

**SPROSTOWANIA****Addendum do Dziennika Urzędowego Unii Europejskiej C 101 z dnia 27 kwietnia 2004 r.**

(2016/C 373/06)

**KOMUNIKAT KOMISJI****Zawiadomienie****Wytyczne w sprawie stosowania art. 81 ust. 3 Traktatu**

(2004/C 101/08)

**(Tekst mający znaczenie dla EOG)****1. WPROWADZENIE**

1. Artykuł 81 ust. 3 Traktatu ustanawia odstępstwo, które zapewnia przedsiębiorstwom możliwość odparcia zarzutu naruszenia art. 81 ust. 1 Traktatu. Porozumienia, decyzje związków przedsiębiorstw i praktyki uzgodnione<sup>(1)</sup>, objęte zakresem stosowania art. 81 ust. 1, które spełniają warunki art. 81 ust. 3, są ważne i wykonalne z mocy prawa, bez konieczności podejmowania w tym względzie uprzedniej decyzji.
2. Artykuł 81 ust. 3 stosuje się do indywidualnych przypadków lub do kategorii porozumień i uzgodnionych praktyk na zasadach określonych w rozporządzeniach o wyłączeniach grupowych. Rozporządzenie (WE) nr 1/2003 w sprawie wprowadzenia w życie reguł konkurencji ustanowionych w art. 81 i 82<sup>(2)</sup> nie wpływa na ważność i charakter prawny rozporządzeń o wyłączeniach grupowych. Wszystkie istniejące rozporządzenia o zwalnianiu grupowych pozostają w mocy, a porozumienia objęte takimi rozporządzeniami są ważne i wykonalne z mocy prawa, nawet jeżeli ograniczają one konkurencję w rozumieniu art. 81 ust. 1<sup>(3)</sup>. Porozumienia takie mogą być zakazane jedynie ze skutkiem przyszłym i jedynie w przypadku, gdy przepisy o wyłączeniu grupowym zostaną oficjalnie uchylone przez Komisję lub krajowy organ ochrony konkurencji<sup>(4)</sup>. Sądy krajowe nie mogą unieważnić porozumień objętych wyłączeniem grupowym w związku z procesem z powództwa prywatnego.
3. Istniejące wytyczne w sprawie ograniczeń wertykalnych, horyzontalnych porozumień kooperacyjnych i porozumień o transferze technologii<sup>(5)</sup> dotyczą stosowania art. 81 do różnego rodzaju porozumień i praktyk uzgodnionych. Wytyczne te mają na celu określenie stanowiska Komisji w kwestii kryteriów oceny merytorycznej stosowanych w odniesieniu do różnego rodzaju porozumień i praktyk.
4. W niniejszych wytycznych określa się, w jaki sposób Komisja interpretuje warunki odstępstwa przewidziane w art. 81 ust. 3. Jednocześnie podaje się wskazówki wyjaśniające, jak Komisja będzie stosować postanowienia art. 81 w indywidualnych przypadkach. Wytyczne te, chociaż niewiążące dla sądów i organów państw członkowskich, mają również stanowić dla nich wskazówki co do stosowania art. 81 ust. 1 i 3 Traktatu.
5. Wytyczne tworzą analityczne ramy stosowania art. 81 ust. 3 i mają na celu wypracowanie metodologii stosowania tego postanowienia. Metodologia ta opiera się na koncepcji ekonomicznej wprowadzonej już i rozwiniętej w wytycznych w sprawie ograniczeń wertykalnych, horyzontalnych porozumień kooperacyjnych i porozumień o transferze technologii. Komisja będzie korzystać z niniejszych wytycznych – w sposób bardziej szczegółowy wyjaśniających zasady stosowania czterech warunków wymienionych art. 81 ust. 3 niż wytyczne w sprawie ograniczeń wertykalnych, horyzontalnych porozumień kooperacyjnych i porozumień o transferze technologii – także w odniesieniu do porozumień objętych tymi wytycznymi.
6. Przy korzystaniu z norm podanych w niniejszych wytycznych należy uwzględniać okoliczności charakterystyczne dla danego przypadku. Należy unikać stosowania ich w sposób mechaniczny. Każdy przypadek należy oceniać w świetle związanych z nim faktów, wytyczne zaś muszą być stosowane w sposób racjonalny i elastyczny.
7. W odniesieniu do szeregu zagadnień podaje się odniesienie do obecnego stanu orzecznictwa Trybunału Sprawiedliwości. Niemniej jednak Komisja zamierza także wyjaśnić zasady swojej polityki w odniesieniu do takich zagadnień, które nigdy nie były przedmiotem orzecznictwa lub czekają dopiero na odpowiednią wykładnię. Wyrażone przez nią stanowisko pozostaje jednak bez uszczerbku dla dotychczasowego i przyszłego orzecznictwa Trybunału Sprawiedliwości i Sądu Pierwszej Instancji dotyczącego wykładni art. 81 ust. 1 i 3.

## 2. OGÓLNE RAMY ART. 81 TWE

### 2.1. Postanowienia Traktatu

8. Artykuł 81 ust. 1 zakazuje wszelkich porozumień między przedsiębiorstwami, decyzji związków przedsiębiorstw i praktyk uzgodnionych, które mogą wpłynąć na handel między państwami członkowskimi<sup>(6)</sup> i których celem lub skutkiem jest zapobieżenie, ograniczenie lub zakłócenie konkurencji<sup>(7)</sup>.
9. W drodze odstępstwa od tej zasady art. 81 ust. 3 stanowi, że zakaz, o którym mowa w art. 81 ust. 1, może zostać uznany za niemający zastosowania w przypadku porozumień, które przyczyniają się do polepszenia produkcji lub dystrybucji produktów bądź do popierania postępu technicznego lub gospodarczego, przy zastrzeżeniu dla użytkowników słusznej części wynikającego z tego zysku oraz w przypadku takich porozumień, które nakładają ograniczenia niezbędne do osiągnięcia tych celów, a także nie dają przedsiębiorstwom możliwości eliminowania konkurencji w stosunku do znacznej części danych produktów.
10. Zgodnie z art. 1 ust. 1 rozporządzenia (WE) nr 1/2003 porozumienia objęte zakresem art. 81 ust. 1, które nie spełniają warunków art. 81 ust. 3, są zakazane bez konieczności podejmowania w tym względzie uprzedniej decyzji<sup>(8)</sup>. Zgodnie z art. 1 ust. 2 tego samego rozporządzenia porozumienia objęte zakresem art. 81 ust. 1, które spełniają warunki art. 81 ust. 3, nie są zakazane bez konieczności podejmowania w tym względzie uprzedniej decyzji. Porozumienia takie są ważne i wykonalne z mocy prawa, z chwilą gdy spełnione są warunki art. 81 ust. 3 i na tak długo, jak długo pozostaje to faktem.
11. Ocena, o której mowa w art. 81, składa się więc z dwóch części. Pierwszym krokiem jest zbadanie, czy porozumienie między przedsiębiorstwami, które może wpłynąć na handel między państwami członkowskimi, ma na celu ograniczenie konkurencji lub przynosi dla niej rzeczywiste lub potencjalne<sup>(9)</sup> negatywne skutki. Krok drugi, który ma zastosowanie wyłącznie w przypadku stwierdzenia, że dane porozumienie ogranicza konkurencję, polega na określeniu korzyści, jakie wynikają z tego porozumienia dla konkurencji, i ocenie, czy takie skutki pozytywne przeważają nad negatywnymi. Ważenie negatywnych i pozytywnych skutków danego porozumienia odbywa się wyłącznie w ramach określonych w art. 81 ust. 3<sup>(10)</sup>.
12. Aby ocenić korzyści rekompensujące negatywny wpływ na konkurencję zgodnie z art. 81 ust. 3, niezbędne jest wcześniejsze określenie, czy i w jakim stopniu dane porozumienie ogranicza konkurencję. Z kolei, aby nadać właściwy kontekst postanowieniom art. 81 ust. 3, wskazane jest przedstawienie w skrócie celu i zasadniczej treści zakazu określonego w art. 81 ust. 1. Wydane przez Komisję wytyczne w sprawie ograniczeń wertykalnych, horyzontalnych porozumień kooperacyjnych i porozumień o transferze technologii<sup>(11)</sup> zawierają istotne wskazówki co do stosowania art. 81 ust. 1 do różnego rodzaju porozumień. Niniejsze wytyczne ograniczają się zatem do przypomnienia podstawowych ram analitycznych stosowania art. 81 ust. 1.

### 2.2. Zakaz określony w art. 81 ust. 1

#### 2.2.1. Uwagi ogólne

13. Postanowienia art. 81 mają na celu ochronę konkurencji na rynku w celu wzmocnienia dobrobytu konsumenta i zapewnienia efektywnej alokacji zasobów. Celowi temu służą konkurencja i integracja rynku, gdyż tworzenie i utrzymywanie otwartego, jednolitego rynku sprzyja efektywnej alokacji zasobów na całym obszarze Wspólnoty dla dobra konsumentów.
14. Zakaz określony w art. 81 ust. 1 stosuje się do porozumień ograniczających konkurencję, praktyk uzgodnionych między przedsiębiorstwami i decyzji związków przedsiębiorstw, o ile mogą one wpłynąć na handel między państwami członkowskimi. U podstaw art. 81 ust. 1 leży ogólna, wyrażona w orzecznictwie sądów wspólnotowych zasada, że każdy podmiot gospodarczy musi w sposób niezależny określić politykę, jaką zamierza przyjąć na rynku<sup>(12)</sup>. W związku z tym sądy wspólnotowe zdefiniowały „porozumienia”, „decyzje” i „praktyki uzgodnione” jako pojęcia prawa wspólnotowego, które pozwalają odróżnić działanie jednostronne przedsiębiorstwa od koordynacji zachowań lub zмовy między przedsiębiorstwami<sup>(13)</sup>. Jeśli chodzi o wspólnotowe prawo konkurencji, działania jednostronne podlegają jedynie postanowieniom art. 82 Traktatu. Do działania jednostronnego nie odnosi się ponadto zasada konwergencji określona w art. 3 ust. 2 rozporządzenia (WE) nr 1/2003. Przepis ten ma bowiem zastosowanie wyłącznie w odniesieniu do postanowień, decyzji i praktyk uzgodnionych, które mogą wpływać na handel między państwami członkowskimi. Artykuł 3 ust. 2 stanowi, że jeśli takie porozumienia, decyzje i praktyki uzgodnione nie są zakazane na mocy art. 81, to nie może ich zakazywać także krajowe prawo konkurencji. Artykuł 3 pozostaje bez uszczerbku dla fundamentalnej zasady nadrzędności prawa wspólnotowego, co oznacza w szczególności, że porozumienia i nieuczciwe praktyki, które są zakazane na mocy art. 81 i 82, nie mogą być dozwolone w prawie krajowym<sup>(14)</sup>.
15. W zakresie art. 81 ust. 1 mieszczą się takie rodzaje koordynacji zachowań lub zмовy między przedsiębiorstwami, w których przynajmniej jedno przedsiębiorstwo w stosunku do drugiego podejmuje się przeprowadzenia określonych działań rynkowych lub jeśli w wyniku kontaktów między tymi przedsiębiorstwami obawy dotyczące ich działań rynkowych zostają wyeliminowane lub przynajmniej istotnie ograniczone<sup>(15)</sup>. Wynika stąd, że koordynacja zachowań może przybrać postać zobowiązań, które decydują o działaniach rynkowych co najmniej jednej ze stron, jak również uzgodnień, które – wprowadzając odpowiednie zachęty – wpływają na zachowania rynkowe co najmniej jednej ze stron. Nie jest wymagane, by koordynacja działań leżała w interesie

wszystkich zaangażowanych przedsiębiorstw<sup>(16)</sup>. Koordynacja taka nie musi być także jawna. Może odbywać się na podstawie milczącej zgody. Aby dane porozumienie można było uznać za zawarte na podstawie milczącej zgody, jedno przedsiębiorstwo musi otwarcie lub pośrednio zachęcać drugie do wspólnego działania na rzecz osiągnięcia określonego celu<sup>(17)</sup>. W niektórych okolicznościach istnienie porozumienia można wywnioskować z bieżących stosunków handlowych między stronami<sup>(18)</sup>. Sam fakt, że środek przyjęty przez przedsiębiorstwo należy do sfery trwających stosunków handlowych, nie jest jednak wystarczającym dowodem<sup>(19)</sup>.

16. Porozumienia między przedsiębiorstwami obejmuje się zakazem określonym w art. 81 ust. 1 wówczas, gdy mogą one mieć odczuwalny, niekorzystny wpływ na parametry konkurencji na rynku, takie jak cena, wielkość i jakość produkcji, zróżnicowanie i stopień innowacyjności produktów. O takich skutkach można mówić, wtedy gdy porozumienia odczuwalnie ograniczają rywalizację między stronami porozumienia lub między nimi a stronami trzecimi.

2.2.2. *Podstawowe zasady oceny porozumień na podstawie art. 81 ust. 1*

17. Oceny tego, czy dane porozumienie ogranicza konkurencję, czy nie, dokonać należy w rzeczywistym odniesieniu do sytuacji, w której konkurencja miałaby miejsce przy braku porozumienia skutkującego rzekomymi ograniczeniami<sup>(20)</sup>. W trakcie takiej oceny konieczne jest uwzględnienie prawdopodobnego wpływu porozumienia na konkurencję międzymarkową (tj. konkurencję między dostawcami konkurencyjnych marek) i wewnątrzmarkową (tj. konkurencję między dystrybutorami produktów tej samej marki). Artykuł 81 ust. 1 zakazuje ograniczania zarówno konkurencji między-, jak i wewnątrzmarkowej<sup>(21)</sup>.

18. Aby ocenić, czy porozumienie lub jego poszczególne części mogą ograniczyć konkurencję międzymarkową i/lub wewnątrzmarkową, należy rozważyć, w jaki sposób i do jakiego stopnia porozumienie to wpływa lub może wpłynąć na konkurencję na rynku. Użyteczną podstawę takiej oceny stanowią mogą dwa podane niżej pytania. Pytanie pierwsze dotyczy wpływu porozumienia na konkurencję międzymarkową, natomiast pytanie drugie odnosi się do wpływu na konkurencję wewnątrzmarkową. Ograniczenia mogą dotyczyć jednocześnie obu tych rodzajów konkurencji, dlatego przed rozstrzygnięciem, czy doszło, czy też nie doszło do ograniczenia konkurencji w rozumieniu art. 81 ust. 1, konieczne może okazać się przeanalizowanie danego przypadku w świetle odpowiedzi na oba pytania:

1) Czy porozumienie ogranicza rzeczywistą lub potencjalną konkurencję, jaka istniałaby, gdyby takiego porozumienia nie było? Jeśli tak, porozumienie można uznać za objęte art. 81 ust. 1. Dokonując oceny, należy uwzględnić konkurencję między stronami oraz konkurencję, jaką stanowią strony trzecie. Na przykład, jeśli dwa przedsiębiorstwa z siedzibą w państwach członkowskich zobowiązują się nie sprzedawać swych produktów na rynku rodzimym dla drugiej strony, ograniczona zostaje (potencjalna) konkurencja, jaka istniała przed zawarciem takiego porozumienia. Podobnie, jeśli dostawca zobowiązuje swoich dystrybutorów do niesprzedawania produktów konkurencyjnych, utrudniając stronie trzeciej dostęp do rynku, ograniczona zostaje rzeczywista lub potencjalna konkurencja, jaka istniałaby przy braku takiego porozumienia. Oceniając, czy strony porozumienia są rzeczywistymi czy potencjalnymi konkurentami, należy wziąć pod uwagę kontekst ekonomiczny i prawny. Jeżeli na przykład z powodu ryzyka finansowego oraz możliwości technicznych stron nie jest obiektywnie prawdopodobne, by każda ze stron zdołała samodzielnie przeprowadzić działania przewidziane w porozumieniu, stron takich nie uważa się za konkurentów w odniesieniu do tego działania<sup>(22)</sup>. Zadanie udowodnienia takiego stanu rzeczy spoczywa na uczestnikach porozumienia.

