

IV

(Informacje)

ZAWIADOMIENIA DOTYCZĄCE EUROPEJSKIEGO OBSZARU
GOSPODARCZEGO

URZĄD NADZORU EFTA

Zawiadomienie Urzędu Nadzoru EFTA – Wytyczne w sprawie ograniczeń wertykalnych
(2012/C 362/01)

SPIS TREŚCI

	Punkty	Strona
I. WSTĘP	1-7	3
1. Cel wytycznych	1-4	3
2. Możliwość zastosowania art. 53 do porozumień wertykalnych	5-7	4
II. POROZUMIENIA WERTYKALNE, KTÓRE ZASADNICZO NIE SĄ OBJĘTE ZAKRESEM ART. 53 UST. 1	8-22	4
1. Porozumienia o mniejszym znaczeniu i MSP	8-11	4
2. Umowy agencyjne	12-21	5
2.1 Definicja umów agencyjnych	12-17	5
2.2 Zastosowanie art. 53 ust. 1 do umów agencyjnych	18-21	7
3. Umowy o podwykonawstwo	22	8
III. ZASTOSOWANIE WYŁĄCZENIA GRUPOWEGO	23-73	8
1. Bezpieczna przystań stworzona przez wyłączenie grupowe	23	8
2. Zakres wyłączenia grupowego	24-46	8
2.1 Definicja porozumień wertykalnych	24-26	8
2.2 Porozumienia wertykalne między konkurentami	27-28	10
2.3 Stowarzyszenia detalistów	29-30	10
2.4 Porozumienia wertykalne zawierające postanowienia dotyczące praw własności intelektualnej (PWI)	31-45	11
2.5 Związek z innymi wyłączeniami grupowymi	46	14
3. Najpoważniejsze ograniczenia na podstawie wyłączenia grupowego	47-59	14
4. Indywidualne przypadki najpoważniejszych ograniczeń dotyczących sprzedaży, które mogą wykraczać poza zakres art. 53 ust. 1 lub które mogą spełniać warunki określone w art. 53 ust. 3	60-64	19
5. Ograniczenia konkurencji wykluczone na podstawie wyłączenia grupo- wego	65-69	20
6. Podzielność	70-71	21
7. Gama produktów dystrybuowanych w tym samym systemie dystrybucji	72-73	21

	Punkty	Strona
IV. WYCOFANIE WYŁĄCZENIA GRUPOWEGO I ZAPRZESTANIE STOSOWANIA WYŁĄCZENIA GRUPOWEGO	74-85	21
1. Procedura wycofania	74-78	21
2. Zaprzestanie stosowania wyłączenia grupowego	79-85	22
V. DEFINICJA RYNKU I OBLICZANIE UDZIAŁU W RYNKU	86-95	23
1. Zawiadomienie Urzędu Nadzoru EFTA w sprawie definicji rynku właściwego	86	23
2. Rynek właściwy dla obliczenia 30 % udziału w rynku na podstawie wyłączenia grupowego	87-92	24
3. Obliczanie udziałów w rynku na podstawie wyłączenia grupowego	93-95	25
VI. POLITYKA EGZEKOWANIA PRAWA W INDYWIDUALNYCH PRZYPADKACH	96-229	25
1. Ramy analizy	96-127	25
1.1. Negatywne skutki ograniczeń wertykalnych	100-105	27
1.2. Pozytywne skutki ograniczeń wertykalnych	106-109	28
1.3. Metodyka analizy	110-127	30
1.3.1. Czynniki istotne dla oceny na podstawie art. 53 ust. 1	111-121	31
1.3.2. Czynniki istotne dla oceny na podstawie art. 53 ust. 3	122-127	33
2. Analiza konkretnych ograniczeń wertykalnych	128-229	34
2.1. Jednomarkowość	129-150	34
2.2. Dystrybucja wyłączna	151-167	38
2.3. Wyłączny przydział klientów	168-173	42
2.4. Dystrybucja selektywna	174-188	43
2.5. Franchising	189-191	47
2.6. Wyłączność dostaw	192-202	48
2.7. Opłaty za dostęp wnoszone z góry	203-208	50
2.8. Porozumienia dotyczące zarządzania kategoriami produktów	209-213	51
2.9. Sprzedaż wiązana	214-222	52
2.10. Ograniczenia cen odsprzedaży	223-229	54

A. Niniejsze zawiadomienie wydaje się na podstawie zasad zawartych w Porozumieniu o Europejskim Obszarze Gospodarczym (zwanym dalej „Porozumieniem EOG”) oraz w Porozumieniu między państwami EFTA w sprawie ustanowienia Urzędu Nadzoru i Trybunału Sprawiedliwości (zwanym dalej „porozumieniem o nadzorze i Trybunale”).

B. Komisja Europejska wydała zawiadomienie pt. „Wytyczne w sprawie ograniczeń wertykalnych”⁽¹⁾. W tym akcie o charakterze niewiążącym określa się zasady, którymi kieruje się Komisja Europejska przy dokonywaniu oceny porozumień wertykalnych na podstawie art. 101 TFUE.

C. Urząd Nadzoru EFTA uważa, że wyżej wspomniany dokument ma znaczenie dla EOG. W celu zachowania jednakowych warunków konkurencji i zapewnienia jednolitego stosowania reguł konkurencji EOG na terenie całego Europejskiego Obszaru Gospodarczego, Urząd Nadzoru EFTA przyjmuje niniejsze zawiadomienie na mocy uprawnień, którymi dysponuje na podstawie art. 5 ust. 2 lit. b) porozumienia o nadzorze i Trybunale. Urząd zamierza kierować się zasadami i regułami ustanowionymi w niniejszym zawiadomieniu przy stosowaniu odpowiednich reguł EOG do konkretnych przypadków.

D. Niniejsze zawiadomienie zastępuje poprzednie zawiadomienie Urzędu pt. „Wytyczne w sprawie ograniczeń wertykalnych”⁽²⁾.

⁽¹⁾ Dz.U. C 130 z 19.5.2010, s. 1.

⁽²⁾ Dz.U. C 122 z 23.5.2002, s. 1 oraz Supplement EOG do Dz.U. nr 26 z 23.5.2002, s. 7.

I. WSTĘP

1. Cel wytycznych

- (1) Niniejsze wytyczne przedstawiają zasady oceny porozumień wertykalnych na podstawie art. 53 Porozumienia o Europejskim Obszarze Gospodarczym (dalej zwanego „art. 53”). Definicję terminu „porozumienie wertykalne” określa art. 1 ust. 1 lit. a) aktu, o którym mowa w pkt 2 załącznika XIV do Porozumienia o EOG (rozporządzenie Komisji (UE) nr 330/2010 z dnia 20 kwietnia 2010 r. ⁽¹⁾) w sprawie stosowania art. 53 ust. 3 Porozumienia EOG do kategorii niektórych porozumień wertykalnych i praktyk uzgodnionych (zwane dalej „wyłączeniem grupowym”) (zob. pkt (24)–(46)). Niniejsze wytyczne pozostają bez uszczerbku dla ewentualnego równoległego stosowania art. 54 Porozumienia o Europejskim Obszarze Gospodarczym (dalej zwanego „art. 54”) do porozumień wertykalnych. Wytyczne mają następującą strukturę:
- w sekcji II (pkt (8) do (22)) opisano porozumienia wertykalne, które zasadniczo nie są objęte zakresem art. 53 ust. 1;
 - w sekcji III (pkt (23) do (73)) wyjaśniono warunki stosowania wyłączenia grupowego;
 - sekcja IV (pkt (74) do (85)) zawiera opis zasad dotyczących wycofania wyłączenia grupowego i zaprzestania stosowania wyłączenia grupowego;
 - sekcja V (pkt (86) do (95)) zawiera wskazówki na temat sposobu definiowania rynku właściwego oraz obliczania udziałów w rynku;
 - sekcja VI (pkt (96) do (229)) przedstawia ogólny zakres analizy i politykę stosowania prawa przez Urząd Nadzoru EFTA w indywidualnych przypadkach dotyczących porozumień wertykalnych.
- (2) Analiza dokonana w niniejszych wytycznych dotyczy zarówno towarów, jak i usług, chociaż pewne ograniczenia wertykalne są stosowane głównie w dystrybucji towarów. Podobnie, porozumienia wertykalne mogą być zawierane w odniesieniu do towarów i usług pośrednich i końcowych. O ile nie stwierdzono inaczej, analiza i argumenty zawarte w niniejszych wytycznych mają zastosowanie do wszystkich rodzajów dóbr i usług i do wszystkich poziomów handlu. Określenie „produkty” obejmuje zatem zarówno towary, jak i usługi. Określenia „dostawca” i „nabywca” używane są odnośnie do wszystkich poziomów handlu. Wyłączenie grupowe i niniejsze wytyczne nie mają zastosowania do porozumień z konsumentami końcowymi niebędącymi przedsiębiorstwami, ponieważ art. 53 ma zastosowanie wyłącznie do porozumień między przedsiębiorstwami.
- (3) Wydając niniejsze wytyczne, Urząd Nadzoru EFTA pragnie pomóc przedsiębiorstwom w dokonaniu przez nie własnej oceny porozumień wertykalnych w oparciu o reguły konkurencji zawarte w Porozumieniu EOG. Standardy określone w niniejszych wytycznych nie mogą być stosowane automatycznie, lecz muszą być stosowane z należyтым uwzględnieniem okoliczności specyficznych dla każdego przypadku. Każdy przypadek musi być oceniany w świetle związanych z nim faktów.
- (4) Niniejsze wytyczne pozostają bez uszczerbku dla orzecznictwa Trybunału EFTA dotyczącego stosowania art. 53 do porozumień wertykalnych lub Sądu Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej dotyczącego stosowania art. 101 TFUE do porozumień wertykalnych. Urząd Nadzoru EFTA będzie w dalszym ciągu monitorować funkcjonowanie wyłączenia grupowego oraz wytycznych na podstawie informacji rynkowych od zainteresowanych stron i krajowych organów ds. konkurencji i może dokonać przeglądu niniejszego zawiadomienia w związku z przyszłymi zmianami sytuacji i coraz większym doświadczeniem w przedmiotowej dziedzinie.

