

Dziennik Urzędowy

Unii Europejskiej

C 208

Wydanie polskie

Informacje i zawiadomienia

Tom 50
6 września 2007

Zawiadomienie nr

Spis treści

Strona

IV Zawiadomienia

ZAWIADOMIENIA DOTYCZĄCE EUROPEJSKIEGO OBSZARU GOSPODARCZEGO

Urząd Nadzoru EFTA

2007/C 208/01

Wytyczne w sprawie stosowania art. 53 ust. 3 Porozumienia EOG 1

PL

IV

(Zawiadomienia)

ZAWIADOMIENIA DOTYCZĄCE EUROPEJSKIEGO OBSZARU
GOSPODARCZEGO

URZĄD NADZORU EFTA

Wytyczne w sprawie stosowania art. 53 ust. 3 Porozumienia EOG

(2007/C 208/01)

- A. Niniejsze obwieszczenie opublikowano zgodnie z zasadami określonymi w Porozumieniu o Europejskim Obszarze Gospodarczym (zwanym dalej „Porozumieniem EOG”) oraz w Porozumieniu pomiędzy Państwami EFTA w sprawie ustanowienia Urzędu Nadzoru i Trybunału Sprawiedliwości (zwanym dalej „Porozumieniem o Nadzorze i Trybunale”).
- B. Komisja Europejska (zwana dalej „Komisją”) opublikowała obwieszczenie zatytułowane „Wytyczne w sprawie stosowania art. 81 ust. 3 Traktatu” ⁽¹⁾. Ten niewiążący akt określa zasady, których przestrzega Komisja w odniesieniu do zastosowania warunków odstępstwa przewidzianych w art. 81 ust. 3 Traktatu WE.
- C. Zdaniem Urzędu Nadzoru EFTA wyżej wymieniony akt ma znaczenie dla EOG. W celu utrzymania równych warunków konkurencji oraz zapewnienia jednolitego stosowania zasad konkurencji EOG w Europejskim Obszarze Gospodarczym, Urząd Nadzoru EFTA przyjmuje niniejsze obwieszczenie na mocy uprawnień przyznanych mu przez art. 5 ust. 2 lit. b) Porozumienia o Nadzorze i Trybunale. Urząd Nadzoru zamierza przestrzegać zasad i reguł określonych w niniejszym obwieszczeniu, stosując odpowiednie przepisy EOG w poszczególnych przypadkach ⁽²⁾.
- D. Celem niniejszego obwieszczenia jest w szczególności przedstawienie przyjętej przez Urząd Nadzoru EFTA interpretacji warunków odstępstwa przewidzianych w art. 53 ust. 3 oraz określenie, w jaki sposób Urząd Nadzoru EFTA będzie stosować art. 53 w określonych przypadkach.
- E. Niniejsze obwieszczenie ma zastosowanie w przypadkach, gdy Urząd Nadzoru EFTA jest właściwym organem nadzoru na mocy art. 56 Porozumienia EOG.

1. WPROWADZENIE

- (1) Artykuł 53 ust. 3 Porozumienia EOG ustanawia odstępstwo, które zapewnia przedsiębiorstwu możliwość odparcia zarzutu naruszenia art. 53 ust. 1 Porozumienia EOG. Porozumienia, decyzje związków przedsiębiorstw

⁽¹⁾ Dz.U. C 101 z 27.4.2004, str. 97.

⁽²⁾ Za rozpatrywanie poszczególnych spraw objętych art. 53 i 54 Porozumienia EOG odpowiedzialny jest Urząd Nadzoru EFTA lub Komisja zgodnie z przepisami określonymi w art. 56 Porozumienia EOG. Dana sprawa może podlegać rozstrzygnięciu tylko przez jeden z tych organów nadzoru.

i praktyki uzgodnione ⁽³⁾, objęte zakresem stosowania art. 53 ust. 1, które spełniają warunki art. 53 ust. 3, są ważne i wykonalne z mocy prawa, bez konieczności podejmowania w tym względzie uprzedniej decyzji.

- (2) Artykuł 53 ust. 3 stosuje się do indywidualnych przypadków lub do kategorii porozumień i uzgodnionych praktyk na zasadach określonych w aktach odpowiadających wspólnotowym rozporządzeniom o wyłączeniach

⁽³⁾ W dalszej części tekstu termin „porozumienie” obejmuje także uzgodnione praktyki i decyzje podejmowane przez związki przedsiębiorstw.

- grupowych określonych w załączniku XIV do Porozumienia EOG (zwanych dalej „wyłączeniami grupowymi”). Rozdział II protokołu 4 do Porozumienia o Nadzorze i Trybunale (zwany dalej „Rozdziałem II”) ⁽⁴⁾ nie wpływa na ważność i charakter prawny wyłączeń grupowych. Wszystkie istniejące wyłączenia grupowe pozostają w mocy, a porozumienia objęte wyłączeniami grupowymi są ważne i wykonalne z mocy prawa, nawet jeżeli ograniczają one konkurencję w rozumieniu art. 53 ust. 1. Porozumienia takie mogą być zakazane jedynie ze skutkiem przyszłym i jedynie w przypadku, gdy wyłączenie grupowe zostanie oficjalnie uchylone przez Urząd Nadzoru EFTA lub krajowy organ ochrony konkurencji ⁽⁵⁾. Sądy krajowe nie mogą unieważnić porozumień objętych wyłączeniem grupowym w związku z procesem z powództwa prywatnego.
- (3) Istniejące wytyczne w sprawie ograniczeń wertykalnych, horyzontalnych porozumień o współpracy i porozumień o transferze technologii ⁽⁶⁾ dotyczą stosowania art. 53 do różnego rodzaju porozumień i praktyk uzgodnionych. Wytyczne te mają na celu określenie stanowiska Urzędu Nadzoru EFTA w kwestii kryteriów oceny merytorycznej stosowanych w odniesieniu do różnego rodzaju porozumień i praktyk.
- (4) W niniejszych wytycznych określa się, w jaki sposób Urząd Nadzoru EFTA interpretuje warunki odstępstwa przewidziane w art. 53 ust. 3. Jednocześnie podaje się wskazówki wyjaśniające, jak Urząd będzie stosować postanowienia art. 53 w indywidualnych przypadkach. Wytyczne te, chociaż niewiążące dla sądów i organów państw EOG, mają również stanowić dla nich wskazówki co do stosowania art. 53 ust. 1 i 3 Porozumienia EOG.
- (5) Wytyczne przedstawiają analityczne zasady ramowe dotyczące stosowania art. 53 ust. 3 i mają na celu wypracowanie metodologii stosowania wymienionego powyżej postanowienia. Metodologia taka opiera się na koncepcji ekonomicznej, wprowadzonej i rozwiniętej w wytycznych
- (6) Po wejściu w życie Porozumienia zmieniającego protokół 4 do Porozumienia pomiędzy Państwami EFTA w sprawie ustanowienia Urzędu Nadzoru i Trybunału Sprawiedliwości z dnia 24 września 2004 r. rozdział II protokołu 4 do Porozumienia o Nadzorze i Trybunale będzie w znacznym zakresie odzwierciedlał rozporządzenie Rady (WE) nr 1/2003 (Dz.U. L 1 z 4.1.2003, str. 1).
- (7) Patrz: motyw 36 poniżej.
- (8) Patrz: obwieszczenie Urzędu Nadzoru EFTA dotyczące wytycznych w sprawie ograniczeń wertykalnych (Dz.U. C 122 z 23.5.2002, str. 1 oraz Suplement EOG do Dz.U. nr 26 z 23.5.2002, str. 7), obwieszczenie Urzędu Nadzoru EFTA w sprawie wytycznych dotyczących stosowania art. 53 Porozumienia EOG do horyzontalnych porozumień o współpracy (Dz.U. C 266 z 31.10.2002, str. 1 oraz Suplement EOG do Dz.U. nr 55 z 31.10.2002, str. 1) oraz obwieszczenie Urzędu Nadzoru EFTA w sprawie wytycznych dotyczących stosowania art. 53 Porozumienia EOG do porozumień o transferze technologii (dotychczas nieprzyjęte).
- w sprawie ograniczeń wertykalnych, horyzontalnych porozumień o współpracy i porozumień o transferze technologii. Urząd Nadzoru EFTA będzie korzystać z niniejszych wytycznych – wyjaśniających zasady stosowania czterech warunków wymienionych w art. 53 ust. 3 w sposób bardziej szczegółowy niż wytyczne w sprawie ograniczeń wertykalnych, horyzontalnych porozumień o współpracy i porozumień o transferze technologii – także w odniesieniu do porozumień, których te ostatnie dotyczą.
- (6) Przy korzystaniu z norm podanych w niniejszych wytycznych należy uwzględniać okoliczności charakterystyczne dla danego przypadku. Należy unikać stosowania ich w sposób mechaniczny. Każdy przypadek winien być oceniany w świetle związanych z nim faktów, wytyczne zaś muszą być stosowane w sposób racjonalny i elastyczny.
- (7) W odniesieniu do szeregu zagadnień podaje się odniesienie do obecnego stanu orzecznictwa Trybunału EFTA oraz Trybunału Sprawiedliwości Wspólnot Europejskich na podstawie odpowiednich postanowień Traktatu WE ⁽⁷⁾. Niemniej jednak Urząd Nadzoru EFTA zamierza także wyjaśnić zasady swojej polityki w odniesieniu do zagadnień, które nigdy nie były przedmiotem orzecznictwa lub czekają dopiero na odpowiednią wykładnię. Wyrażone przez Urząd stanowisko nie uchybia jednak ani dotychczasowemu, ani przyszłemu orzecznictwu Trybunału EFTA, Trybunału Sprawiedliwości i Sądu Pierwszej Instancji Wspólnot Europejskich dotyczącemu wykładni art. 53 ust. 1 i 3.

2. OGÓLNE RAMY ART. 53 POROZUMIENIA EOG

2.1. Postanowienia Porozumienia EOG

- (8) Artykuł 53 ust. 1 zakazuje wszelkich porozumień między przedsiębiorstwami, decyzji związków przedsiębiorstw i praktyk uzgodnionych, które mogą wpłynąć na handel

⁽⁷⁾ Artykuł 6 Porozumienia EOG stanowi, że bez uszczerbku dla przyszłych zmian w orzecznictwie postanowienia niniejszego porozumienia w zakresie, w jakim są one co do istoty tożsame z odpowiednimi przepisami Traktatu ustanawiającego Europejską Wspólnotę Gospodarczą, Traktatu ustanawiającego Europejską Wspólnotę Węgla i Stali oraz aktami przyjętymi w zastosowaniu tych dwóch Traktatów, podlegają w zakresie ich wykonania i stosowania wykładni zgodnej z odpowiednimi orzeczeniami Trybunału Sprawiedliwości Wspólnot Europejskich wydanymi przed podpisaniem Porozumienia EOG. Jeżeli chodzi o orzeczenia wydane przez Trybunał Sprawiedliwości po podpisaniu Porozumienia EOG, z art. 3 ust. 2 Porozumienia o Nadzorze i Trybunale wynika, że Urząd Nadzoru EFTA i Trybunał EFTA zobowiązane są należycie uwzględnić zasady określone w tych orzeczeniach.

między Umawiającymi się Stronami Porozumienia EOG⁽⁸⁾ i których celem lub skutkiem jest zapobieżenie, ograniczenie lub zakłócenie konkurencji⁽⁹⁾.

(9) W drodze odstępstwa od tej zasady art. 53 ust. 3 stanowi, że zakaz, o którym mowa w art. 53 ust. 1, może zostać uznany za niemający zastosowania w przypadku porozumień, które przyczyniają się do polepszenia produkcji lub dystrybucji produktów bądź do popierania postępu technicznego lub gospodarczego, przy zastrzeżeniu dla użytkowników słusznej części wynikającego z tego zysku oraz w przypadku takich porozumień, które nie nakładają zbędnych ograniczeń utrudniających osiągnięcie tych celów, a także nie dają przedsiębiorstwom możliwości eliminowania konkurencji w zakresie znacznej części danych produktów.

(10) Zgodnie z art. 53 ust. 1 rozdziału II porozumienia objęte zakresem art. 53 ust. 1, które nie spełniają warunków art. 53 ust. 3, są zakazane bez konieczności podejmowania w tym względzie uprzedniej decyzji⁽¹⁰⁾. Zgodnie z art. 1 ust. 2 rozdziału II porozumienia objęte zakresem art. 53 ust. 1, które spełniają warunki art. 53 ust. 3, nie są zakazane bez konieczności podejmowania w tym względzie uprzedniej decyzji. Porozumienia takie są ważne i wykonalne z mocy prawa z chwilą, gdy spełnione są warunki art. 53 ust. 3, i na tak długo, jak długo pozostaje to faktem.

(11) Ocena, o której mowa w art. 53, składa się więc z dwóch części. Pierwszym krokiem jest zbadanie, czy porozumienie między przedsiębiorstwami, które może wpłynąć na handel między Umawiającymi się Stronami Porozumienia EOG, ma na celu ograniczenie konkurencji lub przynosi rzeczywiste lub potencjalne⁽¹¹⁾ negatywne skutki dla konkurencji. Krok drugi, który ma zastosowanie wyłącznie w przypadku stwierdzenia, że dane porozumienie ogranicza konkurencję, polega na określeniu korzyści, jakie wynikają z tego porozumienia dla konkurencji, i ocenie, czy takie skutki pozytywne przeważają nad negatywnymi. Ważenie negatywnych i pozytywnych skutków danego porozumienia odbywa się wyłącznie w ramach określonych w art. 53 ust. 3⁽¹²⁾.

⁽⁸⁾ Pojęcie wpływu na handel między Umawiającymi się Stronami Porozumienia EOG jest przedmiotem odrębnych wytycznych, patrz: Wytyczne Urzędu Nadzoru EFTA w sprawie pojęcia „wpływu na handel” zawartego w art. 53 i 54 Porozumienia EOG (dotychczas nieopublikowane).

⁽⁹⁾ W dalszej części tekstu termin „ograniczenie” obejmuje także zapobieżenie i zakłócenie konkurencji.

⁽¹⁰⁾ Zgodnie z art. 53 ust. 2 postanowienia takie tracą automatycznie ważność.

⁽¹¹⁾ Artykuł 53 ust. 1 zakazuje działań wywołujących zarówno rzeczywiste, jak i potencjalne negatywne skutki dla konkurencji, patrz np.: sprawa C-7/95 P, *John Deere*, Rec. [1998], str. I-3111, pkt 77.

⁽¹²⁾ Patrz: sprawa T-65/98, *Van den Bergh Foods* (dotychczas nieopublikowana), pkt 107 i sprawa T-112/99, *Métropole télévision (M6) i inni*, Rec. [2001], str. II-2459, pkt 74, w której Sąd Pierwszej Instancji orzekł, że rozpatrywanie pozytywnych i negatywnych aspektów ograniczenia konkurencji może odbywać się jedynie w ramach określonych w art. 81 ust. 3.

(12) Aby ocenić korzyści rekompensujące negatywny wpływ na konkurencję zgodnie z art. 53 ust. 3, niezbędne jest wcześniejsze określenie, czy i w jakim stopniu dane porozumienie ogranicza konkurencję. Z kolei, aby nadać właściwy kontekst postanowieniom art. 53 ust. 3, wskazane jest przedstawienie w skrócie celu i zasadniczej treści zakazu określonego w art. 53 ust. 1. Wydane przez Urząd Nadzoru EFTA wytyczne w sprawie ograniczeń wertykalnych, horyzontalnych porozumień o współpracy i porozumień o transferze technologii⁽¹³⁾ zawierają istotne wskazówki co do stosowania art. 53 ust. 1 do różnego rodzaju porozumień. Niniejsze wytyczne ograniczają się zatem do przypomnienia podstawowych analitycznych zasad dotyczących stosowania art. 53 ust. 1.

2.2. Zakaz określony w art. 53 ust. 1

2.2.1. Uwagi ogólne

(13) Postanowienia art. 53 mają na celu ochronę konkurencji na rynku w celu wzmocnienia dobrobytu konsumenta i zapewnienia efektywnego rozdziału zasobów. Celowi temu służą konkurencja i integracja rynku, gdyż tworzenie i utrzymywanie otwartego EOG sprzyja efektywnemu rozdziałowi zasobów na całym terenie objętym Porozumieniem EOG z korzyścią dla konsumentów.

(14) Zakaz określony w art. 53 ust. 1 stosuje się do porozumień ograniczających konkurencję, praktyk uzgodnionych między przedsiębiorstwami i decyzji związków przedsiębiorstw, o ile mogą one wpłynąć na handel między Umawiającymi się Stronami Porozumienia EOG. U podstaw art. 53 ust. 1 leży ogólna zasada, że każdy podmiot gospodarczy musi w sposób niezależny określić politykę, jaką zamierza przyjąć na rynku⁽¹⁴⁾. „Porozumienia”, „decyzje” i „praktyki uzgodnione” to pojęcia prawa EOG, które pozwalają odróżnić działanie jednostronne przedsiębiorstwa od koordynacji zachowań lub zmywy między przedsiębiorstwami⁽¹⁵⁾. Jeśli chodzi o prawo konkurencji EOG, działania jednostronne podlegają jedynie postanowieniom art. 54 Porozumienia EOG. Do działania jednostronnego nie odnosi się ponadto zasada zbieżności określona w art. 3 ust. 2 rozdziału II. Przepis ten ma bowiem zastosowanie wyłącznie w odniesieniu do porozumień, decyzji i praktyk uzgodnionych, które mogą wpływać na handel między Umawiającymi się Stronami Porozumienia EOG. Artykuł 3 ust. 2 stanowi, że jeśli takie

⁽¹³⁾ Patrz: przypis 6 powyżej.

⁽¹⁴⁾ Patrz np.: sprawa C-49/92 P, *Anic Participazioni*, Rec. [1999], str. I-4125, pkt 116 i połączone sprawy 40/73 do 48/73 i inne, *Suiker Unie*, Rec. [1975], str. 1663, pkt 173. Patrz również: sprawa E-3/97, *Jan and Kristian Jøger AS and Opel Norge AS*, sprawozdanie Trybunału EFTA [1998], str. 1.

