólnotowych zasad działania konferencji żeglugowych wymagało odstąpienia przez przewoźników od stosowania określonych praktyk antykonkurencyjnych, polegających w szczególności na wprowadzaniu ograniczeń w zakresie ustalania indywidualnych kontraktów serwisowych (indywidualnych umów o świadczenie usług), niedozwolonej wymianie informacji handlowych, pozostającym poza zakresem wyłączenia regulowaniu zdolności przewozowej, czy też ustalaniu stawek frachtowych za część lądową przewozów⁴⁴.

30. Funkcjonowanie w praktyce rozporządzenia zawierającego wyłączenie grupowe dla konsorcjów nie wywoływało natomiast szczególnych trudności. Reguły dotyczące działalności konsorcjów zdają się w poprawny sposób równoważyć interesy przewoźników i „użytkowników” usług transportowych, dostarczając wymiernych korzyści obu stronom. Zgłaszane przez środowiska żeglugowe zastrzeżenia co do treści rozporządzenia były korygowane przez Komisję przy nowelizacjach aktu. Po kolejnej analizie treści rozporządzenia 823/2000, Komisja Europejska uznała, że przyznawanie wyłączenia grupowego konsorcjom jest nadal uzasadnione. Pomimo zniesienia wyłączenia grupowego dla konferencji liniowych, różnice pomiędzy konsorcjami a konferencjami, a w szczególności fakt, że w ramach konsorcjów nie dochodzi do wspólnego ustalania

⁴⁴ Zob. decyzję Komisji w sprawie COMP/37.396/D2 – *Revised TACA* (Dz. U. UE 2003 L 26/53); decyzję Komisji w sprawie *EATA*, pkt 29 i nast. Zob. też sprawę T-395/94 *Atlantic Container Line v Komisja* (Zb. Orz. 2002, II-875), pkt 29. Zob. też: J-F. Pons, E. Fitzgerald, *Competition in the maritime transport sector: a new era*, „EC CPN” 2002, nr 1, s. 12; E. Fitzgerald, *The Revised TACA Decision – The end of the conflict ?*, „EC CPN” 2003, nr 1, s. 56 i nast.

stawek, spowodowały utrzymanie wyłączenia dla konsorcjów. W niedalekiej przyszłości będzie jednakże konieczna kolejna nowelizacja rozporządzenia o konsorcjach, w szczególności po to, aby dostosować je do zmian rynkowych spowodowanych uchyleciem rozporządzenia 4056/86 i wynikającym z tego zakazem działania konferencji liniowych. Na koniec należy zauważyć, że działalność konsorcjów jest zagadnieniem o zakresie międzynarodowym, a przynajmniej – w niektórych przypadkach – europejskim. Konsorcjum opiera się na porozumieniu o świadczeniu usług w żegludze międzynarodowej. Jego działanie pomiędzy portami tylko jednego państwa nie miałoby większego znaczenia. Stąd zasady prawa konkurencji dotyczące konsorcjum zostały zawarte w rozporządzeniu europejskim. Nie ma natomiast potrzeby uregulowania polskiego.

31. Ponadto, obecnie porozumienia typu konsorcjum w rozumieniu rozporządzenia 823/2000 nie są zawierane w Polsce.

Rozporządzenie Komisji (WE) nr 823/2000
z dnia 19 kwietnia 2000 r.
w sprawie stosowania art. 81 ust. 3 Traktatu do określonych grup porozumień, decyzji
i praktyk uzgodnionych między towarzystwami* żeglugi liniowej (konsorcja)
(Tekst mający znaczenie dla EOG)

(Dz. U. WE 2000 L 100/24; Dz. U. UE Polskie Wyd. Specjalne, Rozdz. 08, tom 02, s. 4)

(znowelizowane rozporządzeniami nr 463/2004 z dnia 12 marca 2004 r.¹ i nr 611/2005 z dnia 20 kwietnia 2005 r.² zmieniającymi rozporządzenie Komisji (WE) nr 823/2000 w sprawie stosowania art. 81 ust. 3 Traktatu do określonych grup porozumień, decyzji i praktyk uzgodnionych między towarzystwami żeglugi liniowej (konsorcja)

KOMISJA WSPÓLNOT EUROPEJSKICH,

uwzględniając Traktat ustanawiający Wspólnotę Europejską,

uwzględniając rozporządzenie Rady (EWG) nr 479/92 z dnia 25 lutego 1992 r. w sprawie stosowania art. 85 ust. 3 Traktatu do pewnych kategorii porozumień, decyzji i praktyk uzgodnionych między towarzystwami żeglugi liniowej (konsorcja)³, zmienione Aktem Przystąpienia Austrii, Finlandii i Szwecji, w szczególności jego art. 1,

po opublikowaniu projektu niniejszego rozporządzenia⁴,

po konsultacji z Komitetem Doradczym ds. Porozumień Ograniczających Konkurencję i Pozycji Dominującej w Transporcie Morskim,

a także mając na uwadze co następuje:

(1) Rozporządzenie (EWG) nr 479/92 upoważnia Komisję do stosowania art. 81 ust. 3 Traktatu do pewnych kategorii porozumień, decyzji i praktyk uzgodnionych pomiędzy towarzystwami żeglugi liniowej (konsorcja), dotyczących wspólnego świadczenia usług przewozów liniowych, które poprzez współpracę między towarzystwami żeglugowymi będącymi ich stronami mogą ograniczać konkurencję na wspólnym rynku oraz wpływać na handel między Państwami Członkowskimi oraz wobec których może mieć zastosowanie zakaz przewidziany w art. 81 ust. 1 Traktatu.

(2) Komisja skorzystała z tego uprawnienia przez przyjęcie rozporządzenia Komisji (WE) nr 870/95⁵. W świetle uzyskanego dotychczas w ten sposób doświadczenia możliwe jest określenie kategorii konsorcjów, które mogą wchodzić w zakres art. 81 ust. 1, ale które zwykle można uznać za spełniające warunki ustanowione w art. 81 ust. 3.

(3) Komisja zwróciła należną uwagę na specjalne cechy transportu morskiego. Cechy te będą również stanowić materialny czynnik w każdej dokonywanej przez Komisję ocenie konsorcjów nieobjętych wyłączeniem grupowym.

(4) Konsorcja, zgodnie z definicją w niniejszym rozporządzeniu, generalnie pomagają zwiększyć wydajność i jakość dostępnych usług żeglugi liniowej ze względu na ich wkład w racjonalizację działań członków konsorcjum oraz efekt skali w eksploatacji statków oraz wykorzystaniu urządzeń portowych. Pomagają one również wspierać postęp techniczny i gospodarczy poprzez umożliwienie i promowanie większego wykorzystania kontenerów oraz bardziej efektywnego wykorzystania ładowności statków.

* Uwaga M.A. Nesterowicz: W polskim tekście rozporządzenia przetłumaczono „*shipping companies*” (ang.) i „*compagnies maritimes*” (fr.) jako „towarzystwa żeglugi liniowej” albo, dalej w tekście „towarzystwa żeglugowe”. Takie tłumaczenie można uznać za niewłaściwe. Powinno używać się pojęcia „przedsiębiorstwa żeglugi liniowej”/ „przedsiębiorstwa żeglugowe”. Towarzystwa mogą być klasyfikacyjne lub ubezpieczeniowe, ale żeglugowe są przedsiębiorstwa.

¹ Dz. Urz. L 77 z 13.03.2004, s. 23–24.

² Dz. Urz. L 101 z 21.04.2005, s. 10–11.

³ Dz. Urz. L 55 z 29.12.1992, s. 3.

⁴ Dz. Urz. C 379 z 31.12.1999, s. 13.

⁵ Dz. Urz. C 80 z 21.4.1995, s. 7.

(5) Użytkownicy usług żeglugi morskiej świadczonych przez konsorcja generalnie otrzymują słuszny udział w korzyściach wynikających z poprawy wydajności oraz jakości usług świadczonych przez konsorcja. Korzyści te mogą również przybrać formę zwiększenia częstotliwości żeglugi i zawinięć do portów lub poprawy planowania rozkładów, jak również wyższej jakości oraz zindywidualizowanych usług poprzez wykorzystanie bardziej nowoczesnych statków i innego sprzętu, w tym urządzeń portowych. Użytkownicy mogą efektywnie wykorzystać konsorcja tylko w przypadku istnienia dostatecznej konkurencji w dziedzinach handlu, w których działają konsorcja.

(6) Porozumienia te powinny więc korzystać z wyłączenia grupowego, pod warunkiem że nie będą umożliwiać towarzystwom, o których mowa, eliminowania konkurencji w znaczącej części danych dziedzin handlu. W celu uwzględnienia ciągłych wahań na rynku transportu morskiego i częstych zmian dokonywanych przez strony w warunkach porozumień ustanawiających konsorcja lub w działaniach przewidzianych przez te Porozumienia jednym z celów niniejszego rozporządzenia jest sprecyzowanie warunków, które konsorcja muszą spełnić, aby skorzystać z przyznanego przez rozporządzenie wyłączenia grupowego.

(7) W celu ustanowienia i świadczenia wspólnych usług konieczną cechą charakteryzującą konsorcja jest zdolność do dostosowywania ładowności. Niewykorzystywanie określonej części ładowności statków w ramach konsorcjum nie jest zasadniczą cechą konsorcjów.

(8) Wyłączenie grupowe przewidziane w niniejszym rozporządzeniu powinno obejmować zarówno konsorcja działające w ramach konferencji liniowej, jak i konsorcja działające poza takimi konferencjami z wyjątkiem, kiedy nie obejmuje ono wspólnego ustalania stawek frachtowych**.

(9) Ustalanie stawek regulowane jest przez rozporządzenie Rady (EWG) nr 4056/86 z dnia 22 grudnia 1986 r. ustanawiające szczegółowe zasady stosowania art. 85 i 86 Traktatu do transportu morskiego⁶, zmienione Aktem Przystąpienia Austrii, Finlandii i Szwecji. Członkowie konsorcjów, którzy pragną ustalać stawki wspólnie, a nie spełniają kryteriów przewidzianych przez rozporządzenie (EWG) nr 4056/86, muszą wystąpić o wyłączenie indywidualne.

(10) Pierwszy z warunków wiążących się z wyłączeniem grupowym powinien przewidywać, że użytkownicy przewozu powinni uczestniczyć w słusznych korzyściach wynikających ze zwiększonej efektywności, a także w innych korzyściach oferowanych przez konsorcja.

(11) Wymaganie przewidziane w art. 81 ust. 3 powinno być uważane za spełnione, gdy konsorcjum znajduje się w jednej lub w więcej z trzech sytuacji opisanych poniżej:

– istnieje skuteczna konkurencja cenowa między członkami konferencji, w ramach której konsorcjum działa, będąca wynikiem niezależnego ustalania stawek,

– w ramach konferencji, w ramach której konsorcjum funkcjonuje, istnieje dostateczny poziom skutecznej konkurencji w zakresie świadczonych usług między członkami konsorcjum a innym członkami konferencji, którzy nie są członkami konsorcjum, ze względu na fakt, że porozumienie ustanawiające konferencję wyraźnie przyznaje konsorcjom prawo do oferowania ich własnych usług, np. świadczenia przez samo konsorcjum usługi typu „dostawa na czas” lub usługi w zakresie zaawansowanej „elektronicznej wymiany danych” (EDI) umożliwiającej stałe informowanie użytkowników o położeniu ich towarów, lub znaczący wzrost częstotliwości rejsów oraz zawinięć do portu w usługach świadczonych przez konsorcjum w porównaniu z usługami świadczonymi przez konferencję,

– członkowie konsorcjum podlegają skutecznej, rzeczywistej lub potencjalnej konkurencji ze strony linii niebędących członkami konsorcjów, niezależnie od tego, czy konferencja działa w danej dziedzinie lub danych dziedzinach handlu.

** Uwaga M.A. Nesterowicz: Tłumaczenie tego punktu jest niejasne. W wersji angielskiej ostatnia część zdania brzmi „*except when it does not cover the joint fixing of rates*”, a w wersji francuskiej „*à l'exception de leur éventuelle activité de fixation commune des taux de Fret*”. Właściwe tłumaczenie polskie powinno więc być następujące: „(8) Wyłączenie grupowe przewidziane w niniejszym rozporządzeniu powinno obejmować zarówno konsorcja działające w ramach konferencji liniowej, jak i konsorcja działające poza takimi konferencjami, z zastrzeżeniem, że nie obejmuje ono wspólnego ustalania stawek frachtowych”. Stanowi to jednocześnie naturalne przejście do punktu (9), który przecież mówi, że wspólne ustalanie stawek jest objęte innym rozporządzeniem.

⁶ Dz. Urz. L 378 z 31.12.1986, s. 4.

(12) W celu spełnienia tego samego wymagania art. 81 ust. 3 należy ustanowić przepisy dotyczące dodatkowego warunku ukierunkowanego na wspieranie indywidualnej konkurencji w zakresie jakości usług między członkami konsorcjum oraz między członkami konsorcjum a innymi towarzystwami żeglugowymi w dziedzinie lub dziedzinach handlu.

(13) Należy ustanowić warunek, że w zakresie danego szlaku żeglugowego konsorcja i ich członkowie nie stosują stawek i warunków przewozu, które są zróżnicowane jedynie ze względu na kraj pochodzenia lub przeznaczenia przewożonych towarów i w ten sposób powodują we Wspólnocie załamanie obrotów w handlu, które są szkodliwe dla niektórych portów, spedytorów, przewoźników lub usługodawców usług pomocniczych dla przewozu, chyba że takie stawki lub warunki mogą być ekonomicznie uzasadnione.

(14) Celem warunków powinno być również uniemożliwienie konsorcjom narzucania ograniczeń konkurencji, które nie są konieczne do osiągnięcia celów usprawiedliwiających przyznanie wyłączenia. Dlatego też Porozumienia ustanawiające konsorcjum powinny zawierać przepis umożliwiający każdej linii żeglugowej będącej stroną Porozumienia, wycofanie się z konsorcjum, pod warunkiem zachowania właściwego powiadomienia^{***}. Jednakże należy uwzględnić dłuższy termin wypowiedzenia w przypadku konsorcjów o wysokim stopniu zintegrowania i/lub o wysokich nakładach inwestycyjnych w celu uwzględnienia wyższych nakładów inwestycyjnych poniesionych przy ich tworzeniu oraz bardziej rozległej reorganizacji będącej wynikiem opuszczenia konsorcjum przez członka. Należy również określić, że w przypadku gdy konsorcjum działa w ramach wspólnej struktury marketingowej, każdy członek powinien mieć prawo do prowadzenia niezależnych działań marketingowych, pod warunkiem podania właściwego powiadomienia^{****}.

(15) Wyłączenie musi ograniczać się do konsorcjów, które nie mają możliwości eliminacji konkurencji w znaczącej części danych usług.

(16) Aby ustalić do celów wyłączenia, czy istnieje konkurencja na każdym rynku, na którym działa konsorcjum, należy uwzględnić nie tylko bezpośredni handel między portami obsługiwanymi przez konsorcjum, ale również każdą formę konkurencji ze strony innych usług liniowych z portów, które mogą być zastąpione przez porty obsługiwane przez konsorcjum i tam, gdzie jest to możliwe, przez inne rodzaje przewozu.

(17) Wyłączenie grupowe przyznane przez niniejsze rozporządzenie należy stosować tylko pod warunkiem, że na każdym rynku, na którym konsorcjum działa, udział konsorcjum w rynku nie przekracza określonej wielkości.

(18) Udział konsorcjum w rynku posiadany w ramach konferencji powinien być mniejszy ze względu na fakt, że dane Porozumienia nakładają się na już istniejące Porozumienia ograniczające.

(19) Jednakże stosowne jest zaoferowanie konsorcjom, które przekraczają limity ustanowione w niniejszym rozporządzeniu o określony procent, ale które wciąż poddane są skutecznej konkurencji w danych dziedzinach handlu, uproszczonej procedury w celu umożliwienia im skorzystania z pewności prawnej gwarantowanej przez wyłączenia grupowe. Procedura taka powinna również umożliwiać Komisji przeprowadzenie skutecznego monitorowania oraz uproszczyć kontrolę administracyjną porozumień.

(20) Jednakże konsorcja przekraczające limit powinny uzyskać wyłączenie na mocy indywidualnej decyzji^{*****}, pod warunkiem, że spełniają one warunki przewidziane w art. 81 ust. 3 dotyczące specjalnych cech transportu morskiego.

^{***} Uwaga M.A. Nesterowicz: To błędne tłumaczenie. W wersji angielskiej ostatnia część tego zdania brzmi: „*provided that it gives a reasonable notice*”, a w wersji francuskiej: „*moyennant l’octroi d’un délai raisonnable de préavis*.” Nie oznacza to więc, że przedsiębiorstwo powinno zachować właściwą formę powiadomienia o wycofaniu się z konsorcjum, co mogłoby sugerować tłumaczenie „pod warunkiem zachowania właściwego powiadomienia”. Oznacza to, że przedsiębiorstwo musi wypowiedzieć umowę z właściwym wyprzedzeniem. Dlatego proponuję następujące tłumaczenie: „(14) Dlatego też porozumienia ustanawiające konsorcjum powinny zawierać przepis umożliwiający każdej linii żeglugowej będącej stroną porozumienia wycofanie się z konsorcjum pod warunkiem wypowiedzenia umowy z odpowiednim wyprzedzeniem.”

^{****} Uwaga M.A. Nesterowicz: Powinno być: „pod warunkiem powiadomienia z odpowiednim wyprzedzeniem”, j.w. (ang. „*provided that it gives reasonable notice*”, fr. „*moyennant l’octroi d’un préavis d’une délai raisonnable*”).

^{*****} Uwaga M.A. Nesterowicz: „Jednakże konsorcja przekraczające limit powinny móc uzyskać wyłączenie na mocy indywidualnej decyzji”. Brak wyrazu „móc”, niesłusznie opuszczony przy tłumaczeniu w stosunku do wersji angielskiej i francuskiej, nadaje temu zdaniu odmienne znaczenie.

(21) Niniejsze rozporządzenie należy stosować tylko do porozumień zawartych między członkami konsorcjum. Dlatego też wyłączenie grupowe nie powinno dotyczyć porozumień ograniczających zawartych między, z jednej strony, konsorcjami lub ich jednym czy kilkoma członkami, a innymi towarzystwami żeglugowymi – z drugiej strony. Rozporządzenia nie należy również stosować do porozumień ograniczających zawieranych między różnymi konsorcjami działającymi w tej samej dziedzinie handlu lub między członkami takich konsorcjów.

(22) Wyłączenie powinno także wiązać się z pewnymi zobowiązaniami. W tym względzie użytkownicy transportu powinni w każdym przypadku być w stanie zapoznać się z warunkami świadczenia usług w transporcie morskim, świadczonych wspólnie przez członków konsorcjum. Należy uwzględnić rzeczywiste i skuteczne konsultacje między konsorcjami i użytkownikami transportu w zakresie działalności objętej Porozumieniami. Niniejsze rozporządzenie określa również, co należy rozmieć przez „rzeczywiste i skuteczne konsultacje” oraz w jakich głównych etapach proceduralnych konsultacje takie winny być prowadzone. Należy ustanowić przepisy dotyczące takich obowiązkowych konsultacji, które ograniczają się do działalności konsorcjów jako takich.

(23) Konsultacje takie mogą zapewnić bardziej efektywne świadczenie usług w transporcie morskim, które uwzględniają wymagania użytkowników. W rezultacie niektóre praktyki ograniczające wynikające z takich konsultacji powinny podlegać wyłączeniu.

(24) Dla celów niniejszego rozporządzenia pojęcie siły wyższej winno być rozumiane tak, jak ustanowiono w orzecznictwie Trybunału Sprawiedliwości Wspólnot Europejskich.

(25) Należy ustanowić przepisy, według których orzeczenia wydane w wyniku arbitrażu i rekomendacji rozjemców oraz zaakceptowane przez strony były niezwłocznie zgłoszone Komisji w celu umożliwienia jej dokonania weryfikacji, czy konsorcja nie podlegają temu samemu wyłączeniu z warunków i zobowiązań przewidzianych w niniejszym rozporządzeniu oraz nie naruszają w ten sposób przepisów art. 81 i 82.

(26) Konieczne jest szczegółowe określenie, zgodnie z art. 6 rozporządzenia (EWG) nr 479/92, przypadków, w których Komisja może cofnąć towarzystwom przywilej wyłączenia grupowego.

(27) Jedenaście konsorcjów skorzystało z wyłączenia grupowego zawartego w rozporządzeniu (WE) nr 870/95 poprzez zastosowanie przewidzianej w tym rozporządzeniu procedury sprzeciwu, która umożliwiła Komisji w szczególności sprawdzenie, czy podlegają one skutecznej konkurencji. Nic nie wskazuje na to, że od tamtej pory warunki zmieniły się w taki sposób, że konsorcja te nie podlegają już skutecznej konkurencji. Dlatego też konsorcja te powinny nadal podlegać wyłączeniu na warunkach ustanowionych w niniejszym rozporządzeniu.

(28) Nie należy stosować art. 12 rozporządzenia (EWG) nr 4056/86 w przypadku porozumień automatycznie wyłączonych na mocy niniejszego rozporządzenia. Jednakże w przypadku rzeczywistych wątpliwości towarzystwa powinny mieć prawo do zwrócenia się z wnioskiem do Komisji o stwierdzenie, czy ich Porozumienia zgodne są z niniejszym rozporządzeniem.