⁽¹⁾ Dz.U. L 102 z 23.4.2010, s. 1, włączone do Porozumienia EOG decyzją Wspólnego Komitetu EOG nr 77/2010 z 11 czerwca 2010 r. (Dz.U. L 244 z 16.9.2010, s. 35 oraz Suplement EOG do Dz.U. nr 49 z 16.9.2010, s. 34).

2. Możliwość zastosowania art. 53 do porozumień wertykalnych

- (5) Artykuł 53 stosuje się do porozumień wertykalnych, które mogą wpływać na wymianę handlową między umawiającymi się stronami i które wyłączają, ograniczają lub naruszają konkurencję („ograniczenia wertykalne”) (¹). Artykuł 53 zapewnia ramy prawne oceny ograniczeń wertykalnych, które uwzględniają rozróżnienie skutków antykonkurencyjnych i prokonkurencyjnych. Artykuł 53 ust. 1 zakazuje tych porozumień, które znacznie ograniczają lub naruszają konkurencję, podczas gdy art. 53 ust. 3 wyłącza te porozumienia, które przynoszą dostatecznie dużo korzyści, aby przeważać skutki antykonkurencyjne (²).
- (6) Jeżeli chodzi o większość ograniczeń wertykalnych, problemy w zakresie konkurencji mogą się pojawić jedynie wówczas, gdy konkurencja na co najmniej jednym poziomie wymiany handlowej jest niedostateczna, tj. gdy istnieje pewien stopień siły rynkowej na poziomie dostawcy, na poziomie nabywcy lub na obydwu poziomach. Ograniczenia wertykalne są zasadniczo mniej szkodliwe niż ograniczenia horyzontalne i mogą zapewnić znaczny zakres wzrostu efektywności.
- (7) Celem art. 53 jest zagwarantowanie, by przedsiębiorstwa nie wykorzystywały porozumień – w tym kontekście porozumień wertykalnych – w celu ograniczania konkurencji na rynku ze szkodą dla konsumentów. Ocena ograniczeń wertykalnych jest istotna również w kontekście szerszego celu polegającego na zintegrowaniu terytorium objętego Porozumieniem EOG. Integracja rynku sprzyja konkurencji w Europejskim Obszarze Gospodarczym. Przedsiębiorstwom nie można pozwolić na ponowne stworzenie prywatnych barier między umawiającymi się stronami, skoro udało się znieść bariery między państwami.

II. POROZUMIENIA WERTYKALNE, KTÓRE ZASADNICZO NIE SĄ OBJĘTE ZAKRESEM ART. 53 UST. 1

1. Porozumienia o mniejszym znaczeniu i MSP

- (8) Porozumienia, które nie mogą w znaczący sposób wpłynąć na wymianę handlową między umawiającymi się stronami lub w znaczący sposób ograniczyć przedmiotu lub skutków konkurencji, nie są objęte art. 53 ust. 1. Wyłączenie grupowe ma zastosowanie jedynie do porozumień wchodzących w zakres stosowania art. 53 ust. 1. Niniejsze wytyczne pozostają bez uszczerbku dla stosowania zawiadomienia Urzędu Nadzoru EFTA sprawie porozumień o mniejszym znaczeniu, które nie ograniczają odczuwalnie konkurencji na podstawie art. 53 ust. 1 Porozumienia EOG (*de minimis*) (³) lub jakiegokolwiek przyszłego zawiadomienia w sprawie *de minimis*.
- (9) Z zastrzeżeniem warunków wymienionych w zawiadomieniu *de minimis* dotyczących najpoważniejszych ograniczeń konkurencji i kwestii odnoszących się do skutków łącznych, porozumienia wertykalne zawarte przez niekonkurujące przedsiębiorstwa, których indywidualny udział w danym rynku nie przekracza 15 %, zasadniczo uważa się za nieobjęte zakresem art. 53 ust. 1 (⁴). Nie przyjmuje się, że porozumienia wertykalne zawarte przez przedsiębiorstwa mające udział w rynku przekraczający 15 % automatycznie naruszają art. 53 ust. 1. Porozumienia między przedsiębiorstwami, których udział w rynku przekracza próg 15 %, mogą nie mieć znaczącego wpływu na wymianę handlową między umawiającymi się stronami, i nie muszą stanowić znaczącego ograniczenia konkurencji (⁵). Porozumienia takie powinny być oceniane w ich kontekście prawnym i ekonomicznym. Kryteria oceny poszczególnych porozumień wymieniono w pkt (96) do (229).

(¹) Zob. m.in. wyroki Trybunału Sprawiedliwości w sprawach połączonych 56/64 i 58/64 *Grundig-Consten* przeciwko Komisji [1966], Rec. 299; w sprawie 56/65 *Technique Minière* przeciwko *Machinenbau Ulm* [1966], Rec. 235; oraz orzeczenie Sądu Pierwszej Instancji w sprawie T-77/92 *Parker Pen* przeciwko Komisji [1994], Rec. II-549.

(²) W kwestii ogólnej metodyki stosowanej przez Urząd Nadzoru EFTA oraz jego interpretacji warunków stosowania art. 53 ust. 1, a w szczególności art. 53 ust. 3, zob. zawiadomienie Urzędu Nadzoru EFTA – Wytyczne w sprawie stosowania art. 53 ust. 3 Porozumienia EOG, przyjęte decyzją nr 123/04/COL (Dz.U. C 208 z 6.9.2007 r., z. 1 oraz Suplement EOG do Dz.U. nr 42 z 6.9.2007 r., s. 1.).

(³) Dz.U. C 67 z 20.3.2003, s. 20 oraz Suplement EOG do Dz.U. nr 15 z 20.3.2003, s. 11.

(⁴) W przypadku porozumień między przedsiębiorstwami konkurującymi próg udziału w rynku *de minimis* wynosi 10 % w odniesieniu do ich łącznego udziału w rynku na każdym właściwym rynku, którego to dotyczy.

(⁵) Zob. orzeczenie Sądu Pierwszej Instancji w sprawie T-7/93 *Langnese-Iglo* przeciwko Komisji [1995], Rec. II-1533, pkt 98.

- (10) W odniesieniu do najpoważniejszych ograniczeń konkurencji, o których mowa w obwieszczeniu *de minimis*, artykuł 53 ust. 1 może mieć zastosowanie poniżej progu 15 %, pod warunkiem istnienia znaczącego skutku dla wymiany handlowej między umawiającymi się stronami i dla konkurencji. W tym względzie istotne jest odnośne orzecznictwo Trybunału EFTA oraz Trybunału Sprawiedliwości i Sądu⁽¹⁾. Nawiązuje się również do ewentualnej konieczności dokonania oceny pozytywnych i negatywnych skutków wprowadzenia najpoważniejszych ograniczeń konkurencji opisanych w szczególności w pkt (47) niniejszych wytycznych.
- (11) Oprócz tego Urząd Nadzoru EFTA uważa, że – z zastrzeżeniem skutków łącznych i najpoważniejszych ograniczeń konkurencji – porozumienia wertykalne między małymi i średnimi przedsiębiorstwami, określone w załączniku do zalecenia Komisji z dnia 6 maja 2003 r. dotyczącego definicji mikroprzedsiębiorstw, małych i średnich przedsiębiorstw⁽²⁾, rzadko mogą wpływać w znaczący sposób na wymianę handlową między umawiającymi się stronami lub stanowić znaczące ograniczenie konkurencji w rozumieniu art. 53 ust. 1 i dlatego generalnie nie są objęte zakresem art. 53 ust. 1. W przypadkach, gdy porozumienia takie spełniają jednak warunki wymagające zastosowania art. 53 ust. 1 Urząd Nadzoru EFTA zwykle wstrzyma się z wszczęciem postępowania z powodu braku wystarczającego interesu dla Europejskiego Obszaru Gospodarczego, o ile przedsiębiorstwa te zbiorowo lub indywidualnie nie zajmują dominującej pozycji na znacznej części terytorium objętego Porozumieniem EOG.

2. Umowy agencyjne

2.1. Definicja umów agencyjnych

- (12) Agent jest osobą prawną lub fizyczną, której udziela się pełnomocnictwa do negocjowania i/lub zawierania umów w interesie innej osoby (dającego zlecenie), we własnym imieniu albo w imieniu dającego zlecenie, na:
- zakup towarów lub usług przez dającego zlecenie, lub
 - sprzedaż towarów lub usług dostarczonych przez dającego zlecenie.
- (13) Czynnikiem decydującym przy definiowaniu umowy agencyjnej dla celów stosowania art. 53 ust. 1 jest ryzyko finansowe lub handlowe ponoszone przez agenta w związku z działaniami, do których został wyznaczony jako agent przez dającego zlecenie⁽³⁾. W tym względzie dla oceny nie jest istotne, czy agent działa dla jednego czy dla kilku dających zlecenie. Dla potrzeb niniejszej oceny nie jest również istotna kwalifikacja umowy określona przez strony lub prawodawstwo krajowe.
- (14) Trzy rodzaje ryzyka finansowego lub handlowego są istotne dla zdefiniowania umowy agencyjnej dla celów stosowania art. 53 ust. 1. Po pierwsze jest to ryzyko bezpośrednio związane z umowami zawartymi lub negocjowanymi przez agenta w interesie dającego zlecenie, np. finansowanie zapasów. Po drugie chodzi o ryzyko dotyczące inwestycji związanych z konkretnym rynkiem. Są to inwestycje specjalnie wymagane przy danym rodzaju działalności, do której agent został wyznaczony przez dającego zlecenie, tj. które są konieczne, aby umożliwić agentowi zawarcie i/lub negocjowanie tego rodzaju umowy. Takie inwestycje są zwykle stracone, co oznacza, że po zaprzestaniu konkretnej działalności inwestycji nie można wykorzystać do innych działań lub sprzedać inaczej niż ze znaczącą stratą. Po trzecie istnieje ryzyko związane z innymi działaniami podejmowanymi na tym samym rynku produktowym w tej mierze, w jakiej dający zlecenie wymaga podjęcia takich działań przez agenta – ale nie w charakterze agenta działającego na rzecz dającego zlecenie, lecz na własne ryzyko.

⁽¹⁾ Zob. wyroki Trybunału Sprawiedliwości w sprawie 5/69 *Völk* przeciwko *Vervaecke* [1969], Rec. 295; w sprawie *Cadillon* przeciwko *Höss* [1971], Rec. 351 oraz w sprawie C-306/96 *Javico* przeciwko *Yves Saint-Laurent* [1998], Rec. I-1983, pkt 16 i 17.

