

PL

PL

PL



KOMISJA EUROPEJSKA

Bruksela, dnia 10.5.2010
SEK(2010) 411 wersja ostateczna

ZAWIADOMIENIE KOMISJI

Wytyczne w sprawie ograniczeń wertykalnych

ZAWIADOMIENIE KOMISJI

Wytyczne w sprawie ograniczeń wertykalnych

(Tekst mający znaczenie dla EOG)

SPIS TREŚCI		Punkty	Strona
I.	WPROWADZENIE	1-7	
1.	Cel wytycznych	1-4	
2.	Możliwość zastosowania art. 101 do porozumień wertykalnych	5-7	
II.	POROZUMIENIA WERTYKALNE, KTÓRE ZASADNICZO NIE SĄ OBJĘTE ZAKRESEM STOSOWANIA ART. 101 UST. 1	8-22	
1.	Porozumienia o mniejszym znaczeniu i MŚP	8-11	
2.	Umowy agencyjne	12-21	
2.1	Definicja umów agencyjnych	12-17	
2.2	Zastosowanie art. 101 ust. 1 do umów agencyjnych	18-21	
3.	Umowy o podwykonawstwo	22	
III.	ZASTOSOWANIE ROZPORZĄDZENIA W SPRAWIE WYŁĄCZEŃ GRUPOWYCH	23-73	
1.	„Bezpieczna przystań” stworzona przez rozporządzenie w sprawie wyłączeń grupowych	23	
2.	Zakres zastosowania rozporządzenia w sprawie wyłączeń grupowych	24-46	
2.1	Definicja porozumień wertykalnych	24-26	
2.2	Porozumienia wertykalne między konkurentami	27-28	
2.3	Stowarzyszenia detalistów	29-30	
2.4	Porozumienia wertykalne zawierające postanowienia dotyczące praw własności intelektualnej (PWI)	31-45	
2.5	Związek z innymi rozporządzeniami w sprawie wyłączeń grupowych	46	

3.	Najpoważniejsze ograniczenia określone w rozporządzeniu w sprawie wyłączeń grupowych	47-59
4.	Indywidualne przypadki najpoważniejszych ograniczeń dotyczących sprzedaży, które mogą wykraczać poza zakres stosowania art. 101 ust. 1 lub które mogą spełniać warunki określone w art. 101 ust. 3	60-64
5.	Ograniczenia konkurencji wyłączone na mocy rozporządzenia w sprawie wyłączeń grupowych	65-69
6.	Podzielność	70-71
7.	Gama produktów dystrybuowanych w tym samym systemie dystrybucji	72-73
IV.	WYCOFANIE WYŁĄCZENIA GRUPOWEGO I ZAPRZESTANIE STOSOWANIA ROZPORZĄDZENIA W SPRAWIE WYŁĄCZEŃ GRUPOWYCH	74-85
1.	Procedura wycofania	74-78
2.	Zaprzestanie stosowania rozporządzenia w sprawie wyłączeń grupowych	79-85
V.	DEFINICJA RYNKU I OBLICZANIE UDZIAŁU W RYNKU	86-95
1.	Obwieszczenie Komisji w sprawie definicji rynku właściwego	86
2.	Rynek właściwy dla obliczenia 30 % udziału w rynku na mocy rozporządzenia w sprawie wyłączeń grupowych	87-92
3.	Obliczanie udziałów w rynku na mocy rozporządzenia w sprawie wyłączeń grupowych	93-95
VI.	POLITYKA EGZEKOWANIA PRAWA W INDYWIDUALNYCH PRZYPADKACH	96-229
1.	Ramy analizy	96-127
1.1	Negatywne skutki ograniczeń wertykalnych	100-105
1.2	Pozytywne skutki ograniczeń wertykalnych	106-109
1.3	Metodyka analizy	110-127
1.3.1	Czynniki istotne dla oceny na mocy art. 101 ust. 1	111-121
1.3.2	Czynniki istotne dla oceny na mocy art. 101 ust. 3	122-127

2.	Analiza konkretnych ograniczeń wertykalnych	128-229
2.1.	Jednomarkowość	129-150
2.2.	Dystrybucja wyłączna	151-167
2.3.	Wyłączny przydział klientów	168-173
2.4.	Dystrybucja selektywna	174-188
2.5.	Franchising	189-191
2.6.	Wyłączność dostaw	192-202
2.7.	Opłaty za dostęp wnoszone z góry	203-208
2.8.	Porozumienia dotyczące zarządzania kategoriami produktów	209-213
2.9.	Sprzedaż wiązana	214-222
2.10.	Ograniczenia cen odsprzedaży	223-229

I. WPROWADZENIE

1. Cel wytycznych

- (1) Niniejsze wytyczne przedstawiają zasady oceny porozumień wertykalnych na mocy art. 101 Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej* (zwanego dalej „artykułem 101” lub „art. 101”)¹. Definicję terminu „porozumienie wertykalne” określa art. 1 ust. 1 lit. a) rozporządzenia Komisji (UE) nr 330/2010 z dnia 20 kwietnia 2010 r. w sprawie stosowania art. 101 ust. 3 Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej do kategorii porozumień wertykalnych i praktyk uzgodnionych² (zwane dalej rozporządzeniem w sprawie wyłączeń grupowych) (zob. pkt 24–46). Niniejsze wytyczne nie mają wpływu na ewentualne równoległe zastosowanie art. 102 Traktatu do porozumień wertykalnych. Wytyczne mają następującą strukturę:
- w sekcji II (pkt 8–22) opisano porozumienia wertykalne, które zasadniczo nie są objęte art. 101 ust. 1,
 - w sekcji III (pkt 23–73) wyjaśniono warunki stosowania rozporządzenia w sprawie wyłączeń grupowych,
 - sekcja IV (pkt 74–85) zawiera opis zasad dotyczących wycofania wyłączenia grupowego i zaprzestania stosowania rozporządzenia w sprawie wyłączeń grupowych,
 - sekcja V (pkt 86–95) zawiera wskazówki na temat sposobu definiowania rynku właściwego oraz obliczania udziałów w rynku,
 - sekcja VI (pkt 96–229) przedstawia ogólny zakres analizy i politykę egzekwowania prawa przez Komisję w indywidualnych przypadkach dotyczących porozumień wertykalnych.
- (2) Analiza dokonana w niniejszych wytycznych dotyczy zarówno towarów, jak i usług, chociaż pewne ograniczenia wertykalne są stosowane głównie w dystrybucji towarów. Podobnie, porozumienia wertykalne mogą być zawierane w odniesieniu do towarów i usług pośrednich i końcowych. O ile nie stwierdzono inaczej, analiza i argumenty zawarte w niniejszych wytycznych mają zastosowanie do wszystkich rodzajów towarów i usług oraz do wszystkich poziomów handlu. Określenie „produkty” obejmuje zatem zarówno towary, jak i usługi. Określenia „dostawca” i „nabywca” używane są odnośnie do wszystkich poziomów handlu. Rozporządzenie w sprawie wyłączeń grupowych i wytyczne nie mają zastosowania do porozumień z klientami końcowymi niebędącymi przedsiębiorstwami, ponieważ art. 101 ma zastosowanie wyłącznie do porozumień między przedsiębiorstwami.

* Ze skutkiem od dnia 1 grudnia 2009 r. art. 81 i 82 Traktatu WE stały się odpowiednio art. 101 i 102 Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej („TFUE”). Treść tych dwóch grup postanowień jest zasadniczo identyczna. Do celów niniejszych wytycznych odniesienia do art. 101 i 102 TFUE należy rozumieć, tam gdzie to stosowne, jako odniesienia odpowiednio do art. 81 i 82 Traktatu WE. W TFUE wprowadzono także pewne zmiany terminologiczne, takie jak zastąpienie „Wspólnoty” przez „Unię” i „wspólnego rynku” przez „rynek wewnętrzny”. Terminologia przyjęta w TFUE będzie stosowana w całości niniejszych wytycznych.

¹ Niniejsze wytyczne zastępują obwieszczenie Komisji – Wytyczne w sprawie ograniczeń wertykalnych, Dz.U. C 291 z 13.10.2000, s. 1.

² Dz.U. L 102 z 23.4.2010, s. 1.

- (3) Wydając niniejsze wytyczne Komisja pragnie pomóc przedsiębiorstwom w dokonaniu przez nie własnej oceny porozumień wertykalnych w oparciu o reguły UE dotyczące konkurencji. Standardy określone w niniejszych wytycznych nie mogą być stosowane automatycznie, lecz muszą być stosowane z należyтым uwzględnieniem okoliczności specyficznych dla każdego przypadku. Każdy przypadek musi być oceniany w świetle związanych z nim faktów.
- (4) Niniejsze wytyczne nie mają wpływu na orzecznictwo Sądu oraz Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej dotyczące stosowania art. 101 do porozumień wertykalnych. Komisja będzie w dalszym ciągu monitorowała funkcjonowanie rozporządzenia w sprawie wyłączeń grupowych i wytycznych, opierając się na informacjach uzyskanych od podmiotów zainteresowanych i krajowych organów ds. konkurencji oraz może dokonać przeglądu niniejszego zawiadomienia w związku z przyszłymi zmianami sytuacji i coraz większym doświadczeniem w przedmiotowej dziedzinie.

2. **Możliwość zastosowania art. 101 do porozumień wertykalnych**

- (5) Artykuł 101 stosuje się do porozumień wertykalnych, które mogą wpływać na wymianę handlową między państwami członkowskimi i które wyłączają, ograniczają lub naruszają konkurencję („ograniczenia wertykalne”)³. Artykuł 101 zapewnia ramy prawne oceny ograniczeń wertykalnych, które uwzględniają rozróżnienie skutków antykonkurencyjnych i prokonkurencyjnych. Artykuł 101 ust. 1 zakazuje tych porozumień, które znacznie ograniczają lub naruszają konkurencję, podczas gdy art. 101 ust. 3 wyłącza te porozumienia, które przynoszą dostatecznie dużo korzyści, aby przeważać skutki antykonkurencyjne⁴.
- (6) Jeżeli chodzi o większość ograniczeń wertykalnych, problemy w zakresie konkurencji mogą się pojawić jedynie wówczas, gdy konkurencja na co najmniej jednym poziomie wymiany handlowej jest niedostateczna, tj. gdy istnieje pewien stopień władzy rynkowej na poziomie dostawcy, na poziomie nabywcy lub na obydwu poziomach. Ograniczenia wertykalne są zasadniczo mniej szkodliwe niż ograniczenia horyzontalne i mogą zapewnić znaczne pole do wzrostu efektywności.
- (7) Celem art. 101 jest zagwarantowanie, by przedsiębiorstwa nie wykorzystywały porozumień – w tym kontekście porozumień wertykalnych – w celu ograniczania konkurencji na rynku ze szkodą dla konsumentów. Ocena ograniczeń wertykalnych jest istotna również w kontekście szerszego celu polegającego na osiągnięciu zintegrowanego rynku wewnętrznego. Integracja rynku pogłębia konkurencję w Unii Europejskiej. Przedsiębiorstwom nie można pozwolić na odtwarzanie prywatnych barier między państwami członkowskimi, tam gdzie udało się znieść bariery państwowe.

³ Zob. między innymi wyrok Trybunału Sprawiedliwości w sprawach połączonych 56/64 i 58/64 *Grundig-Consten* przeciwko *Komisji*, Rec. [1966], s. 299; w sprawie 56/65 *Technique Minière* przeciwko *Maschinenbau Ulm*, Rec. [1966], s. 235; oraz wyrok Sądu Pierwszej Instancji w sprawie T-77/92 *Parker Pen* przeciwko *Komisji*, Rec. [1994], s. II-549.

⁴ W sprawie stosowanej przez Komisję ogólnej metodyki i interpretacji warunków stosowania art. 101 ust. 1 oraz w szczególności art. 101 ust. 3 – zob. komunikat Komisji – Obwieszczenie – Wytyczne w sprawie stosowania art. 81 ust. 3 Traktatu, Dz.U. C 101 z 27.4.2004, s. 97.

II. POROZUMIENIA WERTYKALNE, KTÓRE ZASADNICZO NIE SĄ OBJĘTE ZAKRESEM STOSOWANIA ART. 101 UST. 1

1. Porozumienia o mniejszym znaczeniu i MŚP

- (8) Porozumienia, które nie mogą w znaczący sposób wpłynąć na wymianę handlową między państwami członkowskimi lub w znaczący sposób ograniczyć konkurencji ze względu na cel lub pod względem skutku nie są objęte art. 101 ust. 1. Rozporządzenie w sprawie wyłączeń grupowych ma zastosowanie jedynie do porozumień wchodzących w zakres stosowania art. 101 ust. 1. Niniejsze wytyczne nie mają wpływu na zastosowanie Obwieszczenia Komisji w sprawie porozumień o mniejszym znaczeniu, które nie ograniczają odczuwalnie konkurencji na mocy art. 81 ust. 1 Traktatu ustanawiającego Wspólnotę Europejską (*de minimis*)⁵ lub jakiegokolwiek przyszłego zawiadomienia *de minimis*.
- (9) Z zastrzeżeniem warunków wymienionych w obwieszczeniu *de minimis* dotyczących najpoważniejszych ograniczeń konkurencji i kwestii odnoszących się do skutków skumulowanych, porozumienia wertykalne zawarte przez niekonkurujące przedsiębiorstwa, których indywidualny udział w danym rynku nie przekracza 15 %, zasadniczo uważa się za nieobjęte zakresem stosowania art. 101 ust. 1⁶. Nie przyjmuje się domniemania, że porozumienia wertykalne zawarte przez przedsiębiorstwa mające udział w rynku przekraczający 15 % automatycznie naruszają art. 101 ust. 1. Porozumienia między przedsiębiorstwami, których udział w rynku przekracza próg 15 %, mogą nie mieć znaczącego wpływu na wymianę handlową między państwami członkowskimi i nie muszą stanowić znaczącego ograniczenia konkurencji⁷. Porozumienia takie powinny być oceniane w ich kontekście prawnym i ekonomicznym. Kryteria oceny poszczególnych porozumień wymieniono w pkt 96–229.
- (10) W odniesieniu do najpoważniejszych ograniczeń konkurencji, o których mowa w obwieszczeniu *de minimis*, art. 101 ust. 1 może mieć zastosowanie poniżej progu 15 %, pod warunkiem istnienia znaczącego skutku dla wymiany handlowej między państwami członkowskimi i dla konkurencji. W tym względzie istotne jest właściwe orzecznictwo Trybunału Sprawiedliwości i Sądu⁸. Należy również zwrócić uwagę na ewentualną potrzebę dokonania oceny pozytywnych i negatywnych skutków wprowadzenia najpoważniejszych ograniczeń konkurencji, omówionej szczególności w pkt 47 niniejszych wytycznych.
- (11) Oprócz tego Komisja uważa, że – z zastrzeżeniem skutków skumulowanych i najpoważniejszych ograniczeń konkurencji – porozumienia wertykalne między małymi i średnimi przedsiębiorstwami, zdefiniowanymi w załączniku do zalecenia

⁵ Dz.U. C 368 z 22.12.2001, s. 13.

⁶ W przypadku porozumień między przedsiębiorstwami konkurującymi próg udziału w rynku *de minimis* wynosi 10% w odniesieniu do ich łącznego udziału w rynku na każdym właściwym rynku, którego to dotyczy.

⁷ Zob. wyrok Sądu Pierwszej Instancji w sprawie T-7/93 *Langnese-Iglo* przeciwko *Komisji* Rec. [1995], s. II-1533, pkt 98.

⁸ Zob. wyrok Trybunału Sprawiedliwości w sprawie 9/69 *Völk* przeciwko *Vervaecke* Rec. [1969], s. 295; w sprawie *Cadillon* przeciwko *Höss* Rec. [1971], s. 351 oraz w sprawie C-306/96 *Javico* przeciwko *Yves Saint-Laurent* Rec. [1998], s. I-1983, pkt 16 i 17.

Komisji z dnia 6 maja 2003 r. dotyczącego definicji mikroprzedsiębiorstw oraz małych i średnich przedsiębiorstw⁹, rzadko mogą wpływać w znaczący sposób na wymianę handlową między państwami członkowskimi lub stanowić znaczące ograniczenie konkurencji w rozumieniu art. 101 ust. 1. i dlatego generalnie nie są objęte zakresem stosowania art. 101 ust. 1. W przypadkach, gdy porozumienia takie spełniają jednak warunki wymagające zastosowania art. 101 ust. 1, Komisja zwykle wstrzyma się z wszczęciem postępowania z powodu braku wystarczającego interesu dla Unii Europejskiej, o ile przedsiębiorstwa te zbiorowo lub indywidualnie nie zajmują dominującej pozycji na znacznej części rynku wewnętrznego.

2. Umowy agencyjne

2.1 Definicja umów agencyjnych

- (12) Agent jest osobą prawną lub fizyczną, której udziela się pełnomocnictwa do negocjowania lub zawierania umów na rzecz innej osoby (dającego zlecenie), we własnym imieniu albo w imieniu dającego zlecenie, na:
- zakup towarów lub usług przez dającego zlecenie, lub
 - sprzedaż towarów lub usług dostarczonych przez dającego zlecenie.
- (13) Czynnikiem decydującym przy definiowaniu umowy agencyjnej dla celów stosowania art. 101 ust. 1 jest ryzyko finansowe lub handlowe ponoszone przez agenta w związku z działaniami, do których został wyznaczony jako agent przez dającego zlecenie¹⁰. W tym względzie dla oceny nie jest istotne, czy agent działa dla jednego czy dla kilku dających zlecenie. Dla potrzeb niniejszej oceny nie jest również istotna kwalifikacja umowy dokonana przez strony lub prawodawstwo krajowe.
- (14) Trzy rodzaje ryzyka finansowego lub handlowego są istotne dla zdefiniowania umowy agencyjnej dla celów stosowania art. 101 ust. 1. Po pierwsze, jest to ryzyko bezpośrednio związane z umowami zawartymi lub negocjowanymi przez agenta na rzecz dającego zlecenie, np. finansowanie zapasów. Po drugie, chodzi o ryzyko dotyczące inwestycji związanych z konkretnym rynkiem. Są to inwestycje specjalnie wymagane przy danym rodzaju działalności, do której agent został wyznaczony przez dającego zlecenie, tj. które są konieczne, aby umożliwić agentowi zawarcie lub negocjowanie tego rodzaju umowy. Takie inwestycje są zwykle utopione, co oznacza, że po zaprzestaniu konkretnej działalności inwestycji tych nie można wykorzystać do innych działań lub sprzedać inaczej niż ze znaczącą stratą. Po trzecie, istnieje ryzyko związane z innymi działaniami podejmowanymi na tym samym rynku produktowym w tej mierze, w jakiej dający zlecenie wymaga podjęcia takich działań przez agenta – ale nie w charakterze agenta działającego na rzecz dającego zlecenie, lecz na własne ryzyko.

⁹ Dz.U. L 124 z 20.5.2003, s. 36.

¹⁰ Zob. wyrok Sądu Pierwszej Instancji w sprawie T-325/01 *DaimlerChrysler* przeciwko *Komisji*, Zb.Orz. [2005], s. II-3319; wyroki Trybunału Sprawiedliwości w sprawie C-217/05 *Confederación Española de Empresarios de Estaciones de Servicio* przeciwko *CEPSA*, Zb.Orz. [2006], s. I-11987 oraz w sprawie C-279/06 *CEPSA Estaciones de Servicio SA* przeciwko *LV Tobar e Hijos SL*, Zb.Orz. [2008], s. I-6681.

- (15) Dla celów stosowania art. 101 ust. 1 porozumienie zostanie uznane za umowę agencyjną, jeżeli agent nie ponosi żadnego lub ponosi jedynie nieznaczne ryzyko w związku z umowami zawartymi lub negocjowanymi na rzecz dającego zlecenie i w związku ze specyficznymi inwestycjami rynkowymi w danej dziedzinie działalności oraz w związku z innymi działaniami, których podjęcia na tym samym rynku produktowym wymaga dający zlecenie. Jednakże ryzyko związane ogólnie z działalnością polegającą na świadczeniu usług agencyjnych, takie jak ryzyko, iż dochód agenta jest uzależniony od jego sukcesów jako agenta, lub ogólne inwestycje, na przykład w lokal lub personel, nie mają istotnego znaczenia dla tej oceny.
- (16) Dla celów stosowania art. 101 ust. 1 porozumienie będzie zasadniczo uznane za umowę agencyjną, jeżeli agentowi nie jest przyznane prawo własności do zakupionych lub sprzedanych towarów objętych porozumieniem lub jeżeli sam nie dostarcza usług objętych porozumieniem i jeżeli agent:
- a) nie uczestniczy w kosztach związanych z dostawą/zakupem towarów lub usług objętych porozumieniem, w tym w kosztach transportu towarów. Nie wyklucza to możliwości zapewnienia usług transportowych przez agenta, pod warunkiem iż dający zlecenie te koszty pokrywa;
 - b) nie utrzymuje na własny koszt lub ryzyko zapasów towarów objętych porozumieniem, z uwzględnieniem kosztów finansowania zapasów oraz kosztów ubytku zapasów, i może zwrócić dającemu zlecenie niesprzedane towary bez opłaty, o ile nie ponosi winy (na przykład za nieprzestrzeganie stosownych środków bezpieczeństwa w celu uniknięcia ubytku zapasów);
 - c) nie ponosi odpowiedzialności wobec osób trzecich za szkody spowodowane przez sprzedany produkt (odpowiedzialność za produkt), o ile – jako agent – nie ponosi winy w tym względzie;
 - d) nie bierze na siebie odpowiedzialności za niewypełnienie umowy przez klienta, z wyjątkiem straty prowizji, o ile nie ponosi winy (na przykład z powodu nieprzestrzegania wystarczających środków bezpieczeństwa lub przeciwdziałania kradzieży lub nieprzestrzegania wystarczających środków związanych ze zgłoszeniem kradzieży dającemu zlecenie lub policji lub nieprzekazaniem dającemu zlecenie wszystkich niezbędnych dostępnych mu informacji dotyczących wiarygodności finansowej klienta);
 - e) nie jest bezpośrednio lub pośrednio obowiązany inwestować w stymulowanie zbytu, na przykład w formie uczestnictwa w budżecie na reklamę dającego zlecenie;
 - f) nie czyni związanych z konkretnym rynkiem inwestycji w wyposażenie, lokale lub szkolenie personelu, takich jak np. zbiornik zasobnikowy na benzynę w przypadku sprzedaży detalicznej benzyny lub określone oprogramowanie do sprzedaży polis ubezpieczeniowych w przypadku agentów ubezpieczeniowych, chyba że otrzymuje od dającego zlecenie pełen zwrot tych kosztów;
 - g) nie podejmuje na tym samym rynku produktowym innych działań wymaganych przez dającego zlecenie, chyba że otrzymuje od dającego zlecenie pełen zwrot kosztów takich działań.

- (17) Wykaz ten nie jest wyczerpujący. Jeżeli jednak agent ponosi jeden lub więcej z rodzajów ryzyka lub kosztów wspomnianych w pkt 14, 15 i 16, umowa pomiędzy agentem a dającym zlecenie nie zostanie uznana za umowę agencyjną. Kwestię ryzyka należy oceniać w każdym indywidualnym przypadku i w odniesieniu do rzeczywistego kontekstu ekonomicznego danej sytuacji, a nie pod względem formalno-prawnym. Ze względów praktycznych analizę ryzyka można rozpocząć od oceny ryzyka bezpośrednio związanego z umową. Jeżeli ryzyko bezpośrednio związane z umową ponosi agent, jest to wystarczające do stwierdzenia, że agent jest niezależnym dystrybutorem. Natomiast jeżeli agent nie ponosi ryzyka bezpośrednio związanego z umową, konieczne będzie kontynuowanie analizy poprzez ocenę ryzyka dotyczącego inwestycji związanych z konkretnym rynkiem. Ponadto jeżeli agent nie ponosi ryzyka związanego z umową ani ryzyka dotyczącego inwestycji związanych z konkretnym rynkiem, może być konieczne uwzględnienie ryzyka związanego z innymi wymaganymi działaniami na tym samym rynku produktowym.

2.2 *Zastosowanie art. 101 ust. 1 do umów agencyjnych*

- (18) W przypadku zdefiniowanych w sekcji 2.1 umów agencyjnych funkcja agenta polegająca na sprzedaży lub zakupie jest częścią działalności dającego zlecenie. Ponieważ dający zlecenie ponosi ryzyko handlowe i finansowe związane ze sprzedażą i zakupem objętych porozumieniem towarów i usług, wszystkie obowiązki nałożone na agenta w związku z umowami zawartymi lub negocjowanymi na rzecz dającego zlecenie nie wchodzą w zakres stosowania art. 101 ust. 1. Poniższe obowiązki ze strony agenta będą uważane za stanowiące nieodłączną część umowy agencyjnej, ponieważ każdy z nich związany jest ze zdolnością dającego zlecenie do ustalenia zakresu działania agenta w związku z towarami lub usługami objętymi porozumieniem, co jest sprawą zasadniczą, jeżeli dający zlecenie ma podejmować ryzyko, a zatem mieć możliwość określania strategii handlowej:
- a) ograniczenia co do terytorium, na którym agent może sprzedawać te towary lub usługi,
 - b) ograniczenia co do klientów, którym agent może sprzedawać te towary lub usługi,
 - c) ceny i warunki, na jakich agent może sprzedawać lub kupować te towary lub usługi.
- (19) Umowy agencyjne – oprócz tego, iż regulują warunki sprzedaży lub zakupu przez agenta towarów lub usług objętych porozumieniem na rzecz dającego zlecenie – często zawierają postanowienia dotyczące stosunków między agentem i dającym zlecenie. W szczególności mogą one zawierać postanowienie uniemożliwiające dającemu zlecenie wyznaczenie innych agentów w odniesieniu do danego rodzaju transakcji, klientów lub terytorium (postanowienia o wyłącznym przedstawicielstwie) lub postanowienie uniemożliwiające agentowi działanie w charakterze agenta lub dystrybutora przedsiębiorstw konkurujących z dającym zlecenie (postanowienia o jednomarkowości). Ponieważ agent jest przedsiębiorstwem odrębnym w stosunku do dającego zlecenie, przepisy dotyczące stosunków pomiędzy agentem a dającym zlecenie mogą naruszać art. 101 ust. 1. Postanowienia o wyłącznym przedstawicielstwie zasadniczo nie będą prowadziły do skutków antykonkurencyjnych. Jednak postanowienia o jednomarkowości oraz

postanowienia o zakazie konkurencji po zakończeniu współpracy, które dotyczą konkurencji międzymarkowej zewnętrznej, mogą naruszać art. 101 ust. 1, jeżeli prowadzą lub przyczyniają się do powstania (skumulowanego) skutku w postaci zamknięcia dostępu do właściwego rynku, na którym towary lub usługi objęte porozumieniem są sprzedawane lub nabywane (zob. w szczególności sekcja VI.2.1). Postanowienia takie mogą skorzystać z rozporządzenia w sprawie wyłączeń grupowych, w szczególności jeżeli spełnione są warunki przewidziane w art. 5 rozporządzenia. Postanowienia te mogą również być indywidualnie uzasadnione poprawą efektywności na mocy art. 101 ust. 3, jak to przykładowo opisano w pkt 144-148.

- (20) Umowa agencyjna może również wchodzić w zakres stosowania art. 101 ust. 1, nawet jeżeli dający zlecenie ponosi całe stosowne ryzyko finansowe i handlowe, gdy ułatwia ona znowę. Może tak być na przykład w przypadku gdy kilku dających zlecenia wykorzystuje tych samych agentów, zbiorowo uniemożliwiając innym korzystanie z ich usług, lub jeżeli wykorzystują oni agentów do uzgadniania strategii marketingowej lub do wymiany między dającymi zlecenie informacji istotnych dla rynku.
- (21) Jeżeli agent ponosi jeden rodzaj lub kilka rodzajów przedmiotowego ryzyka opisanego w pkt 16, umowa pomiędzy agentem a dającym zlecenie nie stanowi umowy agencyjnej dla celów zastosowania art. 101 ust. 1. W takiej sytuacji agent będzie traktowany jako niezależne przedsiębiorstwo, a umowa pomiędzy agentem a dającym zlecenie będzie podlegała przepisom art. 101 ust. 1 tak jak każde inne porozumienie wertykalne.

3. Umowy o podwykonawstwo

- (22) Podwykonawstwo dotyczy sytuacji, w których wykonawca zapewnia technologię lub wyposażenie podwykonawcy, który podejmuje się wytworzenia w oparciu o nie określonych produktów (wyłącznie) na rzecz wykonawcy. Podwykonawstwo regulują przepisy zawarte w Obwieszczeniu Komisji z dnia 18 grudnia 1978 r. dotyczącym jej oceny niektórych porozumień podwykonawczych w odniesieniu do art. 81 ust. 1 Traktatu EWG¹¹ (zwanym dalej „obwieszczeniem w sprawie podwykonawstwa”). Zgodnie z tym obwieszczeniem, które jest nadal stosowane, porozumienia o podwykonawstwie, na podstawie których podwykonawca podejmuje się wytworzenia określonych produktów wyłącznie na rzecz wykonawcy, zasadniczo nie są objęte zakresem stosowania art. 101 ust. 1, pod warunkiem że technologia lub sprzęt są niezbędne, aby podwykonawca mógł wytworzyć produkty. Jednak inne ograniczenia nałożone na podwykonawcę, takie jak zobowiązanie do nieprzeprowadzania lub niewykorzystywania własnych prac badawczo-rozwojowych lub ogólnie do nieprowadzenia produkcji na rzecz osób trzecich, mogą zostać objęte zakresem stosowania art. 101¹².

¹¹ Dz.U. C 1 z 3.1.1979, s. 2.

¹² Zob. ust. 3 obwieszczenia w sprawie podwykonawstwa.

III. ZASTOSOWANIE ROZPORZĄDZENIA W SPRAWIE WYŁĄCZEŃ GRUPOWYCH

1. „Bezpieczna przystań” stworzona przez rozporządzenie w sprawie wyłączeń grupowych

- (23) Jeżeli chodzi o większość ograniczeń wertykalnych, problemy w zakresie konkurencji mogą się pojawić jedynie wówczas, gdy konkurencja na co najmniej jednym poziomie wymiany handlowej jest niedostateczna, tj. gdy istnieje pewien stopień władzy rynkowej na poziomie dostawcy, na poziomie nabywcy lub na obydwu poziomach. Jeśli porozumienia wertykalne nie zawierają najpoważniejszych ograniczeń konkurencji, które są ograniczeniami konkurencji ze względu na cel, rozporządzenie w sprawie wyłączeń grupowych daje podstawy, by domniemywać zgodność z prawem porozumień wertykalnych w zależności od udziału w rynku dostawcy lub nabywcy. Zgodnie z art. 3 rozporządzenia w sprawie wyłączeń grupowych o możliwości zastosowania wyłączenia grupowego zasadniczo decyduje udział w rynku dostawcy na rynku, na którym sprzedaje on towary lub usługi objęte porozumieniem oraz udział w rynku nabywcy na rynku, na którym kupuje on towary lub usługi objęte porozumieniem. Aby wyłączenie grupowe mogło mieć zastosowanie, udział w rynku dostawcy oraz nabywcy, rozpatrywany każdy z osobna, może wynosić najwyżej 30 %. W sekcji V niniejszych wytycznych zawarte są wskazówki na temat sposobu definiowania rynku właściwego oraz obliczania udziałów w rynku. W przypadku udziału w rynku wynoszącego ponad 30 % nie można domniemywać, że porozumienie wertykalne wchodzi w zakres stosowania art. 101 ust. 1 lub nie spełnia warunków określonych w art. 101 ust. 3, ale także nie można domniemywać, że porozumienie wertykalne wchodzące w zakres stosowania art. 101 ust. 1 będzie zazwyczaj spełniać warunki zawarte w art. 101 ust. 3.

2. Zakres zastosowania rozporządzenia w sprawie wyłączeń grupowych

2.1 Definicja porozumień wertykalnych

- (24) Porozumienie wertykalne zostało zdefiniowane w art. 1 ust. 1 lit. a) rozporządzenia w sprawie wyłączeń grupowych jako „porozumienie lub praktyka uzgodniona zawierane między dwoma lub więcej przedsiębiorstwami, działającymi – w ramach takiego porozumienia lub praktyki uzgodnionej – na różnych szczeblach obrotu w zakresie produkcji lub sprzedaży, które dotyczą warunków zakupu, sprzedaży lub odsprzedaży niektórych towarów lub usług przez ich strony”.
- (25) Definicja porozumienia wertykalnego, o której mowa w pkt 24, zawiera cztery główne elementy:
- a) rozporządzenie w sprawie wyłączeń grupowych ma zastosowanie do porozumień oraz praktyk uzgodnionych. Rozporządzenie w sprawie wyłączeń grupowych nie ma zastosowania do jednostronnych praktyk zainteresowanych przedsiębiorstw. Takie praktyki jednostronne mogą wchodzić w zakres stosowania art. 102, który zakazuje nadużywania pozycji dominującej. Aby zaistniało porozumienie w rozumieniu art. 101, wystarczy, że strony wyraziły wspólną intencję zachowywania się na rynku w określony sposób. Forma, w jakiej intencja ta zostaje wyrażona, jest nieistotna, pod warunkiem że wiernie wyraża intencje stron. Jeśli nie istnieje wyraźne porozumienie wyrażające

zgodną wolę, Komisja będzie musiała udowodnić, że jednostronna polityka jednej strony uzyskuje zgodę drugiej strony. W przypadku porozumień wertykalnych istnieją dwa sposoby ustalenia zgody na określoną politykę jednostronną. Po pierwsze zgodę można wywnioskować na podstawie uprawnień przyznanych stronom w zawartym wcześniej porozumieniu o charakterze ogólnym. Jeżeli postanowienia zawarte w sporządzonym wcześniej porozumieniu przewidują, że strona przyjmie później konkretną jednostronną politykę, która będzie wiążąca wobec drugiej strony, lub ją do tego upoważniają, na podstawie takiego rozwiązania można przyjąć zaistnienie zgody drugiej strony¹³. Po drugie, jeżeli nie istnieje taka wyraźna zgoda, Komisja może wykazać istnienie milczącej zgody. W tym celu konieczne jest wykazanie najpierw, że jedna strona wymaga wyrażnie lub domyślnie współpracy od drugiej strony w celu wdrożenia jednostronnej polityki, a następnie że druga strona poddaje się temu wymaganiu, wprowadzając jednostronną politykę w życie¹⁴. Na przykład jeżeli po ogłoszeniu przez dostawcę jednostronnej redukcji dostaw w celu zapobieżenia handlowi równoległemu dystrybutorzy natychmiast zmniejszają swoje zamówienia i przestają uczestniczyć w handlu równoległym, wówczas dystrybutorzy ci wyrażają milcząca zgodę na jednostronną politykę dostawcy. Nie można tego jednak stwierdzić, jeżeli dystrybutorzy w dalszym ciągu uczestniczą w handlu równoległym lub starają się znaleźć nowe sposoby uczestniczenia w handlu równoległym. Podobnie w przypadku porozumień wertykalnych milcząca zgodę można wywnioskować na podstawie stopnia przymusu zastosowanego przez jedną stronę w celu narzucenia swojej jednostronnej polityki drugiej stronie lub drugim stronom porozumienia w powiązaniu z liczbą dystrybutorów, którzy rzeczywiście realizują w praktyce jednostronną politykę dostawcy. Na przykład system monitorowania i kar, wprowadzony przez dostawcę w celu karania dystrybutorów, którzy nie przestrzegają jego jednostronnej polityki, wskazuje na milcząca zgodę na jednostronną politykę dostawcy, jeżeli system ten umożliwi dostawcy praktyczne wdrożenie takiej polityki. Opisane w niniejszej literze dwa sposoby ustalania istnienia zgody mogą być stosowane łącznie;

- b) porozumienie lub uzgodniona praktyka występuje między dwoma przedsiębiorstwami lub większą ich liczbą. Rozporządzeniem w sprawie wyłączeń grupowych nie są objęte porozumienia wertykalne z konsumentami końcowymi nie działającymi jako przedsiębiorstwo. Mówiąc bardziej ogólnie – porozumienia z konsumentami końcowymi nie są objęte zakresem stosowania art. 101 ust. 1, ponieważ artykuł ten dotyczy jedynie porozumień między przedsiębiorstwami, decyzji związków przedsiębiorstw i uzgodnionych praktyk przedsiębiorstw. Pozostaje to bez uszczerbku dla stosowania art. 102;
- c) porozumienie lub uzgodniona praktyka między dwoma przedsiębiorstwami lub większą ich liczbą, z których każde działa w ramach porozumienia na różnym szczeblu łańcucha produkcji lub dystrybucji. Oznacza to na przykład, że jedno

¹³ Wyrok Trybunału Sprawiedliwości w sprawie C-74/04 P *Komisja przeciwko Volkswagen AG*, Zb.Orz. [2006], s. I-6585.