2) Czy porozumienie ogranicza rzeczywistą lub potencjalną konkurencję, jaka istniałaby, gdyby nie było ograniczenia(-eń) umownego(-ych)? Jeśli tak, porozumienie można uznać za objęte art. 81 ust. 1. Na przykład, jeśli dostawca ogranicza swoim dystrybutorom możliwość konkurowania ze sobą, ograniczona zostaje (potencjalna) konkurencja, jaka mogłaby istnieć między dystrybutorami przy braku jakichkolwiek ograniczeń umownych. Do ograniczeń takich należą obowiązek utrzymywania przez dystrybutorów ceny przy odsprzedaży oraz ograniczenia ze względu na zasięg terytorialny lub rodzaj klientów. Niektóre ograniczenia można jednak w określonych przypadkach uznać za wyłączone z zakresu art. 81 ust. 1; dzieje się tak wówczas, gdy dane ograniczenie jest obiektywnie konieczne z uwagi na rodzaj lub charakter porozumienia<sup>(23)</sup>. Wyłączenia, o którym mowa, można dokonać jedynie na podstawie obiektywnych, niezależnych od umawiających się stron czynników, nie zaś na podstawie subiektywnych poglądów czy cech charakterystycznych stron. Nie chodzi o to, czy w danej sytuacji strony nie mogły przyjąć porozumienia w mniejszym stopniu ograniczającego konkurencję, lecz o to, czy w podobnych okolicznościach – wzięwszy pod uwagę charakter porozumienia i cechy charakterystyczne rynku – takie mniej ograniczające porozumienie mogłoby być zawarte przez inne przedsiębiorstwa. Na przykład ograniczenia terytorialne uzgodnione między dostawcą a dystrybutorem mogą przez pewien okres wykraczać poza zakres art. 81 ust. 1, jeżeli są obiektywnie konieczne do tego, by dystrybutor mógł wejść na nowy rynek<sup>(24)</sup>. Podobnie narzucenie wszystkim dystrybutorom zakazu sprzedaży dotyczącego określonej kategorii użytkowników końcowych można uznać za nieograniczające konkurencji, jeśli jest to obiektywnie konieczne ze względów bezpieczeństwa lub zdrowotnych, wynikających z niebezpiecznego charakteru danego produktu. Do podważenia tej zasady nie wystarczy twierdzenie, że przy braku ograniczenia dostawca mógłby uciec się do integracji wertykalnej. Decyzje o ewentualnym zastosowaniu integracji wertykalnej zależą bowiem od bardzo wielu złożonych czynników ekonomicznych, z których część to czynniki wewnętrzne danego przedsiębiorstwa.

19. Stosując ramy analityczne określone w poprzednim punkcie, należy wziąć pod uwagę, że w art. 81 ust. 1 rozróżnia się porozumienia, w przypadku których ograniczenie konkurencji jest celem, oraz porozumienia, w przypadku których ograniczenie konkurencji jest skutkiem. Porozumienie lub ograniczenie umowne jest zabronione z mocy art. 81 ust. 1 jedynie wówczas, gdy ich celem lub skutkiem jest ograniczenie konkurencji międzymarkowej lub wewnątrzmarkowej.
20. Ważne jest rozróżnienie, czy ograniczenie konkurencji jest celem czy skutkiem porozumienia. Ustaliwszy, że takie ograniczenie jest celem porozumienia, nie ma potrzeby rozpatrywać jego konkretnych skutków<sup>(25)</sup>. Innymi słowy, na potrzeby stosowania art. 81 ust. 1 nie jest konieczne wykazanie, że porozumienie ma negatywne skutki dla konkurencji, jeżeli ograniczenie konkurencji wynika z jego celu. Z drugiej strony w art. 81 ust. 3 nie rozróżnia się porozumień w zależności od tego, czy mają one ograniczający cel czy skutek. Postanowienie to stosuje się do wszystkich porozumień, które spełniają cztery zawarte w nim warunki<sup>(26)</sup>.
21. Ograniczenia konkurencji wynikające z *celu porozumienia* to takie, które stanowią potencjalne ograniczenie konkurencji z samej swej natury. Są to w świetle celów wspólnotowych reguł konkurencji ograniczenia o tak wysokim potencjale negatywnych skutków na konkurencję, że dla celów stosowania art. 81 ust. 1 nie ma potrzeby udowadniać ich faktycznych skutków rynkowych. Założenie to opiera się na poważnym charakterze ograniczenia oraz na doświadczeniach, które pokazują, że ograniczenia konkurencji wynikające z celu porozumień powodują często negatywne skutki na rynku oraz są sprzeczne z celami wspólnotowych reguł konkurencji. Ograniczenia będące celem porozumienia, takie jak ustalanie cen i podział rynku, wpływają na zmniejszenie wydajności i wzrost cen, prowadzą do niewłaściwej alokacji zasobów, sprawiając, że nie jest zaspokojony popyt na określone towary i usługi. Prowadzi to także do zmniejszenia dobrobytu konsumentów, którzy muszą za owe towary i usługi płacić wyższą cenę.
22. Ocena tego, czy celem danego porozumienia jest ograniczenie konkurencji czy nie, opiera się na szeregu czynników. Obejmują one w szczególności treść porozumienia oraz jego główne cele. Konieczne może być także uwzględnienie kontekstu, w jakim stosowane jest (będzie) dane porozumienie, oraz faktyczne działania i zachowanie na rynku umawiających się stron<sup>(27)</sup>. Innymi słowy, do stwierdzenia, czy rozpatrywane ograniczenie wynika z celu porozumienia, wymagane może być zbadanie faktów leżących u podstaw takiego porozumienia oraz konkretnych okoliczności jego stosowania. Sposób, w jaki praktycznie wprowadza się w życie porozumienie, może świadczyć o tym, że jego celem jest ograniczenie konkurencji, nawet jeżeli formalne porozumienie nie zawiera zapisów, które bezpośrednio by na to wskazywały. Dowód potwierdzający, że strony mają subiektywny zamiar ograniczenia konkurencji jest czynnikiem istotnym, ale nie warunkiem koniecznym.
23. Zestaw wybranych wskazówek wyjaśniających, co stanowi ograniczenia wynikające z celu porozumienia, można znaleźć w rozporządzeniach Komisji o wyłączeniach grupowych, wytycznych i zawiadomieniach. Za wynikające z celu porozumienia Komisja uznaje na ogół te ograniczenia, których zakazuje się na mocy rozporządzeń o wyłączeniach grupowych lub wymienia jako ograniczenia podstawowe w wytycznych i zawiadomieniach. W przypadku porozumień horyzontalnych do ograniczeń takich zalicza się: ustalanie cen, ograniczanie produkcji oraz podział rynków i klientów<sup>(28)</sup>. Jeśli chodzi o porozumienia wertykalne, do kategorii ograniczeń wynikających z celu porozumień należą w szczególności: utrzymywanie stałej i minimalnej ceny odsprzedaży oraz ograniczenia zapewniające całkowitą ochronę terytorialną, w tym ograniczenia sprzedaży biernej<sup>(29)</sup>.
24. Jeżeli ograniczenie konkurencji nie jest celem porozumienia, należy zbadać, czy porozumienie takie nie ma skutków ograniczających konkurencję. Konieczne jest wzięcie pod uwagę zarówno skutków rzeczywistych, jak i potencjalnych<sup>(30)</sup>. Innymi słowy, należy zbadać, czy dane porozumienie może negatywnie wpłynąć na konkurencję. W przypadku ograniczeń wynikających ze skutków porozumień nie przyjmuje się założenia negatywnego wpływu na konkurencję. Aby porozumienie można było uznać za ograniczające ze względu na skutki, musi ono do takiego stopnia wpływać na rzeczywistą lub potencjalną konkurencję, by na właściwym rynku z dużą dozą prawdopodobieństwa można było oczekiwać pogorszenia sytuacji w zakresie cen, wielkości produkcji, innowacyjności, różnicowania lub jakości towarów i usług<sup>(31)</sup>. Takie negatywne skutki muszą być odczuwalne. Zakaz określony w art. 81 ust. 1 nie ma zastosowania, gdy stwierdzone, negatywne skutki dla konkurencji są znikome<sup>(32)</sup>. Zasada ta jest odzwierciedleniem koncepcji ekonomicznej stosowanej przez Komisję. Zakaz określony w art. 81 ust. 1 ma zastosowanie wyłącznie wówczas, gdy na podstawie właściwej analizy ekonomicznej można wnioskować, że dane porozumienie prawdopodobnie negatywnie wpłynie na konkurencję na rynku<sup>(33)</sup>. Z punktu widzenia takiego ustalenia nie ma znaczenia, czy udział w rynku, jaki mają uczestnicy porozumienia, przekracza progi ustalone przez Komisję w obwieszczeniu *de minimis*<sup>(34)</sup>. Porozumienia „chronione” przepisami o wyłączeniach grupowych mogą wchodzić w zakres art. 81 ust. 1, ale nie muszą. Ponadto fakt, że ze względu na udział w rynku, jaki posiadają strony, porozumienia nie można objąć wyłączeniem grupowym, jest sam w sobie niewystarczającą podstawą do stwierdzenia, że porozumienie to wchodzi w zakres art. 81 ust. 1 lub że nie spełnia warunków wymienionych w art. 81 ust. 3. Wymagana jest każdorazowo ocena prawdopodobnych skutków, jakie niesie z sobą porozumienie.
25. Negatywne skutki dla konkurencji w obrębie właściwego rynku mogą powstać wówczas, gdy strony porozumienia pojedynczo lub wspólnie mają lub uzyskują określony poziom władzy rynkowej, a porozumienie przyczynia się do tworzenia się, utrzymania lub wzmocnienia takiej władzy rynkowej bądź pozwala stronom ową władzę wykorzystywać. Władza rynkowa to zdolność do utrzymywania przez dłuższy czas cen na poziomie wyższym od poziomu konkurencyjnego lub do utrzymywania przez dłuższy czas ilości, jakości, różnicowania i innowacyjności produktów na poziomie niższym niż poziom konkurencyjny. Na rynkach charakteryzujących się wysokimi kosztami stałymi przedsiębiorstwa muszą ustalać swe ceny znacząco powyżej kosztów

krańcowych produkcji, aby w ten sposób zapewnić sobie konkurencyjny poziom zwrotu z inwestycji. To, że przedsiębiorstwa ustalają ceny powyżej kosztów krańcowych, nie jest więc samo w sobie przejawem złego funkcjonowania konkurencji na rynku i nie musi oznaczać, że przedsiębiorstwa posiadają władzę rynkową, która pozwala im ustalać ceny powyżej poziomu konkurencyjnego. O władzy rynkowej przedsiębiorstwa w rozumieniu art. 81 ust. 1 można mówić wówczas, gdy presja konkurencji nie wystarcza do tego, by utrzymać ceny i wielkość produkcji na poziomie konkurencyjnym.

26. Tworzenie się, utrzymanie i wzmocnienie władzy rynkowej może być wynikiem ograniczenia konkurencji między dwoma stronami porozumienia. Może to wynikać również z ograniczenia konkurencji między jedną ze stron porozumienia a stronami trzecimi, np. dlatego że porozumienie prowadzi do zablokowania konkurentów lub powoduje wzrost ponoszonych przez nich kosztów, osłabiając ich zdolność do skutecznego konkurowania z umawiającymi się stronami. Istotne znaczenie ma poziom władzy rynkowej. Poziom władzy rynkowej wymagany zazwyczaj do stwierdzenia naruszenia prawa na podstawie art. 81 ust. 1 w przypadku porozumień ze skutkiem ograniczającym konkurencję jest niższy niż wymagany do stwierdzenia pozycji dominującej na podstawie art. 82.
27. Aby przeanalizować ograniczające skutki porozumienia, konieczne jest zazwyczaj określenie rynku właściwego<sup>(35)</sup>. Zazwyczaj należy także zbadać i ocenić, między innymi, charakter produktów, pozycję rynkową stron porozumienia, pozycję rynkową konkurentów, pozycję rynkową nabywców, istnienie potencjalnych konkurentów i wysokość barier utrudniających wejście na rynek. W niektórych przypadkach jednak negatywne skutki dla konkurencji można wykazać bezpośrednio na podstawie analizy działań rynkowych uczestników porozumienia. Możliwe jest na przykład stwierdzenie, że porozumienie doprowadziło do wzrostu cen. Wytoczne w sprawie horyzontalnych porozumień kooperacyjnych i ograniczeń wertykalnych tworzą szczegółowe ramy do analizy oddziaływania różnego rodzaju porozumień horyzontalnych i wertykalnych na konkurencję zgodnie z art. 81 ust. 1<sup>(36)</sup>.

### 2.2.3. Ograniczenia dodatkowe

28. Punkt 18 powyżej określa ramy, w których dokonuje się analizy oddziaływania porozumienia i zawartych w nim ograniczeń na konkurencję międzymarkową i wewnątrzmarkową. Jeśli z zasad tych wynika, że transakcja stanowiąca główny przedmiot porozumienia nie ogranicza konkurencji, istotne staje się zbadanie, czy poszczególne ograniczenia zawarte w porozumieniu – mające charakter dodatkowy wobec głównej transakcji – są także zgodne z art. 81 ust. 1.
29. We wspólnotowym prawie konkurencji pojęcie ograniczeń dodatkowych obejmuje każde domniemane ograniczenie konkurencji, które bezpośrednio dotyczy i jest niezbędne do realizacji głównej, nieograniczającej transakcji, a także jest w stosunku do tej transakcji proporcjonalne<sup>(37)</sup>. Jeżeli celem i skutkiem zasadniczej części porozumienia – na przykład porozumienia dystrybucyjnego umowy lub joint venture – nie jest ograniczenie konkurencji, wówczas w zakres art. 81 ust. 1 nie wchodzi także ograniczenia, które dotyczą bezpośrednio realizacji takiej transakcji i są niezbędne do jej przeprowadzenia<sup>(38)</sup>. Tego rodzaju ograniczenia powiązane nazywa się ograniczeniami dodatkowymi. Ograniczenie dotyczy bezpośrednio głównej transakcji, jeżeli jest podporządkowane jej realizacji i nierozdzielalne z nią związane. Aby zostać uznane za niezbędne, ograniczenie musi być obiektywnie konieczne do realizacji głównej transakcji i być w stosunku do niej proporcjonalne. Wynika stąd, że występowanie ograniczeń dodatkowych bada się w sposób podobny do określonego powyżej w pkt 18 ppkt 2. Badanie, czy dane ograniczenie można uznać za dodatkowe, odnosi się jednak do wszystkich przypadków, w których główna transakcja nie wpływa na ograniczenie konkurencji<sup>(39)</sup>. Nie polega ono wyłącznie na określeniu oddziaływania porozumienia na konkurencję wewnątrzmarkową.
30. Stosowanie pojęcia ograniczenia dodatkowego należy odróżnić od stosowania obrony na podstawie art. 81 ust. 3, poprzez powołanie się na określone korzyści ekonomiczne wynikające z porozumień ograniczających konkurencję, które to korzyści zestawia się z negatywnymi skutkami porozumień. Stosowanie pojęcia ograniczeń dodatkowych nie zakłada ważenia pozytywnych i negatywnych skutków dla konkurencji. Tego typu analizę rezerwuje się dla stosowania art. 81 ust. 3<sup>(40)</sup>.
31. Ocena ograniczeń dodatkowych sprowadza się do ustalenia, czy w konkretnym kontekście głównej transakcji lub działania o charakterze nieograniczającym konkurencji, dane ograniczenie jest niezbędne do realizacji takiej transakcji lub działania oraz czy jest w stosunku do nich proporcjonalne. Jeżeli można obiektywnie stwierdzić, że bez rozpatrywanego ograniczenia zrealizowanie głównej, nieograniczającej transakcji byłoby utrudnione lub niemożliwe, ograniczenie takie można uznać za obiektywnie konieczne i proporcjonalne do realizowanej transakcji<sup>(41)</sup>. Jeżeli na przykład głównym celem umowy franchisingowej nie jest ograniczenie konkurencji, ograniczenia, które są niezbędne do właściwego funkcjonowania takiej umowy, takie jak zobowiązania zmierzające do ochrony jednolitości i dobrej opinii systemu franchisingowego, także nie wchodzi w zakres art. 81 ust. 1<sup>(42)</sup>. Podobnie, jeżeli porozumienie typu joint venture samo w sobie nie ogranicza konkurencji, ograniczenia, które są konieczne do funkcjonowania takiego porozumienia uznaje się za dodatkowe w stosunku do głównej transakcji, a zatem nieobjęte zakresem art. 81 ust. 1. W sprawie TPS<sup>(43)</sup> Komisja uznała na przykład, że zobowiązanie stron do nieuczestniczenia w spółkach zaangażowanych w dystrybucję i obrót programami telewizyjnymi drogą satelitarną miało w początkowej fazie charakter uzupełniający wobec tworzenia spółki joint venture. Uznano więc, że ograniczenie to nie wchodzi w zakres art. 81 ust. 1 przez okres trzech lat. Dochodząc do takiego wniosku, Komisja wzięła pod uwagę znaczne inwestycje i ryzyko handlowe związane z wejściem na rynek telewizji komercyjnej.

### 2.3. Odstępstwo na podstawie art. 81 ust. 3

32. Ocena ograniczeń będących celem i skutkiem porozumień na podstawie art. 81 ust. 1 to zaledwie jedna strona analizy. Drugą stroną, mającą swe odbicie w art. 81 ust. 3, stanowi ocena pozytywnych skutków ekonomicznych porozumień o charakterze ograniczającym.
33. Wspólnotowe reguły konkurencji mają na celu ochronę konkurencji na rynku jako środek wzmocnienia dobrobytu konsumentów i zapewnienia efektywnej alokacji zasobów. Porozumienia, które ograniczają konkurencję, mogą zarazem jej sprzyjać, przynosząc korzyści ekonomiczne<sup>(44)</sup>. Mogą one wnosić dodatkową wartość w postaci obniżenia kosztów produkcji, poprawy jakości istniejących produktów i tworzenia nowych. Jeśli z punktu widzenia konkurencji pozytywne skutki porozumienia przeważają nad negatywnymi, porozumienie takie w ostatecznym rozrachunku sprzyja konkurencji i odpowiada celom wspólnotowych reguł w tej dziedzinie. Skutkiem takich porozumień jest wspieranie tego, co jest istotą konkurencji, mianowicie pozyskiwania klientów przez oferowanie im lepszych produktów lub lepszych cen niż rynkowi rywale. Opisywane tu ramy analityczne znajdują swoje odzwierciedlenie w art. 81 ust. 1 i art. 81 ust. 3. W tym ostatnim wyraźnie stwierdza się, że porozumienia ograniczające mogą przynosić obiektywne korzyści ekonomiczne przewyższające negatywne skutki, jakie wiążą się z ograniczeniem konkurencji<sup>(45)</sup>.
34. Stosowanie odstępstwa na podstawie art. 81 ust. 3 podlega czterem łącznym warunkom, z których dwa są pozytywne, a dwa negatywne:
- porozumienie musi przyczyniać się do polepszenia produkcji lub dystrybucji towarów bądź do popierania postępu technicznego lub gospodarczego;
  - konsumenci otrzymują słuszną część wynikających stąd korzyści;
  - ograniczenia muszą być niezbędne do osiągnięcia tych celów;
  - porozumienie nie może dawać jego stronom możliwości eliminowania konkurencji w stosunku do znacznej części danych produktów.