⁽²⁾ Dz.U. L 124 z 20.5.2003, s. 36, włączone do Porozumienia EOG decyzją Wspólnego Komitetu EOG nr 131/2004 (Dz.U. L 64 z 10.3.2005, s. 67 oraz Suplement EOG do Dz.U. z 10.3.2005, s. 49).

⁽³⁾ Zob. orzeczenie Sądu Pierwszej Instancji w sprawie T-325/01 *Daimler Chrysler* przeciwko *Komisji* [2005], Rec. II-3319, wyroki Trybunału Sprawiedliwości w sprawie C-217/05 *Confederación Española de Empresarios de Estaciones de Servicio* przeciwko *CEPSA* [2006] Zb.Orz. I-11987; oraz w sprawie C-279/06 *CEPSA Estaciones de Servicio SA* przeciwko *LV Tobar e Hijos SL* [2008] Zb.Orz. I-6681.

- (15) Dla celów stosowania art. 53 ust. 1 umowa zostanie uznana za umowę agencyjną, jeżeli agent nie ponosi żadnego lub ponosi jedynie nieznaczne ryzyko w związku z umowami zawartymi i/lub negocjowanymi w interesie dającego zlecenie i w związku ze specyficznymi inwestycjami rynkowymi w danej dziedzinie działalności oraz w związku z innymi działaniami, których podjęcia na tym samym rynku produktowym wymaga dający zlecenie. Jednakże ryzyko związane ogólnie z działalnością polegającą na świadczeniu usług agencyjnych, takie jak ryzyko, iż dochód agenta jest uzależniony od jego sukcesów jako agenta lub ogólne inwestycje, na przykład w lokal lub personel, nie ma istotnego znaczenia dla tej oceny.
- (16) Dla celów stosowania art. 53 ust. 1 umowę uznaje się zasadniczo za umowę agencyjną, jeżeli agentowi nie jest przyznane prawo własności do zakupionych lub sprzedanych towarów objętych umową lub jeżeli sam nie świadczy usług objętych umową i jeżeli agent:
- a) nie uczestniczy w kosztach związanych z dostawą/zakupem towarów lub usług objętych umową, w tym w kosztach transportu towarów. Nie uniemożliwia to agentowi zapewnienia usług transportowych pod warunkiem, iż dający zlecenie te koszty pokrywa;
 - b) nie utrzymuje na własny koszt lub ryzyko zapasów towarów objętych umową, z uwzględnieniem kosztów finansowania zapasów oraz kosztów ubytku zapasów, i może zwrócić dającemu zlecenie niesprzedane towary bez opłaty, o ile nie ponosi winy (na przykład za nieprzestrzeżenie stosownych środków bezpieczeństwa w celu uniknięcia ubytku zapasów),
 - c) nie ponosi odpowiedzialności wobec osób trzecich za szkody spowodowane przez sprzedany produkt (odpowiedzialność za jakość produktu), o ile – jako agent – nie ponosi winy w tym względzie,
 - d) nie bierze na siebie odpowiedzialności za niewypełnienie umowy przez klienta, z wyjątkiem straty prowizji, o ile nie ponosi winy (na przykład z powodu nieprzestrzeżenia wystarczających środków bezpieczeństwa lub przeciwdziałania kradzieży lub nieprzestrzeżenia wystarczających środków związanych ze zgłoszeniem kradzieży dającemu zlecenie lub policji lub nieprzekazaniem dającemu zlecenie wszystkich niezbędnych dostępnych mu informacji dotyczących wiarygodności finansowej klienta),
 - e) nie jest bezpośrednio lub pośrednio obowiązany inwestować w stymulowanie zbytu, na przykład w formie uczestnictwa w budżecie na reklamę dającego zlecenie,
 - f) nie czyni związanych z konkretnym rynkiem inwestycji w wyposażenie, lokale lub szkolenie personelu, takich jak np. zbiornik zasobnikowy na benzynę w przypadku sprzedaży detalicznej benzyny lub określone oprogramowanie do sprzedaży polis ubezpieczeniowych w przypadku agentów ubezpieczeniowych, chyba że otrzymuje od dającego zlecenie pełen zwrot tych kosztów;
 - g) nie podejmuje na tym samym rynku produktowym innych działań wymaganych przez dającego zlecenie, chyba że otrzymuje od dającego zlecenie pełen zwrot kosztów takich działań.
- (17) Wykaz ten nie jest wyczerpujący. Jeżeli jednak agent ponosi jeden lub więcej z rodzajów ryzyka lub kosztów wymienionych w pkt (14), (15) i (16), umowa pomiędzy agentem a dającym zlecenie nie zostanie uznana za umowę agencyjną. Kwestię ryzyka należy oceniać w każdym indywidualnym przypadku i w odniesieniu do rzeczywistego kontekstu ekonomicznego danej sytuacji, a nie pod względem formalno-prawnym. Ze względów praktycznych analizę ryzyka można rozpocząć od oceny ryzyka bezpośrednio związanego z umową. Jeżeli ryzyko bezpośrednio związane z umową

ponosi agent, jest to wystarczające do stwierdzenia, że agent jest niezależnym dystrybutorem. Natomiast jeżeli agent nie ponosi ryzyka bezpośrednio związanego z umową, konieczne będzie kontynuowanie analizy poprzez ocenę ryzyka dotyczącego inwestycji związanych z konkretnym rynkiem. Ponadto jeżeli agent nie ponosi ryzyka związanego z umową ani ryzyka dotyczącego inwestycji związanych z konkretnym rynkiem, może być konieczne uwzględnienie ryzyka związanego z innymi wymaganymi działaniami na tym samym rynku produktowym.

2.2. Zastosowanie art. 53 ust. 1 do umów agencyjnych

- (18) W przypadku zdefiniowanych w sekcji 2.1 umów agencyjnych funkcja agenta polegająca na sprzedaży lub zakupie jest częścią działalności dającego zlecenie. Ponieważ dający zlecenie ponosi ryzyko handlowe i finansowe związane ze sprzedażą i zakupem objętych umową towarów i usług, wszystkie obowiązki nałożone na agenta w związku z umowami zawartymi i/lub negocjowanymi w interesie dającego zlecenie nie wchodzą w zakres art. 53 ust. 1. Poniższe obowiązki ze strony agenta będą uważane za stanowiące nieodłączną część umowy agencyjnej, ponieważ każdy z nich związany jest ze zdolnością dającego zlecenie do ustalenia zakresu działania agenta w związku z towarami lub usługami objętymi umową, co jest sprawą zasadniczą, jeżeli dający zlecenie ma podejmować ryzyko, a zatem mieć możliwość określania strategii handlowej:
- a) ograniczenia co do terytorium, na którym agent może sprzedawać te towary lub usługi,
 - b) ograniczenia co do klientów, którym agent może sprzedawać te towary lub usługi,
 - c) ceny i warunki, na jakich agent może sprzedawać te towary lub usługi.
- (19) Umowy agencyjne – oprócz tego, iż regulują warunki sprzedaży lub zakupu przez agenta towarów lub usług objętych umową w interesie dającego zlecenie – często zawierają postanowienia dotyczące stosunków między agentem i dającym zlecenie. W szczególności mogą one zawierać postanowienie uniemożliwiające dającemu zlecenie wyznaczenie innych agentów w odniesieniu do danego rodzaju transakcji, klientów lub terytorium (postanowienia o wyłącznym przedstawicielstwie) oraz postanowienie uniemożliwiające agentowi działanie w charakterze agenta lub dystrybutora przedsiębiorstw konkurujących z dającym zlecenie (postanowienia o jednomarkowości). Ponieważ agent jest przedsiębiorstwem odrębnym w stosunku do dającego zlecenie, przepisy dotyczące stosunków pomiędzy agentem a dającym zlecenie mogą naruszać art. 53 ust. 1. Postanowienia o wyłącznym przedstawicielstwie zasadniczo nie będą prowadzić do skutków antykonkurencyjnych. Jednak postanowienia o jednomarkowości oraz postanowienia o zakazie konkurencji w późniejszym okresie, które dotyczą konkurencji międzymarkowej zewnętrznej, mogą naruszać art. 53 ust. 1, jeżeli prowadzą lub przyczyniają się do powstania (łącznego) skutku w postaci zamknięcia dostępu do właściwego rynku, na którym towary lub usługi objęte umową są sprzedawane lub nabywane (zob. w szczególności sekcja VI.2.1). Na postanowienia takie może mieć korzystny wpływ wyłączenie grupowe, w szczególności jeżeli spełnione są warunki przewidziane w jego art. 5. Postanowienia te mogą również być uzasadnione poprawą efektywności na podstawie art. 53 ust. 3, jak to przykładowo opisano w pkt (144)–(148).
- (20) Umowa agencyjna może zatem wchodzić w zakres art. 53 ust. 1, nawet jeżeli dający zlecenie ponosi całe stosowne ryzyko finansowe i handlowe, gdy ułatwia ona znowę. Może tak być na przykład w przypadku gdy kilku dających zlecenia wykorzystuje tych samych agentów, zbiorowo uniemożliwiając innym korzystanie z ich usług lub jeżeli wykorzystują oni agentów do znowy dotyczącej strategii marketingowej lub do wymiany między dającymi zlecenie informacji istotnych dla rynku.
- (21) Jeżeli agent ponosi jeden rodzaj lub kilka rodzajów przedmiotowego ryzyka opisanego w pkt (16), umowa pomiędzy agentem a dającym zlecenie nie stanowi umowy agencyjnej dla celów zastosowania art. 53 ust. 1. W takiej sytuacji agent będzie traktowany jako niezależne przedsiębiorstwo, a umowa pomiędzy agentem a dającym zlecenie będzie podlegała przepisom art. 53 ust. 1 tak jak każde inne porozumienie wertykalne.