⁽¹⁵⁾ Patrz: wyrok w sprawie E-3/97 przytoczonej w poprzednim przypisie oraz pkt 108 wyroku w sprawie *Anic Participazioni* przytoczonej w poprzednim przypisie oraz sprawa C-277/87, *Sandoz Prodotti*, Rec. [1990], str. I-45.

porozumienia, decyzje i praktyki uzgodnione nie są zakazane na mocy art. 53, to nie może ich zakazywać także krajowe prawo konkurencji. Artykuł 3 rozdziału II pozostaje bez uszczerbku dla podstawowej zasady, zgodnie z którą w przypadku wszelkich rozbieżności między wprowadzonymi przepisami prawa EOG a przepisami krajowymi przepisy prawa EOG są nadrzędne. W związku z powyższym porozumienia i nieuczciwe praktyki zakazane na mocy art. 53 i 54 nie mogą być dozwolone w prawie krajowym⁽¹⁶⁾.

(15) W zakresie art. 53 ust. 1 mieszczą się takie rodzaje koordynacji zachowań lub zmywy między przedsiębiorstwami, w których przynajmniej jedno przedsiębiorstwo w stosunku do drugiego podejmuje się przyjęcia określonych działań rynkowych lub w wyniku kontaktów między tymi przedsiębiorstwami powstaje obawa, że ich działalność rynkowa zostanie wyeliminowana lub przynajmniej w istotny sposób ograniczona⁽¹⁷⁾. Wynika stąd, że koordynacja zachowań może przybrać postać zobowiązań, które decydują o działaniach rynkowych co najmniej jednej ze stron, jak również uzgodnień, które – wprowadzając odpowiednie zachęty – wpływają na zachowania rynkowe co najmniej jednej ze stron. Nie jest wymagane, by koordynacja działań leżała w interesie wszystkich zaangażowanych przedsiębiorstw⁽¹⁸⁾. Koordynacja taka nie musi być także jawna. Może odbywać się na podstawie dorozumianej zgody. Aby dane porozumienie można było uznać za zawarte na podstawie dorozumianej zgody, jedno przedsiębiorstwo musi otwarcie lub pośrednio zachęcać drugie do wspólnego działania na rzecz osiągnięcia określonego celu⁽¹⁹⁾. W niektórych okolicznościach istnienie porozumienia można wywnioskować z bieżących stosunków handlowych między stronami⁽²⁰⁾. Sam fakt, że środek przyjęty przez przedsiębiorstwo pasuje do kontekstu utrzymywanych stosunków handlowych, nie jest jednak wystarczającym dowodem⁽²¹⁾.

(16) Porozumienia między przedsiębiorstwami obejmuje się zakazem określonym w art. 53 ust. 1, gdy mogą one mieć odczuwalny niekorzystny wpływ na parametry konkurencji na rynku, takie jak cena, wielkość i jakość produkcji, zróżnicowanie i stopień innowacyjności produktów. O takich skutkach można mówić, gdy porozumienia odczuwalnie ograniczają rywalizację między stronami porozumienia lub między nimi a stronami trzecimi.

⁽¹⁶⁾ Patrz: sprawa E-1/94, *Restamark*, sprawozdanie Trybunału EFTA [1994–1995], str. 15, sprawa 14/68, *Walt Wilhelm*, Rec. [1969], str. 1, jak również ostatnio sprawa T-203/01, *Michelin* (II), dotychczas nieopublikowana, pkt 112.

⁽¹⁷⁾ Patrz: połączone sprawy T-25/95, *Cimenteries CBR i inne*, Rec. [2000], str. II-491, pkt 1849 i 1852, i połączone sprawy T-202/98, *British Sugar i inne*, Rec. [2001], str. II-2035, pkt 58–60.

⁽¹⁸⁾ Patrz w tym względzie: sprawa C-453/99, *Courage v Crehan*, Rec. [2001], str. I-6297 i pkt 3444 wyroku w sprawie *Cimenteries CBR* przytoczonej w poprzednim przypisie.

⁽¹⁹⁾ Patrz w tym względzie: połączone sprawy C-2/01 P i C-3/01 P, *Bundesverband der Arzneimittel-Importeure*, dotychczas nieopublikowane, pkt 102.

⁽²⁰⁾ Patrz np.: połączone sprawy 25/84 i 26/84, *Ford*, Rec. [1985], str. 2725.

⁽²¹⁾ Patrz w tym względzie: pkt 141 wyroku w sprawie *Bundesverband der Arzneimittel-Importeure*, przytoczonej w przypisie 19.

2.2.2. Podstawowe zasady oceny porozumień na podstawie art. 53 ust. 1

(17) Oceny tego, czy dane porozumienie ogranicza konkurencję, dokonać należy w rzeczywistym odniesieniu do sytuacji, w której konkurencja miałaby miejsce przy braku porozumienia skutkującego domniemanymi ograniczeniami⁽²²⁾. W trakcie takiej oceny konieczne jest uwzględnienie prawdopodobnego wpływu porozumienia na konkurencję *międzymarkową* (tj. konkurencję między dostawcami konkurencyjnych marek) i *wewnątrzmarkową* (tj. konkurencję między dystrybutorami produktów tej samej marki). Artykuł 53 ust. 1 zakazuje ograniczania zarówno konkurencji między-, jak i wewnątrzmarkowej⁽²³⁾.

(18) Aby ocenić, czy porozumienie lub jego poszczególne części mogą ograniczyć konkurencję międzymarkową i/lub wewnątrzmarkową, należy rozważyć, w jaki sposób i w jakim stopniu porozumienie to wpływa lub może wpłynąć na konkurencję na rynku. Użyteczną podstawę takiej oceny stanowią mogą dwa podane niżej pytania. *Pytanie pierwsze* dotyczy wpływu porozumienia na konkurencję *międzymarkową*, natomiast *pytanie drugie* odnosi się do wpływu na konkurencję *wewnątrzmarkową*. Ograniczenia mogą dotyczyć jednocześnie obu tych rodzajów konkurencji, dlatego przed rozstrzygnięciem, czy doszło do ograniczenia konkurencji w rozumieniu art. 53 ust. 1, konieczne może okazać się przeanalizowanie danego przypadku pod kątem obu pytań:

1) Czy porozumienie ogranicza rzeczywistą lub potencjalną konkurencję, jaka istniałaby, gdyby takiego porozumienia nie było? Jeśli tak, porozumienie można uznać za objęte art. 53 ust. 1. Dokonując oceny, należy uwzględnić konkurencję między stronami oraz konkurencję, jaką stanowią strony trzecie. Na przykład jeśli dwa przedsiębiorstwa z siedzibą w różnych państwach EOG zobowiązują się nie sprzedawać swych produktów na rynku rodzimym drugiej strony, ograniczona zostaje (potencjalna) konkurencja, jaka istniała przed zawarciem takiego porozumienia. Podobnie jeśli dostawca zobowiązuje swoich dystrybutorów do niesprzedawania produktów konkurencyjnych, utrudniając stronie trzeciej dostęp do rynku, ograniczona zostaje rzeczywista lub potencjalna konkurencja, jaka istniałaby przy braku takiego porozumienia. Oceniając, czy strony porozumienia są rzeczywistymi czy potencjalnymi konkurentami, należy wziąć pod uwagę kontekst ekonomiczny i prawny. Jeżeli na przykład z powodu ryzyka finansowego i możliwości technicznych stron nie jest obiektywnie prawdopodobne, by każda ze stron zdołała samodzielnie przeprowadzić działania przewidziane w porozumieniu, stron takich nie uważa

⁽²²⁾ Patrz: sprawa 56/65, *Société Technique Minière*, Rec. [1966], str. 337, i pkt 76 wyroku w sprawie *John Deere*, przytoczonej w przypisie 11.

⁽²³⁾ Patrz w tym względzie: połączone sprawy 56/64 i 58/66, *Consten and Grundig*, Rec. [1966], str. 429.

się za konkurentów w odniesieniu do tego działania⁽²⁴⁾. Zadanie udowodnienia takiego stanu rzeczy spoczywa na stronach porozumienia.

- 2) Czy porozumienie ogranicza rzeczywistą lub potencjalną konkurencję, jaka istniałaby, gdyby nie było ograniczenia(-eń) umownego(-ych)? Jeśli tak, porozumienie można uznać za objęte art. 53 ust. 1. Na przykład jeśli dostawca ogranicza swoim dystrybutorom możliwość konkurencji ze sobą, ograniczona zostaje (potencjalna) konkurencja, jaka mogłaby istnieć między dystrybutorami przy braku jakichkolwiek ograniczeń umownych. Do ograniczeń takich należą obowiązek utrzymywania przez dystrybutorów ceny przy odsprzedaży oraz ograniczenia dotyczące zasięgu terytorialnego lub rodzaju klientów. Niektóre ograniczenia można jednak w określonych przypadkach uznać za wyłączone z zakresu art. 53 ust. 1. Dzieje się tak wówczas, gdy dane ograniczenie jest konieczne z uwagi na rodzaj lub charakter porozumienia⁽²⁵⁾. Wyłączenia stosowania art. 53 ust. 1 można dokonać jedynie na podstawie obiektywnych, niezależnych od umawiających się stron czynników, nie zaś na podstawie subiektywnych poglądów czy cech charakterystycznych stron. Nie chodzi o to, czy w danej sytuacji strony nie mogły przyjąć porozumienia w mniejszym stopniu ograniczającego konkurencję, lecz o to, czy w podobnych okolicznościach – wzięwszy pod uwagę charakter porozumienia i cechy charakterystyczne rynku – takie mniej ograniczające porozumienie mogłoby zostać zawarte przez przedsiębiorstwa. Na przykład ograniczenia terytorialne uzgodnione między dostawcą a dystrybutorami mogą przez pewien okres wykraczać poza zakres art. 53 ust. 1, jeżeli są obiektywnie konieczne do tego, by dystrybutor mógł wejść na nowy rynek⁽²⁶⁾. Podobnie narzucenie wszystkim dystrybutorom zakazu sprzedaży dotyczącego określonej kategorii użytkowników końcowych można uznać za nieograniczające konkurencji, jeśli jest to obiektywnie konieczne ze względów bezpieczeństwa lub zdrowotnych, wynikających z niebezpiecznego charakteru danego produktu. Do podważenia tej zasady nie wystarczy twierdzenie, że przy braku ograniczenia dostawca mógłby uciec się do integracji wertykalnej. Decyzje o ewentualnym zastosowaniu integracji wertykalnej zależą bowiem od bardzo wielu złożonych czynników gospodarczych, z których część to czynniki wewnętrzne danego przedsiębiorstwa.

- (19) Stosując ramy analityczne określone w poprzednim punkcie, należy wziąć pod uwagę, że w art. 53 ust. 1 rozróżnia

⁽²⁴⁾ Patrz w tym względzie np.: decyzja Komisji w sprawie *Elopak/Metal Box – Odin* (Dz.U. L 209 z 8.8.1990, str. 15) oraz w sprawie *TPS* (Dz.U. L 90 z 2.4.1999, str. 6).

⁽²⁵⁾ Patrz w tym względzie: wyrok w sprawie *Société Technique Minière*, przytoczonej w przypisie 22, i sprawa 258/78, *Nungesser*, Rec. [1982], str. 2015.

⁽²⁶⁾ Patrz: zasada 10 w pkt 119 wytycznych w sprawie ograniczeń wertykalnych, przywołanych powyżej w przypisie 6, zgodnie z którą między innymi ograniczenie sprzedaży biernej – ograniczenie podstawowe – uznaje się za wykraczające poza zakres art. 53 ust. 1 na okres dwóch lat, kiedy to ograniczenie związane jest z wprowadzeniem nowego produktu lub wchodzeniem na nowe rynki geograficzne.

się porozumienia, w przypadku których ograniczenie konkurencji jest celem, oraz porozumienia, w przypadku których ograniczenie konkurencji jest skutkiem. Porozumienie lub ograniczenie umowne jest zabronione na mocy art. 53 ust. 1 jedynie wówczas, gdy ich celem lub skutkiem jest ograniczenie konkurencji międzymarkowej i/lub wewnątrzmarkowej.

- (20) Ważne jest rozróżnienie, czy ograniczenie konkurencji jest celem czy skutkiem porozumienia. Ustalwszy, że takie ograniczenie jest celem porozumienia, nie ma potrzeby rozpatrywać jego konkretnych skutków⁽²⁷⁾. Innymi słowy, dla potrzeb stosowania art. 53 ust. 1 nie jest konieczne wykazanie rzeczywistych negatywnych skutków porozumienia dla konkurencji, jeżeli ograniczenie konkurencji wynika z jego celu. Z drugiej strony, w art. 53 ust. 3 nie rozróżnia się porozumień w zależności od tego, czy mają one cel czy skutek ograniczający. Artykuł 53 ust. 3 stosuje się do wszystkich porozumień, które spełniają cztery zawarte w nim warunki⁽²⁸⁾.

- (21) Ograniczenia konkurencji wynikające z celu porozumienia to takie, które stanowią potencjalne ograniczenie konkurencji z samej swej natury. Są to w świetle celów przepisów prawa konkurencji EOG ograniczenia o tak wysokim potencjale negatywnych skutków dla konkurencji, że dla celów stosowania art. 53 ust. 1 nie ma potrzeby udowadniać ich faktycznych skutków rynkowych. Założenie to opiera się na poważnym charakterze ograniczenia oraz na doświadczeniach, które pokazują, że ograniczenia konkurencji wynikające z celu porozumień powodują często negatywne skutki na rynku oraz są sprzeczne z celami przepisów prawa konkurencji EOG. Ograniczenia będące celem porozumienia, takie jak ustalanie cen i podział rynku, wpływają na zmniejszenie produkcji i wzrost cen i prowadzą do niewłaściwego rozdziału zasobów, sprawiając, że nie jest zaspokajany popyt na określone towary i usługi. Prowadzi to także do zmniejszenia dobrobytu konsumentów, którzy muszą za owe towary i usługi płacić wyższą cenę.

- (22) Ocena tego, czy celem danego porozumienia jest ograniczenie konkurencji, opiera się na szeregu czynników. Obejmują one w szczególności treść porozumienia oraz jego główne cele. Konieczne może być także uwzględnienie kontekstu, w jakim stosowane jest (będzie) dane porozumienie, oraz faktyczne działania i zachowanie na rynku umawiających się stron⁽²⁹⁾. Innymi słowy, do stwierdzenia, czy rozpatrywane ograniczenie konkurencji wynika z celu porozumienia, wymagane może być zbadanie faktów łączących u podstaw takiego porozumienia oraz konkret-

⁽²⁷⁾ Patrz np.: pkt 99 wyroku w sprawie *Anic Partecipazioni*, przytoczonej w przypisie 14.

⁽²⁸⁾ Patrz: pkt 47 poniżej.

⁽²⁹⁾ Patrz: połączone sprawy 29/83 i 30/83, *CRAM and Rheinink*, Rec. [1984], str. 1679, pkt 26, i połączone sprawy 96/82, *ANSEAU-NAWEWA i inne*, Rec. [1983], str. 3369, pkt 23–25.

nych okoliczności jego stosowania. Sposób, w jaki praktycznie wprowadza się w życie porozumienie, może świadczyć o tym, że jego celem jest ograniczenie konkurencji, nawet jeżeli formalne porozumienie nie zawiera zapisów, które wyraźnie by na to wskazywały. Dowód potwierdzający, że strony mają subiektywny zamiar ograniczenia konkurencji, jest czynnikiem istotnym, ale nie warunkiem koniecznym.

(23) Zestaw wybranych wskazówek wyjaśniających, co stanowi ograniczenia wynikające z celu porozumienia, można znaleźć w wytycznych i obwieszczeniach Urzędu Nadzoru EFTA o wyłączeniach grupowych. Za wynikające z celu porozumień Urząd Nadzoru uznaje na ogół te ograniczenia, których zakazuje się na mocy przepisów o wyłączeniach grupowych lub wymienia jako ograniczenia podstawowe w wytycznych i obwieszczeniach. W przypadku porozumień horyzontalnych do ograniczeń takich zalicza się: ustalanie cen, ograniczanie produkcji oraz podział rynków i klientów⁽³⁰⁾. Jeśli chodzi o porozumienia wertykalne, do kategorii ograniczeń wynikających z celu porozumień należą w szczególności: utrzymywanie stałej i minimalnej ceny odsprzedaży oraz ograniczenia zapewniające całkowitą ochronę terytorialną, w tym ograniczenia sprzedaży biernej⁽³¹⁾.

(24) Jeżeli ograniczenie konkurencji nie jest celem porozumienia, należy zbadać, czy porozumienie takie nie ma skutków ograniczających konkurencję. Konieczne jest wzięcie pod uwagę zarówno skutków rzeczywistych, jak i potencjalnych⁽³²⁾. Innymi słowy, należy zbadać, czy dane porozumienie może negatywnie wpłynąć na konkurencję. W przypadku ograniczeń wynikających ze skutków porozumień nie przyjmując się założenia negatywnego wpływu na konkurencję. Aby porozumienie można było uznać za ograniczające ze względu na skutki, musi ono do takiego stopnia wpływać na rzeczywistą lub potencjalną konkurencję, by na właściwym rynku z dużą dozą prawdopodobieństwa można było oczekiwać pogorszenia

sytuacji w zakresie cen, wielkości produkcji, innowacyjności, zróżnicowania lub jakości towarów i usług⁽³³⁾. Takie negatywne skutki muszą być *odczuwalne*. Zakaz określony w art. 53 ust. 1 nie ma zastosowania, gdy stwierdzone negatywne skutki dla konkurencji są znikome⁽³⁴⁾. Zasada ta jest odzwierciedleniem koncepcji ekonomicznej stosowanej przez Urząd Nadzoru EFTA. Zakaz określony w art. 53 ust. 1 ma zastosowanie wyłącznie w przypadkach, gdy na podstawie właściwej analizy rynkowej można wnioskować, że dane porozumienie prawdopodobnie negatywnie wpłynie na konkurencję na rynku⁽³⁵⁾. Z punktu widzenia takiego ustalenia nie wystarczy, aby udział stron porozumienia w rynku przekraczał progi ustalone przez Urząd Nadzoru w obwieszczeniu *de minimis*⁽³⁶⁾. Porozumienia „chronione” przepisami o wyłączeniach grupowych mogą wchodzić w zakres art. 53 ust. 1, ale nie muszą. Ponadto fakt, że ze względu na udział stron w rynku porozumienia nie można objąć wyłączeniem grupowym, jest sam w sobie niewystarczającą podstawą do stwierdzenia, że porozumienie to wchodzi w zakres art. 53 ust. 1 lub że nie spełnia warunków wymienionych w art. 53 ust. 3. Wymagana jest każdorazowo ocena prawdopodobnych skutków, jakie niesie z sobą porozumienie.