(29) Niniejsze rozporządzenie nie narusza przepisów art. 82 Traktatu.

(30) Mając na względzie wygaśnięcie rozporządzenia (WE) nr 870/95 właściwe jest przyjęcie nowego rozporządzenia odnawiającego wyłączenie grupowe,

PRZYJMUJE NINIEJSZE ROZPORZĄDZENIE:

ROZDZIAŁ I ZAKRES ZASTOSOWANIA I DEFINICJE

Artykuł 1

Zakres zastosowania

Niniejsze rozporządzenie stosuje się do konsorcjów tylko w przypadku, gdy świadczą one usługi międzynarodowego przewozu liniowego z lub do jednego lub więcej portów Wspólnoty.

Artykuł 2

Definicje

Dla celów niniejszego rozporządzenia:

1) „konsorcjum” oznacza porozumienie zawarte między dwoma lub więcej przewoźnikami eksploatującymi statki, którzy świadczą usługi międzynarodowej żeglugi liniowej wyłącznie w celu przewozu ładunku, głównie przy pomocy kontenera, dotyczące jednej dziedziny lub wielu dziedzin handlu, którego

przedmiotem jest nawiązanie współpracy w formie wspólnego świadczenia usług w transporcie morskim oraz które usprawnia usługi, które byłyby oferowane indywidualnie przez każdego z jego członków w przypadku braku konsorcjum, w celu racjonalizacji ich działalności za pomocą środków technicznych, operacyjnych i/lub porozumień handlowych, z wyjątkiem ustalania cen;

2) „żegluga liniowa” oznacza przewóz towarów na zwykłych zasadach^{*****}, na określonym szlaku żeglugowym lub szlakach żeglugowych między portami oraz zgodnie z rozkładami i datami rejsu statku wcześniej ogłaszanymi i dostępnymi nawet w sporadycznych przypadkach dla użytkowników transportu w zamian za zapłatę;

3) „porozumienie o świadczenie usług” oznacza umowę zawartą między jednym lub więcej użytkownikami transportu a indywidualnym członkiem konsorcjum lub samym konsorcjum, zgodnie z którą w zamian za zobowiązanie się do zamówienia przewozu określonej ilości towarów w danym terminie użytkownik otrzymuje indywidualne zobowiązanie ze strony członka konsorcjum lub konsorcjum do dostarczenia zindywidualizowanej usługi, o danej jakości i specjalnie dostosowanej do jego potrzeb;

4) „użytkownik transportu” oznacza każde przedsiębiorstwo (takie jak armator^{*****}, odbiorca, spedytor), które zawarło lub wyraziło zamiar zawarcia umowy z konsorcjum (lub jednym z jego członków) na przewóz towarów lub każde stowarzyszenie spedytorów;

5) „niezależne ustalanie stawek” oznacza prawo członka konferencji morskiej do zaferowania w każdym przypadku i w zakresie każdego towaru stawek frachtowych, które różnią się od tych ustanowionych w taryfie konferencyjnej, pod warunkiem powiadomienia pozostałych członków konferencji;

6) „rozpoczęcie świadczenia usługi” oznacza dzień, w którym pierwszy statek odbywa rejs w ramach świadczonej usługi lub, w przypadku dokonania znacznej nowej inwestycji, dzień, w którym pierwszy statek odbywa rejs zgodnie z warunkami wynikającymi bezpośrednio z tej inwestycji;⁷

7) „znaczna nowa inwestycja” oznacza inwestycję, której efektem jest budowa, zakup lub długoterminowy wynajem statków, specjalnie zaprojektowanych, wymaganych i niezbędnych do wykonania usługi oraz która stanowi przynajmniej połowę całości inwestycji dokonanej przez członków konsorcjum w odniesieniu od usług transportu morskiego świadczonych przez konsorcjum.⁸

ROZDZIAŁ II WYŁĄCZENIA

Artykuł 3

Porozumienia podlegające wyłączeniu

1. Na mocy art. 81 ust. 3 Traktatu oraz na podstawie warunków i zobowiązań ustanowionych w niniejszym rozporządzeniu uznaje się, że art. 81 ust. 1 Traktatu nie ma zastosowania do działań wymienionych w ust. 2 niniejszego artykułu w przypadku uwzględnienia ich w Porozumieniach ustanawiających konsorcjum zgodnie z art. 1 i 2 niniejszego rozporządzenia.

2. Oświadczenie o braku zastosowania stosuje się wyłącznie do następujących działań:

a) wspólnego świadczenia usług przewozu w żegludzie liniowej, które obejmują wyłącznie następujące działania:

i) koordynację i/lub wspólne ustalanie rozkładów rejsów oraz określanie portów zawinięcia;

^{*****} Uwaga M.A. Nesterowicz: Takie tłumaczenie prowadzi do pytania „co to są zwykłe zasady?”. W wersji ang.: „on a regular basis”, w wersji franc. „de manière régulière”, co oznacza, że przewóz towarów jest dokonywany „w sposób regularny”, a nie „na zwykłych zasadach”. To właśnie regularność usług jest inherentną cechą żeglugi liniowej.

^{*****} Uwaga M.A. Nesterowicz: Poważny błąd terminologiczny przy tłumaczeniu. „Shipper” (ang.)/ „chargeurs” (franc.) jest załadowcą lub spedytorem, a nie armatorem. Armator ponadto nie jest użytkownikiem transportu, przeciwnie – jest tą stroną, która transport oferuje, niejednokrotnie właśnie jako członek konsorcjum.

⁷ Zmiana na podstawie rozporządzenia nr 611/2005 z dnia 20 kwietnia 2005 r. zmieniającego rozporządzenie Komisji (WE) nr 823/2000 w sprawie stosowania art. 81 ust. 3 Traktatu do określonych grup porozumień, decyzji i praktyk uzgodnionych między towarzystwami żeglugi liniowej (konsorcja), Dz. Urz. L 101 z 21.04.2005, s. 10–11.

⁸ Zmiana na podstawie rozporządzenia nr 611/2005 z dnia 20 kwietnia 2005 r. zmieniającego rozporządzenie Komisji (WE) nr 823/2000 w sprawie stosowania art. 81 ust. 3 Traktatu do określonych grup porozumień, decyzji i praktyk uzgodnionych między towarzystwami żeglugi liniowej (konsorcja), Dz. Urz. L 101 z 21.04.2005, s. 10–11.

- ii) wymianę, sprzedaż lub wzajemny czarter przestrzeni ładunkowej lub pomieszczeń na statkach;
- iii) wspólne wykorzystywanie statków i/lub urządzeń portowych;
- iv) wykorzystanie jednego lub kilku wspólnych biur działalności;
- v) zapewnienie kontenerów, podwozia oraz innego sprzętu i/lub umowy dzierżawy, leasingu lub zakupu takiego sprzętu;
- vi) wykorzystanie komputerowego systemu wymiany danych i/lub wspólnego systemu dokumentacji;
- b) tymczasowych dostosowań ładowności;
- c) wspólnego prowadzenia lub wykorzystywania terminali portowych oraz związanych z tym usług (takich jak usługi lichtugowe lub sztauerskie);
- d) udziału w jednej z lub w więcej z następujących zrzeczeń: ładunkowego, dochodowego, dochodu netto;
- e) wspólnego korzystania z praw głosu należących do konsorcjum w konferencji, w ramach której działają jego członkowie, jeżeli prawo głosu wspólnie wykonywane dotyczy działalności konsorcjum jako takiego;
- f) wspólnej struktury marketingowej i/lub wydawania wspólnego konosamentu;
- g) każdej innej działalności o charakterze pomocniczym w stosunku do powyższych działań, określonych w lit. a)–f), która jest konieczna dla ich realizacji.

3. Działalnością o charakterze pomocniczym w rozumieniu ust. 2 lit. g) są w szczególności następujące klauzule:

- a) zobowiązanie członków konsorcjum do wykorzystywania w danej dziedzinie lub danych dziedzinach handlu statków przydzielonych konsorcjum oraz do powstrzymywania się od czarteru przestrzeni ładunkowej na statkach będących własnością stron trzecich;
- b) zobowiązanie członków konsorcjum do nieprzydzielania lub nieczarterowania przestrzeni ładunkowej innym przewoźnikom eksploatującym statki w danej dziedzinie lub danych dziedzinach handlu, z wyjątkiem uprzedniej zgody pozostałych członków konsorcjum.

Artykuł 4

Niewykorzystanie ładowności

Wyłączenie przewidziane w art. 3, nie ma zastosowania do konsorcjum, w przypadku gdy konsorcjum przewiduje uzgodnienia dotyczące niewykorzystania obecnej ładowności, przez co towarzystwa żeglugi liniowej będące członkami konsorcjum powstrzymują się od wykorzystywania określonej części ładowności statków eksploatowanych w ramach konsorcjum.

ROZDZIAŁ III

WARUNKI WYŁĄCZENIA

Artykuł 5

Podstawowy warunek przyznania wyłączenia

Wyłączenie przewidziane w art. 3 stosuje się wyłącznie w przypadku spełnienia jednego lub więcej warunków określonych poniżej:

- a) członkowie konferencji, w ramach której działa konsorcjum, prowadzą skuteczną konkurencję cenową, ze względu na to, że mocą zobowiązania umownego^{*****} lub innego są oni wyraźnie upoważnieni w porozumieniu ustanawiającym konferencję do niezależnego ustalania każdej stawki frachtowej przewidzianej w taryfie konferencji^{*****} i/lub zawierania indywidualnych tajnych umów, albo;⁹

^{*****} Uwaga M.A. Nesterowicz: Błąd terminologiczny: „*statutory obligation*” (ang.)/„*obligation légale*” (fr.) powinno zostać przetłumaczone jako „zobowiązanie ustawowe”. Zobowiązanie umowne, błędnie tutaj użyte to „*contractual obligation*” (ang.)/ „*obligation contractuelle*” (fr.)”.

^{*****} Uwaga M.A. Nesterowicz: Błędne tłumaczenie zmienia znaczenie na całkowicie przeciwne. Powinno być: „...są oni wyraźnie upoważnieni w porozumieniu ustanawiającym konferencję do niezależnego ustalania każdej stawki frachtowej w stosunku do stawki przewidzianej w taryfie konferencji”. Tłumaczenie takie, jak jest sugeruje, że członek konsorcjum może zaoferować jakąkolwiek stawkę pod warunkiem, że jest już ona w taryfie konferencji, a przecież ma być dokładnie odwrotnie, to ma być stawka różna od taryfy konferencji.

⁹ Zmiana na podstawie rozporządzenia nr 611/2005 z dnia 20 kwietnia 2005 r. zmieniającego rozporządzenie Komisji (WE) nr 823/2000 w sprawie stosowania art. 81 ust. 3 Traktatu do określonych grup porozu-

- b) w konferencji, w ramach której działa konsorcjum, istnieje dostateczny stopień skutecznej konkurencji między członkami konferencji w zakresie świadczonych usług, ze względu na fakt, że porozumienie ustanawiające konferencję wyraźnie zezwala konsorcjum na oferowanie własnych porozumień o świadczeniu usług, niezależnie od formy, dotyczących częstotliwości i jakości świadczonych usług przewozowych, jak i prawa do dostosowania w każdej chwili oferowanych przez nie usług w odpowiedzi na szczególne wymagania ze strony użytkowników transportu; lub
- c) niezależnie od tego, czy konferencja działa w danej dziedzinie lub danych dziedzinach handlu, członkowie konsorcjum podlegają skutecznej, faktycznej lub potencjalnej konkurencji ze strony linii żeglugowych, które nie są członkami tego konsorcjum.

Artykuł 6

Warunki dotyczące udziału rynkowego

1. W celu zakwalifikowania się do wyłączenia przewidzianego w art. 3 konsorcjum musi posiadać na każdym rynku, na którym działa, udział w rynku poniżej 30% obliczany na podstawie wolumenu przewożonych towarów (tony frachtowe lub jednostki odpowiadające 20 stopom), gdy działa w ramach konferencji, lub poniżej 35%, gdy działa poza konferencją.
2. Wyłączenie przewidziane w art. 3 stosuje się nadal, jeżeli udział w rynku, określony w ust. 1 niniejszego artykułu, zostanie przekroczony w każdym okresie obejmującym dwa kolejne lata kalendarzowe o nie więcej niż jedną dziesiątą.
3. W przypadku gdy jeden z limitów określonych w ust. 1 i 2 zostanie przekroczony, wyłączenie przewidziane w art. 3, stosuje się przez okres sześciu miesięcy po upływie końca roku kalendarzowego, podczas którego został on przekroczony. Okres ten przedłuża się do 12 miesięcy, jeżeli przekroczenie limitu spowodowane jest wycofaniem się z rynku przez przewoźnika, który nie jest członkiem konsorcjum.

Artykuł 7

*Skreślony.*¹⁰

Artykuł 8

Pozostałe warunki

1. Uprawnienia do wyłączeń określonych w art. 3 i 10 podlegają następującym warunkom:
 - a) konsorcjum musi pozwolić każdemu ze swoich członków na oferowanie, na podstawie indywidualnej umowy, ich własnych porozumień o świadczeniu usług;
 - b) porozumienie ustanawiające konsorcjum musi dawać członkom prawo do wycofania się z konsorcjum bez finansowej lub innej kary, w szczególności takiej, jak zobowiązanie do zaprzestania wszelkiej działalności przewozowej w danej dziedzinie lub danych dziedzinach handlu, niezależnie od tego, czy towarzyszy temu warunek, że działalność taka może być wznowiona tylko po upływie określonego terminu. Prawo to podlega okresowi maksymalnie sześciomiesięcznemu okresowi wypowiedzenia, które może być przyznane po upływie okresu wstępnego trwającego 18 miesięcy, począwszy od dnia wejścia w życie porozumienia lub umowy o dokonanie znacznej nowej inwestycji we wspólnej służbie morskiej. W przypadku gdy data wejścia w życie porozumienia jest wcześniejsza niż data rozpoczęcia świadczenia usługi, okres wstępny nie powinien trwać dłużej niż 24 miesiące począwszy od dnia wejścia w życie porozumienia ustanawiającego konsorcjum lub umowy o dokonanie znacznej nowej inwestycji we wspólnej służbie morskiej.Jednakże w przypadku konsorcjum o wysokim stopniu zintegrowania, które posiada wspólny przychód netto i/lub wysoki poziom inwestycji w wyniku zakupu lub wynajmu statków przez jego członków, szczególnie w celu utworzenia konsorcjum, maksymalny okres wypowiedzenia wynosi sześć miesięcy; może on zostać przyznany po upływie okresu wstępnego trwającego 30 miesięcy, począwszy od dnia

mięń, decyzji i praktyk uzgodnionych między towarzystwami żeglugi liniowej (konsorcja), Dz. Urz. L 101 z 21.04.2005, s. 10–11.

¹⁰ Na podstawie rozporządzenia nr 463/2004 z dnia 12 marca 2004 r. zmieniającego rozporządzenie Komisji (WE) nr 823/2000 w sprawie stosowania art. 81 ust. 3 Traktatu do określonych grup porozumień, decyzji i praktyk uzgodnionych między towarzystwami żeglugi liniowej (konsorcja), Dz. Urz. L 77 z 13.03.2004, s. 23–24.

wejścia w życie począwszy od dnia wejścia w życie porozumienia ustanawiającego konsorcjum lub umowy o dokonanie znacznej nowej inwestycji we wspólnej służbie morskiej. W przypadku gdy data wejścia w życie porozumienia jest wcześniejsza niż data rozpoczęcia świadczenia usługi, okres wstępny nie powinien trwać dłużej niż 36 miesięcy począwszy od dnia wejścia w życie porozumienia ustanawiającego konsorcjum lub umowy o dokonanie znacznej nowej inwestycji we wspólnej służbie morskiej¹¹;

c) w przypadku gdy konsorcjum działa w ramach wspólnej struktury marketingowej każdy członek konsorcjum musi mieć prawo do prowadzenia niezależnego marketingu, bez groźby kary, pod warunkiem zachowania maksymalnie sześciomiesięcznego okresu wypowiedzenia;

d) ani konsorcjum, ani jego członkowie nie działają, w ramach wspólnego rynku, na szkodę określonych portów, użytkowników lub przewoźników poprzez przewóz tych samych towarów oraz na obszarze objętym porozumieniem według stawek i warunków przewozu, które różnią się w zależności od kraju pochodzenia lub przeznaczenia lub portu załadunku lub rozładunku, chyba że takie stawki lub warunki mogą być ekonomicznie uzasadnione.

ROZDZIAŁ IV ZOBOWIĄZANIA

Artykuł 9

Zobowiązania związane z wyłączeniem

1. Zobowiązania przewidziane w ust. 2–5 niniejszego artykułu związane są z wyłączeniami przewidzianymi w art. 3 i art. 13 ust. 1.

2. Należy prowadzić rzeczywiste i skuteczne konsultacje między, z jednej strony, użytkownikami lub reprezentującymi ich organizacjami a konsorcjum, z drugiej strony, w celu poszukiwania rozwiązań wszystkich istotnych kwestii, które nie są związane z czysto operacyjnymi sprawami o mniejszym znaczeniu, dotyczących warunków i jakości usług regularnego transportu morskiego oferowanych przez konsorcjum lub jego członków.

Konsultacje te odbywają się na każdy wniosek którejkolwiek ze wspomnianych powyżej stron.

Konsultacje muszą się odbyć, z wyjątkiem przypadków działania siły wyższej, przed zastosowaniem środka stanowiącego przedmiot konsultacji. Jeżeli z powodu działania siły wyższej członkowie konsorcjum zobowiązani są do podjęcia decyzji przed odbyciem konsultacji, wnioskowane konsultacje odbywają się w ciągu 10 dni roboczych od daty złożenia wniosku. Nie ogłasza się oficjalnie decyzji o podjęciu środka przed konsultacjami z wyjątkiem takiej siły wyższej, do której odwołanie znajduje się w zawiadomieniu o podjęciu środka.

Konsultacje odbywają się zgodnie z następującymi etapami proceduralnymi:

a) przed konsultacjami konsorcjum powiadamia na piśmie drugą stronę o szczegółach dotyczących przedmiotu konsultacji;

b) wymiana poglądów odbywa się między stronami na piśmie lub na spotkaniach lub w obu formach, w czasie których obecni reprezentanci członków konsorcjum i uczestniczących spedytorów są upoważnieni do osiągnięcia wspólnego stanowiska, a strony podejmują wszelkie starania, aby osiągnąć ten cel;

c) w przypadku gdy niemożliwe jest osiągnięcie wspólnego stanowiska pomimo wysiłków obu stron, różnica zdań zostaje potwierdzona i oficjalnie ogłoszona. Każda ze stron może powiadomić o tym Komisję;

d) jeżeli jest to możliwe, za wspólną zgodą dwóch stron można wyznaczyć rozsądny termin zakończenia konsultacji. Termin nie jest krótszy niż jeden miesiąc, z wyjątkiem spraw wyjątkowych lub uzgodnionych przez strony.

3. Warunki dotyczące usług transportu morskiego świadczonych przez konsorcjum i jego członków, włączając te dotyczące jakości takich usług oraz wszelkie istotne ich modyfikacje, są dostępne na wniosek użytkowników transportu po rozsądnych cenach oraz są dostępne do wglądu nieodpłatnie w siedzibach członków konsorcjum lub samego konsorcjum oraz ich przedstawicieli.

¹¹ Zmiana na podstawie rozporządzenia nr 611/2005 z dnia 20 kwietnia 2005 r. zmieniającego rozporządzenie Komisji (WE) nr 823/2000 w sprawie stosowania art. 81 ust. 3 Traktatu do określonych grup porozumień, decyzji i praktyk uzgodnionych między towarzystwami żeglugi liniowej (konsorcja), Dz. Urz. L 101 z 21.04.2005, s. 10–11.

4. *Skreślony*¹²

5. Każde konsorcjum powołujące się na niniejsze rozporządzenie, w okresie wypowiedzenia***** , który Komisja lub organy ochrony konkurencji Państw Członkowskich, określają w zależności od sprawy i który nie jest krótszy niż jeden miesiąc, udowodnić na wniosek Komisji lub organów ochrony konkurencji, że spełnione są warunki i zobowiązania przewidziane w art. 5–8 oraz w ust. 2 i 3 niniejszego artykułu. Musi przedłożyć w tym terminie Komisji, lub gdy jest to właściwe, organom ochrony konkurencji Państw Członkowskich porozumienie ustanawiające konsorcjum.¹³

Artykuł 10

Wyłączenie porozumień między użytkownikami transportu a konsorcjami w sprawie korzystania z usług regularnego transportu morskiego

Porozumienia, decyzje i praktyki uzgodnione między użytkownikami transportu lub reprezentującymi ich organizacjami, z jednej strony, a konsorcjum podlegającym wyłączeniu na mocy art. 3, z drugiej strony, dotyczące warunków i jakości usług żeglugi liniowej świadczonych przez konsorcjum oraz wszelkie ogólne zagadnienia związane z takimi usługami w zakresie, w którym wynikają one z konsultacji przewidzianych w art. 9 ust. 2, podlegają niniejszemu wyłączeniu spod zakazu ustanowionego w art. 81 ust. 1 Traktatu.