3. Umowy o podwykonawstwo

- (22) Podwykonawstwo dotyczy sytuacji, w których wykonawca zapewnia technologię lub wyposażenie podwykonawcy, który podejmuje się wytworzenia na ich podstawie określonych produktów (wyłączenie) na rzecz wykonawcy. Podwykonawstwo regulują przepisy zawarte w zawiadomieniu Urzędu Nadzoru EFTA dotyczącym przeprowadzanej przez Urząd oceny porozumień podwykonawczych w odniesieniu do art. 53 ust. 1 Porozumienia EOG ⁽¹⁾ (dalej „zawiadomienie w sprawie podwykonawstwa”). Zgodnie z tym zawiadomieniem, które nadal obowiązuje, porozumienia o podwykonawstwie, na podstawie których podwykonawca podejmuje się wytworzenia określonych produktów wyłącznie na rzecz wykonawcy, zasadniczo nie są objęte zakresem art. 53 ust. 1, pod warunkiem że technologia lub sprzęt są niezbędne, aby podwykonawca mógł wytworzyć produkty. Jednak inne ograniczenia nałożone na podwykonawcę, takie jak zobowiązanie do nieprzeprowadzania lub niewykorzystywania własnych prac badawczo-rozwojowych lub do niewytwarzania na potrzeby osób trzecich zasadniczo mogą pozostawać objęte zakresem art. 53 ⁽²⁾.

III. ZASTOSOWANIE WYŁĄCZENIA GRUPOWEGO

1. Bezpieczna przystań stworzona przez wyłączenie grupowe

- (23) Jeżeli chodzi o większość ograniczeń wertykalnych, problemy w zakresie konkurencji mogą się pojawić jedynie wówczas, gdy konkurencja na co najmniej jednym poziomie wymiany handlowej jest niedostateczna, tj. gdy istnieje pewien stopień siły rynkowej na poziomie dostawcy, na poziomie nabywcy lub na obydwu poziomach. Jeśli porozumienia wertykalne nie zawierają najpoważniejszych ograniczeń konkurencji, które są ograniczeniami konkurencji ze względu na cel, wyłączenie grupowe daje podstawy, by domniemywać zgodność z prawem porozumień wertykalnych w zależności od udziału w rynku dostawcy lub nabywcy. Zgodnie z art. 3 wyłączenia grupowego o możliwości zastosowania wyłączenia grupowego zasadniczo decyduje udział w rynku dostawcy na rynku, na którym sprzedaje on towary lub usługi objęte umową oraz udział w rynku nabywcy na rynku, na którym kupuje on towary lub usługi objęte umową. Aby wyłączenie grupowe mogło mieć zastosowanie, udział w rynku dostawcy oraz nabywcy, rozpatrywany każdy z osobna, może wynosić najwyżej 30 %. W sekcji V niniejszych wytycznych zawarte są wskazówki na temat sposobu definiowania rynku właściwego oraz obliczania udziałów w rynku. W przypadku udziału w rynku wynoszącego ponad 30 % nie można domniemywać, że porozumienie wertykalne wchodzi w zakres art. 53 ust. 1 lub nie spełnia warunków określonych w art. 53 ust. 3, ale także nie można domniemywać, że porozumienie wertykalne wchodzące w zakres art. 53 ust. 1 będzie zazwyczaj spełniać warunki zawarte w art. 53 ust. 3.

2. Zakres wyłączenia grupowego

2.1. Definicja porozumień wertykalnych

- (24) Porozumienie wertykalne zostało zdefiniowane w art. 1 ust. 1 lit. a) wyłączenia grupowego jako „porozumienie lub praktyka uzgodniona zawierana między dwoma lub więcej przedsiębiorstwami, działającymi – w ramach takiego porozumienia lub praktyki uzgodnionej – na różnych szczeblach obrotu w zakresie produkcji lub sprzedaży, które dotyczą warunków zakupu, sprzedaży lub odsprzedaży niektórych towarów lub usług przez ich strony”.
- (25) Definicja „porozumienia wertykalnego”, o którym mowa w pkt (24), zawiera cztery główne elementy:
- a) wyłączenie grupowe ma zastosowanie do porozumień oraz praktyk uzgodnionych. Wyłączenie grupowe nie ma zastosowania do jednostronnych praktyk zainteresowanych przedsiębiorstw. Takie praktyki jednostronne mogą wchodzić w zakres art. 54, który zakazuje nadużywania pozycji dominującej. Aby zaistniało porozumienie w rozumieniu art. 53 wystarczy, aby strony wyraziły wspólną intencję działania na rynku w określony sposób. Forma, w jakiej intencja ta zostaje wyrażona, jest nieistotna pod warunkiem, że wiernie wyraża intencje stron. Jeśli nie istnieje wyraźne porozumienie wyrażające zgodną wolę, Urząd Nadzoru EFTA będzie musiał udowodnić, że jednostronna polityka jednej strony uzyskuje zgodę drugiej strony. W przypadku porozumień wertykalnych istnieją dwa sposoby ustalenia zgody na określoną politykę jednostronną. Po pierwsze zgodę można wywnioskować na podstawie uprawnień przyznanych stronom w zawartym wcześniej porozumieniu o charakterze ogólnym. Jeżeli postanowienia zawarte w sporządzonym wcześniej porozumieniu przewidują, że strona przyjmie później konkretną jednostronną politykę, która będzie wiążąca wobec drugiej strony, lub ją do tego upoważniają, na podstawie takiego

⁽¹⁾ Załącznik VIII do decyzji nr 3/94/COL, Dz.U. L 153 z 18.6.1994, s. 30 oraz Supplement EOG do Dz.U. nr 15 z 18.6.1994, s. 29.

⁽²⁾ Zob. ust. 3 zawiadomienia w sprawie podwykonawstwa.

rozwiązania można przyjąć zaistnienie zgody drugiej strony⁽¹⁾. Po drugie jeżeli nie istnieje taka wyrażna zgoda, Urząd Nadzoru EFTA może wykazać istnienie milczącej zgody. W tym celu konieczne jest wykazanie najpierw, że jedna strona wymaga wyraźnie lub domyślnie współpracy od drugiej strony w celu wdrożenia jednostronnej polityki, a następnie że druga strona poddaje się temu wymaganiu, wprowadzając jednostronną politykę w życie⁽²⁾. Na przykład jeżeli po ogłoszeniu przez dostawcę jednostronnej redukcji dostaw w celu zapobieżenia handlowi równoległemu dystrybutorzy natychmiast zmniejszają swoje zamówienia i przestają uczestniczyć w handlu równoległym, wówczas dystrybutorzy ci wyrażają milcząca zgodę na jednostronną politykę dostawcy. Nie można tego jednak stwierdzić, jeżeli dystrybutorzy w dalszym ciągu uczestniczą w handlu równoległym lub starają się znaleźć nowe sposoby uczestniczenia w handlu równoległym. Podobnie w przypadku porozumień wertykalnych milcząca zgodę można wywnioskować na podstawie stopnia wymuszenia zastosowanego przez jedną stronę w celu narzucenia swojej jednostronnej polityki drugiej stronie lub drugim stronom porozumienia w powiązaniu z liczbą dystrybutorów, którzy rzeczywiście realizują w praktyce jednostronną politykę dostawcy. Na przykład system monitorowania i kar, wprowadzony przez dostawcę w celu karania dystrybutorów, którzy nie przestrzegają jego jednostronnej polityki, wskazuje na milcząca zgodę na jednostronną politykę dostawcy, jeżeli system ten umożliwia dostawcy praktyczne wdrożenie takiej polityki. Opisanie w niniejszym akapicie dwa sposoby ustalania istnienia zgody mogą być stosowane łącznie;

- b) porozumienie lub uzgodniona praktyka występuje między dwoma lub większą liczbą przedsiębiorstw. Wyłączeniem grupowym nie są objęte porozumienia wertykalne z konsumentami końcowymi nie działającymi jako przedsiębiorstwo. Mówiąc bardziej ogólnie – porozumienia z konsumentami końcowymi nie są objęte zakresem art. 53 ust. 1, ponieważ artykuł ten dotyczy jedynie porozumień między przedsiębiorstwami, decyzji związków przedsiębiorstw i uzgodnionych praktyk przedsiębiorstw. Pozostaje to bez uszczerbku dla stosowania art. 54;
 - c) porozumienie lub uzgodniona praktyka między dwoma lub większą liczbą przedsiębiorstw, z których każdy działa w ramach porozumienia na różnym szczeblu łańcucha produkcji lub dystrybucji. Oznacza to na przykład, że jedno przedsiębiorstwo produkuje surowiec, który drugie przedsiębiorstwo używa jako nakład, bądź też pierwszy jest producentem, drugi hurtownikiem, a trzeci detalistą. Nie ogranicza to aktywności przedsiębiorstwa na więcej niż jednym szczeblu łańcucha produkcji lub dystrybucji;
 - d) porozumienia lub uzgodnione praktyki odnoszą się do warunków, na jakich strony porozumienia, dostawca i nabywca „mogą kupować, sprzedawać lub odsprzedawać niektóre towary lub usługi”. Odzwierciedla to cel wyłączenia grupowego, czyli objęcie przez to rozporządzenie umów zakupu i dystrybucji. Są to umowy dotyczące warunków kupowania, sprzedaży lub odsprzedaży towarów lub usług świadczonych przez dostawcę i/lub dotyczące warunków sprzedaży przez nabywcę towarów lub usług zawierających te towary lub usługi. Na podstawie wyłączenia grupowego zarówno towary i usługi dostarczone przez dostawcę, jak i inne pochodzące od nich towary i usługi są uważane za towary i usługi objęte umową. Objęte są także porozumienia wertykalne dotyczące wszystkich końcowych i pośrednich towarów i usług. Jedynym wyjątkiem jest sektor samochodowy, tak długo, jak sektor ten pozostaje objęty szczególnym wyłączeniem grupowym, takim jak wyłączenie przyznane aktem, o którym mowa w pkt 4b załącznika XIV Porozumienia EOG (rozporządzenie Komisji (UE) nr 461/2010 z dnia 27 maja 2010 r.⁽³⁾), w sprawie stosowania art. 53 ust. 3 Porozumienia EOG do kategorii porozumień wertykalnych i praktyk uzgodnionych w sektorze pojazdów silnikowych lub aktem który go zastąpi. Towary lub usługi dostarczone przez dostawcę mogą być odsprzedane przez nabywcę lub mogą być przez niego użyte jako nakład przy produkcji jego własnych towarów lub usług.
- (26) Wyłączenie grupowe stosuje się również do towarów sprzedanych i zakupionych w celu wynajęcia osobom trzecim. Umowy najmu i dzierżawy jako takie nie są jednak objęte, ponieważ żaden towar ani usługa nie są nabywcy sprzedawane przez dostawcę. Mówiąc bardziej ogólnie wyłączenie grupowe nie obejmuje ograniczeń lub zobowiązań nie związanych z warunkami zakupu, sprzedaży i odsprzedaży, takich jak zobowiązanie uniemożliwiające stronom prowadzenia niezależnych działań badawczo-rozwojowych, które strony mogłyby włączyć w umowę będącą w innym wypadku porozumieniem wertykalnym. Ponadto art. 2 ust. 2–5 wyłączenia grupowego bezpośrednio lub pośrednio wyłącza pewne porozumienia wertykalne z zastosowania tego aktu.