(25) Negatywne skutki dla konkurencji w obrębie właściwego rynku mogą powstać wówczas, gdy strony porozumienia pojedynczo lub wspólnie mają lub uzyskują określony poziom siły rynkowej, a porozumienie przyczynia się do tworzenia, utrzymania lub wzmocnienia takiej siły rynkowej bądź pozwala stronom ową siłę wykorzystywać. Siła rynkowa to zdolność do utrzymywania przez dłuższy czas cen na poziomie wyższym od poziomu konkurencyjnego lub do utrzymywania przez dłuższy czas ilości, jakości, zróżnicowania i innowacyjności produktów na poziomie niższym niż poziom konkurencyjny. Na rynkach charakteryzujących się wysokimi kosztami stałymi przedsiębiorstwa muszą ustalać swe ceny znacząco powyżej kosztów krańcowych produkcji, aby w ten sposób zapewnić sobie konkurencyjny poziom zwrotu z inwestycji. To, że przedsiębiorstwa ustalają ceny powyżej kosztów krańcowych, nie jest więc samo w sobie przejawem złego funkcjonowania konkurencji na rynku i nie musi oznaczać,

⁽³⁰⁾ Patrz: Wytyczne w sprawie horyzontalnych porozumień o współpracy, przywołane w przypisie 6, pkt 25 oraz art. 5 aktu, o którym mowa w pkt 6 załącznika XIV do Porozumienia EOG (rozporządzenie (WE) nr 2658/2000 w sprawie stosowania art. 81 ust. 3 Traktatu WE do kategorii porozumień specjalizacyjnych, Dz.U. L 304 z 5.12.2000, str. 3, włączone do Porozumienia EOG decyzją Wspólnego Komitetu EOG nr 113/2000 z dnia 22 grudnia 2000 r. (Dz.U. L 52 z 22.2.2001, str. 38 oraz Suplement EOG do Dz.U. nr 9 z 22.2.2001, str. 5), e.i.f. 1.1.2001).

⁽³¹⁾ Patrz: art. 4 aktu, o którym mowa w pkt 2 załącznika XIV do Porozumienia EOG (rozporządzenie Komisji (WE) nr 2790/1999) w sprawie stosowania art. 81 ust. 3 Traktatu WE do kategorii porozumień wertykalnych i praktyk uzgodnionych, Dz.U. L 336 z 29.12.1999, str. 21 (włączone do Porozumienia EOG decyzją Wspólnego Komitetu EOG nr 18/2000 z dnia 28 stycznia 2000 r., Dz.U. L 103 z 12.4.2001, str. 36) oraz wytyczne w sprawie ograniczeń wertykalnych przywołane w przypisie 6, pkt 46 i kolejne (Dz.U. C 122 z 23.5.2002, str. 1 oraz Suplement EOG do Dz.U. nr 26 z 23.5.2002, str. 7). Patrz także: sprawa 279/87, *Tipp-Ex*, Rec. [1990], str. I-261 i sprawa T-62/98, *Volkswagen v Komisja*, Rec. [2000], str. II-2707, pkt 178.

⁽³²⁾ Patrz: pkt 77 wyroku w sprawie *John Deere*, przytoczonej w przypisie 10.

⁽³³⁾ Fakt, że porozumienie ogranicza wolność działań jednej lub więcej osób, sam w sobie nie jest wystarczającym dowodem, patrz: pkt 76 i 77 wyroku w sprawie *Métropole television (M6)*, przytoczonej w przypisie 12. Pokrywa się to z celem art. 53, jakim jest ochrona konkurencji na rynku z korzyścią dla konsumentów.

⁽³⁴⁾ Patrz np.: sprawa 5/69, *Völk*, Rec. [1969], str. 295, pkt 7. Wskazówki w kwestii odczuwalności wpływu można znaleźć w obwieszczeniu Urzędu Nadzoru EFTA w sprawie porozumień o mniejszym znaczeniu, które nie ograniczają odczuwalnie konkurencji zgodnie z art. 53 ust. 1 Porozumienia EOG (Dz.U. C 67 z 20.3.2003, str. 20 oraz Suplementem EOG do Dz.U. nr 15 z 20.3.2003, str. 11). W obwieszczeniu definiuje się odczuwalność w sposób negatywny. Porozumienia, które wykraczają poza zakres obwieszczenia *de minimis*, niekoniecznie mają odczuwalne skutki ograniczające. Wymagana jest ocena indywidualna poszczególnych przypadków.

⁽³⁵⁾ Patrz w tym względzie: połączone sprawy T-374/94 i inne, *European Night Services*, Rec. [1998], str. II-3141. Patrz również: sprawa E-8/00, *Landsorganisasjonen i Norge i inni v Kommunenes Sentralforbund i inni*, [2002] sprawozdanie Trybunału EFTA, str. 114 oraz sprawa E-7/01, *Hegelstad Eiendomsselskap Arvid B. Hegelstad i inni i Hydro Texaco AS*, [2002] sprawozdanie Trybunału EFTA, str. 310.

⁽³⁶⁾ Patrz: przypis 35.

że przedsiębiorstwa posiadają siłę rynkową, która pozwala im ustalać ceny powyżej poziomu konkurencyjnego. O siłę rynkowej przedsiębiorstwa w rozumieniu art. 53 ust. 1 można mówić wówczas, gdy presja konkurencji nie wystarcza do tego, by utrzymać ceny i wielkość produkcji na poziomie konkurencyjnym.

(26) Tworzenie, utrzymanie i wzmocnienie siły rynkowej może być wynikiem ograniczenia konkurencji między dwoma stronami porozumienia. Może to wynikać również z ograniczenia konkurencji między jedną ze stron porozumienia a stronami trzecimi, np. dlatego, że porozumienie prowadzi do zablokowania konkurentów lub powoduje wzrost ponoszonych przez nich kosztów, osłabiając ich zdolność do skutecznego konkurowania z umawiającymi się stronami. Istotne znaczenie ma poziom siły rynkowej. Poziom wymagany zazwyczaj do stwierdzenia naruszenia prawa na podstawie art. 53 ust. 1 w przypadku porozumień ze skutkiem ograniczającym konkurencję jest niższy niż poziom wymagany do stwierdzenia pozycji dominującej na podstawie art. 54.

(27) Aby przeanalizować ograniczające konkurencję skutki porozumienia, konieczne jest zazwyczaj określenie rynku właściwego⁽³⁷⁾. Zazwyczaj należy także zbadać i ocenić między innymi charakter produktów, pozycję rynkową stron porozumienia, pozycję rynkową konkurentów, pozycję rynkową nabywców, istnienie potencjalnych konkurentów i wysokość barier utrudniających wejście na rynek. W niektórych przypadkach jednak negatywne skutki dla konkurencji można wykazać bezpośrednio na podstawie analizy działań rynkowych stron porozumienia. Możliwe jest na przykład stwierdzenie, że porozumienie doprowadziło do wzrostu cen. Wytyczne w sprawie horyzontalnych porozumień o współpracy i ograniczeń wertykalnych określają szczegółowe zasady ramowe dokonywania analizy oddziaływania różnego rodzaju porozumień horyzontalnych i wertykalnych na konkurencję zgodnie z art. 53 ust. 1⁽³⁸⁾.

2.2.3. Ograniczenia dodatkowe

(28) Motyw 18 powyżej określa zasady ramowe, według których dokonuje się analizy oddziaływania porozumienia i zawartych w nim ograniczeń na konkurencję międzymarkową i wewnątrzmarkową. Jeśli z zasad tych wynika, że transakcja stanowiąca główny przedmiot porozumienia nie ogranicza konkurencji, istotne staje się zbadanie, czy poszczególne ograniczenia zawarte w porozumieniu – mające charakter dodatkowy wobec głównej transakcji – są także zgodne z art. 53 ust. 1.

(29) W prawie konkurencji EOG pojęcie ograniczeń dodatkowych obejmuje każde domniemane ograniczenie konkurencji, które bezpośrednio dotyczy i jest niezbędne do

realizacji głównej, nieograniczającej transakcji, a także jest w stosunku do tej transakcji proporcjonalne⁽³⁹⁾. Jeżeli celem lub skutkiem zasadniczej części porozumienia – na przykład umowy o dystrybucję lub umowy typu joint venture – nie jest ograniczenie konkurencji, wówczas w zakres art. 53 ust. 1 nie wchodzi także ograniczenia, które dotyczą bezpośrednio realizacji takiej transakcji i są niezbędne do jej przeprowadzenia⁽⁴⁰⁾. Tego rodzaju ograniczenia powiązane nazywa się ograniczeniami dodatkowymi. Ograniczenie dotyczy bezpośrednio głównej transakcji, jeżeli jest podporządkowane jej realizacji i nierozdzielnie z nią związane. Aby zostać uznane za niezbędne, ograniczenie musi być obiektywnie konieczne do realizacji głównej transakcji i być w stosunku do niej proporcjonalne. Wynika stąd, że występowanie ograniczeń dodatkowych bada się w sposób podobny do określonego powyżej w motywie 18 pkt 2. Badanie, czy dane ograniczenie można uznać za dodatkowe, odnosi się jednak do wszystkich przypadków, w których główna transakcja nie wpływa na ograniczenie konkurencji⁽⁴¹⁾. Nie polega ono wyłącznie na określeniu oddziaływania porozumienia na konkurencję wewnątrzmarkową.

(30) Stosowanie pojęcia ograniczenia dodatkowego należy odróżnić od stosowania obrony na podstawie art. 53 ust. 3 poprzez powołanie się na określone korzyści ekonomiczne wynikające z porozumień ograniczających konkurencję, które to korzyści zestawia się z ograniczającymi konkurencję skutkami porozumień. Stosowanie pojęcia ograniczeń dodatkowych nie zakłada wagi pozytywnych i negatywnych skutków dla konkurencji. Tego typu analizę rezerwuje się dla stosowania art. 53 ust. 3⁽⁴²⁾.

(31) Ocena ograniczeń dodatkowych sprowadza się do ustalenia, czy w konkretnym kontekście głównej transakcji lub działania o charakterze nieograniczającym konkurencji dane ograniczenie jest niezbędne do realizacji takiej transakcji lub działania oraz czy jest w stosunku do nich proporcjonalne. Jeżeli można obiektywnie stwierdzić, że bez rozpatrywanego ograniczenia zrealizowanie głównej, nieograniczającej transakcji byłoby utrudnione lub niemożliwe, ograniczenie takie można uznać za obiektywnie konieczne i proporcjonalne do realizowanej transakcji⁽⁴³⁾. Jeżeli na przykład głównym celem umowy franchisingowej nie jest ograniczenie konkurencji, ograniczenia, które są niezbędne do właściwego funkcjonowania takiej umowy, takie jak zobowiązania zmierzające do ochrony jednolitości i dobrej opinii systemu franchisingowego, także nie wchodzi w zakres art. 53 ust. 1⁽⁴⁴⁾. Podobnie jeżeli porozumienie typu joint venture samo w sobie nie ogranicza konkurencji, ograniczenia, które są konieczne do funkcjonowania takiego porozumienia, uznaje się za

⁽³⁷⁾ Patrz: obwieszczenie Urzędu Nadzoru EFTA w sprawie definicji rynku właściwego do celów prawa konkurencji w EOG (Dz.U. L 200 z 16.7.1998, str. 46 oraz Suplement EOG do Dz.U. nr 28 z 16.7.1998, str. 3).

⁽³⁸⁾ Odniesienie do odpowiedniego Dz.U. znajduje się w przypisie 6.

⁽³⁹⁾ Patrz: pkt 104 wyroku w sprawie *Métropole télévision (M6)* i inni przytoczonej w przypisie 12.

⁽⁴⁰⁾ Patrz np.: sprawa C-399/93, *Luttikhuis*, Rec. [1995], str. I-4515, pkt 12–14.

⁽⁴¹⁾ Patrz w tym względzie: pkt 118 i kolejne wyroku w sprawie *Métropole télévision* przytoczonej w przypisie 12.

⁽⁴²⁾ Patrz: pkt 107 wyroku w sprawie *Métropole télévision* przytoczonej w przypisie 12.

⁽⁴³⁾ Patrz np.: decyzja Komisji w sprawie *Elopak/Metal Box – Odin* przytoczonej w przypisie 24.

⁽⁴⁴⁾ Patrz: sprawa 161/84, *Pronuptia*, Rec. [1986], str. 353.

dotatkowe w stosunku do głównej transakcji, a zatem nieobjęte zakresem art. 53 ust. 1. W sprawie TPS⁽⁴⁵⁾ Komisja uznała na przykład, że zobowiązanie stron do nieuczestniczenia w spółkach zaangażowanych w dystrybucję i obrót programami telewizyjnymi drogą satelitarną miało w początkowej fazie charakter dodatkowy w stosunku do założenia wspólnego przedsiębiorstwa (ang. *joint venture*). Uznano więc, że ograniczenie to nie wchodzi w zakres art. 81 ust. 1 Traktatu WE przez okres trzech lat. Dochodząc do takiego wniosku, Komisja wzięła pod uwagę znaczne inwestycje i ryzyko handlowe związane z wejściem na rynek telewizji komercyjnej.

2.3. Odstępstwo na podstawie art. 53 ust. 3

- (32) Ocena ograniczeń będących celem i skutkiem porozumień na podstawie art. 53 ust. 1 to zaledwie jedna strona analizy. Drugą stroną, mającą swe odbicie w art. 53 ust. 3, stanowi ocena pozytywnych skutków gospodarczych porozumień o charakterze ograniczającym.
- (33) Przepisy prawa konkurencji EOG mają na celu ochronę konkurencji na rynku jako środek wzmocnienia dobrobytu konsumentów i zapewnienia efektywnej alokacji zasobów. Porozumienia, które ograniczają konkurencję, mogą zarazem jej sprzyjać, przynosząc korzyści związane z wydajnością⁽⁴⁶⁾. Mogą one wносить dodatkową wartość w postaci obniżenia kosztów produkcji, poprawy jakości istniejących produktów i tworzenia nowych. Jeśli z punktu widzenia konkurencji pozytywne skutki porozumienia przeważają nad negatywnymi, porozumienie takie w ostatecznym rozrachunku sprzyja konkurencji i odpowiada celom reguł EOG w tej dziedzinie. Skutkiem takich porozumień jest wspieranie tego, co jest istotą konkurencji, a mianowicie pozyskiwania klientów przez oferowanie im lepszych produktów lub lepszych cen niż rynkowi rywale. Opiswane tu ramy analityczne znajdują swoje odzwierciedlenie w art. 53 ust. 1 i art. 53 ust. 3. W tym ostatnim wyraźnie stwierdza się, że porozumienia ograniczające konkurencję mogą przynosić obiektywne korzyści gospodarcze przewyższające negatywne skutki, jakie wiążą się z ograniczeniem konkurencji⁽⁴⁷⁾.
- (34) Stosowanie odstępstwa na podstawie art. 53 ust. 3 podlega czterem łącznym warunkom, z których dwa są pozytywne, a dwa negatywne:
- a) porozumienie musi przyczyniać się do polepszenia produkcji lub dystrybucji towarów bądź do popierania postępu technicznego lub gospodarczego;

- b) konsumenci otrzymują słuszną część wynikających stąd korzyści;
- c) ograniczenia muszą być niezbędne do osiągnięcia tych celów;
- d) porozumienie nie może dawać jego stronom możliwości eliminowania konkurencji w zakresie znacznej części danych produktów.

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

- (35) Artykuł 53 ust. 3 stosuje się zarówno do pojedynczych porozumień, jak i kategorii porozumień za sprawą przepisów o wyłączeniu grupowym. Kiedy dane porozumienie ograniczające konkurencję objęte jest wyłączeniem grupowym, jego strony zwolnione są z wynikającego z art. 2 rozdziału II obowiązku wykazania, że porozumienie, którego są stronami, spełnia każdy z warunków wymienionych w art. 53 ust. 3. Muszą one jedynie udowodnić, że porozumienie kwalifikuje się do objęcia wyłączeniem grupowym. Stosowanie art. 53 ust. 3 do kategorii porozumień za sprawą wyłączenia grupowego opiera się na założeniu, że porozumienia o charakterze ograniczającym konkurencję, które należą do danej kategorii⁽⁴⁸⁾, spełniają każdy z warunków wymienionych w art. 53 ust. 3.
- (36) Jeśli dane porozumienie wchodzi w zakres art. 53 ust. 1 i nie spełnia warunków wymienionych w art. 53 ust. 3, wyłączenie grupowe może być cofnięte. Zgodnie z art. 29 ust. 1 rozdziału II Urząd Nadzoru EFTA posiada uprawnienia do cofnięcia przywileju płynącego z wyłączenia grupowego, gdy stwierdzi, że w konkretnym przypadku porozumienie objęte wyłączeniem grupowym przynosi skutki niezgodne z art. 53 ust. 3 Porozumienia EOG. Zgodnie z art. 29 ust. 2 rozdziału II organ ochrony konkurencji w państwie EFTA również może wycofać przywilej płynący z wyłączenia grupowego w odniesieniu do własnego terytorium (lub części tego terytorium), jeśli terytorium takie ma wszelkie cechy odrębnego rynku geograficznego. W takim przypadku do organu ochrony konkurencji należy wykazanie, że porozumienie narusza art. 53 ust. 1 i nie spełnia warunków wymienionych w art. 53 ust. 3.