Jeśli spełnione są te cztery warunki, porozumienie sprzyja konkurencji w obrębie właściwego rynku, gdyż powoduje, że uczestniczące w nim przedsiębiorstwa oferują klientom tańsze lub lepsze produkty, rekompensując w ten sposób niekorzystne skutki ograniczania konkurencji.

35. Artykuł 81 ust. 3 stosuje się tak do pojedynczych porozumień, jak i kategorii porozumień za sprawą rozporządzenia o wyłączeniu grupowym. Jeśli dane porozumienie objęte jest wyłączeniem grupowym, strony takiego porozumienia ograniczającego konkurencję zwolnione są z wynikającego z art. 2 rozporządzenia (WE) nr 1/2003 obowiązku wykazania, że porozumienie, w którym uczestniczą, spełnia każdy z warunków wymienionych w art. 81 ust. 3. Muszą one jedynie udowodnić, że porozumienie kwalifikuje się do objęcia wyłączeniem grupowym. Stosowanie art. 81 ust. 3 do kategorii porozumień za sprawą rozporządzenia o wyłączeniu grupowym opiera się na założeniu, że porozumienia o charakterze ograniczającym konkurencję, które należą do danej kategorii<sup>(46)</sup>, spełniają każdy z czterech warunków wymienionych w art. 81 ust. 3.
36. Jeśli dane porozumienie wchodzi w zakres art. 81 ust. 1 i nie spełnia warunków wymienionych w art. 81 ust. 3, wyłączenie grupowe może być cofnięte. Zgodnie z art. 29 ust. 1 rozporządzenia (WE) nr 1/2003 Komisja posiada uprawnienia do cofnięcia przywileju płynącego z wyłączenia grupowego, gdy stwierdzi, że w konkretnym przypadku porozumienie objęte zakresem rozporządzenia o wyłączeniu grupowym przynosi skutki niezgodne z art. 81 ust. 3 Traktatu. Zgodnie z art. 29 ust. 2 rozporządzenia (WE) nr 1/2003 również organ ochrony konkurencji w państwie członkowskim może wycofać przywilej płynący z wydanego przez Komisję rozporządzenia o wyłączeniu grupowym w odniesieniu do własnego terytorium (lub części tego terytorium), jeśli terytorium takie ma wszelkie cechy odrębnego rynku geograficznego. W takim przypadku do organów ochrony konkurencji należy wykazanie, że porozumienie narusza art. 81 ust. 1 i nie spełnia warunków wymienionych w art. 81 ust. 3.
37. Sądy państw członkowskich nie są uprawnione do cofnięcia przywileju płynącego z rozporządzeń o wyłączeniu grupowym. Ponadto, stosując przepisy rozporządzeń o wyłączeniach grupowych, sądy państw członkowskich nie mogą zmieniać zakresu takich wyłączeń poprzez rozszerzanie ich stosowania na porozumienia nieobjęte przepisami danego rozporządzenia o wyłączeniu grupowym<sup>(47)</sup>. W sprawach wykraczających poza zakres rozporządzeń o wyłączeniu grupowym sądy państw członkowskich są uprawnione do stosowania w pełni art. 81 (por. art. 6 rozporządzenia (WE) nr 1/2003).

### 3. STOSOWANIE CZTERECH WARUNKÓW Z ART. 81 UST. 3

38. W pozostałej części niniejszych wytycznych rozpatrzone zostanie każdy z czterech warunków wymienionych w art. 81 ust. 3<sup>(48)</sup>. Wziąwszy pod uwagę, że warunki te traktowane są łącznie<sup>(49)</sup>, z chwilą stwierdzenia, że jeden z nich nie jest spełniony, nie ma potrzeby badania pozostałych. W indywidualnych przypadkach wskazana może być zatem inna kolejność rozpatrywania czterech warunków.
39. Na potrzeby niniejszych wytycznych uznaje się, że wskazana jest zamiana kolejności drugiego i trzeciego warunku, tak by kwestia niezbędności porozumienia następowała przed kwestią korzyści dla konsumentów. Analiza takich korzyści wymaga bowiem zważenia negatywnych i pozytywnych skutków porozumienia w odniesieniu do konsumentów. Taka analiza nie powinna obejmować skutków ograniczeń, których nie uznano za niezbędne, a tym samym zakazanych na mocy art. 81.

### 3.1. Zasady ogólne

40. Artykuł 81 ust. 3 Traktatu nabiera znaczenia dopiero wówczas, gdy porozumienie ogranicza konkurencję w rozumieniu art. 81 ust. 1. Jeżeli nie dochodzi do ograniczenia konkurencji, nie ma potrzeby badania korzyści powstałych w wyniku zawarcia porozumienia.
41. Jeżeli w danym przypadku dowiedzione zostało ograniczenie konkurencji w rozumieniu art. 81 ust. 1, można w ramach obrony powołać się na postanowienia art. 81 ust. 3. Zgodnie z art. 2 rozporządzenia (WE) nr 1/2003 ciężar dowodu na podstawie art. 81 ust. 3 spoczywa wówczas na przedsiębiorstwie(-ach) powołujących się na wyżej wspomniane odstępstwo. Jeżeli nie są spełnione warunki wymienione w art. 81 ust. 3, porozumienie uznaje się za nieważne (por. art. 81 ust. 2). Takie automatyczne unieważnienie odnosi się jednak wyłącznie do tych części porozumienia, które nie są zgodne z art. 81, pod warunkiem że takie części można wydzielić z porozumienia jako całości<sup>(50)</sup>. Jeżeli unieważnienie dotyczy tylko części porozumienia, konsekwencje, jakie wynikają stąd dla pozostałej jego części, określa się na podstawie obowiązującego prawa krajowego<sup>(51)</sup>.
42. Zgodnie z utrwalonym orzecznictwem cztery warunki wymienione w art. 81 ust. 3 traktuje się łącznie<sup>(52)</sup>, tzn. wszystkie muszą być spełnione, aby odstępstwo miało zastosowanie. W przeciwnym razie wniosek o zastosowanie odstępstwa na podstawie art. 81 ust. 3 należy odrzucić<sup>(53)</sup>. Cztery warunki wymienione w art. 81 ust. 3 mają także charakter ostateczny. Jeśli są spełnione, odstępstwo nabiera mocy obowiązującej i nie może być uzależnione od żadnego innego warunku. Cele wyrażone w innych postanowieniach Traktatu można brać pod uwagę w takim stopniu, w jakim odpowiadają one czterem warunkom wymienionym w art. 81 ust. 3<sup>(54)</sup>.
43. Opartej na art. 81 ust. 3 oceny korzyści płynących z porozumień o charakterze ograniczającym konkurencję dokonuje się zasadniczo w obrębie każdego rynku właściwego, którego dane porozumienie dotyczy. Wspólnotowe reguły konkurencji mają na celu ochronę konkurencji na rynku i nie można ich rozpatrywać w oderwaniu od tego celu. Ponadto warunek mówiący o tym, że konsumenci<sup>(55)</sup> muszą otrzymywać słuszną część korzyści, oznacza, ogólnie rzecz biorąc, że korzyści ekonomiczne wynikające z porozumienia ograniczającego w obrębie właściwego rynku muszą być na tyle duże, by przewyższać negatywne skutki, jakie porozumienie to niesie dla konkurencji na tym samym właściwym rynku<sup>(56)</sup>. Negatywnych skutków, jakie ponoszą konsumenci na jednym rynku geograficznym lub produktowym, nie da się zazwyczaj zrównoważyć i zrekompensować skutkami pozytywnymi, które odczuwają konsumenci na innym, niepowiązanym rynku geograficznym lub produktowym. Jeżeli jednak oba rynki są ze sobą powiązane, można wziąć pod uwagę zyski osiągnięte na każdym z nich z osobna, pod warunkiem że grupa konsumentów objęta wpływem ograniczenia i korzystająca z takich zysków jest zasadniczo ta sama<sup>(57)</sup>. W niektórych przypadkach porozumienie ma wpływ jedynie na konsumentów na rynku niższego szczebla; ocenić należy wówczas wpływ porozumienia na takich właśnie konsumentów. Dzieje się tak na przykład w przypadku umów kupna<sup>(58)</sup>.
44. Oceny porozumień ograniczających na podstawie art. 81 ust. 3 dokonuje się w ich rzeczywistym kontekście<sup>(59)</sup> i na podstawie faktów mających miejsce w danej chwili. W ocenie uwzględnia się istotne zmiany faktów. Odstępstwo określone w art. 81 ust. 3 obowiązuje tak długo, jak długo spełnione są omawiane cztery warunki i traci zastosowanie z chwilą, gdy przestaje to mieć miejsce<sup>(60)</sup>. Stosując art. 81 ust. 3 zgodnie z tymi zasadami, należy wziąć pod uwagę wartość początkowych inwestycji utopionych oraz czas i ograniczenia niezbędne do odzyskania zaangażowanych środków inwestycyjnych. Artykuł 81 nie da się stosować bez uwzględnienia takich inwestycji wstępnych. Ryzyko, jakie ponoszą strony, oraz wartość inwestycji utopionych, jakie muszą poczynić, by możliwa była realizacja porozumienia, mogą zatem prowadzić do wyłączenia porozumienia z zakresu art. 81 ust. 1 lub – zależnie od przypadku – do spełnienia przez porozumienie warunków wymienionych w art. 81 ust. 3 na okres konieczny do odzyskania poniesionych nakładów inwestycyjnych.
45. Zdarza się, że porozumienie ograniczające konkurencję ma charakter nieodwracalny. Z chwilą wejścia takiego porozumienia w życie niemożliwe jest odtworzenie pierwotnego stanu rzeczy. W takich przypadkach oceny dokonywać należy wyłącznie na podstawie faktów mających miejsce w chwili wejścia porozumienia w życie. Na przykład w przypadku porozumienia dotyczącego badań naukowych i rozwoju, gdzie każda ze stron zgadza się porzucić własny projekt badawczy i połączyć siły z drugą stroną, z obiektywnego punktu widzenia powrót do porzuconego projektu może okazać się technicznie i ekonomicznie niemożliwy. Ocena negatywnych i pozytywnych skutków, jakie ma dla konkurencji porozumienie o opisanym wyżej charakterze, musi zatem nastąpić w chwili ukończenia jego realizacji. Jeśli wówczas porozumienie jest zgodne z art. 81 – na przykład dlatego, że istnieje jednocześnie wystarczająco wiele konkurencyjnych projektów badawczo-naukowych – porozumienie stron polegające na porzuceniu ich własnych projektów pozostaje zgodne z art. 81, nawet jeśli w późniejszym terminie projekty stron trzecich zakończą się niepowodzeniem. Zakaz określony w art. 81 może jednak mieć zastosowanie do innych części porozumienia, w odniesieniu do których nie obowiązuje mechanizm nieodwracalności. Jeżeli na przykład oprócz wspólnej działalności badawczo-rozwojowej zakłada się wspólne korzystanie z wyników takiej działalności, art. 81 może mieć zastosowanie do tej części porozumienia, o ile w wyniku następujących po tym zdarzeń rynkowych porozumienie to zacznie mieć ograniczający wpływ na konkurencję i nie będzie (już) spełniać warunków wymienionych w art. 81 ust. 3 przy należywym uwzględnieniu inwestycji utopionych, por. poprzedni punkt.
46. Z zakresu art. 81 ust. 3 nie wyklucza się *a priori* żadnych rodzajów porozumień. Zasadniczo odstępstwo obejmuje wszystkie porozumienia ograniczające, które spełniają cztery warunki wymienione w art. 81 ust. 3<sup>(61)</sup>.

Jest jednak mało prawdopodobne, by warunki te spełniały porozumienia zakładające surowe ograniczenie konkurencji. Ograniczeń tego typu zakazuje się zwykle na mocy rozporządzeń o wyłączeniach grupowych lub wymienia jako ograniczenia podstawowe w wytycznych i zawiadomieniach Komisji. Porozumienia tego typu na ogół nie spełniają (co najmniej) dwóch pierwszych warunków wymienionych w art. 81 ust. 3. Nie generują one obiektywnych korzyści ekonomicznych<sup>(62)</sup> ani nie przynoszą korzyści konsumentom<sup>(63)</sup>. Dla przykładu porozumienie horyzontalne zakładające ustalenie cen ogranicza wielkość produkcji, prowadząc do niewłaściwej alokacji zasobów. Powoduje ono także przeniesienie korzyści ze strony konsumentów na stronę producentów, prowadzi bowiem do wzrostu cen, nie przynosząc w zamian adekwatnych korzyści dla konsumentów w obrębie właściwego rynku. Porozumienia takie na ogół nie spełniają także kryterium niezbędności określonego w trzecim warunku<sup>(64)</sup>.

47. Twierdzenie, że porozumienia ograniczające konkurencję są uzasadnione, ponieważ zmierzają do zapewnienia uczciwej konkurencji na rynku, należy odrzucić jako z gruntu bezzasadne<sup>(65)</sup>. Celem art. 81 jest ochrona efektywnej konkurencji poprzez zapewnienie otwartości i konkurencyjności rynków. Zgodnie z prawem wspólnotowym<sup>(66)</sup> ochrona uczciwych warunków konkurencji jest zadaniem prawodawcy, nie zaś samych przedsiębiorstw.

### 3.2. Warunek pierwszy z art. 81 ust. 3: zysk ekonomiczny

#### 3.2.1. Uwagi ogólne

48. Zgodnie z pierwszym warunkiem wymienionym w art. 81 ust. 3 porozumienie ograniczające konkurencję musi przyczynić się do polepszenia produkcji lub dystrybucji towarów bądź do promowania postępu technicznego lub gospodarczego. Postanowienie to odnosi się bezpośrednio tylko do towarów, ale przez analogię ma zastosowanie także do usług.
49. Z orzecznictwa Trybunału Sprawiedliwości wynika, że pod uwagę brać można jedynie obiektywne korzyści<sup>(67)</sup>. Oznacza to, że nie ocenia się ich na podstawie subiektywnego punktu widzenia stron porozumienia<sup>(68)</sup>. Nie można brać pod uwagę oszczędności kosztów wynikających z samego faktu posiadania władzy rynkowej. Jeżeli na przykład przedsiębiorstwa dochodzą do porozumienia w kwestii ustalenia cen lub podziału rynków, to zmniejszają one wydajność, a tym samym koszty produkcji. Ograniczenie konkurencji może też prowadzić do zmniejszenia wartości sprzedaży i wydatków na marketing. Takie obniżki kosztów są bezpośrednią konsekwencją obniżenia produkcji i jej wartości. Nie mają one jednak żadnego pozytywnego wpływu na konkurencję na rynku. W szczególności nie przynoszą one korzyści, jakie płyną z integracji aktywów i działalności gospodarczej. Pozwalają jedynie na zwiększenie zysków przedsiębiorstw uczestniczących w porozumieniu, a zatem nie mają znaczenia z punktu widzenia art. 81 ust. 3.
50. Celem pierwszego warunku wymienionego w art. 81 ust. 3 jest określenie tych rodzajów korzyści, które można brać pod uwagę i traktować jako odniesienie przy badaniu warunku drugiego i trzeciego. Analiza zmierzająca do ustalenia, jakie obiektywne korzyści płyną z danego porozumienia i jakie jest ich znaczenie gospodarcze. Zważywszy, że art. 81 ust. 3 ma zastosowanie jedynie wówczas, gdy pod względem wpływu na konkurencję pozytywne skutki porozumienia przeważają nad negatywnymi, konieczne jest sprawdzenie związku łączącego porozumienie z deklarowanymi korzyściami oraz wartości takich korzyści.
51. Wszystkie deklarowane korzyści ekonomiczne należy zatem udokumentować, tak by można było sprawdzić:
- a) *charakter* deklarowanych korzyści;
  - b) *związek* między porozumieniem a korzyściami;
  - c) *prawdopodobieństwo* i *wielkość* każdej z deklarowanych korzyści; oraz
  - d) *jak i kiedy* osiągnięta zostanie każda z deklarowanych korzyści.
52. Na podstawie lit. a) organ decyzyjny sprawdza, czy deklarowane korzyści mają charakter obiektywny (por. powyżej pkt 49).
53. Na podstawie lit. b) organ decyzyjny sprawdza, czy istnieje dostateczny związek przyczynowy między porozumieniem ograniczającym a deklarowanym zyskiem. Z warunku tego wynika zazwyczaj, że korzyści, o których mowa, muszą pochodzić z działalności gospodarczej, która stanowi przedmiot porozumienia. Działalność taka może mieć na przykład formę dystrybucji, udzielenia licencji na technologię, wspólnej produkcji lub wspólnej działalności badawczo-rozwojowej. Uwzględnia się także dodatkowe korzyści płynące z porozumienia w takim zakresie, w jakim przenoszą one szeroko rozumiany zysk w obrębie właściwego rynku, na przykład gdy prowadzą do ogólnego zmniejszenia kosztów w danej branży.
54. Związek przyczynowy między porozumieniem a deklarowanymi korzyściami ekonomicznymi musi być także zazwyczaj bezpośredni<sup>(69)</sup>. Twierdzenia oparte na skutkach pośrednich są z zasady zbyt niepewne i zbyt odległe, by mogły być brane pod uwagę. Bezpośredni związek przyczynowy zachodzi na przykład tam, gdzie porozumienie o transferze technologii pozwala nabywcom licencji wytwarzać nowe lub ulepszone produkty bądź gdy w wyniku porozumienia dystrybucyjnego możliwe jest tańsze rozprowadzanie produktów lub dostarczanie wysokiej jakości usług. Przykładem skutku pośredniego jest sytuacja, w której deklaruje się, że porozumienie ograniczające konkurencję pozwoli uczestniczącym w nim przedsiębiorstwom zwiększyć zyski, umożliwiając im zwiększenie inwestycji w badania naukowe i rozwój, co w ostatecznym rozrachunku będzie z korzyścią dla konsumentów. Związek między rentownością a działalnością badawczo-rozwojową jest wprawdzie możliwy, ale na ogół nie na tyle bezpośredni, by brać go pod uwagę w kontekście art. 81 ust. 3.