¹⁴ Wyrok Sądu Pierwszej Instancji w sprawie T-41/96 *Bayer AG przeciwko Komisji*, Rec. [2000], s. II-3383.

przedsiębiorstwo produkuje surowiec, który drugie przedsiębiorstwo używa jako nakład, bądź też pierwsze jest producentem, drugie hurtownikiem, a trzecie detalistą. Nie wyłącza to możliwości prowadzenia przez przedsiębiorstwa działalności na więcej niż jednym szczeblu łańcucha produkcji lub dystrybucji;

- d) porozumienia lub uzgodnione praktyki odnoszą się do warunków, na jakich strony porozumienia, dostawca i nabywca „mogą kupować, sprzedawać lub odsprzedawać niektóre towary lub usługi”. Odzwierciedla to cel rozporządzenia w sprawie wyłączeń grupowych, czyli objęcie przez to rozporządzenie umów zakupu i dystrybucji. Są to umowy dotyczące warunków kupowania, sprzedaży lub odsprzedaży towarów lub usług dostarczanych przez dostawcę lub dotyczące warunków sprzedaży przez nabywcę towarów lub usług zawierających te towary lub usługi. Zarówno towary lub usługi dostarczone przez dostawcę, jak i pochodzące z nich towary lub usługi są uważane za towary lub usługi objęte porozumieniem w rozumieniu rozporządzenia w sprawie wyłączeń grupowych. Objęte rozporządzeniem są porozumienia wertykalne dotyczące wszystkich końcowych i pośrednich towarów i usług. Jedynym wyjątkiem jest sektor samochodowy, tak długo jak sektor ten pozostaje objęty szczególnym wyłączeniem grupowym, takim jak wyłączenie przyznane rozporządzeniem Komisji (WE) nr 1400/2002 z dnia 31 lipca 2002 r. w sprawie stosowania art. 81 ust. 3 Traktatu do kategorii porozumień wertykalnych i praktyk uzgodnionych w sektorze motoryzacyjnym¹⁵ lub rozporządzeniem, które je zastąpi. Towary lub usługi dostarczone przez dostawcę mogą być odsprzedane przez nabywcę lub mogą być przez niego użyte jako nakład przy produkcji jego własnych towarów lub usług.

- (26) Rozporządzenie w sprawie wyłączeń grupowych stosuje się również do towarów sprzedanych i zakupionych w celu wynajęcia osobom trzecim. Umowy najmu i dzierżawy jako takie nie są jednak nim objęte, ponieważ żaden towar ani usługa nie są nabywcy sprzedawane przez dostawcę. Mówiąc bardziej ogólnie, rozporządzenie w sprawie wyłączeń grupowych nie obejmuje ograniczeń lub zobowiązań niezwiązanych z warunkami zakupu, sprzedaży i odsprzedaży, takich jak zobowiązanie uniemożliwiające stronom prowadzenie niezależnych działań badawczo-rozwojowych, które strony mogłyby włączyć w umowę będącą w pozostałym zakresie porozumieniem wertykalnym. Ponadto art. 2 ust. 2–5 rozporządzenia w sprawie wyłączeń grupowych bezpośrednio lub pośrednio wyłącza pewne porozumienia wertykalne z zastosowania rozporządzenia w sprawie wyłączeń grupowych.

2.2 *Porozumienia wertykalne między konkurentami*

- (27) Artykuł 2 ust. 4 rozporządzenia w sprawie wyłączeń grupowych wyraźnie wyklucza z jego zakresu zastosowania „porozumienia wertykalne zawierane między przedsiębiorstwami konkurującymi”. Porozumienia wertykalne między konkurentami – w odniesieniu do ewentualnych skutków w postaci zmony – są przedmiotem Wytycznych w sprawie stosowania art. 81 Traktatu WE do

¹⁵ Dz.U. L 203 z 1.8.2002, s. 30.

horyzontalnych porozumień kooperacyjnych¹⁶. Wertykalne aspekty takich porozumień powinny być jednak oceniane na podstawie niniejszych wytycznych. Art. 1 ust. 1 lit. c) rozporządzenia w sprawie wyłączeń grupowych definiuje przedsiębiorstwa konkurujące jako „rzeczywistych lub potencjalnych konkurentów”. Jeżeli dwa przedsiębiorstwa prowadzą działalność na tym samym rynku właściwym, traktuje się je jako rzeczywistych konkurentów. Dane przedsiębiorstwo traktuje się jako potencjalnego konkurenta innego przedsiębiorstwa, jeżeli w przypadku braku porozumienia istnieje prawdopodobieństwo, że to pierwsze przedsiębiorstwo, w odpowiedzi na niewielki, lecz trwały wzrost cen względnych zdecydowałoby się przeprowadzić w krótkim czasie, zwykle nie dłuższym niż jeden rok, konieczne dodatkowe inwestycje lub ponieść inne niezbędne koszty dostosowawcze, aby wejść na rynek właściwy, na którym działa to drugie przedsiębiorstwo. Ta ocena musi opierać się na realistycznych podstawach; nie wystarczy czysto teoretyczna możliwość wejścia na dany rynek¹⁷. Dystrybutor dostarczający producentowi specyfikacje w celu wyprodukowania przez niego konkretnych towarów pod marką dystrybutora nie będzie uważany za producenta tego rodzaju towarów sprzedawanych pod własną marką.

- (28) Artykuł 2 ust. 4 rozporządzenia w sprawie wyłączeń grupowych przewiduje dwa wyjątki od tego ogólnego wykluczenia porozumień wertykalnych pomiędzy konkurentami. Wyjątki te dotyczą porozumień o charakterze niewzajemnym. Porozumienia niewzajemne między konkurentami są objęte rozporządzeniem w sprawie wyłączeń grupowych, gdy a) dostawca jest wytwórcą i dystrybutorem towarów, a nabywca jedynie dystrybutorem i nie jest przedsiębiorstwem konkurującym na szczeblu produkcji lub b) dostawca świadczy usługi, działając na kilku szczeblach obrotu handlowego, a nabywca prowadzi działalność na szczeblu detalicznym i nie jest przedsiębiorstwem konkurującym na tym szczeblu obrotu handlowego, na którym nabywa usługi objęte porozumieniem. Pierwszy wyjątek obejmuje sytuacje podwójnej dystrybucji, tj. producent danych towarów działa również jako ich dystrybutor w konkurencji z niezależnymi dystrybutorami jego produktów. W przypadku podwójnej dystrybucji uważa się, że zasadniczo wszelki ewentualny wpływ na stosunki konkurencyjne między producentem a detalistą na szczeblu sprzedaży detalicznej ma mniejsze znaczenie niż potencjalny wpływ wertykalnych umów dostaw na ogólną konkurencję na szczeblu produkcji lub handlu detalicznego. Drugi wyjątek obejmuje podobne sytuacje związane z podwójną dystrybucją, ale tym razem w odniesieniu do usług, gdy dostawca dostarcza również produkty na szczeblu detalicznym, na którym prowadzi działalność nabywca.

2.3 *Stowarzyszenia detalistów*

- (29) Artykuł 2 ust. 2 rozporządzenia w sprawie wyłączeń grupowych włącza w zakres jego zastosowania porozumienia wertykalne zawarte przez związek przedsiębiorstw, który spełnia pewne warunki, i w ten sposób wyklucza z rozporządzenia w sprawie wyłączeń grupowych porozumienia wertykalne zawarte przez wszystkie inne związki. Porozumienia wertykalne zawarte między związkiem i jego członkami lub

¹⁶ Dz.U. C 3 z 6.1.2001, s. 2. Wkrótce wytyczne te zostaną poddane przeglądowi.

¹⁷ Zob. Obwieszczenie Komisji w sprawie definicji rynku właściwego do celów wspólnotowego prawa konkurencji, Dz.U. C 372 z 9.12.1997, s. 5, pkt 20–24, XIII sprawozdanie Komisji w sprawie polityki dotyczącej konkurencji, pkt 55 oraz decyzja Komisji 90/410/EWG w sprawie nr IV/32.009 – *Elopak/Metal Box-Odin*, Dz.U. L 209 z 8.8.1990, s. 15.

między związkiem i jego dostawcami są objęte rozporządzeniem w sprawie wyłączeń grupowych tylko wówczas, gdy wszyscy jego członkowie są sprzedawcami detalicznymi towarów (nie usług) i jeżeli obrót każdego z nich indywidualnie nie przekracza 50 mln EUR. Detaliści są to dystrybutorzy odsprzedający towary konsumentom końcowym. Jeżeli tylko ograniczona liczba członków związku ma obroty przekraczające 50 mln EUR oraz jeżeli łączne obroty tych członków stanowią mniej niż 15% łącznych obrotów wszystkich członków, nie wpłynie to zazwyczaj na ocenę na mocy art. 101.

- (30) Związek przedsiębiorstw może uczestniczyć zarówno w porozumieniach horyzontalnych, jak i wertykalnych. Porozumienia horyzontalne muszą być oceniane zgodnie z zasadami zawartymi w Wytycznych w sprawie stosowania art. 81 Traktatu WE do horyzontalnych porozumień kooperacyjnych¹⁸. Jeżeli ta ocena doprowadzi do wniosku, iż współpraca między przedsiębiorstwami w dziedzinie zakupu lub sprzedaży jest możliwa do zaakceptowania, konieczna będzie dalsza ocena dla zbadania porozumień wertykalnych zawartych przez związek z jego dostawcami lub poszczególnymi członkami. Ta druga ocena będzie przeprowadzana zgodnie z zasadami rozporządzenia w sprawie wyłączeń grupowych i niniejszych wytycznych. Na przykład porozumienia horyzontalne zawarte między członkami związku lub decyzje przyjęte przez związek, takie jak decyzja, aby wymagać od członków dokonywania zakupów od związku lub decyzja w sprawie przydzielenia członkom wyłączności terytoriów, muszą być najpierw ocenione jako porozumienie horyzontalne. Jeżeli ta ocena prowadzi do wniosku, że porozumienie horyzontalne można zaakceptować, konieczne jest dokonanie oceny porozumień wertykalnych między związkiem i poszczególnymi członkami lub związkiem i dostawcami.

2.4 *Porozumienia wertykalne zawierające postanowienia dotyczące praw własności intelektualnej (PWI)*

- (31) Artykuł 2 ust. 3 rozporządzenia w sprawie wyłączeń grupowych włącza w zakres jego zastosowania porozumienia wertykalne zawierające pewne postanowienia dotyczące przenoszenia PWI na nabywcę lub korzystania z PWI przez nabywcę i w związku z tym wyklucza z rozporządzenia w sprawie wyłączeń grupowych wszystkie inne porozumienia wertykalne zawierające postanowienia dotyczące PWI. Rozporządzenie w sprawie wyłączeń grupowych ma zastosowanie do porozumień wertykalnych zawierających postanowienia dotyczące PWI, jeżeli spełnionych jest pięć warunków:
- a) postanowienia dotyczące PWI muszą być częścią porozumienia wertykalnego, tj. porozumienia zawierającego warunki, na jakich strony mogą kupować, sprzedawać lub odsprzedawać pewne towary lub usługi;
 - b) PWI muszą być przeniesione na nabywcę lub musi on otrzymać prawo do korzystania z nich na podstawie licencji;
 - c) postanowienia dotyczące PWI nie mogą stanowić podstawowego przedmiotu porozumienia;

¹⁸ Zob. pkt 27.

- d) postanowienia dotyczące PWI muszą być bezpośrednio związane z wykorzystaniem, sprzedażą lub odsprzedażą towarów lub usług przez nabywcę lub jego klientów. W przypadku franchisingu, gdy marketing stanowi cel wykorzystywania PWI, towary lub usługi są dystrybuowane przez głównego franchisingobiorcę lub franchisingobiorców;
 - e) postanowienia dotyczące PWI – w odniesieniu do towarów lub usług objętych porozumieniem - nie mogą zawierać ograniczeń konkurencji mających taki sam przedmiot jak porozumienia wertykalne, które nie są zwolnione na mocy rozporządzenia w sprawie wyłączeń grupowych.
- (32) Warunki te zapewniają zastosowanie rozporządzenia w sprawie wyłączeń grupowych do porozumień wertykalnych, jeżeli korzystanie z, sprzedaż lub odsprzedaż towarów lub usług mogą być realizowane skuteczniej, ponieważ PWI zostały przeniesione na nabywcę lub przekazane nabywcy do korzystania na podstawie licencji. Innymi słowy, ograniczenia dotyczące przeniesienia PWI lub korzystania z nich mogą być objęte rozporządzeniem, jeżeli głównym celem porozumienia jest zakup lub dystrybucja towarów lub usług.
- (33) Zgodnie z pierwszym warunkiem kontekst dotyczący dostarczania PWI stanowi porozumienie w celu zakupu lub dystrybucji towarów lub porozumienie w celu zakupu lub świadczenia usług, a nie porozumienie dotyczące przenoszenia PWI lub upoważnienia do korzystania z nich na podstawie licencji w celu produkcji towarów, ani też czysta umowa licencyjna. Rozporządzenie w sprawie wyłączeń grupowych nie obejmuje na przykład:
- a) porozumień, na mocy których jedna strona dostarcza drugiej stronie przepis i udziela drugiej stronie licencji na produkcję napojów według tego przepisu;
 - b) porozumień, na mocy których jedna strona dostarcza drugiej stronie model lub wzorcową kopię i udziela drugiej stronie licencji na produkcję i dystrybucję kopii;
 - c) czystych licencji na korzystanie ze znaku towarowego lub oznaczenia do celów merchandisingu;
 - d) umów sponsorskich dotyczących prawa do reklamowania się jako oficjalnego sponsora danej imprezy;
 - e) licencji na korzystanie z praw autorskich, takich jak umowy o nadawanie dotyczące prawa do nagrywania lub transmitowania imprezy.
- (34) Zgodnie z drugim warunkiem rozporządzenie w sprawie wyłączeń grupowych nie ma zastosowania, jeżeli PWI są dostarczone przez nabywcę dostawcy, niezależnie od tego, czy PWI dotyczą sposobu wytwarzania czy dystrybucji. Porozumienie dotyczące przeniesienia PWI na dostawcę i zawierające ewentualne ograniczenia sprzedaży dokonane przez dostawcę nie jest objęte rozporządzeniem w sprawie wyłączeń grupowych. Oznacza to w szczególności, iż zlecenie podwykonawstwa wiążące się z przekazaniem *know-how* podwykonawcy¹⁹ nie wchodzi w zakres

¹⁹ Zob. obwieszczenie w sprawie podwykonawstwa (o którym mowa w pkt 22).

zastosowania rozporządzenia w sprawie wyłączeń grupowych (zob. także pkt 22). Jednak porozumienia wertykalne, na mocy których nabywca dostarcza dostawcy jedynie specyfikacje opisujące towary lub usługi, jakie mają być dostarczone, wchodzą w zakres zastosowania rozporządzenia w sprawie wyłączeń grupowych.

- (35) Zgodnie z trzecim warunkiem aby porozumienie mogło być objęte rozporządzeniem w sprawie wyłączeń grupowych, jego podstawowym przedmiotem nie może być przeniesienie PWI lub upoważnienie do korzystania z nich na podstawie licencji. Podstawowym przedmiotem musi być zakup, sprzedaż lub odsprzedaż towarów lub usług, a postanowienia dotyczące PWI muszą służyć realizacji porozumienia wertykalnego.
- (36) Czwarty warunek wymaga, aby postanowienia dotyczące PWI ułatwiały wykorzystanie, sprzedaż lub odsprzedaż towarów lub usług przez nabywcę lub jego klientów. Towary lub usługi do użytku lub odsprzedaży są zazwyczaj dostarczane przez licencjodawcę, ale mogą być również zakupione przez licencjobiorcę od trzeciego dostawcy. Postanowienia dotyczące PWI będą zwykle dotyczyć wprowadzania towarów lub usług do obrotu. Przykładem może być umowa franchisingowa, gdy franchisingodawca sprzedaje franchisingobiorcy towary do odsprzedaży i udziela franchisingobiorcy licencji na używanie jego znaku towarowego i *know-how* do wprowadzania towarów do obrotu lub gdy dostawca skoncentrowanego ekstraktu udziela nabywcy licencji na rozcieńczanie i butelkowanie ekstraktu przed sprzedaniem go jako napoju.
- (37) Piąty warunek podkreśla fakt, że postanowienia dotyczące PWI nie powinny mieć takiego samego celu jak najpoważniejsze ograniczenia konkurencji wymienione w art. 4 rozporządzenia w sprawie wyłączeń grupowych lub jakiegokolwiek ograniczenia wyłączone z zakresu stosowania rozporządzenia w sprawie wyłączeń grupowych przez art. 5 tego rozporządzenia (zob. pkt 47–69 niniejszych wytycznych).
- (38) Prawa własności intelektualnej mające znaczenie dla realizacji porozumień wertykalnych w rozumieniu art. 2 ust. 3 rozporządzenia w sprawie wyłączeń grupowych generalnie dotyczą trzech głównych obszarów: znaków towarowych, prawa autorskiego i *know-how*.

Znak towarowy

- (39) Licencja na korzystanie ze znaku towarowego udzielona dystrybutorowi może być związana z dystrybucją produktów licencjodawcy na konkretnym terytorium. Jeżeli jest to licencja wyłączna, umowa jest równoznaczna z wyłączną dystrybucją.

Prawo autorskie

- (40) Odsprzedawca towarów objętych prawem autorskim (książek, oprogramowania itp.) może być zobowiązany przez podmiot uprawniony z praw autorskich do odsprzedaży jedynie pod warunkiem, iż nabywca – niezależnie od tego, czy jest to inny odsprzedawca, czy użytkownik końcowy – nie będzie naruszał praw autorskich. Takie obowiązki spoczywające na odsprzedawcy – w stopniu, w jakim w ogóle wchodzą w zakres stosowania art. 101 ust. 1 – są objęte rozporządzeniem w sprawie wyłączeń grupowych.

- (41) Porozumienia, na mocy których kopie trwale oprogramowania są dostarczane do odsprzedaży, a odsprzedawca nie nabywa żadnych praw do oprogramowania, lecz jedynie ma prawo do odsprzedaży kopii trwałych, dla celów rozporządzenia w sprawie wyłączeń grupowych uznawane są za umowy o dostawę towarów do odsprzedaży. W ramach tej formy dystrybucji udzielanie licencji na oprogramowanie ma miejsce jedynie między właścicielem praw autorskich i użytkownikiem oprogramowania. Może to mieć formę licencji typu „shrink wrap”, tj. zestawu warunków dołączonych do opakowania trwałej kopii, które uznaje się za zaakceptowane przez użytkownika końcowego z chwilą otwarcia opakowania.
- (42) Nabywcy sprzętu komputerowego, zawierającego oprogramowanie chronione prawem autorskim, mogą być zobowiązani przez podmiot uprawniony z praw autorskich do ich nienaruszania i w związku z tym nie wolno im sporządzać kopii i odsprzedawać oprogramowania lub sporządzać kopii i używać oprogramowania w połączeniu z innym sprzętem. Takie ograniczenia użytkowania – w stopniu, w jakim w ogóle wchodzą w zakres stosowania art. 101 ust. 1 – są objęte rozporządzeniem w sprawie wyłączeń grupowych.

Know-how

- (43) Umowy franchisingowe, z wyjątkiem umów franchisingu przemysłowego, są najoczywistszym przykładem przekazywania nabywcy *know-how* w celach marketingowych²⁰. Umowy franchisingowe zawierają licencje dotyczące praw własności intelektualnej związanych ze znakami towarowymi lub oznaczeniami oraz *know-how* odnośnie do wykorzystania i dystrybucji towarów lub świadczenia usług. Oprócz udzielenia licencji na PWI, franchisingodawca zwykle zapewnia franchisingobiorcy w czasie trwania umowy pomoc handlową lub techniczną, taką jak usługi zaopatrzeniowe, szkolenia, doradztwo odnośnie do nieruchomości, planowanie finansowe itp. Licencja i pomoc są nieodłącznymi składnikami sposobu prowadzenia działalności objętego franchisingiem.
- (44) Udzielanie licencji w umowach franchisingowych jest objęte rozporządzeniem w sprawie wyłączeń grupowych, jeżeli zostało spełnione wszystkie pięć warunków wymienionych w pkt 31. Warunki te są zazwyczaj spełnione, ponieważ na mocy większości umów franchisingowych, w tym umów subfranchisingu, franchisingodawca dostarcza franchisingobiorcy towary lub usługi, w szczególności usługi z zakresu pomocy handlowej lub technicznej. PWI pomagają franchisingobiorcy w odsprzedaży produktów dostarczonych przez franchisingodawcę lub przez dostawcę wyznaczonego przez franchisingodawcę, albo w wykorzystaniu tych produktów i sprzedaży wynikających stąd towarów lub usług. Jeżeli umowa franchisingowa dotyczy jedynie lub przede wszystkim upoważnienia do korzystania z PWI, umowa taka nie jest objęta rozporządzeniem w sprawie wyłączeń grupowych, ale Komisja będzie z reguły stosowała do niej zasady określone w rozporządzeniu w sprawie wyłączeń grupowych oraz w niniejszych wytycznych.

²⁰ Analogicznie punkty 43-45 mają zastosowanie do innych rodzajów umów dystrybucji, które są związane z przekazaniem nabywcy przez dostawcę istotnego *know-how*.

- (45) Poniższe zobowiązania związane z PWI są zwykle uważane za konieczne, aby chronić prawa własności intelektualnej franchisingodawcy i są również – jeżeli wchodzą w zakres stosowania art. 101 ust. 1 – objęte rozporządzeniem w sprawie wyłączeń grupowych:
- a) zobowiązanie franchisingobiorcy do nieangażowania się, bezpośrednio lub pośrednio, w jakąkolwiek podobną działalność;
 - b) zobowiązanie franchisingobiorcy do nienabywania udziałów finansowych w kapitale konkurencyjnego przedsiębiorstwa, które dałyby franchisingobiorcy możliwość wpływania na postępowanie gospodarcze takiego przedsiębiorstwa;
 - c) zobowiązanie franchisingobiorcy do nieujawniania osobom trzecim *know-how* dostarczonego przez franchisingodawcę, tak długo jak to *know-how* nie jest ogólnie znane;
 - d) zobowiązanie franchisingobiorcy do przekazania franchisingodawcy wszelkich doświadczeń zdobytych podczas franchisingu i do przyznania franchisingodawcy – oraz innym franchisingobiorcom – licencji niewyłącznej na *know-how* wynikające z tych doświadczeń;
 - e) zobowiązanie franchisingobiorcy do informowania franchisingodawcy o naruszeniach praw własności intelektualnej, na które udzielono licencji, do podjęcia prawnych działań przeciwko osobom naruszającym te prawa lub do wspierania franchisingodawcy w działaniach prawnych przeciwko takim osobom;
 - f) zobowiązanie franchisingobiorcy do niewykorzystywania *know-how*, na które franchisingodawca udzielił licencji, do celów innych niż franchising;
 - g) zobowiązanie franchisingobiorcy do nieprzenoszenia praw i obowiązków wynikających z umowy franchisingowej bez zgody franchisingodawcy.

2.5 *Związek z innymi rozporządzeniami w sprawie wyłączeń grupowych*

- (46) Artykuł 2 ust. 5 stanowi, iż rozporządzenie w sprawie wyłączeń grupowych „nie ma zastosowania do porozumień wertykalnych, których przedmiot wchodzi w zakres stosowania innego rozporządzenia o wyłączeniu grupowym, chyba że takie rozporządzenie stanowi inaczej”. Dlatego rozporządzenie w sprawie wyłączeń grupowych nie ma zastosowania do porozumień wertykalnych objętych rozporządzeniem Komisji (WE) nr 772/2004 z dnia 27 kwietnia 2004 r. w sprawie stosowania art. 81 ust. 3 Traktatu do kategorii porozumień o transferze technologii²¹, rozporządzeniem (WE) nr 1400/2002 w sprawie stosowania art. 81 ust. 3 Traktatu do kategorii porozumień wertykalnych i praktyk uzgodnionych w sektorze motoryzacyjnym²² lub rozporządzeniem Komisji (WE) nr 2658/2000 z dnia 29 listopada 2000 r. w sprawie stosowania art. 81 ust. 3 Traktatu do kategorii porozumień specjalizacyjnych²³ i rozporządzeniem Komisji (WE) nr 2659/2000 z

²¹ Dz.U. L 123 z 27.4.2004, s. 11.

²² Zob. pkt 25.

²³ Dz.U. L 304 z 5.12.2000, s. 3.

dnia 29 listopada 2000 r. w sprawie stosowania art. 81 ust. 3 Traktatu do kategorii porozumień o badaniach i rozwoju²⁴, wyłączającymi porozumienia wertykalne zawarte w związku z porozumieniami horyzontalnymi lub wszelkimi przyszłymi rozporządzeniami tego rodzaju, chyba że takie rozporządzenie stanowi inaczej.

3. **Najpoważniejsze ograniczenia określone w rozporządzeniu w sprawie wyłączeń grupowych**

- (47) Artykuł 4 rozporządzenia w sprawie wyłączeń grupowych zawiera wykaz najpoważniejszych ograniczeń konkurencji, prowadzących do wykluczenia całego porozumienia wertykalnego z zakresu zastosowania rozporządzenia w sprawie wyłączeń grupowych²⁵. W sytuacji, gdy takie najpoważniejsze ograniczenie konkurencji włączono do porozumienia, domniemywa się, że porozumienie wchodzi w zakres stosowania art. 101 ust. 1. Domniemywa się również, że porozumienie najprawdopodobniej nie spełnia warunków określonych w art. 101 ust. 3, a zatem nie ma zastosowania wyłączenie grupowe. Przedsiębiorstwa mogą jednak wykazać w indywidualnych przypadkach skutki prokonkurencyjne na podstawie art. 101 ust. 3²⁶. Jeśli przedsiębiorstwa uzasadnią, że wynikiem włączenia do porozumienia najpoważniejszych ograniczeń konkurencji jest prawdopodobny wzrost efektywności oraz że zasadniczo spełnione są wszystkie warunki zawarte w art. 101 ust. 3, Komisja będzie zobowiązana do przeprowadzenia skutecznej oceny prawdopodobnego negatywnego wpływu na konkurencję przed dokonaniem ostatecznej oceny, czy spełnione zostały warunki zawarte w art. 101 ust. 3²⁷.
- (48) Najpoważniejsze ograniczenie konkurencji wymienione w art. 4 lit. a) rozporządzenia w sprawie wyłączeń grupowych dotyczy narzucenia cen odsprzedaży (NCO), tj. porozumień lub uzgodnionych praktyk, których bezpośrednim lub pośrednim celem jest ustanowienie stałej lub minimalnej ceny odsprzedaży, bądź stałego lub minimalnego poziomu cen, który musi być przestrzegany przez nabywcę. W przypadku postanowień umownych lub uzgodnionych praktyk, które bezpośrednio ustalają cenę odsprzedaży, ograniczenie jest niewątpliwe. NCO można jednak osiągnąć dzięki środkom pośrednim. Ich przykładem są umowy ustalające marżę dystrybucji, ustalanie maksymalnego poziomu upustu, jakiego dystrybutor może dokonać od wymaganego poziomu cen, uzależnianie przyznania rabatu lub zwrotu kosztów promocji przez dostawcę od przestrzegania danego poziomu cen,

²⁴ Dz.U. L 304 z 5.12.2000, s. 7.

²⁵ Ten wykaz najpoważniejszych ograniczeń konkurencji ma zastosowanie do porozumień wertykalnych dotyczących wymiany handlowej w Unii. W odniesieniu do porozumień wertykalnych dotyczących wywozu poza Unię lub przywozu/ponownego przywozu spoza Unii zob. wyrok Trybunału Sprawiedliwości w sprawie C-306/96 *Javico* przeciwko *Yves Saint Laurent*, Rec. [1998], s. II-1983. W tym wyroku Trybunał Sprawiedliwości stwierdził w pkt 20, że „w przypadku porozumienia, w którym odsprzedający zobowiązuje się wobec producenta, że będzie prowadzić sprzedaż produktów objętych umową na rynku poza Wspólnotą, nie można uznać, że ma ono na celu znaczące ograniczenie konkurencji na wspólnym rynku lub że może ono wpłynąć samo w sobie na wymianę handlową między państwami członkowskimi”.

²⁶ Zob. w szczególności pkt 106–109 opisujące ogólnie możliwe podniesienie efektywności związane z ograniczeniami wertykalnymi oraz sekcję VI.2.10 dotyczącą ograniczeń cen odsprzedaży. Ogólne wskazówki na ten temat – zob. komunikat Komisji – Obwieszczenie – Wytoczne w sprawie stosowania art. 81 ust. 3 Traktatu, Dz.U. C 101 z 27.4.2004, s. 97.

²⁷ Wprawdzie z prawnego punktu widzenia są to dwa odrębne etapy, ale w praktyce mogą one stanowić powtarzalny proces, w ramach którego strony i Komisja w kilku etapach rozszerzają i udoskonalają odpowiednio swoje argumenty.

wiązanie wymaganej ceny odsprzedaży z cenami odsprzedaży konkurentów, pogrożki, zastraszanie, ostrzeżenia, kary, opóźnianie lub zawieszenie dostaw lub rozwiązanie umów w związku z przestrzeganiem danego poziomu cen. Bezpośrednie lub pośrednie środki służące ustalaniu cen mogą być skuteczniejsze w połączeniu ze środkami służącymi identyfikacji dystrybutorów obniżających ceny, takimi jak wprowadzenie systemu monitorowania cen lub obowiązek detalistów informowania o innych członkach sieci dystrybucji, którzy odchodzą od standardowego poziomu cen. Podobnie, bezpośrednie lub pośrednie ustalanie cen może być skuteczniejsze w połączeniu ze środkami zmniejszającymi bodźce nabywcy do obniżania ceny odsprzedaży, takimi jak drukowanie przez dostawcę zalecanej ceny odsprzedaży na produkcie lub zobowiązania nabywcy przez dostawcę do stosowania klauzuli najbardziej uprzywilejowanego klienta. Te same pośrednie środki i te same „wspierające” działania mogą być wykorzystane do tego, aby ceny maksymalne lub zalecane działały jako NCO. Jednak wykorzystanie konkretnego środka wsparcia lub dostarczenie nabywcy przez dostawcę wykazu zalecanych cen lub cen maksymalnych nie jest samo w sobie uważane za prowadzące do NCO.

- (49) W przypadku umów agencyjnych dający zlecenie zwykle ustala cenę sprzedaży, jako że agent nie staje się właścicielem towarów. Jeżeli jednak takiej umowy nie można zakwalifikować jako umowy agencyjnej dla celów stosowania art. 101 ust. 1 (zob. pkt 12–21), zobowiązanie uniemożliwiające lub ograniczające dzielenie się przez agenta prowizją – stałą lub zmienną – z klientem byłoby najpoważniejszym ograniczeniem konkurencji na mocy art. 4 lit. a) rozporządzenia w sprawie wyłączeń grupowych. Aby uniknąć włączenia takiego najpoważniejszego ograniczenia konkurencji do umowy, agent powinien zatem mieć pozostawioną swobodę obniżania faktycznej ceny zapłaconej przez klienta bez zmniejszania dochodu dającego zlecenie²⁸.
- (50) Najpoważniejsze ograniczenie konkurencji określone w art. 4 lit. b) rozporządzenia w sprawie wyłączeń grupowych dotyczy porozumień lub uzgodnionych praktyk, których bezpośrednim lub pośrednim celem jest ograniczenie sprzedaży przez nabywcę będącego stroną porozumienia lub jego klientów, na tyle na ile ograniczenia te związane są z terytorium, na którym nabywca lub jego klienci mogą sprzedawać towary lub usługi objęte porozumieniem, lub z klientami, którym mogą je sprzedawać. To najpoważniejsze ograniczenie konkurencji wiąże się z dzieleniem rynku według terytoriów lub według grup klientów. Może to być wynikiem bezpośrednich zobowiązań, takich jak obowiązek rezygnacji ze sprzedaży pewnym klientom czy klientom na pewnych terytoriach lub zobowiązania do kierowania zamówień od tych klientów do innych dystrybutorów. Może to również wynikać ze środków pośrednich, mających na celu skłonienie dystrybutora do niesprzedawania towarów takim klientom, takich jak: odmowa lub zmniejszenie premii i rabatów, zakończenie dostaw, zmniejszenie wielkości dostaw lub ograniczenie dostaw do popytu na przydzielonym terenie lub do grupy klientów, groźba rozwiązania umowy, żądanie wyższej ceny za produkty, które mają być eksportowane, ograniczenie części sprzedaży, która może być eksportowana lub zobowiązanie do przekazywania zysków. Może ponadto wynikać z tego, iż dostawca nie świadczy usług gwarancyjnych na obszarze całej Unii, w ramach których dystrybutorzy zwykle są

²⁸

Zob. na przykład decyzja Komisji 91/562/EWG w sprawie nr IV/32.737 – Eirpage, Dz.U. L 306 z 7.11.1991, s. 22 (w szczególności pkt 6).

zobowiązani do świadczenia usług gwarancyjnych, a ich koszty są zwracane przez dostawcę, nawet w związku z produktami sprzedawanymi przez innych dystrybutorów na ich terenie²⁹. Prawdopodobieństwo, iż takie praktyki będą postrzegane jako ograniczenie sprzedaży przez nabywcę jest tym większe, gdy są one stosowane w połączeniu z wprowadzeniem przez dostawcę systemu monitorowania mającego na celu sprawdzanie faktycznego przeznaczenia dostarczanych towarów, np. używania zróżnicowanych etykiet lub numerów serii. Obowiązki odsprzedawcy związane z eksponowaniem marki dostawcy nie są jednak klasyfikowane jako najpoważniejsze ograniczenie konkurencji. Ponieważ art. 4 lit. b) dotyczy wyłącznie ograniczeń odnoszących się do sprzedaży przez nabywcę lub jego klientów, wynika z tego, że ograniczenia sprzedaży przez dostawcę również nie są najpoważniejszym ograniczeniem konkurencji z zastrzeżeniem uwag zawartych w pkt 59 dotyczących sprzedaży części zamiennych w kontekście art. 4 lit. e) rozporządzenia w sprawie wyłączeń grupowych. Artykuł 4 lit. b) ma zastosowanie bez uszczerbku dla ograniczenia dotyczącego miejsca prowadzenia działalności nabywcy. W związku z tym przywilej wynikający z rozporządzenia w sprawie wyłączeń grupowych nadal ma zastosowanie, jeżeli zostanie uzgodnione, że nabywca ograniczy swoje punkty dystrybucji i hurtownie do określonego adresu, miejsca lub terenu.