ROZDZIAŁ V PRZEPISY RÓŻNE

Artykuł 11

Tajemnica zawodowa

1. Informacje uzyskane w wyniku stosowania art. 9 ust. 5 wykorzystuje się tylko do celów niniejszego rozporządzenia.
2. Komisja oraz właściwe władze Państw Członkowskich, ich urzędnicy i inni pracownicy nie mogą ujawniać informacji otrzymanych w wyniku stosowania niniejszego rozporządzenia i objętych zobowiązaniem zachowania tajemnicy zawodowej.
3. Przepisy ust. 1 i 2 nie stanowią przeszkody dla publikacji ogólnych informacji lub badań, które nie zawierają informacji odnoszących się do poszczególnych przedsiębiorstw lub związków przedsiębiorstw.

Artykuł 12

Wycofanie w indywidualnych przypadkach

1. Komisja może wycofać korzyści płynące z niniejszego rozporządzenia, zgodnie z art. 29 rozporządzenia Rasy (WE) nr 1/2003¹⁴, w przypadku gdy w danym przypadku uzna ona, że porozumienie, decyzja stowarzyszenia przedsiębiorstw lub uzgodniona praktyka, do których stosuje się art. 3 lub art. 13 ust. 1 niniejszego rozporządzenia, powoduje jednak pewne skutki, które są niezgodne z warunkami ustanowionymi w art. 81 ust. 3, w szczególności, w przypadku gdy:

¹² Na podstawie rozporządzenia nr 463/2004 z dnia 12 marca 2004 r. zmieniającego rozporządzenie Komisji (WE) nr 823/2000 w sprawie stosowania art. 81 ust. 3 Traktatu do określonych grup porozumień, decyzji i praktyk uzgodnionych między towarzystwami żeglugi liniowej (konsorcja), Dz. Urz. L 77 z 13.03.2004, s. 23–24.

***** Uwaga M.A. Nesterowicz: Błędne tłumaczenie „notice” (ang.)/”préavis” (franc.). To nie zawsze oznacza okres wypowiedzenia umowy. Czasami oznacza to po prostu okres czasu dla wykonania jakiejś czynności. Tak jest właśnie w tym wypadku: Komisja wyznacza konsorcjum termin na przedstawienie odpowiednich argumentów i dokumentów. Brakuje również orzeczenia w zdaniu. Powinno więc być: „Każde konsorcjum powołujące się na niniejsze rozporządzenie musi być w stanie – w okresie, który Komisja lub organy ochrony konkurencji Państw Członkowskich określają i który nie jest krótszy niż jeden miesiąc – udowodnić na wniosek Komisji lub organów ochrony konkurencji...”.

¹³ Zmiana na podstawie rozporządzenia nr 463/2004 z dnia 12 marca 2004 r. zmieniającego rozporządzenie Komisji (WE) nr 823/2000 w sprawie stosowania art. 81 ust. 3 Traktatu do określonych grup porozumień, decyzji i praktyk uzgodnionych między towarzystwami żeglugi liniowej (konsorcja), Dz. Urz. L 77 z 13.03.2004, s. 23–24.

¹⁴ Dz. Urz. L 1 z 4.01.2003, s. 1.

- a) w danej dziedzinie handlu konkurencja zewnętrzna w stosunku do konferencji, w ramach której działa konsorcjum, lub w stosunku do określonego konsorcjum nie jest skuteczna;
- b) konsorcjum wielokrotnie narusza zobowiązania przewidziane w art. 9 niniejszego rozporządzenia;
- d) takie skutki wynikają z orzeczenia arbitrażowego.

2. Jeżeli w danym przypadku porozumienie, decyzja stowarzyszenia przedsiębiorstw lub uzgodniona praktyka określone w ust. 1 ma skutki, które są niezgodne z art. 81 ust. 3 Traktatu na terytorium Państwa Członkowskiego, lub jego części, która posiada wszystkie cechy wydzielonego rynku geograficznego, organ ochrony konkurencji tego Państwa Członkowskiego może wycofać korzyści płynące z niniejszego rozporządzenia w odniesieniu do tego terytorium.¹⁵

Artykuł 13 **Przepisy przejściowe**

1. Artykuł 81 ust. 1 Traktatu nie ma zastosowania do porozumień obowiązujących w dniu 25 kwietnia 2000 r., które spełniają w tym dniu wymagania dotyczące wyłączenia ustanowione w rozporządzeniu (WE) nr 870/95 oraz do których zastosowano procedurę sprzeciwu określoną w art. 7 niniejszego rozporządzenia.

2. Zgłoszenie dokonane na podstawie art. 7, w odniesieniu do którego nie wygasł termin sześciu miesięcy określony w ust. 1 akapit drugi niniejszego artykułu, upływa z dniem 1 maja 2004 r.¹⁶

Artykuł 14 **Wejście w życie**

Niniejsze rozporządzenie wchodzi w życie z dniem 26 kwietnia 2000 r.

Niniejsze rozporządzenie stosuje się do dnia 25 kwietnia 2010 r.

Niniejsze rozporządzenie wiąże w całości i jest bezpośrednio stosowane we wszystkich Państwach Członkowskich.

¹⁵ Zmiana na podstawie rozporządzenia nr 463/2004 z dnia 12 marca 2004 r. zmieniającego rozporządzenie Komisji (WE) nr 823/2000 w sprawie stosowania art. 81 ust. 3 Traktatu do określonych grup porozumień, decyzji i praktyk uzgodnionych między towarzystwami żeglugi liniowej (konsorcja), Dz. Urz. L 77 z 13.03.2004, s. 23–24.

¹⁶ Zmiana na podstawie rozporządzenia nr 463/2004 z dnia 12 marca 2004 r. zmieniającego rozporządzenie Komisji (WE) nr 823/2000 w sprawie stosowania art. 81 ust. 3 Traktatu do określonych grup porozumień, decyzji i praktyk uzgodnionych między towarzystwami żeglugi liniowej (konsorcja), Dz. Urz. L 77 z 13.03.2004, s. 23–24.

WYŁĄCZENIE POROZUMIEŃ LOTNICZYCH

Tadeusz Skoczny

Wygaśnięcie wyłączeń grupowych dla porozumień w transporcie lotniczym

1. Wprowadzenie

1. Transport lotniczy jest sektorem szczególnym, zwłaszcza gdy bierze się pod uwagę jego w dużej mierze międzynarodowy (transgraniczny) charakter. Liczne aspekty jego funkcjonowania są więc przedmiotem regulacji prawa międzynarodowego¹. Także prawo Wspólnoty Europejskiej (WE) poświęca transportowi w ogóle, a transportowi lotniczemu w szczególności odrębne regulacje pierwotne i wtórne, służące realizacji Wspólnej Polityki Transportowej (WPT), w tym m.in. zapewnieniu swobodnego transgranicznego przepływu (świadczenia) usług transportu lotniczego między portami lotniczymi państw członkowskich WE oraz między nimi a portami lotniczymi państw trzecich². Liberalizacja tych usług wewnątrz WE, niebędąca przedmiotem niniejszych rozważań, została już zakończona (w 1997 r.)³, a w wymiarze transatlantyckim zbliża się do końca⁴.

¹ Zob. M. Żylicz, *Prawo lotnicze międzynarodowe, europejskie i krajowe*, Wydawnictwo Prawnicze LexisNexis, Warszawa 2002, s. 35 i nast.

² Tamże, s. 114 i d. Zob. także: R. Greaves, *EC Transport Law*, Longman, Harlow et. 2000, passim; E. Kosiński, *Rodzaje i zakres sektorowych wyłączeń zastosowania ogólnych reguł ochrony konkurencji*, Wydawnictwo Naukowe UAM, Poznań 2007, s. 358 i nast.; M. Nengenman, M. Jaspers, R. Wezenbeek, J. Strangier, *Transport*, w: Faull & Nikpay, *The EC Law of Competition*, ed. J. Faull, A. Nikpay. Second Edition, Oxford University Press, Oxford 2007, s. 1574 i nast.; R. Ostrihansky, *Wspólna Polityka Transportowa*, w: *Prawo Unii Europejskiej. Prawo materialne i polityki*, red. J. Barcz, wyd. II, Wydawnictwo Prawo i Praktyka Gospodarcza, Warszawa 2005, s. IV-527 i nast.; I. Szymajda, *Konkurencja w transporcie lotniczym. Prawo europejskie i problemy dostosowania prawa polskiego*, Liber, Warszawa 2002, s. 42 i nast.

³ Wraz z ustanowieniem tzw. wolności kabotażu przez rozporządzenie (WE) nr 2408/92 z dnia 23 lipca 1992 r. w sprawie dostępu przewoźników lotniczych Wspólnoty do tras wewnątrz Wspólnoty (Dz. U. WE 1992 L 240/8; Dz. U. UE Polskie Wyd. Specjalne, rozdz. 7, t. 1, s. 420-426).

⁴ Jej podstawę stworzyły orzeczenia ETS w sprawach tzw. *open sky agreements* (zob. wyrok ETS z dnia 5 listopada 2002 r. w sprawie C-466/98 *KE v. Wielka Brytania i Irlandia* (Zb. Orz. 2002, I-9427), oraz siedem podobnych orzeczeń) oraz podpisane dnia 30 kwietnia 2007 r. przez Komisję Europejską i państwa członkowskie UE porozumienie o transporcie lotniczym między Unią Europejską a USA, które wymaga jeszcze ratyfikacji. Zob.: M. Gremminger, *New EU-US cooperation agreement in air transport*, „EC CPN” 2007, nr 2, s. 27-29; H.S. Lear, J. T. Rutger, *The ECJ Decisions: ‘Blessing in Disguise’*, „Air & Space Law” 2006, Vol. 31, No. 1, s. 19-49; H.S. Lear, J. T. Rutger, *Kick-starting Cross-border Alliances: Approval and Clearance; the Past, the Present and the Future*, „Air & Space Law” 2007, Vol. 32, No. 4-5, s. 287-325.

2. Wolność (swoboda) świadczenia transgranicznych usług transportowych jest jednak tylko jedną „stroną medalu”. Żeby mógł istnieć rzeczywisty rynek tych usług (w tym wspólnotowy rynek wewnętrzny) trzeba zapewnić, żeby działający na nim operatorzy, głównie przewoźnicy lotniczy, działali w warunkach konkurencji, w tym, aby stosowały się do nich **wspólnotowe reguły ochrony konkurencji**, ustanowione w art. 81–89 TWE⁵. Jednakże, stosowanie się tych reguł w dziedzinie transportu w ogóle, a w sektorze transportu lotniczego w szczególności, było początkowo sporne, a do pierwszej połowy lat 80. faktycznie utrudnione. Ostatecznie w doktrynie zwyciężył jednak pogląd, że do transportu wewnątrz wspólnotowego mają zastosowanie wszystkie reguły traktatowe, z wyjątkiem reguł swobodnego świadczenia usług. Znalazło to swoje pełne potwierdzenie w orzeczeniu Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości (ETS) w sprawie *Nouvelles Frontières*⁶, zgodnie z którym do sektora transportu (wszystkich jego podsektorów), tak jak do każdego innego sektora, miały od początku zastosowanie także **materialno-prawne reguły konkurencji** skierowane do przedsiębiorstw (art. 81–86 TWE), tym art. 81 ust. 3 TWE, którego stosowanie do porozumień, decyzji i praktyk uzgodnionych przedsiębiorstw sektora lotniczego zależało tylko od woli Rady i działającej z jej upoważnienia Komisji Europejskiej (KE). I tak, aby zapewnić rozwój niezakłóconej konkurencji, ale równocześnie promować kooperację służącą rozwojowi sektora i budowie wewnętrznego rynku usług lotniczych oraz wzrostowi dobrobytu konsumentów (pasażerów), Rada, działając na podstawie art. 83 ust. 2 lit. c/ TWE, uszczegółowiła zakres stosowania art. 81 ust. 3 TWE w dziedzinie transportu lotniczego. Dokonała tego poprzez wydanie, w ramach I fazy liberalizacji transportu wspólnotowego, **rozporządzenia 3976/87**⁷, udzielającego Komisji upoważnienia do ustanawiania wyłączeń grupowych dla kooperacji przewoźników lotniczych, o których mowa w niniejszym opracowaniu.

Nigdy nie było natomiast wątpliwości, że do koncentracji przedsiębiorstw transportowych stosuje się w całej rozciągłości przepisy rozporządzeń w sprawie kontroli koncentracji przedsiębiorstw⁸.

3. O ile jednak wszelkie przedsiębiorstwa transportowe (a więc także lotnicze) musiały od początku przestrzegać generalnych materialno-prawnych reguł konkurencji (głównie zakazów art. 81 i 82 TWE), to **proceduralno-prawne reguły ich stosowania**

⁵ Zob.: R. Greaves, *EC Transport Law*, op. cit., s. 140 i nast.; E. Kosiński, *Rodzaje i zakres sektorowych wyłączeń...*, op. cit., s. 423, 479, 490 i nast.; E. Piontek, W. Świtalski, M. Żylicz, S. Szeremeta, *Konkurencja a regulacja w transporcie*. PHARE: Harmonizacja polskiego prawa antymonopolowego z regulami konkurencji Unii Europejskiej, seria: *Konkurencja i regulacja w wybranych dziedzinach*, Urząd Antymonopolowy, Warszawa 1995, s. 55 i nast.; T. Skoczny, *Sektorowe reguły konkurencji w prawie wspólnotowym*, w: *Prawo konkurencji Wspólnoty Europejskiej. Źródła*, t. 2: *Reguły sektorowe*, wybór i oprac. T. Skoczny, Wydawnictwo Naukowe WZ UW, Warszawa 2002, s. 24 i nast.; T. Skoczny, *Zakaz praktyk ograniczających konkurencję*, w: *Prawo Unii Europejskiej...*, op. cit., s. II–337 i nast.; I. Szymajda, *Konkurencja w transporcie lotniczym...*, op. cit., s. 51 i nast.; M. Żylicz, *Prawo lotnicze...*, op. cit., s. 132 i nast.

⁶ Wyrok ETS w połączonych sprawach 209-213/84 *Ministère Public/Lucas Asjes (Nouvelles Frontières)* (Zb. Orz. 1986, 1425). Zob. także wyroki ES w sprawach: 156/77 *Komisja/Belgia* (Zb. Orz. 1978, 1881) oraz 66/86 *Ahmed Saeed* (Zb. Orz. 1989, 803). Zob. także: F. Baskin, *Transport*, w: Bellamy & Child, *European Community Law of Competition*, fifth edition, ed. P.M. Roth QC, Sweet & Maxwell, A Thompson Company, London 2001, s. 1109; M. Nengenman, M. Jaspers, R. Wezenbeek, J. Strangier, *Transport*, op. cit., s. 1575, 1577.

⁷ Rozporządzenie (EWG) nr 3976/87 Rady z dnia 14 grudnia 1987 r. w sprawie stosowania art. 85 ust. 3 Traktatu do określonych grup porozumień i praktyk uzgodnionych w sektorze transportu lotniczego (Dz. U. EWG 1987 L 374/9; Dz. U. UE Polskie Wyd. Specjalne, rozdz. 7, t. 1, s. 270), dalej: rozporządzenie 3976/87.

⁸ Dzisiaj uregulowane w rozporządzeniu (WE) nr 139/2004 Rady z dnia 20 stycznia 2004 r. w sprawie kontroli koncentracji przedsiębiorstw (Dz. U. UE 2004 L 24/1; Dz. U. UE Polskie Wyd. Specjalne, rozdz. 8, t. 3, s. 40).

miały przez długi czas **charakter reguł odrębnych**⁹. Działając na podstawie art. 75 ust. 1 lit. d) TWE, Rada wydała bowiem **rozporządzenie nr 141**¹⁰, którym **wyłączyła wprost stosowanie w transporcie rozporządzenia nr 17**¹¹. Zgodnie z art. 1 rozporządzenia 141, rozporządzenie 17 nie stosowało się do nadużywania pozycji dominującej na rynkach transportowych (a więc do art. 82 TWE) w ogóle oraz do porozumień, decyzji i praktyk uzgodnionych w transporcie, których celem lub skutkiem jest ustalanie stawek i warunków transportu, ograniczanie lub kontrolowanie podaży usług bądź podział rynków (a więc do art. 81 ust. 1 głównie lit. a)–c) TWE). W ramach I fazy liberalizacji transportu wspólnotowego, kierując się upoważnieniem zawartym w art. 83 ust. 2 w zw. z art. 75 TWE, Rada ustanowiła generalne proceduralne reguły konkurencji także dla transportu lotniczego między portami lotniczymi w państwach członkowskich Wspólnoty (**rozporządzenie nr 3975/87**¹²).

4. Sytuacja ta uległa radykalnej zmianie z dniem 1 maja 2004 r., tj. z dniem wejścia w życie. **rozporządzenia 1/2003**¹³. Jedną ze zmian tego systemu było bowiem **uchylenie rozporządzenia 141** (art. 43) oraz szczególnych przepisów proceduralnych zawartych m.in. w rozporządzeniu 3975/87 (art. 39).

5. Materialno-prawne oraz proceduralne reguły konkurencji dla transportu lotniczego miały jednak początkowo zastosowanie tylko do porozumień dotyczących usług transportowych świadczonych między portami lotniczymi WE. Uzyskawszy sądowe potwierdzenie prawa stosowania wspólnotowych reguł konkurencji także do transportu lotniczego między portami lotniczymi WE a portami lotniczymi krajów trzecich¹⁴, Rada UE – **rozporządzeniem nr 411/2004**¹⁵ – całkowicie uchyliła rozporządzenie nr 3975/87¹⁶

⁹ Zob. T. Skoczny, *Sektorowe reguły konkurencji w prawie wspólnotowym*, op. cit., s. 18, 30 i nast.

¹⁰ Rozporządzenie (EWG) nr 141 Rady z dnia 26 listopada 1962 r. wyłączające stosowanie rozporządzenia nr 17 do transportu (Dz.U. WE 1962 L 124 z 28.11.1962, s. 2751/62; wyd. spec. 1959–62, s. 291), zm. rozporządzeniami nr 165/65 (Dz. U. EWG 1965 nr 210, s. 3141) i 1002/67 (Dz. U. EWG 1967 L 306/1); w jęz. polskim opublikowane w: E. Piontek, W. Świtalski, M. Żylicz, S. Szeremeta, *Konkurencja a regulacja w transporcie*, op. cit., s. 123–124.

¹¹ Rozporządzenie Rady EWG nr 17/62 z dnia 6 lutego 1962: pierwsze rozporządzenie wprowadzające w życie art. 85 i 86 Traktatu (Dz. U. EWG nr 13 z dnia 21 lutego 1962 r., s. 204; Dz. U. UE Polskie Wyd. Specjalne, rozdz. 8, t. 1, s. 3), dalej rozporządzenie 17/62.

¹² Rozporządzenie Rady (EWG) nr 3975/87 z dnia 14 grudnia 1987 r. ustanawiające procedurę stosowania reguł konkurencji do przedsiębiorstw w sektorze transportu lotniczego (Dz. U. EWG 1989 L 374/1; Dz. U. UE Polskie Wyd. Specjalne, rozdz. 7, t. 1, s. 262), dalej: rozporządzenie 3975/87.

¹³ Rozporządzenie 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. UE 2003 L 1/1; Dz. U. UE Polskie Wyd. Specjalne, rozdz. 8, t. 2, s. 205–229), dalej: rozporządzenie 1/2003.

¹⁴ Zob. wyż. przypis nr 6.

¹⁵ Zob. rozporządzenie (WE) nr 411/2004 Rady z dnia 27 lutego 2004 uchylające rozporządzenie (EWG) nr 3975/87 i zmieniające rozporządzenia (EWG) nr 3976/87 i (WE) nr 1/2003 w odniesieniu do transportu lotniczego między Wspólnotą a państwami trzecimi (Dz. U. UE 2004 L 68/1; Dz. U. UE Polskie Wyd. Specjalne, rozdz. 7, t. 8, s. 17), dalej: rozporządzenie 411/2004; w rozporządzeniu 3976/87 skreślone zostało ograniczenie jego zakresu o przewozów „między portami Wspólnoty”, a w rozporządzeniu 1/2003 uchylony został przepis art. 32 lit. c) wyłączający stosowanie tego rozporządzenia do „transportu lotniczego między portami lotniczymi Wspólnoty a państwami trzecimi”. Zob. także: S. Alves, *New enforcement tools to tackle long haul routes: finally the King got a throne*, „EC CPN” Summer 2004, No. 2; A. De Matteis, *The European Commission Expands its Powers over Air Transport Between the European Union and Third Countries: A Welcome Development for Transatlantic Airline Alliance*, „International Trade Law & Regulation” 2004, Vol. 10, No. 3, s. 59–61; M. Negenman, *Commission proposes effective enforcement rules for air transport between the Community and third countries*, „EC CPN” 2003, nr 2, s. 12; S. Dolan, *EC Aviation Scene. New EU competition law regime*, „Air & Space Law” 2004, Vol. 29, No. 6, s. 415 i nast.

¹⁶ Tym samym, przestało istnieć także ustanowione przez samą Radę materialno-prawne wyłączenie spod zakazu art. 81 ust. 1 TWE tzw. porozumień technicznych; zob. też E. Kosiński, *Rodzaje i zakres sektorowych wyłączeń...*, op. cit., s. 395.

(art. 1) oraz dokonała zmian w przepisach rozporządzeń 3976/87 i 1/2003, rozszerzających udzielone KE upoważnienie do dokonywania wyłączeń grupowych w transporcie lotniczym dla porozumień stanowiących podstawę kooperacji przewoźników lotniczych także na trasach między portami lotniczymi Wspólnoty a portami lotniczymi państw trzecich (art. 2 i 3). Także rozporządzenie 411/2004 weszło w życie z dniem 1 maja 2004 r.