55. Na podstawie lit. c) i d) organ decyzyjny sprawdza wartość deklarowanych korzyści ekonomicznych, którą w kontekście trzeciego warunku z art. 81 ust. 3 należy zestawić z negatywnymi skutkami porozumienia (zob. poniżej pkt 101). Wziąwszy pod uwagę, że art. 81 ust. 1 ma zastosowanie tylko wówczas, gdy rozpatrywane porozumienia mogą mieć negatywny wpływ na konkurencję i konsumentów (zakłada się, że taki wpływ mają ograniczenia podstawowe), korzyści ekonomiczne należy udokumentować, tak by można było je sprawdzić. Deklaracje nieudokumentowane odrzuca się.
56. W przypadku gdy deklarowany zysk polega na zmniejszeniu kosztów, przedsiębiorstwa powołujące się na odstępstwo na podstawie art. 81 ust. 3 zobowiązane są do możliwie jak najdokładniejszego oszacowania wartości takich zysków oraz do podania szczegółowego opisu zastosowanego sposobu obliczeń. Muszą one opisać także metodę(-y), za pomocą której(-ych) osiągnięty został lub zostanie deklarowany zysk. Przedstawione dane muszą być weryfikowalne, tak by można było z dostatecznie dużą dozą pewności stwierdzić, że korzyści, o których mowa, zostały lub prawdopodobnie zostaną zrealizowane.
57. W przypadku gdy deklarowany jest zysk ma postać nowych lub ulepszonych produktów i innych korzyści niezwiązanych z kosztami, przedsiębiorstwa chcące skorzystać z odstępstwa przewidzianego w art. 81 ust. 3 muszą opisać i szczegółowo wyjaśnić, jaki charakter ma ów zysk oraz w jaki sposób i dlaczego przekłada się na obiektywne korzyści ekonomiczne.
58. Jeżeli porozumienie nie weszło jeszcze w życie, strony muszą uzasadnić przesłanki, którymi się kierowały, przewidując daty powstania korzyści mających istotny, pozytywny wpływ na rynek.

### 3.2.2. Różne kategorie korzyści

59. Rodzaje korzyści wymienione w art. 81 ust. 3 stanowią obszerne kategorie, które mają w założeniu objąć wszystkie obiektywne korzyści ekonomiczne. Poszczególne kategorie wymienione w art. 81 ust. 3 w znacznym stopniu nakładają się na siebie i to samo porozumienie może dać w efekcie kilka rodzajów korzyści. Kategorie tych nie należy zatem wyraźnie od siebie oddzielać. Na potrzeby niniejszych wytycznych rozróżnia się korzyści związane z ograniczaniem kosztów oraz korzyści o charakterze jakościowym, w przypadku których wartość powstaje w formie nowych lub ulepszonych produktów, większego ich urozmaicenia itp.
60. Na ogół korzyści wywodzą się z integracji działalności gospodarczej, podczas której przedsiębiorstwa łączą swoje aktywa, by osiągnąć to, czego nie mogłyby osiągnąć równie skutecznie, działając samodzielnie, lub powierzają innemu przedsiębiorstwu zadania, których same nie mogłyby wykonać równie skutecznie.
61. Badania naukowe i rozwój, produkcję i dystrybucję można uważać za procesy tworzące ciąg wartości dzielący się na kilka etapów. Na każdym etapie przedsiębiorstwo musi dokonać wyboru, czy daną działalność wykonywać samodzielnie, wspólnie z innym(-i) przedsiębiorstwem(-ami), czy też zlecić jej wykonywanie w całości innemu(-ym) przedsiębiorstwu(-om).
62. Za każdym razem, gdy wybór wiąże się ze współpracą rynkową z innym przedsiębiorstwem, wymagane jest zawarcie porozumienia w rozumieniu art. 81 ust. 1. Porozumienia takie mogą mieć charakter wertykalny, jak w przypadku przedsiębiorstw, które działają na różnych poziomach łańcucha wartości, lub horyzontalny, jak w przypadku firm, które działają na tym samym poziomie. Obie kategorie porozumień mogą przynosić korzyści ekonomiczne, pozwalając danemu przedsiębiorstwu wykonać określone zadanie niższym kosztem lub przy zwiększonej wartości dodanej dla konsumenta. Tego typu porozumienia mogą też bezpośrednio powodować ograniczenie konkurencji lub do niego prowadzić. W takim wypadku istotne znaczenie mogą mieć zakaz określony w art. 81 ust. 1 i odstępstwo na mocy art. 81 ust. 3.
63. Wymienione poniżej rodzaje korzyści ekonomicznych są jedynie przykładami, a ich lista nie jest wyczerpująca.

#### 3.2.2.1. Korzyści z tytułu ograniczenia kosztów

64. Ograniczenie kosztów wynikające z porozumień między przedsiębiorstwami może mieć kilka różnych przyczyn. Bardzo ważnym źródłem oszczędności jest rozwój nowych technologii i metod produkcji. Największy potencjał oszczędności kosztów jest na ogół następstwem gwałtownego postępu technologicznego. Wprowadzenie linii montażowej doprowadziło na przykład do istotnej redukcji kosztów produkcji pojazdów.
65. Innym bardzo ważnym źródłem jest współdziałanie będące wynikiem integracji istniejących aktywów. Łącząc swoje aktywa, strony porozumienia mogą uzyskać nieosiągalny w innym wypadku stosunek kosztów do wydajności. Połączenie dwóch istniejących technologii o uzupełniających się cechach może zmniejszyć koszty produkcji lub doprowadzić do poprawy jakości produktów. Może się na przykład zdarzyć, że aktywa produkcyjne firmy A pozwalają zwiększyć wydajność godzinną, ale wymagają stosunkowo wysokiego wkładu surowców do każdego produktu, podczas gdy aktywa produkcyjne firmy B pozwalają wygenerować niższą produkcję godzinną, ale wymagają relatywnie niższego wkładu surowców w przeliczeniu na każdy produkt. Tworząc wspólne przedsięwzięcie poprzez połączenie aktywów produkcyjnych, firma A i firma B są w stanie wytwarzać dużo (więcej) produktów na godzinę przy niskim (niższym) wkładzie surowców. Podobnie, jeżeli jedno przedsiębiorstwo zoptymalizowało jedną część łańcucha wartości, a inne przedsiębiorstwo zoptymalizowało jego drugą część, połączenie działań takich przedsiębiorstw może doprowadzić do zmniejszenia kosztów. Firma A może na przykład posiadać wysoko zautomatyzowaną linię produkcyjną, która pozwala osiągnąć niski koszt

jednostkowy produkcji, podczas gdy firma B rozwinęła skuteczny system realizacji zamówień. System taki pozwala dostosować produkcję do zapotrzebowania na rynku, zapewniając terminowe dostawy i ograniczając koszty magazynowania i starzenia się produktów. Poprzez połączenie swoich aktywów A i B mogą uzyskać obniżenie kosztów.

66. Korzyści z tytułu ograniczenia kosztów mogą także wynikać z korzyści skali, tj. obniżenia kosztu jednostkowego poprzez zwiększenie wydajności. Za przykład niech posłuży fakt, że: inwestycji w sprzęt i inne aktywa dokonuje się często w niepodzielnych pakietach. Jeżeli przedsiębiorstwo nie może w pełni wykorzystać pakietu będącego przedmiotem inwestycji, jego średnie koszty będą wyższe, niż gdyby taka możliwość istniała. I tak na przykład koszty eksploatacji ciężarówki są zasadniczo takie same, niezależnie od tego, czy jeździ ona pusta, do połowy pełna czy pełna. Porozumienia, na mocy których przedsiębiorstwa łączą swoje operacje logistyczne, mogą pozwolić im na zwiększenie współczynnika załadunku i zmniejszenie liczby używanych pojazdów. Zwiększenie skali może także umożliwić lepszy podział pracy, a przez to obniżenie kosztów jednostkowych. Firmy mogą osiągnąć korzyści skali w odniesieniu do wszystkich ogniw łańcucha wartości, łącznie z procesem badawczo-rozwojowym, produkcją, dystrybucją i marketingiem. Łączy się z tym także korzyść w postaci wiedzy i umiejętności. Wraz z rosnącym doświadczeniem w stosowaniu określonego procesu produkcyjnego lub wykonywaniu określonych zadań rośnie wydajność, ponieważ proces przechodzi usprawnienia, a zadania wykonywane są coraz szybciej.
67. Innym źródłem ograniczania kosztów są korzyści zakresu; powstaje on, gdy firmy osiągają oszczędności kosztów, produkując różne produkty w oparciu o te same środki. Takie korzyści mogą wynikać z tego, że przy wykorzystaniu tych samych komponentów, urządzeń i tej samej grupy pracowników możliwe jest wytworzenie szerokiego asortymentu produktów. Podobnie korzyści zakresu mogą powstać w dziedzinie dystrybucji, kiedy tymi samymi pojazdami transportuje się różne rodzaje towarów. Producent mrożonej pizzy i producent mrożonych warzyw mogą na przykład uzyskać korzyści zakresu poprzez wspólną dystrybucję swoich produktów. Oba rodzaje wyrobów muszą być rozprowadzane chłodniami, a grupy odbiorców docelowych prawdopodobnie w dużej mierze się pokrywają. Łącząc w ten sposób siły, obaj producenci mogą uzyskać niższy jednostkowy koszt dystrybucji.
68. Korzyści w postaci ograniczenia kosztów mogą wynikać także z porozumień, które pozwalają na lepsze planowanie produkcji, zmniejszenie kosztownych zapasów magazynowych i lepsze wykorzystanie posiadanych mocy. Tego rodzaju korzyści mogą pochodzić na przykład ze stosowania zasady zakupów doraźnych, tj. zobowiązania dostawcy składników produkcji do stałego realizowania dostaw według zapotrzebowania nabywcy, przez co nabywca unika konieczności utrzymywania znacznych zapasów, a tym samym zagrożenia, że przechowywane składniki staną się przestarzałe. Oszczędności kosztów mogą także brać się z porozumień, które pozwalają stronom na racjonalizację produkcji we wszystkich zakładach.

#### 3.2.2.2. Korzyści jakościowe

69. Porozumienia między przedsiębiorstwami mogą przynosić różnorodne korzyści o charakterze jakościowym, mające znaczenie w kontekście stosowania art. 81 ust. 3. W wielu przypadkach główny zysk, jaki wiąże się z danym porozumieniem, wcale nie polega na ograniczeniu kosztów, lecz na poprawie jakości i innych korzyściach o charakterze jakościowym. W zależności od przypadku korzyści takie mogą mieć równe lub większe znaczenie niż oszczędności kosztów.
70. Postęp techniczny i technologiczny tworzą bardzo ważną i dynamiczną część gospodarki, przynosząc istotne korzyści w postaci nowych lub ulepszonych towarów i usług. Współpracujące ze sobą przedsiębiorstwa mogą osiągać zyski, które bez zawarcia porozumienia ograniczającego albo wcale nie byłyby możliwe, albo byłyby możliwe jedynie za cenę znacznych opóźnień lub wyższych kosztów. Jest to ważne źródło korzyści ekonomicznych, o których mowa w pierwszym warunku z art. 81 ust. 3. Do porozumień niosących ze sobą tego rodzaju korzyści należą przede wszystkim porozumienia w dziedzinie badań i rozwoju. Przykładem niech będą firmy A i B, które tworzą wspólne przedsięwzięcie w celu opracowania i, w razie powodzenia, wspólnej produkcji opon modułowych. Pęknięcie jednego modułu nie wpływa na inne, co oznacza, że wyeliminowane zostałoby zagrożenie uszkodzenia całej opony w przypadku jej przebicia. Opona taka byłaby więc bezpieczniejsza od tradycyjnie używanych. Ponadto nie byłoby konieczności natychmiastowej wymiany opony, a co za tym idzie, wożenia opony zapasowej. Obie wymienione zalety stanowią obiektywne korzyści w rozumieniu pierwszego warunku z art. 81 ust. 3.
71. Połączenie uzupełniających się aktywów może przynosić oszczędności kosztów, ale także prowadzić do współdziałania, którego owocem są korzyści o charakterze jakościowym. Połączenie aktywów produkcyjnych może na przykład doprowadzić do wytwarzania produktów wyższej jakości lub opartych na bardziej nowatorskich rozwiązaniach. Dzieje się tak chociażby w przypadku umów licencyjnych i postanowień przewidujących wspólną produkcję nowych lub ulepszonych towarów bądź świadczenie nowych lub ulepszonych usług. Umowy licencyjne mogą w szczególności zapewnić szybsze rozpowszechnienie nowej technologii we Wspólnocie i dać nabywcy(-om) licencji dostęp do nowych produktów lub umożliwić im zastosowanie nowych technik produkcji, prowadzących do poprawy jakości. Porozumienia o wspólnej produkcji mogą pozwolić na szybsze i tańsze wprowadzenie na rynek nowych i ulepszonych towarów lub usług<sup>(70)</sup>. Uznano na przykład, że porozumienia o współpracy w sektorze telekomunikacyjnym przyczyniły się do osiągnięcia korzyści w postaci szybszego udostępnienia nowych usług o zasięgu globalnym<sup>(71)</sup>. W sektorze bankowym za spełniające pierwszy warunek z art. 81 ust. 3 uznano korzyści wynikające z porozumień o współpracy, które przyczyniły się do udostępnienia ulepszonych systemów płatności transgranicznych<sup>(72)</sup>.

72. Korzyści jakościowe mogą także wynikać z porozumień dystrybucyjnych. Wspecjalizowani dystrybutorzy mogą na przykład być w stanie świadczyć usługi lepiej dostosowane do potrzeb klientów lub zapewnić szybszą dostawę bądź lepsze gwarancje jakości na całej długości łańcucha dystrybucji <sup>(73)</sup>.