- (51) W art. 4 lit. b) rozporządzenia w sprawie wyłączeń grupowych przewidziano cztery wyjątki od najpoważniejszego ograniczenia konkurencji. Pierwszy wyjątek przewidziany w art. 4 lit. b) ppkt (i) pozwala dostawcy na ograniczenie aktywnej sprzedaży przez nabywcę będącego stroną porozumienia, prowadzonej na określonym obszarze lub wobec określonej grupy klientów, które zostały przydzielone na zasadzie wyłączności innemu nabywcy lub które dostawca zarezerwował dla siebie. Wyłączny przydział terytorium lub grupy klientów ma miejsce, gdy dostawca zgadza się na sprzedaż swoich produktów wyłącznie jednemu dystrybutorowi w celu dystrybucji na określonym terytorium lub określonej grupie klientów, a wyłączny dystrybutor jest chroniony przed aktywną sprzedażą na jego terytorium lub jego grupie klientów ze strony wszystkich innych nabywców tego dostawcy na obszarze Unii, niezależnie od sprzedaży przez tego dostawcę. Dostawca ma prawo łączyć przydział wyłącznego terytorium i wyłącznej grupy klientów na przykład poprzez wyznaczenie wyłącznego dystrybutora dla określonej grupy klientów na określonym terytorium. Taka ochrona przydzielonych na wyłączność terytoriów lub grup klientów musi jednak umożliwiać sprzedaż bierną na tych terytoriach lub tym grupom klientów. Do celów stosowania art. 4 lit. b) rozporządzenia w sprawie wyłączeń grupowych Komisja przyjmuje następującą interpretację sprzedaży „aktywnej” i „biernej”:

- sprzedaż „aktywna” oznacza nawiązywanie kontaktów z poszczególnymi klientami poprzez – na przykład – bezpośrednie listy, w tym wysyłanie

²⁹ Jeżeli dostawca postanowi nie zwracać swoim dystrybutorom kosztów usług świadczonych na podstawie gwarancji o zasięgu unijnym, może dojść do porozumienia z tym dystrybutorami, zgodnie z którym dystrybutor prowadzący sprzedaż poza przydzielonym sobie terenem będzie uiszczał na rzecz dystrybutora wyznaczonego na tym terenie docelowym opłatę opartą na kosztach świadczonych usług (usług które mają być świadczone) z uwzględnieniem rozsądnej marży zysku. Tego rodzaju system może nie być traktowany jako ograniczenie sprzedaży przez dystrybutora poza jego terenem (zob. wyrok Sądu Pierwszej Instancji w sprawie T-67/01 *JCB Service* przeciwko *Komisji*, Rec. [2004], s. II-49, pkt 136-145).

niezamawianych wiadomości poczty elektronicznej, lub wizyty lub aktywne kontakty z konkretną grupą klientów lub klientami na konkretnym terytorium za pośrednictwem reklam w mediach, w Internecie lub innych promocji specjalnie ukierunkowanych na tę grupę klientów lub na klientów na tym terenie. Reklama lub promocja, która jest atrakcyjna dla nabywcy wyłącznie wtedy, gdy trafi ona (również) do konkretnej grupy klientów lub klientów na konkretnym terytorium, jest uznawana za sprzedaż aktywną na rzecz tej grupy klientów lub klientów na tym terytorium;

- sprzedaż „bierna” oznacza odpowiadanie na niezamówione wnioski ze strony klientów indywidualnych, w tym dostawę towarów lub usług takim klientom. Ogólne reklamy lub promocja, które docierają do klientów na (wyłącznych) terytoriach lub należących do grup przydzielonych innym dystrybutorom, lecz będące odpowiednim sposobem docierania do klientów poza tymi terytoriami lub grupami, np. do klientów na własnym terytorium, stanowią sprzedaż bierną. Reklamy i promocje ogólne uważa się za odpowiedni sposób dotarcia do takich klientów, jeśli dla nabywcy poczynienie takich inwestycji byłoby atrakcyjne, również jeśli nie dotarłyby one do klientów w ramach terytoriów lub grup klientów należących (wyłącznie) do innych dystrybutorów.

(52) Internet jest skutecznym narzędziem umożliwiającym dotarcie do większej liczby klientów oraz innych grup klientów niż w przypadku tradycyjnych metod sprzedaży i z tego względu pewne ograniczenia dotyczące wykorzystania Internetu traktuje się jako ograniczenia dotyczące (od)sprzedaży. Zasadniczo każdy dystrybutor musi mieć prawo wykorzystywać Internet w celu sprzedaży produktów. Generalnie wykorzystanie przez dystrybutora strony internetowej do sprzedaży produktów uznaje się za formę sprzedaży biernej, ponieważ jest to uzasadniony sposób umożliwiający klientom dotarcie do dystrybutora. Wykorzystanie strony internetowej może mieć skutki wykraczające poza własne terytorium lub grupę klientów dystrybutora, co jednak wynika z technologii, pozwalającej na łatwy dostęp z każdego miejsca. Jeżeli klient odwiedza stronę internetową dystrybutora i kontaktuje się z nim i jeżeli taki kontakt prowadzi do sprzedaży, w tym dostawy, wówczas jest to uważane za sprzedaż bierną. Tak samo jest w przypadku, gdy klient zgadza się na otrzymywanie (przekazywanych automatycznie) informacji od dystrybutora i taka zgoda prowadzi do sprzedaży. Oferowanie możliwości wyboru języka na stronie internetowej samo w sobie nie zmienia biernego charakteru takiej sprzedaży. Komisja uważa zatem poniższe działania za przykłady najpoważniejszych ograniczeń sprzedaży biernej, ponieważ mogą one ograniczyć możliwości dotarcia przez dystrybutora do większej liczby klientów oraz innych grup klientów:

- a) uzgodnienie, że (wyłączny) dystrybutor uniemożliwi klientom znajdującym się na innym (wyłącznym) terytorium przeglądanie jego strony internetowej lub że będzie automatycznie przekierowywał swoich klientów na stronę internetową producenta lub innych (wyłącznych) dystrybutorów. Nie wyklucza to uzgodnienia, że na stronie internetowej dystrybutora zostaną ponadto zamieszczone łącza do stron internetowych innych dystrybutorów lub dostawcy;
- b) uzgodnienie, że (wyłączny) dystrybutor zakończy transakcje internetowe klientów w momencie, kiedy okaże się, że dane ich karty kredytowej zawierają adres znajdujący się poza (wyłącznym) terytorium dystrybutora;

- c) uzgodnienie, że dystrybutor ograniczy swoją część łącznej sprzedaży dokonywanej przez Internet. Nie wyklucza to żądania przez dostawcę, bez ograniczania sprzedaży internetowej prowadzonej przez dystrybutora, aby nabywca sprzedawał przynajmniej pewną bezwzględną ilość (wyrażoną jako wartość lub ilość/liczbę) produktów poza Internetem, aby zapewnić efektywne funkcjonowanie swojego lokalu handlowego (fizycznego punktu sprzedaży); nie wyklucza to też podejmowania przez dostawcę działań w celu upewnienia się, że działalność prowadzona przez dystrybutora przez Internet pozostaje w zgodzie z modelem dystrybucji dostawcy (zob. pkt 54 i 56). Bezwzględna wielkość wymaganej sprzedaży poza Internetem może być taka sama dla wszystkich nabywców lub określana indywidualnie dla każdego nabywcy na podstawie obiektywnych kryteriów takich, jak: pozycja nabywcy w sieci lub jego umiejscowienie geograficzne;
- d) uzgodnienie, że dystrybutor płaci wyższą cenę za produkty przeznaczone do odsprzedaży przez dystrybutora w Internecie niż za produkty przeznaczone do odsprzedaży poza Internetem. Nie wyklucza to uzgodnienia przez dostawcę z nabywcą stałej opłaty (tzn. opłaty, która nie ma charakteru zmiennej i której kwota nie wzrasta wraz z obrotem osiągniętym poza Internetem, ponieważ pośrednio prowadziłyby to do stosowania podwójnych cen) w celu wspierania działań nabywcy w zakresie sprzedaży w Internecie lub poza nim.

(53) Ograniczenie wykorzystywania Internetu przez dystrybutorów będących stroną porozumienia jest zgodne z rozporządzeniem w sprawie wyłączeń grupowych w takim zakresie, w jakim promocja w Internecie lub wykorzystywanie Internetu prowadziłyby do sprzedaży aktywnej na przykład na terytoriach innych wyłącznych dystrybutorów lub na rzecz innych grup klientów. Komisja uważa reklamy internetowe skierowane do określonych klientów za formę aktywnej sprzedaży na rzecz tych klientów. Na przykład bannery ukierunkowane na określone terytorium, zamieszczane na stronach internetowych osób trzecich, stanowią formę aktywnej sprzedaży na terytorium, na którym są one wyświetlane. Ogólnie rzecz biorąc działania podejmowane po to, by umożliwić odnalezienie konkretnie na danym terytorium lub przez określoną grupę klientów stanowią aktywną sprzedaż na tym terytorium lub na rzecz tej grupy klientów. Na przykład opłacanie wyszukiwarki internetowej lub dostawcy reklam internetowych za wyświetlanie reklam specjalnie dla użytkowników na konkretnym terytorium stanowi aktywną sprzedaż na tym terytorium.

(54) Jednakże na mocy wyłączenia grupowego dostawca może wymagać pewnych standardów jakości przy wykorzystaniu strony internetowej do odsprzedaży jego towarów, podobnie jak może wymagać pewnych standardów jakości od sklepu, w przypadku sprzedaży katalogowej lub ogólnie w reklamie i promocji. Może mieć to znaczenie szczególnie przy dystrybucji selektywnej. Na mocy wyłączenia grupowego dostawca może na przykład uwarunkować przystąpienie przez dystrybutorów do sieci jego dystrybucji posiadaniem przynajmniej jednego lokalu handlowego lub salonu wystawowego. Na mocy wyłączenia grupowego możliwe także jest późniejsze zmodyfikowanie takiego warunku, chyba że zmiany takie miałyby na celu bezpośrednio lub pośrednio ograniczenie sprzedaży prowadzonej przez dystrybutorów przez Internet. Podobnie dostawca może zażądać od dystrybutorów, aby wykorzystywali platformy osób trzecich do dystrybucji produktów objętych porozumieniem jedynie zgodnie ze standardami i warunkami

uzgodnionymi przez dostawcę i jego dystrybutorów w związku z wykorzystywaniem Internetu przez dystrybutorów. Jeżeli na przykład platforma osoby trzeciej zapewnia hosting strony internetowej dystrybutora, dostawca może wymagać, aby klienci nie wchodzili na stronę internetową dystrybutora poprzez stronę zawierającą nazwę lub logo platformy osoby trzeciej.

- (55) Istnieją trzy kolejne wyjątki od najpoważniejszego ograniczenia konkurencji w art. 4 lit. b) rozporządzenia w sprawie wyłączeń grupowych. Wszystkie te trzy wyjątki umożliwiają ograniczenie sprzedaży zarówno aktywnej, jak i biernej. W ramach pierwszego wyjątku dozwolone jest powstrzymanie hurtownika od sprzedaży użytkownikom końcowym, co umożliwia dostawcy utrzymanie odrębności szczebla hurtowego i detalicznego obrotu handlowego. Jednakże ten wyjątek nie wyklucza hurtownikowi możliwości prowadzenia sprzedaży na rzecz określonych użytkowników ostatecznych, na przykład większych użytkowników ostatecznych, bez zezwalania na prowadzenie sprzedaży na rzecz (wszystkich) innych użytkowników ostatecznych. Drugi wyjątek pozwala dostawcy na ograniczenie wyznaczonemu dystrybutorowi w systemie dystrybucji selektywnej swobody prowadzenia sprzedaży – na dowolnym szczeblu obrotu handlowego – na rzecz nieautoryzowanych dystrybutorów zlokalizowanych na terytorium, na którym aktualnie działa taki system lub na którym dostawca jeszcze nie prowadzi sprzedaży produktów objętych porozumieniem (zwane w art. 4 lit. b) ppkt (iii) „terytorium, na którym dostawca postanowił stosować system”). Trzeci wyjątek pozwala dostawcy na ograniczenie nabywcy komponentów, któremu dostarcza się komponenty w celu ich wbudowania, możliwości odsprzedaży ich konkurentom dostawcy. Termin „komponent” obejmuje wszelkie towary pośrednie, a termin „wbudowanie” oznacza korzystanie z wszelkich nakładów do produkcji towarów.
- (56) Najpoważniejsze ograniczenie konkurencji wymienione w art. 4 lit. c) rozporządzenia w sprawie wyłączeń grupowych wyklucza ograniczenia aktywnej i biernej sprzedaży na rzecz użytkowników końcowych – niezależnie od tego, czy są to profesjonalni użytkownicy końcowi, czy bezpośredni konsumenci – przez członków sieci dystrybucji selektywnej, bez uszczerbku dla możliwości zakazania członkowi sieci prowadzenia działalności w miejscach do tego nieautoryzowanych. W związku z tym dealerzy w systemie dystrybucji selektywnej – zdefiniowanym w art. 1 ust. 1 lit. e) rozporządzenia w sprawie wyłączeń grupowych – nie mogą być ograniczani w zakresie wyboru użytkowników, którym mogą sprzedawać, lub agentów nabywających, działających na rzecz tych użytkowników, chyba że ograniczenie to ma na celu ochronę systemu wyłącznej dystrybucji stosowanego gdzie indziej (zob. pkt 51). W systemie dystrybucji selektywnej dealerzy powinni mieć swobodę prowadzenia sprzedaży aktywnej i biernej wszystkim użytkownikom końcowym, również przy pomocy Internetu. Dlatego też Komisja uważa za najpoważniejsze ograniczenie konkurencji wszelkie zobowiązania odwołujące wyznaczonych dealerów od wykorzystywania Internetu w celu dotarcia do większej liczby klientów oraz innych grup klientów poprzez nałożenie na sprzedaż przez Internet kryteriów, które nie są ogólnie równoważne z kryteriami odnoszącymi się do sprzedaży w lokalu handlowym. Nie oznacza to, że kryteria dotyczące sprzedaży przez Internet muszą być identyczne jak kryteria dla sprzedaży poza Internetem. Powinny one raczej dotyczyć tych samych celów i zapewniać porównywalne wyniki, a różnica między tymi kryteriami musi być uzasadniona różnym charakterem tych dwóch metod dystrybucji. Na przykład aby zapobiec sprzedaży do

nieautoryzowanego dealera, dostawca może ograniczyć swoim wybranym dealerom możliwość sprzedaży indywidualnym użytkownikom końcowym więcej niż określonej ilości produktów objętych porozumieniem. Taki wymóg może być surowszy w przypadku sprzedaży przez Internet, jeżeli nieautoryzowanemu dealerowi łatwiej jest zdobyć te produkty za pomocą Internetu. Podobnie może on być surowszy w przypadku sprzedaży poza Internetem, jeżeli łatwiej jest zdobyć produkty w lokalu handlowym. Aby zapewnić terminową dostawę produktów objętych porozumieniem, w przypadku sprzedaży poza Internetem dostawca może wymagać natychmiastowego dostarczenia produktów. Ponieważ nie można narzucić takiego samego wymogu dla sprzedaży przez Internet, dostawca może wyznaczyć określone realistyczne terminy dostaw dla tego typu sprzedaży. Może zaistnieć konieczność określenia szczególnych wymogów dotyczących wsparcia po sprzedaży zapewnianego przez Internet, tak aby pokryć koszty zwrotu produktów przez klientów, oraz dotyczących stosowania bezpiecznych systemów płatności.

- (57) Na terytorium, na którym dostawca stosuje dystrybucję selektywną, dystrybucja selektywna nie może być połączona z dystrybucją wyłączną, ponieważ prowadziłoby to do najpoważniejszego ograniczenia aktywnej lub biernej sprzedaży przez dealerów objętego art. 4 lit. c), z wyjątkiem ograniczeń nakładanych na możliwość określenia przez dealera miejsca, w którym prowadzi on działalność. Wybranym dealerom można zakazać prowadzenia działalności w różnych lokalach lub otwarcia nowego punktu sprzedaży w innym miejscu. W takiej sytuacji wykorzystanie przez dystrybutora własnej strony internetowej nie może być uznane za równoznaczne z otwarciem nowego punktu sprzedaży w innej lokalizacji. Jeżeli punkt sprzedaży dealera jest ruchomy, może zostać określony obszar poza którym ruchomy punkt sprzedaży nie może działać. Dodatkowo dostawca może zobowiązać się do prowadzenia dostaw tylko dla jednego dealera lub ograniczonej liczby dealerów w konkretnej części terytorium, na którym stosuje się system dystrybucji selektywnej.
- (58) Najpoważniejsze ograniczenie konkurencji wymienione w art. 4 lit. d) rozporządzenia w sprawie wyłączeń grupowych dotyczy ograniczenia wzajemnych dostaw między wyznaczonymi dystrybutorami w ramach systemu dystrybucji selektywnej. W związku z tym bezpośrednim lub pośrednim celem porozumienia lub uzgodnionej praktyki nie może być uniemożliwianie lub ograniczenie aktywnej lub biernej sprzedaży produktów objętych porozumieniem między wybranymi dystrybutorami. Wybrani dystrybutorzy muszą mieć swobodę zakupu produktów objętych porozumieniem od innych wyznaczonych dystrybutorów w ramach sieci, działających na tym samym lub na innym szczeblu obrotu handlowego. W konsekwencji dystrybucja selektywna nie może być połączona z ograniczeniami wertykalnymi mającymi na celu zmuszenie dystrybutorów do nabywania produktów objętych porozumieniem wyłącznie z danego źródła. Oznacza to również, iż w ramach sieci dystrybucji selektywnej nie można nałożyć żadnych ograniczeń na wyznaczonych hurtowników odnośnie do sprzedawania przez nich produktu wyznaczonym detalistom.
- (59) Najpoważniejsze ograniczenie konkurencji wymienione w art. 4 lit. e) rozporządzenia w sprawie wyłączeń grupowych dotyczy porozumień, które uniemożliwiają lub ograniczają uzyskiwanie przez użytkowników końcowych, niezależne zakłady naprawcze i usługodawców, części zamiennych bezpośrednio od producenta tych części. Umowa między producentem części zamiennych i nabywcą, który wbudowuje te części do własnych produktów (producent oryginalnego sprzętu

– POS), nie może – bezpośrednio lub pośrednio – uniemożliwiać lub ograniczać sprzedaży tych części przez producenta użytkownikom końcowym, niezależnym zakładom naprawczym i usługodawcom. Ograniczenia pośrednie mogą pojawiać się w szczególności wówczas, gdy dostawca części zamiennych jest ograniczony w dostarczaniu informacji technicznych i specjalnego sprzętu, koniecznych do wykorzystania części zamiennych przez użytkowników, niezależne zakłady naprawcze i usługodawców. Jednak porozumienie może nałożyć ograniczenia na dostawę części zamiennych zakładom naprawczym i usługodawcom, którym producent oryginalnego sprzętu powierzył naprawę lub serwisowanie jego własnych produktów. Innymi słowy – producent oryginalnego sprzętu może wymagać, aby jego własna sieć napraw i serwisu kupowała części zamienne od niego.

4. Indywidualne przypadki najpoważniejszych ograniczeń dotyczących sprzedaży, które mogą wykroczać poza zakres stosowania art. 101 ust. 1 lub które mogą spełniać warunki określone w art. 101 ust. 3

- (60) Najpoważniejsze ograniczenia mogą w wyjątkowych przypadkach być obiektywnie niezbędne ze względu na rodzaj lub charakter danego porozumienia³⁰ i w ten sposób wykroczać poza zakres stosowania art. 101 ust. 1. Na przykład najpoważniejsze ograniczenie może być obiektywnie niezbędne, by zagwarantować, że publiczny zakaz sprzedaży substancji niebezpiecznych określonym klientom ze względów bezpieczeństwa lub ze względów zdrowotnych jest przestrzegany. Ponadto przedsiębiorstwa mogą powoływać się w indywidualnych przypadkach na efektywność na podstawie art. 101 ust. 3. W niniejszej sekcji podano kilka przykładów ograniczeń dotyczących (od)sprzedaży, natomiast narzucenie cen odsprzedaży omówiono w sekcji VI.2.10.
- (61) Dystrybutor, który jako pierwszy będzie sprzedawać nową markę lub jako pierwszy będzie sprzedawać istniejącą markę na nowym rynku, zapewniając w ten sposób rzeczywiste wejście na rynek właściwy, może być zmuszony do poczynienia znaczących inwestycji, jeżeli na rynku nie było wcześniej popytu na tego typu produkt w ogóle lub na tego typu produkt od tego producenta. Wydatki takie często mogą być nie do odzyskania i w takich okolicznościach dystrybutor może nie zawrzeć umowy dystrybucji bez uzyskania przez pewien czas ochrony przed prowadzeniem przez innych dystrybutorów sprzedaży (aktywnej oraz) biernej na jego własnym terytorium lub na rzecz jego własnej grupy klientów. Taka sytuacja może mieć miejsce na przykład, gdy producent o ustalonej pozycji na danym rynku krajowym wchodzi na inny rynek krajowy i wprowadza swoje produkty przy pomocy wyłącznego dystrybutora i gdy dystrybutor ten potrzebuje dokonać inwestycji we wprowadzenie marki na ten nowy rynek i ugruntowanie jej pozycji. Dlatego też, jeśli konieczne jest, by dystrybutor poczynił znaczące inwestycje w celu stworzenia lub rozwinięcia nowego rynku, ograniczenia sprzedaży biernej prowadzonej przez innych dystrybutorów w ramach takiego terytorium lub na rzecz takiej grupy klientów, które są niezbędne, aby dystrybutor mógł odzyskać koszty tych inwestycji, zasadniczo nie wchodzi w zakres stosowania art. 101 ust. 1 przez pierwsze dwa lata, kiedy to dystrybutor sprzedaje objęte porozumieniem towary lub usługi na tym terytorium lub tej grupie klientów, nawet jeżeli zazwyczaj przyjmuje

³⁰ Zob. pkt 18 komunikatu Komisji – Obwieszczenie – Wytyczne w sprawie stosowania art. 81 ust. 3 Traktatu, Dz.U. C 101 z 27.4.2004, s. 97.

się, że takie najpoważniejsze ograniczenia wchodzą w zakres stosowania art. 101 ust. 1.

- (62) W przypadku faktycznego testowania nowego produktu na ograniczonym terytorium lub wśród ograniczonej grupy klientów oraz w przypadku stopniowego wprowadzania nowego produktu dystrybutorzy wyznaczeni do sprzedaży nowego produktu na rynku próbnym lub do uczestniczenia w pierwszym etapie (pierwszych etapach) stopniowego wprowadzania produktu na rynek mogą być ograniczeni, jeżeli chodzi o aktywną sprzedaż poza rynkiem próbnym lub rynkiem (rynkami), na którym (których) produkt wprowadza się w pierwszej kolejności przez okres niezbędny do przetestowania lub wprowadzenia produktu na rynek, a takie ograniczenie nie wchodzi w zakres stosowania art. 101 ust. 1.
- (63) W przypadku systemu dystrybucji selektywnej wzajemne dostawy między wyznaczonymi dystrybutorami muszą zasadniczo pozostać nieograniczone (zob. pkt 58). Jeżeli jednak wyznaczeni hurtownicy usytuowani na różnych terytoriach są zobowiązani do zainwestowania w działania promocyjne na „swoich” terytoriach, by wspierać sprzedaż prowadzoną przez wyznaczonych detalistów i nie jest możliwe w praktyce określenie w umowie wymaganych działań promocyjnych, ograniczenia aktywnej sprzedaży prowadzonej przez hurtowników na rzecz wyznaczonych detalistów na terytoriach innych hurtowników, mające na celu przewyższenie ewentualnych problemów związanych z niewłaściwą działalnością rynkową (ang. *free-riding*), mogą w indywidualnych przypadkach spełniać warunki zawarte w art. 101 ust. 3.
- (64) Ogólnie rzecz biorąc uzgodnienie, że dystrybutor płaci wyższą cenę za produkty przeznaczone do odsprzedaży przez dystrybutora w Internecie w stosunku do ceny za produkty przeznaczone do odsprzedaży poza Internetem (stosowanie podwójnych cen) stanowi najpoważniejsze ograniczenie (zob. pkt 52). Jednakże w pewnych szczególnych okolicznościach takie uzgodnienie może spełniać warunki określone w art. 101 ust. 3. Takie okoliczności mogą zaistnieć, gdy producent uzgadnia takie stosowanie podwójnych cen ze swoimi dystrybutorami, ponieważ sprzedaż przez Internet pociąga za sobą znacznie wyższe koszty dla producenta niż sprzedaż prowadzona poza Internetem. Gdy na przykład sprzedaż prowadzona poza Internetem obejmuje montaż w domu przez dystrybutora, natomiast sprzedaż przez Internet nie, ta druga opcja może prowadzić do zwiększonej liczby reklamacji składanych przez klientów i roszczeń gwarancyjnych wysuwanych wobec producenta. W tym kontekście Komisja zbada również, w jakim zakresie ograniczenie może prowadzić do ograniczenia sprzedaży przez Internet oraz utrudniać dystrybutorowi dotarcie do większej liczby klientów oraz innych grup klientów.

5. Ograniczenia konkurencji wykluczone na mocy rozporządzenia w sprawie wyłączeń grupowych

- (65) Artykuł 5 rozporządzenia w sprawie wyłączeń grupowych wyklucza pewne zobowiązania z zakresu stosowania tego rozporządzenia, nawet jeżeli nie został przekroczony próg udziału w rynku. Rozporządzenie w sprawie wyłączeń grupowych nadal ma jednak zastosowanie do pozostałej części porozumienia wertykalnego, jeżeli ta część da się oddzielić od zobowiązań nieobjętych wyłączeniem.

- (66) Pierwsze wykluczenie jest przewidziane w art. 5 ust. 1 lit. a) rozporządzenia w sprawie wyłączeń grupowych i dotyczy zakazów konkurowania. Zakazy konkurowania są to uzgodnienia, w wyniku których nabywca dokonuje u dostawcy lub we wskazanym przez niego innym przedsiębiorstwie ponad 80 % wszystkich swoich zakupów towarów i usług objętych porozumieniem i ich substytutów dokonanych w poprzednim roku kalendarzowym (zgodnie z definicją w art. 1 ust. 1 lit. d) rozporządzenia w sprawie wyłączeń grupowych), co uniemożliwia nabywcy zakup konkurencyjnych towarów lub usług lub ogranicza taki zakup do mniej niż 20 % łącznych zakupów. Jeżeli w pierwszym roku po zawarciu porozumienia brak jest danych dotyczących nabywcy za rok poprzedzający podpisanie umowy, mogą być wykorzystane najdokładniejsze dane szacunkowe nabywcy dotyczące jego łącznego rocznego zapotrzebowania. Takie zakazy konkurowania nie są objęte rozporządzeniem w sprawie wyłączeń grupowych, jeżeli ich czas trwania jest nieokreślony lub przekracza pięć lat. Zakazy konkurowania, które są w sposób milczący odnawiane po upływie pięciu lat, nie są również objęte rozporządzeniem w sprawie wyłączeń grupowych (zob. art. 5 ust. 1 akapit drugi). Generalnie zakazy konkurowania korzystają z przywileju wyłączenia na mocy tego rozporządzenia, jeżeli czas ich trwania jest ograniczony do pięciu lub mniej lat, a nie istnieją żadne przeszkody uniemożliwiające nabywcy skuteczne zakończenie zakazu konkurowania po upływie okresu pięciu lat. Jeżeli na przykład umowa przewiduje pięcioletni zakaz konkurowania, a dostawca zapewnia nabywcy pożyczkę, spłata tej pożyczki nie może uniemożliwiać nabywcy faktycznego zakończenia zakazu konkurowania po upływie okresu pięciu lat. Podobnie, jeżeli dostawca zaopatruje nabywcę w sprzęt, który nie jest związany z konkretną umową, nabywca powinien mieć możliwość przejęcia sprzętu zgodnie z jego wartością rynkową po wygaśnięciu zakazu konkurowania.
- (67) Limit pięciu lat czasu trwania nie ma zastosowania, gdy towary lub usługi są odsprzedawane przez nabywcę „w lokalu i na terenie, których właścicielem jest dostawca lub które dostawca wynajmuje lub dzierżawi od osób trzecich niezwiązanych z nabywcą”. W takich przypadkach zakaz konkurowania może trwać tyle samo, ile okres zajmowania punktu sprzedaży przez nabywcę (art. 5 ust. 2 rozporządzenia w sprawie wyłączeń grupowych). Wyjątek ten jest spowodowany tym, iż zazwyczaj nie można się spodziewać, aby dostawca pozwolił na sprzedaż konkurencyjnych produktów w lokalu i na terenie stanowiącym jego własność bez jego zgody. Analogicznie te same zasady mają zastosowanie, gdy nabywca do prowadzenia działalności wykorzystuje ruchomy punkt sprzedaży będący własnością dostawcy lub dzierżawiony przez dostawcę od osoby trzeciej niezwiązanej z nabywcą. W odniesieniu do sztucznych stosunków własności, takich jak przeniesienie przez dystrybutora praw własności do terenu lub lokalu na dostawcę tylko na ograniczony czas, mających na celu uniknięcie limitu pięciu lat, nie można zastosować tego wyjątku.
- (68) Drugie wykluczenie z zakresu stosowania wyłączenia grupowego jest przewidziane w art. 5 ust. 1 lit. b) rozporządzenia w sprawie wyłączeń grupowych i dotyczy zakazów konkurowania po zakończeniu porozumienia, nakładanych na nabywcę. Takie zakazy konkurowania nie są zwykle objęte rozporządzeniem w sprawie wyłączeń grupowych, chyba że zobowiązanie takie jest konieczne do ochrony *know-how* przekazanego nabywcy przez dostawcę, jest ograniczone do punktu sprzedaży, w którym nabywca działał w trakcie obowiązywania porozumienia i jest

ograniczone do maksymalnie jednego roku (zob. art. 5 ust. 2 rozporządzenia w sprawie wyłączeń grupowych). Zgodnie z definicją zawartą w art. 1 ust. 1 lit. g) rozporządzenia w sprawie wyłączeń grupowych *know-how* musi być „istotne”, co oznacza, że *know-how* obejmuje informacje ważne i użyteczne dla nabywcy z punktu widzenia używania, sprzedaży lub odsprzedaży towarów lub usług objętych porozumieniem.

- (69) Trzecie wykluczenie z zakresu stosowania wyłączenia grupowego jest przewidziane w art. 5 ust. 1 lit. c) rozporządzenia w sprawie wyłączeń grupowych i dotyczy sprzedaży konkurencyjnych towarów w systemie dystrybucji selektywnej. Rozporządzenie w sprawie wyłączeń grupowych obejmuje połączenie dystrybucji selektywnej z zakazem konkurowania, obligujące dealerów do nieodsprzedawania konkurencyjnych marek w ogóle. Jeżeli jednak dostawca uniemożliwia swym wyznaczonym dealerom, bezpośrednio lub pośrednio, kupowanie produktów do odsprzedaży od konkretnych konkurencyjnych dostawców, takie zobowiązanie nie może korzystać z przywileju rozporządzenia w sprawie wyłączeń grupowych. Celem wykluczenia tego zobowiązania jest uniknięcie sytuacji, w której pewna liczba dostawców korzystających z tych samych punktów dystrybucji selektywnej uniemożliwia jednemu konkretnemu konkurentowi lub pewnym konkretnym konkurentom korzystanie z tych punktów do dystrybucji ich produktów (zamknięcie dostępu do rynku konkurującemu dostawcy, które stanowiłoby formę zbiorowego bojkotu)³¹.

6. Podzielność

- (70) Rozporządzenie w sprawie wyłączeń grupowych wyłącza porozumienia wertykalne pod warunkiem, że żadne najpoważniejsze ograniczenie konkurencji, określone w art. 4 tego rozporządzenia, nie jest zawarte lub praktykowane w ramach porozumienia wertykalnego. Jeżeli występuje jedno lub więcej najpoważniejszych ograniczeń konkurencji, przywileju rozporządzenia w sprawie wyłączeń grupowych nie stosuje się w odniesieniu do całego porozumienia wertykalnego. W odniesieniu do najpoważniejszych ograniczeń konkurencji nie ma podzielności.
- (71) Zasadę podzielności stosuje się jednak do wykluczonych ograniczeń, o których mowa w art. 5 rozporządzenia w sprawie wyłączeń grupowych. Przywileju wyłączenia grupowego nie stosuje się zatem jedynie w odniesieniu do tej części porozumienia wertykalnego, która nie jest zgodna z warunkami określonymi w art. 5.

7. Gama produktów dystrybuowanych w tym samym systemie dystrybucji

- (72) Jeżeli dostawca wykorzystuje tę samą umowę dystrybucji do dystrybuowania kilku towarów/usług, niektóre z nich z uwagi na próg udziału w rynku mogą być objęte rozporządzeniem w sprawie wyłączeń grupowych, podczas gdy inne nie. W tym przypadku rozporządzenie w sprawie wyłączeń grupowych ma zastosowanie do tych towarów i usług, w odniesieniu do których spełnione są warunki tego zastosowania.

³¹ Przykład działań pośrednich mających tego rodzaju skutki zamykające dostęp do rynku można znaleźć w decyzji Komisji 92/428/EWG w sprawie Nr IV/33.542 – *Parfum Givenchy* (Dz.U. L 236 z 19.8.1992, s. 11).

- (73) W stosunku do towarów lub usług, które nie są objęte rozporządzeniem w sprawie wyłączeń grupowych, stosuje się zwykle reguły konkurencji, co oznacza, że:
- a) nie ma wyłączenia grupowego, ale również domniemania bezprawności;
 - b) jeżeli ma miejsce naruszenie art. 101 ust. 1, które nie podlega wyłączeniu, można rozważyć, czy istnieją odpowiednie środki prawne do rozwiązania problemu konkurencji w ramach istniejącego systemu dystrybucji;
 - c) jeżeli takie odpowiednie środki prawne nie istnieją, zainteresowany dostawca będzie musiał dokonać innych ustaleń w sprawie dystrybucji.

Sytuacja ta może również powstać wtedy, gdy stosuje się art. 102 w odniesieniu do pewnych produktów, ale nie w odniesieniu do innych.

IV. WYCOFANIE WYŁĄCZENIA GRUPOWEGO I ZAPRZESTANIE STOSOWANIA ROZPORZĄDZENIA W SPRAWIE WYŁĄCZEŃ GRUPOWYCH

1. Procedura wycofania

- (74) Domniemanie zgodności z prawem przyznane rozporządzeniem w sprawie wyłączeń grupowych może być wycofane, jeżeli porozumienie wertykalne, rozpatrywane pojedynczo lub łącznie z podobnymi porozumieniami wykonywanymi przez konkurujących dostawców lub nabywców, wchodzi w zakres stosowania art. 101 ust. 1 i nie spełnia wszystkich warunków art. 101 ust. 3.
- (75) Warunki określone w art. 101 ust. 3 mogą w szczególności nie być spełnione, gdy dostęp do rynku właściwego lub konkurencja na tym rynku są znacznie ograniczone przez skumulowane skutki równoległych sieci podobnych porozumień wertykalnych stosowanych przez konkurujących dostawców lub nabywców. Równoległe sieci porozumień wertykalnych powinny być postrzegane jako podobne do siebie, jeżeli zawierają ograniczenia powodujące podobne skutki dla rynku. Taka sytuacja może mieć miejsce, gdy na danym rynku niektórzy dostawcy stosują czysto jakościową dystrybucję selektywną, a inni dostawcy – ilościową dystrybucję selektywną. Taka sytuacja może także wystąpić wówczas, gdy na danym rynku skumulowane zastosowanie kryteriów jakościowych zamyka sprawniej działającym dystrybutorom dostęp do rynku. W takich okolicznościach ocena musi uwzględniać antykonkurencyjne skutki, jakie można przypisać poszczególnym sieciom porozumień. Tam gdzie jest to właściwe, wycofanie może dotyczyć jedynie określonego kryterium jakościowego lub jedynie ograniczeń ilościowych nałożonych na pewną liczbę autoryzowanych dystrybutorów.
- (76) Odpowiedzialność za antykonkurencyjny skumulowany skutek można przypisać jedynie tym przedsiębiorstwom, które mają w nim znaczny udział. Porozumienia zawarte przez przedsiębiorstwa, których wkład w skumulowany skutek jest nieznaczny, nie są objęte zakresem stosowania zakazu przewidzianego w art. 101

ust. 1³² i nie będzie zatem wobec nich zastosowane wycofanie. Ocena takiego udziału zostanie dokonana zgodnie z kryteriami zawartymi w punktach 128–229.