- (37) Sądy państw EFTA nie są uprawnione do cofnięcia przywileju płynącego z wyłączeń grupowych. Ponadto stosując wyłączenia grupowe, sądy państw EFTA nie mogą

⁽⁴⁵⁾ Patrz: przypis 24. Decyzję podtrzymano wyrokiem Sądu Pierwszej Instancji Wspólnot Europejskich w sprawie *Métropole télévision (M6)* przytoczonej w przypisie 12.

⁽⁴⁶⁾ Oszczędności kosztów i inne zyski, jakie odnoszą strony poprzez sam fakt wykorzystywania siły rynkowej, nie powodują obiektywnych korzyści i nie mogą być brane pod uwagę (por. motyw 49 poniżej).

⁽⁴⁷⁾ Patrz: wyrok w sprawie *Consten and Grundig* przytoczonej w przypisie 23.

⁽⁴⁸⁾ Sam fakt, że porozumienie jest objęte wyłączeniem grupowym, nie wskazuje jeszcze, że dane porozumienie wchodzi w zakres art. 53 ust. 1.

zmieniać zakresu takich wyłączeń poprzez rozszerzanie go na porozumienia nieobjęte danym wyłączeniem grupowym⁽⁴⁹⁾. W sprawach wykraczających poza zakres wyłączeń grupowych sądy państw EFTA są uprawnione do stosowania w pełni art. 81 (por. art. 6 rozdziału II).

3. STOSOWANIE CZTERECH WARUNKÓW Z ART. 53 UST. 3

(38) W pozostałej części niniejszych wytycznych rozpatrzony zostanie każdy z czterech warunków wymienionych w art. 53 ust. 3⁽⁵⁰⁾. Biorąc pod uwagę, że te cztery warunki stosowane są łącznie⁽⁵¹⁾, z chwilą stwierdzenia, że jeden z warunków wymienionych w art. 53 ust. 3 nie jest spełniony, nie ma potrzeby badania żadnego z pozostałych trzech. W indywidualnych przypadkach wskazana może być zatem inna kolejność rozpatrywania czterech warunków.

(39) Na potrzeby niniejszych wytycznych uznaje się, że wskazana jest zamiana kolejności drugiego i trzeciego warunku, tak by kwestia niezbędności porozumienia następowała przed kwestią korzyści dla konsumentów. Analiza takich korzyści wymaga bowiem zważenia negatywnych i pozytywnych skutków porozumienia w odniesieniu do konsumentów. Taka analiza nie powinna obejmować skutków ograniczeń, których nie uznano za niezbędne, a tym samym zakazanych na mocy art. 53.

3.1. Zasady ogólne

(40) Artykuł 53 ust. 3 Porozumienia EOG nabiera znaczenia dopiero wówczas, gdy porozumienie ogranicza konkurencję w rozumieniu art. 53 ust. 1. Jeżeli nie dochodzi do ograniczenia konkurencji, nie ma potrzeby badania korzyści powstałych w wyniku zawarcia porozumienia.

(41) Jeżeli w danym przypadku dowiedzione zostało ograniczenie konkurencji w rozumieniu art. 53 ust. 1, można w ramach obrony powołać się na postanowienia art. 53 ust. 3. Zgodnie z art. 2 rozdziału II ciężar dowodu na podstawie art. 53 ust. 3 spoczywa wówczas na przedsiębiorstwie(-ach) powołujących się na wyżej wspomniane odstępstwo. Jeżeli nie są spełnione warunki wymienione w art. 53 ust. 3, porozumienie uznaje się za nieważne (por. art. 53 ust. 2). Takie automatyczne unieważnienie odnosi się jednak wyłącznie do tych części porozumienia, które nie są zgodne z art. 53, pod warunkiem że takie części można

wydzielić z porozumienia jako całości⁽⁵²⁾. Jeżeli unieważnienie dotyczy tylko części porozumienia, konsekwencje, jakie wynikają stąd dla pozostałej jego części, określa się na podstawie obowiązującego prawa krajowego⁽⁵³⁾.

(42) Cztery warunki wymienione w art. 53 ust. 3 stosuje się łącznie⁽⁵⁴⁾, tzn. wszystkie one muszą być spełnione, aby odstępstwo miało zastosowanie. W przeciwnym razie wnioszek o zastosowanie odstępstwa na podstawie art. 53 ust. 3 należy odrzucić⁽⁵⁵⁾. Cztery warunki wymienione w art. 53 ust. 3 mają także charakter ostateczny. Jeśli są spełnione, odstępstwo nabiera mocy obowiązującej i nie może być uzależnione od żadnego innego warunku. Cele wyrażone w innych postanowieniach Porozumienia EOG można brać pod uwagę w stopniu, w jakim odpowiadają one czterem warunkom wymienionym w art. 53 ust. 3⁽⁵⁶⁾.

(43) Oceny korzyści płynących z porozumień o charakterze ograniczającym konkurencję, opartej na art. 53 ust. 3, dokonuje się zasadniczo w obrębie każdego rynku, którego dane porozumienie dotyczy. Przepisy prawa konkurencji EOG mają na celu ochronę konkurencji na rynku i nie można ich rozpatrywać w oderwaniu od tego celu. Ponadto warunek mówiący o tym, że konsumenci⁽⁵⁷⁾ muszą otrzymywać słuszną część korzyści oznacza, ogólnie rzecz biorąc, że korzyści ekonomiczne wynikające z porozumienia ograniczającego w obrębie właściwego rynku muszą być na tyle duże, by przewyższać negatywne skutki, jakie porozumienie to niesie dla konkurencji na tym samym rynku⁽⁵⁸⁾. Negatywnych skutków, jakie ponoszą konsumenci na jednym rynku geograficznym lub rynku produktu, nie można zazwyczaj równoważyć i rekompensować skutkami pozytywnymi, które odczuwają konsumenci na innym, niepowiązanym rynku geograficznym lub rynku produktu. Jeżeli jednak oba rynki są ze sobą powiązane, można wziąć pod uwagę zyski osiągnięte na

⁽⁴⁹⁾ Patrz np.: sprawa C-234/89, *Delimitis*, Rec. [1991], str. I-935, pkt 46.

⁽⁵⁰⁾ Artykuł 36 ust. 4 rozporządzenia nr 1/2003 włączonego do Porozumienia EOG (patrz: przypis 4 powyżej) uchyla między innymi art. 5 aktu, o którym mowa w pkt 10 załącznika XIV do Porozumienia EOG (rozporządzenie Rady (WE) nr 1017/68 wprowadzające reguły konkurencji do transportu kolejowego, drogowego i żegluga śródlądowej). Jednak praktyka przyjęta na podstawie tego aktu nadal obowiązuje do celów stosowania art. 53 ust. 3 w odniesieniu do sektora transportu lądowego.

⁽⁵¹⁾ Patrz: motyw 42 poniżej.

⁽⁵²⁾ Patrz: wyrok w sprawie *Société Technique Minière* przytoczonej w przypisie 22.

⁽⁵³⁾ Patrz w tym względzie: sprawa 319/82, *Kerpen & Kerpen*, Rec. [1983], str. 4173, pkt 11 i 12.

⁽⁵⁴⁾ Patrz np.: sprawa T-185/00 i inne, *Métropole télévision SA (M6)*, Rec. [2002], str. II-3805, pkt 86, sprawa T-17/93, *Matra*, Rec. [1994], str. II-595, pkt 85, i połączone sprawy 43/82 i 63/82, *VBVB and Rheinzink*, Rec. [1984], str. 19, pkt 61.

⁽⁵⁵⁾ Patrz: sprawa T-213/00, *CMA CGM i inne*, dotychczas nieopublikowana, pkt 226.

⁽⁵⁶⁾ Patrz w tej sprawie: pośrednio pkt 139 wyroku w sprawie *Matra* przytoczonej w przypisie 54 i sprawa 26/76, *Metro (I)*, Rec. [1977], str. 1875, pkt 43.

⁽⁵⁷⁾ Jeżeli chodzi o pojęcie konsumentów, patrz: motyw 84 poniżej, gdzie mówi się, że konsumenci to klienci stron i późniejsi nabywcy. Strony porozumienia nie są „konsumentami” do celów art. 53 ust. 3.

⁽⁵⁸⁾ Zasada ta zależy od specyfiki danego rynku, patrz w tym względzie: sprawa T-131/99, *Shaw*, Rec. [2002], str. II-2023, pkt 163, w której Sąd Pierwszej Instancji Wspólnot Europejskich orzekł, że należy dokonać oceny na podstawie art. 81 ust. 3 Traktatu WE przy pomocy tych samych ram analitycznych, co stosowane do oceny skutków ograniczających, i sprawa C-360/92 P, *Publishers Association*, Rec. [1995], str. I-23, pkt 29, w której w przypadku gdy rynek właściwy był szerszy niż rynek krajowy, Trybunał Sprawiedliwości Wspólnot Europejskich orzekł, że przy stosowaniu art. 81 ust. 3 nieprawidłowe było rozpatrywanie skutków wyłącznie w odniesieniu do rynku krajowego.

każdym z nich z osobna, pod warunkiem że grupa konsumentów objęta wpływem ograniczenia i korzystająca z takich zysków jest zasadniczo ta sama⁽⁵⁹⁾. W niektórych przypadkach porozumienie ma wpływ jedynie na konsumentów z dolnej części łańcucha dystrybucji (ang. *downstream market*). Ocenic należy wówczas wpływ porozumienia na takich właśnie konsumentów. Dzieje się tak na przykład w przypadku umów kupna⁽⁶⁰⁾.

- (44) Oceny porozumień ograniczających konkurencję na podstawie art. 53 ust. 3 dokonuje się w ich rzeczywistym kontekście⁽⁶¹⁾ i na podstawie faktów mających miejsce w danej chwili. W ocenie uwzględnia się istotne zmiany faktów. Odstępstwo określone w art. 53 ust. 3 obowiązuje tak długo, jak długo spełnione są omawiane cztery warunki i traci zastosowanie z chwilą, gdy przestaje to mieć miejsce⁽⁶²⁾. Stosując art. 53 ust. 3 zgodnie z tymi zasadami, należy wziąć pod uwagę wartość początkowych inwestycji zamrożonych oraz czas i ograniczenia niezbędne do zaangażowania i odzyskania nakładów zainwestowanych celem podniesienia wydajności. Artykułu 53 nie da się stosować bez uwzględnienia takich inwestycji wstępnych. Ryzyko, jakie ponoszą strony, oraz wartość wstępnych inwestycji, jakie muszą poczynić, by możliwa była realizacja porozumienia, mogą zatem stać się podstawą wyłączenia porozumienia z zakresu art. 53 ust. 1 lub – zależnie od przypadku – zwolnienia go z obowiązku spełnienia warunków wymienionych w art. 53 ust. 3 na okres

konieczny do odzyskania poniesionych nakładów inwestycyjnych.

- (45) Zdarza się, że porozumienie ograniczające konkurencję ma charakter nieodwracalny. Z chwilą wejścia takiego porozumienia w życie niemożliwe jest odtworzenie pierwotnego stanu rzeczy. W takich przypadkach oceny dokonywać należy wyłącznie na podstawie faktów mających miejsce w chwili wejścia porozumienia w życie. Na przykład w przypadku porozumienia dotyczącego badań naukowych i rozwoju, gdzie każda ze stron zgadza się porzucić własny projekt badawczy i połączyć siły z drugą stroną, z obiektywnego punktu widzenia powrót do porzuconego projektu może okazać się niemożliwy z technicznego i ekonomicznego punktu widzenia. Oceny negatywnych i pozytywnych skutków, jakie ma dla konkurencji porozumienie o porzuceniu indywidualnych projektów badawczych, należy zatem dokonać w chwili ukończenia jego realizacji. Jeśli wówczas porozumienie jest zgodne z art. 53 – na przykład dlatego, że istnieje jednocześnie wystarczająco wiele konkurencyjnych projektów badawczo-rozwojowych prowadzonych przez strony trzecie – porozumienie stron polegające na porzuceniu ich własnych projektów pozostaje zgodne z art. 53, nawet jeśli w późniejszym terminie projekty stron trzecich zakończą się niepowodzeniem. Zakaz określony w art. 53 może jednak mieć zastosowanie do innych części porozumienia, w odniesieniu do których nie obowiązuje mechanizm nieodwracalności. Jeżeli na przykład oprócz wspólnej działalności badawczo-rozwojowej porozumienie przewiduje wspólne korzystanie z wyników takiej działalności, art. 53 może mieć zastosowanie do tej części porozumienia, o ile w wyniku następujących po tym zdarzeń rynkowych porozumienie to zacznie mieć ograniczający wpływ na konkurencję i przestanie spełniać warunki wymienione w art. 53 ust. 3 przy należytych uwzględnieniu zamrożonych wstępnych nakładów inwestycyjnych (por. poprzedni motyw).

- (46) Z zakresu art. 53 ust. 3 nie wyklucza się *a priori* żadnych rodzajów porozumień. Zasadniczo odstępstwo obejmuje wszystkie porozumienia ograniczające konkurencję, które spełniają cztery warunki wymienione w art. 53 ust. 3⁽⁶³⁾. Jest jednak mało prawdopodobne, by warunki określone w art. 53 ust. 3 spełniały porozumienia wywołujące poważne ograniczenie konkurencji. Ograniczeń tego typu zakazuje się zwykle na mocy wyłączeń grupowych lub wymienia jako ograniczenia podstawowe w wytycznych i obwieszczeniach Urzędu Nadzoru EFTA. Porozumienia tego typu na ogół nie spełniają (co najmniej) dwóch pierwszych warunków wymienionych w art. 53 ust. 3. Nie tworzą one obiektywnych korzyści gospodarczych⁽⁶⁴⁾ ani nie przynoszą korzyści konsumentom⁽⁶⁵⁾. Dla przykładu porozumienie horyzontalne zakładające ustalenie cen ogranicza wielkość produkcji, prowadząc do niewłaściwej alokacji zasobów. Powoduje ono także przeniesienie korzyści ze strony konsumentów na stronę producentów, prowadzi bowiem do wzrostu cen, nie przynosząc w zamian adekwatnych korzyści konsumentom w obrębie

⁽⁵⁹⁾ Patrz: sprawa T-86/95, *Compagnie Générale Maritime i inni*, Rec. [2002], str. II-1011, pkt 343–345, w której Sąd Pierwszej Instancji Wspólnot Europejskich orzekł, że na mocy art. 81 ust. 3 Traktatu WE nie wymaga się, by korzyści były powiązane z konkretnym rynkiem, i że w odpowiednich przypadkach należy uwzględnić korzyści „dla każdego innego rynku, na którym rozpatrywane porozumienie mogłoby mieć korzystne skutki, a nawet w ogólniejszym sensie, dla każdej usługi, której jakość lub wydajność mogłaby się poprawić w wyniku porozumienia”. Co ważne jednak, w tym przypadku grupa konsumentów objęta wpływem porozumienia była taka sama. Sprawa dotyczyła intermodalnych usług transportowych, obejmujących między innymi transport lądowy i morski, świadczonych na rzecz firm spedycyjnych z całego terenu Wspólnoty. Ograniczenia dotyczyły usług w zakresie transportu lądowego, które to usługi uznano za oddzielny rynek, podczas gdy deklarowane korzyści odnosiły się do usług w zakresie transportu morskiego. Na oba rodzaje usług istniało zapotrzebowanie ze strony spedytorów, którzy potrzebowali usług w zakresie transportu intermodalnego na trasie Europa Północna – Azja Południowo-Wschodnia i Wschodnia. Wyrok w sprawie CMA CGM, przytoczonej powyżej w przypisie 55, dotyczył również sytuacji, w której porozumienie, choć obejmowało kilka różnych rodzajów usług, odnosiło się do tej samej grupy konsumentów, mianowicie spedytorów ładunku kontenerowego na trasie między Europą Północną a Dalekim Wschodem. Zgodnie z porozumieniem strony ustaliły opłaty podstawowe i dodatkowe za usługi w zakresie transportu lądowego, usługi portowe i usługi w zakresie transportu morskiego. Sąd Pierwszej Instancji orzekł (por. pkt 226–228), że zważywszy na okoliczności sprawy, nie zachodziła konieczność określenia rynków właściwych do celów stosowania art. 81 ust. 3. Celem porozumienia było ograniczenie konkurencji; nie przynosiło ono żadnych korzyści konsumentom.

⁽⁶⁰⁾ Patrz: pkt 126 i 132 wytycznych w sprawie horyzontalnych porozumień o współpracy przytoczonych powyżej w przypisie 6.

⁽⁶¹⁾ Patrz: wyrok w sprawie *Ford* przytoczonej w przypisie 20.

⁽⁶²⁾ Patrz w tym względzie np.: decyzja Komisji w sprawie TPS (Dz.U. L 90 z 2.4.1999, str. 6). Podobnie zakaz na mocy art. 53 ust. 1 ma także zastosowanie wyłącznie dopóty, dopóki celem lub skutkiem porozumienia jest ograniczenie konkurencji.

⁽⁶³⁾ Patrz: pkt 85 wyroku w sprawie *Matra* przytoczonej w przypisie 54.

⁽⁶⁴⁾ W kwestii tego wymogu patrz: motyw 49 poniżej.

⁽⁶⁵⁾ Patrz np.: sprawa T-2992, *Vereniging van samenwerkende Prijregelende Organisaties in de Bouwnijverheid (SPO)*, Rec. [1995], str. II-289.

właściwego rynku. Porozumienia takie na ogół nie spełniają także kryterium niezbędności określonego w trzecim warunku ⁽⁶⁶⁾.

- (47) Twierdzenie, że porozumienia ograniczające konkurencję są uzasadnione, ponieważ zmierzają do zapewnienia uczciwej konkurencji na rynku, należy odrzucić jako z gruntu bezzasadne ⁽⁶⁷⁾. Celem art. 53 jest ochrona efektywnej konkurencji poprzez zapewnienie otwartości i konkurencyjności rynków. Zgodnie z zobowiązaniami wynikającymi z prawa EOG ⁽⁶⁸⁾ ochrona uczciwych warunków konkurencji jest zadaniem prawodawcy, nie zaś samych przedsiębiorstw.