### 3.3. Warunek trzeci z art. 81 ust. 3: niezbędny charakter ograniczeń

73. Zgodnie z trzecim warunkiem z art. 81 ust. 3 porozumienie nie może narzucać ograniczeń, które nie są niezbędne do osiągnięcia korzyści wynikających z tego porozumienia. Sprawdzenie, czy warunek ten został spełniony, odbywa się w sposób dwójaki. Po pierwsze, porozumienie jako takie musi być racjonalnie konieczne do osiągnięcia korzyści. Po drugie, indywidualne ograniczenia konkurencji wynikające z takiego porozumienia muszą być także racjonalnie konieczne do osiągnięcia tych korzyści.
74. W kontekście trzeciego warunku z art. 81 ust. 3 czynnikiem decydującym jest to, czy porozumienie o charakterze ograniczającym, czy też poszczególne ograniczenia z niego wynikające umożliwiają wykonanie przewidzianego w umowie działania w sposób skuteczniejszy niż miałyby to miejsce, gdyby nie było takiego porozumienia lub takiego ograniczenia. Nie chodzi o odpowiedź na pytanie: czy ograniczenie jest niezbędnym warunkiem zawarcia porozumienia, lecz o to, czy w wyniku takiego porozumienia czy ograniczenia powstaje więcej korzyści niż przy ich braku <sup>(74)</sup>.
75. Pierwszy sposób badania zgodności z trzecim warunkiem art. 81 ust. 3 wymaga sprawdzenia, czy korzyści są ściśle uwarunkowane danym porozumieniem w takim sensie, że nie da się ich osiągnąć za pomocą innych, łatwiej wykonalnych pod względem ekonomicznym i mniej ograniczających środków. Dokonując takiej oceny, należy wziąć pod uwagę warunki rynkowe i realia gospodarcze, w jakich działają strony porozumienia. Przedsiębiorstwa odwołujące się do odstępstwa na mocy art. 81 ust. 3 nie są zobowiązane do rozważania hipotetycznych czy teoretycznych rozwiązań alternatywnych wobec uzgodnionych działań. Komisja nie będzie kwestionować oceny sytuacji ekonomicznej dokonanej przez przedsiębiorstwa. Jej interwencje ograniczą się do sytuacji wyraźnie wskazujących na to, że istnieją realne i osiągalne rozwiązania alternatywne. Strony zobowiązane są jedynie do wyjaśnienia i wykazania, dlaczego taka, jak się wydaje, realistyczna i znacznie mniej ograniczająca alternatywa wobec porozumienia byłaby ich zdaniem znacznie mniej skuteczna.
76. Szczególnie duże znaczenie ma ustalenie, czy – zważywszy na okoliczności każdej sprawy – strony mogły osiągnąć te same korzyści za pomocą innego, mniej ograniczającego w charakterze porozumienia, a jeśli tak, to kiedy. Konieczne może być też zbadanie, czy strony mogłyby osiągnąć takie korzyści, działając samodzielnie. Jeżeli na przykład deklarowane korzyści mają postać ograniczenia kosztów wynikającego z korzyści skali lub zakresu, zainteresowane przedsiębiorstwa muszą wyjaśnić i uzasadnić, dlaczego takich samych korzyści nie mogłyby osiągnąć w drodze rozwoju wewnętrznego i konkurencji cenowej. Przy ocenie istotne jest między innymi rozważenie, jaka jest minimalna skala efektywności na danym rynku. Minimalna skala efektywności to poziom produkcji, który jest wymagany do zminimalizowania średnich kosztów i wyczerpania korzyści skali <sup>(75)</sup>. Im wyższa jest minimalna skala efektywności w porównaniu ze stanem obecnym w przypadku którejś ze stron porozumienia, tym bardziej prawdopodobne, że korzyści zostaną uznane za ściśle uwarunkowane tym porozumieniem. W przypadku porozumień, których skutkiem jest osiągnięcie szerokiej płaszczyzny współdziałania poprzez połączenie uzupełniających się aktywów i zdolności, sam charakter korzyści pozwala zakładać, że porozumienie jest niezbędne do ich osiągnięcia.
77. Zasady te można zilustrować następującym, hipotetycznym przykładem:
- A i B łączą w ramach wspólnego przedsięwzięcia swoje technologie produkcyjne, aby zwiększyć produkcję i zmniejszyć zużycie surowców. Spółka otrzymuje wyłączną licencję na technologie produkcyjne należące do łączących się przedsiębiorstw. Strony przekazują swoje zakłady produkcyjne na rzecz wspólnego przedsięwzięcia. Przekazują także swoich pracowników po to, by w procesie produkcji mogli oni wykorzystać i rozwinąć posiadaną wiedzę i umiejętności. Ocenia się, że dzięki temu uda się ograniczyć koszty produkcji o dodatkowe 5%. Produkty wspólnego przedsięwzięcia sprzedawane są niezależnie przez A i B. W tym wypadku, aby ocenić, czy porozumienie jest niezbędne, należy ustalić, czy takie korzyści można było osiągnąć za pomocą umowy licencyjnej, która byłaby zapewne mniej ograniczająca, jako że A i B kontynuowałyby niezależną działalność produkcyjną. W opisanych okolicznościach byłoby to prawdopodobnie niemożliwe, gdyż w ramach umowy licencyjnej strony nie byłyby w stanie w ten sam bezproblemowy i płynny sposób korzystać z wzajemnych doświadczeń w obsłudze obu technologii, czyli czerpać korzyści z połączenia wiedzy i umiejętności.
78. Po stwierdzeniu, że rozpatrywane porozumienie jest konieczne do osiągnięcia zakładanych korzyści, ocenić należy niezbędność wszystkich ograniczeń wynikających z takiego porozumienia. W związku z tym konieczne jest racjonalne ustalenie, czy poszczególne ograniczenia są konieczne do osiągnięcia tych korzyści. Strony porozumienia muszą dowieść swojej racji w odniesieniu do zarówno do charakteru, jak i wielkości ograniczenia.
79. Ograniczenie uznaje się za niezbędne wówczas, gdy jego brak wyeliminowałby lub istotnie ograniczył korzyści płynące z porozumienia lub też znacząco zmniejszył prawdopodobieństwo powstania takich korzyści. W ocenie rozwiązań alternatywnych należy wziąć pod uwagę rzeczywistość i potencjalną poprawę w dziedzinie konkurencji, jaka nastąpiłaby w wyniku wyeliminowania danego ograniczenia lub zastąpienia go rozwiązaniem o mniej ograniczających skutkach. Im radykalniejsze ograniczenie, tym dokładniejsza analiza zgodności z trzecim warunkiem <sup>(76)</sup>. Jest mało prawdopodobne, by ograniczenia, których zakazuje się na mocy rozporządzeń o wyłączeniach grupowych lub wymienia jako ograniczenia podstawowe w wytycznych i zawiadomieniach Komisji, mogły być uznane za niezbędne.

80. Oceny niezbędności dokonuje się w rzeczywistym kontekście, w jakim działa porozumienie, ze szczególnym uwzględnieniem struktury rynku związanego z porozumieniem ryzyka ekonomicznego oraz bodźców, jakimi kierują się strony. Im mniej pewny jest sukces produktu stanowiącego przedmiot porozumienia, tym bardziej ograniczenie musi być potrzebne, aby zapewnić powstanie korzyści. Ograniczenia mogą być także niezbędne do zrównania czynników motywujących obie strony i skłonienia ich do skoncentrowania wysiłków wokół realizacji porozumienia. Takie ograniczenie może być na przykład konieczne do tego, by uniknąć problemu zablokowania działalności w związku z inwestycjami utopionymi, poczynionymi już przez jedną ze stron. Na przykład dostawca, angażując znaczne środki inwestycyjne w celu zaspokojenia zapotrzebowania klienta, staje się od takiego klienta zależny. Aby uniknąć sytuacji, w której klient wykorzystuje fakt uzależnienia od siebie dostawcy dla uzyskania korzystniejszych warunków, konieczne może być zobowiązanie do nienabywania danego składnika produkcji od stron trzecich lub do zakupu minimalnych ilości tego składnika od dostawcy ponoszącego ciężar inwestycji<sup>(7)</sup>.
81. W niektórych przypadkach ograniczenie może być niezbędne tylko przez określony czas. Odstępstwo na mocy art. 81 ust. 3 ma wówczas zastosowanie tylko przez taki właśnie okres. Dokonując oceny w tym względzie, należy wziąć odpowiednią poprawkę na czas, jakiego potrzebują strony do osiągnięcia korzyści uzasadniających zastosowanie odstępstwa<sup>(8)</sup>. Tam, gdzie korzyści nie da się osiągnąć bez znacznych nakładów inwestycyjnych, należy w szczególności uwzględnić okres konieczny do uzyskania odpowiedniego zysku z inwestycji (zob. także powyżej pkt 44).
82. Zasady te można zilustrować następującymi, hipotetycznymi przykładami:

P produkuje i rozprowadza mrożoną pizzę, mając 15 % udział w rynku państwa członkowskiego X. Dostawy skierowane są bezpośrednio do sprzedawców detalicznych. Ponieważ większość sprzedawców dysponuje ograniczonymi możliwościami magazynowymi, zaopatrzenie musi odbywać się stosunkowo często, co wiąże się z niskim wykorzystaniem posiadanej pojemności transportowej i koniecznością używania stosunkowo niewielkich pojazdów. T zajmuje się handlem hurtowym mrożonkami, w tym mrożoną pizzą, zaopatruje w większości tych samych klientów co P. Pizza rozprowadzana przez T stanowi 30 % rynku. T posiada park samochodów dostawczych i dysponuje pewną wolną przestrzenią ładunkową. P zawiera z T porozumienie o wyłącznej dystrybucji w państwie członkowskim X i podejmuje się zadbać o to, by dystrybutorzy w innych państwach członkowskich nie prowadzili aktywnej ani biernej sprzedaży na terytorium T. T zobowiązuje się zapewnić reklamę produktów, przeprowadzić badanie preferencji smakowych i stopnia zadowolenia konsumentów oraz zapewnić dostawę do sprzedawców detalicznych w ciągu 24 godzin. Porozumienie prowadzi do obniżenia całkowitego kosztu dystrybucji o 30 % w wyniku lepszego wykorzystania posiadanych mocy oraz do wyeliminowania problemu nakładania się tras zaopatrzeniowych. Skutkiem porozumienia są także dodatkowe usługi dla konsumentów. Ograniczenia sprzedaży biernej należą zgodnie z przepisami rozporządzenia o wyłączeniu grupowym dotyczącym ograniczeń wertykalnych<sup>(9)</sup> do ograniczeń podstawowych i można je uznać za niezbędne tylko w wyjątkowych przypadkach. Ugruntowana pozycja rynkowa firmy T oraz charakter narzuconych nań zobowiązań wskazują, że nie jest to przypadek wyjątkowy. Zakaz sprzedaży aktywnej natomiast jest prawdopodobnie niezbędny. Motywacja T do sprzedaży i reklamy marki P byłaby prawdopodobnie niższa, gdyby dystrybutorzy z innych państw członkowskich mogli prowadzić aktywną sprzedaż w państwie członkowskim X, czerpiąc w ten sposób darmowe korzyści z wysiłków podejmowanych przez T. Tym bardziej, że T rozprowadza także produkty konkurencyjne, przez co ma możliwość skuteczniejszego przebicia się z markami, które w mniejszym stopniu korzystają ze wspomnianego wyżej darmowego marketingu.

S jest producentem gazowanych napojów chłodzących z 40 % udziałem w rynku. Do drugiego w kolejności konkurenta należy 20 %. S zawiera porozumienia o dostawy z klientami, na których przypada 25 % popytu. Na mocy tych porozumień klienci owi zobowiązują się do przyznania S wyłączności na dostawę przez okres 5 lat. S zawiera porozumienia z innymi klientami, którym odpowiada z kolei 15 % popytu, przyznając im kwartalny rabat celowy, uzależniony od przekroczenia określonej, indywidualnie ustalonej wartości sprzedaży. Firma S twierdzi, że porozumienia te pozwalają jej dokładnie przewidzieć popyt, a tym samym lepiej rozplanować produkcję poprzez ograniczenie kosztów magazynowania i przechowywania surowców oraz uniknięcie przerw w dostawach. Wziąwszy pod uwagę pozycję rynkową, jaką zajmuje S, oraz łączny zasięg ograniczeń, trudno przypuszczać, by ograniczenia te mogły zostać uznane za niezbędne. Zobowiązanie do zakupu u jednego dostawcy wykracza ponad to, co jest niezbędne do planowania produkcji, podobnie jak system rabatów celowych. Przewidywalność popytu można osiągnąć za pomocą mniej ograniczających środków. S mogłaby na przykład zachęcić klientów do dokonywania każdorazowo większych zakupów, oferując im rabaty uzależnione od ilości lub rabaty przeznaczone dla klientów składających stałe zamówienia na dostawy realizowane w określonych terminach.

### 3.4. Warunek drugi z art. 81 ust. 3: słuszny udział konsumentów

#### 3.4.1. Uwagi ogólne

83. Zgodnie z drugim warunkiem z art. 81 ust. 3 konsumenci muszą otrzymać słuszny udział w zyskach wynikających z porozumienia ograniczającego.
84. Pojęcie „konsumentów” oznacza wszystkich bezpośrednich i pośrednich użytkowników produktów objętych porozumieniem, w tym producentów stosujących te produkty jako środki własnej produkcji, sprzedawców hurtowych, sprzedawców detalicznych i konsumentów końcowych, tj. osoby fizyczne, które działają w celach uznawanych za niepowiązane z ich działalnością zawodową lub profesyjną. Innymi słowy, konsumenci w rozumieniu

- art. 81 ust. 3 to klienci stron porozumienia i późniejsi nabywcy. Konsumentami mogą być przedsiębiorstwa, jak w przypadku nabywców maszyn przemysłowych lub wyrobów do dalszej przeróbki, bądź konsumenci końcowi, jak na przykład nabywcy lodów czy rowerów.
85. Pojęcie „słuszny udział” zakłada, że powstałe korzyści muszą przynajmniej rekompensować konsumentom rzeczywiste lub negatywne skutki, jakie przyniosło im ograniczenie konkurencji stwierdzone na podstawie art. 81 ust. 1. Zgodnie z ogólnym celem art. 81, jakim jest zapobieżenie porozumieniom ograniczającym konkurencję, ostateczny skutek porozumienia musi być co najmniej neutralny z punktu widzenia konsumentów bezpośrednio lub pośrednio objętych wpływem porozumienia<sup>(80)</sup>. Jeśli w następstwie porozumienia sytuacja takich konsumentów się pogarsza, warunek drugi z art. 81 ust. 3 nie jest spełniony. Dla konsumentów pozytywne skutki porozumienia muszą równoważyć skutki negatywne<sup>(81)</sup>. Jeśli ma to miejsce, konsumenci nie tracą na porozumieniu. Zyskuje ponadto społeczeństwo jako całość, gdy korzyści prowadzą albo do zmniejszenia ilości zasobów używanych do wyprodukowania określonej ilości dóbr konsumpcyjnych, albo do wytworzenia bardziej wartościowych produktów, co przekłada się na efektywniejszą alokację zasobów.
  86. Nie jest wymagane, by konsumenci otrzymywali udział w każdym z rodzajów korzyści określonych w warunku pierwszym. Wystarczy, że otrzymają korzyści dostateczne do tego, by zrównoważyć negatywne skutki porozumienia ograniczającego. Uznaje się wówczas, że konsumenci uzyskują słuszny udział w całkowitych zyskach<sup>(82)</sup>. Jeśli porozumienie ograniczające prowadzi do wzrostu cen, konsumenci muszą uzyskać w zamian pełną rekompensatę w postaci zwiększonej jakości lub innych korzyści. Jeśli nie, drugi warunek z art. 81 ust. 3 nie jest spełniony.
  87. Czynnikiem decydującym jest ostateczny wpływ na konsumentów w obrębie właściwego rynku, nie zaś wpływ na poszczególnych przedstawicieli tej grupy konsumentów<sup>(83)</sup>. W niektórych przypadkach do zrealizowania korzyści potrzeba określonego czasu. Zanim to nastąpi, porozumienie może mieć jedynie skutki negatywne. Fakt, że konsumenci odczuwają korzyści z określonym opóźnieniem, sam w sobie nie wyklucza zastosowania art. 81 ust. 3. Jednak im dłuższe jest to opóźnienie, tym większe muszą być również korzyści rekompensujące straty, jakie ponoszą konsumenci, zanim pozytywne skutki zaczną być odczuwalne.
  88. Oceniając tę kwestię, należy wziąć pod uwagę, że wartość zysku dla konsumentów w przyszłości nie jest taka sama, jak w chwili obecnej. 100 euro oszczędzone dzisiaj jest warte więcej niż ta sama kwota oszczędności rok później. Zysk, jaki odczuwają konsumenci w przyszłości, nie rekompensuje zatem w pełni obecnej straty o tej samej wartości nominalnej. Aby umożliwić właściwe porównanie obecnych strat i przyszłych zysków, wartość tych ostatnich należy odpowiednio pomniejszyć. Zastosowana stopa dyskontowa musi uwzględniać stopę inflacji, jeśli taka występuje, oraz straty z tytułu odsetek jako wskaźniki mniejszej wartości przyszłych zysków.
  89. W innych przypadkach porozumienie może pozwolić stronom na uzyskanie korzyści wcześniej, niż byłoby to możliwe bez jego zawarcia. Konieczne jest wówczas uwzględnienie prawdopodobnego negatywnego wpływu na konsumentów w obrębie właściwego rynku, z chwilą gdy skutki zaczną być odczuwalne. Jeżeli w wyniku porozumienia ograniczającego strony osiągają silną pozycję na rynku, to uzyskają jednocześnie możliwość ustalania znacznie wyższych cen niż normalnie. Aby spełnić drugi warunek z art. 81 ust. 3, korzyść wynikająca dla konsumentów z wcześniejszego dostępu do produktów musi być równie znacząca. Może tak być na przykład wtedy, gdy porozumienie pozwala dwóm producentom opon wprowadzić na rynek trzy lata wcześniej nową, znacznie bezpieczniejszą oponę, ale jednocześnie związany z tym wzrost władzy rynkowej pozwala im podnieść ceny o 5 %. W takim przypadku istnieje prawdopodobieństwo, że korzyść płynąca z wcześniejszego dostępu do znacząco ulepszonego produktu przewyższa stratę spowodowaną wzrostem cen.
  90. Drugi warunek z art. 81 ust. 3 działa na zasadzie skali ruchomej. Im większe ograniczenie konkurencji stwierdzone na podstawie art. 81 ust. 1, tym większe muszą być korzyści i tym większa ich część musi przypadać na konsumentów. Koncepcja skali ruchomej zakłada, że jeżeli skutki ograniczające porozumienia są stosunkowo niewielkie, za to korzyści z niego płynące są znaczne, to prawdopodobne jest, że słuszny udział w korzyściach z tytułu oszczędności kosztów przypadnie konsumentom. Dlatego w takich przypadkach zazwyczaj nie ma potrzeby przeprowadzania szczegółowej analizy pod kątem drugiego warunku z art. 81 ust. 3, o ile spełnione są trzy pozostałe warunki stosowania tego postanowienia.
  91. Z drugiej strony, jeżeli skutki ograniczające porozumienia są znaczące, zaś oszczędności kosztów stosunkowo niewielkie, spełnienie drugiego warunku z art. 81 ust. 3 będzie mało prawdopodobne. Wpływ ograniczenia konkurencji zależy od tego, jak duże jest to ograniczenie i w jakim stopniu utrzymana zostanie konkurencja na rynku po wejściu w życie porozumienia.
  92. Jeżeli porozumienie przynosi zarówno istotne skutki pozytywne, jak i istotne skutki negatywne dla konkurencji, potrzebna jest dokładna analiza. Należy w takich wypadkach brać pod uwagę, że konkurencja jest ważnym motorem korzyści i innowacji, działającym długoterminowo. Przedsiębiorstwa, które nie podlegają skutecznym mechanizmom konkurencji – takie jak firmy dominujące na rynku – są mniej zmotywowane do utrzymywania i powiększania korzyści. Im bardziej ograniczające dla konkurencji jest dane porozumienie, tym bardziej prawdopodobne, że konsumenci na dłuższą metę na tym ucierpią.
  93. W poniższych dwóch sekcjach znaleźć można bardziej szczegółowy opis ram analitycznych do oceny udziału konsumentów w korzyściach ekonomicznych. Pierwsza sekcja dotyczy oszczędności kosztów, w następnej zaś opisane są inne rodzaje korzyści, takie jak nowe lub ulepszone produkty (korzyści jakościowe). Ramy przedstawione w tych dwóch sekcjach są szczególnie ważne w przypadkach, gdy nie jest całkowicie oczywiste, że szkody dla konkurencji przewyższają korzyści dla konsumentów lub odwrotnie<sup>(84)</sup>.