- (77) Jeżeli zostaje zastosowana procedura wycofania, na Komisji spoczywa ciężar udowodnienia, że porozumienie wchodzi w zakres stosowania art. 101 ust. 1 i że nie spełnia ono jednego lub kilku warunków określonych w art. 101 ust. 3. Decyzja o wycofaniu może mieć jedynie skutek *ex nunc*, co oznacza, że wpływa na wyłączony status porozumienia dopiero w dniu, w którym wycofanie wchodzi w życie.
- (78) Zgodnie z motywem 14 rozporządzenia w sprawie wyłączeń grupowych organ państwa członkowskiego ds. konkurencji może wycofać przywilej wynikający z rozporządzenia w sprawie wyłączeń grupowych w odniesieniu do porozumień wertykalnych, których antykonkurencyjne skutki są odczuwalne na terytorium danego państwa członkowskiego lub na jego części, mającej wszystkie cechy odrębnego rynku geograficznego. Komisja ma wyłączne prawo do wycofania przywileju rozporządzenia w sprawie wyłączeń grupowych w odniesieniu do porozumień wertykalnych ograniczających konkurencję na właściwym rynku geograficznym, który jest szerszy od terytorium jednego państwa członkowskiego. Jeżeli terytorium państwa członkowskiego lub jego część, mająca wszystkie cechy odrębnego rynku geograficznego, stanowi właściwy rynek geograficzny, Komisja i dane państwo członkowskie mają równoległe kompetencje do zastosowania wycofania.

2. Zaprzestanie stosowania rozporządzenia w sprawie wyłączeń grupowych

- (79) Artykuł 6 rozporządzenia w sprawie wyłączeń grupowych upoważnia Komisję do wykluczenia z zakresu stosowania rozporządzenia w sprawie wyłączeń grupowych, w drodze rozporządzenia, równoległych sieci podobnych ograniczeń wertykalnych, jeżeli obejmują one ponad 50 % rynku właściwego. Środek tego rodzaju nie jest skierowany do poszczególnych przedsiębiorstw, ale dotyczy wszystkich przedsiębiorstw, których porozumienia są zdefiniowane w rozporządzeniu w sprawie zaprzestania stosowania rozporządzenia w sprawie wyłączeń grupowych.
- (80) Podczas gdy wycofanie przywileju rozporządzenia w sprawie wyłączeń grupowych pociąga za sobą przyjęcie decyzji stwierdzającej naruszenie art. 101 przez pojedyncze przedsiębiorstwo, skutkiem rozporządzenia na mocy art. 6 jest po prostu odebranie, w odniesieniu do danych ograniczeń i rynków, przywileju stosowania rozporządzenia w sprawie wyłączeń grupowych i przywrócenie pełnego stosowania art. 101 ust. 1 i ust. 3. Po przyjęciu rozporządzenia stwierdzającego, iż rozporządzenie w sprawie wyłączeń grupowych nie ma zastosowania do pewnych ograniczeń wertykalnych na konkretnym rynku, zastosowaniem art. 101 do poszczególnych porozumień będą kierowały kryteria określone na podstawie orzeczeń Trybunału Sprawiedliwości i Sądu oraz obwieszczeń, zawiadomień i wcześniejszych decyzji Komisji. W stosownym przypadku Komisja podejmie decyzję w indywidualnej sprawie, która może stanowić wskazówkę dla wszystkich przedsiębiorstw działających na danym rynku.

³² Orzeczenie Trybunału Sprawiedliwości w sprawie C-234/89, *Stergios Delimitis* przeciwko *Henninger Bräu AG*, Rec. [1991], s. I-935.

- (81) Dla celów wyliczenia 50 % wskaźnika pokrycia rynku należy uwzględnić wszystkie poszczególne sieci porozumień wertykalnych zawierających ograniczenia lub kombinacje ograniczeń powodujące podobne skutki dla rynku. Artykuł 6 rozporządzenia w sprawie wyłączeń grupowych nie pociąga za sobą obowiązku Komisji do działania, jeżeli zostanie przekroczony 50 % wskaźnik pokrycia rynku. Generalnie zaprzestanie stosowania jest właściwe wówczas, gdy jest prawdopodobne, że dostęp do rynku właściwego lub konkurencja na tym rynku są znacznie ograniczone. Może to mieć miejsce szczególnie w przypadku, gdy równoległe sieci dystrybucji selektywnej, obejmujące ponad 50 % rynku, mogą zamknąć rynek, stosując kryteria doboru niewymagane przez charakter danych towarów lub dyskryminujące pewne formy dystrybucji, właściwe w odniesieniu do sprzedaży takich towarów.
- (82) Oceniając potrzebę zastosowania art. 6 rozporządzenia w sprawie wyłączeń grupowych Komisja rozważy, czy indywidualne wycofanie byłoby właściwszym środkiem prawnym. Może to zależeć w szczególności od liczby konkurencyjnych przedsiębiorstw przyczyniających się do skumulowanego skutku dla rynku lub liczby dotkniętych nim rynków geograficznych na obszarze Unii.
- (83) Każde rozporządzenie, o którym mowa w art. 6 rozporządzenia w sprawie wyłączeń grupowych, musi mieć wyraźnie określony zakres stosowania. Dlatego też Komisja musi po pierwsze zdefiniować właściwy produkt i rynek(-i) geograficzny(-e), a po drugie, musi zidentyfikować rodzaj ograniczenia wertykalnego, w odniesieniu do którego rozporządzenie w sprawie wyłączeń grupowych nie będzie już miało zastosowania. Jeżeli chodzi o ten ostatni aspekt, Komisja może zmodyfikować zakres stosowania rozporządzenia stosownie do problemu w zakresie konkurencji, do którego zamierza się odnieść. Na przykład, chociaż wszystkie równoległe sieci porozumień związanych z jednomarkowością powinny być brane pod uwagę w celu ustalenia 50 % wskaźnika pokrycia rynku, Komisja może jednak ograniczyć zakres zaprzestania stosowania rozporządzenia jedynie do zakazów konkurowania przekraczających pewien okres. Może to zatem nie wpłynąć na porozumienia o krótszym czasie trwania lub o mniej restrykcyjnym charakterze ze względu na mniejszy stopień zamykania dostępu do rynku przypisywany takim ograniczeniom. Podobnie, gdy na konkretnym rynku dystrybucja selektywna jest stosowana w połączeniu z dodatkowymi ograniczeniami, takimi jak zakaz konkurowania lub narzucanie nabywcy wysokości zakupów, rozporządzenie o zaprzestaniu stosowania może dotyczyć tylko tych dodatkowych ograniczeń. W stosownych okolicznościach Komisja może również sformułować wskazówki poprzez określenie poziomu udziału w rynku, który w kontekście konkretnego rynku może być postrzegany jako niedostateczny do tego, aby pojedyncze przedsiębiorstwo miało znaczący udział w skumulowanym skutku.
- (84) Na mocy rozporządzenia nr 19/65 Rady EWG z dnia 2 marca 1965 r. w sprawie stosowania art. 85 ust. 3 Traktatu do pewnych kategorii porozumień i praktyk uzgodnionych³³ Komisja będzie musiała wyznaczyć okres przejściowy nie krótszy niż sześć miesięcy zanim rozporządzenie o zaprzestaniu stosowania rozporządzenia w sprawie wyłączeń grupowych wejdzie w życie. Powinno to umożliwić zainteresowanym przedsiębiorstwom takie dostosowanie porozumień, aby

³³ Dz.U. 36 z 6.3.1965, s. 533/65.

uwzględniały one rozporządzenie o zaprzestaniu stosowania rozporządzenia w sprawie wyłączeń grupowych.

- (85) Rozporządzenie o zaprzestaniu stosowania rozporządzenia w sprawie wyłączeń grupowych nie będzie miało wpływu na status wyłączenia danych porozumień w okresie przed rozpoczęciem jego stosowania.

V. DEFINICJA RYNKU I OBLICZANIE UDZIAŁU W RYNKU

1. Obwieszczenie Komisji w sprawie definicji rynku właściwego

- (86) Obwieszczenie Komisji w sprawie definicji rynku właściwego do celów wspólnotowego prawa konkurencji³⁴ zawiera wskazówki dotyczące zasad, kryteriów i dowodów, z jakich korzysta Komisja przy rozważaniu zagadnień związanych z definicją rynku. Obwieszczenie to nie będzie szerzej omówione w niniejszych wytycznych. Powinno ono stanowić podstawę dla zagadnień związanych z definicją rynku. Niniejsze wytyczne obejmują jedynie konkretne zagadnienia pojawiające się w kontekście ograniczeń wertykalnych, nieomówione w ogólnym obwieszczeniu.

2. Rynek właściwy dla obliczenia 30 % udziału w rynku na mocy rozporządzenia w sprawie wyłączeń grupowych

- (87) Na mocy art. 3 rozporządzenia w sprawie wyłączeń grupowych udział w rynku zarówno dostawcy, jak i nabywcy jest decydujący dla stwierdzenia, czy wyłączenie grupowe ma zastosowanie. Aby wyłączenie grupowe mogło mieć zastosowanie, udział w rynku dostawcy na rynku, na którym sprzedaje nabywcy produkty objęte porozumieniem, jak i udział w rynku nabywcy na rynku, na którym kupuje towary objęte porozumieniem, rozpatrywany każdy z osobna, może wynosić najwyżej 30 %. W przypadku porozumień między małymi i średnimi przedsiębiorstwami nie ma zazwyczaj konieczności obliczania udziału w rynku (zob. pkt 11).
- (88) Aby obliczyć udział przedsiębiorstwa w rynku konieczne jest określenie rynku właściwego, na którym przedsiębiorstwo odpowiednio sprzedaje lub kupuje objęte porozumieniem produkty. W tym celu należy zdefiniować właściwy rynek produktowy i właściwy rynek geograficzny. Właściwy rynek produktowy obejmuje wszelkie towary lub usługi postrzegane przez nabywców jako substytucyjne, ze względu na ich cechy, ceny i przeznaczenie. Właściwy rynek geograficzny obejmuje obszar, na którym dane przedsiębiorstwa są zaangażowane w podaż i popyt właściwych towarów lub usług, na którym warunki konkurencji są dostatecznie jednolite i który może być odróżniony od sąsiednich obszarów geograficznych, ponieważ w szczególności warunki konkurencji są na tych obszarach znacznie odmienne.

³⁴ Dz.U. C 372 z 9.12.1997, s. 5.

- (89) Rynek produktowy zależy przede wszystkim od substytucyjności z punktu widzenia nabywcy. Jeżeli dostarczany produkt stanowi wkład w produkcję innych produktów i generalnie nie jest rozpoznawalny w produkcie końcowym, rynek produktowy jest zwykle definiowany przez preferencje bezpośredniego nabywcy. Klienci nabywców nie mają zazwyczaj silnych preferencji, jeżeli chodzi o nakłady nabywców. Ograniczenia wertykalne uzgodnione między dostawcą i nabywcą nakładu produkcyjnego są zazwyczaj związane ze sprzedażą i kupnem produktu pośredniego, a nie ze sprzedażą produktu końcowego. W przypadku dystrybucji towarów końcowych, na wybór substytutów przez bezpośrednich nabywców mają zwykle wpływ preferencje konsumentów końcowych. Dystrybutor, jako odsprzedający, nie może ignorować preferencji konsumentów końcowych, gdy zakupuje towary końcowe. Oprócz tego, na szczeblu dystrybucji ograniczenia wertykalne dotyczą nie tylko sprzedaży produktów między dostawcą i nabywcą, ale również ich odsprzedaży. Ponieważ różne formy dystrybucji zazwyczaj konkurują ze sobą, rynki nie są zwykle zdefiniowane przez stosowaną formę dystrybucji. Jeżeli dostawcy sprzedają zazwyczaj gamę produktów, cała gama może określać rynek produktu, gdy to gamy, a nie poszczególne produkty są postrzegane przez nabywców jako substytuty. Ponieważ dystrybutorzy są profesjonalnymi nabywcami, hurtowy rynek geograficzny jest zwykle szerszy od rynku detalicznego, na którym produkt jest odsprzedawany konsumentom końcowym. Często prowadzi to do definicji rynków hurtowych jako rynków krajowych lub szerszych. Jednak także rynki detaliczne mogą mieć szerszy zasięg niż obszar poszukiwań konsumentów końcowych w przypadku jednolitych warunków rynkowych i nakładania się lokalnych i regionalnych obszarów napływu klientów.
- (90) Jeżeli porozumienie wertykalne obejmuje trzy strony, z których każda działa na innym szczeblu obrotu handlowego, udział w rynku każdej z nich może wynosić najwyżej 30 %, aby wyłączenie grupowe miało zastosowanie. Zgodnie z art. 3 ust. 2 rozporządzenia w sprawie wyłączeń grupowych, jeżeli w ramach porozumienia wielostronnego przedsiębiorstwo nabywa towary lub usługi objęte porozumieniem od jednego przedsiębiorstwa będącego stroną porozumienia i sprzedaje te towary lub usługi objęte porozumieniem innemu przedsiębiorstwu będącemu stroną porozumienia, wyłączenie grupowe ma zastosowanie wyłącznie wówczas, gdy udział w rynku, jaki posiada ono zarówno jako nabywca, jak i jako dostawca, nie przekracza 30 %. Jeżeli, na przykład, w porozumieniu między producentem, hurtownikiem (lub stowarzyszeniem detalistów) i detalistą zostanie uzgodniony zakaz konkurencji, to wówczas – aby można było skorzystać z przywileju wyłączenia grupowego – udziały w rynku producenta i hurtownika (lub stowarzyszenia detalistów) na odpowiednich rynkach niższego szczebla nie mogą przekraczać 30 %, a udział w rynku hurtownika (lub stowarzyszenia detalistów) i detalisty nie może przekraczać 30 % na ich odpowiednich rynkach zakupów.
- (91) Jeżeli dostawca wytwarza zarówno oryginalny sprzęt, jak i części zamienne do niego, dostawca jest często jedynym lub największym dostawcą na rynku wtórnym części zamiennych. Może się tak zdarzyć również, gdy dostawca (dostawca POS) zleca podwykonawstwo części zamiennych. Właściwym rynkiem dla stosowania rozporządzenia w sprawie wyłączeń grupowych może być rynek oryginalnego sprzętu z uwzględnieniem części zamiennych lub oddzielny rynek oryginalnego sprzętu oraz rynek wtórny, w zależności od okoliczności sprawy, takich jak skutki danych ograniczeń, okres użytkowania sprzętu i wielkość kosztów naprawy lub

wymiany części³⁵. W praktyce sprowadza się to do stwierdzenia, czy znacząca część nabywców dokonuje wyboru z uwzględnieniem kosztów ponoszonych przez okres użytkowania produktu. Jeżeli tak, oznacza to, że istnieje jeden połączony rynek oryginalnego sprzętu oraz części zamiennych.

- (92) Jeżeli porozumienie wertykalne, oprócz dostaw towarów objętych porozumieniem, zawiera również postanowienia dotyczące PWI – takie jak postanowienie dotyczące używania znaku towarowego dostawcy, które pomagają nabywcy w zbyciu towarów objętych porozumieniem, udział w rynku dostawcy na rynku, na którym sprzedaje on towary objęte porozumieniem, jest istotny dla stosowania rozporządzenia w sprawie wyłączeń grupowych. Jeżeli franchisingodawca nie dostarcza towarów do odsprzedaży, ale dostarcza pakiet towarów i usług w połączeniu z postanowieniami dotyczącymi PWI, które razem stanowią sposób prowadzenia działalności gospodarczej stanowiący przedmiot franchisingu, franchisingodawca powinien brać pod uwagę swój udział w rynku jako dostawcy metody prowadzenia działalności gospodarczej. W tym celu franchisingodawca powinien obliczyć swój udział w rynku, na którym sposób prowadzenia działalności gospodarczej jest wykorzystywany, czyli rynku, na którym franchisingobiorcy wykorzystują sposób prowadzenia działalności gospodarczej do dostarczania towarów lub usług użytkownikom końcowym. Franchisingodawca musi opierać swój udział w rynku na wartości towarów lub usług dostarczanych przez jego franchisingobiorców na tym rynku. Konkurentami na takim rynku mogą być dostawcy innych sposobów prowadzenia działalności gospodarczej stanowiących przedmiot franchisingu, ale również dostawcy substytucyjnych towarów lub usług niestosujący franchisingu. Na przykład, bez wpływu na definicję takiego rynku, jeżeli istnieje rynek na usługi typu *fast-food*, franchisingodawca działający na takim rynku powinien obliczyć swój udział w rynku w oparciu o odnośne dane dotyczące sprzedaży przez jego franchisingobiorców na tym rynku.

3. Obliczanie udziałów w rynku na mocy rozporządzenia w sprawie wyłączeń grupowych

- (93) Obliczenie udziałów w rynku powinno w zasadzie opierać się na danych odnoszących się do wartości. Jeżeli nie są one dostępne, można przedstawić uzasadnione dane szacunkowe. Takie dane szacunkowe mogą się opierać na innych wiarygodnych informacjach odnoszących się do rynku, takich jak dane odnoszące się do wielkości (zob. art. 7 lit. a) rozporządzenia w sprawie wyłączeń grupowych).
- (94) Produkcja wewnętrzna, to jest wytwarzanie produktu pośredniego do własnego użytku, może mieć duże znaczenie w analizie konkurencji jako jedno z ograniczeń konkurencyjnych lub dla zaznaczenia rynkowej pozycji przedsiębiorstwa. Jednak dla celów definicji rynku i obliczenia udziału w rynku w odniesieniu do pośrednich towarów i usług produkcja wewnętrzna nie będzie brana pod uwagę.

³⁵ Zob. np. decyzja Komisji w sprawie *Pelikan/Kyocera* (1995), COM(96) 126 (niepublikowana), pkt 87 oraz decyzja Komisji 91/595/EWG w sprawie nr IV/M.12 – *Varta/Bosch*, Dz.U. L 320, z 22.11.1991, s. 26; decyzja Komisji w sprawie nr IV/M.1092 – *Caterpillar/Perkins Engines*, Dz.U. C 94, z 28.3.1998, s. 23 oraz decyzja Komisji w sprawie nr IV/M.768 – *Lucas/Varity*, Dz.U. C 266 z 13.9.1996, s. 6. Zob. też pkt 56 obwieszczenia w sprawie definicji rynku właściwego do celów wspólnotowego prawa konkurencji (zob. pkt 86).

- (95) Jednak w przypadku podwójnej dystrybucji towarów końcowych, tj. w sytuacji gdy producent towarów końcowych również działa na rynku jako dystrybutor, definicja rynku i obliczenie udziału w rynku powinny obejmować sprzedaż własnych towarów dokonaną przez producentów za pośrednictwem ich wertykalnie zintegrowanych dystrybutorów i agentów (zob. art. 7 lit. c) rozporządzenia w sprawie wyłączeń grupowych). „Zintegrowani dystrybutorzy” są to przedsiębiorstwa powiązane w rozumieniu art. 1 ust. 2 rozporządzenia w sprawie wyłączeń grupowych³⁶.

VI. POLITYKA EGZEKWOWANIA PRAWA W INDYWIDUALNYCH PRZYPADKACH

1. Ramy analizy

- (96) W sytuacjach wykraczających poza zakres stosowania wyłączeń grupowych istotne jest zbadanie, czy w indywidualnym przypadku porozumienie objęte jest zakresem stosowania art. 101 ust. 1, a jeśli tak, to czy spełnione są warunki określone w art. 101 ust. 3. Jeśli porozumienia wertykalne nie zawierają ograniczeń konkurencji ze względu na cel, a w szczególności najpoważniejszych ograniczeń konkurencji, nie domniemywa się, że porozumienia wertykalne pozostające poza wyłączeniem grupowym ze względu na przekroczenie progu udziału w rynku wchodzą w zakres stosowania art. 101 ust. 1 lub też nie spełniają warunków określonych w art. 101 ust. 3. Wymagana jest indywidualna ocena prawdopodobnych skutków porozumienia. Zachęca się przedsiębiorstwa do przeprowadzenia własnej oceny. Porozumienia, które albo nie ograniczają konkurencji w rozumieniu art. 101 ust. 1 albo spełniają warunki określone w art. 101 ust. 3 są ważne i podlegają wykonaniu. Zgodnie z art. 1 ust. 2 rozporządzenia 1/2003 z dnia 16 grudnia 2002 r. w sprawie wprowadzenia w życie reguł konkurencji ustanowionych w art. 81 i 82 Traktatu³⁷ nie ma konieczności dokonywania zgłoszenia w celu skorzystania z indywidualnego wyłączenia na mocy art. 101 ust. 3. W przypadku indywidualnego badania przez Komisję ponosi ona ciężar udowodnienia, że przedmiotowe porozumienie narusza przepisy art. 101 ust. 1. Przedsiębiorstwa powołujące się na przywilej wynikający z art. 101 ust. 3 ponoszą ciężar udowodnienia, że spełnione zostały warunki zawarte w tym ustępie. Jeżeli wykazane zostaną prawdopodobne skutki antykonkurencyjne, przedsiębiorstwa mogą uzasadnić argumenty dotyczące zwiększenia efektywności i wyjaśnić, dlaczego dany system dystrybucji jest konieczny, aby konsumenci uzyskali prawdopodobne korzyści bez eliminowania konkurencji, przed podjęciem przez Komisję decyzji, czy porozumienie spełnia warunki określone w art. 101 ust. 3.
- (97) Ocena tego, czy porozumienie wertykalne skutkuje ograniczeniem konkurencji dokonana zostanie poprzez porównanie rzeczywistej lub prawdopodobnej przyszłej sytuacji na właściwym rynku, na którym istnieją ograniczenia wertykalne, z sytuacją, w która istniałaby w przypadku braku ograniczeń wertykalnych w porozumieniu. Przy ocenie poszczególnych przypadków Komisja weźmie pod uwagę odpowiednio skutki zarówno rzeczywiste, jak i prawdopodobne. By porozumienia wertykalne miały skutek ograniczający konkurencję, muszą mieć wpływ na rzeczywistą lub

³⁶ Do celów zdefiniowania rynku i obliczenia udziałów w rynku nie jest istotne, czy zintegrowany dystrybutor sprzedaje dodatkowo produkty konkurentów.

³⁷ Dz.U. L 1 z 4.1.2003, s. 1

potencjalną konkurencję w takim stopniu, że na właściwym rynku można z dużym prawdopodobieństwem oczekiwać wystąpienia negatywnego wpływu na ceny, produkcję, innowacje lub też różnorodność i jakość towarów i usług. Prawdopodobne negatywne skutki dla konkurencji muszą być znaczące³⁸. Istnieje prawdopodobieństwo, że znaczące skutki antykonkurencyjne wystąpią, kiedy co najmniej jedna ze stron ma lub uzyskuje pewną znaczącą władzę rynkową, zaś porozumienie przyczynia się do stworzenia, utrzymania i wzmocnienia tej władzy rynkowej, lub też umożliwia stronom wykorzystanie takiej władzy rynkowej. Władza rynkowa to zdolność do utrzymania cen powyżej konkurencyjnego poziomu lub też utrzymania produkcji pod względem ilości produktów, jakości i zróżnicowania produktów oraz innowacyjności poniżej poziomu konkurencyjnego przez inny niż nieznaczący okres. Poziom władzy rynkowej koniecznej zazwyczaj do ustalenia naruszenia na mocy art. 101 ust. 1 jest mniejszy, niż poziom władzy rynkowej koniecznej do ustalenia dominacji na mocy art. 102.

- (98) Ograniczenia wertykalne są zazwyczaj mniej szkodliwe niż ograniczenia horyzontalne. Głównym powodem poświęcenia większej uwagi ograniczeniom horyzontalnym jest fakt, iż mogą one dotyczyć porozumienia między konkurentami produkującymi identyczne lub substytucyjne towary lub usługi. W takich horyzontalnych relacjach korzystanie z władzy rynkowej przez jedno przedsiębiorstwo (wyższe ceny jej produktów) może być korzystne dla jego konkurentów. Może to stanowić bodziec dla konkurentów do skłaniania się wzajemnie do zachowań antykonkurencyjnych. W relacjach wertykalnych produkt jednego jest nakładem produkcyjnym drugiego, czyli działalność stron porozumienia wzajemnie się uzupełnia. Oznacza to, że korzystanie z władzy rynkowej przez przedsiębiorstwo usytuowane powyżej lub poniżej danego przedsiębiorstwa zaszkodziłoby zazwyczaj popytowi na produkty drugiej strony. Przedsiębiorstwa zaangażowane w porozumienie zazwyczaj mają więc motywację, by zapobiegać korzystaniu z władzy rynkowej przez drugą stronę.
- (99) Nie należy jednak przeceniać takiego samoograniczającego charakteru porozumień. Gdy przedsiębiorstwo nie dysponuje władzą rynkową, może jedynie próbować zwiększyć swe zyski poprzez optymalizację procesu wytwarzania i dystrybucji, z pomocą lub bez pomocy ograniczeń wertykalnych. Ogólniej rzecz ujmując, ze względu na uzupełniające się role stron porozumienia wertykalnego we wprowadzaniu produktu do obrotu, ograniczenia wertykalne mogą powodować znaczący przyrost efektywności. Jeżeli jednak przedsiębiorstwo dysponuje władzą rynkową, może również próbować zwiększyć swe zyski kosztem swych bezpośrednich konkurentów, podnosząc ich koszty, oraz kosztem swych nabywców i konsumentów końcowych, próbując przywłaszczyć sobie część ich nadwyżki. Może to mieć miejsce, gdy przedsiębiorstwa usytuowane na wyższym i na niższym szczeblu obrotu dzielą się dodatkowymi zyskami lub gdy jedno z nich stosuje ograniczenia wertykalne w celu przywłaszczenia sobie wszystkich dodatkowych zysków.

³⁸

Zob. sekcja II.1.

1.1. Negatywne skutki ograniczeń wertykalnych

- (100) Negatywne skutki na rynku mogące wynikać z ograniczeń wertykalnych, którym stara się zapobiegać unijne prawo dotyczące konkurencji, są następujące:
- a) antykonkurencyjne zamknięcie dostępu do rynku innym dostawcom lub innym nabywcom poprzez tworzenie barier wejścia na rynek lub ekspansji;
 - b) złagodzenie konkurencji pomiędzy dostawcą a jego konkurentami lub ułatwienie zmowy pomiędzy tymi dostawcami, którą często określa się jako zmniejszenie konkurencji międzymarkowej zewnętrznej³⁹;
 - c) złagodzenie konkurencji pomiędzy nabywcą a jego konkurentami lub ułatwienie zmowy pomiędzy tymi konkurentami, zwane często zmniejszeniem konkurencji międzymarkowej wewnętrznej, jeśli dotyczy konkurencji między dystrybutorami w oparciu o markę bądź produkt tego samego dostawcy;
 - d) stworzenie przeszkód dla integracji rynku, w tym – przede wszystkim – ograniczenie możliwości nabywania przez konsumentów towarów lub usług w dowolnie wybranym państwie członkowskim.
- (101) Zamknięcie dostępu do rynku, złagodzenie konkurencji i zmowa na poziomie producentów mogą być szkodliwe dla konsumentów, w szczególności poprzez podniesienie cen hurtowych produktów, ograniczenie wyboru produktów, obniżenie ich jakości lub zmniejszenie poziomu innowacyjności produktów. Zamknięcie dostępu do rynku, złagodzenie konkurencji i zmowa na poziomie dystrybutora mogą być szkodliwe dla konsumentów, w szczególności poprzez podniesienie cen detalicznych produktów, ograniczenie wyboru kombinacji cen i usług oraz form dystrybucji, zmniejszenie dostępności i obniżenie jakości usług detalicznych oraz zmniejszenie poziomu innowacyjności dystrybucji.
- (102) Na rynku, na którym indywidualni dystrybutorzy dystrybuują markę (marki) tylko jednego dostawcy, zmniejszenie konkurencji pomiędzy dystrybutorami tej samej marki doprowadzi do zmniejszenia konkurencji międzymarkowej wewnętrznej pomiędzy tymi dystrybutorami, ale może nie mieć negatywnego wpływu na ogólną konkurencję między dystrybutorami. W takim przypadku, jeśli konkurencja międzymarkowa zewnętrzna jest zacięta, mało prawdopodobne jest, by zmniejszenie konkurencji międzymarkowej wewnętrznej miało negatywne skutki dla konsumentów.
- (103) Uzgodnienia o charakterze wyłącznym mają zasadniczo gorszy wpływ na konkurencję niż uzgodnienia o charakterze niewyłącznym. Uzgodnienia o charakterze wyłącznym, czy to poprzez wyraźne sformułowanie w umowie, czy to ich praktyczne skutki, prowadzą do tego, że jedna strona uczestniczy w stosunkach umownych wyłącznie lub prawie wyłącznie z drugą stroną. Przykładowo w ramach zakazu konkurowania nabywca kupuje tylko jedną markę. Z kolei narzucanie ilości pozostawia nabywcy pewien zakres możliwości zakupu konkurencyjnych towarów.

³⁹ Przez znowę rozumie się zarówno znowę wyraźną, jak i milczącą (świadome zachowania równoległe).

Stopień zamknięcia dostępu do rynku może zatem być mniejszy w przypadku narzucania ilości.

- (104) Ograniczenia wertykalne uzgodnione w odniesieniu do niemarkowych towarów i usług są zwykle mniej szkodliwe od ograniczeń dotyczących dystrybucję markowych towarów i usług. Opatrywanie marką zmierza do zwiększenia indywidualizacji produktu i zmniejszenia jego substytucyjności, prowadząc do zmniejszonej elastyczności popytu i zwiększonej możliwości podnoszenia cen. Rozróżnienie między markowymi i niemarkowymi towarami lub usługami często będzie zbieżne z rozróżnieniem między towarami i usługami pośrednimi oraz towarami i usługami końcowymi.
- (105) Zasadniczo kombinacja ograniczeń wertykalnych zaostrza ich negatywne indywidualne skutki. Jednak pewne kombinacje ograniczeń wertykalnych są mniej antykonkurencyjne, niż ich stosowanie oddzielnie. Na przykład w systemie dystrybucji wyłącznej dystrybutor może mieć ochotę na podniesienie cen produktów, gdy konkurencja międzymarkowa wewnętrzna jest mniejsza. Zastosowanie narzucenia wysokości zakupów lub ustalenie maksymalnej ceny odsprzedaży może ograniczyć tego rodzaju podwyżki cen. Możliwe skutki negatywne ograniczeń wertykalnych są dodatkowo wzmacniane, jeśli kilku dostawców i związanych z nimi nabywców zorganizuje działalność handlową w podobny sposób, co doprowadzi do powstania tzw. skutków skumulowanych.

1.2. *Pozytywne skutki ograniczeń wertykalnych*

- (106) Ważne jest uznanie, że ograniczenia wertykalne mogą mieć pozytywne skutki, w szczególności dzięki promowaniu konkurencji pozacenowej i lepszej jakości usług. Gdy przedsiębiorstwo nie dysponuje władzą rynkową, może starać się zwiększyć swój zysk jedynie dzięki optymalizacji procesów wytwarzania lub dystrybucji. W wielu sytuacjach ograniczenia wertykalne mogą być w tym względzie pomocne, ponieważ zwykle proste transakcje między dostawcą i nabywcą, określające jedynie cenę i ilość, mogą prowadzić do niższego od optymalnego poziomu inwestycji i sprzedaży.
- (107) Chociaż niniejsze wytyczne mają na celu przedstawienie bezstronnego przeglądu różnych uzasadnień niektórych ograniczeń wertykalnych, nie są one kompletne lub wyczerpujące. Następujące powody mogą uzasadniać zastosowanie pewnych ograniczeń wertykalnych:
- a) rozwiązanie problemów związanych z niewłaściwą działalnością rynkową (ang. *free-riding*). Jeden dystrybutor może stosować niewłaściwe praktyki w stosunku do działań promocyjnych innego dystrybutora. Problem ten ma miejsce najczęściej na szczeblu sprzedaży hurtowej i detalicznej. Wyłączna dystrybucja lub podobne ograniczenia mogą być pomocne w unikaniu stosowania takich praktyk. Niewłaściwa działalność rynkowa może mieć również miejsce między dostawcami, na przykład gdy jeden z nich inwestuje w promocję w lokalu nabywcy, zwykle na poziomie sprzedaży detalicznej, promocja może przyciągnąć również klientów jego konkurentom. Ograniczenia

w rodzaju zakazu konkurencji mogą pomóc przewyciężyć tego rodzaju niewłaściwą działalność rynkową⁴⁰.

Aby zaistniał taki problem, musi mieć miejsce faktyczna niewłaściwa działalność rynkowa. Tego rodzaju praktyki między nabywcami mogą zaistnieć jedynie w związku z usługami przedsprzedażnymi i innymi działaniami promocyjnymi, ale nie z usługami posprzedażnymi, za które dystrybutor może pobierać opłaty od klientów indywidualnie. Produkt zazwyczaj będzie musiał być stosunkowo nowy lub technicznie złożony, lub też opinia o produkcie musi być najistotniejszym czynnikiem w kształtowaniu jego popytu, ponieważ w innym przypadku klient – dzięki wcześniejszym zakupom – bardzo dobrze wie czego chce. Produkt musi też mieć dostatecznie dużą wartość, bo inaczej klient nie uda się do jednego sklepu po informację, a do drugiego w celu dokonania zakupu. Poza tym, dostawcy nie może być łatwo narzucić wszystkim nabywcom, w drodze umowy, wymogów dotyczących efektywnych usług w odniesieniu do promocji lub usług przedsprzedażnych.

Niewłaściwa działalność rynkowa między dostawcami jest również ograniczona do konkretnych sytuacji, a mianowicie do przypadków, gdy promocja odbywa się w lokalach nabywcy i jest ogólna, nie jest poświęcona jednej marce;

- b) „otwarcie nowych rynków lub wejście na nowe rynki”. Jeżeli producent chce wejść na nowy rynek geograficzny, na przykład pierwszy raz wywożąc towar do innego kraju, może to się wiązać ze specjalnymi „inwestycjami dokonywanymi za pierwszym razem” przez dystrybutora w celu wprowadzenia marki na rynek. Aby przekonać lokalnego dystrybutora do dokonania tych inwestycji może być konieczne zapewnienie mu ochrony terytorialnej, tak aby te inwestycje zwróciły się dzięki czasowemu wyznaczeniu wyższych cen. Dystrybutorów działających na innych rynkach należy przez pewien okres powstrzymać od sprzedawania na nowym rynku (zob. również pkt 61 w sekcji III.3). Jest to specjalny przypadek niewłaściwej działalności rynkowej opisanej w lit. a);
- c) „zalegalizowanie niewłaściwej działalności rynkowej”. W niektórych sektorach pewni detaliści cieszą się reputacją sprzedających jedynie produkty „wysokiej jakości”. W takim przypadku sprzedaż za ich pośrednictwem może być niezwykle ważna dla wprowadzenia nowego produktu. Jeżeli producent nie może początkowo ograniczyć sprzedaży do sklepów wysokiej klasy, ponosi ryzyko, iż zostanie skreślony, a wprowadzenie produktu może skończyć się fiaskiem. Oznacza to, iż mogą istnieć powody, aby zezwolić na istnienie przez pewien czas takiego ograniczenia jak dystrybucja wyłączna lub dystrybucja selektywna. Powinno ono być dostateczne do zagwarantowania wprowadzenia nowego produktu, ale nie trwać tak długo, aby uniemożliwić jego rozpowszechnianie na szeroką skalę. Tego rodzaju korzyści są bardziej prawdopodobne w przypadku towarów, o których jakości przekonać się można

⁴⁰

To, czy konsumenci faktycznie ogólnie korzystają z dodatkowych wysiłków promocyjnych zależy od tego, czy dodatkowe promocje informują i przekonują z korzyścią dla wielu nowych klientów, czy też głównie docierają do klientów, którzy wiedzą już, co chcą kupić i dla których dodatkowa promocja oznacza wyłącznie lub przede wszystkim podwyżkę cen.

jedynie w wyniku korzystania z nich, lub towarów złożonych, stanowiących stosunkowo duży zakup dla konsumenta końcowego;

- d) tak zwany „problem zatoru”. Czasami dostawca lub nabywca powinien dokonać inwestycji związanych z konkretnym klientem, takich jak specjalne sprzęt lub szkolenie. Na przykład, producent części musi zbudować nowe maszyny i narzędzia w celu zaspokojenia konkretnych wymogów jednego ze swych klientów. Inwestor może nie dokonać koniecznych inwestycji przed dokonaniem konkretnych ustaleń dotyczących dostawy.