⁽¹⁾ Wyrok Trybunału Sprawiedliwości w sprawie C-74/04 P *Komisja przeciwko Volkswagen AG* [2006], Zb.Orz. I-6585.

⁽²⁾ Orzeczenie Sądu Pierwszej Instancji w sprawie T-41/96 *Bayer AG przeciwko Komisji* [2000], Rec. II-3383.

⁽³⁾ Dz.U. L 129 z 28.5.2010, s. 52, włączone do pkt 4b w załączniku XIV do Porozumienia EOG decyzją nr 91/2010, Dz.U. L 277 z 21.10.2010, s. 44, oraz Supplement EOG do Dz.U. nr 59 z 21.10.2010, s. 13.

2.2. Porozumienia wertykalne między konkurentami

- (27) Artykuł 2 ust. 4 wyłączenia grupowego wyraźnie wyłącza z jego zastosowania „porozumienia wertykalne zawarte między przedsiębiorstwami konkurującymi”. Porozumieniami wertykalnymi między konkurentami – w odniesieniu do ewentualnych skutków zмовy – są przedmiotem wytycznych Urzędu Nadzoru EFTA w sprawie możliwości stosowania art. 53 Porozumienia EOG do porozumień o współpracy horyzontalnej⁽¹⁾. Wertykalne aspekty takich porozumień powinny być jednak oceniane na podstawie niniejszych wytycznych. W art. 1 ust. 1 lit. c) wyłączenia grupowego zdefiniowano przedsiębiorstwa konkurujące jako „faktycznych lub potencjalnych konkurentów”. Jeżeli dwa przedsiębiorstwa prowadzą działalność na tym samym rynku właściwym, traktuje się je jako faktycznych konkurentów. Dane przedsiębiorstwo traktuje się jako potencjalnego konkurenta innego przedsiębiorstwa, jeżeli w przypadku braku porozumienia wertykalnego istnieje prawdopodobieństwo, że to pierwsze przedsiębiorstwo, w odpowiedzi na niewielki, lecz stały wzrost cen względnych zdecydowałoby się przeprowadzić w krótkim czasie, zwykle nie dłuższym niż jeden rok, konieczne dodatkowe inwestycje lub ponieść inne niezbędne koszty dostosowawcze, aby wejść na rynek właściwy, na którym działa to drugie przedsiębiorstwo. Ta ocena musi opierać się na realistycznych podstawach; nie wystarczy czysto teoretyczna możliwość wejścia na dany rynek⁽²⁾. Dystrybutor dostarczający producentowi specyfikacje w celu wyprodukowania przez niego konkretnych towarów pod marką dystrybutora nie będzie uważany za producenta tego rodzaju markowych towarów.
- (28) Artykuł 2 ust. 4 wyłączenia grupowego przewiduje dwa wyjątki od stosowania ogólnego wyłączenia do porozumień wertykalnych pomiędzy konkurentami. Wyjątki te dotyczą porozumień o charakterze niewzajemnym. Porozumienia niewzajemne między konkurentami są objęte wyłączeniem grupowym, gdy: a) dostawca jest producentem i dystrybutorem towarów, a nabywca jedynie dystrybutorem i nie jest przedsiębiorstwem konkurującym na szczeblu produkcji lub b) dostawca świadczy usługi, działając na kilku szczeblach obrotu handlowego, a nabywca prowadzi działalność na szczeblu detalicznym i nie jest przedsiębiorstwem konkurującym na tym szczeblu obrotu handlowego, na którym nabywa usługi objęte porozumieniem. Pierwszy wyjątek obejmuje sytuacje podwójnej dystrybucji, tj. producent danych towarów działa również jako ich dystrybutor w konkurencji z niezależnymi dystrybutorami jego produktów. W przypadku podwójnej dystrybucji uważa się, że zasadniczo wszelki ewentualny wpływ na stosunki konkurencyjne między producentem a detalistą na szczeblu sprzedaży detalicznej ma mniejsze znaczenie niż potencjalny wpływ wertykalnych umów dostaw na ogólną konkurencję na szczeblu produkcji lub handlu detalicznego. Drugi wyjątek obejmuje podobne sytuacje związane z podwójną dystrybucją, ale tym razem w odniesieniu do usług, gdy dostawca dostarcza również produkty na szczeblu detalicznym, na którym prowadzi działalność nabywca.

2.3. Stowarzyszenia detalistów

- (29) Artykuł 2 ust. 2 wyłączenia grupowego włącza do jego zastosowania porozumienia wertykalne zawarte przez związek przedsiębiorstw, które spełnią pewne warunki i w ten sposób wyłącza z wyłączenia grupowego porozumienia wertykalne zawarte przez wszystkie inne związki. Porozumienia wertykalne zawarte między związkiem i jego członkami lub między związkiem i jego dostawcami są objęte wyłączeniem grupowym tylko wówczas, gdy wszyscy jego członkowie są sprzedawcami detalicznymi towarów (nie usług) i jeżeli obrót każdego z nich indywidualnie nie przekracza 50 mln EUR. Detaliści są to dystrybutorzy odsprzedający towary konsumentom końcowym. Jeżeli tylko ograniczona liczba członków związku ma obroty przekraczające 50 mln EUR oraz jeżeli łączne obroty tych członków stanowią mniej niż 15 % łącznych obrotów wszystkich członków, nie zmienia to zazwyczaj oceny na podstawie art. 53.
- (30) Związek przedsiębiorstw może uczestniczyć zarówno w porozumieniach horyzontalnych, jak i wertykalnych. Porozumienia horyzontalne muszą być oceniane zgodnie z zasadami zawartymi w wytycznych w sprawie możliwości stosowania art. 53 Porozumienia EOG do porozumień o współpracy horyzontalnej⁽³⁾. Jeżeli ta ocena doprowadzi do wniosku, iż współpraca między przedsiębiorstwami w dziedzinie zakupu lub sprzedaży jest możliwa do zaakceptowania, konieczna będzie dalsza ocena dla zbadania porozumień wertykalnych zawartych przez związek z jego dostawcami lub poszczególnymi członkami. Ta druga ocena będzie zgodna z zasadami wyłączenia grupowego i niniejszych wytycznych. Na przykład, porozumienia horyzontalne zawarte między członkami związku lub

⁽¹⁾ Dz.U. C 266 z 31.10.2002, s. 1 oraz Supplement EOG do Dz.U. nr 55 z 31.10.2002, s. 1.

⁽²⁾ Zob. zawiadomienie Urzędu Nadzoru EFTA w sprawie definicji rynku właściwego dla celów prawa konkurencji w Europejskim Obszarze Gospodarczym, Dz.U. L 200 z 16.7.1998, s. 46 oraz Supplement EOG do Dz.U. nr 28 z 16.7.1998, s. 3, pkt 20–24, XIII Raport Komisji w sprawie polityki dotyczącej konkurencji, pkt 55 oraz decyzja Komisji 90/410/EWG w sprawie nr IV/32 009 – *Elopak/Metal Box-Odin*, Dz.U. L 209 z 8.8.1990, s. 15.

⁽³⁾ Zob. pkt 27.

decyzje przyjęte przez związek, takie jak decyzja, aby wymagać od członków dokonywania zakupów od związku lub decyzja w sprawie przydzielenia członkom wyłączności terytoriów, należy najpierw ocenić jako porozumienie horyzontalne. Jeżeli ta ocena doprowadzi do wniosku, że porozumienie horyzontalne nie ma charakteru antykonkurencyjnego, konieczne jest przeprowadzenie oceny porozumień wertykalnych pomiędzy związkiem a poszczególnymi członkami lub pomiędzy związkiem a dostawcami.

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

- (31) Art. 2 ust. 3 wyłączenia grupowego obejmuje porozumienia wertykalne zawierające pewne postanowienia dotyczące przyznawania PWI lub korzystania z PWI przez nabywcę i w związku z tym wyłącza z wyłączenia grupowego wszystkie inne porozumienia wertykalne zawierające postanowienia dotyczące PWI. Wyłączenie grupowe ma zastosowanie do porozumień wertykalnych zawierających postanowienia dotyczące PWI, jeżeli spełnionych jest pięć warunków:
- a) postanowienia dotyczące PWI muszą być częścią porozumienia wertykalnego, tj. porozumienia zawierającego warunki, na jakich strony mogą kupować, sprzedawać lub odsprzedawać niektóre towary lub usługi,
 - b) PWI muszą być przyznane nabywcy lub może on z nich korzystać na podstawie licencji,
 - c) postanowienia dotyczące PWI nie mogą stanowić podstawowego przedmiotu porozumienia,
 - d) postanowienia dotyczące PWI muszą być bezpośrednio związane z wykorzystaniem, sprzedażą lub odsprzedaniem towarów lub usług przez nabywcę lub jego klientów. W przypadku franchisingu, gdy marketing stanowi cel wykorzystywania PWI, towary lub usługi są dystrybuowane przez głównego franchisingobiorcę lub franchisingobiorców,
 - e) postanowienia dotyczące PWI – w odniesieniu do towarów lub usług objętych umową - nie mogą zawierać ograniczeń konkurencji mających taki sam przedmiot lub skutek jak porozumienia wertykalne, które nie są objęte wyłączeniem grupowym.
- (32) Takie warunki zapewniają zastosowanie wyłączenia grupowego do porozumień wertykalnych, jeżeli korzystanie, sprzedaż lub odsprzedaż towarów lub usług mogą być realizowane skuteczniej, ponieważ PWI zostały przyznane lub przekazane nabywcy do korzystania na podstawie licencji. Innymi słowy, ograniczenia dotyczące przyznania lub korzystania z PWI mogą być objęte rozporządzeniem, jeżeli głównym celem porozumienia jest zakup lub dystrybucja towarów lub usług.
- (33) Zgodnie z pierwszym warunkiem kontekst dotyczący dostarczania PWI, stanowi porozumienie w celu zakupu lub dystrybucji towarów lub porozumienie w celu zakupu lub świadczenia usług, a nie porozumienie dotyczące przyznania lub upoważnienia do korzystania z PWI przy produkcji towarów, ani też czysta umowa licencyjna. Wyłączenie grupowe nie obejmuje na przykład:
- a) porozumień, na podstawie których jedna strona dostarcza drugiej stronie przepis i upoważnia drugą stronę do produkcji napojów według tego przepisu,
 - b) porozumień, na podstawie których jedna strona dostarcza drugiej stronie model lub wzorcową kopię i upoważnia drugą stronę do produkcji i dystrybucji kopii,
 - c) czystych licencji na korzystanie ze znaku towarowego lub oznaczenia do celów merchandisingu,