3.2. Warunek pierwszy z art. 53 ust. 3: zysk ekonomiczny

3.2.1. Uwagi ogólne

- (48) Zgodnie z pierwszym warunkiem wymienionym w art. 53 ust. 3 porozumienie ograniczające konkurencję musi przyczynić się do polepszenia produkcji lub dystrybucji towarów bądź do promowania postępu technicznego lub gospodarczego. Postanowienie odnosi się bezpośrednio tylko do towarów, ale przez analogię ma zastosowanie także do usług.

- (49) Z orzecznictwa Trybunału Sprawiedliwości Wspólnot Europejskich wynika, że pod uwagę brać można jedynie obiektywne korzyści ⁽⁶⁹⁾. Oznacza to, że nie ocenia się ich na podstawie subiektywnego punktu widzenia stron porozumienia ⁽⁷⁰⁾. Nie można brać pod uwagę oszczędności kosztów wynikających z samego faktu wykorzystywania siły rynkowej. Jeżeli na przykład przedsiębiorstwa dochodzą do porozumienia w kwestii ustalenia cen lub podziału rynków, zmniejszają one produkcję, a tym samym koszty produkcji. Ograniczenie konkurencji może też prowadzić do zmniejszenia wartości sprzedaży i wydatków na marketing. Takie obniżki kosztów są bezpośrednią konsekwencją obniżenia produkcji i jej wartości. Nie mają one jednak żadnego pozytywnego wpływu na konkurencję na rynku. W szczególności nie przynoszą one korzyści, jakie płyną z integracji aktywów i działalności gospodarczej. Pozwalają jedynie na zwiększenie zysków przedsiębiorstw uczestniczących w porozumieniu, a zatem nie mają znaczenia z punktu widzenia art. 53 ust. 3.

- (50) Celem pierwszego warunku wymienionego w art. 53 ust. 3 jest określenie tych rodzajów korzyści, które można brać pod uwagę i traktować jako odniesienie przy badaniu warunku drugiego i trzeciego określonych w art. 53 ust. 3. Analiza zmierza do ustalenia, jakie obiektywne korzyści

płyną z danego porozumienia i jakie jest ich znaczenie gospodarcze. Zważywszy, że art. 53 ust. 3 ma zastosowanie jedynie wówczas, gdy pozytywne skutki porozumienia przeważają nad negatywnymi, konieczne jest sprawdzenie związku łączącego porozumienie z deklarowanymi korzyściami oraz wartości takich korzyści.

- (51) Wszystkie deklarowane korzyści ekonomiczne należy zatem udokumentować, tak by można było sprawdzić:

- a) charakter deklarowanych korzyści;
- b) związek między porozumieniem a korzyściami;
- c) prawdopodobieństwo i wielkość każdej z deklarowanych korzyści; oraz
- d) jak i kiedy osiągnięta zostanie deklarowana korzyść.

- (52) Na podstawie lit. a) organ decyzyjny sprawdza, czy deklarowane korzyści mają charakter obiektywny (por. motyw 49 powyżej).

- (53) Na podstawie lit. b) organ decyzyjny sprawdza, czy istnieje dostateczny związek przyczynowy między porozumieniem ograniczającym konkurencję a deklarowanym zyskiem. Z warunku tego wynika zazwyczaj, że korzyści, o których mowa, muszą pochodzić z działalności gospodarczej, która stanowi przedmiot porozumienia. Działalność taka może mieć na przykład formę dystrybucji, udzielenia licencji na technologię, wspólnej produkcji lub wspólnej działalności badawczo-rozwojowej. Uwzględnia się także dodatkowe korzyści płynące z porozumienia w takim zakresie, w jakim przenoszą one szeroko rozumiany zysk w obrębie właściwego rynku, na przykład gdy prowadzą do ogólnego zmniejszenia kosztów w danej branży.

- (54) Związek przyczynowy między porozumieniem a deklarowanymi korzyściami ekonomicznymi musi być także zazwyczaj bezpośredni ⁽⁷¹⁾. Roszczenia oparte na skutkach pośrednich są z zasady zbyt niepewne i zbyt odległe, by mogły być brane pod uwagę. Bezpośredni związek przyczynowy zachodzi na przykład tam, gdzie porozumienie o transferze technologii pozwala licencjobiorcom wytwarzać nowe lub ulepszone produkty bądź gdy w wyniku umowy o dystrybucję możliwe jest tańsze rozprowadzanie produktów lub świadczenie wysokiej jakości usług. Przykładem skutku pośredniego jest sytuacja, w której deklaruje się, że porozumienie ograniczające konkurencję pozwoli uczestniczącym w nim przedsiębiorstwom zwiększyć zyski, umożliwiając im zwiększenie inwestycji w badania naukowe i rozwój, co w ostatecznym rozrachunku będzie z korzyścią dla konsumentów. Związek między rentownością a działalnością badawczo-rozwojową

⁽⁶⁶⁾ Patrz np.: pkt 77 sprawy *Nungesser*, przytoczonej w przypisie 25, dotyczący całkowitej ochrony terytorialnej.

⁽⁶⁷⁾ Patrz w tym względzie np.: wyrok w sprawie *SPO* przytoczonej w przypisie 65.

⁽⁶⁸⁾ Środki krajowe muszą między innymi odpowiadać postanowieniom Porozumienia EOG dotyczącym swobodnego przepływu towarów, usług, osób i kapitału.

⁽⁶⁹⁾ Patrz np.: wyrok w sprawie *Consten and Grundig* przytoczonej w przypisie 23.

⁽⁷⁰⁾ Patrz w tym względzie: decyzja Komisji w sprawie *Van den Bergh Foods* (Dz.U. L 246 z 4.9.1998, str. 1).

⁽⁷¹⁾ Patrz w tym względzie: decyzja Komisji w sprawie *Glaxo Wellcome* (Dz.U. L 302 z 17.11.2001, str. 1).

może wprawdzie istnieć, ale na ogół nie jest na tyle bezpośredni, by brać go pod uwagę w kontekście art. 53 ust. 3.

(55) Na podstawie lit. c) i d) organ decyzyjny sprawdza wartość deklarowanych korzyści ekonomicznych, którą w kontekście trzeciego warunku z art. 53 ust. 3 należy zestawić z negatywnymi skutkami porozumienia (patrz: motywy 101 poniżej). Biorąc pod uwagę, że art. 53 ust. 1 ma zastosowanie tylko wówczas, gdy rozpatrywane porozumienia mogą mieć negatywny wpływ na konkurencję i konsumentów (zakłada się, że taki wpływ mają ograniczenia podstawowe), korzyści ekonomiczne należy udokumentować, tak by można było je sprawdzić. Deklaracje nieudokumentowane odrzuca się.

(56) W przypadku gdy deklarowany zysk polega na zmniejszeniu kosztów, przedsiębiorstwa powołujące się na odstępstwo na podstawie art. 53 ust. 3 zobowiązane są do możliwie jak najdokładniejszego oszacowania wartości takich zysków oraz do podania szczegółowego opisu zastosowanego sposobu obliczeń. Muszą one opisać także metodę(-y), za pomocą której(-ych) osiągnięty został lub zostanie deklarowany zysk. Przedstawione dane muszą być możliwe do sprawdzenia, tak by można było z dostateczną dużą dozą pewności stwierdzić, że korzyści, o których mowa, zostały lub prawdopodobnie zostaną osiągnięte.

(57) W przypadku gdy deklarowany jest zysk w postaci nowych lub ulepszonych produktów i innych korzyści niezwiązanych z kosztami, przedsiębiorstwa chcące skorzystać z odstępstwa przewidzianego w art. 53 ust. 3 muszą opisać i szczegółowo wyjaśnić, jaki charakter ma ów zysk oraz w jaki sposób i dlaczego przekłada się na obiektywne korzyści ekonomiczne.

(58) Jeżeli porozumienie nie weszło jeszcze w życie, strony muszą uzasadnić przesłanki, którymi się kierowały, przewidując daty powstania korzyści mających istotny pozytywny wpływ na rynek.

3.2.2. Różne kategorie korzyści ekonomicznych

(59) Rodzaje korzyści wymienione w art. 53 ust. 3 stanowią obszerne kategorie, które mają w założeniu objąć wszystkie obiektywne korzyści ekonomiczne. Poszczególne kategorie wymienione w art. 53 ust. 3 w znacznym stopniu nakładają się na siebie i skutkiem tego samego porozumienia może być kilka rodzajów korzyści. Kategorii tych nie należy zatem wyraźnie od siebie oddzielać. Na potrzeby niniejszych wytycznych rozróżnia się korzyści związane z ograniczaniem kosztów oraz korzyści o charakterze jakościowym, w przypadku których wartość stanowią nowe lub ulepszone produktów, większe ich urozmaicenie itp.

(60) Na ogół korzyści wywodzą się z integracji działalności gospodarczej, podczas której przedsiębiorstwa łączą swoje aktywa, by osiągnąć to, czego nie mogłyby osiągnąć równie skutecznie, działając samodzielnie, lub powierzają innemu

przedsiębiorstwu zadania, których same nie mogłyby wykonać równie skutecznie.

(61) Badania naukowe i rozwój, produkcję i dystrybucję można uważać za procesy tworzące łańcuch wartości dzielący się na kilka etapów. Na każdym etapie przedsiębiorstwo musi dokonać wyboru, czy daną działalność wykonywać samodzielnie, wspólnie z innym(-i) przedsiębiorstwem(-ami), czy też zlecić jej wykonywanie w całości innemu(-ym) przedsiębiorstwu(-om).

(62) Za każdym razem, gdy wybór wiąże się ze współpracą rynkową z innym przedsiębiorstwem, wymagane jest zawarcie porozumienia w rozumieniu art. 53 ust. 1. Porozumienia takie mogą mieć charakter wertykalny, jak w przypadku przedsiębiorstw, które działają na różnych poziomach łańcucha wartości, lub horyzontalny, jak w przypadku firm, które działają na tym samym poziomie. Obie kategorie porozumień mogą przynosić korzyści ekonomiczne, pozwalając danemu przedsiębiorstwu wykonać określone zadanie niższym kosztem lub przy zwiększonej wartości dodanej dla konsumenta. Tego typu porozumienia mogą też bezpośrednio powodować ograniczenie konkurencji lub do niego prowadzić. W takim wypadku zakaz określony w art. 53 ust. 1 i odstępstwo na mocy art. 53 ust. 3 mogą mieć zastosowanie.

(63) Wymienione poniżej rodzaje korzyści ekonomicznych są jedynie przykładami, a ich lista nie jest wyczerpująca.

3.2.2.1. Korzyści z tytułu ograniczenia kosztów

(64) Ograniczenie kosztów wynikające z porozumień między przedsiębiorstwami może mieć kilka różnych przyczyn. Bardzo ważnym źródłem oszczędności jest rozwój nowych technologii i metod produkcji. Największy potencjał oszczędności kosztów jest na ogół następstwem gwałtownego postępu technologicznego. Wprowadzenie linii montażowej doprowadziło na przykład do znacznego zmniejszenia kosztów produkcji pojazdów.

(65) Innym bardzo ważnym źródłem jest współdziałanie będące wynikiem integracji istniejących aktywów. Łącząc swoje aktywa, strony porozumienia mogą uzyskać nieosiągalny w innym wypadku stosunek kosztów do produkcji. Połączenie dwóch istniejących i uzupełniających się technologii może zmniejszyć koszty produkcji lub doprowadzić do poprawy jakości produktów. Może się na przykład zdarzyć, że aktywa produkcyjne spółki A pozwalają zwiększyć produkcję godzinną, ale wymagają stosunkowo wysokiego wkładu surowców do każdego produktu, podczas gdy aktywa produkcyjne spółki B pozwalają wygenerować niższą produkcję godzinną, ale wymagają stosunkowo niższego wkładu surowców w przeliczeniu na każdy produkt. Tworząc wspólne przedsięwzięcie poprzez połączenie aktywów produkcyjnych, spółka A i spółka B są w stanie wytwarzać dużo/więcej produktów na godzinę

przy niskim/nieższym wkładzie surowców na jednostkę produkcji. Podobnie jeżeli jedno przedsiębiorstwo zoptymalizowało jedną część łańcucha wartości, a inne przedsiębiorstwo zoptymalizowało jego inną część, połączenie działań takich przedsiębiorstw może doprowadzić do zmniejszenia kosztów. Spółka A może na przykład posiadać wysoko zautomatyzowaną infrastrukturę produkcyjną, która pozwala osiągnąć niski koszt jednostkowy produkcji, podczas gdy spółka B rozwinęła skuteczny system realizacji zamówień. System taki pozwala dostosować produkcję do popytu na rynku, zapewniając terminowe dostawy i ograniczając koszty magazynowania i koszty przestarzałych pozycji. Poprzez połączenie swoich aktywów A i B mogą uzyskać obniżenie kosztów.

produkcji, zmniejszenie kosztownych zapasów magazynowych i lepsze wykorzystanie posiadanych mocy. Tego rodzaju korzyści mogą pochodzić na przykład ze stosowania zasady zakupów doraźnych, tj. zobowiązania dostawcy składników produkcji do stałego realizowania dostaw według zapotrzebowania nabywcy, dzięki czemu nabywca nie musi utrzymywać znacznych zapasów składników, które mogłyby stracić ważność. Oszczędności kosztów mogą także brać się z porozumień, które pozwalają stronom na racjonalizację produkcji we wszystkich zakładach.

3.2.2.2. Korzyści jakościowe

- (66) Korzyści z tytułu ograniczenia kosztów mogą także wynikać z tzw. efektu skali, tj. obniżenia jednostkowych kosztów produkcji poprzez zwiększenie wielkości produkcji. Za przykład niech posłuży fakt, że inwestycji w sprzęt i inne aktywa dokonuje się często w niepodzielnych pakietach. Jeżeli przedsiębiorstwo nie może w pełni wykorzystać pakietu, jego średnie koszty będą wyższe, niż gdyby taka możliwość istniała. I tak na przykład koszty eksploatacji ciężarówki są zasadniczo takie same, niezależnie od tego, czy jeździ ona pusta, w połowie pełna czy pełna. Porozumienia, na mocy których przedsiębiorstwa łączą swoje operacje logistyczne, mogą pozwolić im na zwiększenie współczynnika załadunku i zmniejszenie liczby używanych pojazdów. Zwiększenie skali może także umożliwić lepszy podział pracy, a przez to obniżenie kosztów jednostkowych. Firmy mogą osiągnąć efekt skali w odniesieniu do wszystkich ogniw łańcucha wartości, łącznie z procesem badawczo-rozwojowym, produkcją, dystrybucją i marketingiem. Łączy się z tym także korzyść w postaci wiedzy i umiejętności. Wraz z rosnącym doświadczeniem w stosowaniu określonego procesu produkcyjnego lub wykonywaniu określonych zadań rośnie wydajność, ponieważ proces staje się sprawniejszy, a zadania wykonywane są szybciej.
- (67) Innym źródłem ograniczania kosztów jest tzw. efekt zakresu (ang. *economies of scope*). Powstaje on, gdy firmy osiągają oszczędności kosztów, produkując różne produkty w oparciu o te same środki. Takie korzyści mogą wynikać z tego, że przy wykorzystaniu tych samych komponentów, urządzeń i tej samej grupy pracowników możliwe jest wytworzenie szerokiego asortymentu produktów. Podobnie efekt zakresu może powstać w dziedzinie dystrybucji, kiedy tymi samymi pojazdami transportuje się różne rodzaje towarów. Producent mrożonej pizzy i producent mrożonych warzyw mogą na przykład uzyskać efekt zakresu poprzez wspólną dystrybucję swoich produktów. Oba rodzaje wyrobów muszą być rozprowadzane w pojazdach chłodniach, a grupy odbiorców docelowych prawdopodobnie w dużej mierze się pokrywają. Łącząc w ten sposób siły, obaj producenci mogą uzyskać niższy jednostkowy koszt dystrybucji.
- (68) Korzyści w postaci ograniczenia kosztów mogą wynikać także z porozumień, które pozwalają na lepsze planowanie
- (69) Porozumienia między przedsiębiorstwami mogą przynosić różnorodne korzyści o charakterze jakościowym, mające znaczenie w kontekście stosowania art. 53 ust. 3. W wielu przypadkach główny zysk, jaki wiąże się z danym porozumieniem, wcale nie polega na ograniczeniu kosztów, lecz na poprawie jakości i innych korzyściach natury jakościowej. W zależności od przypadku korzyści takie mogą mieć równe lub większe znaczenie niż oszczędności kosztów.
- (70) Postęp techniczny i technologiczny stanowią bardzo ważną i dynamiczną część gospodarki, przynosząc istotne korzyści w postaci nowych lub ulepszonych towarów i usług. Współpracujące ze sobą przedsiębiorstwa mogą osiągać zyski, które bez zawarcia porozumienia ograniczającego konkurencję albo wcale nie byłyby możliwe, albo byłyby możliwe jedynie za cenę znacznych opóźnień lub wyższych kosztów. Jest to ważne źródło korzyści ekonomicznych, o których mowa w pierwszym warunku z art. 53 ust. 3. Do porozumień niosących tego rodzaju korzyści należą przede wszystkim porozumienia w dziedzinie badań i rozwoju. Przykładem niech będą spółki A i B, które tworzą wspólne przedsięwzięcie w celu opracowania i, w razie powodzenia, wspólnej produkcji opon modułowych. Pęknięcie jednego modułu nie wpływa na inne, co oznacza, że wyeliminowane zostałoby zagrożenie uszkodzenia całej opony w przypadku jej przebicia. Opona taka byłaby więc bezpieczniejsza od tradycyjnie używanych. Ponadto nie byłoby konieczności natychmiastowej wymiany opony, a co za tym idzie, wożenia opony zapasowej. Obie wymienione zalety stanowią obiektywne korzyści w rozumieniu pierwszego warunku z art. 53 ust. 3.
- (71) Połączenie uzupełniających się aktywów może przynosić oszczędności kosztów, ale także prowadzić do współdziałania, którego owocem są korzyści o charakterze jakościowym. Połączenie aktywów produkcyjnych może na przykład doprowadzić do wytwarzania produktów wyższej jakości lub opartych na bardziej nowatorskich rozwiązaniach. Dzieje się tak chociażby w przypadku umów licencyjnych i porozumień przewidujących wspólną produkcję nowych lub ulepszonych towarów bądź świadczenie nowych lub ulepszonych usług. Umowy licencyjne mogą w szczególności zapewnić szybsze rozpowszechnienie nowej technologii w EOG i dać licencjodawcy(-om) dostęp

do nowych produktów lub umożliwić im zastosowanie nowych technik produkcji, prowadzących do poprawy jakości. Porozumienia o wspólnej produkcji mogą w szczególności pozwolić na szybsze i tańsze wprowadzenie na rynek nowych i ulepszonych towarów lub usług⁽⁷²⁾. Uznano na przykład, że porozumienia o współpracy w sektorze telekomunikacyjnym przyczyniają się do osiągnięcia korzyści w postaci szybszego udostępnienia nowych usług o zasięgu globalnym⁽⁷³⁾. W sektorze bankowym za spełniające pierwszy warunek z art. 53 ust. 3 uznano korzyści wynikające z porozumień o współpracy, które przyczyniły się do udostępnienia ulepszonych systemów płatności transgranicznych⁽⁷⁴⁾.