2. Lotnicze wyłączenia grupowe

2.1. Rozporządzenie kompetencyjne 3976/87

6. Stosowanie materialnych reguł konkurencji (art. 81 i 82 TWE) w latach 60. i 70. było raczej rzadkie, chociaż kooperacja między przewoźnikami lotniczymi działającymi na terenie Wspólnoty, dokonywana głównie w ramach multilateralnych i bilateralnych umów międzynarodowych zawieranych między przewoźnikami lotniczymi (ew. także państwami), stale się rozwijała. Podjęta na szczycie europejskim w czerwcu 1986 r. decyzja głów państw i rządów, że wewnętrzny rynek transportu lotniczego powinien być dokończony do roku 1992, wywołała m.in. konieczność poddania tej kooperacji ocenie na gruncie wspólnotowych reguł konkurencji. Ocena ta wykazała, że niektóre postanowienia tych umów mogły ograniczać konkurencję i wpływać na handel między państwami członkowskimi Wspólnoty, a więc były sprzeczne z zakazem porozumień ograniczających konkurencję (art. 81 TWE). Jednakże, liczne warunki kooperacji przewoźników lotniczych spełniały przesłanki wyłączenia spod tego zakazu ustanowione w art. 81 ust. 3 TWE. Rada upoważniła więc Komisję do dokonywania, na określony czas, wyłączeń grupowych niektórych lotniczych porozumień kooperacyjnych spod zakazu porozumień ograniczających konkurencję zawartego w art. 81 ust. 1 TWE, jeżeli spełniają one przesłanki wyłączenia, określone w art. 81 ust. 3 TWE.

7. Wskazane już wyżej rozporządzenie kompetencyjne 3976/97 w wersji oryginalnej pozwalało Komisji ustanowić **wyłączenie grupowe**¹⁷ dla ośmiu grup porozumień lotniczych. W ramach II i III fazy liberalizacji transportu lotniczego dokonano dwukrotnej zmiany rozporządzenia 3976/87¹⁸. Zmiany te znacznie ograniczyły zakres upoważnienia dla Komisji. Skutkiem tego, Komisja mogła ustanowić wyłączenia grupowe już tylko dla pięciu grup porozumień lotniczych¹⁹, mających na celu:

- (1) wspólne planowanie i koordynowanie programów linii lotniczych;
- (2) konsultacje w sprawie taryf przewozu pasażerów, bagażu i ładunków w regularnych służbach powietrznych;

¹⁷ Instytucja prawna „wyłączenia grupowego” (*group exemption*) jest przez niektórych autorów – bez szczególnego uzasadnienia – nazywana „zwolnieniem blokowym” (*block exemption*). Zob. np. E. Kosiński, *Rodzaje i zakres sektorowych wyłączeń...*, op. cit., s. 479, 490 i nast.

¹⁸ Rozporządzenie (EWG) nr 2344/90 Rady z dnia 24 lipca 1990 r. zmieniające rozporządzenie (EWG) nr 3976/87 Rady w sprawie stosowania art. 85 ust. 3 Traktatu do określonych grup porozumień i praktyk uzgodnionych w sektorze transportu lotniczego (Dz. U. EWG 1990 L 217/15); rozporządzenie (EWG) nr 2411/92 Rady z dnia 23 lipca 1992 r. zmieniające rozporządzenie nr 3976/87 Rady w sprawie stosowania art. 85 ust. 3 Traktatu do określonych grup porozumień i praktyk uzgodnionych w sektorze transportu lotniczego (Dz. U. WE 1990 L 240/19); w jęz. polskim opublikowane w: E. Piontek, W. Świtalski, M. Żylicz, S. Szeremeta, *Konkurencja a regulacja w transporcie*, op. cit., s. 207.

¹⁹ Zob.: I. Szymajda, *Konkurencja w transporcie lotniczym...*, op. cit., s. 98 i d.; M. Żylicz, *Prawo lotnicze...*, op. cit., s. 135 i nast.

- (3) wspólną obsługę nowych regularnych linii lotniczych o mniejszym natężeniu ruchu;
- (4) przydział czasu wykonywania oraz rozkładów operacji na lotniskach;
- (5) wspólny zakup, opracowanie oraz eksploatację skomputerowanych systemów rezerwacyjnych.

Mimo, jak to zostanie poniżej przedstawione, całkowitego wygaśnięcia ustanowionych na tej podstawie przez KE wyłączeń grupowych w sektorze lotniczym, rozporządzenie 3976/87, w wersji znowelizowanej rozporządzeniem 411/2004, pozostaje w mocy²⁰.

2.2. Wyłączenia spod zakazu porozumień ograniczających konkurencję w transporcie między portami lotniczymi we Wspólnocie Europejskiej

8. Z upoważnienia rozporządzenia 3976/87 Komisja skorzystała natychmiast, wyłączając – w ramach I fazy liberalizacji – spod zakazu porozumień ograniczających konkurencję trzy²¹ grupy porozumień kooperacyjnych w transporcie lotniczym, a mianowicie porozumienia dotyczące:

- (1) wspólnego planowania i koordynowania zdolności przewozowych, konsultacji taryf oraz przydziału czasu wykonywania operacji na lotniskach, planowania, podziału przychodów, konsultacji taryf i alokacji slotów²²;
- (2) systemów rezerwacji komputerowej w usługach transportu lotniczego²³;
- (3) usług obsługi naziemnej na lotniskach²⁴.

Wszystkie te rozporządzenia wydano na okres do 31 stycznia 1991 r.

9. W ramach II i III fazy liberalizacji podsektora transportu lotniczego, m.in. w konsekwencji zmian dokonanych w rozporządzeniu kompetencyjnym 3976/87, wielokrotnie zmieniano także rozporządzenia Komisji wyłączające spod zakazu porozumień ograniczających konkurencję określone grupy porozumień w sektorze transportu lotniczego. Zmiany te polegały z reguły na ograniczaniu zakresu przedmiotowego wyłączenia, aż do odstąpienia od takiego wyłączenia lub jego nieprzedłużenia, w wyniku czego wyłączenie takie wygasło. Stopniowo malejące znaczenie wyłączeń grupowych czy ograniczanie ich zakresu było też często związane z wydawaniem nowych przepisów materialnych regulujących dane dziedziny²⁵.

²⁰ Zob. np. E. Kosiński, *Rodzaje i zakres sektorowych wyłączeń...*, op. cit., s. 490.

²¹ Zob. F. Baskin, *Transport*, op. cit., s. 1109. W polskiej literaturze wskazuje się niekiedy tylko na dwa takie wyłączenia. Zob. E. Kosiński, *Rodzaje i zakres sektorowych wyłączeń...*, op. cit., s. 491 i nast.; I. Szymajda, *Konkurencja w transporcie lotniczym...*, op. cit., s. 101 i nast.

²² Commission Regulation (EEC) No. 2671/88 of 26 July 1988 on the application of Article 85 (5) of the Treaty to certain categories of agreements between undertakings, decisions of associations of undertakings and concerted practices concerning joint planning and coordination of capacity, sharing of revenue and consultation of tariffs on scheduled air services and slot allocation at airports (OJ EEC 1988 L 239/9).

²³ Commission Regulation (EEC) No. 2672/88 on the application of Article 85 (5) of the Treaty to certain categories of agreements between undertakings relating to computer reservation systems for air transport services (OJ EEC 1988 L 239/13).

²⁴ Commission Regulation (EEC) No. 2673/88 of 26 July 1988 on the application of Article 85 (5) of the Treaty to certain categories of agreements between undertakings, decisions of associations of undertakings and concerted practices concerning ground handling services (OJ EEC 1988 L 239/17).

²⁵ Zob. I. Szymajda, *Konkurencja w transporcie lotniczym...*, op. cit., s. 122.

10. I tak, w odniesieniu do **porozumień dotyczących obsługi naziemnej** na lotniskach, pierwotne rozporządzenie 2673/88 zostało najpierw zastąpione rozporządzeniem nr 82/91²⁶. To ostatnie **nie zostało jednak zastąpione nowym i wygasło z dniem 31 grudnia 1992 r.** Liberalizacja rynku lotniskowych usług naziemnych dokonana została dyrektywą 96/67/WE²⁷.

11. W przypadku **porozumień dotyczących komputerowych systemów rezerwacji** w usługach transportu lotniczego, pierwotne rozporządzenie 2672/88 zastąpiono najpierw rozporządzeniem nr 83/91, a następnie rozporządzeniem nr 3652/93²⁸. To ostatnie rozporządzenie **nie zostało ani przedłużone, ani zastąpione nowym, a zatem wyłączenia w nim zawarte wygasły z dniem 30 czerwca 1998 r.**²⁹. Organizację oraz zasady prowadzenia wspólnych systemów rezerwacyjnych reguluje rozporządzenie Rady nr 2299/89³⁰.

12. Natomiast jeżeli chodzi o **porozumienia dotyczące wspólnego planowania i koordynowania zdolności przewozowych, konsultacji taryf oraz przydziału czasu wykonywania operacji na lotniskach**, pierwotne rozporządzenie 2671/88 zastąpiono najpierw rozporządzeniem nr 84/91³¹, a następnie rozporządzeniem nr 1617/93³², które,

²⁶ Zob. Rozporządzenie (EWG) nr 82/91 z dnia 5 grudnia 1990 r. w sprawie stosowania art. 85 ust. 3 Traktatu do określonych grup porozumień i praktyk uzgodnionych dotyczących usług naziemnych na lotniskach (Dz. U. EWG L 1991 L 10/7).

²⁷ Dyrektywa 96/67/WE Rady z dnia 15 października 1996 r. w sprawie dostępu do rynku usług obsługi naziemnej w portach lotniczych Wspólnoty (Dz. U. WE 1996 L 272/36).

²⁸ Zob. Rozporządzenie (EWG) nr 83/91 z dnia 5 grudnia 1990 r. w sprawie stosowania art. 85 ust. 3 Traktatu do określonych grup porozumień między przedsiębiorstwami dotyczących komputerowych systemów rezerwacji w usługach transportu lotniczego (Dz. U. EWG 1991 L 10/9), zmienione rozporządzeniem nr 1618/93 (Dz. U. WE 1993 L 155/23), wydane na okres do 31 grudnia 1993 r. Rozporządzenie to zostało zastąpione rozporządzeniem (WE) nr 3652/93 z dnia 22 grudnia 1993 r. w sprawie stosowania art. 85 ust. 3 Traktatu do określonych grup porozumień między przedsiębiorstwami dotyczących komputerowych systemów rezerwacji w usługach transportu lotniczego (Dz. U. WE 1993 L 333/37), wydanym na okres do dnia 30 czerwca 1998 r.

²⁹ Zakres i warunki wyłączeń dla porozumień dotyczących komputerowych systemów rezerwacji prezentują szczegółowo: E. Kosiński, *Rodzaje i zakres sektorowych wyłączeń ...*, op. cit., s. 491 i nast.; I. Szymajda, *Konkurencja w transporcie lotniczym...*, op. cit., s. 102 i nast.

³⁰ Rozporządzenie Rady (EWG) nr 2299/89 z 24 lipca 1989 r. w sprawie kodeksu postępowania w związku z komputerowym systemem rezerwacji (Dz. U. EWG 1989 L 220/1; Dz. U. UE Polskie Wyd. Specjalne, rozdz. 7, t. 1, s. 277), zmienione rozporządzeniami: nr 3089/93 (Dz. U. WE 1993 L 278/1; Dz. U. UE Polskie Wyd. Specjalne, rozdz. 7, t. 2, s. 94) i 323/99 (Dz. U. WE 1999 L 40/1; Dz. U. UE Polskie Wyd. Specjalne, rozdz. 7, t. 4, s. 251). Zob. także M. Żylicz, *Prawo lotnicze...*, op. cit., s. 131–132.

³¹ Rozporządzenie (EWG) nr 84/91 Komisji z dnia 5 grudnia 1990 r. w sprawie stosowania art. 85 ust. 3 Traktatu do określonych grup porozumień, decyzji i praktyk uzgodnionych dotyczących wspólnego planowania i koordynowania zdolności przewozowych, konsultacji stawek w przewozie pasażerów i ładunków na liniowych połączeniach lotniczych oraz przydziału czasu wykonywania operacji na lotniskach (Dz. U. EWG 1991 L 10/14); w jęz. polskim opublikowane w: E. Piontek, W. Świtalski, M. Żylicz, S. Szeremeta, *Konkurencja a regulacja w transporcie*, op. cit., s. 223–229. Zob. szerzej: F. Baskin, *Transport*, op. cit., s. 1110; R. Greaves, *EC Transport Law*, op. cit., s. 144.

³² Rozporządzenie nr 1617/93 Komisji z 25 czerwca 1993 r. w sprawie stosowania art. 85 ust. 3 Traktatu do określonych grup porozumień i praktyk uzgodnionych dotyczących wspólnego planowania i koordynacji rozkładów lotów, wspólnych operacji, konsultacji taryf pasażerskich i towarowych rejsowych usług lotniczych oraz slotów na lotniskach (Dz. U. WE 1993 L 155/18; Dz. U. UE Polskie Wyd. Specjalne, rozdz. 7, t. 2, s. 39), dalej: rozporządzenie 1617/93, wydane na okres do 30 czerwca 1998 r..

po nowelizacji rozporządzeniami nr 1523/96 i 1083/1999³³, **obowiązywało** – w mocno ograniczonym zakresie³⁴ – **do 30 czerwca 2001 r.**

13. W związku z uznaniem przez KE w maju 2001 r., że konsultacje taryf transportu ładunków lotniczych (cargo) naruszają reguły konkurencji i nie są już niezbędne dla zapewnienia klientom sprawnego świadczeń usług interliniowych w ramach EOG, Rozporządzeniem nr 1324/2001 z 29 czerwca 2001 r.³⁵ obowiązywanie rozporządzenia 1617/93 zostało **przedłużone do 30 czerwca 2002 r.** już tylko w **zakresie konsultacji taryf pasażerskich oraz przydziału czasu wykonywania operacji na lotniskach**³⁶, gdyż uznano, że wciąż jeszcze w ten sposób można najlepiej zapewnić konsumentom korzyści wynikające ze stosowania systemu konsultacji taryf usług interliniowych³⁷.

14. Na mocy kolejnej nowelizacji rozporządzenia 1617/93, dokonanej **rozporządzeniem (WE) nr 1105/2002**, jego **obowiązywanie** w tym samym zakresie **przedłużono** raz jeszcze, tym razem **do 30 czerwca 2005 r.**³⁸ Rozporządzenie 1105/2002 nałożyło także na przewoźników lotniczych uczestniczących w konsultacjach taryf pasażerskich obowiązek zbierania i przekazywania KE co 6 miesięcy określonych danych.

15. W międzyczasie jednak, wiosną 2004 r., Komisja rozpoczęła dokonywać przeglądu reguł tego wyłączenia. Jego celem było ustalenie, czy należałoby zaprzestać stosowania wyłączenia grupowego, stosować je nadal w pierwotnej formie, czy też rozszerzyć jego zakres.³⁹ Od 1 maja 2004 r. przedmiotem tego przeglądu były już porozumienia dotyczące kooperacji przewoźników lotniczych świadczących usługi lotnicze w ramach oraz do i z Wspólnoty. Komisja analizowała dwa rodzaje porozumień objętych obowiązującym w tym czasie rozporządzeniem 1617/93, a mianowicie porozumienia dotyczące konsultacji:

- (1) taryf pasażerskich dla regularnych usług lotniczych oraz
- (2) przydziału czasu operacji na lotniskach i planowania rozkładu lotów.

³³ Rozporządzenie (WE) nr 1523/96 Komisji z dnia 23 lipca 1996 r. (Dz. U. WE 1996 L 190/11; Dz. U. UE Polskie Wyd. Specjalne, rozdz. 7, t. 2, s. 353), eliminujące, z dniem 1 lipca 1997 r., wyłączenie dla grupy porozumień dotyczących konsultacji taryf przewozowych dla towarów, oraz rozporządzenie (WE) nr 1083/1999 z dnia 26 maja 1999 r. (Dz. U. WE 1999 L 131/27; Dz. U. UE Polskie Wyd. Specjalne, rozdz. 7, t. 4, s. 294), które m.in. przedłużyło okres obowiązywania rozporządzenia 1617/93 do dnia 30 czerwca 2001 r.

³⁴ Zob. F. Baskin, *Transport*, op. cit., s. 1120. Zakres i warunki wyłączeń dla porozumień dotyczących konsultacji taryf i przydziału slotów na lotniskach prezentuje szczegółowo E. Kosiński, *Rodzaje i zakres sektorowych wyłączeń...*, op. cit., s. 495 i nast.

³⁵ Rozporządzenie nr 1324/2001 z 29 czerwca 2001 r. zmieniające rozporządzenie 1617/93 w zakresie konsultacji taryf pasażerskich i przydziału slotów na lotniskach (Dz. U. WE 2001 L 177/56; Dz. U. UE Polskie Wyd. Specjalne, rozdz. 7, t. 5, s. 453). Zob. także obwieszczenie dotyczące procedury zawiadomienia zgodnie z art. 4 i 5 rozporządzenia 1617/93 Komisji z dnia 25 czerwca 1993 r. w sprawie stosowania art. 85 ust. 3 do określonych grup porozumień i praktyk uzgodnionych dotyczących wspólnego planowania i koordynacji rozkładów lotów, wspólnych przedsięwzięć, konsultacji taryf pasażerskich i towarowych w zakresie rozkładowych usług lotniczych oraz przydziału czasu wykonywania operacji na lotniskach (Dz. U. WE 1993 C 177/4).

³⁶ Zob. rozporządzenie (WE) nr 1324/2001 Komisji z dnia 29 czerwca 2001 r. zmieniające rozporządzenie (EWG) nr 1617/93 (Dz. U. WE 2001 L 177/56).

³⁷ Zob. S. Dolan, *EC aviation scene (No. 2: 2006)*, „Air & Space Law” 2006, Vol. 31, No. 6, s. 215–217. Zob. też szerzej: M. Nengenman, M. Jaspers, R. Wezenbeek, J. Strangier, *Transport*, op. cit., s. 1596; E. Kosiński, *Rodzaje i zakres sektorowych wyłączeń...*, op. cit., s. 496.

³⁸ Rozporządzenie (WE) nr 1105/2002 z dnia 22 czerwca 2002 r. zmieniające rozporządzenie nr 1617/93 w zakresie konsultacji taryf pasażerskich i przydzielania slotów na lotniskach (Dz. U. WE 2002 L 167/6; Dz. U. UE Polskie Wyd. Specjalne, rozdz. 7, t. 6, s. 277).

³⁹ Zob. H. Beuve-Méry i M. Struk, *Commission brings air transport in line with the industries by phasing out the block exemptions that have existed in his sector since 1988*, „EC CPN” 2007, nr 3, s. 45–46.

W trakcie trwających ponad rok konsultacji wyraźnie podkreślono, że w praktyce obie ww. grupy konsultacji dokonywane są w przede wszystkim w ramach jednej organizacji – Międzynarodowego Stowarzyszenia Przewoźników Lotniczych (*International Air Transport Association, IATA*)⁴⁰. Celem konferencji taryf pasażerskich (*Passanger Tariff Conferences*) jest usprawnienie usług interliniowych (*interlining services*), czyli usług umożliwiających pasażerowi przelot z miejsca startu do miejsca przeznaczenia za pomocą więcej niż jednego przewoźnika, ale na mocy jednego biletu, bez konieczności dokonywania odprawy osobistej i bagażowej na lotniskach tranzytowych. W tym systemie konsultacji stosuje się ceny uzgodnione przez wszystkich przewoźników lotniczych w ramach konferencji taryfowych IATA. Celem konferencji koordynacji rozkładów lotów (*Schedule Coordination Conferences*) jest ułatwienie pokonywania rosnących trudności związanych z zatłoczeniem lotnisk.

16. Po trwających ponad rok dyskusjach z organami państw członkowskich, z liniami lotniczymi, agentami biur podróży oraz grupami konsumenckimi, Komisja opowiedziała się zasadniczo za odstąpieniem od wyłączenia grupowego dla ww. konsultacji dokonywanych w ramach IATA. Wydane dnia 28 września 2006 r. **rozporządzenie Komisji nr 1459/2006**⁴¹ **nie wyłączało** już zupełnie spod zakazu porozumień ograniczających konkurencję **porozumień dotyczących konsultacji w sprawie przydziału czasu dokonywania operacji** w portach lotniczych⁴², gdyż Komisja uznała, że organizowane przez IATA konsultacje przydziału czasu operacji i rozkładu lotów na lotniskach wewnątrz Wspólnoty są w zasadzie zgodne z regułami konkurencji, a więc nie naruszają zakazu art. 81 ust. 1 TWE⁴³ albo spełniają przesłanki art. 81 ust. 3 TWE⁴⁴.