Jednak podobnie jak w innych przykładach niewłaściwej działalności rynkowej, istnieje kilka warunków, które muszą zostać spełnione zanim ryzyko niedoinwestowania stanie się realne lub znaczące. Po pierwsze inwestycja musi być związana z konkretną umową. Inwestycja dokonana przez dostawcę jest uważana za związaną z konkretną umową, jeżeli po zakończeniu umowy nie może być wykorzystana przez dostawcę do zaopatrywania innych klientów i może być sprzedana jedynie ze znaczną stratą. Inwestycja dokonana przez nabywcę jest uważana za związaną z daną umową, jeżeli po zakończeniu umowy nie może być wykorzystana przez nabywcę do zakupu lub wykorzystania produktów dostarczonych przez innych dostawców i może być sprzedana jedynie ze znaczną stratą. Inwestycja jest zatem związana z konkretną umową, ponieważ na przykład może być użyta do produkcji elementu charakterystycznego dla danej marki lub przechowywania konkretnej marki, a w związku z tym nie może być wykorzystana z zyskiem do innych możliwości produkcji lub odsprzedaży. Po drugie, musi to być długoterminowa inwestycja, która się szybko nie zwraca. Po trzecie zaś, inwestycja musi być asymetryczna, tj. jedna strona umowy inwestuje więcej niż druga strona. Gdy te warunki zostaną spełnione, istnieje zazwyczaj uzasadniony powód do wprowadzenia ograniczenia wertykalnego na czas amortyzacji inwestycji. Stosownym ograniczeniem wertykalnym będzie zakaz konkutowania lub narzucenie ilości, jeżeli inwestycji dokonuje dostawca, a w przypadku gdy inwestycji dokonuje nabywca – będzie to ograniczenie dotyczące dystrybucji wyłącznej, wyłącznego przydziału klientów lub wyłączności dostaw;

- e) „specyficzny problem zatoru, który może się pojawiać w przypadku przekazania istotnego *know-how*”. Raz przekazane *know-how* nie może być odebrane, a dostarczający *know-how* może nie chcieć, aby było ono wykorzystywane przez jego konkurentów lub w ich interesie. Na tyle, na ile *know-how* nie było łatwo dostępne nabywcy, jest istotne i konieczne do funkcjonowania porozumienia, takie przekazanie może usprawiedliwiać ograniczenie w rodzaju zakazu konkutowania. Zwykle nie wchodzi ono w zakres stosowania art. 101 ust. 1;
- f) „kwestia wertykalnych efektów zewnętrznych”. Detalista może nie uzyskać wszystkich korzyści wynikających z podjętych przez niego działań w celu poprawy sprzedaży; część tych korzyści może przejść na producenta. Za każdą dodatkową jednostkę sprzedaną przez detalistę dzięki obniżeniu ceny odsprzedaży lub zwiększeniu wysiłków skierowanych na sprzedaż producent uzyskuje korzyść, jeśli jego cena hurtowa przekracza krańcowe koszty produkcji. Dlatego też producent może uzyskać pozytywne efekty zewnętrzne dzięki takim działaniom detalisty i z perspektywy producenta detalista może

stosować zbyt wysokie ceny lub podejmować zbyt małe wysiłki w zakresie sprzedaży. Negatywne efekty zewnętrzne zbyt wysokich cen nakładanych przez detalistów nazywa się czasami „problemem podwójnej marży”, którego można uniknąć poprzez nałożenie na detalistę maksymalnej ceny odsprzedaży. W celu zwiększenia wysiłków w zakresie sprzedaży podejmowanych przez detalistę przydatne może być zastosowanie dystrybucji selektywnej, dystrybucji wyłącznej lub podobnych ograniczeń⁴¹;

- g) „korzyści skali w dystrybucji”. W celu wykorzystania korzyści skali i w ten sposób uzyskania niższej ceny detalicznej swego produktu producent może chcieć skoncentrować odsprzedaż swych produktów na niewielkiej liczbie dystrybutorów. W tym celu może wykorzystać dystrybucję wyłączną, narzucanie ilości w postaci wymogów minimalnych zakupów, dystrybucję selektywną opatrzoną takim wymogiem lub wyłączność zaopatrzenia;
 - h) „niedostatki rynku kapitałowego”. Zwyczajowi dostawcy kapitału (banki, rynki kapitałowe) mogą zapewniać kapitał w niezbyt doskonały sposób, jeżeli dysponują niepełnymi informacjami dotyczącymi sytuacji pożyczkobiorcy lub gdy istnieją niedostateczne podstawy zabezpieczenia pożyczki. Nabywca lub dostawca mogą mieć lepsze informacje i, dzięki stosunkom wyłączności, uzyskać dodatkowe zabezpieczenie inwestycji. Jeżeli dostawca udziela pożyczki nabywcy, może to prowadzić do narzucenia nabywcy zakazu konkurencji lub wysokości zakupów. Jeżeli nabywca udziela pożyczki dostawcy może to być powodem uzyskania wyłączności dostaw lub narzucenia wielkości dostaw;
 - i) „jednolitość i standaryzacja jakości”. Ograniczenie wertykalne może pomóc w stworzeniu wizerunku marki dzięki narzuceniu dystrybutorom pewnego rodzaju jednolitości i standaryzacji jakości, a w związku z tym zwiększeniu atrakcyjności produktu dla konsumenta końcowego i zwiększeniu sprzedaży. Dzieje się to na przykład w dystrybucji selektywnej i franchisingu.
- (108) Dziewięć sytuacji wymienionych w pkt 107 uzmysławia, iż w pewnych warunkach porozumienia wertykalne mogą sprzyjać skuteczności i rozwojowi nowych rynków i że może to równoważyć ewentualne negatywne skutki. Tak jest najczęściej w przypadku ograniczeń wertykalnych o ograniczonym czasie trwania, sprzyjających wprowadzeniu nowych złożonych produktów lub chroniących inwestycje związane z konkretnymi umowami. Ograniczenie wertykalne jest czasem konieczne tak długo, jak długo dostawca sprzedaje swój produkt nabywcy (zob. w szczególności sytuacje przedstawione w pkt 107, lit. a), e), f), g) i i).
- (109) Różne ograniczenia wertykalne są w znacznym stopniu zastępowalne. Wskutek tego ten sam problem braku efektywności może być rozwiązany przez różne ograniczenia wertykalne. Na przykład korzyści skali w zakresie dystrybucji można uzyskać dzięki zastosowaniu dystrybucji wyłącznej, dystrybucji selektywnej, narzucaniu ilości lub wyłączności zaopatrzenia. Jednak różne ograniczenia wertykalne mogą mieć różne negatywne skutki dla konkurencji, co odgrywa to pewną rolę podczas dyskusji na temat niezbędności w ramach art. 101 ust. 3.

⁴¹ Zob. jednakże poprzedni przypis.

1.3. *Metodyka analizy*

(110) Ocena ograniczenia wertykalnego obejmuje zazwyczaj następujące cztery etapy⁴²:

- a) po pierwsze, dane przedsiębiorstwa muszą ustalić udział w rynku dostawcy i nabywcy na rynku, na którym odpowiednio sprzedają i kupują produkty objęte porozumieniem;
- b) jeżeli udział we właściwym rynku dostawcy i nabywcy, rozpatrywany każdy z osobna, nie przekracza progu 30 %, porozumienie wertykalne jest objęte rozporządzeniem w sprawie wyłączeń grupowych, z zastrzeżeniem najpoważniejszych ograniczeń konkurencji i wykluczonych ograniczeń wymienionych w tym rozporządzeniu;
- c) jeżeli udział we właściwym rynku przekracza próg 30 % w przypadku dostawcy lub nabywcy, należy ocenić, czy porozumienie wertykalne wchodzi w zakres stosowania art. 101 ust. 1;
- d) jeżeli porozumienie wertykalne wchodzi w zakres stosowania art. 101 ust. 1, należy zbadać, czy spełnia ono warunki przewidziane do wyłączenia na mocy art. 101 ust. 3.

1.3.1 Czynniki istotne dla oceny na mocy art. 101 ust. 1

(111) Przeprowadzając ocenę przypadków powyżej progu 30 % udziału w rynku, Komisja dokona pełnej analizy dotyczącej konkurencji. Poniższe czynniki są szczególnie istotne dla ustalenia, czy porozumienie wertykalne powoduje znaczące ograniczenie konkurencji stosownie do art. 101 ust. 1:

- a) charakter porozumienia;
- b) rynkowa pozycja stron;
- c) rynkowa pozycja konkurentów;
- d) rynkowa pozycja nabywców produktów objętych porozumieniem;
- e) bariery wejścia na rynek;
- f) dojrzałość rynku;
- g) szczebel obrotu handlowego;
- h) charakter produktu
- i) inne czynniki.

(112) Znaczenie poszczególnych czynników może się zmieniać w zależności od przypadku i zależeć od wszystkich innych czynników. Na przykład duży udział stron w rynku

⁴² Etapy te nie oznaczają rozumowania prawnego, które Komisja musi realizować w podanej kolejności w celu podjęcia decyzji.

jest zwykle dobrym wskaźnikiem władzy rynkowej, ale w przypadku niskich barier wejścia na rynek może nie być wskaźnikiem władzy rynkowej. Dlatego też nie jest możliwe przedstawienie solidnych zasad co do znaczenia poszczególnych czynników.

- (113) Porozumienia wertykalne mogą przyjąć różny kształt i różne formy. Ważne jest więc, aby zbadać charakter porozumienia pod względem w nim zawartych ograniczeń, czasu ich trwania oraz odsetka całkowitej sprzedaży na rynku dotkniętym ograniczeniami. Może być konieczne wyjście poza wyraźne warunki porozumienia. Istnienie ukrytych ograniczeń można wywnioskować na podstawie sposobu wdrażania porozumienia przez strony i zachęt, z jakimi się spotykają.
- (114) Pozycja rynkowa stron wskazuje na stopień władzy rynkowej, jeżeli taka władza istnieje, dostawcy, nabywcy lub obydwu z nich. Im wyższy jest ich udział w rynku, tym większa jest prawdopodobnie ich władza rynkowa. Ma to szczególnie miejsce w przypadkach, w których udział w rynku odzwierciedla przewagę pod względem kosztów lub inne przewagi konkurencyjne wobec konkurentów. Ta przewaga konkurencyjna może na przykład wynikać z faktu bycia pierwszym na rynku (najlepsza lokalizacja itp.), z posiadania podstawowych patentów lub doskonalszej technologii, z pozycji lidera marki lub posiadania najlepszej gamy.
- (115) Te wskaźniki, czyli udział w rynku i ewentualna przewaga konkurencyjna, są stosowane do oceny rynkowej pozycji konkurentów. Im silniejsi są konkurenci i im większa jest ich liczba, tym mniejsze ryzyko, że dane strony będą w stanie indywidualnie stosować władzę rynkową i zamykać dostęp do rynku lub łagodzić konkurencję. Istotne jest również rozważenie, czy istnieją skuteczne i szybko dostępne strategie alternatywne, które konkurenci mogliby wprowadzić. Jeżeli jednak liczba konkurentów staje się raczej niewielka a ich pozycja rynkowa (wielkość, koszty, możliwości badań i rozwoju itp.) jest raczej podobna, ta struktura rynku może zwiększać ryzyko zмовы. Fluktuacje udziałów w rynku lub gwałtowne zmiany udziałów w rynku są generalnie wskaźnikiem intensywnej konkurencji.
- (116) Pozycja rynkowa klientów stron stanowi wskazuje, czy co najmniej jeden z tych klientów posiada władzę rynkową nabywcy, czy jej nie posiada. Pierwszym wskaźnikiem władzy rynkowej nabywcy jest udział klienta w rynku zakupów. Ten udział odzwierciedla znaczenie jego popytu dla ewentualnych dostawców. Inne wskaźniki koncentrują się na pozycji klienta na jego rynku odsprzedaży z uwzględnieniem takich cech jak punkty sprzedaży rozrzucone na rozległym obszarze, własne marki i wizerunek wśród konsumentów końcowych. W pewnych okolicznościach władza rynkowa nabywcy może uniemożliwić stronom stosowanie władzy rynkowej i tym samym rozwiązać problem dotyczący konkurencji, który istniałby w przeciwnym wypadku. Ma to w szczególności miejsce, gdy silni klienci mają możliwość i motywację do wprowadzenia na rynek nowych źródeł zaopatrzenia w przypadku niewielkiego, ale stałego wzrostu cen relatywnych. Jeżeli silni klienci tylko uzyskują korzystne dla siebie warunki umowy lub po prostu przenoszą jakiegokolwiek zwwyżki cen na swoich klientów, ich pozycja nie uniemożliwia stosowania władzy rynkowej przez strony.
- (117) Bariery wejścia na rynek są mierzone według zakresu, w jakim przedsiębiorstwa obecne na rynku mogą podnieść ceny powyżej poziomu konkurencyjnego bez przyciągania nowych wejść na rynek. Przy braku barier wejścia na rynek, łatwe i

szybkie wejście na rynek sprawiłoby, że zwiększenie cen stałoby się nieopłacalne. Jeżeli skuteczne wejście na rynek, które uniemożliwia lub narusza stosowanie władzy rynkowej, może nastąpić w ciągu roku lub dwóch, bariery wejścia na rynek można zasadniczo uznać za niskie. Bariery wejścia na rynek mogą być spowodowane różnymi czynnikami, takimi jak korzyści skali i zakresu, uregulowania rządowe, w szczególności, gdy ustanawiają one wyłączne prawa, pomoc państwa, taryfy przywozowe, prawa własności intelektualnej, własność zasobów, jeżeli podaż jest ograniczona na przykład z powodu naturalnych ograniczeń⁴³, konieczna infrastruktura, przewaga pierwszego podmiotu na rynku oraz lojalność konsumentów wobec marki spowodowana intensywnymi reklamami przez pewien okres. Ograniczenia wertykalne i integracja wertykalna mogą również działać jako bariera wejścia na rynek, utrudniając lub zamykając dostęp do niego (ewentualnym) konkurentom. Bariery wejścia na rynek mogą istnieć jedynie na poziomie dostawcy lub nabywcy lub na obydwu poziomach. Kwestia, czy pewne z tych czynników powinny być opisane jako bariery wejścia na rynek, zależy szczególnie od tego, czy powodują one poniesienie kosztów utopionych. Koszty utopione są to takie koszty, które trzeba ponieść, aby wejść na dany rynek lub na nim działać, ale które są nie do odzyskania, gdy się ten rynek opuszcza. Kosztami utopionymi są zwykle koszty reklamy w celu zbudowania lojalności konsumentów, chyba że przedsiębiorstwo wychodzące z rynku może albo sprzedać swą nazwę handlową, albo używać jej gdzie indziej bez straty. Im więcej kosztów utopionych, tym bardziej potencjalni kandydaci do wejścia na rynek muszą zważyć związane z tym ryzyko i tym bardziej wiarygodne mogą być groźby spółek już istniejących na rynku, że sprostają one nowej konkurencji, ponieważ koszty utopione powodują, iż opuszczenie rynku jest dla nich kosztowne. Jeżeli na przykład dystrybutorzy są związani z producentem przez zakaz konkurowania, skutek zamknięcia dostępu do rynku będzie bardziej znaczący, jeżeli powołanie własnych dystrybutorów narzuci ewentualnemu kandydatowi do wejścia na ten rynek poniesienie kosztów utopionych. Ogólnie rzecz biorąc wejście na rynek wymaga poniesienia kosztów utopionych, czasem mniejszych, a czasem większych. Dlatego też rzeczywista konkurencja jest zazwyczaj bardziej skuteczna i będzie mieć większą wagę podczas oceniania danego przypadku niż konkurencja potencjalna.

- (118) Dojrzały rynek to rynek istniejący od pewnego czasu, na którym stosowana technologia jest dobrze znana, szeroko rozpowszechniona i nie za bardzo się zmienia, gdzie nie ma wielkich innowacji odnośnie do marki i na którym popyt jest względnie stabilny lub maleje. Na takim rynku negatywne skutki są bardziej prawdopodobne niż na rynkach bardziej dynamicznych.
- (119) Szczegół obrotu handlowego jest powiązany z rozróżnieniem pośrednich i końcowych towarów i usług. Pośrednie towary i usługi są sprzedawane przedsiębiorstwom do wykorzystania jako nakłady do produkcji innych towarów i usług i na ogół nie są rozpoznawalne w towarach lub usługach końcowych. Nabywcy produktów pośrednich są zwykle dobrze poinformowanymi klientami, zdolnymi do oceny jakości i dlatego w mniejszym stopniu polegają na marce i wizerunku. Towary końcowe są – bezpośrednio lub pośrednio – sprzedawane konsumentom końcowym, którzy często w większym stopniu polegają na marce i wizerunku. Ponieważ

⁴³ Zob. decyzja Komisji 97/26/WE (sprawa nr IV/M.619 – *Gencor/Lonrho*), Dz.U. L 11 z 14.1.1997, s. 30.

dystrybutorzy muszą odpowiedzieć na zapotrzebowanie konsumentów końcowych, konkurencja może ucierpieć w większym stopniu, gdy dystrybutorzy mają zamknięty dostęp do rynku sprzedaży w odniesieniu do jednej lub kilku marek niż gdy nabywcom produktów pośrednich uniemożliwia się zakup konkurencyjnych produktów z niektórych źródeł zaopatrzenia.

- (120) Charakter produktu odgrywa rolę, szczególnie jeżeli chodzi o produkty końcowe, podczas oceny prawdopodobnych skutków negatywnych i pozytywnych. Podczas oceny prawdopodobnych skutków negatywnych ważne jest, czy produkty na rynku są bardziej homogeniczne lub heterogeniczne, czy produkt jest drogi, czy pochłania znaczną część budżetu konsumenta, czy też jest tani, a także czy stanowi zakup jednorazowy, czy jest często nabywany. Ogólnie rzecz biorąc jest bardziej prawdopodobne, że ograniczenia wertykalne będą miały skutki negatywne, gdy produkt jest bardziej heterogeniczny, tańszy i stanowi raczej zakup jednorazowy.
- (121) Podczas oceny konkretnych ograniczeń mogą być brane pod uwagę inne czynniki. Wśród nich może być skumulowany skutek, tj. objęcie rynku przez podobne porozumienia innych podmiotów, to czy porozumienie jest „narzucone” (głównie jedna strona poddana jest ograniczeniom i obowiązkom), czy „uzgodnione” (obie strony przyjmują ograniczenia i obowiązki), otoczenie prawne i zachowania, które mogą wskazywać na lub ułatwiać zмовę, jak dyktowanie cen, wcześniej zapowiadane zmiany cen i dyskusje nad „odpowiednią” ceną, sztywność cen spowodowana nadmiarem mocy produkcyjnych, dyskryminacja cenowa i dawne zachowania w zмовie.

1.3.2 Czynniki istotne dla oceny na mocy art. 101 ust. 3

- (122) Ograniczające porozumienia wertykalne mogą również powodować skutki prokonkurencyjne w postaci podniesienia efektywności, które może przewyższyć ich skutki antykonkurencyjne. Taka ocena odbywa się w ramach art. 101 ust. 3, który zawiera wyjątek od zakazu określonego w art. 101 ust. 1. Żeby wyjątek ten miał zastosowanie, porozumienie wertykalne musi przynosić obiektywne korzyści gospodarcze, ograniczenia konkurencji muszą być niezbędne do podniesienia efektywności, konsumenci muszą uzyskać słuszną część zysków wynikających z podniesienia efektywności i porozumienie nie może stwarzać stronom możliwości eliminowania konkurencji w odniesieniu do znacznej części przedmiotowych produktów⁴⁴.
- (123) Oceny porozumień ograniczających konkurencję na podstawie art. 101 ust. 3 dokonuje się w ramach rzeczywistego kontekstu⁴⁵, w którym występują oraz na podstawie faktów istniejących w danym czasie. W ocenie uwzględnia się istotne zmiany w faktach. Wyjątek określony w art. 101 ust. 3 ma zastosowanie, dopóki spełniane są cztery warunki i przestaje mieć zastosowanie, kiedy sytuacja ta ulegnie

⁴⁴ Zob. komunikat Komisji – Obwieszczenie – Wytyczne w sprawie stosowania art. 81 ust. 3 Traktatu, Dz.U. C 101 z 27.4.2004, s. 97.

⁴⁵ Zob. wyrok Trybunału Sprawiedliwości w sprawach połączonych 25/84 i 26/84, *Ford*, Rec. [1985], s. 2725.

zmianie⁴⁶. Stosując art. 101 ust. 3 zgodnie z tymi zasadami, należy uwzględnić inwestycje poczynione przez każdą ze stron, potrzebny czas oraz ograniczenia wymagane, by dokonać inwestycji zwiększających efektywność i by takie inwestycje się zwróciły.

- (124) Pierwszy warunek określony w art. 101 ust. 3 wymaga oceny obiektywnych korzyści w postaci podniesienia efektywności wynikającego z porozumienia. W tym zakresie porozumienia wertykalne często mogą sprzyjać zwiększaniu efektywności, zgodnie z wyjaśnieniem w sekcji 1.2, przez ulepszenie sposobu, w jaki strony prowadzą uzupełniającą się działalność.
- (125) Przy stosowaniu kryterium niezbędności zawartego w art. 101 ust. 3 Komisja zbada w szczególności, czy indywidualne ograniczenia umożliwiają prowadzenie produkcji, nabywanie lub (od)sprzedaż produktów objętych porozumieniem w bardziej skuteczny sposób niż w przypadku braku danego ograniczenia. Podczas przeprowadzania takiej oceny muszą zostać uwzględnione warunki rynkowe i realia, w jakich działają strony. Przedsiębiorstwa powołujące się na przywilej wynikający z art. 101 ust. 3 nie są zobowiązane do rozważenia hipotetycznych i teoretycznych alternatyw. Muszą jednak wyjaśnić i wykazać, dlaczego na pozór realistyczne i znacznie mniej restrykcyjne alternatywy byłyby znacznie mniej skuteczne. Jeśli zastosowanie alternatywy, która wydaje się być realistyczna pod względem handlowym i mniej restrykcyjna, prowadziło do istotnej utraty efektywności, dane ograniczenie uznaje się za niezbędne.
- (126) Z warunku stanowiącego, że konsumenci muszą otrzymać słuszną część zysku, wynika, że konsumenci produktów nabytych lub (od)sprzedanych w ramach porozumienia wertykalnego muszą przynajmniej otrzymać rekompensatę za negatywne skutki porozumienia⁴⁷. Innymi słowy, przyrost efektywności musi w pełni równoważyć możliwy negatywny wpływ na ceny, produkcję i inne istotne czynniki spowodowane przez porozumienie.
- (127) Ostatni warunek określony w art. 101 ust. 3, zgodnie z którym porozumienie nie może dawać przedsiębiorstwom możliwości eliminowania konkurencji w odniesieniu do znacznej części danych produktów, zakłada analizę pozostałych rodzajów presji konkurencyjnej na rynek oraz wpływu porozumienia na takie źródła konkurencji. Przy stosowaniu ostatniego warunku z art. 101 ust. 3 należy uwzględnić związek między art. 101 ust. 3 i art. 102. Zgodnie z utrwalonym orzecznictwem stosowanie art. 101 ust. 3 nie może być przeszkodą dla stosowania art. 102⁴⁸. Ponadto, ponieważ celem zarówno art. 101, jak i art. 102 jest utrzymanie skutecznej konkurencji na rynku, zasada spójności wymaga, by interpretować art. 101 ust. 3

⁴⁶ Zob. w tym względzie na przykład decyzja Komisji 1999/242/EC (sprawa nr IV/36.237 – *TPS*), Dz.U. L 90 z 2.4.1999, s. 6. W podobny sposób zakaz określony w art. 101 ust. 1 również stosuje się tylko dopóty, dopóki celem lub skutkiem porozumienia jest ograniczanie konkurencji.

⁴⁷ Zob. pkt 85 komunikatu Komisji – Obwieszczenia – Wytycznych w sprawie stosowania art. 81 ust. 3 Traktatu, Dz.U. C 101 z 27.4.2004, s. 97.

⁴⁸ Zob. wyrok Trybunału Sprawiedliwości w sprawach połączonych C-395/96 P i C-396/96 P, *Compagnie Maritime Belge*, Rec. [2000], s. I-1365, pkt 130. W podobny sposób stosowanie art. 101 ust. 3 nie stanowi przeszkody do stosowania zasad Traktatu dotyczących swobodnego przepływu towarów, usług, osób i kapitału. Postanowienia te w określonych okolicznościach mają zastosowanie do porozumień, decyzji i praktyk uzgodnionych w rozumieniu art. 101 ust. 1, zob. w tym względzie wyrok Trybunału Sprawiedliwości w sprawie C-309/99, *Wouters*, Rec. [2002], s. I-1577, pkt 120.

jako wykluczający wszelkie stosowanie wyjątku do porozumień ograniczających konkurencję, stanowiących nadużycie pozycji dominującej⁴⁹. Porozumienie wertykalne nie może likwidować efektywnej konkurencji przez eliminację wszystkich lub większości istniejących źródeł rzeczywistej lub potencjalnej konkurencji. Rywalizacja między przedsiębiorstwami jest zasadniczym czynnikiem stymulującym efektywność gospodarczą, w tym także dynamiczną efektywność w formie innowacyjności. Przy braku konkurencji przedsiębiorstwo dominujące nie będzie miało odpowiednich bodźców do dalszego tworzenia i przenoszenia przyrostu efektywności. Jeżeli nie ma konkurencji rezydualnej, ani dającej się przewidzieć groźby wejścia nowego podmiotu na rynek, ochrona rywalizacji i procesu konkurencyjnego może przeważać nad ewentualnym przyrostem efektywności. Porozumienie ograniczające konkurencję, które utrzymuje, stwarza lub wzmacnia pozycję rynkową zbliżającą się do pozycji monopolu, nie może być uzasadnione tym, że również powoduje przyrost efektywności.

2. Analiza konkretnych ograniczeń wertykalnych

(128) W pozostałej części niniejszych wytycznych przeanalizowano, zgodnie z ramami analizy przedstawionymi w pkt 96–127, najczęstsze ograniczenia wertykalne i kombinacje tych ograniczeń. Istnieją inne ograniczenia i połączenia, dla których nie zostały w tych wytycznych przedstawione bezpośrednie wskazówki. Będą one jednak traktowane zgodnie z tymi samymi zasadami i z tym samym naciskiem na skutki dla rynku.

2.1 Jednomarkowość

(129) Pojęcie „jednomarkowości” odnosi się do tych porozumień, których główny element polega na tym, że nabywca jest zobowiązany lub nakłaniany do skoncentrowania swoich zamówień na określonym rodzaju produktu, dostarczanego przez jednego dostawcę. Taki element można znaleźć między innymi w zakazie konkurowania i narzuceniu nabywcy określonych ilości. Ustalenia dotyczące zakazu konkurowania opierają się na zobowiązaniu lub systemie bodźców, które sprawiają, że nabywca zaspokaja więcej niż 80 % swoich potrzeb na danym rynku u jednego dostawcy. Nie oznacza to, że nabywca może dokonywać zakupów wyłącznie u dostawcy, ale że nabywca nie będzie kupował i odsprzedawał lub wbudowywał towarów lub usług konkurencyjnych. Narzucanie nabywcy określonych ilości zakupów jest słabszą formą zakazu konkurowania, jeżeli zobowiązania lub bodźce uzgodnione między dostawcą i nabywcą powodują, iż ten ostatni koncentruje swoje zakupy w znacznym stopniu na jednym dostawcy. Narzucanie ilości może na przykład przyjmować postać minimalnej wielkości zakupów, wymogów utrzymywania określonego poziomu zapasów lub nieliniowego ustalania cen, jak np. stosowanie systemów rabatów uzależnionych od ilości lub taryf dwuczęściowych (opłata stała plus cena za jednostkę). Tak zwana „klauzula angielska”, wymagająca od nabywcy informowania o każdej lepszej ofercie i zezwalająca mu na jej przyjęcie tylko wówczas, gdy dostawca nie może jej sprostać, może mieć taki sam skutek jak zobowiązanie do

⁴⁹ Zob. w tym względzie wyrok Sądu Pierwszej Instancji w sprawie T-51/89, *Tetra Pak (I)*, Rec. [1990], s. II-309. Zob. również pkt 106 komunikatu Komisji – Obwieszczenia – Wytycznych w sprawie stosowania art. 81 ust. 3 Traktatu, Dz.U. C 101 z 27.4.2004, s. 97.

jednomarkowości, w szczególności gdy nabywca musi ujawnić, kto składa lepszą ofertę.

- (130) Ewentualnym zagrożeniem dla konkurencji związanym z jednomarkowością jest zamknięcie dostępu do rynku konkurującym dostawcom i potencjalnym dostawcom, złagodzenie konkurencji oraz ułatwienie zмовy między dostawcami w przypadku skumulowanego wykorzystania oraz - gdy nabywca jest detalistą sprzedającym towary konsumentom końcowym – straty w konkurencji międzymarkowej zewnętrznej w punkcie sprzedaży. Takie skutki ograniczające mają bezpośredni wpływ na konkurencję międzymarkową zewnętrzną.
- (131) Jednomarkowość podlega wyłączeniu przez rozporządzenie w sprawie wyłączeń grupowych, jeżeli udział dostawcy i nabywcy w rynku, rozpatrywany każdy z osobna, nie przekracza 30 % i z zastrzeżeniem ograniczenia w czasie do pięciu lat w przypadku zakazu konkurencji. Pozostała część niniejszej sekcji zawiera wskazówki na potrzeby oceny indywidualnych przypadków, przekraczających próg udziału w rynku lub ograniczenie do pięciu lat.
- (132) Zobowiązania do jednomarkowości jednego określonego nabywcy mogą powodować antykonkurencyjne zamknięcie dostępu do rynku w szczególności w przypadkach, w których przy braku takiego zobowiązania konkurencji, albo jeszcze nieobecni na rynku w czasie zawarcia zobowiązań, albo nie mający możliwości konkurencji o pełne zaspokajanie potrzeb zaopatrzeniowych klientów, stwarzają poważne ograniczenie konkurencji. Konkurencji mogą nie mieć możliwości konkurencji o cały popyt indywidualnego klienta, ponieważ dany dostawca jest nieuniknionym partnerem handlowym przynajmniej w odniesieniu do części popytu na rynku, na przykład dlatego, że produkty oznaczone jego marką są „absolutnie niezbędną pozycją w zapasach” i wielu konsumentów końcowych woli je od innych, lub dlatego, że zdolności innych dostawców są ograniczone do tego stopnia, że część popytu może być zapewniona tylko przez danego dostawcę⁵⁰. Rynkowa pozycja dostawcy ma więc główne znaczenie dla oceny możliwych antykonkurencyjnych skutków zobowiązań do jednomarkowości.
- (133) Jeżeli konkurencji mogą konkurować na równych warunkach o cały popyt każdego indywidualnego klienta, zobowiązana do jednomarkowości jednego określonego dostawcy na ogół prawdopodobnie nie będą utrudniać skutecznej konkurencji, chyba że zmiana dostawcy przez klientów jest trudna z uwagi na okres trwania zobowiązań do jednomarkowości i pokrycie przez nie rynku. Im wyższy jest związany udział w rynku, tj. część udziału w rynku związana ze sprzedażą w ramach zobowiązania do jednomarkowości, tym bardziej znaczące może być zamknięcie dostępu do rynku. Podobnie, im dłuższy okres trwania zobowiązań do jednomarkowości, tym bardziej znaczące może być zamknięcie dostępu do rynku. Zobowiązania do jednomarkowości trwające krócej niż jeden rok, zawarte przez niedominujące przedsiębiorstwa, nie są zwykle uważane za powodujące znaczące skutki antykonkurencyjne lub skutki negatywne netto. Zobowiązania do jednomarkowości trwające od jednego roku do pięciu lat i zawarte przez niedominujące przedsiębiorstwa wymagają zwykle zbilansowania pro- i antykonkurencyjnych

⁵⁰ Wyrok Sądu Pierwszej Instancji w sprawie T-65/98 *Van den Bergh Foods* przeciwko *Komisji* Rec. [2003], s. II-4653, pkt 104 i 156.

skutków, podczas gdy zobowiązania do jednomarkowości trwające ponad pięć lat nie są w przypadku większości rodzajów inwestycji uznawane za konieczne dla uzyskania domniemanego podniesienia efektywności lub podniesienie efektywności jest niewystarczające, aby zrównoważyć ich skutek w postaci zamknięcia dostępu do rynku. Bardziej prawdopodobne jest, że zobowiązania do jednomarkowości spowodują antykonkurencyjne zamknięcie dostępu do rynku, kiedy ich stroną są przedsiębiorstwa dominujące.

- (134) Podczas oceny władzy rynkowej dostawcy ważna jest pozycja rynkowa jego konkurentów. Tak długo, jak jego konkurenci są dostatecznie liczni i silni, nie można oczekiwać żadnych istotnych skutków antykonkurencyjnych. Zamknięcie dostępu do rynku konkurentom jest raczej mało prawdopodobne, jeżeli mają oni podobną pozycję rynkową i mogą oferować równie atrakcyjne produkty. W takich przypadkach zamknięcie dostępu do rynku może jednak mieć miejsce w odniesieniu do kandydatów do wejścia na rynek, gdy pewna liczba największych dostawców zawiera umowy dotyczące jednomarkowości ze znaczną liczbą nabywców na rynku właściwym (sytuacja skutku skumulowanego). Ma to miejsce również w sytuacji, gdy umowy dotyczące jednomarkowości mogą ułatwiać znowę między konkurującymi dostawcami. Jeżeli ci dostawcy są objęci indywidualnie rozporządzeniem w sprawie wyłączeń grupowych, dla zaradzenia tego rodzaju negatywnym skutkom skumulowanym może być konieczne wycofanie wyłączenia grupowego. Zasadniczo nie uważa się, że związany udział w rynku poniżej 5 % przyczynia się do wystąpienia skumulowanego skutku w postaci zamknięcia dostępu do rynku.
- (135) W przypadkach, w których udział w rynku największego dostawcy nie przekracza 30 %, a udział w rynku pięciu największych dostawców wynosi poniżej 50 %, nie jest prawdopodobne zaistnienie sytuacji indywidualnej lub skumulowanej sytuacji antykonkurencyjnej. Jeżeli potencjalny nowy podmiot na rynku nie może wejść na rynek z zyskiem, jest to prawdopodobnie spowodowane innymi czynnikami, niż zobowiązanie do jednomarkowości, takimi jak preferencje konsumentów.
- (136) Bariery wejścia na rynek mają znaczenie dla ustalenia, czy istnieje faktyczne antykonkurencyjne zamknięcie dostępu do rynku. Jeżeli konkurującym dostawcom jest stosunkowo łatwo stworzyć nowych nabywców lub znaleźć alternatywnych nabywców produktu, zamknięcie dostępu do rynku nie będzie raczej stanowiło problemu. Bariery wejścia na rynek występują jednak często, zarówno na szczeblu produkcji, jak i dystrybucji.
- (137) Równoważąca władza rynkowa jest istotna, ponieważ silni nabywcy nie dadzą się łatwo odciąć od dostaw konkurujących towarów lub usług. Ogólnie rzecz ujmując, w celu przekonania klientów do wyrażenia zgody na jednomarkowość, dostawca być może będzie musiał zrekompensować im, w całości lub w części, straty w konkurencji wynikające z wyłączności. W przypadku takiej rekompensaty w indywidualnym interesie klienta może leżeć podjęcie z dostawcą zobowiązania do jednomarkowości. Błędem byłoby jednak automatyczne wnioskowanie na tej podstawie, że wszystkie zobowiązania do jednomarkowości, rozpatrywane łącznie, są ogólnie korzystne dla klientów na tym rynku i dla konsumentów końcowych. W szczególności jest mało prawdopodobne, że ogół konsumentów odniesie korzyść, jeżeli jest wielu klientów, a zobowiązania do jednomarkowości rozpatrywane łącznie

nie pozwalają w efekcie na wejście na rynek i ekspansję konkurujących przedsiębiorstw.