(72) Korzyści jakościowe mogą także wynikać z porozumień o dystrybucji. Wspecjalizowani dystrybutorzy mogą na przykład uzyskać dzięki temu możliwość świadczenia usług lepiej dostosowanych do potrzeb klientów lub zapewnić szybszą dostawę bądź lepsze gwarancje jakości na całej długości łańcucha dystrybucji⁽⁷⁵⁾.

3.3. Warunek trzeciego z art. 53 ust. 3: niezbędny charakter ograniczeń

(73) Zgodnie z trzecim warunkiem z art. 53 ust. 3 porozumienie ograniczające konkurencję nie może narzucać ograniczeń, które nie są nieodzowne do osiągnięcia korzyści wynikających z tego porozumienia. Sprawdzenie, czy warunek ten został spełniony, odbywa się w sposób dwójaki. Po pierwsze, porozumienie jako takie musi być racjonalnie konieczne do osiągnięcia korzyści. Po drugie, indywidualne ograniczenia konkurencji wynikające z takiego porozumienia muszą być także racjonalnie konieczne do osiągnięcia tych korzyści.

(74) W kontekście trzeciego warunku z art. 53 ust. 3 czynnikiem decydującym jest to, czy porozumienie o charakterze ograniczającym czy też poszczególne ograniczenia z niego wynikające umożliwiają wykonanie danego działania w sposób skuteczniejszy niż prawdopodobnie miałyby to miejsce, gdyby nie było takiego porozumienia lub ograniczenia. Nie chodzi o to, czy ograniczenie jest niezbędnym warunkiem zawarcia porozumienia, lecz o to, czy w wyniku takiego porozumienia czy ograniczenia powstaje więcej korzyści niż przy ich braku⁽⁷⁶⁾.

(75) Pierwszy sposób badania zgodności z trzecim warunkiem art. 53 ust. 3 wymaga sprawdzenia, czy korzyści są ściśle uwarunkowane danym porozumieniem w takim sensie, że nie da się ich osiągnąć za pomocą innych, łatwiej wykonalnych pod względem ekonomicznym i mniej ograniczających środków. Dokonując takiej oceny, należy wziąć pod uwagę warunki rynkowe i realia gospodarcze, w jakich działają strony porozumienia. Przedsiębiorstwa odwołujące się do odstępowania na mocy art. 53 ust. 3 nie są zobowiązane do rozważania hipotetycznych czy teoretycznych rozwiązań alternatywnych wobec uzgodnionych działań. Urząd Nadzoru EFTA nie będzie kwestionować oceny sytuacji gospodarczej dokonanej przez przedsiębiorstwa. Jego interwencje ograniczą się do sytuacji wyraźnie wskazujących na to, że istnieją realne i osiągalne rozwiązania alternatywne. Strony zobowiązane są jedynie do wyjaśnienia i wykazania, dlaczego taka pozornie realistyczna i znacznie mniej ograniczająca alternatywa w stosunku do porozumienia byłaby ich zdaniem znacznie mniej skuteczna.

(76) Szczególnie duże znaczenie ma ustalenie, czy – zważywszy na okoliczności każdej sprawy – strony mogły osiągnąć te same korzyści za pomocą innego, mniej ograniczającego konkurencję porozumienia, a jeśli tak, to kiedy. Konieczne może być też zbadanie, czy strony mogłyby osiągnąć takie korzyści, działając samodzielnie. Jeżeli na przykład deklarowane korzyści stanowią ograniczenia kosztów wynikające z efektu skali lub zakresu, zainteresowane przedsiębiorstwa muszą wyjaśnić i uzasadnić, dlaczego takich samych korzyści nie mogłyby osiągnąć w drodze rozwoju wewnętrznego i konkurencji cenowej. Przy ocenie istotne jest między innymi rozważenie, jaka jest minimalna skala efektywności na danym rynku. Minimalna skala efektywności to poziom produkcji wymagany do zminimalizowania średnich kosztów i wyczerpania efektu skali⁽⁷⁷⁾. Im wyższa jest minimalna skala efektywności w porównaniu ze stanem obecnym w przypadku każdej ze stron porozumienia, tym bardziej prawdopodobne, że korzyści zostaną uznane za ściśle uwarunkowane tym porozumieniem. W przypadku porozumień, których skutkiem jest osiągnięcie szerokiej płaszczyzny współdziałania poprzez połączenie uzupełniających się aktywów i zdolności, sam charakter korzyści pozwala zakładać, że porozumienie jest niezbędne do ich osiągnięcia.

(77) Zasady te można zilustrować następującym, hipotetycznym przykładem:

A i B łączą w ramach spółki joint venture swoje technologie produkcyjne, aby zwiększyć produkcję i zmniejszyć zużycie surowców. Spółka otrzymuje wyłączną licencję na technologie produkcyjne należące do łączących się przedsiębiorstw. Strony porozumienia przekazują swoje zakłady produkcyjne na rzecz wspólnego przedsięwzięcia. Przekazują także swoich pracowników po to, by w procesie produkcji mogli oni wykorzystać i rozwinąć posiadaną wiedzę i umiejętności. Ocenia się, że dzięki temu uda się

⁽⁷²⁾ Patrz np.: decyzja Komisji w sprawie *GEAE/P&W* (Dz.U. L 58 z 3.3.2000, str. 16), w sprawie *British Interactive Broadcasting/Open* (Dz.U. L 312 z 6.12.1999, str. 1) oraz w sprawie *Asahi/Saint Gobain* (Dz.U. L 354 z 31.12.2004, str. 87).

⁽⁷³⁾ Patrz np.: decyzja Komisji w sprawie *Atlas* (Dz.U. L 239 z 19.9.1996, str. 23) oraz w sprawie *Phoenix/Global One* (Dz.U. L 239 z 19.9.1996, str. 5).

⁽⁷⁴⁾ Patrz np.: decyzja Komisji w sprawie *Uniform Eurocheques* (Dz.U. L 35 z 7.2.1985, str. 43).

⁽⁷⁵⁾ Patrz np.: decyzja Komisji w sprawie *Cégétel + 4* (Dz.U. L 88 z 31.3.1999, str. 26).

⁽⁷⁶⁾ Na temat poprzedniego pytania, które może być istotne w kontekście art. 53 ust. 1, patrz: motyw 18.

⁽⁷⁷⁾ Korzyści wynikające z efektu skali ulegają zazwyczaj wyczerpaniu w określonym punkcie. Powyżej tego punktu koszty stabilizują się, a z czasem rosną, na przykład z powodu ograniczenia mocy produkcyjnych lub efektu wąskiego gardła.

ograniczyć koszty produkcji o dodatkowe 5 %. Produkty powstałe w spółce joint venture sprzedawane są niezależnie przez A i B. W tym wypadku, aby ocenić, czy porozumienie jest niezbędne, należy ustalić, czy takie korzyści można było osiągnąć za pomocą umowy licencyjnej, która byłaby zapewne mniej ograniczająca, jako że A i B kontynuowałyby niezależną działalność produkcyjną. W opisanych okolicznościach byłoby to prawdopodobnie niemożliwe, gdyż w ramach umowy licencyjnej strony nie byłyby w stanie w ten sam bezproblemowy i płynny sposób korzystać z wzajemnego doświadczenia w obsłudze obu technologii, czyli czerpać korzyści z połączenia wiedzy i umiejętności.

(78) Po stwierdzeniu, że rozpatrywane porozumienie jest konieczne do osiągnięcia zakładanych korzyści, ocenić należy niezbędność wszystkich ograniczeń konkurencji wynikających z takiego porozumienia. W związku z tym konieczne jest ustalenie, czy poszczególne ograniczenia są konieczne do osiągnięcia tych korzyści. Strony porozumienia muszą dowieść swojej racji w odniesieniu zarówno do charakteru, jak i wielkości ograniczenia.

(79) Ograniczenie uznaje się za niezbędne wówczas, gdy jego brak wyeliminowałby lub istotnie ograniczył korzyści płynące z porozumienia lub też znacząco zmniejszył prawdopodobieństwo powstania takich korzyści. W ocenie rozwiązań alternatywnych należy wziąć pod uwagę rzeczywistość i potencjalną poprawę w dziedzinie konkurencji, jaka nastąpiłaby w wyniku wyeliminowania danego ograniczenia lub zastąpienia go rozwiązaniem o mniej ograniczających skutkach. Im radykalniejsze ograniczenie, tym dokładniejsza analiza zgodności z trzecim warunkiem⁽⁷⁸⁾. Jest mało prawdopodobne, by ograniczenia, których zakazuje się na mocy wyłączeń grupowych lub wymienia jako ograniczenia podstawowe w wytycznych i obwieszczeniach Urzędu Nadzoru EFTA, mogły być uznane za niezbędne.

(80) Oceny niezbędności dokonuje się w rzeczywistym kontekście, w jakim działa porozumienie, ze szczególnym uwzględnieniem struktury rynku, związanego z porozumieniem ryzyka ekonomicznego oraz bodźców, jakimi kierują się strony. Im mniej pewny jest sukces produktu stanowiącego przedmiot porozumienia, tym mocniejsze muszą być dowody na powstanie korzyści. Ograniczenia mogą być także niezbędne do zrównania czynników motywujących obie strony i skłonienia ich do skupienia wysiłków na realizacji porozumienia. Takie ograniczenie może być na przykład konieczne do tego, by uniknąć problemu zablokowania działalności, jeżeli jedna ze stron dokonała już znacznej inwestycji „zamrożonej”. Na przykład dostawca, angażując znaczne środki inwestycyjne w celu zaspokojenia zapotrzebowania klienta, staje się od takiego klienta zależny. Aby uniknąć sytuacji, w której klient wykorzystuje fakt uzależnienia od siebie dostawcy dla uzyskania korzystniejszych warunków, konieczne może być zobowiązanie do nienabywania danego składnika produkcji

od stron trzecich lub do zakupu minimalnych ilości tego składnika od dostawcy ponoszącego ciężar inwestycji⁽⁷⁹⁾.

(81) W niektórych przypadkach ograniczenie może być niezbędne tylko przez określony czas. Odstępstwo na mocy art. 53 ust. 3 ma wówczas zastosowanie tylko przez taki właśnie okres. Dokonując oceny w tym względzie, należy wziąć odpowiedzialność na czas, jakiego potrzebują strony do osiągnięcia korzyści uzasadniających zastosowanie odstępowania⁽⁸⁰⁾. Tam, gdzie korzyści nie da się osiągnąć bez znacznych nakładów inwestycyjnych, należy w szczególności uwzględnić czas konieczny do uzyskania odpowiedniego zwrotu z inwestycji (patrz także: motyw 44 powyżej).

(82) Zasady te można zilustrować następującymi, hipotetycznymi przykładami:

P produkuje i rozprowadza mrożoną pizzę, mając 15-procentowy udział w rynku państwa EOG X. Dostawy skierowane są bezpośrednio do sprzedawców detalicznych. Ponieważ większość sprzedawców dysponuje ograniczonymi możliwościami magazynowymi, zaopatrzenie musi odbywać się stosunkowo często, co wiąże się z niskim wykorzystaniem posiadanej pojemności transportowej i koniecznością używania stosunkowo niewielkich pojazdów. T zajmuje się handlem hurtowym mrożonkami, w tym mrożoną pizzą, i zaopatruje w większości tych samych klientów, co P. Pizza rozprowadzana przez T stanowi 30 % rynku. T posiada park większych samochodów dostawczych i dysponuje pewną wolną przestrzenią ładunkową. P zawiera z T porozumienie na wyłączną dystrybucję w państwie EOG X i podejmuje się zadbać o to, by dystrybutorzy w innych państwach EOG nie prowadzili aktywnej ani biernej sprzedaży na terytorium T. T zobowiązuje się zapewnić reklamę produktów, przeprowadzić badanie preferencji smakowych i stopnia zadowolenia konsumentów oraz zapewnić dostawę do sprzedawców detalicznych w ciągu 24 godzin. Porozumienie prowadzi do obniżenia całkowitego kosztu dystrybucji o 30 % w wyniku lepszego wykorzystania posiadanych mocy oraz do wyeliminowania problemu nakładania się tras zaopatrzeniowych. Skutkiem porozumienia są także dodatkowe usługi dla konsumentów. Ograniczenia sprzedaży biernej należą zgodnie z przepisami o wyłączeniu grupowym z ograniczeń wertykalnych do ograniczeń podstawowych⁽⁸¹⁾ i można je uznać za niezbędne tylko w wyjątkowych przypadkach. Ugruntowana pozycja rynkowa firmy T oraz charakter nałożonych nań zobowiązań wskazują, że nie jest to przypadek wyjątkowy. Zakaz sprzedaży aktywnej natomiast jest prawdopodobnie niezbędny. Motywacja T do sprzedaży i reklamy marki P byłaby prawdopodobnie niższa, gdyby dystrybutorzy z innych państw EOG mogli prowadzić

⁽⁷⁸⁾ Patrz w tym względzie: pkt 392–395 wyroku w sprawie *Compagnie Générale Maritime* przytoczonej w przypisie 59.

⁽⁷⁹⁾ Więcej szczegółów w pkt 116 wytycznych w sprawie ograniczeń wertykalnych przytoczonych w przypisie 6.

⁽⁸⁰⁾ Patrz: połączone sprawy T-374/94, *European Night Services i inne*, Rec. [1998], str. II-3141, pkt 230.

⁽⁸¹⁾ Patrz: akt, o którym mowa w pkt 2 załącznika XIV do Porozumienia EOG (rozporządzenie (EWG) nr 2790/1999 w sprawie stosowania art. 81 ust. 3 Traktatu do kategorii porozumień wertykalnych i praktyk uzgodnionych, Dz.U. L 336 z 29.12.1999, str. 21 (włączone do Porozumienia EOG decyzją Wspólnego Komitetu EOG nr 18/2000 z dnia 28 stycznia 2000 r., Dz.U. L 103 z 12.4.2001, str. 36)).

aktywną sprzedaż w państwie EOG X, czerpiąc w ten sposób darmowe korzyści z wysiłków podejmowanych przez T. Tym bardziej że T rozprowadza także produkty konkurencyjne, przez co ma możliwość skuteczniejszego przebicia się z markami, które w mniejszym stopniu korzystają ze wspomnianego wyżej darmowego marketingu.

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

3.4. Warunek drugi z art. 53 ust. 3: słuszny udział konsumentów

3.4.1. Uwagi ogólne

- (83) Zgodnie z drugim warunkiem z art. 53 ust. 3 konsumenci muszą otrzymać słuszny udział w zyskach wynikających z porozumienia ograniczającego konkurencję.
- (84) Pojęcie *konsumenci* oznacza wszystkich bezpośrednich i pośrednich użytkowników produktów objętych porozumieniem, w tym producentów stosujących te produkty jako składniki własnej produkcji, sprzedawców hurtowych, sprzedawców detalicznych i konsumentów końcowych, tj. osoby fizyczne, które działają w celach, uznawanych za niepowiązane z ich działalnością zawodową. Innymi słowy konsumenci w rozumieniu art. 53 ust. 3 to klienci stron porozumienia i późniejsi nabywcy. Konsumentami mogą być przedsiębiorstwa, jak w przypadku nabywców maszyn przemysłowych lub wyrobów do dalszej przeróbki, bądź konsumenci końcowi, jak na przykład nabywcy lodów czy rowerów.
- (85) Pojęcie „słusznego udziału” zakłada, że powstałe korzyści muszą przynajmniej zrekompensować konsumentom rzeczywisty lub prawdopodobny negatywny wpływ, jaki

spowodowało ograniczenie konkurencji stwierdzone na podstawie art. 53 ust. 1. Zgodnie z ogólnym celem art. 53, jakim jest zapobieżenie porozumieniom o skutkach negatywnych dla konkurencji, ostateczny skutek porozumienia musi być co najmniej neutralny z punktu widzenia konsumentów bezpośrednio lub pośrednio objętych wpływem porozumienia⁽⁸²⁾. Jeśli w następstwie porozumienia sytuacja takich konsumentów się pogarsza, warunek drugi z art. 53 ust. 3 nie jest spełniony. Dla konsumentów pozytywne skutki porozumienia muszą równoważyć skutki negatywne⁽⁸³⁾. Jeśli ma to miejsce, konsumenci nie tracą na porozumieniu. Zyskuje ponadto społeczeństwo jako całość, gdy korzyści prowadzą albo do zmniejszenia ilości zasobów używanych do wyprodukowania określonej ilości dóbr konsumpcyjnych, albo do wytworzenia bardziej wartościowych produktów, co przekłada się na efektywniejszy rozdział zasobów.