17. Rozporządzenie 1459/2006 **ustanowiło**⁴⁵ natomiast, acz **na bardzo krótki okres do 31 grudnia 2006 r.**, wyłączenie dla **porozumień dotyczących konsultacji w sprawie taryf za przewóz pasażerów** i ich bagaży w przypadku rejsowych połączeń lotniczych **między lotniskami na terenie Wspólnoty**. Komisja była bowiem przekonana, że mogą one przyczyniać się do powszechnego przyjęcia ustalonych między liniami taryf pasażerskich z korzyścią zarówno dla przewoźników, jak i użytkowników transportu lotniczego, o ile uzgodnienia takie nie będą wykraczać poza zakres celu, jakim jest ułatwienie stosowania systemu akceptacji biletów między przewoźnikami lotniczym (*interlining*). Z przeprowadzonych przez Komisję dyskusji i konsultacji wynikało jednak, że rynek transportu lotniczego w obrębie Wspólnoty rozwinął się w sposób, który w coraz mniej-

⁴⁰ Zob. też szerzej: F. Baskin, *Transport*, op. cit., s. 1120; M. Nengenman, M. Jaspers, R. Wezenbeek, J. Strangier, *Transport*, op. cit., s. 1596.

⁴¹ Rozporządzenie Komisji (WE) nr 1459/2006 z dnia 28 września 2006 r. w sprawie stosowania art. 81 ust. 3 Traktatu wobec pewnych kategorii porozumień i praktyk uzgodnionych w zakresie konsultacji w sprawie taryf pasażerskich stosowanych w ramach rejsowych połączeń lotniczych oraz przydziału czasu na start lub lądowanie w portach lotniczych (Dz. U. UE 2006 L 272/3), dalej: rozporządzenie 1459/2006.

⁴² Zob. pkt 7 preambuły rozporządzenia 1459/2006. Zob. też F. Baskin, *Transport*, op. cit., s. 1597, 1599.

⁴³ Zob. H. Beuve-Méry i M. Struci, *Commission brings air transport in line ...*, op. cit., s. 46. Należy pamiętać, że w tym zakresie obowiązuje w dalszym ciągu rozporządzenie Rady (EWG) nr 95/93 z dnia 18 stycznia 1993 r. w sprawie wspólnych zasad przydzielania czasu na start lub lądowanie w portach lotniczych Wspólnoty (Dz. U. WE 1993 L 14/1; Dz. U. UE Polskie Wyd. Specjalne, rozdz. 7, t. 2, s. 3), zmienione ostatnio rozporządzeniem (WE) nr 793/2004 Parlamentu Europejskiego i Rady (Dz. U. UE 138/50; Dz. U. UE Polskie Wyd. Specjalne, rozdz. 7, t. 8, s. 171). Zob. także P. Frühling, W. Eyskens, *Current and Future Issues to Slot Management and Mobility in the European Union*, „Air & Space Law” 2004, Vol. 29, No. 2.

⁴⁴ Zob. S. Dolan, *EC Aviation Scene (No. 2: 2006)*, op. cit., s. 216.

⁴⁵ Ustanowienie tego wyłączenia poprzez wydanie nowego rozporządzenia wyłączającego (a nie poprzez przedłużenie obowiązywania rozporządzenia 1617/93) było konieczne, ponieważ rozporządzenie 1617/93 w międzyczasie wygasło (30 czerwca 2005 r.).

szym stopniu pozwala na zapewnienie zgodności konsultacji w sprawie taryf ze wszystkimi kryteriami zawartymi w art. 81 ust. 3 TWE⁴⁶. Ponadto, Komisja stwierdziła, że korzyści konsumenckie z tytułu konsultacji taryf usług interliniowych na obszarze Wspólnoty są stosunkowo niewielkie, a w konsekwencji nie ma wystarczającej pewności, że korzyści te będą przeważały nad ryzykami związanymi z ograniczeniem konkurencji cenowej w ramach IATA. Przyznanie wyłączenia do 31 grudnia 2006 r. zostało uzasadnione potrzebą pozostawienia liniom lotniczym wystarczającego czasu na przystosowanie się do nowej sytuacji i na dokonanie własnej oceny, czy zawarte porozumienia i stosowane praktyki są zgodne z art. 81 TWE, oraz w konieczności – na ich zmianę⁴⁷.

2.3. Wyłączenie spod zakazu porozumień ograniczających konkurencję w transporcie między portami lotniczymi we Wspólnocie a portami lotniczymi krajów trzecich

18. Przeprowadzone konsultacje i dyskusje wykazały także, że **istnieje merytoryczne uzasadnienie dla ustanowienia wyłączenia** dla porozumień dotyczących konsultacji w sprawie taryf pasażerskich stosowanych w ramach rejsowych połączeń lotniczych oraz przydziału czasu na start lub lądowanie w portach lotniczych, **jeżeli dotyczą one połączeń do lub z portów lotniczych krajów trzecich**. I tak, ww. rozporządzenie Komisji 1459/2006 wyłączyło spod zakazu porozumień ograniczających konkurencję porozumienia dotyczące konsultacji w sprawie (art. 1):

- (1) przydziału czasu na start lub lądowanie w portach lotniczych oraz rozkładu lotów dla portów lotniczych, jeżeli dotyczą połączeń lotniczych, których **port wyjściowy lub docelowy znajduje się na terenie Wspólnoty**;
- (2) taryf za przewóz pasażerów i ich bagażu w ramach rejsowych połączeń lotniczych **między portami lotniczymi na terenie Wspólnoty** z jednej strony, a z drugiej strony portami w:
 - (a) Szwajcarii, Norwegii, Islandii lub Lichtensteinie;
 - (b) Australii i Stanach Zjednoczonych;
 - (c) krajach trzecich, innych niż te, o których mowa w pkt (b) i (c).

Komisja postanowiła jednak, że będą to **wyłączenia** przyznane **na bardzo krótki** okres.

19. Zdaniem Komisji, **porozumienia w sprawie przydziału czasu na start lub lądowanie w portach lotniczych oraz rozkładów lotów dla portów lotniczych w związku z połączeniami z portami spoza Wspólnoty** mogą przyczynić się do lepszego wykorzystania przepustowości portów lotniczych i przestrzeni powietrznej, ułatwić kontrolę ruchu powietrznego i zapewnić sprawną obsługę lotów z portu lotniczego. Rozporządzenie 1459/2006 określa jednak **warunki**, jakie muszą być spełnione, aby wyłączenie mogło mieć zastosowanie (art. 2). I tak, aby nie ograniczyć konkurencji musi zostać zachowany dostęp do portów lotniczych o dużym natężeniu ruchu. W celu zagwarantowania odpowiedniego poziomu bezpieczeństwa i przejrzystości porozumienia w tej kwestii mogą być dopuszczone jedynie w tym przypadku, gdy wszyscy zainteresowani przewoźnicy będą dopuszczeni do udziału w negocjacjach i jeśli przydział dokonywany jest w sposób przejrzysty w oparciu o zasadę niedyskryminacji⁴⁸.

⁴⁶ Zob. pkt 10 i 11 preambuły rozporządzenia 1459/2006.

⁴⁷ Zob. tamże, pkt 7.

⁴⁸ Zob. pkt. 8 preambuły rozporządzenia 1459/2006.

Wyłączenie porozumień dotyczących konsultacji w sprawie przydziału czasu na start lub lądowanie oraz rozkładów lotów dla portów lotniczych Wspólnoty, z których lub do których dokonywane są połączenia z portami lotniczymi poza Wspólnotą zostało **wydane na okres do 31 czerwca 2006 r. i z tym dniem wygasło.**

20. Gdy chodzi o konsultacje taryf pasażerskich stosowanych w ramach rejsowych połączeń lotniczych między portami Wspólnoty a portami krajów trzecich, w szczególności konsultacji cen usług interliningowych w ramach IATA, Komisja wyszła z założenia, że ilość podróży pasażerskich z przesiadką na trasach między Wspólnotą a krajami trzecimi jest znacznie większa niż w przypadku lotów międzynarodowych w ramach Wspólnoty. Stąd też korzyści dla pasażerów wynikające z systemu akceptacji biletów między przewoźnikami lotniczymi na trasach pomiędzy Wspólnotą a krajami trzecimi powinny być większe⁴⁹. Komisja założyła więc, że konsultacje w sprawie taryf za przewóz pasażerów i ich bagażu w przypadku rejsowych połączeń lotniczych pomiędzy portami na terenie Wspólnoty a portami w krajach trzecich spełniają – w momencie wydania rozporządzenia 1459/2006 – warunki art. 81 ust. 3 TWE. Wobec tego jednak, że rynek transportu lotniczego rozwija się niezwykle szybko, ograniczyła ona **okres ustanowionego wyłączenia dla tych porozumień do dnia 31 października 2007 r.**⁵⁰

21. Okres wyłączenia tych porozumień był jeszcze krótszy w przypadku połączeń do/z Szwajcarii, Norwegii, Islandii lub Lichtensteinu (obowiązywało ono tylko do dnia 31 grudnia 2006 r.) oraz Australii i USA (obowiązywało ono tylko do dnia 30 czerwca 2007 r.). W pierwszym przypadku było to uzasadnione wymogami równego traktowania tych państw na gruncie Porozumienia o Europejskim Obszarze Gospodarczym lub Umowy między Wspólnotą Europejską a Konfederacją Szwajcarską w sprawie transportu lotniczego. W drugim, z przewidywanym zakończeniem do wiosny 2007 r. analogicznego przeglądu reguł konkurencji w odniesieniu do lotniczych taryf pasażerskich, podjętego równoległe przez Australię i USA⁵¹.

3. Podsumowanie

22. W transporcie w ogóle, a w transporcie lotniczym w szczególności, konkurencja stanowi dziś już dominujący mechanizm sterowania rynkami. Rynki usług transportowych (w tym kabotażowych) są wolne, a zawierane na nich porozumienia są zakazane, jeżeli mają wpływ na handel między państwami członkowskimi UE i ograniczają konkurencję na rynku wewnętrznym, lub wyłączone spod tego zakazu *ex lege*, jeżeli powodowane przez nie korzyści przeważają nad ich antykonkurencyjnymi skutkami.

23. W każdym razie, nie mogą już powoływać się na istniejące wcześniej wyłączenia. Wszystkie one wygasły z dniem:

- a) 30 czerwca 2005 r. (dla wszelkich porozumień dotyczących konsultacji w sprawie przydziału czasu dokonywania operacji w portach lotniczych Wspólnoty);
- b) 31 czerwca 2006 r. (dla porozumień w sprawie przydziału czasu na start lub lądowanie oraz rozkładów lotów dla portów lotniczych Wspólnoty, z których lub do których dokonywane są połączenia z portami lotniczymi poza Wspólnotą);

⁴⁹ Zob. tamże, pkt. 15. Zob. także H. Beuve-Méry i M. Struk, *Commission brings air transport in line...*, op. cit., s. 46.

⁵⁰ Zob. pkt. 16 preambuły rozporządzenia 1459/2006.

⁵¹ Zob. pkt. 17, 20 i 21 preambuły rozporządzenia 1459/2006. Zob. także H. Beuve-Méry i M. Struk, *Commission brings air transport in line...*, op. cit., s. 45–46.

- c) 31 grudnia 2006 r. (dla porozumień dotyczących konsultacji w sprawie taryf za przewóz pasażerów i ich bagaży w przypadku rejsowych połączeń lotniczych pomiędzy lotniskami na terenie Wspólnoty oraz między portami lotniczymi Wspólnoty a portami lotniczymi Norwegii, Islandii lub Lichtensteinu i Szwajcarii);
- d) 30 czerwca 2007 r. (dla porozumień dotyczących konsultacji w sprawie taryf za przewóz pasażerów i ich bagaży w przypadku rejsowych połączeń lotniczych pomiędzy lotniskami Wspólnoty a portami lotniczymi Australii i USA);
- e) 31 października 2007 r. (dla porozumień dotyczących konsultacji w sprawie taryf za przewóz pasażerów i ich bagaży w przypadku rejsowych połączeń lotniczych pomiędzy lotniskami Wspólnoty a portami lotniczymi pozostałych krajów trzecich).

24. Tym samym, ponieważ wyłączenia indywidualne, dokonywane na wniosek stron *ex ante*, zostały wyeliminowane ze wspólnotowego prawa konkurencji przez rozporządzenie 1/2003 z dniem 1 maja 2004 r., wszelka kooperacja przewoźników lotniczych oceniana jest aktualnie bezpośrednio na podstawie traktatowych reguł konkurencji Wspólnoty. Przewoźnicy lotniczy muszą więc sami dokonywać oceny także swoich porozumień, w tym porozumień interliningowych, z punktu widzenia ich zgodności ze wspólnotowymi regułami konkurencji, w tym art. 81 ust. 1 i 3 TWE. Dotyczy to w szczególności aliansów strategicznych zawieranych z liniami lotniczymi z krajów trzecich, w tym głównie USA (tzw. transatlantycznych aliansów strategicznych, Star, Oneworld, Skyteam)⁵². Ocenie tej podlegają jednak także bilateralne porozumienia lotnicze, zawierane przez państwa członkowskie UE z krajami trzecimi na gruncie rozporządzenia (WE) nr 847/2004 Parlamentu Europejskiego i Rady w sprawie negocjacji i wykonywania porozumień bilateralnych między państwami członkowskimi a krajami trzecimi⁵³.

25. Poddane indywidualnej samoocenie partnerów, a w konsekwencji *case-by-case* uznane za zakazane na gruncie art. 81 ust. 1 TWE lub za legalnie wyłączone spod tego zakazu na podstawie art. 81 ust. 3 TWE, są eksploatacyjno-handlowe porozumienia kooperacyjne przewoźników lotniczych (niezależnie od tego, czy dotyczą transportu wewnątrz wspólnotowego, czy transatlantycznego i czy dochodzą do skutku w ramach IATA, czy poza tą organizacją) dotyczące wzajemnego przekazywania przewozów (*interlining*) i podziału wpływów taryfowych (*pro-rating*), programów zniżek dla stałych klientów (*frequent flyers*), podziału kodów, czyli nadawania wspólnego oznakowania konkretnych połączeń (*code-sharing*), wydzielania części zdolności przewozowej statków powietrznych dla partnera (*block-space*), wspólnego operowania na trasach (*joint operation on routes*) czy ogólnych ram kooperacji (*framework co-operation*).

Z całą pewnością z indywidualnego wyjątku na gruncie art. 81 ust. 3 TWE będzie mogła korzystać tylko taka kooperacja, które pozostawia wystarczające pole dla presji konkurencyjnej partnerów aliansu⁵⁴.

⁵² Zob. także: S. Alves, *New enforcement tools...*, op. cit., s. 70; A. De Matteis, *The European Commission Expands its Powers...*, op. cit., s. 59–61; M. Negenman, *Commission proposes effective enforcement rules...*, op. cit., s. 12; S. Dolan, *EC Aviation Scene. New EU competition law regime*, op. cit., s. 415 i nast.; M. Nengenman, M. Jaspers, R. Wezenbeek, J. Strangier, *Transport*, op. cit., s. 1577.

⁵³ Rozporządzenie (WE) nr 847/2004 Parlamentu Europejskiego i Rady z 29 kwietnia 2004 r. w sprawie negocjacji i wykonywania porozumień bilateralnych między państwami członkowskimi a krajami trzecimi (Dz. U. UE 2004 L 157/7; Dz. U. UE Polskie Wyd. Specjalne, rozdz. 7, t. 8, s. 193). Zob. także P. van Fenema, *EU Horizontal Agreements: Community Designation and the „Free Rider” Clause*, „Air & Space Law” 2006, Vol. 31, No. 3.

⁵⁴ M. Nengenman, M. Jaspers, R. Wezenbeek, J. Strangier, *Transport*, op. cit., s. 1584.

ZAGADNIENIA KOŃCOWE

Agata Jurkowska
Tadeusz Skoczny

Wyłączenia grupowe i ich stosowanie w państwach członkowskich UE – stan obecny i perspektywy

1. Uwagi wstępne

1. Wyłączenia grupowe są oryginalną konstrukcją wspólnotowego prawa ochrony konkurencji, która – wraz z całym modelem tego obszaru regulacji – została przejęta, acz w różnym zakresie, przez większość państw członkowskich do ich własnych porządków prawnych. Z dorobku wspólnotowego w dziedzinie wyłączeń grupowych najczęściej czerpały te państwa, których prawo ochrony konkurencji (prawo antymonopolowe) tworzone było w dobie transformacji gospodarczej oraz w bezpośrednim i wyraźnym kontekście procesu integracji z Unią Europejską. Należy jednak zaznaczyć, że nawet w tych państwach instytucja wyłączeń grupowych uległa w ostatnich latach pewnym modyfikacjom, związanym częściowo z możliwością bezpośredniego stosowania prawa wspólnotowego, częściowo zaś – z „dojrzewaniem” krajowych systemów ochrony konkurencji. W niniejszym artykule prezentujemy zarówno stan rozwoju regulacji wyłączeń grupowych w państwach członkowskich UE (z wyjątkiem Polski), jak i zasady stosowania wspólnotowych regulacji wyłączających w krajowych systemach prawnych.

2. Ewolucji podlega również sam wspólnotowy model wyłączeń grupowych. Należy oczekiwać, że tę dziedzinę prawa ochrony konkurencji czekają w nadchodzących latach zmiany, zmierzające do pełnego wdrożenia systemu samooceny (samokontroli) w zakresie stosowania art. 81 ust. 3 TWE. Zmiany te wpłyną także na wyłączenia grupowe w prawie krajowym państw członkowskich UE. Artykuł kończą refleksje nt. przyszłego kształtu instytucji wyłączeń grupowych we Wspólnocie oraz jej ewentualnego wpływu na regulacje krajowe.

2. Kształtowanie wyłączeń grupowych w innych (poza Polską) państwach członkowskich UE

3. Ustawy antymonopolowe wszystkich państw członkowskich UE formułują m.in. zakaz ograniczających konkurencję – oczywiście na terytorium danego kraju – praktyk kolektywnych (porozumień, decyzji związków przedsiębiorstw, praktyk uzgodnionych),

będący najczęściej odzwierciedleniem wspólnotowego zakazu porozumień ograniczających konkurencję, zawartego w art. 81 ust. 1 TWE. Zbieżność konstrukcji prawnej krajowych zakazów kartelowych z art. 81 TWE, czy szerzej z *acquis communautaire*, wyraża się, tak jak w Polsce, przede wszystkim w: tożsamości przesłanek zakazu, obejmowaniu zakazem, acz nie wyróżnianiu *expressis verbis* obu kategorii porozumień (horyzontalnych i wertykalnych), otwartym charakterze katalogu przykładowych porozumień antykonkurencyjnych, nieważności porozumień zakazanych; zbieżność tę trzeba stwierdzić również nie tylko wtedy, gdy ustawy wyłączają spod zakazu karteli tzw. porozumienia bagatelne, lecz także wtedy, gdy w niektórych państwach (np. w ustawie cypryjskiej, litewskiej) konieczność odczuwalnego ograniczenia konkurencji stanowi przesłankę ustawową, a nie orzecznicza powyższego zakazu.

Ponadto, we wszystkich ustawach antymonopolowych państw członkowskich UE zakaz porozumień ograniczających konkurencję ma charakter względny, a warunki (przesłanki) relatywizacji (normatywnej) lub racjonalizacji (orzeczniczej)¹ tego zakazu są albo identyczne, albo bardzo podobne do tych, które znajdują się w art. 81 ust. 3 TWE. W zdecydowanej większości państw członkowskich UE istnieje obecnie – jako konsekwencja wejścia w życie z dniem 1 maja 2004 r. rozporządzenia 1/2003 – legalne wyłączenie spod zakazu karteli porozumień ograniczających konkurencję, które spełniają przesłanki określone w samej ustawie, wzorowane na ww. art. 81 ust. 3 TWE.

4. Analiza ustawodawstwa antymonopolowego państw członkowskich wskazuje, że wyłączenia grupowe spod zakazu porozumień ograniczających konkurencję ustanowione w drodze aktu prawnego podstawowego są jednak raczej rzadkie. Z całą pewnością występują obecnie w mniej niż połowie państw członkowskich UE. Jest wszakże charakterystyczne, że występują częściej w „nowych” niż w „starych” państwach członkowskich UE. W niektórych państwach (np. w Belgii, Estonii) istnieje wprawdzie delegacja ustawowa dla rządu do ustanowienia takich wyłączeń, póki co nie zostały one jednak wydane (z pewnością w Belgii).

Należy wszakże zwrócić uwagę, że niektóre ustawy antymonopolowe państw członkowskich UE zastosowały inne metody gwarancji, mianowicie określone rodzaje porozumień, ze względu na ich *per saldo* pozytywne skutki, nie podlegają – lub nie podlegają w pewnym zakresie – zakazowi karteli. Niektóre ustawy (np. znowelizowana z dniem 1 października 2006 r. ustawa belgijska) zawierają przepis potwierdzający niejako (oczywistą na gruncie rozporządzenia 1/2003) zasadę, że sformułowane w nich zakazy porozumień ograniczających konkurencję nie mają zastosowania do porozumień, które korzystają z przywileju wyłączenia wydanego przez Radę Unii Europejskiej lub Komisję Europejską.

Ustawa belgijska i niektóre inne ustawy (ustawa holenderska znowelizowana z dniem 1 sierpnia 2004 r., nowa ustawa portugalska z 2003 r., ustawa czeska, ustawa słowacka) idą jeszcze dalej i rozciągają zastosowanie rozporządzeń wspólnotowych na porozumienia, które „skorzystałyby z przywileju takiego wyłączenia, gdyby miały wpływ na handel między państwami członkowskimi” (ustawa belgijska) lub „nie mają wpływu na handel między państwami członkowskimi” (ustawa czeska), tj. do których ma zastosowanie tylko prawo czeskie, czy po prostu na porozumienia wspólnotowe, które są inkorporowane wprost do prawa krajowego (np. ustawa słowacka czy ustawa hiszpańska).