- (138) Ponadto istotny jest „szczebel obrotu handlowego”. Antykonkurencyjne zamknięcie dostępu do rynku jest mniej prawdopodobne w przypadku produktów pośrednich. Jeżeli dostawca produktu pośredniego nie ma pozycji dominującej, konkurujący dostawcy nadal dysponują znaczną częścią „wolnego” popytu. Poniżej poziomu dominacji antykonkurencyjne zamknięcie dostępu do rynku może jednak nastąpić w przypadku wystąpienia skutku skumulowanego. Wystąpienie skumulowanego skutku antykonkurencyjnego jest mało prawdopodobne tak długo, jak długo związane jest mniej niż 50 % rynku.
- (139) Jeżeli porozumienie dotyczy dostaw produktów końcowych na poziomie hurtowym, kwestia, czy problem dla konkurencji może zaistnieć poniżej poziomu dominacji, zależy w dużym stopniu od rodzaju hurtu i barier wejścia na rynek na poziomie hurtu. Nie ma rzeczywistego antykonkurencyjnego ryzyka zamknięcia dostępu do rynku, jeżeli konkurujący producenci mogą łatwo stworzyć własny system hurtowni. To, czy bariery wejścia na rynek są niskie, zależy po części od rodzaju hurtu, tj. od tego, czy hurtownicy mogą efektywnie działać jedynie w oparciu o produkt objęty porozumieniem, czy też nie (np. lody) lub czy bardziej się opłaca handel całą gamą produktów (np. mrożoną żywnością). W tym ostatnim przypadku producentowi sprzedającemu tylko jeden produkt nie opłaca się utworzenie własnych hurtowni. W takim przypadku mogą zaistnieć skutki antykonkurencyjne. Oprócz tego, mogą zaistnieć problemy skutków skumulowanych, jeżeli kilku dostawców wiąże większość istniejących hurtowników.
- (140) W przypadku produktów końcowych prawdopodobieństwo zamknięcia dostępu do rynku jest większe na poziomie detalicznym, biorąc pod uwagę znaczące przeszkody dla większości producentów w uruchomieniu punktów sprzedaży detalicznej jedynie własnych produktów. Ponadto właśnie na poziomie detalicznym porozumienia dotyczące jednomarkowości mogą prowadzić do zmniejszonej konkurencji międzymarkowej zewnętrznej w punktach sprzedaży. Właśnie z tych przyczyn w przypadku produktów końcowych mogą zacząć pojawiać się znaczące skutki antykonkurencyjne z uwzględnieniem wszystkich innych istotnych czynników, jeżeli niedominujący dostawca wiąże 30 % lub więcej rynku właściwego. W przypadku przedsiębiorstwa dominującego nawet skromny udział w rynku może już prowadzić do znaczących skutków antykonkurencyjnych.
- (141) Na poziomie detalicznym może również zaistnieć skumulowany skutek w postaci zamknięcia dostępu do rynku. Kiedy wszyscy dostawcy mają udział w rynku poniżej 30 %, wystąpienie skumulowanego skutku w postaci antykonkurencyjnego zamknięcia dostępu do rynku jest mało prawdopodobne, jeżeli łączny związany udział w rynku wynosi mniej niż 40 % i w związku z tym mało prawdopodobne jest wycofanie wyłączenia grupowego. Wskaźnik ten może być wyższy, gdy weźmie się pod uwagę inne czynniki, jak liczba konkurentów, bariery wejścia itp. Jeżeli nie wszystkie przedsiębiorstwa mają udziały w rynku poniżej progu określonego w rozporządzeniu w sprawie wyłączeń grupowych, ale żadne z nich nie dominuje, wystąpienie skumulowanego skutku w postaci zamknięcia dostępu do rynku nie jest prawdopodobne, jeżeli łączny związany udział w rynku wynosi mniej niż 30 %.

- (142) Jeżeli nabywca działa w lokalu i na gruntach stanowiących własność dostawcy lub dzierżawionych przez dostawcę od osoby trzeciej nie związanej z nabywcą, możliwość narzucenia skutecznych środków zaradczych wobec możliwego skutku w postaci zamknięcia dostępu do rynku będzie ograniczona. W takim przypadku interwencja Komisji poniżej poziomu dominacji nie jest prawdopodobna.
- (143) W niektórych sektorach sprzedaż więcej niż jednej marki w jednym miejscu może być trudna. W takim przypadku problemowi zamknięcia dostępu do rynku można lepiej zaradzić poprzez ograniczenie rzeczywistego czasu obowiązywania umów.
- (144) Jeżeli zostanie stwierdzone istnienie znaczących skutków antykonkurencyjnych, pojawia się kwestia ewentualnego wyłączenia na mocy art. 101 ust. 3. W przypadku zakazów konkutowania wzrost efektywności opisany w pkt 107 lit. a) (niewłaściwa działalność rynkowa między dostawcami), d), e) (problemy zatoru) i h) (niedostatki rynku kapitałowego) może być szczególnie istotny.
- (145) W przypadku kwestii efektywności, o której mowa w pkt 107 lit. a), d) i h), narzucanie ilości nabywcy może ewentualnie być alternatywą mniej restrykcyjną. Zakaz konkutowania może być jedynym możliwym sposobem uzyskania wzrostu efektywności opisanej w pkt 107 podpunkt e) (problem zatoru związany przekazaniem *know-how*).
- (146) W przypadku inwestycji dokonanych przez dostawcę w związku z konkretną umową (pkt 107 lit. d)), porozumienie dotyczące zakazu konkutowania lub narzucania ilości w okresie amortyzacji inwestycji będzie w zasadzie spełniać warunki art. 101 ust. 3. W przypadku bardzo znacznych inwestycji związanych z konkretną umową może być uzasadniony zakaz konkutowania przekraczający pięć lat. Inwestycjami związanymi z konkretną umową może być na przykład montaż lub dostosowanie sprzętu przez dostawcę, jeżeli ten sprzęt może być później użyty jedynie do produkcji komponentów dla konkretnego nabywcy. Ogólne lub specyficzne dla danego rynku inwestycje w (dodatkowe) moce produkcyjne nie są zwykle inwestycjami związanymi z konkretną umową. Jeżeli jednak dostawca tworzy nowe moce produkcyjne konkretnie powiązane z działalnością konkretnego nabywcy, na przykład przedsiębiorstwo produkujące metalowe puszki, które tworzy nowe moce produkcyjne do produkcji puszek na terenie zakładu pakującego żywność w puszki lub blisko tego zakładu należącego do producenta żywności, te moce produkcyjne mogą być uzasadnione ekonomicznie jedynie w przypadku produkcji dla tego właśnie klienta, wówczas inwestycja będzie uważana za związaną z konkretną umową.
- (147) Okoliczność, że dostawca zapewnia nabywcy pożyczkę lub sprzęt niezwiązany z konkretną umową, sama w sobie nie wystarcza do uzasadnienia braku wystąpienia skutku w postaci antykonkurencyjnego zamknięcia dostępu do rynku. W przypadku niedostatków rynku kapitałowego udzielenie pożyczki może być efektywniejsze dla dostawcy danego produktu niż dla banku (zob. pkt 107 lit. h)). Jednakże w takich przypadkach pożyczka powinna zostać udzielona w najmniej ograniczający sposób, a nabywcy nie powinno się zasadniczo uniemożliwiać zakończenia zobowiązania i spłacenia pozostałej części pożyczki w dowolnym czasie i bez płacenia kar.

(148) Przekazanie istotnego *know-how* (pkt 107 lit. e)) uzasadnia zwykle zakaz konkutowania przez cały czas obowiazywania umowy o dostawe, tak jak to sie dzieje na przyklad w kontekscie franchisingu.

(149) Przyklad zakazu konkutowania

Lider rynkowy na rynku krajowym produktow konsumpcyjnych nabywanych pod wplywem impulsu, majacy udzial w rynku w wysokosci 40 %, sprzedaje wiekszosc swych produktow (90 %) za posrednictwem powiazanych detalistow (ziazany udzial w rynku 36 %). Porozumienia zobowiazuja detalistow do kupowania wyklaczenie u lidera rynkowego przez przynajmniej cztery lata. Lider rynkowy jest szczegolnie mocno reprezentowany na gesciej zaludnionych obszarach takich jak stolica. Jego konkurenci – jest ich 10, z ktorych niektorzy dzialaja tylko lokalnie, maja duzo nizsze udzialy w rynku, najwiekszy ma 12 %. Tych 10 konkurentow wspolnie zaopatruje pozostale 10 % rynku za posrednictwem powiazanych punktow sprzedazy. Na rynku jest silne zroznicowanie marki i produktu. Lider rynkowy dysponuje najsilniejszymi markami. Jako jedyny prowadzi regularne ogolnokrajowe kampanie reklamowe. Dostarcza powiazanym detalistom specjalne szafy do przechowywania swych produktow.

Rezultat dla rynku jest taki, ze laczenie 46 % (36 % + 10 %) rynku jest zamkniete dla ewentualnych kandydatow do wejscia na rynek oraz dla przedsiebiorstw na nim dzialajacych niemajacych powiazanych punktow sprzedazy detalicznej. Wejscie potencjalnych kandydatow na rynek jest niezwykle trudne, zwlaszcza na gesto zaludnionych obszarach, gdzie stopien zamknienia dostepu do rynku jest jeszcze wyzszy, chociaz wlasnie tam chcieliby oni wejsc na rynek. Procz tego, ze wzgledu na duze zroznicowanie marki i produktu oraz wysokie koszty poszukiwan w zakresie ceny produktu, brak konkurencji miedzymarkowej zewnetrznej w punktach sprzedazy prowadzi do dodatkowych strat korzysci dla konsumentow. Mozliwa efektywnosc wynikajaca z wyklacznosci punktow sprzedazy detalicznej, ziazana zdaniem lidera rynkowego ze zmniejszonymi kosztami transportu oraz mozliwym problemem zatoru ziazanego z szafami do przechowywania produktow, jest ograniczona i nie rownowazy negatywnych skutkow dla konkurencji. Efektywnosc jest ograniczona, poniewaz koszty transportu sa powiazane z iloscia, a nie z wyklacznoscia, a szafy do przechowywania towarow nie zawieraja specjalnego *know-how* i nie sa ziazane z marka. W ziazunku z tym jest malo prawdopodobne, aby byly spenione warunki okreslone w art. 101 ust. 3.

(150) Przyklad narzucania ilosci

Producent X majacy 40 % udzialu w rynku sprzedaje 80 % swoich produktow w oparciu o umowy okreslajace, iz nabywca musi kupowac przynajmniej 75 % swojego zapotrzebowania na produkty tego rodzaju od producenta X. W zamian za to producent X oferuje finansowanie i sprzet po korzystnych stawkach. Umowy obowiazuja przez piec lat, splata pozyczki jest przewidziana w tym okresie w jednakowych ratach. Jednak po uplywie pierwszych dwuch lat nabywcy moga rozwiaczac umowe z szesciomiesiecznym okresem wypowiedzenia, jezeli splaca pozostala czesc pozyczki i przejac sprzet po jego wartosci rynkowej. Po uplywie pieciu lat sprzet staje sie wlasnoscia nabywcy. Wiekszosc konkurujacych producentow to male przedsiebiorstwa, jest ich laczenie 12, udzial w rynku najwiekszego wynosi 20 %; zawieraja one podobne umowy o rozny okresie

obowiązywania. Producenci, których udział w rynku wynosi mniej niż 10 %, często mają umowy o dłuższym okresie obowiązywania i mniej hojnych klauzulach dotyczących ich rozwiązania. Umowy producenta X pozostawiają swobodę uzyskiwania 25 % dostaw od konkurentów. W ciągu ostatnich trzech lat na rynek weszło dwóch nowych producentów i uzyskało łączny udział w rynku w wysokości około 8 %, częściowo dzięki przejściu pożyczek pewnej liczby odsprzedawców w zamian za umowy z tymi odsprzedawcami.

Związany udział w rynku producenta X wynosi 24 % ($0,75 \times 0,80 \times 40$ %). Związany udział w rynku innych producentów wynosi około 25 %. W związku z tym łącznie około 49 % rynku jest zamknięte dla potencjalnych kandydatów do wejścia oraz działających na tym rynku przedsiębiorstw niemających powiązanych punktów sprzedaży detalicznej przez przynajmniej pierwsze dwa lata obowiązywania umów o dostawę. Rynek pokazuje, iż odsprzedawcy często mają trudności z uzyskaniem pożyczek z banków i są zwykle zbyt mały, aby uzyskać kapitał z innych środków, jak emisja akcji. Oprócz tego, producent X jest w stanie wykazać, że skoncentrowanie sprzedaży na małej liczbie odsprzedawców pozwala mu na lepsze planowanie sprzedaży i zaoszczędzenie na kosztach transportu. W świetle wydajności z jednej strony, a z drugiej 25 % niezwiązanej części w umowach producenta X, rzeczywistej możliwości wcześniejszego rozwiązania umowy, niedawnego wejścia na rynek nowych producentów oraz faktu, iż prawie połowa odsprzedawców nie jest związana, narzucanie ilości w wysokości 75 % przez producenta X prawdopodobnie spełni warunki określone w art. 101 ust. 3.

2.2 *Dystrybucja wyłączna*

- (151) W umowie dystrybucji wyłącznej dostawca zgadza się sprzedawać swoje produkty tylko jednemu dystrybutorowi do odsprzedaży na określonym terytorium. Jednocześnie dystrybutor jest zwykle ograniczony w aktywnej sprzedaży na innych terytoriach (przydzielonych na wyłączność). Ewentualnymi zagrożeniami dla konkurencji są głównie zmniejszona konkurencja międzymarkowa wewnętrzna oraz podział rynku, co może w szczególności ułatwiać dyskryminację cenową. Jeżeli większość dostawców lub wszyscy dostawcy stosują dystrybucję wyłączną, może to złagodzić konkurencję i ułatwiać zmonopolizowanie, zarówno na poziomie dostawców, jak i dystrybutorów. Ponadto dystrybucja wyłączna może prowadzić do zamknięcia dostępu do rynku innym dystrybutorom, a przez to zmniejszenia konkurencji na tym poziomie.
- (152) Dystrybucja wyłączna jest wyłączona na mocy rozporządzenia w sprawie wyłączeń grupowych, jeżeli udział dostawcy i nabywcy w rynku, rozpatrywany każdy z osobna, nie przekracza 30 %, nawet w połączeniu z innymi mniej poważnymi ograniczeniami wertykalnymi, takimi jak zakaz konkutowania ograniczony do pięciu lat, narzucanie ilości lub wyłączność zakupów. Kombinacja dystrybucji wyłącznej i dystrybucji selektywnej jest zwolniona przez rozporządzenie w sprawie wyłączeń grupowych jedynie wówczas, gdy aktywna sprzedaż na innych terytoriach nie jest ograniczona. Pozostała część niniejszej sekcji zawiera wskazówki na potrzeby oceny indywidualnych przypadków dystrybucji wyłącznej, przekraczających próg udziału w rynku.
- (153) Pozycja rynkowa dostawcy i jego konkurentów ma wielkie znaczenie, ponieważ straty w konkurencji międzymarkowej wewnętrznej mogą być problemem jedynie

wówczas, gdy ograniczona jest konkurencja międzymarkowa zewnętrzna. Im silniejsza pozycja dostawcy, tym poważniejsze są straty w konkurencji międzymarkowej wewnętrznej. Powyżej 30 % progu udziału w rynku może zatem istnieć zagrożenie znacznego zmniejszenia konkurencji międzymarkowej wewnętrznej. Aby warunki określone w art. 101 ust. 3 zostały spełnione, straty w konkurencji międzymarkowej wewnętrznej mogą wymagać zrównoważenia przez faktyczną efektywność.

- (154) Pozycja konkurentów ma podwójne znaczenie. Silni konkurencji oznaczają zwykle, że zmniejszenie konkurencji międzymarkowej wewnętrznej jest zrównoważone przez dostateczną konkurencję międzymarkową zewnętrzną. Jeżeli jednak grupa konkurentów jest raczej niewielka, a ich pozycja rynkowa jest raczej podobna pod względem udziału w rynku, mocy produkcyjnych i sieci dystrybucji, istnieje ryzyko zmowy lub łagodzenia konkurencji. Straty w konkurencji międzymarkowej wewnętrznej mogą zwiększać to ryzyko, zwłaszcza gdy kilku dostawców wykorzystuje podobne systemy dystrybucji. Wielokrotna dystrybucja wyłączna, tj. sytuacja, gdy różni dostawcy mianują tego samego wyłącznego dystrybutora na danym terytorium, może jeszcze zwiększać ryzyko zmowy lub łagodzenia konkurencji. Jeżeli dealerowi przyznano wyłączne prawo do dystrybucji dwóch lub więcej ważnych konkurujących produktów na tym samym terytorium, to konkurencja międzymarkowa zewnętrzna może być znacznie ograniczona w odniesieniu do tych marek. Im wyższy jest skumulowany udział w rynku marek rozprowadzanych przez wyłącznych dealerów wielu marek, tym wyższe ryzyko zmowy lub łagodzenia konkurencji i tym znaczniejsze ograniczenie konkurencji międzymarkowej zewnętrznej. Jeśli detalista jest wyłącznym dystrybutorem szeregu marek, może to spowodować, że jeśli jeden z producentów obniży cenę hurtową dla swojej marki, wyłączny detalista nie będzie zainteresowany wprowadzeniem tej zmiany w cenie dla konsumenta końcowego, ponieważ zmniejszyłoby to jego sprzedaż i zyski osiągane z innych marek. Dlatego też w porównaniu z sytuacją braku wielokrotnej dystrybucji wyłącznej, producenci są w niewielkim stopniu zainteresowani wzajemną konkurencją cenową. Tego rodzaju sytuacje związane ze skumulowanymi skutkami mogą być przyczyną wycofania przywileju wynikającego z rozporządzenia w sprawie wyłączeń grupowych, gdy udziały w rynku dostawców i nabywców są poniżej progu rozporządzenia w sprawie wyłączeń grupowych.
- (155) Bariery wejścia na rynek, mogące utrudniać dostawcom powoływanie nowych dystrybutorów lub znalezienie alternatywnych dystrybutorów, są mniej ważne podczas oceny ewentualnych antykonkurencyjnych skutków dystrybucji wyłącznej. Zamknięcie dostępu do rynku innym dostawcom nie ma miejsca tak długo, jak długo dystrybucja wyłączna nie jest połączona z jednomarkowością.
- (156) Zamknięcie dostępu do rynku innym dystrybutorom nie stanowi problemu, jeżeli dostawca, który wykorzystuje system dystrybucji wyłącznej, wyznacza dużą liczbę wyłącznych dystrybutorów na tym samym rynku, a ci dystrybutorzy wyłączni nie są ograniczeni w sprzedaży innym, niewyznaczonym dystrybutorom. Zamknięcie dostępu do rynku innym dystrybutorom może jednak stać się problemem, jeżeli siła nabywczą i władza rynkowa są usytuowane na niższych szczeblach obrotu, zwłaszcza w przypadku bardzo dużych terytoriów, gdy wyłączny dystrybutor staje się wyłącznym nabywcą dla całego rynku. Przykładem może być sieć supermarketów, która staje się jedynym dystrybutorem wiodącej marki na krajowym rynku sprzedaży detalicznej żywności. Zamknięcie dostępu do rynku innym

dystrybutorom może być zastrzone w przypadku wielokrotnej dystrybucji wyłącznej.

- (157) Siła nabywcza może również zwiększać ryzyko zmowy po stronie nabywców, gdy porozumienia o dystrybucji wyłącznej są narzucane przez ważnych nabywców, ewentualnie usytuowanych na różnych terytoriach, jednemu lub kilku dostawcom.
- (158) Dojrzałość rynku ma znaczenie, ponieważ strata w konkurencji międzymarkowej wewnętrznej i dyskryminacja cenowa mogą być poważnym problemem na dojrzałym rynku, ale być mniej istotne na rynku o rosnącym popycie, zmieniających się technologiach i zmieniających się pozycjach rynkowych.
- (159) Szczebel obrotu handlowego ma znaczenie, ponieważ ewentualne negatywne skutki mogą być różne na poziomie handlu hurtowego i na poziomie handlu detalicznego. Dystrybucja wyłączna jest głównie stosowana w dystrybucji towarów i usług końcowych. Strata w konkurencji międzymarkowej wewnętrznej jest szczególnie prawdopodobna na poziomie detalicznym na dużych terytoriach, ponieważ konsumenci końcowi mogą mieć niewielką możliwość wyboru między dystrybutorem drogim i świadczącym usługi wysokiej jakości, a dystrybutorem tanim i świadczącym usługi niskiej jakości w przypadku ważnej marki.
- (160) Producent, który wybiera hurtownika na swego wyłącznego dystrybutora, robi to zazwyczaj w odniesieniu do większego terytorium, takiego jak państwo członkowskie. Tak długo, jak długo hurtownik może sprzedawać produkty bez ograniczeń detalistom na rynku niższego szczebla, nie ma prawdopodobieństwa zaistnienia znaczących skutków antykonkurencyjnych. Ewentualne straty w konkurencji międzymarkowej wewnętrznej mogą być łatwo zrównoważone przez wzrost efektywności uzyskany w logistyce, promocji itp., szczególnie jeżeli producent ma swą siedzibę w innym kraju. Ewentualne zagrożenia dla konkurencji międzymarkowej zewnętrznej ze strony wielokrotnej dystrybucji wyłącznej są jednak większe na poziomie hurtowym, niż detalicznym. Jeżeli jeden hurtownik staje się wyłącznym dystrybutorem znaczącej liczby dostawców, oznacza to nie tylko ryzyko, że nastąpi zmniejszenie konkurencji pomiędzy tymi markami, ale również, że istnieje zamknięcie dostępu do rynku na szczeblu handlu hurtowego.
- (161) Jak stwierdzono w pkt 155, zamknięcie dostępu do rynku innym dostawcom nie występuje, dopóki nie połączy się dystrybucji wyłącznej z jednomarkowością. Jednak nawet jeśli połączy się dystrybucję wyłączną z jednomarkowością, antykonkurencyjne zamknięcie dostępu do rynku innym dostawcom nie jest prawdopodobne, być może z wyjątkiem sytuacji, w której jednomarkowość stosuje się w przypadku gęstej sieci wyłącznych dystrybutorów o małych terytoriach lub też w przypadku skutków skumulowanych. W takim przypadku może się okazać konieczne zastosowanie zasad dotyczących jednomarkowości, określonych w sekcji 2.1. Jeżeli jednak takie połączenie nie prowadzi do znacznego zamknięcia dostępu do rynku, połączenie dystrybucji wyłącznej i jednomarkowości może sprzyjać konkurencji poprzez zwiększanie motywacji dla wyłącznych dystrybutorów do skoncentrowania swych wysiłków na konkretnej marce. Dlatego też przy braku takiego skutku w postaci zamknięcia dostępu do rynku połączenie dystrybucji wyłącznej i jednomarkowości może jak najbardziej spełnić warunki określone w art. 101 ust. 3 przez cały czas obowiązywania umowy, szczególnie na poziomie handlu hurtowego.

- (162) Połączenie dystrybucji wyłącznej z wyłącznością zaopatrzenia zwiększa ewentualne zagrożenia dla konkurencji w postaci zmniejszonej konkurencji międzymarkowej wewnętrznej oraz podziału rynku, które mogą w szczególności ułatwiać dyskryminację cenową. Dystrybucja wyłączna już ogranicza swobodę decyzji klientów, ponieważ ogranicza liczbę dystrybutorów i zwykle ogranicza również swobodę dystrybutorów odnośnie do aktywnej sprzedaży. Wyłączność zaopatrzenia, wymagająca od wyłącznych dystrybutorów zakupu swego zaopatrzenia w przypadku konkretnej marki bezpośrednio od producenta, eliminuje również możliwą swobodę decyzji dystrybutorów, którzy nie mogą zaopatrywać się u innych dystrybutorów w systemie. W rezultacie zwiększa to możliwości ograniczenia przez dostawcę konkurencji międzymarkowej wewnętrznej przez stosowanie różnych warunków sprzedaży, na niekorzyść konsumentów, chyba że połączenie umożliwia uzyskanie korzyści prowadzących do niższych cen dla wszystkich konsumentów końcowych.
- (163) Charakter produktu nie jest szczególnie istotny dla oceny ewentualnych antykonkurencyjnych skutków dystrybucji wyłącznej. Jest jednak istotny przy ocenie ewentualnych korzyści w zakresie efektywności, to znaczy po stwierdzeniu zaistnienia znaczących skutków antykonkurencyjnych.
- (164) Dystrybucja wyłączna może prowadzić do osiągnięcia korzyści w zakresie efektywności, szczególnie gdy konieczne są inwestycje ze strony dystrybutorów związane z ochroną lub kreowaniem wizerunku marki. Generalnie argument dotyczący efektywności jest najpoważniejszy w przypadku nowych produktów, produktów złożonych, produktów, których jakość trudno jest ocenić przed konsumpcją (tak zwane produkty związane z doświadczeniem) lub tych, których jakość trudno jest ocenić nawet po konsumpcji (tak zwane produkty związane z zaufaniem). Oprócz tego dystrybucja wyłączna może prowadzić do oszczędności w kosztach logistyki ze względu na korzyści skali w transporcie i dystrybucji.
- (165) Przykład dystrybucji wyłącznej na poziomie hurtowym

Na rynku artykułu konsumpcyjnego trwałego użytku A jest liderem rynkowym. A sprzedaje swój produkt za pośrednictwem wyłącznych hurtowników. Terytoria hurtowników odpowiadają całemu państwu członkowskiemu w przypadku małych państw członkowskich oraz regionowi w przypadku dużych państw członkowskich. Ci wyłączni dystrybutorzy zajmują się sprzedażą wszystkim detalistom na ich terytoriach. Nie prowadzą sprzedaży dla konsumentów końcowych. Hurtownicy zajmują się promocją na swoich rynkach, w tym sponsorowaniem lokalnych imprez, lecz także objaśnianiem i promowaniem nowych produktów wśród detalistów na ich terytoriach. Technologia i innowacyjność produktu na tym rynku ewoluuje stosunkowo szybko, a usługi przedsprzedażne dla detalistów i konsumentów końcowych odgrywają ważną rolę. Hurtownicy nie są zobligowani do dokonywania całości zakupów marki A od samego producenta, możliwe jest prowadzenie arbitrażu przez hurtowników i detalistów, ponieważ koszty transportu są stosunkowo niskie w porównaniu z wartością produktu. Hurtownicy nie są objęci zakazem konkurowania. Detaliści sprzedają również kilka marek konkurujących dostawców i nie ma umów dystrybucji wyłącznej lub selektywnej na poziomie detalicznym. Na unijnym rynku sprzedaży hurtownikom A ma około 50 % udziału w rynku. Jego udział w rynku na różnych rynkach krajowych waha się w granicach 40–60 %. A ma od 6 do 10 konkurentów na każdym rynku krajowym: B, C i D są jego największymi konkurentami i są również obecni na każdym rynku krajowym, a ich udział w rynku

waha się w granicach od 5 % do 20 %. Pozostali producenci to producenci krajowi, mający mniejsze udziały w rynku. B, C i D mają podobne sieci dystrybucji, podczas gdy lokalni producenci starają się sprzedawać swoje produkty bezpośrednio detalistom.

Na rynku sprzedaży hurtowej opisanym w tym przykładzie ryzyko zmniejszonej konkurencji międzymarkowej wewnętrznej i dyskryminacji cenowej jest niskie. Nie ma przeszkód dla arbitrażu, a brak konkurencji międzymarkowej wewnętrznej nie jest zbyt istotny na poziomie sprzedaży hurtowej. Na szczeblu detalicznym nie jest utrudniona ani konkurencja międzymarkowa wewnętrzna, ani konkurencja międzymarkowa zewnętrzna. Co więcej, ustalenia co do wyłączności na poziomie hurtowym nie mają dużego wpływu na konkurencję międzymarkową zewnętrzną. Dlatego też – nawet jeżeli istnieją skutki antykonkurencyjne – warunki określone w art. 101 ust. 3 są prawdopodobniej również spełnione.

(166) Przykład wielokrotnej dystrybucji wyłącznej na rynku oligopolistycznym

Na krajowym rynku produktu końcowego jest czterech liderów rynkowych, z których każdy ma udział w rynku w wysokości około 20 %. Ci czterej liderzy rynkowi sprzedają swój produkt za pośrednictwem wyłącznych dystrybutorów na poziomie detalicznym. Detalistom jest przydzielane wyłączone terytorium odpowiadające miastu, w którym mają siedzibę lub dzielnicy – w przypadku wielkich miast. Na większości terytoriów czterej liderzy rynkowi wyznaczają tego samego wyłącznego detalistę (wielokrotna dystrybucja), często z siedzibą w centrum i raczej specjalizującego się w produkcji. Pozostałe 20 % rynku krajowego składa się z małych producentów lokalnych, z których największy ma 5 % udziału w rynku krajowym. Ci lokalni producenci sprzedają zazwyczaj swe produkty za pośrednictwem innych detalistów, głównie dlatego, iż wyłączni dystrybutorzy czterech największych dostawców wykazują zwykle niewielkie zainteresowanie sprzedażą mniej znanych i tańszych marek. Na rynku istnieje silne rozróżnienie marki i produktu. Czterej liderzy rynkowi prowadzą wielkie krajowe kampanie reklamowe i mają silne wizerunki marki, podczas gdy drugorzędni producenci nie reklamują swoich produktów na poziomie krajowym. Rynek jest raczej dojrzały, o stabilnym popycie, bez większych innowacji w zakresie produktu i technologii. Produkt jest względnie prosty.

Na takim rynku oligopolistycznym istnieje ryzyko zмовy między czterema liderami rynkowymi. Ryzyko to jest zwiększone poprzez wielokrotną dystrybucję. Konkurencja międzymarkowa wewnętrzna jest ograniczona przez wyłączność terytorialną. Konkurencja między czterema wiodącymi markami ogranicza się do szczebla detalicznego, ponieważ na każdym terytorium jeden detalista ustala ceny dla wszystkich czterech marek. Wielokrotna dystrybucja oznacza, że jeżeli jeden producent obniża cenę produktów swojej marki, detalista nie będzie zainteresowany odzwierciedleniem tej zmiany w cenie dla konsumenta końcowego, ponieważ zmniejszyłoby to jego sprzedaż i zyski osiągane z innych marek. Stąd też producenci nie są zbyt zainteresowani konkutowaniem między sobą pod względem cen. Konkurencja międzymarkowa zewnętrzna istnieje przede wszystkim między mającymi słabą markę towarami drugorzędnych producentów. Ewentualne argumenty dotyczące efektywności przemawiające za (wspólną) dystrybucją wyłączną są ograniczone, ponieważ produkt jest stosunkowo prosty, odsprzedaż nie

wymaga żadnych konkretnych inwestycji lub szkoleń, a reklama odbywa się głównie na szczeblu producentów.

Chociaż udział w rynku każdego z liderów rynkowych jest poniżej progu, warunki określone w art. 101 ust. 3 mogą nie być spełnione i może być konieczne wycofanie wyłączenia grupowego w odniesieniu do porozumień zawartych z dystrybutorami, których udział w rynku zaopatrzenia wynosi mniej niż 30 %.

(167) Przykład dystrybucji wyłącznej połączonej z wyłącznością zaopatrzenia

Producent A jest europejskim liderem rynkowym w zakresie objętościowych towarów konsumpcyjnych trwałego użytku, jego udział w rynku na większości krajowych rynków detalicznych waha się w granicach 40–60 %. W państwach członkowskich, w których ma duży udział w rynku, ma mniej konkurentów, z dużo mniejszymi udziałami w rynku. Konkurenci są obecni tylko na jednym lub dwóch rynkach krajowych. Długoterminową polityką A jest sprzedawanie swojego produktu za pośrednictwem krajowych przedsiębiorstw zależnych wyłącznym dystrybutorom na poziomie detalicznym, którym nie wolno prowadzić aktywnej sprzedaży poza swoim terytorium. Dystrybutorzy ci są w ten sposób zachęceni do promowania produktu i świadczenia usług przedsprzedażnych. Ostatnio detaliści są dodatkowo zobowiązani do kupna produktów A wyłącznie od krajowego przedsiębiorstwa zależnego od producenta A w ich kraju. Detaliści sprzedający markę producenta A są głównymi odsprzedawcami tego rodzaju produktów na swym terytorium. Prowadzą również konkurencyjne marki, ale ze zmiennym szczęściem i entuzjazmem. Od momentu wprowadzenia wyłączności zaopatrzenia A stosuje różnice cen w wysokości 10–15 % między rynkami, przy czym wyższe ceny są stosowane na rynkach, na których ma on mniejszą konkurencję. Rynki są stosunkowo stabilne pod względem popytu i podaży, nie ma istotnych zmian technologicznych.

Na rynkach, na których ceny są wysokie, strata w konkurencji międzymarkowej wewnętrznej jest spowodowana nie tylko wyłącznością terytorialną na poziomie detalicznym, ale pogłębia ją jeszcze obowiązek wyłączności zaopatrzenia nałożony na detalistów. Obowiązek wyłączności zaopatrzenia pomaga w utrzymaniu podziału rynków i terytoriów, uniemożliwiając arbitraż między wyłącznymi detalistami, głównymi odsprzedawcami tego rodzaju produktów. Wyłącznie detaliści nie mogą prowadzić aktywnej sprzedaży na terytoriach swych kolegów i w praktyce unikają dostaw poza obręb własnego terytorium. Umożliwiło to dyskryminację cenową, ale nie doprowadziło do istotnego zwiększenia całości sprzedaży. Arbitraż konsumentów lub niezależnych handlowców jest ograniczony ze względu na dużą objętość produktu.

Podczas gdy ewentualne argumenty dotyczące efektywności przemawiające za wyznaczeniem wyłącznych dystrybutorów mogą być przekonujące, w szczególności ze względu na motywowanie detalistów, ewentualne argumenty dotyczące efektywności przemawiające za połączeniem dystrybucji wyłącznej z wyłącznością zaopatrzenia, a w szczególności argumenty dotyczące efektywności przemawiające za wyłącznością zaopatrzenia, powiązane głównie z korzyściami skali w transporcie, nie mogą przeważać negatywnego skutku dyskryminacji cenowej i zmniejszonej konkurencji międzymarkowej wewnętrznej. W konsekwencji spełnienie warunków określonych w art. 101 ust. 3 jest niemożliwe.

2.3 Wyłączny przydział klientów

- (168) W umowie wyłącznego przydziału klientów dostawca zgadza się sprzedawać swoje produkty tylko jednemu dystrybutorowi do odsprzedaży konkretnej grupie klientów. Jednocześnie dystrybutor jest zwykle ograniczony w aktywnej sprzedaży innym grupom klientów (przydzielonym na wyłączność). Rozporządzenie w sprawie wyłączeń grupowych nie ogranicza sposobu określania wyłącznej grupy klientów; może to być na przykład pewien rodzaj klientów określony ze względu na wykonywany przez nich zawód, ale także określeni klienci wybrani na podstawie obiektywnego kryterium lub kilku takich kryteriów. Ewentualnymi zagrożeniami dla konkurencji są głównie zmniejszona konkurencja międzymarkowa wewnętrzna oraz podział rynku, co może w szczególności ułatwiać dyskryminację cenową. Jeżeli większość dostawców lub wszyscy dostawcy stosują wyłączny przydział klientów, może to łagodzić konkurencję i ułatwiać zmonopolizowanie, tak na poziomie dostawców, jak i dystrybutorów. Ponadto wyłączny przydział klientów może prowadzić do zamknięcia dostępu do rynku innym dystrybutorom i w konsekwencji zmniejszyć konkurencję na tym poziomie.
- (169) Wyłączny przydział klientów jest wyłączony przepisami rozporządzenia w sprawie wyłączeń grupowych, jeżeli udział zarówno dostawcy, jak i nabywcy w rynku nie przekracza 30 %, nawet w połączeniu z innymi mniej poważnymi ograniczeniami wertykalnymi, takimi jak zakaz konkutowania, narzucanie ilości lub wyłączność zaopatrzenia. Połączenie wyłącznego przydziału klientów z dystrybucją selektywną jest zwykle uważane za najpoważniejsze ograniczenie konkurencji, ponieważ zwykle nie ma swobody aktywnej sprzedaży użytkownikom końcowym. Do oceny wyłącznego przydziału klientów powyżej 30 % progu udziału w rynku stosuje się również wskazówki zawarte w pkt 151–167, z zastrzeżeniem szczegółowych uwag zawartych w pozostałej części niniejszej sekcji.
- (170) Wyłączny przydział klientów zwykle utrudnia arbitraż ze strony klientów. Oprócz tego, ponieważ każdy wyznaczony dystrybutor ma swoją własną klasę klientów, niewyznaczeni dystrybutorzy nie mieszczący się w takiej klasie mogą mieć trudności z uzyskaniem produktu. Zmniejsza to możliwość arbitrażu ze strony niewyznaczonych dystrybutorów.
- (171) Wyłączny przydział klientów jest głównie stosowany do produktów pośrednich i na poziomie hurtowym, gdy dotyczy produktów końcowych, jeżeli można wyróżnić grupy klientów mających specjalne wymogi odnośnie do produktu.
- (172) Wyłączny przydział klientów może prowadzić do wzrostu efektywności, szczególnie gdy dystrybutorzy są zobligowani do inwestowania na przykład w specjalny sprzęt, umiejętności lub *know-how* w celu dostosowania się do wymogów swoich grup klientów. Okres amortyzacji tych inwestycji wskazuje na usprawiedliwiony czas obowiązywania systemu wyłącznego przydziału klientów. Generalnie argument ten jest najpoważniejszy w przypadku nowych produktów, produktów złożonych, produktów wymagających dostosowania do potrzeb indywidualnego klienta. Możliwe do zidentyfikowania zróżnicowane potrzeby są bardziej prawdopodobne w przypadku produktów pośrednich, to jest produktów sprzedawanych różnym rodzajom profesjonalnych nabywców. Przydział konsumentów końcowych nie może raczej prowadzić do wzrostu efektywności.