- (86) Nie jest wymagane, by konsumenci otrzymywali udział w każdym z rodzajów korzyści określonych w warunku pierwszym. Wystarczy, że otrzymają wystarczające korzyści, by zrównoważyć negatywne skutki porozumienia ograniczającego konkurencję. Uznaje się wówczas, że konsumenci uzyskują słuszny udział w całkowitych zyskach⁽⁸⁴⁾. Jeśli porozumienie ograniczające konkurencję prowadzi do wzrostu cen, konsumenci muszą uzyskać w zamian pełną rekompensatę w postaci podniesionej jakości lub innych korzyści. Jeśli nie, drugi warunek z art. 53 ust. 3 nie jest spełniony.
- (87) Czynnikiem decydującym jest ostateczny wpływ na konsumentów w obrębie właściwego rynku, nie zaś wpływ na poszczególnych przedstawicieli tej grupy konsumentów⁽⁸⁵⁾. W niektórych przypadkach do osiągnięcia korzyści potrzeba określonego czasu. Zanim to nastąpi, porozumienie może mieć jedynie skutki negatywne. Fakt, że konsumenci odczuwają korzyści z określonym opóźnieniem, sam w sobie nie wyklucza zastosowania art. 53 ust. 3. Jednak im dłuższe jest to opóźnienie, tym większe muszą być korzyści rekompensujące także straty, jakie ponoszą konsumenci, zanim pozytywne skutki zaczną być odczuwalne.
- (88) Oceniając tę kwestię, należy wziąć pod uwagę, że wartość zysku dla konsumentów w przyszłości nie jest taka sama, jak w chwili obecnej. 100 euro oszczędzone dzisiaj jest warte więcej niż ta sama kwota oszczędności rok później. Zysk, jaki odczuwają konsumenci w przyszłości, nie rekompensuje zatem w pełni obecnej straty o tej samej wartości nominalnej. Aby umożliwić właściwe porównanie obecnych strat i przyszłych zysków dla konsumentów, wartość

⁽⁸²⁾ Patrz w tym względzie: wyrok w sprawie *Consten and Grundig*, przytoczonej w przypisie 23, w którym Trybunał Sprawiedliwości Wspólnot Europejskich orzekł, że polepszenie w rozumieniu pierwszego warunku z art. 81 ust. 3 Traktatu WE musi oznaczać odczuwalne, obiektywne korzyści rekompensujące skutki niekorzystne z punktu widzenia konkurencji.

⁽⁸³⁾ Należy przypomnieć, że przeciwstawienie pozytywnego i negatywnego wpływu na konsumentów odbywa się zasadniczo w obrębie właściwego rynku (por. motyw 43 powyżej).

⁽⁸⁴⁾ Patrz w tym względzie: pkt 48 wyroku w sprawie *Métro (I)* przytoczonej w przypisie 56.

⁽⁸⁵⁾ Patrz: pkt 163 wyroku w sprawie *Shaw* przytoczonej w przypisie 58.

tych ostatnich należy odpowiednio pomniejszyć. Zastosowana stopa dyskontowa musi uwzględniać stopę inflacji, jeśli taka występuje, oraz straty z tytułu odsetek jako wskaźniki niższej wartości przyszłych zysków.

- (89) W innych przypadkach porozumienie może pozwolić stronom na uzyskanie korzyści wcześniej, niż byłoby to możliwe bez jego zawarcia. Konieczne jest wówczas uwzględnienie prawdopodobnego negatywnego wpływu na konsumentów w obrębie właściwego rynku, z chwilą gdy skutki zaczną być odczuwalne. Jeżeli w wyniku porozumienia ograniczającego konkurencję strony osiągają silną pozycję na rynku, to uzyskują jednocześnie możliwość ustalania znacznie wyższych cen niż byłyby w stanie ustalić bez porozumienia. Aby spełnić drugi warunek z art. 53 ust. 3, korzyść wynikająca dla konsumentów z wcześniejszego dostępu do produktów musi być równie znacząca. Może tak być na przykład wtedy, gdy porozumienie pozwala dwóm producentom opon wprowadzić na rynek trzy lata wcześniej nową, znacznie bezpieczniejszą oponę, ale jednocześnie związany z tym wzrost siły rynkowej pozwala im podnieść ceny o 5 %. W takim przypadku istnieje prawdopodobieństwo, że korzyść płynąca z wcześniejszego dostępu do znacząco ulepszonych produktów przewyższa stratę spowodowaną wzrostem cen.
- (90) Drugi warunek z art. 53 ust. 3 działa na zasadzie skali ruchomej. Im większe ograniczenie konkurencji stwierdzone na podstawie art. 53 ust. 1, tym większe muszą być korzyści i tym większa ich część musi przypadać konsumentom. Koncepcja skali ruchomej zakłada, że jeżeli skutki ograniczające porozumienia są stosunkowo niewielkie, za to wielkie są korzyści z niego płynące – to prawdopodobne jest, że słuszny udział w korzyściach z tytułu oszczędności kosztów przypadnie konsumentom. Dlatego w takich przypadkach zazwyczaj nie ma potrzeby przeprowadzania szczegółowej analizy pod kątem drugiego warunku z art. 53 ust. 3, o ile spełnione są trzy pozostałe warunki stosowania tego postanowienia.
- (91) Z drugiej strony, jeżeli skutki ograniczające porozumienia są znaczące, zaś oszczędności kosztów stosunkowo niewielkie, spełnienie drugiego warunku z art. 53 ust. 3 będzie mało prawdopodobne. Wpływ ograniczenia konkurencji zależy od tego, jak duże jest to ograniczenie i w jakim stopniu utrzymana zostanie konkurencja na rynku po wejściu w życie porozumienia.
- (92) Jeżeli porozumienie przynosi zarówno istotne skutki pozytywne, jak i istotne skutki negatywne dla konkurencji, potrzebna jest dokładna analiza. Należy w takich wypadkach brać pod uwagę, że konkurencja jest ważnym motorem zysków i innowacji, działającym długoterminowo. Przedsiębiorstwa, które nie podlegają skutecznym mechanizmom konkurencji – takie jak firmy dominujące na rynku – są gorzej zmotywowane do utrzymywania i powiększania zysków. Im bardziej ograniczające dla konkurencji jest dane porozumienie, tym bardziej prawdopodobne, że konsumenci na dłuższą metę na tym ucierpią.
- (93) W poniższych dwóch sekcjach znaleźć można bardziej szczegółowy opis ram analitycznych do oceny udziału

konsumentów w korzyściach ekonomicznych. Pierwsza sekcja dotyczy oszczędności kosztów, w następnej zaś opisane są inne rodzaje korzyści, takie jak nowe lub ulepszone produkty (korzyści jakościowe). Ramy przedstawione w tych dwóch sekcjach są szczególnie ważne w przypadkach, gdy nie jest całkowicie oczywiste, że szkody dla konkurencji przewyższają korzyści dla konsumentów lub odwrotnie⁽⁸⁶⁾.

- (94) Stosując określone poniżej zasady, Urząd Nadzoru EFTA będzie mieć na uwadze, że w wielu przypadkach trudno jest dokładnie wyliczyć współczynnik przeniesienia zysków i inne parametry określające wartość korzyści przenoszonych na konsumentów. Przedsiębiorstwa zobowiązane są do udokumentowania deklарowanych przez siebie faktów jedynie za pomocą wyliczeń szacunkowych i innych danych, w stopniu, w jakim jest to możliwe i z uwzględnieniem indywidualnych okoliczności każdej sprawy.

3.4.2. Przenoszenie i wazenie korzyści z tytułu oszczędności kosztów

- (95) Jeżeli rynki, jak to bywa zazwyczaj, nie są do końca konkurencyjne, przedsiębiorstwa mogą w mniejszym lub większym stopniu wpływać na ceny poprzez zmiany wielkości produkcji⁽⁸⁷⁾. Mogą także ustalać różne ceny dla różnych klientów.
- (96) Oszczędności kosztów mogą w pewnych okolicznościach prowadzić do zwiększenia produkcji i obniżenia cen dla konsumentów. Jeżeli w związku z ograniczeniem kosztów przedsiębiorstwa zwiększają zyski poprzez zwiększenie produkcji, korzyści z tym związane mogą przejść na konsumentów. Oceniając stopień, w jakim korzyści z tytułu oszczędności kosztów mogą stać się udziałem konsumentów, oraz wynik porównania skutków negatywnych i pozytywnych, o którym mowa w art. 53 ust. 3, uwzględnia się w szczególności następujące czynniki:
- cechy charakterystyczne i strukturę rynku;
 - charakter i wielkość korzyści ekonomicznych;
 - elastyczność popytu; oraz
 - skalę ograniczenia konkurencji.

Zazwyczaj rozpatruje się wszystkie wymienione czynniki. Ponieważ art. 53 ust. 3 stosuje się wyłącznie w przypadkach odczuwalnego ograniczania konkurencji na rynku (patrz: motyw 24 powyżej), nie można wychodzić z założenia, że konkurencja pozostała po takim ograniczeniu zapewni konsumentom słuszny udział w korzyściach. Jednakże

⁽⁸⁶⁾ W poniższych sekcjach szkodę dla konkurencji przedstawia się dla uproszczenia w kategoriach wyższych cen. Szkoda taka może w rzeczywistości oznaczać także niższą jakość, mniejsze zróżnicowanie lub mniejszą innowacyjność w stosunku do stanu, jaki istniałby, gdyby nie zawarto porozumienia.

⁽⁸⁷⁾ Na w pełni konkurencyjnych rynkach indywidualne przedsiębiorstwa dostosowują się do obowiązujących cen. Sprzedają swoje produkty po cenie rynkowej, która wynika z ogólnego poziomu popytu i podaży. Udział produkcji poszczególnych przedsiębiorstw jest na tyle mały, że zmiana wielkości produkcji jednego z nich nie wpływa na cenę rynkową.

zakres utrzymującej się na rynku konkurencji i jej charakter wpływają na prawdopodobieństwo przeniesienia korzyści na konsumentów.

(97) Im większy jest to zakres, tym większe prawdopodobieństwo, że poszczególne przedsiębiorstwa będą starać się zwiększać sprzedaż poprzez przeniesienie na konsumentów korzyści płynących z oszczędności kosztów. Jeśli przedsiębiorstwa konkurują ze sobą głównie na poziomie cen i nie podlegają istotnym ograniczeniom mocy, takie przeniesienie korzyści może nastąpić stosunkowo szybko. Jeśli konkurencja odbywa się głównie pod względem posiadanych mocy, a ich dostosowanie do wymagań rynkowych następuje z opóźnieniem, przeniesienie korzyści na konsumentów będzie trwać dłużej. Przeniesienie korzyści może następować wolniej również wówczas, gdy struktura rynku sprzyja dorozumianym zmwom⁽⁸⁸⁾. Jeżeli zachodzi prawdopodobieństwo, że konkurenci zdecydowanie zareagują na wzrost produkcji jednej lub więcej stron porozumienia, motywacja do zwiększania produkcji może zostać osłabiona, chyba że korzyści płynące z porozumienia tak dobrze wpływają na rozwój konkurencji, że zainteresowane przedsiębiorstwa widzą interes w zerwaniu zasad wspólnej polityki rynkowej przyjętej przez członków oligopolu. Innymi słowy, korzyści ekonomiczne wynikające z porozumienia mogą uczynić z zainteresowanych przedsiębiorstw tak zwanych „wolnych strzelców” (ang. *mavericks*)⁽⁸⁹⁾.

(98) Ważną rolę odgrywa także charakter korzyści ekonomicznych. Zgodnie z teorią ekonomii przedsiębiorstwa maksymalizują zyski, sprzedając swoje produkty do momentu, gdy poziom przychodów krańcowych zrówna się z poziomem kosztu krańcowego. Przychody krańcowe to zmiana wartości całkowitych przychodów z tytułu sprzedaży dodatkowego produktu, a koszt krańcowy to zmiana wartości całkowitego kosztu z tytułu wytworzenia takiego produktu. Z zasady tej wynika, że na ogół decyzje dotyczące wielkości produkcji i cen w przedsiębiorstwach maksymalizujących swoje zyski nie są uwarunkowane stałymi kosztami (tj. kosztami, które nie zmieniają się w zależności od poziomu produkcji), lecz kosztami zmiennymi (tj. kosztami, które zmieniają się wraz ze zmianą poziomu produkcji). Po pokryciu kosztów stałych i ustaleniu poziomu mocy produkcyjnych decyzje co do cen i wielkości produkcji zależą od kosztów zmiennych i popytu. Jako przykład posłużyć może sytuacja, w której dwa przedsiębiorstwa niezależnie od siebie wytwarzają dwa produkty na dwóch liniach produkcyjnych, wykorzystując przy tym jedynie połowę posiadanych mocy. Porozumienie specjalizacyjne może pozwolić obu przedsiębiorstwom na wyspecjalizowanie się w wytwarzaniu tylko jednego z tych produktów i zlikwidowanie linii produkcyjnej do wytwarzania drugiego. Jednocześnie taka specjalizacja może pozwolić firmom na ograniczenie kosztów zmiennych i kosztów magazynowania. Tylko ostatnie z wymienionych oszczędności będą miały bezpośredni skutek na decyzje dotyczące cen i wielkości produkcji, gdyż tylko one wpłyną na koszt krańcowy produkcji. Zlikwidowanie jednej linii

produkcyjnej przez każde z przedsiębiorstw nie zmniejszy ich kosztów zmiennych i nie wpłynie na koszty produkcji. Wynika stąd, że przedsiębiorstwa mogą mieć bezpośrednią motywację do przenoszenia na konsumentów korzyści w postaci zwiększenia produkcji i obniżenia cen, co powoduje zmniejszenie kosztu krańcowego, nie mają natomiast takiej bezpośredniej motywacji w odniesieniu do korzyści polegających na obniżeniu kosztów stałych. Jest zatem bardziej prawdopodobne, że konsumenci otrzymają słuszny udział w zyskach z tytułu ograniczenia kosztów w przypadku zmniejszenia kosztów zmiennych, niż w przypadku zmniejszenia kosztów stałych.

(99) Fakt, że przedsiębiorstwa mają interes w przeniesieniu na konsumentów określonego rodzaju korzyści wynikających z ograniczenia kosztów, nie świadczy o tym, że współczynnik przeniesienia takich korzyści musi wynosić 100 %. Rzeczywisty współczynnik przeniesienia zależy od zakresu, w jakim konsumenci reagują na zmiany cen, czyli od elastyczności popytu. Im większy wzrost popytu w związku z obniżeniem ceny, tym większy współczynnik przeniesienia korzyści. Wynika to z faktu, że im większa jest wartość dodatkowej sprzedaży spowodowanej obniżeniem cen w następstwie wzrostu produkcji, tym większe prawdopodobieństwo, że sprzedaż ta wywoła spadek przychodów spowodowany obniżeniem cen w następstwie wzrostu produkcji. Jeśli przedsiębiorstwo nie stosuje dyskryminacji cenowej, obniżką obejmuje wszystkie sprzedawane przez siebie produkty, co powoduje, że przychody krańcowe są niższe niż cena uzyskana za produkt krańcowy. Jeżeli dane przedsiębiorstwo może pozwolić sobie na naliczanie różnych cen dla różnych klientów, tj. na stosowanie dyskryminacji cenowej, korzyści odczuwają zazwyczaj tylko klienci wrażliwi na cenę⁽⁹⁰⁾.

(100) Należy także wziąć pod uwagę, że korzyści ekonomiczne często nie wpływają na całą strukturę kosztów w przedsiębiorstwie. W takim wypadku oddziaływanie na ceny dla konsumentów jest ograniczone. Jeżeli na przykład porozumienie pozwala stronom ograniczyć koszty produkcji o 6 %, ale koszty produkcji stanowią zaledwie jedną trzecią kosztów, na podstawie których ustala się ceny, cena zostanie obniżona o 2 %, zakładając, że pełna wartość korzyści przechodzi na konsumenta.

(101) Wreszcie – co bardzo ważne – konieczne jest zestawienie ze sobą dwóch przeciwstawnych sił wynikających z ograniczenia konkurencji oraz oszczędności kosztów. Z jednej strony zwiększenie siły rynkowej spowodowane porozumieniem daje przedsiębiorstwom będącym jego stronami możliwość i zachętę do podwyższania cen. Z drugiej zaś strony uwzględniany rodzaj oszczędności może stanowić dla tych przedsiębiorstw zachętę do obniżenia cen (patrz: motyw 98 powyżej). Skutki wywołane działaniem tych dwóch przeciwstawnych sił należy ze sobą porównać. Należy w tym miejscu przypomnieć, że warunek przeniesienia korzyści na konsumenta obejmuje zasadę ruchomej skali. Kiedy porozumienie powoduje istotne osłabienie presji konkurencyjnej, potrzebne są zwykle

⁽⁸⁸⁾ Przedsiębiorstwa uczestniczą w domniemanej zmwie, kiedy w układzie oligopolicznym są w stanie koordynować swoje działania na rynku bez konieczności zawierania porozumienia o kartelu.

⁽⁸⁹⁾ Termin ten odnosi się do przedsiębiorstw wpływających na politykę cenową innych podmiotów na rynku, które w przeciwnym razie mogłyby uczestniczyć w domniemanych zmwach.

⁽⁹⁰⁾ Porozumienie ograniczające konkurencję może nawet pozwolić zainteresowanym przedsiębiorstwom na naliczanie wyższych cen dla klientów charakteryzujących się mniejszą elastycznością popytu.

nadzwyczaj duże oszczędności kosztów, aby poziom przeniesienia korzyści na konsumentów był wystarczający.

3.4.3. Przenoszenie i wazenie innych rodzajów korzyści

(102) Korzyści przenoszone na konsumentów mogą mieć także charakter jakościowy, np. nowe i ulepszone produkty, przedstawiające dla konsumentów wystarczającą wartość, by zrekompensować ograniczenie konkurencji wynikające z porozumienia, w tym wzrost cen.

(103) Przy tego typu ocenach niezbędne jest przypisanie wartości do poszczególnych skutków. Jest to zadanie trudne, biorąc pod uwagę dynamiczny charakter opisywanych korzyści. Zasadniczy cel takiej oceny pozostaje jednak ten sam: określenie całościowego wpływu porozumienia na konsumentów w obrębie właściwego rynku. Przedsiębiorstwa chcące skorzystać z odstępstwa określonego w art. 53 ust. 3 muszą wykazać, że konsumenci odniosą korzyści rekompensujące negatywne skutki porozumienia (patrz w tej sprawie: motyw 57 i 86 powyżej).