94. W trakcie stosowania określonych poniżej zasad Komisja będzie mieć na uwadze, że w wielu przypadkach trudno jest dokładnie wyliczyć współczynnik przeniesienia zysków i inne parametry określające wartość korzyści przenoszonych na konsumentów. Przedsiębiorstwa zobowiązane są do udokumentowania deklarowanych przez siebie faktów jedynie za pomocą wyliczeń szacunkowych i innych danych, w stopniu w jakim jest to możliwe i z uwzględnieniem indywidualnych okoliczności każdej sprawy.

#### 3.4.2. Przenoszenie i wazenie korzyści z tytułu oszczędności kosztów

95. Jeżeli rynki, jak to bywa zazwyczaj, nie są do końca konkurencyjne, przedsiębiorstwa mogą w mniejszym lub większym stopniu wpływać na ceny poprzez zmiany wielkości produkcji<sup>(85)</sup>. Mogą także ustalać różne ceny dla różnych klientów.

96. Oszczędności kosztów mogą w pewnych okolicznościach prowadzić do zwiększenia produkcji i obniżenia cen dla konsumentów. Jeżeli w związku z ograniczeniem kosztów przedsiębiorstwa zwiększają zyski poprzez zwiększenie produkcji, korzyści z tym związane mogą przejść na konsumentów. Oceniając stopień, w jakim korzyści z tytułu oszczędności kosztów mogą stać się udziałem konsumentów, oraz wynik porównania skutków negatywnych i pozytywnych, o którym mowa w art. 81 ust. 3, uwzględnia się w szczególności następujące czynniki:

- a) charakterystykę i strukturę rynku;
- b) charakter i wielkość korzyści ekonomicznych;
- c) elastyczność popytu; oraz
- d) skalę ograniczenia konkurencji.

Zazwyczaj rozpatruje się wszystkie wymienione czynniki. Skoro art. 81 ust. 3 stosuje się wyłącznie w przypadkach odczuwalnego ograniczania konkurencji na rynku (zob. powyżej pkt 24), nie można wychodzić z założenia, że konkurencja pozostała po takim ograniczeniu zapewni konsumentom słuszny udział w korzyściach. Jednakże zakres utrzymującej się na rynku konkurencji i jej charakter wpływają na prawdopodobieństwo przeniesienia korzyści na konsumentów.

97. Im większy jest to zakres, tym większe prawdopodobieństwo, że poszczególne przedsiębiorstwa będą starać się zwiększać sprzedaż poprzez przenoszenie na konsumentów korzyści płynących z oszczędności kosztów. Jeśli przedsiębiorstwa konkurują ze sobą głównie na poziomie cen i nie podlegają istotnym ograniczeniom „objętościowym”, takie przeniesienie korzyści może nastąpić stosunkowo szybko. Jeśli konkurencja odbywa się głównie pod względem posiadanych mocy, a ich dostosowanie do wymagań rynkowych następuje z opóźnieniem, przeniesienie korzyści na konsumentów będzie trwać dłużej. Przeniesienie korzyści może następować wolniej również wówczas, gdy struktura rynku sprzyja milczącym zmwom<sup>(86)</sup>. Jeżeli zachodzi prawdopodobieństwo, że konkurenci zdecydowanie zareagują na wzrost produkcji jednej lub więcej stron porozumienia, motywacja do zwiększania produkcji może zostać osłabiona, chyba że korzyści płynące z porozumienia tak dobrze wpływają na rozwój konkurencji, że zainteresowane przedsiębiorstwa widzą interes w zerwaniu zasad wspólnej polityki rynkowej przyjętej przez członków oligopolu. Innymi słowy, korzyści ekonomiczne wynikające z porozumienia mogą uczynić z zainteresowanych przedsiębiorstw tak zwanych „wolnych strzelców” (*mavericks*)<sup>(87)</sup>.

98. Ważną rolę odgrywa także charakter korzyści ekonomicznych. Zgodnie z teorią ekonomii przedsiębiorstwa maksymalizują zyski, sprzedając swoje produkty do momentu, gdy poziom przychodów krańcowych zrówna się z poziomem kosztu krańcowego. Przychody krańcowe to zmiana wartości całkowitych przychodów z tytułu sprzedaży dodatkowego produktu, a koszt krańcowy to zmiana wartości całkowitego kosztu z tytułu wytworzenia takiego produktu. Z zasady tej wynika, że na ogół decyzje dotyczące wielkości produkcji i cen w przedsiębiorstwach maksymalizujących swoje zyski nie są uwarunkowane stałymi kosztami (tj. kosztami, które nie zmieniają się w zależności od poziomu produkcji), lecz kosztami zmiennymi (tj. kosztami, które zmieniają się wraz ze zmianą poziomu produkcji). Po pokryciu kosztów stałych i ustaleniu poziomu mocy produkcyjnych, decyzje co do cen i wielkości produkcji zależą od kosztów zmiennych i popytu. Jako przykład posłużyć może sytuacja, w której dwa przedsiębiorstwa niezależnie od siebie wytwarzają dwa produkty na dwóch liniach produkcyjnych, wykorzystując przy tym jedynie połowę posiadanych mocy. Porozumienie specjalizacyjne może pozwolić obu przedsiębiorstwom na wyspecjalizowanie się w wytwarzaniu tylko jednego z tych produktów i zlikwidowanie linii produkcyjnej do wytwarzania drugiego. Jednocześnie taka specjalizacja może pozwolić firmom na ograniczenie kosztów zmiennych i kosztów magazynowania. Tylko ostatnie z wymienionych oszczędności będą miały bezpośredni skutek na decyzje dotyczące cen i wielkości produkcji, gdyż tylko one wpłyną na koszt krańcowy produkcji. Zlikwidowanie jednej linii produkcyjnej przez każde z przedsiębiorstw nie zmniejszy ich kosztów zmiennych i nie wpłynie na koszty produkcji. Wynika stąd, że przedsiębiorstwa mogą mieć bezpośrednią motywację do przenoszenia na konsumentów korzyści w postaci zwiększenia produkcji i obniżenia cen, co powoduje zmniejszenie kosztu krańcowego, nie mają natomiast takiej bezpośredniej motywacji w odniesieniu do korzyści polegających na obniżeniu kosztów stałych. Jest zatem bardziej prawdopodobne, że konsumenci otrzymają słuszny udział w zyskach z tytułu ograniczenia kosztów w przypadku zmniejszenia kosztów zmiennych bardziej, niż w przypadku zmniejszenia kosztów stałych.

99. Fakt, że przedsiębiorstwa mają interes w przeniesieniu na konsumentów określonego rodzaju korzyści wynikających z ograniczenia kosztów nie świadczy o tym, że współczynnik przeniesienia takich korzyści musi wynosić 100 %. Rzeczywisty współczynnik przeniesienia zależy od zakresu, w jakim konsumenci reagują na zmiany cen, czyli od elastyczności popytu. Im większy wzrost popytu w związku z obniżeniem ceny, tym większy

współczynnik przeniesienia korzyści. Wynika to z faktu, że im większa jest wartość dodatkowej sprzedaży spowodowanej obniżeniem cen w następstwie wzrostu produkcji, tym większe prawdopodobieństwo, że sprzedaż ta wywoła spadek przychodów spowodowany obniżeniem cen w następstwie wzrostu produkcji. Jeśli przedsiębiorstwo nie stosuje dyskryminacji cenowej, obniżką obejmuje wszystkie sprzedawane przez siebie pozycje tego samego rodzaju, co powoduje, że przychody krańcowe są niższe niż cena uzyskana za produkt krańcowy. Jeżeli dane przedsiębiorstwo może pozwolić sobie na naliczanie różnych cen dla różnych klientów, tj. na stosowanie dyskryminacji cenowej, korzyści odczują zazwyczaj tylko klienci wrażliwi na ceny<sup>(88)</sup>.

100. Należy także wziąć pod uwagę, że korzyści ekonomiczne często nie wpływają na całą strukturę kosztów w przedsiębiorstwie. W takim wypadku oddziaływanie na ceny dla konsumentów jest ograniczone. Jeżeli na przykład porozumienie pozwala stronom ograniczyć koszty produkcji o 6 %, ale koszty produkcji stanowią zaledwie jedną trzecią kosztów, na podstawie których ustala się ceny, cena zostanie obniżona o 2 %, zakładając, że korzyść w pełnej kwocie przechodzi na konsumenta.
101. Wreszcie – co bardzo ważne – konieczne jest zestawienie ze sobą dwóch przeciwstawnych sił wywołujących ograniczenie konkurencji oraz oszczędność kosztów. Z jednej strony zwiększenie władzy rynkowej spowodowane porozumieniem daje uczestniczącym w nim przedsiębiorstwom możliwość i zachętę do podwyższania cen. Z drugiej zaś strony uwzględniany rodzaj oszczędności może stanowić dla tych przedsiębiorstw zachętę do obniżenia cen (zob. powyżej pkt 98). Skutki wywołane działaniem tych dwóch przeciwstawnych sił należy ze sobą porównać. Należy w tym miejscu przypomnieć, że warunek przeniesienia korzyści na konsumenta zawiera w sobie zasadę ruchomej skali. Kiedy porozumienie powoduje istotne osłabienie presji konkurencyjnej, do tego, by można było stwierdzić dostateczny poziom przeniesienia korzyści na konsumentów, potrzebne są zwykle nadzwyczaj duże oszczędności kosztów.
- 3.4.3. *Przenoszenie i wazenie innych rodzajów korzyści*
102. Korzyści przenoszone na konsumentów mogą mieć także charakter jakościowy, np. nowe i ulepszone produkty, stanowiące dla konsumentów wystarczającą wartość, by zrekompensować antykonkurencyjne skutki porozumienia, w tym wzrost cen.
103. Przy tego typu ocenach niezbędne jest przypisanie wartości do poszczególnych skutków. Jest to trudne zadanie, biorąc pod uwagę dynamiczny charakter opisywanych korzyści. Fundamentalny cel takiej oceny pozostaje jednak ten sam: całościowe określenie wpływu porozumienia na konsumentów w obrębie właściwego rynku. Przedsiębiorstwa chcące skorzystać z odstępstwa określonego w art. 81 ust. 3 muszą wykazać, że konsumenci odniosą korzyści rekompensujące negatywne skutki porozumienia (zob. w tej sprawie pkt 57 i 86 powyżej).
104. Ważnym źródłem dobrobytu konsumentów jest dostępność nowych i ulepszonych produktów. Tak długo, jak wzrost wartości związany z takimi ulepszeniami przewyższa szkody wywołane utrzymaniem lub podwyższeniem cen w następstwie obowiązywania porozumienia ograniczającego konkurencję, konsumenci korzystają bardziej na takim porozumieniu niż na jego braku i zazwyczaj spełniony jest wymóg zapewnienia konsumentom udziału w zyskach, zawarty w art. 81 ust. 3. W przypadkach, gdy prawdopodobnym skutkiem porozumienia jest wzrost cen w obrębie właściwego rynku, należy dokładnie zbadać, czy deklarowane korzyści stanowią rzeczywistą wartość dla konsumentów na tym rynku na tyle, by rekompensować niekorzystne skutki wynikające z ograniczenia konkurencji.

### 3.5. Warunek czwarty z art. 81 ust. 3: zakaz eliminowania konkurencji

105. Zgodnie z czwartym warunkiem z art. 81 ust. 3 porozumienie nie może dawać uczestniczącym w nim przedsiębiorstwom możliwości eliminowania konkurencji w stosunku do znacznej części danych produktów. W ostatecznym rozrachunku ochronę rywalizacji podmiotów gospodarczych i procesu konkurencji postawiono ponad potencjalne korzyści, jakie mogłyby wynikać z porozumień ograniczających konkurencję. Ostatni warunek z art. 81 ust. 3 jest odzwierciedleniem faktu, że rywalizacja między przedsiębiorstwami jest istotnym czynnikiem napędzającym wydajność ekonomiczną, w tym dynamiczne korzyści w formie innowacji. Innymi słowy, ostatecznym celem art. 81 jest ochrona procesu konkurencji. Wraz z przerwaniem procesu konkurencyjnego krótkoterminowe korzyści ekonomiczne ustępują miejsca długoterminowym stratom wynikającym między innymi z wydatków ponoszonych przez podmioty rynkowe w celu utrzymania swojej pozycji (*rent seeking*), niewłaściwej alokacji zasobów, ograniczenia innowacyjności i wyższych cen.
106. Zawarte w art. 81 ust. 3 pojęcie eliminowania konkurencji w stosunku do znacznej części danych produktów jest niezależnym terminem pochodzącym ze wspólnotowego prawa konkurencji, specyficznym dla art. 81 ust. 3<sup>(89)</sup>. Stosując to pojęcie, należy jednak brać pod uwagę związek między art. 81 i art. 82. Zgodnie z utrwalonym orzecznictwem stosowanie art. 81 ust. 3 nie może stać w sprzeczności ze stosowaniem art. 82 Traktatu<sup>(90)</sup>. Ponadto z uwagi na to, że zarówno art. 81, jak i 82 mają na celu utrzymanie efektywnej konkurencji na rynku, względy spójności wymagają, by art. 81 ust. 3 interpretować jako niemający zastosowania do porozumień ograniczających, które stanowią nadużycie pozycji dominującej<sup>(91)</sup> <sup>(92)</sup>. Nie wszystkie porozumienia zawierane przez przedsiębiorstwa dominujące stanowią jednak nadużycie pozycji dominującej. Dotyczy to na przykład sytuacji, gdy przedsiębiorstwo dominujące uczestniczy we wspólnym przedsięwzięciu o niepełnym zakresie funkcji<sup>(93)</sup>, które ma według ustaleń ograniczający wpływ na konkurencję, ale jednocześnie pociąga za sobą znaczną integrację aktywów.