- d) umów sponsorskich dotyczących prawa do reklamowania się jako oficjalnego sponsora danej imprezy,
- e) upoważnień do korzystania z praw autorskich, takich jak umowy nadawania dotyczące prawa do nagrywania i/lub transmitowania imprezy.
- (34) Zgodnie z drugim warunkiem wyłączenie grupowe nie ma zastosowania, jeżeli PWI są dostarczone przez nabywcę dostawcy, niezależnie od tego, czy PWI dotyczą sposobu wytwarzania czy dystrybucji. Porozumienie dotyczące przeniesienia PWI na dostawcę i zawierające ewentualne ograniczenia sprzedaży dokonane przez dostawcę nie jest objęte wyłączeniem grupowym. Oznacza to w szczególności, iż zlecenie podwykonawstwa wiążące się z przekazaniem *know-how* podwykonawcy⁽¹⁾ nie wchodzi w zakres zastosowania wyłączenia grupowego (zob. także pkt (22)). Jednak porozumienia wertykalne, na podstawie których nabywca dostarcza dostawcy jedynie specyfikacje opisujące towary i usługi, jakie mają być dostarczone, wchodzą w zakres stosowania wyłączenia grupowego.
- (35) Zgodnie z trzecim warunkiem, aby porozumienie mogło być objęte wyłączeniem grupowym jego podstawowym celem nie może być przyznanie lub upoważnienie do korzystania z PWI. Podstawowym celem musi być zakup, sprzedaż lub odsprzedaż towarów lub usług, a postanowienia dotyczące PWI muszą służyć realizacji porozumienia wertykalnego.
- (36) Czwarty warunek wymaga, aby postanowienia dotyczące PWI ułatwiały wykorzystanie, sprzedaż lub odsprzedaż towarów lub usług przez nabywcę lub jego klientów. Towary lub usługi do użytku lub odsprzedaży są zazwyczaj dostarczane przez licencjodawcę, ale mogą być również zakupione przez licencjobiorcę od trzeciego dostawcy. Postanowienia dotyczące PWI będą zwykle dotyczyć wprowadzania towarów lub usług do obrotu. Przykładem mogłaby być umowa franchisingowa, w przypadku której franchisingodawca sprzedaje franchisingobiorcy towary do odsprzedaży i oprócz tego upoważnia franchisingobiorcę do używania jego znaku towarowego i *know-how* do wprowadzania towarów do obrotu lub gdy dostawca skoncentrowanego ekstraktu upoważnia nabywcę do rozcieńczenia i butelkowania ekstraktu przed sprzedaniem go jako napoju.
- (37) Piąty warunek oznacza w szczególności, że postanowienia dotyczące PWI nie powinny mieć takiego samego przedmiotu jak najpoważniejsze ograniczenia konkurencji wymienione w artykule 4 wyłączenia grupowego lub jakiegokolwiek ograniczenia wyłączone z zakresu wyłączenia grupowego przez art. 5 tego aktu (zob. pkt (47)–(69) niniejszych wytycznych).
- (38) Prawa własności intelektualnej, które są istotne z punktu widzenia stosowania realizacji porozumień wertykalnych w rozumieniu art. 2 ust. 3 wyłączenia grupowego, generalnie dotyczą trzech głównych obszarów: znaków towarowych, praw autorskich i *know-how*.

Znak towarowy

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

Prawa autorskie

- (40) Odsprzedawca towarów objętych prawem autorskim (książek, oprogramowania itp.) może być zobowiązany przez posiadacza praw autorskich do odsprzedaży jedynie pod warunkiem, iż nabywca – niezależnie od tego, czy jest to inny odsprzedawca, czy użytkownik końcowy – nie będzie naruszał praw autorskich. Takie obowiązki spoczywające na odsprzedawcy – w stopniu, w jakim w ogóle wchodzą w zakres art. 53 ust. 1 – są objęte wyłączeniem grupowym.

⁽¹⁾ Zob. zawiadomienie w sprawie podwykonawstwa (o którym mowa w pkt (22)).

- (41) Porozumienia, na podstawie których kopie trwałe oprogramowania są dostarczane do odsprzedaży, a odsprzedawca nie nabywa żadnych praw do oprogramowania, lecz jedynie ma prawo do odsprzedaży kopii trwałych, dla celów wyłączenia grupowego uznawane są za umowy o dostawę towarów do odsprzedaży. W ramach tej formy dystrybucji udzielanie licencji na oprogramowanie ma miejsce jedynie między właścicielem praw autorskich i użytkownikiem oprogramowania. Może ono mieć formę licencji „z półki”, tj. zestawu warunków dołączonych do opakowania trwałej kopii, które użytkownik końcowy zobowiązany jest zaakceptować otwierając opakowanie.
- (42) Nabywcy sprzętu komputerowego, zawierającego oprogramowanie chronione prawem autorskim, mogą zostać zobowiązani przez posiadacza tych praw do ich nienaruszania, i nie wolno im w związku z tym sporządzać kopii i odsprzedawać oprogramowania ani sporządzać kopii i używać oprogramowania w połączeniu z innym sprzętem. Takie ograniczenia użytkowania – w stopniu, w jakim w ogóle wchodzą w zakres art. 53 ust. 1 – są objęte wyłączeniem grupowym.

Know-how

- (43) Umowy franchisingowe, z wyjątkiem umów franchisingu przemysłowego, są najoczywistszym przykładem przekazywania nabywcy *know-how* w celach marketingowych⁽¹⁾. Umowy franchisingowe zawierają licencje dotyczące praw autorskich związanych ze znakami towarowymi lub oznaczeniami oraz *know-how* odnośnie do wykorzystania i dystrybucji towarów lub świadczenia usług. Oprócz udzielenia licencji na PWI, franchisingodawca zwykle zapewnia franchisingobiorcy w czasie trwania umowy pomoc handlową lub techniczną, jak usługi zaopatrzeniowe, szkolenia, doradztwo odnośnie do nieruchomości, planowanie finansowe itp. Licencja i pomoc są nieodłącznymi składnikami sposobu prowadzenia działalności objętego franchisingiem.
- (44) Udzielanie licencji w umowach franchisingowych jest objęte wyłączeniem grupowym, jeżeli zostało spełnione wszystkie pięć warunków wymienionych w pkt (31). Warunki te są się zazwyczaj spełnione, ponieważ na podstawie większości umów franchisingowych, w tym umów subfranchisingu, franchisingodawca dostarcza franchisingobiorcy towary i/lub usługi, w szczególności usługi z zakresu pomocy handlowej lub technicznej. PWI pomagają franchisingobiorcy w odsprzedaży produktów dostarczonych przez franchisingodawcę lub przez dostawcę wyznaczonego przez franchisingodawcę, albo w wykorzystaniu tych produktów i sprzedaży wynikających stąd towarów lub usług. Jeżeli umowa franchisingowa dotyczy jedynie lub przede wszystkim upoważnienia do korzystania z PWI, umowa taka nie jest objęta wyłączeniem grupowym, ale Urząd Nadzoru EFTA będzie z reguły stosował do niej zasady określone w wyłączeniu grupowym oraz w niniejszych wytycznych.
- (45) Poniższe zobowiązania związane z PWI są zwykle uważane za konieczne, aby chronić prawa własności intelektualnej franchisingodawcy i są również – jeżeli wchodzą w zakres art. 53 ust. 1 – objęte wyłączeniem grupowym:
- a) zobowiązanie franchisingobiorcy do nie angażowania się, bezpośrednio lub pośrednio, w jakąkolwiek podobną działalność;
 - b) zobowiązanie franchisingobiorcy do nie nabywania udziałów finansowych w kapitale konkurencyjnego przedsiębiorstwa, które dałyby franchisingobiorcy możliwość wpływania na postępowanie gospodarcze takiego przedsiębiorstwa;
 - c) zobowiązanie franchisingobiorcy do nieujawniania osobom trzecim *know-how* dostarczonego przez franchisingodawcę, tak długo, jak to *know-how* nie jest ogólnie znane;
 - d) zobowiązanie franchisingobiorcy do przekazania franchisingodawcy wszelkich doświadczeń zdobytych podczas franchisingu i do przyznania mu – oraz innym franchisingobiorcom – licencji niewyłącznej na *know-how* wynikającej z tych doświadczeń;

⁽¹⁾ Analogicznie punkty 43-45 mają zastosowanie do innych rodzajów umów dystrybucji, które są związane z przekazaniem nabywcy przez dostawcę istotnego *know-how*.

- e) zobowiązanie franchisingobiorcy do informowania franchisingodawcy o naruszeniach praw własności intelektualnej, na które udzielono licencji, do podjęcia postępowania przeciwko osobom naruszającym te prawa lub do wspierania franchisingodawcy w postępowaniu przeciwko takim osobom;
- f) zobowiązanie franchisingobiorcy do nie wykorzystywania *know-how*, na które franchisingodawca udzielił licencji do celów innych niż franchising;
- g) zobowiązanie franchisingobiorcy do nie przenoszenia praw i obowiązków wynikających z umowy franchisingowej bez zgody franchisingodawcy.