¹ Zob. A. Jurkowska, T. Skoczny, *Wyłączenia grupowe spod zakazu porozumień ograniczających konkurencję we wspólnotowym i polskim prawie ochrony konkurencji*, publikowany w niniejszym tomie.

Jest jednak charakterystyczne, że tam, gdzie ustawy krajowe wyłączają spod krajowych zakazów karteli porozumienia korzystające z przywileju wyłączenia grupowego na gruncie rozporządzeń wspólnotowych, przyznają one najczęściej krajowym organom ochrony konkurencji uprawnienie do cofnięcia przywileju wyłączenia grupowego, jeżeli porozumienie to prowadzi do skutków antykonkurencyjnych na terytorium danego kraju (tak jest np. w Holandii, Portugalii).

Warto także zaznaczyć, że austriacka ustawa kartelowa z 2005 r. np. upoważniła ministra sprawiedliwości do wydawania wytycznych (niem. *Richtlinien*, ang. *directives*), wyłączających pewne kategorie porozumień spod zakazu kartelowego. Wytyczne te odwołują się wprost do np. rozporządzenia 2790/1999 i rozporządzenia 14000/2000. Wytyczne takie istnieją też w niektórych innych państwach (np. w Finlandii, Wielkiej Brytanii).

5. Wyłączenia grupowe dotyczące horyzontalnych porozumień kooperacyjnych o charakterze generalnym (porozumień specjalizacyjnych i badawczo-rozwojowych) stosowane są w „starych” państwach członkowskich tylko w Danii i w Hiszpanii, a w „nowych” państwach członkowskich WE w Bułgarii, w Estonii, w Polsce, w Rumunii, w Słowenii, na Malcie i na Węgrzech.

Krajowe akty prawne przyznające wyłączenie grupowe dla porozumień kooperacyjnych są w znacznym stopniu wzorowane na obowiązujących rozporządzeniach wspólnotowych oraz wytycznych Komisji Europejskiej w sprawie porozumień kooperacji horyzontalnej. Różnice dotyczą m.in. wysokości progów udziału w rynku stron porozumienia (zob. np. węgierskie rozporządzenie o wyłączeniu grupowym dla porozumień specjalizacyjnych) oraz okresów obowiązywania aktów wyłączeniowych (np. maltańskie rozporządzenie wyłączeniowe dla porozumień specjalizacyjnych i badawczo-rozwojowych).

Wyłączenia grupowe dla wszystkich wspomnianych wyżej rodzajów porozumień horyzontalnych przewidziane są zatem jedynie w rumuńskim prawie antymonopolowym. Z kolei w Czechach, w Słowacji i na Litwie oraz w 13 z 15 „starych” państw członkowskich UE nie wydano aktów prawnych przyznających wyłączenia grupowe (generalne i sektorowe) dla żadnej kategorii porozumień horyzontalnych. W Finlandii i Holandii opublikowane zostały natomiast wytyczne dot. porozumień kooperacyjnych.

6. Wyłączenia grupowe dla wertykalnych porozumień dystrybucyjnych stosowane są „starych” państwach tylko w Danii, Hiszpanii i Irlandii, w nowych zaś w Bułgarii, na Cyprze, w Estonii, na Łotwie, w Polsce, w Rumunii, w Słowenii i na Węgrzech. Akty prawne o wyłączeniu grupowym dla wspomnianych porozumień obowiązywały także na Litwie (do 2 września 2004 r.) oraz na Malcie (do 31 października 2006 r.). W Finlandii i w Wielkiej Brytanii istnieją natomiast wytyczne dot. porozumień wertykalnych.

Krajowe akty prawne ustanawiające wyłączenie grupowe dla porozumień dystrybucyjnych w znacznym stopniu wzorowane są na rozporządzeniu 2790/1999; uwzględniają one również ekonomiczne kryteria oceny tych porozumień przedstawione w wytycznych Komisji Europejskiej w sprawie ograniczeń wertykalnych. Nie istnieją między nimi a rozporządzeniem wspólnotowym istotne różnice dotyczące w szczególności zakresu przedmiotowego (pewne różnice wykazuje np. polskie rozporządzenie wyłączeniowe) i podmiotowego porozumień objętych wyłączeniem, warunków dopuszczalności wyłączenia grupowego (progów udziału w rynku stron porozumienia), czy katalogu klauzul niedozwolonych. Warto tu nadmienić, że listę klauzul dozwolonych (katalog otwarty) zawiera jedynie polskie rozporządzenie wyłączeniowe. Przepisy prawa krajowego zwykle przewidują także możliwość cofnięcia przywileju wyłączenia grupowego. Natomiast okres ich obowiązywania na ogół nie jest określony.

3. Stosowanie wspólnotowych wyłączeń grupowych w państwach członkowskich

7. We wszystkich państwach członkowskich WE wspólnotowe prawo ochrony konkurencji obowiązuje równolegle z prawem krajowym, zgodnie z zasadami wynikającymi z Traktatu ustanawiającego Wspólnotę Europejską (TWE) oraz rozporządzenia 1/2003; dotyczy to także wspólnotowych rozporządzeń wyłączających określone porozumienia spod zakazu porozumień ograniczających konkurencję. Rozgraniczenie stosowania prawa wspólnotowego i prawa krajowego opiera się na interpretacji przesłanki zakazu z art. 81 ust. 1 TWE w postaci „wpływu na handel między państwami członkowskimi”. Jak wynika jednak z wytycznych KE w sprawie wpływu na handel między państwami członkowskimi² oraz z doświadczeń orzecznictwa³, uznanie tej przesłanki za spełnioną jest stosunkowo łatwe.

Zgodnie z zasadami ogólnymi i jurysdykcyjną rolą zawartą w art. 81 ust. 1 TWE przesłanki „wpływu na handel między państwami członkowskimi” oraz stosownie do reguły zawartej *expressis verbis* w art. 3 ust. 1 rozporządzenia 1/2003, porozumienia, które wpływają na handel wewnątrzspółnotowy oceniane są wyłącznie z punktu widzenia ich zgodności z art. 81 TWE lub z odpowiednimi rozporządzeniami wyłączającymi. W takiej sytuacji nie stosuje się krajowego prawa ochrony konkurencji, nawet wówczas, gdy organem stosującym prawo jest krajowy organ ochrony konkurencji lub sąd krajowy, a nie Komisja Europejska.

Krajowe rozporządzenia wyłączające spod zakazu art. 6 uokik z 2007 r. określone rodzaje porozumień mogą być zatem stosowane tylko w odniesieniu do tych porozumień zawieranych przez polskich lub zagranicznych przedsiębiorców, które nie mają wpływu na handel między państwami członkowskimi UE. W konsekwencji, zakres zastosowania przynajmniej niektórych polskich rozporządzeń wyłączających może okazać się stosunkowo wąski⁴. Nie można jednak całkowicie wykluczyć istnienia takich porozumień, które nie będą podlegały odpowiednim wyłączeniom zawartym w prawie wspólnotowym (niemających bowiem wpływu na handel między państwami członkowskimi WE), do których będą się zatem stosować wyłącznie przepisy prawa polskiego, a więc których wyłączenie spod zakazu porozumień ograniczających konkurencję będzie mogło mieć swoją podstawę prawną tylko w rozporządzeniach Rady Ministrów wydanych na podstawie delegacji z art. 8 ust. 3 uokik z 2007 r.

² Commission Notice — Guidelines on the effect on trade concept contained in Articles 81 and 82 of the Treaty (OJ 2004 c 101/81). Na temat przesłanki wpływu na handel wewnątrzspółnotowy – zob. K. Kowalik-Bańczyk, *Pojęcie „wpływu na handel” jako kryterium stosowania przez sądy krajowe wspólnotowego prawa konkurencji*, „PUG” 2008, nr 2.

³ Zob. zwłaszcza orzecznictwo przywoływane we wskazanych powyżej wytycznych, w tym m.in. wyroki w sprawach: 56 i 58/64 *Consten i Grundig* (Zb. Orz. 1966, 299); 6 i 7/73 *Commercial Solvents* (Zb. Orz. 1974, 223); 8/72 *Cementhandelaren* (Zb. Orz. 1972, 977); 42/84 *Remia* (Zb. Orz. 1985, 2545); 193/83 *Windsurfing* (Zb. Orz. 1986, 611).

⁴ A. Jurkowska, T. Skoczny, *Wyłączenia grupowe spod zakazu porozumień ograniczających konkurencję – w poszukiwaniu nowoczesnych regulacji w Polsce*, w: *Zarządzanie i rozwój. Księga jubileuszowa. 35-lecie Wydziału Zarządzania Uniwersytetu Warszawskiego*, Wydawnictwo Naukowe WZ UW, Warszawa 2007, s. 302–303. Ze względu na rosnący napływ technologii z zagranicy problem ten może dotyczyć porozumień o transferze technologii. Z kolei w przypadku porozumień zawieranych między przedsiębiorcami prowadzącymi działalność ubezpieczeniową ograniczone stosowanie polskich regulacji może być spowodowane m.in. rosnącym zaangażowaniem kapitału zagranicznego w polskim sektorze ubezpieczeniowym.

4. Perspektywy rozwoju regulacji wyłączających grupowo

8. W istocie może wydawać się, że zmiana reżimu stosowania art. 81 ust. 3 TWE i idące za nią modyfikacje w ustawodawstwie krajowym mogą prowadzić do zmniejszenia znaczenia rozporządzeń wyłączających. Zawsze aktualne pozostaną jednak prawdopodobnie motywy leżące u podstaw niestosowania zakazu karteli do niektórych grup porozumień. Dokument UNCTAD poświęcony wyłączeniom i wyjątkom w prawie konkurencji na świecie podzielił te motywy na cztery kategorie: (1) chęć równoważenia nierównej pozycji ekonomicznej i przetargowej różnych podmiotów, (2) potrzeba zapewnienia wymiany informacji, podziału kosztów transakcyjnych i wspólnych przedsięwzięć, (3) potrzeba redukcji ryzyka i niepewności przedsięwzięć gospodarczych, (4) konieczność ochrony interesów określonych sektorów lub grup podmiotów⁵. Mimo że cele te można realizować przez zastosowanie wyjątku na zasadzie indywidualnej samooceny, to rozporządzenia wyłączające są nadal pożądane jako instrumenty znacznie ułatwiające dokonywanie owej samooceny, a przez to podnoszące poziom pewności prawnej towarzyszącej współpracy przedsiębiorców na różnych polach. Jest to funkcja szczególnie ważna tam, gdzie kultura konkurencji i świadomość konieczności przestrzegania reguł konkurencji jest nadal stosunkowo niska. Nie do przecenienia jest funkcja rozporządzeń wyłączających grupowo wyrażająca się w zagwarantowaniu przedsiębiorcom odpowiedniego poziomu pewności prawnej co do legalności podejmowanych przez nich kolektywnie działań w świetle prawa konkurencji. Znaczenie rozporządzeń wyłączających z punktu widzenia instytucjonalno-systemowego polega na tym, że wyznaczają one granice interwencji organów ochrony konkurencji, co wydaje się istotne zwłaszcza tam, gdzie ustawodawstwa krajowe nie przewidują możliwości cofnięcia przywileju wyłączenia. Ponadto, rozporządzenia wyłączające mogą także stanowić istotną wskazówkę dla analizy spraw w sądach powszechnych w ramach prywatnego wdrażania prawa konkurencji.

9. W roku 2007 (w związku z wydaniem nowej ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów oraz w związku z wygaśnięciem większości krajowych wyłączeń grupowych) polski prawodawca stanął przed ważną decyzją o kontynuowaniu (bądź ewentualnym zaniechaniu) wyłączeń grupowych określonych kategorii porozumień ograniczających konkurencję. Już na poziomie ustawy podjęta została istotna decyzja – Polska nie pójdzie śladem niektórych państw członkowskich WE, które ustanawiają wyłączenia grupowe poprzez odesłanie do prawa wspólnotowego (odesłanie takie zazwyczaj zawarte jest w samej krajowej ustawie o ochronie konkurencji). Jednocześnie polski ustawodawca nie przesądził o obligatoryjnym zastosowaniu delegacji z art. 8 ust. 3 ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów, a zatem ostateczna decyzja co do tego, czy wyłączenia grupowe będą rzeczywiście funkcjonować w polskim prawie konkurencji, została pozostawiona Radzie Ministrów. Rząd miał możliwość wyboru jednej z następujących opcji działania: (1) opcja aktywności (wydanie nowych rozporządzeń wyłączających grupowo wybrane kategorie porozumień, z uwzględnieniem zmian wynikających z treści nowej delegacji ustawowej), oraz (2) opcja pasywności (nie skorzystanie z delacji z art. 8 ust. 3 uokik i brak kontynuacji wyłączeń grupowych wygasających w 2007 r.). Ostatecznie zwyciężyła pierwsza z tych opcji i w 2007 r. wydane zostały nowe rozporządzenia wyłączające. W naszej ocenie polski prawodawca

⁵ United Nations Conference on Trade and Development, *Application of Competition Law: Exemptions and Exceptions*, UNCTAD/DITC/CLP/Misc.25, New York–Geneva 2002, s. 27–33.

postąpił słusznie decydując się na „odnowienie” w 2007 r. wygasających wyłączeń. Dopóki wyłączenia takie obowiązują we WE uzasadnione jest, choćby na zasadzie imitacji, utrzymanie analogicznych regulacji także w Polsce. Przyjęte rozwiązanie będzie „obowiązywało” przez kilka lat, do momentu wygaśnięcia rozporządzeń wyłączających. Nie jest jednak wykluczone, że w przyszłości – wzorem innych państw członkowskich – również polski prawodawca odstąpi od praktyki wydawania rozporządzeń wyłączających i materia ta będzie regulowana odesłaniem do prawodawstwa wspólnotowego (co będzie prawdopodobnie wymagało nowelizacji ustawy o ochronie konkurencji) bądź też system krajowego prawa ochrony konkurencji w ogóle nie będzie przewidywał instytucji wyłączeń grupowych.

10. Co do przyszłych (tj. wychodzących poza 2011 r.) rozwiązań, wiele zależy od tego, w którym kierunku podąży prawodawstwo wspólnotowe w tym zakresie. Mimo bowiem deklaracji Rady UE o tym, iż wyłączenia grupowe nie straciły racji bytu w nowym systemie wdrażania art. 81 i 82 TWE, przyjętym na gruncie rozporządzenia 1/2003⁶, praktyka pokazuje coś zupełnie przeciwnego. Przede wszystkim, od kilku lat mamy do czynienia ze zjawiskiem „wygaszania” sektorowych wyłączeń grupowych – dotknęło ono wyłączeń w transporcie lotniczym oraz morskim, przy czym w pierwszym ze wskazanych podsektorów proces ten dokonał się już ostatecznie (ostatnie rozporządzenie wygasło z dniem 31 października 2007 roku)⁷, zaś w drugim – proces ten zakończy się już wkrótce (ostatnia regulacja wyłączająca grupowo wygaśnie z dniem 25 kwietnia 2010 r.). „Wygaszanie” odbywało się w dwóch wymiarach: po pierwsze, ograniczany był zakres przedmiotowy wyłączenia (organy wspólnotowe rezygnowały z wyłączania poszczególnych rodzajów porozumień), po drugie, kolejne przyjmowane rozporządzenia miały coraz krótszy okres obowiązywania. Podkreślenia wymaga okoliczność, że o ile rozporządzenia dotyczące wyłączeń w transporcie lotniczym zniknęły definitywnie, o tyle w miejsce rozporządzeń wyłączających dotyczących transportu morskiego Komisja Europejska zaproponowała pewną „namiastkę wyłączeń”, jaką są wytyczne dotyczące antymonopolowej oceny współpracy przedsiębiorstw⁸.

Jedynym pozostającym w mocy sektorowym rozporządzeniem wyłączającym pozostaje (do 2010 r.) rozporządzenie ustanawiające wyłączenie grupowe dla porozumień kooperacji horyzontalnej w sektorze ubezpieczeń (rozporządzenie 358/2003⁹). Komisja podjęła zatem działania zmierzające do odpowiedzi na pytanie, czy wyłączenie sektorowe tego rodzaju powinno być kontynuowane. W tym celu Komisja zleciła przygotowanie obszernego raportu na temat rynku ubezpieczeń gospodarczych we WE (raport ukazał się w 2007 r.), a w 2008 r. otworzyła konsultacje publiczne w tym zakresie. Lektura tych dokumentów niesie z sobą przekonanie, że Komisja Europejska nie jest zainteresowana dalszym utrzymywaniem wyłączeń grupowych w sektorze ubezpieczeń. Świadczy o tym choćby wzmianka Komisji w najnowszym dokumencie konsultacyjnym mówiąca, że istnieją takie sektory, w których rozporządzenia wyłączające grupowo nie zostały odnowione. Ponadto, Komisja deklaruje wprost, że jej celem jest zbadanie zasadności

⁶ Zob. pkt 10 preambuły 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. UE 2003 L 1/1; Dz. U. UE Polskie Wyd. Specjalne, rozdz. 8, t. 2, s. 205–229);

⁷ Zob. artykuł T. Skocznego, *Wygaśnięcie wyłączeń lotniczych*, publikowany w niniejszym tomie.

⁸ Zob. M.A. Nesterowicz, I. Żużewicz, *Wyłączenia dla porozumień w transporcie morskim*, publikowane w niniejszym tomie.

⁹ Rozporządzenie (WE) nr 358/2003 Komisji z dnia 27 lutego 2003 r. w sprawie stosowania art. 81 ust. 3 TWE do niektórych grup porozumień, decyzji i praktyk uzgodnionych w sektorze ubezpieczeniowym (Dz.U. UE 2003 L 53/8; Dz. U. UE Polskie Wyd. Specjalne, rozdz. 8, t. 2, s. 230–238).

kontynuowania wyłączeń w sektorze ubezpieczeń, skoro raport sektorowy doprowadził ją do wniosku, że porozumienia objęte rozporządzeniem o wyłączeniu grupowym są w większości przypadków „bezproblemowe”, a nawet „pożądane na rynku”¹⁰. Uprawiona jest zatem prognoza, że Komisja, nawet mimo pozytywnego wyniku konsultacji (firmy ubezpieczeniowe będą raczej opowiadać się za utrzymaniem wyłączenia) ostatecznie nie zdecyduje się na wydanie nowej regulacji wyłączającej.

11. Specyficznym rodzajem sektorowego wyłączenia grupowego pozostaje natomiast wyłączenie dla porozumień dystrybucji samochodów i części zamiennych. Wraz z wejściem w życie rozporządzenia 1400/2002¹¹, Komisja rozpoczęła politykę zbliżania regulacji samochodowych porozumień dystrybucji do regulacji wyłączającej „zwykłe” porozumienia dystrybucyjne, co oczywiście wiązało się z potrzebą liberalizacji obrotu pojazdami samochodowymi na rynku wewnętrznym. Wraz z umacnianiem się tego rynku istnieje coraz mniej przesłanek uzasadniających obowiązywanie odrębnych regulacji dla dystrybucji w tym sektorze. W tej sytuacji należy oczekiwać, że regulacje dotyczące porozumień dystrybucyjnych staną się w przyszłości (po wygaśnięciu w 2010 r. obecnie obowiązującego rozporządzenia) częścią rozporządzenia wyłączającego porozumienia wertykalne. Prognoza ta wpisuje się w politykę Komisji polegającą na całkowitej rezygnacji z sektorowych wyłączeń grupowych.

Zmiana statusu wyłączenia grupowego dla porozumień samochodowych wskazuje na drugi, obok zniesienia wyłączeń grupowych dla porozumień sektorowych, kierunek rozwoju polityki wyłączeniowej, jakim prawdopodobnie będzie konsolidacja wyłączeń grupowych dla różnych kategorii porozumień w ramach jednego aktu prawnego. Taki proces był już w przeszłości realizowany na gruncie stanowienia prawa o wyłączeniach grupowych – w 1999 r. jednym rozporządzeniem wyłączającym objęte zostały różne rodzaje dystrybucji (franchising, dystrybucja wyłączna), wcześniej regulowane odrębnymi aktami.

Niewykluczone, że zjawisko konsolidacji dotknie także wyłączenie grupowe dla porozumień o transferze technologii. Porozumienia te mają bowiem w gruncie rzeczy charakter wertykalny, stąd z powodzeniem mogą stać się częścią rozporządzenia wyłączającego grupowo porozumienia wertykalne.

Konsolidacja może być także z powodzeniem zastosowana w przypadku wyłączenia porozumień specjalizacyjnych oraz badawczo-rozwojowych – obie te kategorie obejmują porozumienia horyzontalne; takie rozwiązanie jest zresztą stosowane już od 2002 r. w Polsce.

12. Naszym zdaniem przyszedł model wyłączeń grupowych we Wspólnocie, ku któremu obecnie wydaje się dążyć Komisja, będzie miał prosty, dwumodułowy charakter i prawdopodobnie będzie składał się z: (1) rozporządzenia wyłączającego grupowo porozumienia kooperacyjne (specjalizacyjne i badawczo-rozwojowe), oraz (2) rozporządzenia wyłączającego grupowo porozumienia wertykalne (porozumienia dystrybucyjne, w tym dystrybucji samochodów; ew. porozumienia o transferze technologii). Dodatkowo,

¹⁰ DG Competition Consultation Paper concerning the review of the functioning of Commission Regulation (EC) No 358/2003 on the application of Article 81(3) of the Treaty to certain categories of agreements, decisions and concerted practices in the insurance sector, pkt 1.3.; dokument dostępny pod adresem: http://ec.europa.eu/comm/competition/sectors/financial_services/consultation_paper_17042008.pdf

¹¹ Rozporządzenie (WE) nr 1400/2002 Komisji z dnia 31 lipca 2002 r. w sprawie stosowania art. 81 ust. 3 Traktatu do określonych grup porozumień pionowych w sektorze samochodowym (Dz.U. WE 2002 L 203/30; Dz. U. UE Polskie Wyd. Specjalne, rozdz. 8, t. 2, s. 158).

rozporządzeniom będą towarzyszyć, tak jak dzieje się to już dziś, niewiążące wytyczne dotyczące szczegółowych aspektów antymonopolowej oceny porozumień.