107. To, czy nastąpiło wyeliminowanie konkurencji w rozumieniu ostatniego warunku z art. 81 ust. 3, zależy od poziomu konkurencji w okresie poprzedzającym zawarcie porozumienia oraz od wpływu, jaki porozumienie wywarło na konkurencję, tj. stopnia, w jakim ją ograniczyło. Im bardziej osłabiona była dotychczas konkurencja na danym rynku, tym mniejsze ograniczenie wystarczy do jej wyeliminowania w rozumieniu art. 81 ust. 3. Ponadto im większe ograniczenie spowodowane porozumieniem, tym większe prawdopodobieństwo, że konkurencja może być wyeliminowana w stosunku do znacznej części danych produktów.
108. Stosowanie ostatniego warunku z art. 81 ust. 3 wymaga realistycznej analizy różnych źródeł konkurencji na rynku, poziomu presji konkurencyjnej, jaki źródła te wywierają na strony porozumienia oraz wpływu porozumienia na tę presję. Należy przy tym rozpatrzyć zarówno konkurencję rzeczywistą, jak i potencjalną.
109. Udział w rynku ma wprawdzie istotne znaczenie, ale wyłącznie na jego podstawie nie można oceniać wielkości pozostałych źródeł konkurencji. Zazwyczaj wymagana jest szersza analiza jakościowa i ilościowa. Należy zbadać rzeczywistą zdolność i motywację przedsiębiorstw do konkutowania ze sobą na rynku. Jeżeli na przykład konkurenci mają ograniczone moce produkcyjne lub ponoszą relatywnie wyższe koszty produkcji, ich potencjał konkurencyjny będzie rzecz jasna ograniczony.
110. Przy ocenie wpływu porozumienia na konkurencję istotne jest również zbadanie jego oddziaływania na poszczególne parametry konkurencji. Ostatni warunek zastosowania odstępstwa na mocy art. 81 ust. 3 nie jest spełniony, gdy wskutek porozumienia wyeliminowana zostaje konkurencja w jednym ze swoich podstawowych przejawów. Ma to miejsce szczególnie wówczas, gdy wyeliminowana zostaje konkurencja cenowa<sup>(94)</sup> lub konkurencja pod względem innowacyjności i rozwoju nowych produktów.
111. Wiedzy na temat wpływu porozumienia mogą dostarczyć faktyczne działania rynkowe podejmowane przez strony. Jeśli w następstwie zawarcia porozumienia strony wprowadziły i utrzymały znaczne podwyżki cen lub zaangażowały się w inne działania wskazujące na ich znaczną władzę rynkową, świadczy to o tym, że nie podlegają rzeczywistej presji konkurencyjnej i że konkurencja została wyeliminowana w stosunku do znacznej części danych produktów.
112. To, w jaki sposób konkurujące przedsiębiorstwa oddziaływały na siebie w przeszłości, może również dostarczyć informacji na temat wpływu porozumienia na ich wzajemne oddziaływanie w przyszłości. Przedsiębiorstwo może wyeliminować konkurencję w rozumieniu art. 81 ust. 3 poprzez zawarcie porozumienia z konkurentem, który działał w przeszłości na zasadzie „wolnego strzelca”<sup>(95)</sup>. Takie porozumienie może obniżyć motywację i ograniczyć zdolności konkurenta, a przez to usunąć ważne źródło konkurencji na rynku.
113. W przypadkach obejmujących produkty zróżnicowane, tj., takie, które różnią się między sobą w oczach klientów, wpływ porozumienia może zależeć od tego, jak konkurencyjne względem siebie są produkty sprzedawane przez strony porozumienia. Jeśli przedsiębiorstwa oferują produkty zróżnicowane, presja konkurencyjna, jaką wywierają na siebie poszczególne produkty, różni się w zależności od stopnia ich wzajemnej wymienności. Należy zatem rozważyć, w jakim stopniu produkty oferowane przez strony są wymienne, tj. jaką wywierają na siebie presję konkurencyjną. Im bardziej takie produkty są względem siebie zastępcze, tym większe prawdopodobieństwo, że porozumienie ma charakter ograniczający konkurencję. Innymi słowy, im większa wymiennność produktów, tym bardziej prawdopodobne, że porozumienie prowadzi do zmian pod względem ograniczenia konkurencji na rynku, a tym samym grozi wyeliminowaniem konkurencji w stosunku do znacznej części danych produktów.
114. Źródła rzeczywistej konkurencji są zwykle najważniejsze jako najłatwiejsze do zweryfikowania, należy jednak wziąć także pod uwagę źródła potencjalnej konkurencji. Ocena potencjalnej konkurencji wymaga analizy barier na drodze do wejścia na rynek, stojących przed przedsiębiorstwami, które nie konkurują jeszcze w obrębie właściwego rynku. Stwierdzenia ze strony uczestników porozumienia, że takie bariery są niewielkie, muszą być poparte informacjami, w których określa się źródła potencjalnej konkurencji. Strony muszą także uzasadnić, dlaczego źródła te oznaczają dla nich rzeczywistą presję konkurencyjną.
115. Przy ocenie barier oraz realnej możliwości wejścia na dużą skalę na nowy rynek istotne znaczenie ma zbadanie między innymi następujących czynników:
- (i) obowiązujące przepisy w kontekście ich wpływu na możliwość wejścia na nowy rynek;
  - (ii) koszt wejścia, w tym koszty utopione. Koszty utopione to takie, których nie można odzyskać, opuszczając rynek w późniejszym czasie. Im wyższe koszty utopione, tym większe ryzyko handlowe dla podmiotów potencjalnie zainteresowanych wejściem na rynek;
  - (iii) minimalna skala efektywności w branży, tj. poziom produkcji, przy którym następuje zminimalizowanie kosztów. Jeśli minimalna skala efektywności jest wysoka w porównaniu z wielkością rynku, skuteczne wejście na taki rynek może być bardziej kosztowne i ryzykowne;



- (iv) siła konkurencyjna potencjalnych uczestników rynku. Skuteczne wejście na rynek jest szczególnie prawdopodobne, kiedy potencjalni uczestnicy rynku posiadają dostęp do co najmniej tak oszczędnych technologii, jak dotychczasowi uczestnicy, lub inne zalety, które pozwalają im na skuteczne konkurowanie. Kiedy potencjalni uczestnicy rynku są na tym samym lub niższym etapie rozwoju technologicznego niż dotychczasowi uczestnicy i nie posiadają przy tym żadnych innych konkurencyjnych atutów, ich wejście na rynek jest bardziej ryzykowne i mniej skuteczne;
- (v) sytuacja nabywców i ich zdolność do wprowadzenia na rynek nowych źródeł konkurencji. Nie ma przy tym znaczenia, że niektórzy znaczący nabywcy mogą wymóc od stron porozumienia korzystniejsze warunki niż ich słabsi konkurenci<sup>(9)</sup>. Obecność znaczących nabywców może tylko posłużyć do zaprzeczenia temu, co na pierwszy rzut oka uznaje się za wyeliminowanie konkurencji, jeśli prawdopodobne jest, że wspomniani nabywcy utworzą drogę do skutecznego wejścia na nowy rynek;
- (vi) prawdopodobna reakcja dotychczasowych uczestników na próbę wejścia na rynek. Uczestnicy rynku mogą na przykład, dzięki działaniom podejmowanym w przeszłości, zyskać sobie reputację podmiotów charakteryzujących się agresywnym zachowaniem, które może wpłynąć na możliwość wejścia na rynek w przyszłości;
- (vii) sytuacja ekonomiczna danej gałęzi przemysłu może być wskaźnikiem jej atrakcyjności w dłuższej perspektywie. Gałęzie dotknięte stagnacją lub upadające są mniej atrakcyjne dla kandydatów do wejścia na rynek niż te, które charakteryzują się wzrostem;
- (viii) fakt, czy dane przedsiębiorstwo zanotowało w przeszłości wejście na rynek na dużą skalę, czy też nie.
116. Zasady te można zilustrować następującymi, hipotetycznymi przykładami (niestanowiącymi podstaw do ustanowienia żadnych progów):
- Firma A jest browarem, do którego należy 70 % właściwego rynku, sprzedającym piwo do barów i innych placówek handlowych. Przez ostatnie 5 lat A zwiększyła swój udział w rynku z 60 %. Na rynku działają cztery inni konkurenci: B, C, D i E, których udziały wynoszą odpowiednio: 10 %, 10 %, 5 % i 5 %. W ostatnich latach na rynek nie wszedł żaden inny podmiot, a na zmiany cen wprowadzane przez A konkurenci reagowali na ogół tym samym. A zawiera porozumienia z 20 % placówek handlowych, na które przypada 40 % wartości sprzedaży. Umawiające się strony zobowiązują się do zakupu piwa wyłącznie od A przez okres 5 lat. Porozumienia powodują podniesienie kosztów i ograniczenie dochodów rywali, którzy zostają odcięci od najbardziej atrakcyjnych punktów sprzedaży. Wziąwszy pod uwagę pozycję rynkową A, która wzmocniła się jeszcze w ostatnich latach, brak nowych uczestników rynku oraz i tak słabą pozycję konkurentów, konkurencja na omawianym rynku została prawdopodobnie wyeliminowana w rozumieniu art. 81 ust. 3.
- Firmy spedycyjne A, B, C i D, do których należy 70 % właściwego rynku, zawierają porozumienie, w którym zobowiązują się koordynować swoje harmonogramy i taryfy przewozowe. W następstwie wprowadzenia porozumienia w życie ceny rosną o 30–100 %. Na rynku funkcjonuje czterech innych dostawców, z których największy kontroluje 14 % właściwego rynku. W ostatnich latach na rynku nie pojawił się żaden nowy podmiot, a udział w rynku, jaki posiadają strony porozumienia, nie zmniejszył się znacząco po podwyżce cen. Istniejący konkurenci nie zwiększyli znacząco swojego potencjału konkurencyjnego, a na rynku nie pojawił się nowy podmiot. Biorąc pod uwagę pozycję rynkową stron i brak reakcji ze strony konkurentów na ich wspólne działanie, można racjonalnie wnioskować, że strony porozumienia nie podlegają rzeczywistej presji konkurencyjnej i że porozumienie daje im możliwość wyeliminowania konkurencji w rozumieniu art. 81 ust. 3.
- A jest producentem urządzeń elektrycznych do zastosowań profesjonalnych z 65 % udziałem we właściwym rynku krajowym. B jest producentem konkurencyjnym z 5 % udziałem w rynku, który opracował nowy rodzaj silnika, charakteryzujący się większą mocą przy mniejszym zużyciu energii. A i B zawierają porozumienie, które zakłada utworzenie spółki produkcyjnej typu joint venture produkującej nowy rodzaj silnika. B zobowiązuje się udzielić pełnych praw licencyjnych nowo powstałej spółce. Spółka ta łączy nową technologię wniesioną przez B i wydajny proces produkcji i kontroli jakości pochodzący od A. Na rynku działa jeszcze jeden główny konkurent, którego udział w rynku wynosi 15 %. Inny konkurent, z 5 % udziałem, został niedawno przejęty przez C, dużego międzynarodowego producenta konkurencyjnych urządzeń elektrycznych, stosującego również wydajną technologię. Firma C nie działała dotąd aktywnie na rynku, głównie dlatego że nie spełniała oczekiwań klientów w zakresie obecności lokalnej i punktów serwisowych. Poprzez przejęcie C uzyskuje dostęp do bazy serwisowej wymaganej do szerszego wejścia na rynek. Wejście na rynek firmy C może sprawić, że konkurencja nie zostanie wyeliminowana.

(1) W dalszej części tekstu termin „porozumienie” obejmuje także uzgodnione praktyki i decyzje podejmowane przez związki przedsiębiorstw.

(2) Dz.U. L 1 z 4.1.2003, s. 1.

(3) Wszystkie istniejące rozporządzenia o wyłączeniach grupowych są dostępne na stronie internetowej DG ds. Konkurencji: <http://www.europa.eu.int/comm/dgs/competition>.

(4) Zob. pkt 36 poniżej.

- (<sup>5</sup>) Zob. obwieszczenie Komisji – Wytyczne w sprawie ograniczeń wertykalnych (Dz.U. C 291 z 13.10.2000, s. 1), obwieszczenie Komisji – Wytyczne w sprawie stosowania art. 81 Traktatu WE do horyzontalnych porozumień kooperacyjnych (Dz.U. C 3 z 6.1.2001, s. 2) oraz obwieszczenie Komisji – Wytyczne w sprawie stosowania art. 81 Traktatu do porozumień o transferze technologii (dotychczas niepublikowane).
- (<sup>6</sup>) Pojęcie wpływu na handel między państwami członkowskimi jest przedmiotem oddzielnych wytycznych.
- (<sup>7</sup>) W dalszej części tekstu termin „ograniczenie” obejmuje także zapobieżenie i zakłócenie konkurencji.
- (<sup>8</sup>) Zgodnie z art. 81 ust. 2 postanowienia takie tracą automatycznie ważność.
- (<sup>9</sup>) Artykuł 81 ust. 1 zakazuje działań wywołujących zarówno rzeczywiste, jak i potencjalne negatywne skutki dla konkurencji, zob. np. sprawa C-7/95 P, John Deere, Rec 1998, s. I-3111, pkt 77.
- (<sup>10</sup>) Zob. sprawa T-65/98, Van den Bergh Foods, Rec 2003, s. II-, pkt 107 i sprawa T-112/99, Métropole télévision (M6) i inni, Rec 2001, s. II-2459, pkt 74, w której Sąd Pierwszej Instancji orzekł, że rozpatrywanie pozytywnych i negatywnych aspektów ograniczenia konkurencji może odbywać się jedynie w ramach określonych w art. 81 ust. 3.
- (<sup>11</sup>) Zob. przypis 5 powyżej.
- (<sup>12</sup>) Zob. np. sprawa C-49/92 P, Anic Participazioni, Rec 1999, s. I-4125, pkt 116 i sprawy połączone 40/73 do 48/73 i inne, Suiker Unie, Rec 1975, s. 1663, pkt 173.
- (<sup>13</sup>) Zob. pkt 108 wyroku w sprawie Anic Participazioni, przytoczonej w poprzednim przypisie, i sprawa C-277/87, Prodotti, Rec 1990, s. I-45.
- (<sup>14</sup>) Zob. np. sprawa 14/68, Walt Wilhelm, Rec 1969, s. 1 i bardziej niedawna sprawa T-203/01, Michelin (II), Rec 2003, s. II-, pkt 112.
- (<sup>15</sup>) Zob. sprawy połączone T-25/95 i inne, Cimenteries CBR, Rec 2000, s. II-491, pkt 1849 i 1852; i sprawy połączone T-202/98 i inne, British Sugar, Rec 2001, s. II-2035, pkt 58–60.
- (<sup>16</sup>) Zob. w tym względzie sprawa C-453/99, Courage v Crehan, Rec 2001, s. I-6297 i pkt 3444 wyroku w sprawie Cimenteries CBR, przytoczonej w poprzednim przypisie.
- (<sup>17</sup>) Zob. w tym względzie sprawy połączone C-2/01 P i C-3/01 P, Bundesverband der Arzneimittel-Importeure, Rec 2004, s. I-, pkt 102.
- (<sup>18</sup>) Zob. np. sprawy połączone 25/84 i 26/84, Ford, Rec 1985, s. 2725.
- (<sup>19</sup>) Zob. w tym względzie pkt 141 wyroku w sprawie Bundesverband der Arzneimittel-Importeure, przytoczonej w przypisie 17.
- (<sup>20</sup>) Zob. sprawa 56/65, Société Technique Minière, Rec 1966, s. 337 i pkt 76 wyroku w sprawie John Deere, przytoczonej w przypisie 9.
- (<sup>21</sup>) Zob. w tym względzie sprawy połączone 56/64 i 58/66, Consten and Grundig, Rec 1966, s. 429.
- (<sup>22</sup>) Zob. w tym względzie np. decyzja Komisji w sprawie Elopak/Metal Box – Odin (Dz.U. 1990 L 209, s. 15) oraz w sprawie TPS (Dz.U. L 90 z 2.4.1999, s. 6).
- (<sup>23</sup>) Zob. w tym względzie wyrok w sprawie Société Technique Minière, przytoczonej w przypisie 20, i sprawa 258/78, Nungesser, Rec 1982, s. 2015.
- (<sup>24</sup>) Zob. zasada 10 w pkt 119 Wytycznych w sprawie ograniczeń wertykalnych, przywołanych powyżej w przypisie 5, zgodnie z którymi między innymi ograniczenie sprzedaży biernej – ograniczenie podstawowe – uznaje się za wykraczające poza zakres art. 81 ust. 1 na okres dwóch lat, kiedy to ograniczenie związane jest z wprowadzeniem nowego produktu lub wchodzeniem na nowe rynki geograficzne.
- (<sup>25</sup>) Zob. np. pkt 99 wyroku w sprawie Anic Participazioni, przytoczonej w przypisie 12.
- (<sup>26</sup>) Zob. pkt 46 poniżej.
- (<sup>27</sup>) Zob. sprawy połączone 29/83 i 30/83, CRAM and Rheinzink, Rec 1984, s. 1679, pkt 26 i sprawy połączone 96/82 i inne, ANSEAU-NAVEWA, Rec 1983, s. 3369, pkt 23–25.
- (<sup>28</sup>) Zob. wytyczne w sprawie porozumień o współpracy horyzontalnej przytoczone w przypisie 5, pkt 25 i art. 5 rozporządzenia Komisji (WE) nr 2658/2000 w sprawie stosowania art. 81 ust. 3 Traktatu do kategorii porozumień specjalizacyjnych (Dz.U. L 304 z 5.12.2000, s. 3).
- (<sup>29</sup>) Zob. art. 4 rozporządzenia Komisji (WE) nr 2790/1999 w sprawie stosowania art. 81 ust. 3 Traktatu do kategorii porozumień wertykalnych i praktyk uzgodnionych (Dz.U. L 336 z 29.12.1999, s. 21) oraz wytyczne w sprawie ograniczeń wertykalnych przytoczone w przypisie 5, pkt 46 i kolejnych. Zob. także sprawa 279/87, Tipp-Ex, Rec 1990, s. I-261 i sprawa T-62/98, Volkswagen v Komisja, Rec 2000, s. II-2707, pkt 178.
- (<sup>30</sup>) Zob. pkt 77 wyroku w sprawie John Deere, przytoczonej w przypisie 9.