(173) Przykład wyłącznego przydziału klientów

Przedsiębiorstwo opracowało nowoczesną instalację tryskaczową. Przedsiębiorstwo ma obecnie 40 % udział w rynku na rynku instalacji tryskaczowych. Gdy rozpoczynało sprzedaż instalacji tryskaczowych, jego udział w rynku wynosił 20 % przy sprzedaży produktu starszego typu. Montaż nowego typu instalacji tryskaczowej zależy od rodzaju budynku, w którym jest ona montowana (biuro, zakład chemiczny, szpital itp.). Przedsiębiorstwo wyznaczyło pewną liczbę dystrybutorów do sprzedaży i montażu instalacji tryskaczowej. Każdy dystrybutor musiał przeszkolić swoich pracowników pod kątem ogólnych i szczegółowych wymogów związanych z montażem instalacji tryskaczowej dla konkretnej kategorii klientów. Aby zagwarantować specjalizację dystrybutorów przedsiębiorstwo przydzieliło każdemu z nich wyłączną kategorię klientów i zabroniła im aktywnej sprzedaży wyłącznym kategoriom klientów przydzielonym innym dystrybutorom. Po pięciu latach wszyscy wyłączni dystrybutorzy będą mogli prowadzić aktywną sprzedaż dla wszystkich kategorii klientów, co zakończy istnienie systemu wyłącznego przydziału klientów. Dostawca będzie mógł wówczas również rozpocząć sprzedaż dla nowych dystrybutorów. Rynek jest dość dynamiczny, niedawno weszły nań dwa nowe przedsiębiorstwa i miały miejsce innowacje technologiczne. Konkurenci, których udział w rynku wynosi między 5 % a 25 %, również unowocześniają swoje produkty.

Ponieważ wyłączność jest ograniczona w czasie i służy temu, aby dystrybutorzy mogli odzyskać swoje inwestycje i na początku skoncentrowali swoje wysiłki na pewnej kategorii klientów, aby nauczyć się danej dziedziny, a także z racji tego, że ewentualne antykonkurencyjne skutki wydają się być ograniczone na dynamicznym rynku, warunki określone w art. 101 ust. 3 są prawdopodobnie spełnione.

2.4. *Dystrybucja selektywna*

(174) Umowy dystrybucji selektywnej, podobnie jak umowy dystrybucji wyłącznej, z jednej strony ograniczają liczbę uprawnionych dystrybutorów, a z drugiej możliwości odsprzedaży. Różnica w porównaniu z dystrybucją wyłączną jest taka, iż ograniczenie liczby dealerów nie zależy od liczby terytoriów, ale od kryteriów doboru, powiązanych w pierwszym rzędzie z charakterem produktu. Kolejna różnica w porównaniu z dystrybucją wyłączną polega na tym, że ograniczenie odsprzedaży nie jest ograniczeniem aktywnej sprzedaży na danym terytorium, ale jest ograniczeniem sprzedaży nieuprawnionym dystrybutorom, pozostawiając jako ewentualnych nabywców jedynie wyznaczonych dealerów i klientów końcowych. Dystrybucja selektywna jest niemal zawsze stosowana w przypadku markowych produktów końcowych.

(175) Ewentualne zagrożenia dla konkurencji polegają na zmniejszeniu konkurencji międzymarkowej wewnętrznej oraz – szczególnie w przypadku skutków skumulowanych – zamknięciu dostępu do rynku pewnym rodzajom dystrybutorów, złagodzeniu konkurencji oraz ułatwieniu zмовы między dostawcami lub nabywcami. Aby ocenić ewentualne antykonkurencyjne skutki dystrybucji selektywnej stosownie do art. 101 ust. 1, należy dokonać rozróżnienia między czysto jakościową dystrybucją selektywną, a ilościową dystrybucją selektywną. W czysto jakościowej dystrybucji selektywnej dealerzy są dobierani jedynie na podstawie obiektywnych kryteriów związanych z charakterem produktu, takich jak szkolenie

personelu sprzedaży, obsługa zapewniana w punkcie sprzedaży, pewna gama sprzedawanych produktów itp.⁵¹. Zastosowanie takich kryteriów nie ogranicza bezpośrednio liczby dealerów. Czysto jakościowa dystrybucja selektywna jest generalnie uznawana za niewchodzącą w zakres stosowania art. 101 ust. 1 ze względu na brak antykonkurencyjnych skutków, pod warunkiem spełnienia trzech warunków. Po pierwsze, charakter danego produktu musi wymagać systemu dystrybucji selektywnej, w tym znaczeniu, iż taki system musi stanowić uzasadniony wymóg, uwzględniający charakter danego produktu, konieczność zachowania jego jakości i zapewnienie jego właściwego przeznaczenia. Po drugie, odsprzedawcy muszą być wybierani na podstawie obiektywnych kryteriów o charakterze jakościowym, jednolitych i dostępnych dla wszystkich ewentualnych odsprzedawców i niestosowanych w sposób dyskryminacyjny. Po trzecie, ustanowione kryteria nie mogą wykraczać poza to, co jest konieczne⁵². Ilościowa dystrybucja selektywna dodaje dalsze kryteria doboru, które w bardziej bezpośredni sposób ograniczają liczbę dealerów, wymagając, na przykład, minimalnej lub maksymalnej sprzedaży, ustalając liczbę dealerów itp.

(176) Jakościowa i ilościowa dystrybucja selektywna jest zwolniona przez rozporządzenie w sprawie wyłączeń grupowych tak długo, jak udział w rynku dostawcy i nabywcy, rozpatrywany każdy z osobna, nie przekracza 30 %, nawet w połączeniu z innymi mniej poważnymi ograniczeniami wertykalnymi, takimi jak zakaz konkurencji lub dystrybucja wyłączna, pod warunkiem że aktywna sprzedaż przez uprawnionych dystrybutorów sobie nawzajem lub użytkownikom końcowym nie jest ograniczona. Rozporządzenie w sprawie wyłączeń grupowych przewiduje wyłączenie dystrybucji selektywnej niezależnie od charakteru danego produktu oraz charakteru kryteriów wyboru. Jeżeli jednak charakter produktu⁵³ nie wymaga dystrybucji selektywnej lub nie wymaga stosowanych kryteriów, takich jak np. wymóg posiadania przez dystrybutorów co najmniej jednego lokalu handlowego lub świadczenia szczególnych usług, taki system dystrybucji zwykle nie przynosi dostatecznych skutków w postaci zwiększonej efektywności, aby zrównoważyć znaczne ograniczenie konkurencji międzymarkowej wewnętrznej. Jeżeli występują znaczące skutki antykonkurencyjne, przywilej rozporządzenia w sprawie wyłączeń grupowych prawdopodobnie zostanie wycofany. Dodatkowo pozostała część niniejszej sekcji zawiera wskazówki dotyczące oceny dystrybucji selektywnej w indywidualnych przypadkach, które nie są objęte rozporządzeniem w sprawie wyłączeń grupowych, bądź w przypadku skutków skumulowanych wynikających z równoległych sieci dystrybucji selektywnej.

(177) Pozycja rynkowa dostawcy i jego konkurentów ma ogromne znaczenie podczas oceny ewentualnych antykonkurencyjnych skutków, ponieważ zanik konkurencji

⁵¹ Zob. np. wyrok Sądu Pierwszej Instancji w sprawie T-88/92 *Groupement d'achat Édouard Leclerc* przeciwko *Komisji*, Rec. [1996], s. II-1961.

⁵² Zob. wyroki Trybunału Sprawiedliwości w sprawie 31/80 *L'Oréal* przeciwko *PVBA*, Rec. [1980], s. 3775, pkt 15–16; w sprawie 26/76 *Metro I*, Rec. [1977], s. 1875, pkt 20–21; w sprawie 107/82 *AEG*, Rec. [1983], s. 3151, pkt 35; oraz wyrok Sądu Pierwszej Instancji w sprawie T-19/91 *Vichy* przeciwko *Komisji*, Rec. [1992], s. II-415, pkt 65.

⁵³ Zob. np. wyroki Sądu Pierwszej Instancji w sprawie T-19/92, *Groupement d'achat Édouard Leclerc* przeciwko *Komisji*, Rec. [1996], s. II-1851, pkt 112–123, w sprawie T-88/92 *Groupement d'achat Édouard Leclerc* przeciwko *Komisji*, Rec. [1996], s. II-1961, pkt 106–117, oraz orzecznictwo przywołane w poprzednim przypisie.

międzymarkowej wewnętrznej może być problemem tylko wówczas, jeżeli konkurencja międzymarkowa zewnętrzna jest ograniczona. Im silniejsza jest pozycja dostawcy, tym większym problemem jest zanik konkurencji międzymarkowej wewnętrznej. Innym ważnym czynnikiem jest liczba sieci dystrybucji selektywnej obecnych na tym samym rynku. Jeżeli tylko jeden dostawca stosuje dystrybucję selektywną na rynku, ilościowa dystrybucja selektywna zwykle nie powoduje wyłącznie negatywnych skutków, pod warunkiem że towary objęte porozumieniem, ze względu na swój charakter, wymagają zastosowania systemu dystrybucji selektywnej oraz pod warunkiem że stosowane kryteria doboru są konieczne dla zapewnienia skutecznej dystrybucji danych towarów. W rzeczywistości jednak dystrybucja selektywna wydaje się być często stosowana przez kilku dostawców na danym rynku.

- (178) Pozycja konkurentów może mieć podwójne znaczenie i odgrywa rolę zwłaszcza w przypadku skutków skumulowanych. Silni konkurenci oznaczają generalnie, że wystarczająca konkurencja międzymarkowa zewnętrzna z łatwością przeważa zmniejszenie konkurencji międzymarkowej wewnętrznej. Jeżeli jednak większość głównych dostawców stosuje dystrybucję selektywną, nastąpi znaczący zanik konkurencji międzymarkowej wewnętrznej i ewentualnie wyłączenie pewnych rodzajów dystrybutorów, jak również zwiększone ryzyko zmywy między tymi wielkimi dostawcami. Ryzyko zamknięcia dostępu do rynku sprawniejszym dystrybutorom jest zawsze większe w przypadku dystrybucji selektywnej niż dystrybucji wyłącznej, wzięwszy pod uwagę ograniczenie sprzedaży nieautoryzowanym dealerom w dystrybucji selektywnej. To ograniczenie służy nadaniu systemom dystrybucji selektywnej charakteru zamkniętego, uniemożliwiając uzyskanie dostaw nieuprawnionym dealerom. Dlatego też dystrybucja selektywna nadaje się szczególnie dobrze do unikania nacisków na marżę producenta, jak i na marżę autoryzowanych dealerów, ze strony sklepów dyskontowych (dystrybutorów prowadzących działalność poza Internetem lub tylko przez Internet). Zamknięcie dostępu do rynku dla takich form dystrybucji, bez względu na to, czy wynika ono ze skumulowanego zastosowania dystrybucji selektywnej lub z jej zastosowania przez jednego dostawcę o udziale w rynku przekraczającym 30 %, ogranicza możliwości odniesienia przez konsumentów określonych korzyści wynikających z tych form, jak np. niższe ceny, większej przejrzystości i szerszego dostępu.
- (179) Jeżeli rozporządzenie w sprawie wyłączeń grupowych ma zastosowanie do pojedynczych sieci dystrybucji selektywnej, wycofanie wyłączenia grupowego lub zaprzestanie stosowania rozporządzenia w sprawie wyłączeń grupowych można rozważać w przypadku skutków skumulowanych. Jednakże jest mało prawdopodobne, aby problem skutków skumulowanych pojawił się, gdy udział w rynku objętym dystrybucją selektywną jest niższy niż 50 %. Żaden problem nie zaistnieje również, jeżeli wskaźnik pokrycia rynku wynosi ponad 50 %, ale łączny udział w rynku pięciu największych dystrybutorów (CR5) nie przekracza 50 %. Jeżeli zarówno CR5, jak i udział w rynku objętym dystrybucją selektywną przekracza 50 %, ocena może być różna w zależności od tego, czy wszyscy największy dystrybutorzy stosują dystrybucję selektywną, czy jej nie stosują. Im silniejsza jest pozycja konkurentów niestosujących dystrybucji selektywnej, tym mniejsze prawdopodobieństwo zamknięcia dostępu do rynku innym dystrybutorom. Jeżeli pięciu największych dostawców stosuje dystrybucję selektywną, problemy w zakresie konkurencji mogą powstać zwłaszcza w odniesieniu do tych porozumień,

które związane są ze stosowaniem ilościowych kryteriów doboru, bezpośrednio ograniczając liczbę autoryzowanych dealerów lub tych porozumień, które są związane ze stosowaniem kryteriów jakościowych, takich jak wymóg posiadania co najmniej jednego lokalu handlowego lub świadczenia szczególnych usług, co zamyka dostęp do rynku dla niektórych form dystrybucji. Zwykle mało prawdopodobne jest, aby warunki art. 101 ust. 3 były spełnione, jeżeli rozpatrywany system dystrybucji selektywnej uniemożliwia dostęp do rynku nowym dystrybutorom zdolnym do właściwej sprzedaży danych produktów, w szczególności sklepom dyskontowym lub dystrybutorom prowadzącym działalność tylko przez Internet, oferującym konsumentom niższe ceny, ograniczając w ten sposób dystrybucję na korzyść pewnych istniejących kanałów i na niekorzyść konsumentów końcowych. W przypadku bardziej pośrednich form ilościowej dystrybucji selektywnej, wynikających na przykład z połączenia czysto jakościowych kryteriów doboru z nałożeniem na dealerów wymogu dokonania minimalnej ilości rocznych zakupów, istnieje mniejsze prawdopodobieństwo powstania czysto negatywnych skutków, jeżeli ilość ta nie stanowi znacznego procentu łącznego obrotu dealera związanego z produktami danego rodzaju i nie wykracza poza to, co jest konieczne, aby dostawcy zwróciły się inwestycje związane z konkretną umową lub miały miejsce korzyści skali w zakresie dystrybucji. Jeżeli chodzi o indywidualny wkład, to dostawca, którego udział w rynku nie przekracza 5 %, nie jest zwykle uważany za przyczyniającego się w znaczny sposób do skutków skumulowanych.

- (180) Bariery wejścia na rynek stanowią przedmiot zainteresowania głównie w przypadku zamknięcia dostępu do rynku nieautoryzowanym dealerom. Na ogół bariery wejścia na rynek będą znaczące, ponieważ dystrybucja selektywna jest zwykle stosowana przez producentów markowych produktów. Wprowadzenie własnych marek lub uzyskanie konkurencyjnych dostaw w innych miejscach wymaga zazwyczaj dużo czasu i znacznych inwestycji ze strony detalistów, którym zamknięto dostęp do rynku.
- (181) Siła nabywcza może zwiększać ryzyko zмовy między dealerami i w związku z tym znacząco zmieniać analizę ewentualnych antykonkurencyjnych skutków dystrybucji selektywnej. Zamknięcie dostępu do rynku sprawniejszym detalistom może zwłaszcza zaistnieć tam, gdzie silna organizacja dealerów narzuca dostawcy kryteria doboru mające na celu ograniczenie dystrybucji będące z korzyścią dla jej członków.
- (182) Art. 5 ust. 1 lit. c) rozporządzenia w sprawie wyłączeń grupowych przewiduje, iż dostawca nie może narzucać zobowiązania skutkującego, bezpośrednio lub pośrednio, zakazem sprzedaży marek konkretnych konkurujących dostawców przez autoryzowanych dealerów. Taki warunek ma w szczególności na celu uniemożliwienie horyzontalnej zмовy na rzecz wykluczenia pewnych marek poprzez stworzenie przez wiodących dostawców klubu wybranych marek. Nie jest prawdopodobne, żeby ten rodzaj zobowiązania był wyłączony, jeżeli CR5 wynosi lub przekracza 50 %, chyba że żaden z dostawców nakładających taki warunek nie należy do grupy pięciu największych dostawców na rynku.
- (183) Zamknięcie dostępu do rynku innym dostawcom nie jest zwykle problemem, tak długo jak inni dostawcy mogą wykorzystywać tych samych dystrybutorów, tj. tak długo jak system dystrybucji selektywnej nie jest połączony z jednomarkowością. W przypadku gęstej sieci autoryzowanych dystrybutorów lub w przypadku skutków skumulowanych połączenie dystrybucji selektywnej z zakazem konkurowania może

stanowić ryzyko zamknięcia dostępu do rynku innym dostawcom. W takim przypadku stosuje się zasady określone w sekcji 2.1 dotyczące jednomarkowości. Jeżeli dystrybucja selektywna nie jest połączona z zakazem konkutowania, zamknięcie dostępu do rynku konkurującym dostawcom może nadal stanowić problem, jeżeli wiodący dostawcy stosują nie tylko czysto jakościowe kryteria doboru, ale narzucają swoim dealerom pewne zobowiązania, jak obowiązek zarezerwowania minimalnej powierzchni półek dla ich produktów lub zagwarantowania, iż sprzedaż ich produktów przez dealera będzie stanowić przynajmniej pewien procent jego obrotu. Zaistnienie takiego problemu jest mało prawdopodobne, jeżeli udział w rynku objętym dystrybucją selektywną jest niższy niż 50 % lub – gdy ten wskaźnik jest przekroczony – jeżeli udział w rynku pięciu największych dostawców nie przekracza 50 %.

- (184) Dojrzałość rynku ma znaczenie, ponieważ zanik konkurencji międzymarkowej wewnętrznej i ewentualne zamknięcie dostępu do rynku dostawcom lub dealerom może stanowić poważny problem na dojrzałym rynku, ale ma mniejszą wagę na rynku o rosnącym popycie, zmieniających się technologiach i pozycjach rynkowych.
- (185) Dystrybucja selektywna może być skuteczna, jeżeli prowadzi do oszczędności kosztów logistycznych spowodowanych korzyściami skali w zakresie transportu, a to może się zdarzyć niezależnie od charakteru produktu (pkt 107 lit. g)). Jednak zazwyczaj wzrost tego rodzaju efektywności w systemie dystrybucji selektywnej jest marginalny. Charakter produktu jest bardzo istotny przy rozwiązywaniu problemów związanych z niewłaściwą działalnością rynkową między dystrybutorami (pkt 107 lit. a)) lub kreowaniu wizerunku marki (pkt 107 lit. i)). Na ogół argument ten jest najpoważniejszy w przypadku nowych produktów, produktów złożonych, produktów, których jakość trudno jest ocenić przed konsumpcją (tak zwane produkty związane z doświadczeniem) lub tych, których jakość trudno jest ocenić nawet po konsumpcji (tak zwane produkty związane z zaufaniem). Połączenie dystrybucji selektywnej z klauzulą lokalizacji chroniące wyznaczonego dystrybutora przed otwarciem przez innych wyznaczonych dystrybutorów w jego okolicy sklepu może w szczególności spełniać warunki art. 101 ust. 3, jeżeli połączenie to jest niezbędne do ochrony istotnych inwestycji związanych z konkretną umową dokonanych przez autoryzowanego dystrybutora (pkt 107 lit. d)).
- (186) W celu zapewnienia wyboru najmniej antykonkurencyjnego ograniczenia, istotne jest ustalenie, czy tę samą efektywność można uzyskać przy porównywalnych kosztach na przykład dzięki wymogom dotyczącym jedynie usług.
- (187) Przykład ilościowej dystrybucji selektywnej:

Na rynku artykułów konsumpcyjnych trwałego użytku lider rynkowy (marka A), z 35 % udziałem w rynku, sprzedaje swoje produkty konsumentom końcowym za pośrednictwem sieci dystrybucji selektywnej. Istnieje kilka kryteriów przyjęcia do sieci: sklep musi zatrudniać przeszkolony personel i świadczyć usługi przedsprzedażne; na terenie sklepu musi istnieć specjalny obszar przeznaczony do sprzedaży produktu i podobnych produktów *hi-tech*; sklep musi sprzedawać szeroką gamę modeli dostawcy i eksponować je w atrakcyjny sposób. Co więcej, liczba możliwych do przyjęcia detalistów jest bezpośrednio ograniczona przez określenie maksymalnej liczby detalistów na liczbę mieszkańców każdej prowincji lub obszaru miejskiego. Producent A ma 6 konkurentów na tym rynku. Udział w rynku jego

największych konkurentów, B, C i D, wynosi odpowiednio 25, 15 i 10 %, podczas gdy inni producenci mają mniejsze udziały w rynku. A jest jedynym producentem stosującym dystrybucję selektywną. Selektywni dystrybutorzy A zawsze obsługują kilka konkurencyjnych marek. Konkurencyjne marki są jednak również powszechnie sprzedawane w sklepach nienależących do sieci dystrybucji selektywnej A. Kanały dystrybucji są różne: na przykład marki B i C są sprzedawane w większości wybranych sklepów A, ale także w innych sklepach świadczących usługi wysokiej jakości i w hipermarketach. Marka D jest głównie sprzedawana w sklepach świadczących usługi wysokiej jakości. Na tym rynku technologia ewoluuje dość szybko, a główni dostawcy dzięki reklamom utrzymują mocny wizerunek jakości swoich produktów.

Na tym rynku wskaźnik pokrycia dystrybucji selektywnej wynosi 35 %. System dystrybucji selektywnej A nie dotyka bezpośrednio konkurencji międzymarkowej zewnętrznej. Konkurencja międzymarkowa wewnętrzna dla marki A może być ograniczona, ale konsumenci mają dostęp do świadczących ograniczone usługi i mających niskie ceny detalistów sprzedających marki B i C, które mają podobny wizerunek jakości, co marka A. Co więcej, dostęp innych marek do detalistów świadczących usługi wysokiej jakości nie jest zamknięty, ponieważ nie ma ograniczenia co do możliwości sprzedaży konkurencyjnych marek przez wybranych dystrybutorów, a ilościowe ograniczenie dotyczące liczby detalistów marki A pozwala innym detalistom świadczącym usługi wysokiej jakości na swobodną dystrybucję konkurencyjnych marek. W tym przypadku, ze względu na wymogi dotyczące usług i efektywność, którą mogą one zapewnić, oraz ograniczony skutek dla konkurencji międzymarkowej wewnętrznej, warunki określone w art. 101 ust. 3 są prawdopodobnie spełnione.

(188) Przykład dystrybucji selektywnej ze skutkami skumulowanymi:

Na rynku konkretnego artykułu sportowego działa siedmiu producentów, których udział w rynku wynosi odpowiednio: 25 %, 20 %, 15 %, 15 %, 10 %, 8 % i 7 %. Pięciu największych producentów dystrybuje swoje produkty za pośrednictwem ilościowej dystrybucji selektywnej, dwaj inni stosują inne systemy dystrybucji, co daje wskaźnik pokrycia dystrybucji selektywnej w wysokości 85 %. Kryteria przyjęcia do sieci dystrybucji selektywnej są wśród producentów niezwykle jednolite: dystrybutorzy są zobowiązani posiadać co najmniej jeden lokal handlowy, te lokale handlowe muszą zatrudniać przeszkolony personel i świadczyć usługi przedsprzedażne; na terenie lokalu musi istnieć specjalny obszar przeznaczony do sprzedaży artykułu, przy czym jest określona minimalna wielkość tego obszaru. Sklep musi sprzedawać szeroką gamę danej marki i eksponować ją w atrakcyjny sposób, musi być położony przy handlowej ulicy, a ten rodzaj artykułu musi stanowić przynajmniej 30 % obrotów sklepu. Zazwyczaj ten sam dealer jest mianowany dystrybutorem selektywnym dla wszystkich pięciu marek. Pozostałe marki niekorzystające z dystrybucji selektywnej zwykle sprzedają za pośrednictwem detalistów świadczących usługi na niższym poziomie jakości. Rynek jest stabilny, zarówno pod względem podaży, jak i popytu, istnieje silny wizerunek marki i zróżnicowanie produktu. Pięciu liderów rynku ma mocny wizerunek marki, zdobyty dzięki reklamom i sponsorowaniu, podczas gdy dwaj mniejsi producenci stosują strategię tańszych produktów, bez mocnego wizerunku marki.

Na tym rynku ogólne sklepy dyskontowe i dystrybutorzy prowadzący działalność tylko przez Internet nie mają dostępu do pięciu wiodących marek. Wymóg, aby ten rodzaj artykułu stanowił 30 % obrotów dealera oraz kryteria prezentacji i usług przedsprzedażnych uniemożliwiają większości sklepów dyskontowych wejście do sieci autoryzowanych dystrybutorów. Wymóg posiadania co najmniej jednego lokalu handlowego wyklucza z sieci dystrybutorów prowadzących działalność tylko przez Internet. W konsekwencji konsumenci nie mają wyboru, muszą kupować pięć wiodących marek w sklepach świadczących usługi wysokiej jakości i mających wysokie ceny. Prowadzi to do zmniejszonej konkurencji międzymarkowej zewnętrznej między pięcioma wiodącymi markami. Fakt, iż dwie mniejsze marki można nabyć w tanich sklepach nie rekompensuje tego, ponieważ wizerunek marki pięciu liderów rynku jest dużo lepszy. Konkurencja międzymarkowa zewnętrzna jest również ograniczona poprzez wielokrotną dystrybucję. Mimo że istnieje nawet pewien stopień konkurencji międzymarkowej wewnętrznej, a liczba detalistów nie jest bezpośrednio ograniczona, kryteria przyjęcia są dostatecznie ostre, aby spowodować istnienie niewielkiej liczby detalistów sprzedających pięć wiodących marek na każdym terytorium.

Wzrost efektywności związany z tymi systemami ilościowej dystrybucji selektywnej jest niski: produkt nie jest bardzo złożony i nie uzasadnia skomplikowanych usług. O ile producenci nie udowodnią, że istnieją wyraźne korzyści związane z ich siecią dystrybucji selektywnej, prawdopodobne jest, że wyłączenie grupowe zostanie wycofane ze względu na skumulowane skutki powodujące mniejszy wybór i wyższe ceny dla konsumentów.

2.5 *Franchising*

- (189) Umowy franchisingowe zawierają licencje dotyczące praw własności intelektualnej związanych w szczególności ze znakami towarowymi lub oznaczeniami oraz *know-how* do celów wykorzystania i dystrybucji towarów lub usług. Oprócz udzielenia licencji na PWI, franchisingodawca zwykle zapewnia franchisingobiorcy w czasie trwania umowy pomoc handlową lub techniczną. Licencja i pomoc są nieodłącznymi składnikami sposobu prowadzenia działalności objętego franchisingiem. Franchisingobiorca zwykle płaci franchisingodawcy opłatę franchisingową za franchising konkretnego sposobu prowadzenia działalności. Franchising umożliwia franchisingodawcy stworzenie, przy ograniczonych inwestycjach, jednolitej sieci dystrybucji jego produktów. Oprócz dostarczania sposobu prowadzenia działalności umowy franchisingowe zawierają zwykle połączenie różnych ograniczeń wertykalnych dotyczących dystrybuowanych produktów, w szczególności dystrybucji selektywnej lub zakazu konkurowania lub wyłącznej dystrybucji lub ich łagodniejsze formy.
- (190) Zakresu objęcia przez rozporządzenie w sprawie wyłączeń grupowych udzielania licencji na PWI w umowach franchisingowych dotyczą pkt 24–46. Jeżeli chodzi o ograniczenia wertykalne dotyczące zakupu, sprzedaży i odsprzedaży towarów i usług w ramach umowy franchisingowej – takie jak dystrybucja selektywna, zakaz konkurowania lub dystrybucja wyłączna – rozporządzenie w sprawie wyłączeń grupowych stosuje próg w wysokości do 30 % udziału w rynku⁵⁴. Wskazówki

⁵⁴ Zob. również pkt 86–95, a w szczególności pkt 92.

przedstawione w odniesieniu do takich ograniczeń stosuje się również do franchisingu, z zastrzeżeniem następujących dwóch uwag szczególnych:

- a) im ważniejsze jest przekazanie *know-how*, tym bardziej jest prawdopodobne, że ograniczenia wywołują wzrost efektywności lub są niezbędne w celu ochrony *know-how* oraz że ograniczenia wertykalne spełniają warunki określone w art. 101 ust. 3;
- b) zakaz konkutowania związany z towarami i usługami zakupionymi przez franchisingobiorcę nie wchodzi w zakres stosowania art. 101 ust. 1, gdy zakaz ten jest konieczny do utrzymania wspólnej tożsamości i reputacji sieci będącej przedmiotem franchisingu. W takich przypadkach okres trwania zakazu konkutowania nie ma znaczenia w ramach art. 101 ust. 1, tak długo jak długo nie przekracza czasu trwania samej umowy franchisingowej.

(191) Przykłady franchisingu:

Producent opracował nowy sposób sprzedaży słodczy w tak zwanych zabawnych sklepach, gdzie słodczy mogą być barwione specjalnie na żądanie konsumenta. Producent słodczy skonstruował również maszyny do barwienia słodczy. Producent produkuje także płyny barwiące. Jakość i świeżość płynów ma pierwszorzędne znaczenie dla produkcji słodczy dobrej jakości. Słodczy producenta odniosły sukces dzięki pewnej liczbie własnych sklepów detalicznych działających pod tą samą nazwą handlową i mających jednolity zabawny wizerunek (styl wystroju sklepów, wspólne reklamy itp.). W celu zwiększenia sprzedaży producent uruchomił system franchisingu. Franchisingobiorcy są obowiązani kupować słodczy, płyny i maszyny barwiące, mieć taki sam wizerunek i działać pod nazwą handlową, płacić opłatę franchisingową, uczestniczyć we wspólnych reklamach i zapewnić poufność podręcznika działań przygotowanego przez franchisingodawcę. Oprócz tego mogą sprzedawać jedynie w uzgodnionych miejscach, sprzedawać jedynie użytkownikom końcowym lub innym franchisingobiorcom i nie wolno im sprzedawać innych słodczy. Franchisingodawcy nie wolno wyznaczyć innego franchisingodawcy lub samemu prowadzić punktu sprzedaży detalicznej na danym terytorium objętym umową. Franchisingodawca jest również obowiązany do aktualizacji i dalszego rozwoju swych produktów, perspektyw prowadzenia działalności oraz podręcznika operacyjnego i udostępniać te udoskonalenia wszystkim franchisingobiorcom-detalistom. Umowy franchisingowe zawierane są na okres 10 lat.

Detaliści sprzedający słodczy kupują je na rynku krajowym od krajowych producentów dbających o gusty krajowe lub od hurtowników, którzy poza sprzedażą produktów producentów krajowych przywożą słodczy od zagranicznych producentów. Na tym rynku produkty franchisingodawcy konkurują z innymi markami słodczy. Franchisingodawca ma 30 % udział w rynku słodczy sprzedawanych detalistom. Konkurencję stanowią liczne marki krajowe i międzynarodowe, czasem produkowane przez wielkie przedsiębiorstwa produkujące różne rodzaje żywności. Istnieje wiele potencjalnych punktów sprzedaży słodczy – trafiki, sklepy ogólnospożywcze, kafeterie i wyspecjalizowane sklepy ze słodczami. Na rynku maszyn do barwienia żywności udział franchisingobiorcy w rynku nie przekracza 10 %.

Większość zobowiązań zawartych w umowie franchisingowej można uznać za konieczne dla ochrony praw własności intelektualnej lub utrzymania wspólnej tożsamości i renomy sieci franchisingowej i nie wchodzą one w zakres stosowania art. 101 ust. 1. Ograniczenia sprzedaży (terytorium objęte umową i dystrybucja selektywna) stanowią bodziec dla franchisingobiorców do inwestowania w maszyny do barwienia oraz koncepcję franchisingu i nawet jeżeli nie są do tego niezbędne, pomagają przynajmniej zachować wspólną tożsamość, równoważąc w ten sposób stratę w konkurencji międzymarkowej wewnętrznej. Klauzula dotycząca zakazu konkurencji, wyłączająca inne marki słodocy ze sklepów przez pełen okres obowiązywania umowy, pozwala franchisingodawcy na zachowanie jednolitego kształtu punktów sprzedaży i uniemożliwia konkurentom osiągnięcie korzyści z jego nazwy handlowej. Nie prowadzi to do poważnego zamknięcia dostępu do rynku, ze względu na dużą liczbę potencjalnych punktów sprzedaży dostępnych dla innych producentów słodocy. Umowy franchisingowe tego franchisingodawcy prawdopodobnie spełniają warunki wyłączenia na mocy art. 101 ust. 3 na tyle, na ile obowiązki w nich zawarte wchodzą w zakres stosowania art. 101 ust. 1.

2.6 *Wyłączność dostaw*

- (192) Wyłączność dostaw dotyczy tych ograniczeń, których głównym elementem jest zobowiązanie lub nakłonienie dostawcy do sprzedaży produktów objętych porozumieniem głównie lub wyłącznie jednemu nabywcy, ogólnie lub do określonych zastosowań. Takie ograniczenia mogą przyjąć formę zobowiązania do wyłączności dostaw, nakładającego na dostawcę ograniczenie do sprzedaży wyłącznie jednemu nabywcy w celu odsprzedaży lub określonego zastosowania, ale może przyjąć również formę na przykład narzucania dostawcy ilości, kiedy to dostawca i nabywca uzgadniają zachęty, wskutek których dostawca koncentruje swoje dostawy głównie na jednym nabywcy. W przypadku towarów lub usług pośrednich wyłączność dostaw nazywa się często dostawami przemysłowymi.
- (193) Wyłączność dostaw jest wyłączona na mocy rozporządzenia w sprawie wyłączeń grupowych, jeżeli udział w rynku zarówno dostawcy, jak i nabywcy nie przekracza 30 %, nawet w połączeniu z innymi mniej poważnymi ograniczeniami wertykalnymi, takimi jak zakaz konkurencji. Pozostała część niniejszej sekcji zawiera wskazówki dotyczące oceny wyłączności dostaw w indywidualnych przypadkach powyżej tego progu udziału w rynku.
- (194) Głównym zagrożeniem dla konkurencji wywoływanym przez wyłączność dostaw jest antykonkurencyjne zamknięcie dostępu do rynku innym nabywcom. Zachodzi podobieństwo do możliwych skutków wyłącznej dystrybucji, w szczególności jeżeli wyłączny dystrybutor staje się wyłącznym nabywcą na całym rynku (zob. sekcja 2.2, w szczególności pkt 156). Udział nabywcy w rynku zakupów na wyższym szczeblu obrotu jest niewątpliwie ważny dla oceny zdolności nabywcy do narzucenia wyłączności dostaw, zamykającej innym nabywcom dostęp do źródeł zaopatrzenia. Znaczenie nabywcy na rynku niższego szczebla jest jednak czynnikiem, który określa, czy mogą pojawić się problemy dla konkurencji. Jeżeli nabywca nie ma władzy rynkowej na niższym szczeblu obrotu, nie można się spodziewać znaczących negatywnych skutków dla konsumentów. Mogą jednak one powstać, jeżeli udział nabywcy w rynku dostaw niższego szczebla, jak również na rynku zakupów wyższego szczebla przekracza 30 %. Jeżeli udział nabywcy w rynku niższego szczebla nie przekracza 30 %, znaczące skutki w postaci zamknięcia dostępu do

rynku mogą jednak nadal wystąpić, w szczególności jeżeli jego udział w rynku niższego szczebla przekracza 30 %, a wyłączne dostawy dotyczą określonego zastosowania produktów objętych porozumieniem. Jeżeli przedsiębiorstwo dominuje na rynku niższego szczebla, wszelkie zobowiązania do dostaw produktów wyłącznie lub głównie dominującemu nabywcy mogą mieć znaczące skutki antykonkurencyjne.