(104) Ważnym źródłem dobrobytu konsumentów jest także dostępność nowych i ulepszonych produktów. Tak długo, jak wzrost wartości związany z takimi ulepszeniami przewyższa szkody wywołane utrzymaniem lub podwyższeniem cen w następstwie obowiązywania porozumienia ograniczającego konkurencję, konsumenci korzystają bardziej na takim porozumieniu niż na jego braku i spełniony jest zazwyczaj wymóg zapewnienia konsumentom udziału w zyskach, zawarty w art. 53 ust. 3. W przypadkach gdy prawdopodobnym skutkiem porozumienia jest wzrost cen w obrębie właściwego rynku, należy dokładnie zbadać, czy deklarowane korzyści przedstawiają rzeczywistą wartość dla konsumentów na tym rynku na tyle, by zrekompensować niekorzystne skutki wynikające z ograniczenia konkurencji.

3.5. Warunek czwarty z art. 53 ust. 3: brak możliwości eliminacji konkurencji

(105) Zgodnie z czwartym warunkiem z art. 53 ust. 3 porozumienie nie może dawać przedsiębiorstw będącym jego stronami możliwości eliminowania konkurencji w stosunku do znacznej części danych produktów. W ostatecznym rozrachunku ochronę rywalizacji podmiotów gospodarczych i procesu konkurencji przedkłada się nad potencjalne korzyści dla konkurencji, jakie mogłyby wynikać z porozumień ograniczających konkurencję. Ostatni warunek z art. 53 ust. 3 jest odzwierciedleniem faktu, że rywalizacja między przedsiębiorstwami jest istotnym czynnikiem napędzającym korzyści, w tym dynamiczne korzyści w formie innowacji. Innymi słowy, ostatecznym celem art. 53 jest ochrona procesu konkurencji. Wraz z przerwaniem procesu konkurencyjnego

krótkoterminowe korzyści ekonomiczne ustępują miejsca długoterminowym stratom wynikającym między innymi z wydatków ponoszonych przez podmioty rynkowe w celu utrzymania swojej pozycji (ang. *rent seeking*), niewłaściwej alokacji zasobów, ograniczenia innowacyjności i wyższych cen.

(106) Zawarte w art. 53 ust. 3 pojęcie eliminowania konkurencji w stosunku do znacznej części danych produktów jest niezależnym terminem pochodzącym z prawa konkurencji EOG, specyficznym dla art. 53 ust. 3⁽⁹¹⁾. Stosując to pojęcie, należy jednak brać pod uwagę związek między art. 53 i art. 54. Zastosowanie art. 53 ust. 3 nie stoi w sprzeczności ze stosowaniem art. 54 Porozumienia EOG⁽⁹²⁾. Ponadto z uwagi na to, że zarówno art. 53, jak i 54 mają na celu utrzymanie efektywnej konkurencji na rynku, względy spójności wymagają, by art. 53 ust. 3 interpretować jako niemający zastosowania do porozumień ograniczających, które stanowią nadużycie pozycji dominującej⁽⁹³⁾ ⁽⁹⁴⁾. Nie wszystkie porozumienia zawierane przez przedsiębiorstwa dominujące stanowią jednak nadużycie pozycji dominującej. Dotyczy to na przykład sytuacji, gdy przedsiębiorstwo dominujące uczestniczy w niepełnej spółce typu joint venture (ang. *non-full function joint venture*)⁽⁹⁵⁾, która ma według ustaleń ograniczający wpływ na konkurencję, ale jednocześnie pociąga za sobą znaczną integrację aktywów.

(107) To, czy nastąpiło wyeliminowanie konkurencji w rozumieniu ostatniego warunku z art. 53 ust. 3, zależy od poziomu konkurencji w okresie poprzedzającym zawarcie porozumienia oraz od wpływu, jaki porozumienie wywarło na konkurencję, tj. stopnia, w jakim ją ograniczyło. Im bardziej osłabiona była dotychczas konkurencja

⁽⁹¹⁾ Oraz specyficznym dla art. 81 ust. 3 Traktatu WE, patrz: połączone sprawy T-191/98, T-212/98 i T-214/98, *Atlantic Container Line (TACA)*, Rec. [2003], dotychczas nieopublikowane, pkt 939 i sprawa T-395/94, *Atlantic Container Line*, Rec. [2002], str. II-875, pkt 330.

⁽⁹²⁾ Patrz: połączone sprawy C-395/96 P i C-396/96 P, *Compagnie maritime belge*, Rec. [2000], str. I-1365, pkt 130. Podobnie stosowanie art. 53 ust. 3 nie stoi w sprzeczności ze stosowaniem postanowień Porozumienia EOG w sprawie swobodnego przepływu towarów, usług, osób i kapitału. Postanowienia te w określonych okolicznościach mają zastosowanie do porozumień, decyzji i praktyk uzgodnionych w rozumieniu art. 53 ust. 1. Patrz w tym względzie: sprawa C-309/99, *Wouters*, Rec. [2002], str. I-1577, pkt 120.

⁽⁹³⁾ Patrz w tym względzie: sprawa T-51/89, *Tetra Pak (I)*, Rec. [1990], str. II-309 i pkt 1456 wyroku w sprawie *Atlantic Container Line (TACA)* przytoczonej w przypisie 91.

⁽⁹⁴⁾ Tak też należy rozumieć pkt 135 wytycznych w sprawie ograniczeń wertykalnych oraz pkt 36, 71, 105, 134 i 155 wytycznych w sprawie horyzontalnych porozumień o współpracy, przytoczonych w przypisie 6, kiedy podaje się w nich, że zasadniczo porozumienia zawierane przez przedsiębiorstwa dominujące nie podlegają wyłączeniu.

⁽⁹⁵⁾ Pełne spółki typu joint venture, tj. takie, które w perspektywie długoterminowej spełniają wszystkie funkcje niezależnego podmiotu gospodarczego, objęte są aktem, o którym mowa w pkt 1 załącznika XIV do Porozumienia EOG (rozporządzenie Rady (EWG) nr 139/2004 w sprawie kontroli koncentracji przedsiębiorstw („rozporządzenie WE w sprawie łączenia przedsiębiorstw”), Dz.U. L 24 z 29.1.2004, str. 1 (włączone do Porozumienia EOG decyzją Wspólnego Komitetu EOG nr 78/2004 z dnia 8 czerwca 2004 r., Dz.U. L 219 z 19.6.2004, str. 13 oraz Supplement EOG do Dz.U. z 19.6.2004, str. 1)).

- na danym rynku, tym mniejsze ograniczenie wystarczy do jej wyeliminowania w rozumieniu art. 53 ust. 3. Ponadto im większe ograniczenie spowodowane porozumieniem, tym większe prawdopodobieństwo, że konkurencja może być wyeliminowana w zakresie znacznej części danych produktów.
- (108) Stosowanie ostatniego warunku z art. 53 ust. 3 wymaga realistycznej analizy różnych źródeł konkurencji na rynku, poziomu presji konkurencyjnej, jaką źródła te wywierają na strony porozumienia, oraz wpływu porozumienia na tę presję. Należy przy tym rozpatrzyć zarówno konkurencję rzeczywistą, jak i potencjalną.
- (109) Udział w rynku ma wprawdzie istotne znaczenie, ale wyłącznie na jego podstawie nie można oceniać wielkości pozostałych źródeł rzeczywistej konkurencji. Zazwyczaj wymagana jest szersza analiza jakościowa i ilościowa. Należy zbadać rzeczywistą zdolność i motywację przedsiębiorstw do konkurowania ze sobą na rynku. Jeżeli na przykład konkurenci mają ograniczone moce produkcyjne lub ponoszą stosunkowo wyższe koszty produkcji, ich potencjał konkurencyjny będzie rzecz jasna ograniczony.
- (110) Przy ocenie wpływu porozumienia na konkurencję istotne jest również zbadanie jego oddziaływania na poszczególne parametry konkurencji. Ostatni warunek zastosowania odstępstwa na mocy art. 53 ust. 3 nie jest spełniony, gdy wskutek porozumienia wyeliminowana zostaje konkurencja w jednym ze swoich podstawowych przejawów. Ma to miejsce szczególnie wówczas, gdy wyeliminowana zostaje konkurencja cenowa⁽⁹⁶⁾ lub konkurencja pod względem innowacyjności i tworzenia nowych produktów.
- (111) Wiedzy na temat wpływu porozumienia mogą dostarczyć faktyczne działania rynkowe podejmowane przez strony. Jeśli w następstwie zawarcia porozumienia strony wprowadziły i utrzymały znaczne podwyżki cen lub zaangażowały się w inne działania wskazujące na ich znaczną siłę rynkową, świadczy to o tym, że nie podlegają rzeczywistej presji konkurencyjnej i że konkurencja została wyeliminowana w zakresie znacznej części danych produktów.
- (112) To, w jaki sposób konkurujące przedsiębiorstwa oddziaływały na siebie w przeszłości, może również dostarczyć informacji na temat wpływu porozumienia na ich wzajemne oddziaływanie w przyszłości. Przedsiębiorstwo może wyeliminować konkurencję w rozumieniu art. 53 ust. 3 poprzez zawarcie porozumienia z konkurentem, który działał w przeszłości na zasadzie „wolnego strzelca”⁽⁹⁷⁾. Takie porozumienie może obniżyć motywację i ograniczyć zdolności konkurenta, a przez to usunąć ważne źródło konkurencji na rynku.
- (113) W przypadkach obejmujących produkty zróżnicowane, tj. takie, które różnią się między sobą w oczach klientów,
- wpływ porozumienia może zależeć od tego, jak konkurencyjne względem siebie są produkty sprzedawane przez strony porozumienia. Jeśli przedsiębiorstwa oferują produkty zróżnicowane, presja konkurencyjna, jaką wywierają na siebie poszczególne produkty, różni się w zależności od stopnia ich wzajemnej wymienności. Należy zatem rozważyć, w jakim stopniu produkty oferowane przez strony są wymienne, tj. jaką wywierają na siebie presję konkurencyjną. Im bardziej takie produkty są względem siebie zastępcze, tym większe prawdopodobieństwo, że porozumienie ma charakter ograniczający konkurencję. Innymi słowy, im większa wymiennność produktów, tym bardziej prawdopodobne, że porozumienie prowadzi do zmian pod względem ograniczenia konkurencji na rynku, a tym samym grozi wyeliminowaniem konkurencji w zakresie znacznej części danych produktów.
- (114) Źródła rzeczywistej konkurencji są zwykle najważniejsze jako najłatwiejsze do sprawdzenia, należy jednak wziąć także pod uwagę źródła potencjalnej konkurencji. Ocena potencjalnej konkurencji wymaga analizy barier utrudniających wejście na rynek, stojących przed przedsiębiorstwami, które nie konkurują jeszcze w obrębie właściwego rynku. Stwierdzenia ze strony uczestników porozumienia, że takie bariery są niewielkie, muszą być poparte informacjami, w których określa się źródła potencjalnej konkurencji. Strony muszą także uzasadnić, dlaczego źródła te stanowią dla nich rzeczywistą presję konkurencyjną.
- (115) Przy ocenie barier oraz realnej możliwości wejścia na dużą skalę na nowy rynek istotne znaczenie ma zbadanie między innymi następujących czynników:
- (i) obowiązujące przepisy w kontekście ich wpływu na możliwość wejścia na nowy rynek;
 - (ii) koszt wejścia, w tym koszty zamrożone. Koszty zamrożone to takie, których nie można odzyskać, opuszczając rynek w późniejszym czasie. Im wyższe koszty zamrożone, tym większe ryzyko handlowe dla podmiotów potencjalnie zainteresowanych wejściem na rynek;
 - (iii) minimalna skala efektywności w branży, tj. poziom produkcji, przy którym następuje zminimalizowanie kosztów. Jeśli minimalna skala efektywności jest wysoka w porównaniu z wielkością rynku, skuteczne wejście na taki rynek może być bardziej kosztowne i ryzykowne;
 - (iv) siła konkurencyjna potencjalnych uczestników rynku. Skuteczne wejście na rynek jest szczególnie prawdopodobne, kiedy potencjalni uczestnicy rynku posiadają dostęp do co najmniej tak oszczędnych
- ⁽⁹⁶⁾ Patrz: pkt 21 wyroku w sprawie *Métro (I)* przytoczonej w przypisie 56.
- ⁽⁹⁷⁾ Patrz: motyw 97 powyżej.

technologii, jak dotychczasowi uczestnicy, lub inne zalety, które pozwalają im na skuteczne konkutowanie. Kiedy potencjalni uczestnicy rynku są na tym samym lub niższym etapie rozwoju technologicznego niż dotychczasowi uczestnicy i nie posiadają przy tym żadnych innych konkurencyjnych atutów, ich wejście na rynek jest bardziej ryzykowne i mniej skuteczne;

- (v) sytuacja nabywców i ich zdolność do wprowadzenia na rynek nowych źródeł konkurencji. Nie ma przy tym znaczenia, że niektórzy znaczący nabywcy mogą wymóc od stron porozumienia korzystniejsze warunki niż ich słabsi konkurenci⁽⁹⁸⁾. Obecność znaczących nabywców może tylko posłużyć do zaprzeczenia temu, co na pierwszy rzut oka uznaje się za wyeliminowanie konkurencji, jeśli prawdopodobne jest, że wspomniani nabywcy utworzą drogę do skutecznego wejścia na nowy rynek;
 - (vi) prawdopodobna reakcja dotychczasowych uczestników na próbę wejścia na rynek. Uczestnicy rynku mogą na przykład dzięki działaniom podejmowanym w przeszłości zyskać sobie reputację podmiotów charakteryzujących się agresywnym zachowaniem, które może wpłynąć na możliwość wejścia na rynek w przyszłości;
 - (vii) sytuacja gospodarcza danej gałęzi przemysłu może być wskaźnikiem jej atrakcyjności w dłuższej perspektywie. Gałęzie dotknięte stagnacją lub upadające są mniej atrakcyjne dla kandydatów do wejścia na rynek niż te, które charakteryzują się wzrostem;
 - (viii) fakt, czy dane przedsiębiorstwo zanotowało w przeszłości wejście na rynek na dużą skalę.
- (116) Zasady te można zilustrować następującymi, hipotetycznymi przykładami (niestanowiącymi podstaw do ustanowienia żadnych progów):

Spółka A jest browarem, do którego należy 70 % właściwego rynku, sprzedającym piwo do barów i innych placówek handlowych. Przez ostatnie 5 lat A zwiększyła swój udział w rynku z 60 %. Na rynku działają czterej inni konkurenci: B, C, D i E, których udziały wynoszą odpowiednio: 10 %, 10 %, 5 % i 5 %. W ostatnich latach na rynek nie wszedł żaden inny podmiot, a na zmiany cen wprowadzane przez A konkurenci reagowali na ogół tym samym. A zawiera porozumienia z 20 % placówek handlowych, na które przypada 40 % wartości sprzedaży. Umawiając się strony zobowiązują się do zakupu piwa

wyłącznie od A przez okres pięciu lat. Porozumienia powodują podniesienie kosztów i ograniczenie dochodów rywali, którzy zostają odcięci od najbardziej atrakcyjnych punktów sprzedaży. Biorąc pod uwagę pozycję rynkową A, która wzmocniła się jeszcze w ostatnich latach, brak nowych uczestników rynku oraz i tak słabą pozycję konkurentów, konkurencja na omawianym rynku zostanie prawdopodobnie wyeliminowana w rozumieniu art. 53 ust. 3.

Firmy spedycyjne A, B, C i D, do których należy 70 % właściwego rynku, zawierają porozumienie, w którym zobowiązują się koordynować swoje harmonogramy i taryfy przewozowe. W następstwie wprowadzenia porozumienia w życie ceny rosną o 30–100 %. Na rynku funkcjonuje czterech innych dostawców, z których największy kontroluje 14 % właściwego rynku. W ostatnich latach na rynku nie pojawił się żaden nowy podmiot, a udział stron porozumienia w rynku nie zmniejszył się znacząco po podwyżce cen. Istniejący konkurenci nie zwiększyli znacząco swojego potencjału konkurencyjnego. Biorąc pod uwagę pozycję rynkową stron i brak reakcji ze strony konkurentów na wspólne działanie, można racjonalnie wnioskować, że strony porozumienia nie podlegają rzeczywistej presji konkurencyjnej i że porozumienie daje im możliwość wyeliminowania konkurencji w rozumieniu art. 53 ust. 3.

A jest producentem urządzeń elektrycznych do zastosowań profesjonalnych z 65-procentowym udziałem we właściwym rynku krajowym. B jest producentem konkurencyjnym z 5-procentowym udziałem w rynku, który opracował nowy rodzaj silnika, charakteryzujący się większą mocą przy mniejszym zużyciu energii elektrycznej. A i B zawierają porozumienie, które zakłada utworzenie spółki produkcyjnej typu joint venture produkującej nowy rodzaj silnika. B zobowiązuje się udzielić pełnych praw licencyjnych nowo powstałej spółce. Spółka ta łączy nową technologię wniesioną przez B i wydajny proces produkcji i kontroli jakości pochodzący od A. Na rynku działa jeszcze jeden główny konkurent, którego udział w rynku wynosi 15 %. Inny konkurent, z 5-pięcioprocentowym udziałem, został niedawno przejęty przez C, dużego międzynarodowego producenta konkurencyjnych urządzeń elektrycznych, stosującego również wydajną technologię. Firma C nie działała dotąd aktywnie na rynku, głównie dlatego, że nie spełniała oczekiwań klientów w zakresie obecności lokalnej i punktów serwisowych. Poprzez przejęcie C uzyskuje dostęp do bazy serwisowej wymaganej do szerszego wejścia na rynek. Wejście na rynek firmy C może sprawić, że konkurencja nie zostanie wyeliminowana.

⁽⁹⁸⁾ Patrz w tym względzie: sprawa T-228/97, *Irish Sugar*, Rec. [1999], str. II-2969, pkt 101.