- (<sup>31</sup>) Fakt, że porozumienie ogranicza wolność działań jednej lub więcej osób sam w sobie nie jest wystarczającym dowodem, zob. pkt 76 i 77 wyroku w sprawie *Métropole television (M6)*, przytoczonej w przypisie 10. Pokrywa się to z celem art. 81, jakim jest ochrona konkurencji na rynku dla dobra konsumentów.
- (<sup>32</sup>) Zob. np. sprawa 5/69, *Völk*, Rec 1969, s. 295, pkt 7. Wskazówki w kwestii odczuwalności można znaleźć w obwieszeniu Komisji w sprawie porozumień o mniejszym znaczeniu, które nie ograniczają odczuwalnie konkurencji zgodnie z art. 81 ust. 1 Traktatu (Dz.U. C 368 z 22.12.2001, s. 13). W obwieszeniu definiuje się odczuwalność w sposób negatywny. Porozumienia, które wykraczają poza zakres obwieszenia *de minimis*, niekoniecznie mają odczuwalne skutki ograniczające. Wymagana jest ocena indywidualna.
- (<sup>33</sup>) Zob. w tym względzie sprawy połączone T-374/94 i inne, *European Night Services*, Rec 1998, s. II-3141.
- (<sup>34</sup>) Zob. przypis 32.
- (<sup>35</sup>) Zob. w tym względzie obwieszenie Komisji w sprawie definicji rynku właściwego do celów wspólnotowego prawa konkurencji (Dz.U. C 372 z 9.12.1997, s. 1).
- (<sup>36</sup>) Odniesienie do odpowiedniego Dz.U. znajduje się w przypisie 5.
- (<sup>37</sup>) Zob. pkt 104 wyroku w sprawie *Métropole télévision (M6)* i inni, przytoczonej w przypisie 10.
- (<sup>38</sup>) Zob. np. sprawa C-399/93, *Luttikhuis*, Rec 1995, s. I-4515, pkt 12–14.
- (<sup>39</sup>) Zob. w tym względzie pkt 118 i kolejne wyroku w sprawie *Métropole télévision*, przytoczonej w przypisie 10.
- (<sup>40</sup>) Zob. pkt 107 wyroku w sprawie *Métropole télévision*, przytoczonej w przypisie 10.
- (<sup>41</sup>) Zob. np. decyzja Komisji w sprawie *Elopak/Metal Box – Odin*, przytoczonej w przypisie 22.
- (<sup>42</sup>) Zob. sprawa 161/84, *Pronuptia*, Rec 1986, s. 353.
- (<sup>43</sup>) Zob. przypis 22. Decyzję podtrzymał wyrokiem Sądu Pierwszej Instancji w sprawie *Métropole télévision (M6)*, przytoczonej w przypisie 10.
- (<sup>44</sup>) Oszczędności kosztów i inne zyski, jakie odnoszą strony poprzez sam fakt posiadania władzy rynkowej, nie przynoszą obiektywnych korzyści i nie mogą być brane pod uwagę, por. pkt 49 poniżej.
- (<sup>45</sup>) Zob. wyrok w sprawie *Consten and Grundig*, przytoczonej w przypisie 21.
- (<sup>46</sup>) Sam fakt, że porozumienie jest objęte wyłączeniem grupowym, nie wskazuje jeszcze, że dane porozumienie wchodzi w zakres art. 81 ust. 1.
- (<sup>47</sup>) Zob. np. sprawa C-234/89, *Delimitis*, Rec 1991, s. I-935, pkt 46.
- (<sup>48</sup>) Artykułem 36 ust. 4 rozporządzenia (WE) nr 1/2003 uchyla się między innymi art. 5 rozporządzenia (EWS) nr 1017/68 wprowadzającego reguły konkurencji do transportu kolejowego, drogowego i żeglugi śródlądowej. Jednak praktyka Komisji przyjęta na podstawie rozporządzenia (EWS) nr 1017/68 nadal obowiązuje do celów stosowania art. 81 ust. 3 w odniesieniu do sektora transportu lądowego.
- (<sup>49</sup>) Zob. pkt 42 poniżej.
- (<sup>50</sup>) Zob. wyrok w sprawie *Société Technique Minière*, przytoczonej w przypisie 20.
- (<sup>51</sup>) Zob. w tym względzie sprawa 319/82, *Kerpen & Kerpen*, Rec 1983, s. 4173, pkt 11 i 12.
- (<sup>52</sup>) Zob. np. sprawa T-185/00 i inne, *Métropole télévision SA (M6)*, Rec 2002, s. II-3805, pkt 86, sprawa T-17/93, *Matra*, Rec 1994, s. II-595, pkt 85; i sprawy połączone 43/82 i 63/82, *VBVB and Rheinzink*, Rec 1984, s. 19, pkt 61.
- (<sup>53</sup>) Zob. sprawa T-213/00, *CMA CGM* i inne, Rec 2003, s. II-, pkt 226.
- (<sup>54</sup>) Zob. w tej sprawie pośrednio pkt 139 wyroku w sprawie *Matra*, przytoczonej w przypisie 52 i sprawa 26/76, *Metro (I)*, Rec 1977, s. 1875, pkt 43.
- (<sup>55</sup>) Jeżeli chodzi o pojęcie konsumentów, zob. poniżej pkt 84, gdzie mówi się, że konsumenci to klienci stron i późniejsi nabywcy. Strony porozumienia nie są „konsumentami” do celów art. 81 ust. 3.
- (<sup>56</sup>) Zasada ta zależy od specyfiki danego rynku, zob. w tym względzie sprawa T-131/99, *Shaw*, Rec 2002, s. II-2023, pkt 163, w której Sąd Pierwszej Instancji orzekł, że należy dokonać oceny na podstawie art. 81 ust. 3 przy pomocy tych samych ram analitycznych co stosowane do oceny skutków ograniczających, i sprawa C-360/92 P, *Publishers Association*, Rec 1995, s. I-23, pkt 29, w której w przypadku gdy rynek właściwy był szerszy niż rynek krajowy, Trybunał Sprawiedliwości orzekł, że przy stosowaniu art. 81 ust. 3 nieprawidłowe było rozpatrywanie skutków wyłącznie w odniesieniu do rynku krajowego.

- <sup>(57)</sup> Zob. sprawa T-86/95, *Compagnie Générale Maritime i inni*, Rec 2002, s. II-1011, pkt 343–345, w której Trybunał Sprawiedliwości orzekł, że na mocy art. 81 ust. 3 nie wymaga się, by korzyści były powiązane z konkretnym rynkiem, i że w odpowiednich przypadkach należy uwzględnić korzyści „dla każdego innego rynku, na którym rozpatrywane porozumienie mogłoby mieć korzystne skutki, a nawet w ogólniejszym sensie, dla każdej usługi, której jakość lub wydajność mogłaby się poprawić w wyniku porozumienia”. Co ważne jednak, w tym przypadku grupa konsumentów objęta wpływem porozumienia była taka sama. Sprawa dotyczyła intermodalnych usług transportowych, obejmujących między innymi transport lądowy i morski, świadczonych na rzecz firm spedycyjnych z całego terenu Wspólnoty. Ograniczenia dotyczyły usług w zakresie transportu lądowego, które to usługi uznano za oddzielny rynek, podczas gdy deklarowane korzyści odnosiły się do usług w zakresie transportu morskiego. Na oba rodzaje usług istniało zapotrzebowanie ze strony spedytorów, którzy potrzebowali usług w zakresie transportu intermodalnego na trasie północna Europa–Azja Południowo-Wschodnia i Wschodnia. Wyrok w sprawie CMA CGM, przytoczonej powyżej w przypisie 53, dotyczył również sytuacji, w której porozumienie, choć obejmowało kilka różnych rodzajów usług, odnosiło się do tej samej grupy konsumentów, mianowicie spedytorów ładunku kontenerowego na trasie między północną Europą a Dalekim Wschodem. Zgodnie z porozumieniem strony ustaliły opłaty podstawowe i dodatkowe za usługi w zakresie transportu lądowego, usługi portowe i usługi w zakresie transportu morskiego. Sąd Pierwszej Instancji orzekł (por. pkt 226–228), że zważywszy na okoliczności sprawy, nie zachodziła konieczność określenia rynków właściwych do celów stosowania art. 81 ust. 3. Porozumienie z samego założenia miało ograniczający wpływ na konkurencję i nie przynosiło żadnych korzyści konsumentom.
- <sup>(58)</sup> Zob. pkt 126 i 132 Wytycznych w sprawie porozumień o współpracy horyzontalnej przytoczonych powyżej w przypisie 5.
- <sup>(59)</sup> Zob. wyrok w sprawie *Ford*, przytoczonej w przypisie 18.
- <sup>(60)</sup> Zob. w tym względzie na przykład decyzja Komisji w sprawie TPS (Dz.U. L 90 z 2.4.1999, s. 6). Podobnie zakaz na mocy art. 81 ust. 1 ma także zastosowanie wyłącznie dopóty, dopóki celem lub skutkiem porozumienia jest ograniczenie konkurencji.
- <sup>(61)</sup> Zob. pkt 85 wyroku w sprawie *Matra*, przytoczonej w przypisie 52.
- <sup>(62)</sup> W kwestii tego wymogu zob. poniżej pkt 49.
- <sup>(63)</sup> Zob. np. sprawa T-29/92, *Vereniging van samenwerkende Prijregelende Organisaties in de Bouwnijverheid (SPO)*, Rec 1995, s. II-289.
- <sup>(64)</sup> Zob. np. sprawa 258/78, *Nungesser*, Rec 1982, s. 2015, pkt 77, dotyczący całkowitej ochrony terytorialnej.
- <sup>(65)</sup> Zob. w tym względzie np. wyrok w sprawie *SPO*, przytoczonej w przypisie 63.
- <sup>(66)</sup> Środki krajowe muszą między innymi odpowiadać postanowieniom Traktatu w sprawie swobodnego przepływu towarów, usług, osób i kapitału.
- <sup>(67)</sup> Zob. np. wyrok w sprawie *Consten and Grundig*, przytoczonej w przypisie 21.
- <sup>(68)</sup> Zob. w tym względzie decyzja Komisji w sprawie *Van den Bergh Foods* (Dz.U. L 246 z 4.9.1998, s. 1).
- <sup>(69)</sup> Zob. w tym względzie decyzja Komisji w sprawie *Glaxo Wellcome* (Dz.U. L 302 z 17.11.2001, s. 1).
- <sup>(70)</sup> Zob. np. decyzja Komisji w sprawie *GAE/P&W* (Dz.U. L 58 z 3.3.2000, s. 16); w sprawie *British Interactive Broadcasting/Open* (Dz.U. L 312 z 6.12.1999, s. 1); oraz w sprawie *Asahi/Saint Gobain* (Dz.U. L 354 z 31.12.1994, s. 87).
- <sup>(71)</sup> Zob. np. decyzja Komisji w sprawie *Atlas* (Dz.U. L 239 z 19.9.1996, s. 23) oraz w sprawie *Phoenix/Global One* (Dz.U. L 239 z 19.9.1996, s. 57).
- <sup>(72)</sup> Zob. np. decyzja Komisji w sprawie *Uniform Eurocheques* (Dz.U. L 35 z 7.2.1985, s. 43).
- <sup>(73)</sup> Zob. np. decyzja Komisji w sprawie *Cégétel + 4* (Dz.U. L 88 z 31.3.1999, s. 26).
- <sup>(74)</sup> Co do poprzedniego pytania, które może być istotne w kontekście art. 81 ust. 1, zob. pkt 18.
- <sup>(75)</sup> Korzyści wynikające z efektu skali ulegają zazwyczaj wyczerpaniu w określonym punkcie. Powyżej tego punktu koszty stabilizują się, a z czasem rosną, na przykład z powodu ograniczenia mocy produkcyjnych lub efektu wąskiego gardła.
- <sup>(76)</sup> Zob. w tym względzie pkt 392–395 wyroku w sprawie *Compagnie Générale Maritime*, przytoczonej w przypisie 57.
- <sup>(77)</sup> Więcej szczegółów w pkt 116 wytycznych w sprawie ograniczeń wertykalnych przytoczonych w przypisie 5.
- <sup>(78)</sup> Zob. sprawy połączone T-374/94 i inne, *European Night Services*, Rec 1998, s. II-3141, pkt 230.
- <sup>(79)</sup> Zob. rozporządzenie Komisji (WE) nr 2790/1999 w sprawie stosowania art. 81 ust. 3 Traktatu do kategorii porozumień wertykalnych i praktyk uzgodnionych (Dz.U. L 336 z 29.12.1999, s. 21).
- <sup>(80)</sup> Zob. w tym względzie wyrok w sprawie *Consten and Grundig*, przytoczonej w przypisie 21, w którym Trybunał Sprawiedliwości orzekł, że polepszenie w rozumieniu pierwszego warunku z art. 81 ust. 3 musi oznaczać odczuwalne, obiektywne korzyści rekompensujące skutki niekorzystne z punktu widzenia konkurencji.
- <sup>(81)</sup> Należy przypomnieć, że przeciwstawienie pozytywnego i negatywnego wpływu na konsumentów odbywa się zasadniczo w obrębie właściwego rynku (por. powyżej pkt 43).
- <sup>(82)</sup> Zob. w tym względzie pkt 48 wyroku w sprawie *Métro (I)*, przytoczonej w przypisie 54.

- <sup>(83)</sup> Zob. pkt 163 wyroku w sprawie Shaw, przytoczonej w przypisie 56.
- <sup>(84)</sup> W poniższych sekcjach szkodę dla konkurencji przedstawia się dla uproszczenia w kategoriach wyższych cen; szkoda taka może w rzeczywistości oznaczać także niższą jakość, mniejsze zróżnicowanie lub mniejszą innowacyjność w stosunku do stanu, jaki istniałby gdyby nie zawarto porozumienia.
- <sup>(85)</sup> Na w pełni konkurencyjnych rynkach indywidualne przedsiębiorstwa dostosowują się do obowiązujących cen. Sprzedają swoje produkty po cenie rynkowej, która wynika z ogólnego poziomu popytu i podaży. Udział produkcji poszczególnych przedsiębiorstw jest na tyle mały, że zmiana wydajności jednego z nich nie wpływa na cenę rynkową.
- <sup>(86)</sup> Przedsiębiorstwa uczestniczą w milczącej zмовie, kiedy w układzie oligopolicznym są w stanie koordynować swoje działania na rynku bez konieczności zawierania bezpośredniego porozumienia o kartelu.
- <sup>(87)</sup> Termin ten odnosi się do przedsiębiorstw wpływających na politykę cenową innych podmiotów na rynku, które w przeciwnym razie mogłyby uczestniczyć w milczących zмовach.
- <sup>(88)</sup> Porozumienie ograniczające może nawet pozwolić zainteresowanym przedsiębiorstwom na naliczanie wyższych cen dla klientów charakteryzujących się mniejszą elastycznością popytu.
- <sup>(89)</sup> Zob. sprawy połączone T-191/98, T-212/98 i T-214/98, Atlantic Container Line (TACA), Rec 2003, s. II-, pkt 939 i sprawa T-395/94, Atlantic Container Line, Rec 2002, s. II-875, pkt 330.
- <sup>(90)</sup> Zob. sprawy połączone C-395/96 P i C-396/96 P, Compagnie maritime belge, Rec 2000, s. I-1365, pkt 130. Podobnie, stosowanie art. 81 ust. 3 nie stoi w sprzeczności ze stosowaniem postanowień Traktatu w sprawie swobodnego przepływu towarów, usług, osób i kapitału. Postanowienia te w określonych okolicznościach mają zastosowanie do porozumień, decyzji i praktyk uzgodnionych w rozumieniu art. 81 ust. 1, zob. w tym względzie sprawa C-309/99, Wouters, Rec 2002, s. I-1577, pkt 120.
- <sup>(91)</sup> Zob. w tym względzie sprawa T-51/89, Tetra Pak (I), Rec 1990, s. II-309 i sprawy połączone T-191/98, T-212/98 i T-214/98, Atlantic Container Line (TACA), Rec 2003, s. II-, pkt 1456.
- <sup>(92)</sup> Tak też należy rozumieć pkt 135 wytycznych w sprawie ograniczeń wertykalnych oraz pkt 36, 71, 105, 134 i 155 wytycznych w sprawie porozumień o współpracy horyzontalnej, przytoczonych w przypisie 5, kiedy podaje się w nich, że zasadniczo porozumienia zawierane przez przedsiębiorstwa dominujące nie podlegają wyłączeniu.
- <sup>(93)</sup> Wspólne przedsięwzięcia o pełnym zakresie funkcji, tj. takie, które w perspektywie długoterminowej spełniają wszystkie funkcje niezależnego podmiotu gospodarczego, objęte są rozporządzeniem Rady (EWG) nr 4064/89 w sprawie kontroli koncentracji przedsiębiorstw (Dz.U. L 257 z 21.9.1990, s. 13).
- <sup>(94)</sup> Zob. pkt 21 wyroku w sprawie Métro (I), przytoczonej w przypisie 54.
- <sup>(95)</sup> Zob. pkt 97 powyżej.
- <sup>(96)</sup> Zob. w tym względzie sprawa T-228/97, Irish Sugar, Rec 1999, s. II-2969, pkt 101.
-