- (195) Ważna jest nie tylko pozycja nabywcy na rynku wyższego i niższego szczebla, ale także zakres w jakim stosuje obowiązek wyłączności dostaw i czas jego trwania. Im wyższy jest udział związanych dostaw i dłuższy czas ich obowiązywania, tym bardziej znaczące może być zamknięcie dostępu do rynku. Umowy o wyłączności dostaw krótsze niż pięć lat, zawarte przez przedsiębiorstwa niedominujące na rynku, wymagają zwykle zbilansowania skutków pro- i antykonkurencyjnych, podczas gdy umowy trwające dłużej niż pięć lat nie są w przypadku większości inwestycji uznawane za konieczne dla osiągnięcia domniemanego wzrostu efektywności lub wzrost efektywności jest niewystarczający, aby przeważać skutek w postaci zamknięcia dostępu do rynku, jaki wywołują takie długoterminowe umowy o wyłączności dostaw.
- (196) Pozycja rynkowa konkurujących nabywców na rynku wyższego szczebla ma znaczenie, ponieważ jest prawdopodobne, iż konkurujący nabywcy będą mieć zamknięty dostęp do rynku z powodów antykonkurencyjnych, tj. w celu zwiększenia ich kosztów, jeżeli są znacznie mniejszymi przedsiębiorstwami niż nabywca zamykający dostęp do rynku. Zamknięcie dostępu do rynku konkurującym nabywcom jest mało prawdopodobne, jeżeli ci konkurenci mają podobną siłę nabywczą i mogą oferować dostawcom podobne możliwości sprzedaży. W takim przypadku zamknięcie dostępu do rynku może nastąpić jedynie w przypadku ewentualnych kandydatów do wejścia na rynek, którzy mogą nie być w stanie zabezpieczyć dostaw, gdy duża liczba dużych nabywców zawrze umowy o wyłączności dostaw z większością dostawców na rynku. Taki łączny skutek może prowadzić do wycofania przywileju rozporządzenia w sprawie wyłączeń grupowych.
- (197) Bariery wejścia na rynek są istotne dla stwierdzenia, czy ma miejsce faktyczne zamknięcie dostępu do rynku. Jeżeli efektywne jest dla konkurujących nabywców samodzielne dostarczanie towarów lub usług dzięki integracji wertykalnej skierowanej ku wyższym szczeblom obrotu, zamknięcie dostępu do rynku nie będzie raczej stanowiło prawdziwego problemu. Często jednak istnieją znaczne bariery wejścia na rynek.
- (198) Równoważąca władza rynkowa dostawców jest istotna, ponieważ ważni dostawcy nie pozwolą się tak łatwo odciąć od alternatywnych nabywców. Zamknięcie dostępu do rynku stanowi zatem ryzyko głównie w przypadku słabych dostawców i silnych nabywców. W przypadku silnych dostawców wyłączność dostaw można znaleźć w połączeniu z zakazem konkurencji. Połączenie z zakazem konkurencji wprowadza zasady opracowane dla jednomarkowości. Jeżeli po obu stronach wchodzi w grę inwestycje związane z konkretną umową (problem zatoru), połączenie wyłączności dostaw i zakazu konkurencji, tj. wzajemna wyłączność w umowach o dostawy przemysłowe może być uzasadnione, w szczególności poniżej poziomu dominacji.
- (199) Wreszcie, istotnymi kwestiami w przypadku zamknięcia dostępu do rynku są szczebel obrotu handlowego i charakter produktu. Antykonkurencyjne zamknięcie

dostępu do rynku jest mniej prawdopodobne w przypadku produktu pośredniego lub gdy produkt jest homogeniczny. Po pierwsze, producent, któremu zamknięto dostęp do rynku i który wykorzystuje pewne nakłady, zwykle bardziej elastycznie reaguje na popyt swoich klientów, niż hurtownik lub detalista na popyt konsumenta końcowego, dla którego marki mogą odgrywać istotną rolę. Po drugie, strata ewentualnego źródła dostaw ma mniejsze znaczenie dla nabywców mających zamknięty dostęp do rynku w przypadku homogenicznych produktów, niż w przypadku heterogenicznych produktów o różnych stopniach i cechach. W przypadku markowych produktów końcowych lub homogenicznych produktów pośrednich, gdy istnieją bariery wejścia na rynek, wyłączność dostaw może mieć znaczące skutki antykonkurencyjne, jeżeli konkurujący nabywcy są stosunkowo małymi przedsiębiorstwami w porównaniu z nabywcą zamykającym dostęp do rynku, nawet jeżeli ten ostatni nie dominuje na rynku niższego szczebla.

- (200) Wzrostu efektywności można spodziewać się w przypadku problemu zatoru (pkt 107 lit. d) i e)) i jest on bardziej prawdopodobny w przypadku produktów pośrednich niż produktów końcowych. Wystąpienie innych korzyści jest mało prawdopodobne. Wydaje się, że ewentualne korzyści skali w zakresie dystrybucji (pkt 107 lit. g)) nie uzasadniają wyłączności dostaw.
- (201) W przypadku problemu zatoru, a jeszcze bardziej w przypadku korzyści skali w zakresie dystrybucji, narzucanie dostawcy ilości, takie jak minimalne wymogi dotyczące dostaw, może być mniej restrykcyjną alternatywą.
- (202) Przykład wyłączności dostaw:

Na rynku pewnego rodzaju komponentów (rynek produktów pośrednich) dostawca A uzgadnia z nabywcą B opracowanie – z użyciem własnego *know-how* i znaczących inwestycji w maszyny, oraz z pomocą specyfikacji dostarczonych przez nabywcę B – odmiennej wersji komponentu. B będzie musiał dokonać znacznych inwestycji w celu wbudowania nowego komponentu. Uzgodniono się, iż A będzie dostarczał nowy produkt tylko nabywcy B przez okres pięciu lat od chwili pierwszego wejścia na rynek. B jest zobowiązany kupować nowy produkt jedynie od A przez taki sam okres pięciu lat. Zarówno A, jak i B mogą nadal odpowiednio sprzedawać i kupować wszędzie indziej inne wersje komponentu. Udział w rynku nabywcy B na usytuowanym na wyższym szczeblu rynku komponentów i na usytuowanym na niższym szczeblu rynku produktów końcowych wynosi 45 %. Udział w rynku dostawcy komponentu wynosi 35 %. Jest jeszcze dwóch innych dostawców komponentów, których udział w rynku wynosi około 20–25 % i pewna liczba małych dostawców.

Wziąwszy pod uwagę znaczące inwestycje, porozumienie prawdopodobnie spełnia określone w art. 101 ust. 3 warunki w związku ze wzrostem efektywności i ograniczonym skutkiem w postaci zamknięcia dostępu do rynku. Inni nabywcy mają zamknięty dostęp do rynku konkretnej wersji produktu dostawcy mającego 35 % udziału w rynku, a istnieją również inni dostawcy komponentów, którzy mogliby opracować podobne nowe produkty. Zamknięcie innym dostawcom dostępu do części popytu nabywcy B jest ograniczone maksymalnie do 40 % rynku.

2.7 Opłaty za dostęp wnoszone z góry

- (203) Opłaty za dostęp wnoszone z góry są to stałe opłaty uiszczane przez dostawców na rzecz dystrybutorów na początku właściwego okresu w ramach relacji wertykalnej w celu uzyskania dostępu do ich sieci dystrybucji oraz wynagrodzenia za usługi świadczone dostawcom przez detalistów. Kategoria ta obejmuje różne praktyki, np. opłaty za przyjęcie towarów⁵⁵, tak zwane opłaty *pay-to-stay*⁵⁶, płatności za udział w kampaniach promocyjnych dystrybutora itp. Opłaty za dostęp wnoszone z góry są objęte wyłączeniem na mocy rozporządzenia o wyłączeniach grupowych, jeżeli udział w rynku zarówno dostawcy, jak i nabywcy nie przekracza 30 %. Pozostała część niniejszej sekcji zawiera wskazówki dotyczące oceny opłat za dostęp wnoszonych z góry w indywidualnych przypadkach powyżej tego progu udziału w rynku.
- (204) Opłaty za dostęp wnoszone z góry mogą czasem skutkować antykonkurencyjnym zamknięciem dostępu do rynku innym dystrybutorom, jeżeli celem tego typu opłat jest nakłonienie dostawcy do rozprowadzania swoich produktów przez tylko jednego dystrybutora lub ograniczoną liczbę dystrybutorów. Wysokie opłaty mogą sprawiać, że dostawca będzie chciał rozprowadzać znaczną część sprzedawanych przez siebie produktów przez tego dystrybutora, aby uzyskać zwrot kosztów opłaty. W tym przypadku opłaty za dostęp wnoszone z góry mogą powodować taki sam skutek w postaci zamknięcia dostępu do rynku niższego szczebla, jak obowiązek wyłączności dostaw. Ocena wymienionych negatywnych skutków przeprowadza się analogicznie do oceny zobowiązań do wyłączności dostaw (w szczególności pkt 194-199).
- (205) W wyjątkowych przypadkach opłaty za dostęp wnoszone z góry mogą również skutkować antykonkurencyjnym zamknięciem dostępu do rynku innym dostawcom w sytuacji, gdy powszechne stosowanie opłat za dostęp wnoszonych z góry zwiększa bariery wejścia na rynek dla małych podmiotów. Ocena tego potencjalnego negatywnego skutku odbywa się analogicznie do oceny zobowiązań do jednomarkowości (w szczególności pkt 132-141).
- (206) Poza ewentualnymi skutkami w postaci zamknięcia dostępu do rynku opłaty za dostęp wnoszone z góry mogą łagodzić konkurencję i ułatwiać znowę między dystrybutorami. Opłaty te mogą zwiększać cenę naliczaną przez dostawców za produkty objęte porozumieniem, ponieważ dostawca musi pokryć wydatki związane z tymi opłatami. Wyższe ceny dostawy mogą zmniejszyć bodźce dla detalistów do konkurowania w zakresie ceny na rynku niższego szczebla, podczas gdy zyski dystrybutorów zwiększają się w wyniku opłat za dostęp. Takie ograniczenie konkurencji między dystrybutorami wynikające z łącznego stosowania opłat za dostęp wnoszonych z góry wymaga zwykle wysoko skoncentrowanego rynku dystrybucji.
- (207) Stosowanie opłat za dostęp wnoszonych z góry może jednak w wielu przypadkach przyczynić się do skutecznego przydziału miejsca na nowe produkty na półkach. Dystrybutorzy często dysponują mniejszą ilością informacji dotyczących

⁵⁵ Ustalone opłaty wnoszone przez producentów na rzecz detalistów w celu uzyskania dostępu do miejsca na półkach.

⁵⁶ Płatności ryczałtowe, których celem jest zapewnienie utrzymania istniejącego produktu na półkach przez kolejny okres.

potencjalnego sukcesu nowego produktu wprowadzanego na rynek niż dostawcy, a co za tym idzie liczba przechowywanych produktów może być poniżej optymalnego poziomu. Opłaty za dostęp wnoszone z góry mogą być stosowane do zmniejszenia wspomnianej asymetrii informacji posiadanych przez dostawców i dystrybutorów przez wyraźne umożliwienie dostawcom konkurencji o miejsce na półkach. Dystrybutor może zatem otrzymać sygnał dotyczący produktów, które najprawdopodobniej odniosą sukces, gdyż dostawca zgodzi się zwykle na uiszczenie opłaty za dostęp wniesionej z góry, jeżeli według jego szacunków będzie istniało małe prawdopodobieństwo nieudanego wprowadzenia produktu.

- (208) Ponadto w związku ze wspomnianą w pkt 207 asymetrią informacji dostawcy mogą mieć motywację do prowadzenia niewłaściwej działalności rynkowej (ang. *Free riding*) przez wykorzystywanie promocyjnych wysiłków dystrybutorów do wprowadzenia na rynek produktów poniżej optymalnego poziomu. Jeżeli produkt nie odnosi sukcesu, dystrybutorzy poniosą część kosztów związanych z nieudanym wprowadzeniem produktu. Stosowanie opłat za dostęp wnoszonych z góry może zapobiec tego rodzaju niewłaściwej działalności rynkowej, przenosząc ryzyko niepowodzenia wprowadzenia produktu z powrotem na dostawców i przyczyniając się tym samym do optymalnego poziomu wprowadzania produktu.

2.8. Porozumienia dotyczące zarządzania kategoriami produktów

- (209) Porozumienia dotyczące zarządzania kategoriami produktów są to porozumienia, poprzez które w ramach umowy dystrybucji dystrybutor powierza dostawcy („menedżerowi kategorii”) wprowadzanie do obrotu kategorii produktów obejmującej na ogół nie tylko produkty dostawcy, ale również produkty konkurentów. Menedżer kategorii może zatem mieć wpływ np. na miejsce ekspozycji produktu i jego promocję w sklepie oraz wybór produktów dla sklepu. Porozumienia dotyczące zarządzania kategoriami produktów są objęte wyłączeniem na mocy rozporządzenia o wyłączeniach grupowych, jeżeli udział w rynku zarówno dostawcy, jak i nabywcy nie przekracza 30 %. Pozostała część niniejszej sekcji zawiera wskazówki dotyczące oceny porozumień dotyczących zarządzania kategoriami produktów w indywidualnych przypadkach powyżej tego progu udziału w rynku.
- (210) O ile w większości przypadków porozumienia dotyczące zarządzania kategoriami produktów nie będą stanowić problemu, mogą one czasem zakłócać konkurencję między dostawcami, a w konsekwencji skutkować antykonkurencyjnym zamknięciem dostępu do rynku innym dostawcom, jeśli menedżer kategorii ma możliwość, wynikającą z jego wpływu na decyzje dystrybutora dotyczące wprowadzania do obrotu, ograniczania dystrybucji produktów konkurujących dostawców lub ich niekorzystnej dystrybucji. O ile w większości przypadków ograniczanie wyboru produktów może nie leżeć w interesie dystrybutora, to w sytuacji gdy dystrybutor sprzedaje również konkurencyjne produkty pod swoją własną marką (własnymi markami), także dystrybutor może mieć motywację do zamknięcia dostępu do rynku pewnym dostawcom, w szczególności produktów średniej gamy. Ocenę takiego skutku w postaci zamknięcia dostępu dla rynku wyższego szczebla przeprowadza się analogicznie do oceny zobowiązań do jednomarkowości (w szczególności pkt 132-141) poprzez odniesienie się do takich kwestii, jak zasięg rynkowy tych porozumień, pozycja na rynku konkurujących dostawców oraz ewentualne skumulowane wykorzystanie takich porozumień.

- (211) Ponadto porozumienia dotyczące zarządzania kategoriami produktów mogą ułatwiać znowę między dystrybutorami, jeżeli ten sam dostawca jest menedżerem kategorii dla wszystkich lub większości konkurujących dystrybutorów na rynku i zapewnia tym dystrybutorom wspólny punkt odniesienia dla ich decyzji dotyczących wprowadzania do obrotu.
- (212) Zarządzanie kategoriami produktów może również ułatwić znowę między dostawcami poprzez zwiększone możliwości wymiany za pośrednictwem detalistów istotnych informacji rynkowych, np. związanych z ustalaniem przyszłych cen, planami promocyjnymi lub kampaniami reklamowymi⁵⁷.
- (213) Jednak stosowanie porozumień dotyczących zarządzania kategoriami produktów może także zwiększać efektywność. Porozumienia te mogą umożliwiać dystrybutorom dostęp do specjalistycznej wiedzy dostawców w zakresie wprowadzania określonej grupy produktów do obrotu oraz osiąganie korzyści skali, gdyż zapewniają terminową i bezpośrednią obecność optymalnej ilości produktów na półkach. Ponieważ zarządzanie kategoriami produktów oparte jest na nawykach klientów, porozumienia dotyczące zarządzania kategoriami mogą prowadzić do większego zadowolenia klienta, gdyż ułatwiają lepsze spełnianie oczekiwań związanych z popytem. Ogólnie im większa jest konkurencja międzymarkowa zewnętrzna i im niższe są koszty związane z przejściem konsumentów do innych dostawców, tym większe są korzyści gospodarcze osiągnięte poprzez zarządzanie kategoriami produktów.

2.9. Sprzedaż wiązana

- (214) Sprzedaż wiązana odnosi się do sytuacji, w których klienci nabywający tylko jeden produkt (produkt wiążący) są zobligowani do nabycia innego odrębnego produktu (produkt związany) od tego samego dostawcy lub innej wskazanej przez niego osoby. Sprzedaż wiązana może stanowić nadużycie w rozumieniu art. 102⁵⁸. Sprzedaż wiązana może również stanowić ograniczenie wertykalne objęte art. 101, jeżeli jej wynikiem jest pewien typ zobowiązania do jednomarkowości (zob. pkt 129–150) odnośnie do produktu związanego. Niniejsze wytyczne dotyczą jedynie tej ostatniej sytuacji.
- (215) Od popytu ze strony klientów zależy, czy produkty będą uznawane za odrębne. Dwa produkty są odrębne, jeżeli – przy braku sprzedaży związanej – znaczna liczba klientów nabyłaby lub nabyła produkt wiążący bez jednoczesnego zakupu od tego samego dostawcy produktu związanego, umożliwiając w ten sposób oddzielną produkcję zarówno produktu wiążącego, jak i związanego⁵⁹. Dowody na to, że dwa produkty są odrębne, mogą obejmować dowód bezpośredni, np. taki, że, mając

⁵⁷ Bezpośrednia wymiana informacji między konkurentami nie jest objęta rozporządzeniem w sprawie wyłączeń grupowych, zob. art. 2 ust. 4 tego rozporządzenia oraz pkt 27 i 28 niniejszych wytycznych.

⁵⁸ Wyrok Trybunału Sprawiedliwości w sprawie C-333/94 P *Tetrapak* przeciwko *Komisji*, Rec. [1996], s. I-5951, pkt 37. Zob. także komunikat Komisji – wytyczne w sprawie priorytetów, którymi Komisja będzie się kierować przy stosowaniu art. 82 Traktatu WE w odniesieniu do szkodliwych działań o charakterze praktyki wyłączającej, podejmowanych przez przedsiębiorstwa dominujące, Dz.U. C 45 z 24.2.2009, s. 7.

⁵⁹ Wyrok Sądu Pierwszej Instancji w sprawie T-201/04 *Microsoft* przeciwko *Komisji*, Zb.Orz. [2007], s. II-3601, pkt 917, 921 i 922.

wybór, klient osobno nabywa produkt wiążący i związany z różnych źródeł zaopatrzenia, lub dowód pośredni, taki jak obecność na rynku przedsiębiorstw wyspecjalizowanych w produkcji lub sprzedaży produktów związanych bez produktów wiążących⁶⁰ lub dowód wskazujący na to, że przedsiębiorstwo o niewielkiej sile rynkowej, szczególnie na konkurencyjnych rynkach, nie dąży do wiązania tych produktów lub oferowania ich w pakietach. Na przykład, ponieważ klienci chcą kupować buty ze sznurowadłami, a dla dystrybutorów nie jest możliwe sznurowanie nowych butów wybranymi przez nich sznurowadłami, zwyczajem handlowym producentów obuwia stało się dostarczanie butów ze sznurowadłami. Dlatego też sprzedaż butów ze sznurowadłami nie stanowi sprzedaży związanej.

- (216) Sprzedaż wiązana może mieć skutek w postaci antykonkurencyjnego zamknięcia dostępu do rynku produktu związanego, rynku produktu wiążącego lub do obu rynków jednocześnie. Skutek w postaci zamknięcia dostępu do rynku zależy od związanego odsetka łącznej sprzedaży na rynku produktu związanego. W odniesieniu do tego, co można uznać za znaczące zamknięcie dostępu do rynku w kontekście art. 101 ust. 1, można zastosować analizę dotyczącą jednomarkowości. Sprzedaż wiązana oznacza istnienie przynajmniej pewnej postaci narzucania nabywcy ilości w odniesieniu do produktu związanego. Jeżeli oprócz tego zostanie uzgodniony zakaz konkurencyjnego w odniesieniu do związanego produktu, zwiększa to ewentualny skutek w postaci zamknięcia dostępu do rynku produktu związanego. Sprzedaż wiązana może prowadzić do mniejszej konkurencji dla klientów zainteresowanych nabyciem produktu związanego, ale nie produktu wiążącego. Jeżeli nie ma liczby klientów, którzy zakupią tylko produkt związany, wystarczającej do utrzymania konkurencyjnych dostawców na rynku produktu związanego, sprzedaż wiązana może prowadzić do wyższych cen. Jeżeli produkt związany stanowi ważny produkt uzupełniający dla klientów produktu wiążącego, zmniejszenie liczby alternatywnych dostawców produktu związanego i tym samym zmniejszenie dostępności tego produktu może znacznie utrudnić wejście na rynek samych produktów wiążących.
- (217) Sprzedaż wiązana może również prowadzić bezpośrednio do cen wyższych od poziomu konkurencyjnego szczególnie w trzech sytuacjach. Po pierwsze, gdy produkt wiążący i związany mogą być użyte w różnych proporcjach jako nakład w procesie produkcji, na wzrost ceny produktu wiążącego klienci mogą reagować zwiększeniem popytu na produkt związany, a jednocześnie zmniejszeniem popytu na produkt wiążący. Dostawca może dążyć do uniknięcia takiego zastąpienia przez wiązanie dwóch produktów i w efekcie może podnieść ceny. Po drugie, gdy sprzedaż wiązana umożliwia dyskryminację cenową w zależności od użytku, jaki klient robi z produktu wiążącego, na przykład sprzedaż wiązana wkładów atramentowych i fotokopiarek (*metering*). Po trzecie, jeżeli w przypadku długoterminowych umów lub w przypadku rynków wtórnych z oryginalnym sprzętem z długotrwałym okresem wymiennym, trudno jest klientom obliczyć konsekwencje sprzedaży związanej.
- (218) Sprzedaż wiązana jest objęta wyłączeniem na mocy rozporządzenia o wyłączeniach grupowych, jeżeli udział dostawcy zarówno w rynku produktu wiążącego, jak i związanego, oraz udział nabywcy w rynku na właściwych rynkach wyższego

⁶⁰ Wyrok Sądu Pierwszej Instancji w sprawie T-30/89 *Hilti* przeciwko *Komisji*, Rec. [1991], s. II-1439, pkt 67.

szczebla nie przekracza 30 %. Może to być połączone z innymi ograniczeniami wertykalnymi, niebędącymi najpoważniejszymi ograniczeniami w rozumieniu tego rozporządzenia, takimi jak zakaz konkurencji czy narzucanie ilości w odniesieniu do produktu wiążącego, lub wyłączność zaopatrzenia. Pozostała część niniejszej sekcji zawiera wskazówki dotyczące oceny porozumień dotyczących sprzedaży wiązanej w indywidualnych przypadkach powyżej tego progu udziału w rynku.

- (219) Pozycja rynkowa dostawcy na rynku produktu wiążącego ma oczywiście główne znaczenie dla oceny ewentualnych skutków antykonkurencyjnych. Generalnie ten rodzaj porozumienia jest narzucany przez dostawcę. Znaczenie dostawcy na rynku produktu wiążącego jest główną przyczyną, dla której nabywcy może być trudno odmówić zobowiązania do sprzedaży wiązanej.
- (220) Pozycja rynkowa konkurentów dostawcy na rynku produktu wiążącego ma znaczenie dla oceny władzy rynkowej dostawcy. Tak długo, jak jego konkurenci są dostatecznie liczni i silni, nie można oczekiwać żadnych antykonkurencyjnych skutków, ponieważ nabywcy mają dostatecznie dużo innych możliwości kupna produktu wiążącego bez produktu związanego, chyba że inni dostawcy stosują podobną sprzedaż wiązaną. Oprócz tego bariery wejścia na rynek produktu wiążącego są ważne przy określaniu pozycji rynkowej dostawcy. Gdy sprzedaż wiązana jest połączona z zakazem konkurencji w odniesieniu do produktu wiążącego, taka sytuacja znacznie wzmacnia pozycję dostawcy.
- (221) Siła nabywczą jest istotna, ponieważ znaczący nabywcy nie dadzą się łatwo zmusić do zaakceptowania sprzedaży wiązanej bez uzyskania przynajmniej części możliwych korzyści. Sprzedaż wiązana nieoparta na efektywności stanowi przede wszystkim zagrożenie w przypadku, gdy nabywcy nie mają znaczącej siły nabywczej.
- (222) Gdy zostaną stwierdzone znaczące skutki antykonkurencyjne, powstaje kwestia, czy spełnione są warunki określone w art. 101 ust. 3. Zobowiązania wynikające ze sprzedaży wiązanej mogą przyczynić się do odniesienia korzyści wynikających ze wspólnej produkcji lub wspólnej dystrybucji. Jeżeli produkt związany nie jest produkowany przez dostawcę, korzyści mogą również wynikać z kupna przez nabywcę dużych ilości produktu związanego. Aby sprzedaż wiązana mogła spełniać warunki określone w art. 101 ust. 3, trzeba jednak wykazać, że przynajmniej część tych obniżek kosztów jest przenoszona na konsumenta, co nie ma zwykle miejsca, jeżeli detalista może uzyskać, na zwykłych zasadach, dostawy tego samego lub równoważnego produktu na tych samych lub lepszych warunkach, niż oferowane przez dostawcę stosującego praktykę sprzedaży wiązanej. Innego rodzaju wzrost efektywności może mieć miejsce, jeżeli sprzedaż wiązana pomaga zapewnić pewną jednolitość i standaryzację jakości (por. pkt 107 lit. i)). Jednak należy udowodnić, iż pozytywnych skutków nie można osiągnąć równie skutecznie wymagając od nabywcy stosowania lub odsprzedaży produktów spełniających minimalne standardy jakości, bez wymogu nabycia ich od dostawcy lub osoby przez niego wskazanej. Wymogi dotyczące minimalnych standardów jakości nie wchodziły zwykle w zakres stosowania art. 101 ust. 1. Jeżeli dostawca produktu wiążącego narzuca nabywcy dostawców, od których nabywca musi kupować produkt związany, na przykład ponieważ określenie minimalnych standardów jakości nie jest możliwe, to także może nie wchodzić w zakres stosowania art. 101 ust. 1, szczególnie gdy dostawca

produktu wiążącego nie osiąga bezpośrednich (finansowych) korzyści z wyznaczenia dostawców produktu związanego.

2.10 *Ograniczenia cen odsprzedaży*

- (223) Jak wyjaśniono w sekcji III.3, narzucenie cen odsprzedaży (NCO), tj. porozumienia lub uzgodnione praktyki, których bezpośrednim lub pośrednim celem jest ustanowienie stałej lub minimalnej ceny odsprzedaży albo stałego lub minimalnego poziomu cen, który musi być przestrzegany przez nabywcę, uważa się za najpoważniejsze ograniczenia konkurencji. Domniemywa się, że porozumienie zawierające NCO ogranicza konkurencję i w związku z tym wchodzi w zakres stosowania art. 101 ust. 1. Sytuacja taka rodzi również domniemanie, że porozumienie najprawdopodobniej nie spełnia warunków określonych w art. 101 ust. 3, i z tego powodu nie ma zastosowania wyłączenie grupowe. Przedsiębiorstwa mają jednak możliwość powoływania na swoją obronę w indywidualnym przypadku argumentu wzrostu efektywności na podstawie art. 101 ust. 3. Na stronach spoczywa obowiązek udowodnienia, że prawdopodobny wzrost efektywności wynika z włączenia NCO do porozumienia, i wykazania, że spełnione są wszystkie warunki określone w art. 101 ust. 3. Wówczas Komisja będzie musiała dokonać rzeczywistej oceny prawdopodobnych negatywnych skutków dla konkurencji i konsumentów zanim stwierdzi, czy spełnione są warunki określone w art. 101 ust. 3.
- (224) NCO może ograniczać konkurencję na kilka sposobów. Po pierwsze, NCO może ułatwiać zмовę między dostawcami przez zwiększanie przejrzystości cen na rynku, ułatwiając tym samym wykrycie, czy dostawca narusza równowagę zмовы, obniżając ceny. NCO osłabia także motywację dostawcy do obniżania cen jego dystrybutorom, ponieważ sztywna cena odsprzedaży uniemożliwi osiągnięcie korzyści ze zwiększonej sprzedaży. Wystąpienie takiego negatywnego skutku jest w szczególności możliwe wówczas, gdy rynek jest podatny na skutki zмовы, np. jeżeli producenci tworzą ścisły oligopol, a porozumienia NCO obejmują znaczną część rynku. Po drugie, przez eliminowanie konkurencji międzymarkowej wewnętrznej NCO może również ułatwiać zмовę między nabywcami, tj. na poziomie dystrybucji. Silni lub dobrze zorganizowani dystrybutorzy są w stanie zmusić lub przekonać jednego lub kilku dostawców do ustalenia cen odsprzedaży powyżej konkurencyjnego poziomu i w ten sposób umożliwić im osiągnięcie lub ustabilizowanie równowagi zмовы. Wynikająca z tego utrata konkurencji cenowej wydaje się szczególnym problemem w przypadku, gdy NCO inspirowa nabywcę, których wspólne horyzontalne interesy będą raczej miały negatywny skutek dla konsumentów. Po trzecie, NCO może zazwyczaj łagodzić konkurencję między producentami lub detalistami, zwłaszcza jeśli producenci wykorzystują tych samych dystrybutorów do dystrybucji swoich produktów i NCO jest stosowane przez wszystkich lub wielu z nich. Po czwarte, bezpośrednim skutkiem NCO będzie fakt, że wszyscy lub niektórzy dystrybutorzy będą pozbawieni możliwości obniżania cen sprzedaży tej konkretnej marki. Innymi słowy, bezpośrednim skutkiem NCO jest wzrost cen. Po piąte, NCO może zmniejszyć naciski na marżę producenta, w szczególności gdy producent ma problem ze zobowiązaniami, tj. gdy w jego interesie leży obniżanie cen nakładanych na kolejnych dystrybutorów. W takiej sytuacji producent może zgodzić się na NCO, aby ułatwić sobie zobowiązanie się do nieobniżania ceny dla kolejnych dystrybutorów i zmniejszyć naciski dotyczące jego własnej marży. Po szóste, NCO może zostać wprowadzone przez producenta posiadającego władzę rynkową umożliwiającą zamknięcie dostępu do rynku

mniejszym konkurentom. Zwiększona marża, jaką NCO może zapewniać dystrybutorom, może ich skłaniać do faworyzowania określonej marki w stosunku do marek konkurencyjnych przy doradzaniu klientom, nawet wówczas gdy taka porada nie leży w interesie tych klientów, lub nawet do całkowitego zaniechania sprzedaży marek konkurencyjnych. NCO może wreszcie zmniejszyć dynamikę i innowacje na poziomie dystrybucji. NCO może uniemożliwić sprawniej działającym detalistom wejście na rynek lub rozwinięcie działalności w odpowiedniej skali z niskimi cenami przez uniemożliwianie konkurencji cenowej między różnymi dystrybutorami. Może również uniemożliwić lub utrudnić wejście na rynek i ekspansję form dystrybucji opartych na niskich cenach, np. sklepów dyskontowych.

- (225) NCO może jednak nie tylko ograniczać konkurencję, ale także, w szczególności gdy jego motorem jest dostawca, może prowadzić do wzrostu efektywności, co będzie poddane ocenie zgodnie z art. 101 ust. 3. Przede wszystkim jeżeli producent wprowadza nowy produkt, NCO może być pomocnym narzędziem we wstępnym okresie zwiększania popytu w celu nakłonienia dystrybutorów do lepszego uwzględnienia interesu producenta w celu promocji produktu. NCO może zapewnić dystrybutorom środki do wzmożenia wysiłków w zakresie sprzedaży, a jeżeli dystrybutorzy na tym rynku znajdują się pod presją konkurencji, może zachęcić ich do rozszerzenia ogólnego popytu na produkt oraz pomyślnego wprowadzenia produktu na rynek, również z korzyścią dla konsumentów⁶¹. Podobnie sztywne ceny odsprzedaży, a nie tylko maksymalne ceny odsprzedaży, mogą być niezbędne do organizacji, w ramach systemu franczyzowego lub podobnego systemu dystrybucyjnego wykorzystującego jednolity model dystrybucji, krótkoterminowej kampanii niskiej ceny (w większości przypadków 2 do 6 tygodni), która będzie korzystna również dla konsumentów. W niektórych sytuacjach dodatkowa marża, jaką zapewnia NCO, może umożliwić detalistom świadczenie (dodatkowych) usług przedsprzedażnych, szczególnie w przypadku produktów, o których jakości przekonać się można jedynie w wyniku korzystania z nich, lub produktów złożonych. Jeżeli wystarczająca liczba klientów skorzysta z takich usług w celu dokonania wyboru, a następnie dokona zakupu po niższej cenie u detalistów, którzy nie zapewniają takich usług (i w związku z tym nie ponoszą tych kosztów), detaliści zapewniający wysoki poziom usług mogą ograniczyć usługi zwiększające popyt na produkt dostawcy lub z nich zrezygnować. NCO może umożliwić zapobieganie tego rodzaju niewłaściwej działalności rynkowej na szczeblu dystrybucji. W ramach wykazania, że wszystkie warunki zawarte w art. 101 ust. 3 są spełnione, strony będą musiały w przekonujący sposób udowodnić, że porozumienie NCO może zapewniać nie tylko środki, ale także zachętę do przezwyciężenia ewentualnych problemów związanych z niewłaściwą działalnością rynkową prowadzoną między detalistami w odniesieniu do tych usług, oraz że usługi przedsprzedażne w sumie przynoszą korzyści konsumentom.
- (226) Praktyka zalecania ceny odsprzedaży odsprzedawcy lub wymaganie od niego przestrzegania maksymalnej ceny odsprzedaży podlega rozporządzeniu w sprawie wyłączeń grupowych, jeżeli udział każdej ze stron porozumienia w rynku nie przekracza progu 30 %, o ile praktyka ta nie oznacza minimalnej lub sztywnej ceny sprzedaży w wyniku nacisku którejkolwiek ze stron lub środków zachęty

⁶¹ Przy założeniu, że dostawcy nie jest łatwo narzucić wszystkim nabywcom, w drodze umowy, wymogów dotyczących efektywnej promocji – zob. także pkt 107 lit. a).

oferowanych przez którąkolwiek ze stron. Pozostała część niniejszej sekcji zawiera wskazówki dotyczące oceny maksymalnych lub zalecanych cen powyżej tego progu udziału w rynku i przypadków wycofania wyłączenia grupowego.

- (227) Ewentualne zagrożenie dla konkurencji ze strony cen maksymalnych lub zalecanych polega na tym, że będą one działać jako punkt odniesienia dla odsprzedawców i mogą być przestrzegane przez wszystkich lub przez większość z nich lub że ceny maksymalne lub zalecane mogą złagodzić konkurencję lub sprzyjać zмовie między dostawcami.
- (228) Ważnym czynnikiem w ocenie ewentualnych antykonkurencyjnych skutków maksymalnych lub zalecanych cen odsprzedaży jest pozycja rynkowa dostawcy. Im silniejsza pozycja rynkowa dostawcy, tym wyższe ryzyko, że maksymalna cena odsprzedaży lub zalecana cena odsprzedaży prowadzi do mniej lub bardziej jednolitego stosowania tego poziomu cen przez odsprzedawców, ponieważ mogą ją stosować jako punkt odniesienia. Może im być trudno odejść od tego, co postrzegają jako preferowaną cenę odsprzedaży proponowaną przez tak ważnego dostawcę na rynku.
- (229) Gdy stwierdzone jest występowanie znaczących skutków antykonkurencyjnych w odniesieniu do maksymalnych lub zalecanych cen odsprzedaży, pojawia się kwestia możliwego wyłączenia na mocy art. 101 ust. 3. Wzrost efektywności opisany w pkt 107 lit. f) (unikanie podwójnej marży) może być szczególnie istotny w odniesieniu do maksymalnych cen odsprzedaży. Maksymalna cena odsprzedaży może także ułatwić zapewnienie silniejszej konkurencji ze strony danej marki z innymi markami, w tym produktami pod własną marką rozprowadzanymi przez tego samego dystrybutora.