W modelu tym nie będzie już na pewno miejsca na sektorowe wyłączenia grupowe. W pewnym sensie model ten należy postrzegać jako swoisty „powrót do źródeł” regulacji wyłączeniowych, czyli do stanu, gdy regulacja sprowadzała się w zasadzie do obowiązywania dwóch podstawowych rozporządzeń kompetencyjnych (rozporządzenie 19/65¹² oraz 2821/71¹³), uzupełnionych tylko jedną szczegółową regulacją – rozporządzeniem 67/67¹⁴.

13. Realizacja przedstawionego modelu będzie, w naszym przekonaniu, jedynie etapem przejściowym w procesie całkowitej likwidacji wyłączeń grupowych. Modernizacja sposobu stosowania art. 81 ust. 3 TWE pokazuje bowiem, że punktem ciężkości względnego wymiaru zakazu porozumień ograniczających konkurencję ma być samoocena przedsiębiorców, dla której istnienie normatywnych regulacji uszczegółwiających kryteria wyłączenia grupowego może stanowić swoiste ograniczenie. Im bardziej ugruntowana orzeczniczo będzie w przyszłości indywidualna samoocena na gruncie art. 81 ust. 3 TWE, tym mniej uzasadnione będzie utrzymywanie wyłączeń grupowych. Sukces tego modelu zależy więc w największym stopniu od rozwoju prywatnoprawnego stosowania zakazów praktyk ograniczających konkurencję.

14. Państwa członkowskie WE, które – tak jak Polska – mają regulacje prawne w dziedzinie ochrony konkurencji modelowane na wzór wspólnotowy, prawdopodobnie także podążą ścieżką rozwiązań w zakresie stanowienia i stosowania prawa ochrony konkurencji w dziedzinie wyjątków spod zakazu porozumień ograniczających konkurencję. W tych z nich, w których ustawy ochrony konkurencji zawierają normy stanowiące odpowiednik art. 81 ust. 3 TWE, już dzisiaj można mówić o „bezpośrednim stosowaniu się” w zakresie nieobjętym rozporządzeniami grupowymi. Wraz z rozwojem orzecznictwa, w tym orzecznictwa sądów powszechnych w ramach prywatnoprawnego stosowania zakazów praktyk ograniczających konkurencję, potrzeba wydawania rozporządzeń wyłączających będzie malała, a z czasem zapewne zniknie zupełnie.

Ponadto należy zaznaczyć, że proces ten będzie postępował tym szybciej, im szybciej najważniejsze rynki towarów, a zwłaszcza usług, funkcjonować będą jako rynki wewnętrzne, nie zaś krajowe. Dla zagwarantowania niezakłóconego funkcjonowania skutecznej konkurencji dominujące znaczenie mieć będą wtedy reguły wspólnotowe, a nie krajowe.

¹² Rozporządzenie Rady (WE) nr 1215/1999 z dnia 10 czerwca 1999 r. zmieniające rozporządzenie nr 19/65/EWG w sprawie stosowania art. 81 ust. 3 Traktatu do niektórych kategorii porozumień i praktyk uzgodnionych (Dz. U. WE 1999 L 148/1; Dz. U. UE Polskie Wyd. Specjalne, rozdz. 8, t. 1, s. 348).

¹³ Rozporządzenie (EWG) nr 2821/71 Rady z dnia 20 grudnia 1971 r. w sprawie stosowania art. 85 ust. 3 do określonych grup porozumień, decyzji i praktyk uzgodnionych (Dz. U. EWG 1971 L 285/46; Dz. U. UE Polskie Wyd. Specjalne, rozdz. 8, t. 1, s. 14), dalej rozporządzenie 2821/71.

¹⁴ Regulation No. 67/67/EEC of the Commission of 22 March 1967 on the application of Article 85 (3) of the Treaty to certain categories of exclusive dealing agreements (OJ 57, 25.3.1967, pp. 849–852).

Notki o autorach

Piotr Dębowski – absolwent Wydziału Prawa Uniwersytetu Warszawskiego (Filia w Białymstoku) oraz Centrum Europejskiego UW. Stały Współpracownik i uczestnik Seminarium Doktoranckiego CSAiR.

Agata Jurkowska – dr nauk prawnych, adiunkt w Zakładzie Europejskiego Prawa Gospodarczego Wydziału Zarządzania UW (*Jean Monet Chair on European Economic Law*). Członek Zwyczajny CSAiR.

Konrad Kohutek – dr nauk prawnych (Wydział Prawa i Administracji Uniwersytetu Jagiellońskiego). Współpracownik Polsko–Niemieckiego Centrum Prawa Bankowego przy Uniwersytecie Jagiellońskim. Wykładowca w Krakowskiej Szkole Wyższej im. Andrzeja Frycza-Modrzewskiego (europejskie i polskie prawo gospodarcze). Członek Stowarzyszony CSAiR.

Dawid Miąsik – dr nauk prawnych, adiunkt w Zakładzie Prawa Konkurencji Instytutu Nauk Prawnych Polskiej Akademii Nauk. Asystent-specjalista członek Biura Studiów i Analiz Sądu Najwyższego oddelegowany do Izby Pracy, Ubezpieczeń Społecznych i Spraw Publicznych. Członek kolegium redakcyjnego Europejskiego Przeglądu Sądowego. Wykładowca Krajowego Centrum Szkolenia Kadr Sądów Powszechnych i Prokuratury. Stypendysta Fulbrighta i Fundacji im. Stefana Batorego. Członek Stowarzyszony CSAiR.

Małgorzata Anna Nesterowicz – dr nauk prawnych Wydziału Prawa i Administracji Uniwersytetu Mikołaja Kopernika w Toruniu, LLM Uniwersytetu w Lund, Szwecja. Obecnie prawnik w Europejskiej Agencji Bezpieczeństwa Morskiego UE, Lizbona. Stały Współpracownik CSAiR.

Ewelina Dorota Sage – D.Phil. (Oxon), absolwentka Wydziału Prawa i Administracji oraz Centrum Europejskiego Uniwersytetu Warszawskiego. Doktorat na Uniwersytecie w Oksfordzie za pracę pt. *Community Competition Law of Multimedia*. Prowadzi działalność naukową i konsultacyjną w dziedzinie prawa konkurencji oraz regulacji w sektorze usług audiowizualnych. Stały Współpracownik CSAiR.

Tadeusz Skoczny – dr hab., profesor Uniwersytetu Warszawskiego, kierownik Zakładu Europejskiego Prawa Gospodarczego Wydziału Zarządzania Uniwersytetu Warszaw-

skiego (*Jean Monet Chair on European Economic Law*). Kierownik Centrum Studiów Antymonopolowych i Regulacyjnych WZ UW.

Rafał Stankiewicz – doktor nauk prawnych, adiunkt w Instytucie Nauk Prawno-Administracyjnych Wydziału Prawa i Administracji Uniwersytetu Warszawskiego. Radca prawny w Okręgowej Izbie Radców Prawnych w Warszawie. Członek Stowarzyszony CSAiR.

Iwona Zużewicz-Wiewiórska – dr nauk prawnych, adiunkt w Katedrze Prawa Morskiego Wydziału Prawa i Administracji Uniwersytetu Gdańskiego. Radca prawny. Członek Stowarzyszony CSAiR.

Podstawowa literatura

- Alves S., *New enforcement tools to tackle long haul routes: finally the King got a throne*, „EC CPN” Summer 2004, No. 2.
- Amato G., *Antitrust and the bounds of power*, London 1997.
- Anderman S., *EC competition law and intellectual property rights. The regulation of innovation*, Oxford University Press, Oxford 1998.
- Anderman S., Kallaugher J., *Technology transfer and the new competition rules*, Oxford University Press, Oxford 2006.
- Becker R., Hamilton I., *Multi-brand distribution and access to repair networks under Motor Vehicle Block Exemption Regulation 1400/2002: the experience of the BMW and General Motors cases*, „EC CPN” Summer 2006, No. 2.
- Bellamy & Child, *European Community Law of Competition*, fifth edition, ed. P.M. Roth QC, Sweet & Maxwell. A Thomson Company, London 2001.
- Van Bael & Bellis, *Reguły konkurencji a porozumienia specjalizacyjne (Raport)*, w: *Reguły konkurencji a porozumienia specjalizacyjne*, PHARE: Harmonizacja Polskiego Prawa Antymonopolowego z Regulacjami Konkurencji Unii Europejskiej, seria: Reguły konkurencji a wybrane rodzaje porozumień, Urząd Antymonopolowy, Warszawa 1995.
- Bell & Bellis, *Competition Law of the European Community*, CCH Europe, 2006.
- Bernard M., *Le Code historique des conféréces maritimes et ses problèmes de mise en oeuvre*, „JMM” 22.10.1981.
- Bernatt M., Jurkowska A., Skoczny T., *Ochrona konkurencji i konsumentów*, Wydawnictwo Naukowe WZ UW, Warszawa 2007.
- Beuve-Méry H., Struk M., *Commission brings air transport in line with the industries by phasing out the block exemptions that have existed in his sector since 1988*, „EC CPN” Autumn 2007, No. 3.
- Bishop S., *Pro-competitive exclusive supply agreements: how refreshing*, „ECLR” 2003, Vol. 24, No. 5.
- Bonassies P., *Le Règlement du 22 décembre 1986 portant application des articles 85 et 86 du Traité aux transports maritimes*, w: *La Communauté Européenne et la Mer*, Paris 1990.
- Boytha unter Mitwirkung von G. Szoboszlai E., *Die Angleichung der Wettbewerbsregeln in den neuen und zukünftigen Mitgliedstaaten an das Gemeinschaftsrecht (II)*, Schriften Reihe des EUROPA-KOLLEG HAMBURG zur Integrationsforschung, P. Behrens (Hrsg.), Nomos, Baden-Baden 2006.
- Buttigieg E., *Vertical agreements and concerted practices in the motor vehicle sector under EC competition law – implications for European consumers*, „EBLR” 2003, Vol. 14, No. 6.
- Chance C., *Insurances in the EEC. The European Community's Program for a New Regime*, London 1991.
- Clark J., *New rules for motor vehicle distribution and servicing*, „EC CPN” October 2002, No. 3.
- Confavreux R., *Le règlement consortium renouvelé sans grand changement*, „JMM” 7.01.2000.
- Coumes J. M., *The New Block Exemption on car distribution*, „EBLR” 1996, Vol. 7, No. 2.
- Deacon I., *Vertical restraints under EU competition law new directions*, Fordham Corporate Law Institute 1994.
- Dębowski P., *Porozumienia dystrybucyjne w świetle prawa konkurencji Wspólnoty Europejskiej i polskiego prawa antymonopolowego*, „PUE” 2002, nr 1.

- Dębowski P., Skoczny T., *Wyłączenie określonych porozumień wertykalnych spod zakazu porozumień ograniczających konkurencję*, „PPH” 2003, nr 2.
- Dolmans M., Piilola A., *The new technology transfer block exemption – a welcome reform, after all*, „World Competition” 2004, Vol. 27, No. 3.
- Ehlermann D., *The Modernization of EC Antitrust Policy: A Legal and Cultural Revolution*, „CMLR” 2000, Vol. 37, No. 3.
- Ehlermann C.-D., Atanasiu I., *European Competition Law Annual 2005 – the interaction between competition law and intellectual property law*, Hart Publishing, Oxford-Portland Oregon 2007.
- Faull J., Nikpay A., *The EC Law of Competition*, Oxford University Press, Oxford 1999/2007.
- van Fenema P., *EU Horizontal Agreements: Community Designation and the „Free Rider” Clause*, „Air & Space Law” 2006, Vol. 31, No. 3.
- Fine F.L., *EEC Anti-trust Aspects of Production Joint Ventures*, „ECLR” 1992, Vol. 13, No. 5.
- Fine F.L., *Revised Notice on the Distinction between Concentrative and Co-operative Joint Ventures*, „ECLR” 1994, Vol. 15, No. 6.
- Fine F., *The EU’s new antitrust rules for technology licensing: a turbulent harbour for licensors*, „ELRev.” 2004, Vol. 29, No. 12.
- Fitzgerald E., *The Revised TACA Decision – The end of the conflict ?*, „EC CPN” Spring 2003, No. 1.
- Forrester I., *Competition Structures for the 21st Century*, Fordham Corporate Law Institute 1994.
- Fox E., *Maize seed – a comparative comment*, The Fordham Corporate Law Institute 1982.
- Frühling P., Eyskens W., *Current and Future Issues to Slot Management and Mobility in the European Union*, „Air & Space Law” 2004, Vol. 29, No. 2.
- Fuchs D., *Ewolucja reguł konkurencji w odniesieniu do europejskiego rynku ubezpieczeń gospodarczych*, „KPPubl.” 2002, nr 3.
- Furse M., *Competition Law of the UK & EC*, Blackstone Press Limited 1999.
- Gambardella M., Salerno F.M., *Vertical Agreements: Was the Commission’s Response Adequate? On the Commission’s Ability to Reform Long-standing Policies*, w: *EC Competition Law. A critical Assessment*, eds. G. Amato, C.D. Ehlermann, Hart Publishing, Oxford and Portland, Oregon 2007.
- Gambs H., Schumm K., *The fourth prohibition decision in the area of car distribution in four years: This time it’s Mercedes’ turn*, „EC CPN” February 2002, No. 1.
- Geiger A., *Die neuen Leitlinien der EG-Kommission zur Anwendbarkeit von Art. 81 EG auf Vereinbarung über horizontale Zusammenarbeit*, „EuZW” 2000, z. 11.
- Gerard D., *„Regulated Competition” in the Automobile Sector: A Comparative Analysis of Car Distribution System in the US and the EU*, „ECLR” 2003, Vol. 24, No. 9.
- Ghidini G., *Intellectual property and competition law. The innovation nexus*, Edward Elgar, Cheltenham 2006.
- Giliciński L., *Wykonywanie praw własności intelektualnej w sprawie Wspólnot Europejskich*, Dom Wydawniczy ABC, Warszawa 1997.
- Glabiszewski W., *Konkurencyjność działających w Polsce zakładów ubezpieczeń majątkowych w procesie integracji Polski z Unią Europejską*, Toruń 2005.
- Glader M., *Innovation Markets and Competition Analysis. EU Competition Law and US Antitrust Law*, Edward Elgar Publishing, Cheltenham, Northampton 2006.
- Gordon G., *Analyzing IP license restrictions under the antitrust laws: a general outline of issues*, Philadelphia 2002.
- Goyder D., *EC Competition Law*, Oxford University Press, Oxford 2003.
- Grange N., *Méga-alliances maritimes. Un enjeu mondial*, „Bulletin des Transports et de la Logistique” 17.03.1997, nr 2698.
- Greaves R., *Banking and Insurance Services*, London 1992.
- Greaves R., *EC Transport Law*, Longman, Harlow et. 2000.
- Griffiths M., Nuesch S., *Modernising the treatment of horizontal agreements – an analysis of the Commission’s proposal*, „ECLR” 2000, Vol. 21, No. 10.
- Gronowski S., *Polskie prawo antymonopolowe. Zarys wykładu*, Wydawnictwo ZPP, Warszawa 1998.
- Gronowski S., *Ustawa antymonopolowa. Komentarz*, wyd. II, C.H.Beck, Warszawa 1999.

- Grotthuss P., *Nowa regulacja porozumień wertykalnych w świetle prawa konkurencji Unii Europejskiej*, „Glosa” 2001, nr 1.
- Hawk B., *Deregulation of EC Competition Policy: Rethinking Article 85(1)*, Fordham Corporate Law Institute 1994.
- Hawk B., *System Failure: Vertical Restraints and EC Competition Law*, „CMLR” 1995, Vol. 32, No. 4.
- Hildebrand D., *Economic Analyses of Vertical Agreements – A Self-Assessment*, Hague 2005.
- Hildebrand D., *The role of economic analysis in the EC competition rules*, Hague 1998.
- Hinchcliffe R., *When is an agreement not an agreement? Implications of the Bayer judgment on parallel trade and contractual dealing with wholesalers and distributors*, „BLR” 2004, No. 25.
- Holmes M., Lennon P., *European Authorities Focus on Insurance*, „ECLR” 2005, Vol. 26, No. 1.
- Hughes M., *The economic assessment of vertical restraints under UK and EC competition law*, „ECLR” 2001, Vol. 22, No. 10.
- Jackowska J., *Zakres i znaczenie wyłączenia niektórych kategorii porozumień zawieranych między przedsiębiorcami prowadzącymi działalność ubezpieczeniową spod zakazu porozumień ograniczających konkurencję*, „Prawo Asekuracyjne” 2003, nr 2.
- Janusz R., Sachajko M., Skoczny T., *Nowa ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów*, „KPPubl.” 2001, nr 3.
- Jaspers M., *The TACA judgment: lessons learnt and the way forward*, „EC CPN” Spring 2004, No. 1.
- Jephcott M., *Horizontal Agreements and EU Competition Law*, Richmond Law & Tax, 2005.
- Jurkowska A., *Reforma wspólnotowego prawa konkurencji w zakresie wyłączenia spod zakazu kartelu porozumień horyzontalnych*, PUE nr 2/2001.
- Jurkowska A., *„Economic approach” jako jeden z głównych kierunków modernizacji wspólnotowego prawa konkurencji na przykładzie nowych regulacji w dziedzinie porozumień kooperacyjnych*, w: *Prawo gospodarcze Wspólnoty Europejskiej na progu XXI wieku*, red. C. Mik, TNOiK–Dom Organizatora, Toruń 2002.
- Jurkowska A., *Doktryna niezbędnych ograniczeń we wspólnotowym orzecznictwie w sprawach porozumień ograniczających konkurencję*, „Problemy Zarządzania” 2004, vol. 3, nr 5.
- Jurkowska A., *Porozumienia kooperacyjne w świetle polskiego i wspólnotowego prawa ochrony konkurencji. Od formalizmu do ekonomizacji*, Wydawnictwo Prawo i Praktyka Gospodarcza, Warszawa 2005.
- Jurkowska A., *O dylematach liberalizacji usług hazardowych na rynku wewnętrznym*, w: *Swoboda przepływu usług w Unii Europejskiej. Dylematy liberalizacji*, Wydawnictwo Wyższej Szkoły Informatyki i Zarządzania, Rzeszów 2007.
- Jurkowska A., Miąsik D., Skoczny T., Szydło M., *Nowa uokik z 2007 r. – kolejny krok w kierunku doskonalenia podstaw publicznoprawnej ochrony konkurencji w Polsce*, „PUG” 2007, nr 4.
- Jurkowska A., Miąsik D., Skoczny T., Szydło M., *Nowa uokik z 2007 r.: krytyczna analiza niektórych rozwiązań*, „PUG” 2007, nr 5.
- Jurkowska A., Skoczny T., *Wyłączenie określonych porozumień specjalizacyjnych i badawczo-rozwojowych spod zakazu porozumień ograniczających konkurencję*, „PPH” 2003, nr 1.
- Jurkowska A., Skoczny T., *Wyłączenia grupowe spod zakazu porozumień ograniczających konkurencję – w poszukiwaniu nowoczesnych regulacji w Polsce*, w: *Zarządzanie i rozwój. Księga jubileuszowa. 35-lecie Wydziału Zarządzania Uniwersytetu Warszawskiego*, Wydawnictwo Naukowe WZ UW, Warszawa 2007.
- Kępiński M., Nowicka A., *Reguły konkurencji a porozumienia kooperacyjne (Raport)*, w: *Reguły konkurencji a porozumienia kooperacyjne*, red. M. Kępiński, A. Nowicka, PHARE: Harmonizacja Polskiego Prawa Antymonopolowego z Regulacjami Konkurencji Unii Europejskiej, seria: Reguły konkurencji a wybrane rodzaje porozumień, Urząd Antymonopolowy, Warszawa 1995.
- Klevstrand S.M., *Multi-branding of Cars: a Paper Tiger?*, „ECLR” 2005, Vol. 26, No. 10.
- Kohutek K., *Komentarz do rozporządzenia Komisji (WE) nr 2790/1999 z dnia 22 grudnia 1999 r. w sprawie stosowania art. 81 ust. 3 Traktatu do kategorii porozumień wertykalnych i praktyk uzgodnionych*, LEX 2008/el.
- Kohutek K., *Stosowanie art. 81 TWE po reformie wspólnotowego prawa konkurencji (ze szczególnym uwzględnieniem sytuacji przedsiębiorstw)*, „EPS” 2006, nr 3.