2.5. Związek z innymi wyłączeniami grupowymi

- (46) Artykuł 2 ust. 5 stanowi, iż wyłączenie grupowe „nie ma zastosowania do porozumień wertykalnych, których przedmiot wchodzi w zakres innego wyłączenia grupowego, chyba że taki akt stanowi inaczej”. Wyłączenie grupowe nie ma zatem zastosowania do porozumień wertykalnych objętych zakresem aktu, o którym mowa w pkt 5 załącznika XIV do Porozumienia EOG (rozporządzenie Komisji (WE) nr 772/2004 z dnia 27 kwietnia 2004 r. ⁽¹⁾), w sprawie stosowania art. 53 ust. 3 Porozumienia EOG do kategorii porozumień o transferze technologii, aktu, o którym mowa w pkt 4b załącznika XIV do Porozumienia EOG (rozporządzenie Komisji 461/2010 z dnia 27 maja 2010 r. ⁽²⁾), w sprawie stosowania art. 53 ust. 3 Porozumienia EOG do kategorii porozumień wertykalnych i praktyk uzgodnionych w sektorze pojazdów silnikowych lub aktu, o którym mowa w pkt 6 załącznika XIV do Porozumienia EOG (rozporządzenie Komisji (WE) nr 2658/2000 z dnia 29 listopada 2000 r. ⁽³⁾), w sprawie stosowania art. 53 ust. 3 Porozumienia EOG do kategorii porozumień specjalizacyjnych oraz aktu, o którym mowa w pkt 7 załącznika XIV do Porozumienia EOG (rozporządzenie Komisji (WE) nr 2659/2000 z dnia 29 listopada 2000 r. ⁽⁴⁾), w sprawie stosowania art. 53 ust. 3 Porozumienia EOG do kategorii porozumień o badaniach i rozwoju, wyłączających porozumienia wertykalne zawarte w związku z porozumieniami horyzontalnymi lub wszelkimi przyszłymi aktami tego rodzaju, chyba że taki akt stanowi inaczej.

3. Najpoważniejsze ograniczenia na podstawie wyłączenia grupowego

- (47) Artykuł 4 wyłączenia grupowego zawiera wykaz najpoważniejszych ograniczeń konkurencji, prowadzących do wyłączenia całego porozumienia wertykalnego z zakresu zastosowania wyłączenia grupowego ⁽⁵⁾. Jeżeli jedno z takich najpoważniejszych ograniczeń jest zawarte w porozumieniu, zakłada się, że porozumienie wchodzi w zakres art. 53 ust. 1. Zakłada się również, że porozumienie najprawdopodobniej nie spełnia warunków określonych w art. 53 ust. 3, a zatem nie ma zastosowania wyłączenie grupowe. Przedsiębiorstwa mogą jednak wykazać w indywidualnych przypadkach skutki prokonkurencyjne zgodnie z art. 53 ust. 3 ⁽⁶⁾. Jeśli przedsiębiorstwa uzasadnią, że wynikiem włączenia do porozumienia najpoważniejszych ograniczeń konkurencji jest prawdopodobny wzrost efektywności oraz wykażą, że zasadniczo spełnione są wszystkie warunki zawarte w art. 53 ust. 3, Urząd Nadzoru EFTA będzie zobowiązany do przeprowadzenia praktycznej oceny prawdopodobnego negatywnego wpływu na konkurencję przed dokonaniem ostatecznej oceny, czy spełnione zostały warunki zawarte w art. 53 ust. 3 ⁽⁷⁾.

⁽¹⁾ Dz.U. L 123 z 27.4.2004, s. 11, włączone do Porozumienia EOG decyzją Wspólnego Komitetu EOG nr 142/2005, Dz.U. L 198 z 28.7.2005, s. 42, oraz Supplement EOG do Dz.U. z 28.7.2005, s. 24.

⁽²⁾ Zob. pkt 25.

⁽³⁾ Dz.U. L 304 z 5.12.2000, s. 3, włączone do Porozumienia EOG decyzją Wspólnego Komitetu EOG nr 113/2000, Dz.U. L 52 z 22.2.2001, s. 38, oraz Supplement EOG do Dz.U. z 22.2.2001, s. 5.

⁽⁴⁾ Dz.U. L 304 z 5.12.2000, s. 7, włączone do Porozumienia EOG decyzją Wspólnego Komitetu EOG nr 113/2000, Dz.U. L 52 z 22.2.2001, s. 38, oraz Supplement EOG do Dz.U. z 22.2.2001, s. 5.

⁽⁵⁾ Ten wykaz najpoważniejszych ograniczeń konkurencji ma zastosowanie do porozumień wertykalnych dotyczących wymiany handlowej w Europejskim Obszarze Gospodarczym. W odniesieniu do porozumień wertykalnych dotyczących wywozu poza Europejski Obszar Gospodarczy lub przywozu/ponownego przywozu spoza Europejskiego Obszaru Gospodarczego zob. wyrok Trybunału Sprawiedliwości w sprawie Case C-306/96 *Javico* przeciwko *Yves Saint Laurent* [1998] Rec. I-1983. W wyroku tym ETC stwierdził w pkt 20, że „w przypadku porozumienia, w którym odsprzedający zobowiązuje się wobec producenta, że będzie prowadzić sprzedaż produktów objętych umową na rynku poza Wspólnotą, nie można uznać, że ma ono na celu znaczące ograniczenie konkurencji na wspólnym rynku lub że może ono wpłynąć samo w sobie na wymianę handlową między państwami członkowskimi”.

⁽⁶⁾ Zob. w szczególności pkt 106–109 opisujące ogólnie możliwe podniesienie efektywności związane z ograniczeniami wertykalnymi oraz sekcję VI.2.10 dotyczącą ograniczeń cen odsprzedaży. Ogólne wskazówki na ten temat – zob. zawiadomienie Urzędu Nadzoru EFTA – Wytczne w sprawie stosowania art. 53 ust. 3 Porozumienia EOG, przyjęte decyzją nr 123/04/COL (Dz.U. C 208 z 6.9.2007, s. 1 oraz Supplement EOG do Dz.U. nr 42 z 6.9.2007, s. 1).

⁽⁷⁾ Wprowadzie z prawnego punktu widzenia są to dwa odrębne etapy, ale w praktyce mogą one stanowić powtarzalny proces, w ramach którego strony i Urząd Nadzoru EFTA w kilku etapach rozszerzają i udoskonalają odpowiednio swoje argumenty.

- (48) Najpoważniejsze ograniczenie konkurencji wymienione w art. 4 lit. a) wyłączenia grupowego dotyczy kształtowania cen odsprzedaży (KCO), tj. porozumień lub uzgodnionych praktyk, których bezpośrednim lub pośrednim celem jest ustanowienie stałej lub minimalnej ceny odsprzedaży, bądź stałego lub minimalnego poziomu cen, który musi być przestrzegany przez nabywcę. W przypadku postanowień umownych lub uzgodnionych praktyk, które bezpośrednio ustalają cenę odsprzedaży, ograniczenie jest niewątpliwe. KCO można jednak osiągnąć dzięki środkom pośrednim. Ich przykładem są umowy ustalające marżę dystrybucji, ustalanie maksymalnego poziomu upustu, jakiego dystrybutor może dokonać od wymaganego poziomu cen, uzależnianie przyznania rabatu lub zwrotu kosztów promocji przez dostawcę od przestrzegania danego poziomu cen, wiązanie wymaganej ceny odsprzedaży z cenami odsprzedaży konkurentów, pogroźki, zastraszanie, ostrzeżenia, kary, opóźnianie lub zawieszanie dostaw lub rozwiązanie umów w związku z przestrzeganiem danego poziomu cen. Bezpośrednie lub pośrednie środki służące ustalaniu cen mogą być skuteczniejsze w połączeniu ze środkami służącymi identyfikacji dystrybutorów obniżających ceny, takimi jak wprowadzenie systemu monitorowania cen lub obowiązek detalistów informowania o innych członkach sieci dystrybucji, którzy odchodzą od standardowego poziomu cen. Podobnie, bezpośrednie lub pośrednie ustalanie cen może być skuteczniejsze w połączeniu ze środkami zmniejszającymi bodźce nabywcy do obniżania ceny odsprzedaży, takimi jak drukowanie przez dostawcę zalecanej ceny odsprzedaży na produkcie lub zobowiązania nabywcy przez dostawcę do stosowania klauzuli uprzywilejowanego traktowania klienta. Te same pośrednie środki i te same „wspierające” działania mogą być wykorzystane do tego, aby ceny maksymalne lub zalecane działały jako KCO. Jednak wykorzystanie konkretnego środka wsparcia lub dostarczenie nabywcy przez dostawcę wykazu zalecanych cen lub cen maksymalnych nie jest samo w sobie uważane za prowadzące do KCO.
- (49) W przypadku umów agencyjnych dający zlecenie zwykle ustala cenę sprzedaży, jako że agent nie staje się właścicielem towarów. Jeżeli jednak takiej umowy nie można zakwalifikować jako umowy agencyjnej dla celów stosowania art. 53 ust. 1 (zob. pkt (12)–(21)), zobowiązanie uniemożliwiające lub ograniczające dzielenie się przez agenta prowizją – stałą lub zmienną – z klientem byłoby najpoważniejszym ograniczeniem konkurencji na podstawie art. 4 lit. a) wyłączenia grupowego. Aby uniknąć włączenia takiego najpoważniejszego ograniczenia konkurencji do umowy, agent powinien zatem mieć pozostawioną swobodę obniżania faktycznej ceny zapłaconej przez klienta bez zmniejszania dochodu dającego zlecenie⁽¹⁾.
- (50) Najpoważniejsze ograniczenie konkurencji wymienione w art. 4 lit. b) wyłączenia grupowego dotyczy porozumień lub uzgodnionych praktyk, których bezpośrednim lub pośrednim celem jest ograniczenie sprzedaży przez nabywcę będącego stroną porozumienia lub jego klientów, na tyle na ile ograniczenia te związane są z terytorium, na którym nabywca lub jego klienci mogą sprzedawać towary lub usługi objęte umową, lub z klientami, którym mogą je sprzedawać. To najpoważniejsze ograniczenie konkurencji wiąże się z dzieleniem rynku według terytoriów lub według grup klientów. Może to być wynikiem bezpośrednich zobowiązań, takich jak obowiązek rezygnacji ze sprzedaży pewnym klientom czy klientom na pewnych terytoriach lub zobowiązania do kierowania zamówień od tych klientów do innych dystrybutorów. Może to również wynikać ze środków pośrednich, mających na celu skłonienie dystrybutora do niesprzedawania towarów takim klientom, takich, jak: odmowa lub zmniejszenie premii i rabatów, zakończenie dostaw, zmniejszenie wielkości dostaw lub ograniczenie dostaw do popytu na przydzielonym terenie lub do grupy klientów, groźba rozwiązania umowy, żądanie wyższej ceny za produkty, które mają być eksportowane, ograniczenie części sprzedaży, która może być eksportowana lub zobowiązanie do przekazywania zysków. Może ponadto wynikać z tego, iż dostawca nie świadczy usług gwarancyjnych na terenie całego EOG, w ramach których dystrybutorzy zwykle są zobowiązani do świadczenia usług gwarancyjnych, a ich koszty są zwracane przez dostawcę, nawet w związku z produktami sprzedawanymi przez innych dystrybutorów na ich terenie⁽²⁾. Prawdopodobieństwo, iż takie praktyki będą postrzegane jako ograniczenie sprzedaży nabywcy jest tym większe, gdy są stosowane w połączeniu z wprowadzeniem przez dostawcę systemu monitorowania mającego na celu sprawdzanie faktycznego przeznaczenia dostarczanych towarów, np. używania zróżnicowanych etykiet lub numerów serii. Obowiązki odsprzedaży związane z eksponowaniem marki dostawcy nie są jednak klasyfikowane jako najpoważniejsze ograniczenie konkurencji. Ponieważ art. 4 lit. b) dotyczy wyłącznie ograniczeń odnoszących się do sprzedaży nabywcy lub jego klientów, wynika z tego, że ograniczenia sprzedaży dostawcy również nie są najpoważniejszym ograniczeniem konkurencji z zastrzeżeniem uwag zawartych w pkt (59)