- Komninos A.P., *Modernisation and Decentralisation: Retrospective and Prospective*, w: *EC Competition Law. A Critical Assessment*, eds. G. Amato, C.-D. Ehlermann, Hart Publishing, Oxford and Portland, Oregon 2007.
- Korah V., *Exclusive licenses of patent and plant breeders rights under EEC law after the Maize seed*, „Antitrust Bulletin” 1983.
- Korah V., *The judgement in Delimitis – a milestone towards a realistic assessment of the effects of an agreement – or a damp squib*, „EIPR” 1992, No. 5.
- Korah V., *Technology transfer agreements and the EC competition rules*, Oxford University Press, 1996.
- Korah V., *Intellectual property rights and the EC competition rules*, Hart Publishing, Oxford-Portland Oregon 2006.
- Kosikowski C., Ławicki T., *Ochrona prawna konkurencji i zwalczanie praktyk monopolistycznych*, Wydawnictwo Naukowe PWN, Warszawa 1994.
- Kosiński E., *Rodzaje i zakres sektorowych wyłączeń zastosowania ogólnych reguł ochrony konkurencji*, Wydawnictwo Naukowe UAM, Poznań 2007.
- Kuik K., *The Quest for Legal Certainty – The EC Competition Law Approach to Horizontal Co-operation Agreements*, w: *EC Competition Law. A Critical Assessment*, eds. G. Amato, C.D. Ehlermann, Hart Publishing, 2007.
- Kujawa J., *Wspólna polityka żegluga Unii Europejskiej*, Gdańsk 1999.
- Kurek R., *Konkurencja w sektorze ubezpieczeń gospodarczych – zakłócenia i ograniczenia*, w: *Ubezpieczenia wobec procesów globalizację*, Gdańsk 2003.
- Landman L.B., *Innovation Markets in Europe*, „ECLR” 1998, Vol. 19, No. 1.
- Lucchini L., *Les conférences d’amateurs*, w: *Aspects actuels du droit international des transports*, Editions A. Pedone, Paris, 1981.
- Lücking J., *Horizontal Co-operation Agreements: Ensuring a Modern Policy*, „EC CPN” Summer 2000, No. 2.
- Lücking J., Woods D., *Horizontal Co-operation: New Rules in Force*, EC CPN Spring 2001, No. 1.
- Lugard P., Hancher L., *Honey, I Shrunk the Article! A Critical Assessment of the Commission’s Notice on Article 81 (3) of the EC Treaty*, „ECLR” 2004, Vol. 25, No. 7.
- Mahieu K., *How ICT agreements fit into the scope of the block exemption for vertical restraints*, „ECLR” 2002, Vol. 23, No. 4.
- Marlow P., Nair R., *Liner shipping and information exchange – a European perspective*, „Marine Policy” 2006, Vol. 30.
- Martinez Lopez M., *New explanatory Brochure on Commission Block Exemption Regulation n° 1400/2002 on motor vehicle sector: bringing competition rules closer to consumers and market operators*, „EC CPN” Spring 2003, No. 1.
- Materna G., *Nowe wspólnotowe reguły grupowych wyłączeń umów o transferze technologii spod zakazu porozumień ograniczających konkurencję*, „PPH” 2004, nr 6.
- De Matteis A., *The European Commission Expands its Powers over Air Transport Between the European Union and Third Countries: A Welcome Development for Transatlantic Airline Alliance*, „International Trade Law & Regulation” 2004, Vol. 10, No. 3.
- Miąsik D., *Reguła rozsądku w prawie antymonopolowym*, Zakamycze, Kraków 2004.
- Miąsik D., *Zasada ochrony zaufania w prawie wspólnotowym*, w: *Zasady ogólne prawa wspólnotowego*, red. C. Mik, TNOiK – Dom Organizatora, Toruń 2007.
- Miąsik D., Poździk R., *Dystrybucja samochodów osobowych a członkostwo Polski w Unii Europejskiej. Uwagi na tle rozporządzenia Komisji Europejskiej nr 1400/2002 (cz. I)*, „PUE” 2004, nr 3.
- Milligan J., *Revision of Block Exemption Regulation 870/95 on Consortia Agreements*, „ECLR” 2000, Vol. 21, No. 4.
- Miotke-Dzięgiel J., *Wpływ postępu techniczno-organizacyjnego na kartele w sferze żegluga morskiej*, „Zeszyty Naukowe Instytutu Ekonomiki Transportu Morskiego”, Gdańsk 1987.
- Misiejuk E., *Narzucanie cen odsprzedaży a ochrona konkurencji*, „Problemy Zarządzania” 2004, vol. 3, nr 5.

- Modzelewska-Wąchal E., *Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów. Komentarz*, Twigger, Warszawa 2002.
- Motta M., *Competition Policy. Theory and Practice*, Cambridge University Press, 2007.
- Nebel R., *Application of Competition Law in the Insurance Industry*, „ECLR” 1993, Vol. 14, No. 5.
- Negenman M., *Commission proposes effective enforcement rules for air transport between the Community and third countries*, „EC CPN” Summer 2003, No. 2.
- Nesterowicz M.A., *Cztery wolności gospodarcze prawa europejskiego w kontekście transportu morskiego*, „KPPubl.” 2002, nr 1–2.
- Nesterowicz M.A., *Freedom of services of the EC in maritime transport*, „Journal of Maritime Law and Commerce” 2003, Vol. 34(4).
- Nesterowicz M.A., *Projekt rozporządzenia UE w sprawie uchylecia rozporządzenia przyznającego liniowym konferencjom żegludowym wyłączenie od zakazu zmywy kartelowej*, „Prawo Morskie” 2006, XXII.
- Nesterowicz M.A., *The Mid-atlantic View of the Antitrust Shipping Regulations*, University of San Francisco, „Maritime Law Journal” Spring 2005, Vol. 17/2.
- Nesterowicz M.A., *Wyłączenie konferencji liniowych spod zakazu zmywy kartelowej*, „Prawo Morskie” 2003, t. XVIII.
- Nesterowicz M.A., *Zasady prawa konkurencji Wspólnoty Europejskiej w transporcie morskim*, „KPPubl.” 2001, nr 2.
- Neumeisten M., *Règlement consortia: un début de sécurité et de nombreuses questions d'application*, „JMM” 18.03.1994.
- Nowińska E., w: *Reguły konkurencji a umowy dystrybucyjne i serwisowe w zakresie pojazdów samochodowych*, PHARE: Harmonizacja polskiego prawa antymonopolowego z regułami konkurencji Unii Europejskiej, seria: Reguły konkurencji a wybrane rodzaje porozumień, Urząd Antymonopolowy, Warszawa 1995.
- Odudu O., *Interpreting Article 81(1): Object as Subjective Intention*, „ELRev.” 2001, Vol. 26.
- Orlicka J., *Cywilnoprawne i antymonopolowe aspekty koasekuracji*, „Prawo Asekuracyjne” 2007, nr 4.
- Orzecznictwo sądów wspólnotowych w sprawach konkurencji w latach 1964–2004*, red. A. Jurkowska, T. Skoczny, Wolters Kluwer, Warszawa 2007.
- Ostrihansky R., *Wspólna Polityka Transportowa*, w: *Prawo Unii Europejskiej. Prawo materialne i polityki*, red. Jana Barcza, wyd. II, Prawo i Praktyka Gospodarcza, Warszawa 2005.
- Pautke S., Jones K., *Competition law limitations for the distribution of pharmaceuticals – rough guide to the new world*, „ECLR” 2005, Vol. 26, No. 1.
- Pawłowski B., *Dystrybucja pojazdów samochodowych w polskim prawie konkurencji*, w: *Studia z prawa międzynarodowego i prawa Unii Europejskiej*, red. C. Mik, Tonik, Toruń 2005.
- Piontek E., Świtalski W., Żylicz M., Szeremeta S., *Konkurencja a regulacja w transporcie*, PHARE: Harmonizacja polskiego prawa antymonopolowego z regułami konkurencji Unii Europejskiej, seria: Konkurencja i regulacja w wybranych dziedzinach, Urząd Antymonopolowy, Warszawa 1995.
- Pirotte O., *L'adoption du Code de conduite pour les conférences maritimes: ou la difficile négociation d'une position commune par les Etats membres de la Communauté*, DMF, 1979.
- Podrecki P., *Porozumienia monopolistyczne i ich cywilnoprawne skutki*, „Zeszyty Naukowe Uniwersytetu Jagiellońskiego. Prace z Wynalazczości i Ochrony własności Intelektualnej”, z. 74, Zakamycze, Kraków 2000.
- Polley R., Seeliger D., *Das neue EG-Kartellrecht für Vereinbarungen über horizontale Zusammenarbeit*, „WuW” 2001, z. 5.
- Pons J-F., Fitzgerald E., *Competition in the maritime transport sector: a new era*, „EC CPN” Spring 2002, No.1.
- Poździk R., *Dystrybucja produktów na zasadzie wyłączności w Polsce i Unii Europejskiej*, Oficyna Wydawnicza Verba, Lublin 2006.
- Poździk R., *Klauzule wyłączności w porozumienia ograniczających konkurencję (polskie prawo antymonopolowe na tle przepisów wspólnotowych)*, cz. I, „PUE” 2002, nr 3.
- Reufels M.J., Laufer S., *Abschlusszwang und Kündigungsverbote von Kfz-Vetragshändlerverträgen nach der vVO (EG) 1400/2002*, „WuW” 2004, z. 4.

- Ritter L., Braun W.D., *European Competition Law: A Practitioner's Guide*, third edition, Kluwer Law International, The Hague 2005.
- Ritter L., Braun W.D., Rawlinson F., *European Competition Law: A Practitioner's Guide*, Second edition, The Hague 2000.
- Rodière R., *Les tendances contemporaines du droit privé maritime international*, Académie de droit international, „Recueil des cours“ 1972, t. 135.
- Roitman D., *Legal uncertainty for vertical distribution agreements : the Block Exemption Regulation 2790/1999 (BER) and related aspects of the new Regulation 1/2003*, „ECLR“ 2006, Vol. 27, No. 5.
- Ruttley P., *Les transports multimodaux à l'épreuve des règles communautaires de la concurrence*, DMF, 1995.
- Salmonowicz M., *Nowe zwolnienie blokowe porozumień dotyczących transferu technologii spod zakazu porozumień ograniczających konkurencję*, „Monitor Prawniczy” 2007, nr 22.
- Salamonowicz M., *Kryteria oceny ważności klauzul restrykcyjnych w licencjach patentowych i know-how*, w: *Europeizacja prawa prywatnego*, t. II, red. M. Pazdan, W. Popiolek, E. Rott-Pietrzyk, M. Szpunar, WoltersKluwer Polska – Oficyna, Warszawa 2008.
- Samara P., *Les consortiums d'armateurs*, „Transports” octobre 1986, nr 318.
- Sawiczewska Z., *Konferencje żeglugowe*, Wydawnictwo Morskie, Gdańsk 1986.
- Schnelle U., Bartosch A., Hübner A., *Das neue EU-Kartellverfahrensrecht. Auswirkungen der Verordnung (EG) Nr. 1/2003 auf die Kartellrechtpraxis*, Stuttgart, München, Hannover, Berlin, Weimar, Dresden 2004.
- Schroeder D., *The Green Paper on Vertical Restraints: Beware of Market Share Thresholds*, „ECLR” 1997, Vol. 18, No. 7.
- Schulze J.-M., Pautke S., Wagner D.S., *Die Gruppenfreistellungsverordnung für vertikale Vereinbarungen – Praxiskommentar*, Heidelberg 2001.
- Schwarz D., *The New Regulation on motor vehicle distribution*, „EC CPN” Autumn/Winter 1995, No. 6.
- Schrijver S. de, *Technology licensing in the EU after the Big Bang: the new technology transfer block exemption regulation and guidelines*, „BLR” July 2004.
- Sikorski R., *Zwolnienie grupowe umów transferu technologii we wspólnotowym prawie konkurencji*, w: *Aktualne problemy polskiego i europejskiego prawa ochrony konkurencji*, red. C. Banasiński, M. Kępiński, B. Popowska, T. Rabska, UOKiK, Warszawa 2006.
- Skoczny T., *Europejskie prawo konkurencji – od doskonalenia przez modernizację w kierunku transformacji?*, w: *Studia Prawno-europejskie. Studies on European Law*, t. VI, red. M. Seweryński, Wydawnictwo Uniwersytetu Łódzkiego, Łódź 2002.
- Skoczny T., *Konsekwencje przyszłego systemu stosowania art. 81 i 82 TWE dla prawa i orzecznictwa w zakresie ochrony konkurencji w Polsce*, cz. 1, „PUE” 2001, nr 4.
- Skoczny T., *Podstawy i zakres wspólnotowego prawa konkurencji*, w: *Prawo Unii Europejskiej. Prawo materialne i polityki*, red. Ja. Barcz, wyd. II, *Prawo i Praktyka Gospodarcza*, Warszawa 2005.
- Skoczny T., *Sektorowe reguły konkurencji w prawie wspólnotowym*, w: *Prawo konkurencji WE. Źródła*, t. 2: *Reguły sektorowe*, wybór i oprac. T. Skoczny, Wydawnictwo Naukowe WZ UW, Warszawa 2002.
- Skoczny T., *Ustawodawstwo antymonopolowe na świecie w latach 1890–1989*, Wydawnictwo Przemiany, Warszawa 1990.
- Skoczny T., *Zakaz porozumień ograniczających konkurencję a selektywna dystrybucja (Wprowadzenie)*, w: *Zakaz porozumień ograniczających konkurencję a selektywna dystrybucja*, PHARE: Harmonizacja Polskiego Prawa Antymonopolowego z Regulami Konkurencji Unii Europejskiej, seria: *Reguły konkurencji a wybrane rodzaje porozumień*, Urząd Antymonopolowy, Warszawa 1995.
- Skoczny T., *Zakaz praktyk ograniczających konkurencję*, w: *Prawo Unii Europejskiej. Prawo materialne i polityki*, red. J. Barcz, wyd. II, *Prawo i Praktyka Gospodarcza*, Warszawa 2005.
- Skoczny T., *Zakres i rozwój prawa konkurencji Wspólnoty Europejskiej*, w: *Prawo konkurencji Wspólnoty Europejskiej. Źródła*, t. 1: *Reguły generalne*, wybór i oprac. T. Skoczny, Wydawnictwo Naukowe WZ UW, Warszawa 2002.
- Skrzek M., Wojtaszek E., *Reguły konkurencji a franchising (Raport)*, w: *Reguły konkurencji a franchising*, PHARE: Harmonizacja Polskiego Prawa Antymonopolowego z Regulami Konkurencji Unii

- Europejskiej, seria: Reguły konkurencji a wybrane rodzaje porozumień, Urząd Antymonopolowy, Warszawa 1995.
- Strzyczkowski K., *Nowe prawo konkurencji. Uwagi o projekcie ustawy o ochronie konkurentów i konsumentów*, „PUG” 2000, nr 9.
- Sufrin B., Jones E., *EC competition law. Texts, cases and materials*, Oxford University Press, 2001.
- Szydło M., *Swobody rynku wewnętrznego a reguły konkurencji. Między konwergencją a dywergencją*, TNOiK-Dom Organizatora, Toruń 2006.
- Szydło M., *Traktatowe swobody rynku wewnętrznego a wspólnotowe prawo konkurencji. Między konwergencją a dywergencją*, „Studia Prawnicze” 2005, nr 3.
- Szymajda I., *Konkurencja w transporcie lotniczym. Prawo europejskie i problemy dostosowania prawa polskiego*, Liber, Warszawa 2002.
- Tantin G., *Un mode d'exploitation nouveau du transport maritime de lignes régulières: les consortiums d'armateurs*, DMF 1986.
- Temple Lang J., *Current Issues in EC Maritime Competition Law*, Droit européen des transports 1993.
- Tomaszewska M., *Porozumienia w świetle orzecznictwa antymonopolowego – przegląd orzecznictwa*, „Głosa” 2005, nr 1.
- Tsoraklidis L., *Commission publishes a study on the future of motor vehicle distribution*, „EC CPN” February 2002, No. 1.
- Tsoraklidis L., *Towards a new motor vehicle block exemption – Commission proposal for motor vehicle distribution, adopted on 5 February 2002*, „EC CPN” June 2002, No. 2.
- Vall M. du, *Reguły konkurencji a umowy o prace badawczo-rozwojowe (Raport)*, w: *Reguły konkurencji a umowy o prace badawczo-rozwojowe*, PHARE: Harmonizacja Polskiego Prawa Antymonopolowego z Regulami Konkurencji Unii Europejskiej, seria: Reguły konkurencji a wybrane rodzaje porozumień, Urząd Antymonopolowy, Warszawa 1995.
- Vall M. du, Szwaja J., *Reguły konkurencji a licencje patentowe i know-how*, PHARE: Harmonizacja Polskiego Prawa Antymonopolowego z Regulami Konkurencji Unii Europejskiej, seria: Reguły konkurencji a wybrane rodzaje porozumień, Urząd Antymonopolowy, Warszawa Urząd Antymonopolowy Warszawa 1996.
- Van Bael & Bellis, *Reguły konkurencji a porozumienia specjalizacyjne (Raport)*, w: *Reguły konkurencji a porozumienia specjalizacyjne*, PHARE: Harmonizacja Polskiego Prawa Antymonopolowego z Regulami Konkurencji Unii Europejskiej, seria: Reguły konkurencji a wybrane rodzaje porozumień, Urząd Antymonopolowy, Warszawa 1995.
- Veelken W., w: *Wettbewerbsrecht, EG/Teil 1. Kommentar zur Europäischen Kartellrecht*, red. U. Immenga, E.-J. Mestmäcker, München 2007.
- Verouden V., *Vertical Agreements and Article 81(1) EC: Evolving Role of Economic Analysis*, „Antitrust Law Journal” 2002, Vol. 71, No. 2.
- Vezzoso S., *On the antitrust remedies to promote retail information in the EU car sector*, „ECLR” 2004, Vol. 25, No. 4.
- Waelbroeck M., *The Pronuptia judgment – a critical appraisal*, The Fordham Corporate Law Institute 1986.
- Wesseling R., *Subsidiarity in Community Antitrust Law: Setting the Right Agenda*, „ELRev.” 1997, Vol. 22, No. 2.
- Wettbewerbsrecht, EG/Teil 1. Kommentar zur Europäischen Kartellrecht*, red. U. Immenga, E.-J. Mestmäcker, München 2007.
- Whish R., *Competition Law*, fourth/fifth edition, Butterworths, London, Edinburgh 2001/2003.
- Whish R., Sufrin B., *Art. 85 and the rule of reason*, „Yearbook of European Law” 1987, Vol. 7.
- Wijckmans F., Tuytschaever F., *Active sales restrictions revisited*, „ECLR” 2004, Vol. 25, No. 2.
- Wijckmans F., Tuytschaever F., Vanderelst A., *Vertical Agreements in EC Competition Law*, Oxford University Press, Oxford 2006.
- Wijckmans F., Vanderelst A., *The EC Commission's draft regulation on motor vehicle distribution*, „ECLR” 1995, Vol. 16, No. 4.
- Williams Ch., *Adoption of Regulation 823/2000 renewing the block exemption for liner consortia*, „EC CPN” Winter 2000, No. 3.

- Wiszniewska I., *Granice kartelowo-prawne ważności licencji patentowych*, Ossolineum, Wrocław-Warszawa-Kraków 1991.
- Wiszniewska I., *Transakcje wyłączne w świetle europejskiego i polskiego prawa antymonopolowego*, w: *Reguły konkurencji a transakcje wyłączne*, PHARE: Harmonizacja Polskiego Prawa Antymonopolowego z Regulacjami Konkurencji Unii Europejskiej, seria: Reguły konkurencji a wybrane rodzaje porozumień, Urząd Antymonopolowy, Warszawa 1995.
- Wojtaszek E., *Ochrona konkurencji a swoboda kontraktowania w umowach franchisingu*, „PiP” 1996, nr 10.
- Wojtaszek E., *Reguła rozsądku w prawie konkurencji Polski i Wspólnoty Europejskiej*, w: *Polska w Unii Europejskiej: Perspektywy, warunki, szanse i zagrożenia*, red. C. Mik, TNOiK–Dom Organizatora, Toruń 1997.
- Wojtaszek-Mik E., *Porozumienia wertykalne w sektorze pojazdów samochodowych*, „KPPubl.” 2003, nr 4.
- Wojtaszek-Mik E., *Reforma prawa konkurencji Wspólnoty Europejskiej w zakresie porozumień pionowych*, „KPPubl.” 2001, nr 1.
- Wojtaszek-Mik E., *Umowa franchisingu w świetle prawa konkurencji Wspólnoty Europejskiej i polskiego prawa antymonopolowego*, TNOiK, Toruń 2001.
- Wysocki A., *Żegluga i porty morskie w procesie integracji europejskiej*, Zeszyty Naukowe Uniwersytetu Szczecińskiego 2007 nr 452, Ekonomiczne Problemy Usług nr 7.
- Zużewicz I., *Prawo antymonopolowe*, w: *Konkurencja*, red. Z. Brodecki, LexisNexis, Warszawa 2004.
- Zużewicz I., *Wspólnotowe prawo konkurencji w żegludze morskiej. Reguły konkurencji skierowane do przedsiębiorstw*, „Prawo Morskie” 2001, t. XV.
- Zużewicz-Wiewiórowska I., *Konferencje żeglugowe w dobie przemian wspólnotowego prawa konkurencji*, Prawo Morskie, t. XXIII, Gdańsk 2007.
- Żylicz M., *Prawo lotnicze międzynarodowe, europejskie i krajowe*, Wydawnictwo Prawnicze LexisNexis, Warszawa 2002.

ISBN 978-83-61276-10-4