⁽¹⁾ Zob. na przykład decyzja Komisji 91/562/EWG w sprawie nr IV/32 737 – *Eirpage*, Dz.U. L 306 z 7.11.1991, s. 22, w szczególności pkt 6.

⁽²⁾ Jeżeli dostawca postanowi nie zwracać swoim dystrybutorom kosztów usług świadczonych na podstawie gwarancji obejmującej EOG, może dojść do porozumienia z tym dystrybutorami, zgodnie z którym dystrybutor prowadzący sprzedaż poza przydzielonym sobie terenem będzie uiszczal na rzecz dystrybutora wyznaczonego na tym terenie docelowym opłatę opartą na kosztach świadczonych usług (usług które mają być świadczone) z uwzględnieniem rozsądnej marży zysku. Tego rodzaju system może nie być traktowany jako ograniczenie sprzedaży dystrybutora poza jego terenem (zob. wyrok Sądu Pierwszej Instancji w sprawie T-67/01 *JCB Service* przeciwko Komisji [2004] Rec. II-49, pkt 136 do 145).

dotyczących sprzedaży części zamiennych w kontekście art. 4 lit. e) wyłączenia grupowego. Artykuł 4 lit. b) ma zastosowanie bez uszczerbku dla ograniczenia w odniesieniu do miejsca prowadzenia działalności nabywcy. W związku z tym przywilej wynikający z wyłączenia grupowego nadal ma zastosowanie, jeżeli zostanie uzgodnione, że nabywca ograniczy swoje punkty dystrybucji i hurtownie do określonego adresu, miejsca lub terenu.

- (51) W art. 4 lit. b) wyłączenia grupowego przewidziano cztery wyjątki od najpoważniejszego ograniczenia konkurencji. Pierwszy wyjątek przewidziany w art. 4 lit. b) ppkt (i) pozwala dostawcy na ograniczenie aktywnej sprzedaży nabywcy będącego stroną porozumienia, prowadzonej na określonym obszarze lub wobec określonej grupy klientów, które zostały przydzielone na zasadzie wyłączności innemu nabywcy lub które dostawca zarezerwował dla siebie. Wyłączny przydział terytorium lub grupy klientów ma miejsce, gdy dostawca zgadza się na sprzedaż swoich produktów wyłącznie jednemu dystrybutorowi w celu dystrybucji na określonym terytorium lub określonej grupie klientów, a wyłączny dystrybutor jest chroniony przed aktywną sprzedażą na jego terytorium lub jego grupie klientów ze strony dostawcy na terenie Europejskiego Obszaru Gospodarczego, bez względu na wielkość sprzedaży tego dostawcy. Dostawca ma prawo łączyć przydział wyłącznego terytorium i wyłącznej grupy klientów na przykład poprzez wyznaczenie wyłącznego dystrybutora dla określonej grupy klientów na określonym terytorium. Taka ochrona przydzielonych na wyłączność terytoriów lub grup klientów musi jednak umożliwiać sprzedaż bierną na tych terytoriach lub tym grupom klientów. Do celów stosowania art. 4 lit. b) wyłączenia grupowego Urząd Nadzoru EFTA przyjmuje następującą interpretację sprzedaży „aktywnej” i „biernej”:
- sprzedaż „aktywna” oznacza nawiązywanie kontaktów z poszczególnymi konsumentami poprzez – na przykład – bezpośrednie listy, w tym wysyłanie niezamawianych wiadomości poczty elektronicznej, lub wizyty lub aktywne kontakty z konkretną grupą klientów lub klientami na konkretnym terytorium za pośrednictwem reklam w mediach, w Internecie lub innych promocji specjalnie ukierunkowanych na tę grupę klientów lub na klientów na tym terenie. Reklama lub promocja, która jest atrakcyjna wyłącznie dla nabywcy, jeżeli trafi ona (również) do konkretnej grupy klientów lub klientów na konkretnym terytorium, jest uznawana za sprzedaż aktywną na rzecz tej grupy klientów lub klientów na tym terytorium.
 - „sprzedaż „bierna” oznacza odpowiadanie na niezamówione wnioski ze strony klientów indywidualnych, w tym dostawę towarów lub usług takim klientom. Ogólne reklamy lub promocja, które docierają do klientów na (wyłącznych) terytoriach lub należących do grup przydzielonych innym dystrybutorom, będące odpowiednim sposobem docierania do klientów na terytoriach nie objętych wyłącznością lub do grup klientów na własnym terytorium, uważa się za sprzedaż bierną. Reklamy i promocje ogólne uważa się za odpowiedni sposób dotarcia do takich klientów, jeśli dla nabywców poczynienie takich inwestycji byłoby atrakcyjne, również jeśli nie dotarłyby one do klientów w ramach terytoriów lub grup klientów należących (wyłącznie) do innych dystrybutorów.
- (52) Internet jest skutecznym narzędziem umożliwiającym dotarcie do większej liczby klientów oraz bardziej zróżnicowanych grup klientów niż w przypadku tradycyjnych metod sprzedaży i z tego względu pewne ograniczenia dotyczące wykorzystania Internetu zostały uwzględnione w ograniczeniach dotyczących (od)sprzedaży. Zasadniczo każdy dystrybutor musi mieć prawo wykorzystywać Internet w celu sprzedaży produktów. Generalnie wykorzystywanie przez dystrybutora strony internetowej w celu sprzedaży produktów jest uznawane za formę sprzedaży biernej, ponieważ jest to uzasadniony sposób umożliwiający klientom dotarcie do dystrybutora. Wykorzystywanie strony internetowej może mieć skutki poza własnym terytorium dystrybutora i jego grupę klientów. Skutki takie wynikają jednak z technologii umożliwiającej łatwy dostęp z każdego miejsca. Jeżeli klient odwiedza stronę internetową dystrybutora i kontaktuje się z nim i jeżeli taki kontakt prowadzi do sprzedaży, w tym dostawy, wówczas jest to uważane za sprzedaż bierną. Tak samo jest w przypadku, gdy klient zgadza się na otrzymywanie (przekazywanych automatycznie) informacji od dystrybutora i to prowadzi do sprzedaży. Oferowanie możliwości wyboru języka na stronie internetowej nie zmienia samo w sobie biernego charakteru takiej sprzedaży. Urząd Nadzoru EFTA uważa zatem poniższe działania za przykładowe najpoważniejsze ograniczenia sprzedaży biernej, ponieważ mogą one ograniczyć możliwości dotarcia przez dystrybutora do większej liczby klientów oraz bardziej zróżnicowanych grup klientów:
- a) uzgodnienie, że (wyłączny) dystrybutor uniemożliwi klientom znajdującym się na innym (wyłącznym) terytorium oglądanie jego strony internetowej lub że będzie automatycznie przekierowywał klientów na stronę internetową producenta lub innych (wyłącznych) dystrybutorów; nie wyklucza to uzgodnienia, że na stronie internetowej dystrybutora zostaną ponadto zamieszczone łącza do stron internetowych innych dystrybutorów lub dostawcy;
 - b) uzgodnienie, że (wyłączny) dystrybutor, zakończy transakcje internetowe konsumentów w momencie, kiedy okaże się, że dane ich karty kredytowej zawierają adres znajdujący się poza (wyłącznym) terytorium dystrybutora;

- c) uzgodnienie, że dystrybutor ograniczy swoją część łącznej sprzedaży dokonywanej przez Internet. Nie wyklucza to żądania przez dostawcę, bez ograniczania sprzedaży internetowej prowadzonej przez dystrybutora, aby nabywca sprzedawał przynajmniej pewną bezwzględną ilość (wyrażoną jako wartość lub ilość/liczbę) produktów poza Internetem, aby zapewnić efektywne funkcjonowanie swojego lokalu handlowego (fizycznego punktu sprzedaży); nie umożliwia to też podejmowania przez dostawcę działań w celu upewnienia się, że działalność prowadzona przez dystrybutora przez Internet pozostaje w zgodzie z modelem dystrybucji dostawcy (zob. pkt (54) i (56)); bezwzględna ilość wymaganej sprzedaży poza Internetem może być taka sama dla wszystkich nabywców lub określana indywidualnie dla każdego nabywcy na podstawie obiektywnych kryteriów takich, jak: pozycja nabywcy w sieci lub jego umiejscowienie geograficzne;
- d) uzgodnienie, że dystrybutor płaci wyższą cenę za produkty przeznaczone do odsprzedaży przez dystrybutora w Internecie niż za produkty przeznaczone do odsprzedaży poza Internetem; nie wyklucza to uzgodnienia przez dostawcę z nabywcą stałej opłaty (tj. opłaty, która nie ma charakteru zmiennego i której kwota nie wzrasta wraz z obrotem osiągniętym poza Internetem, ponieważ pośrednio prowadziłyby to do stosowania podwójnych cen) w celu wspierania działań nabywcy w zakresie sprzedaży w Internecie lub poza nim.
- (53) Ograniczenie wykorzystywania Internetu przez dystrybutorów będących stroną porozumienia jest zgodne z wyłączeniem grupowym w takim zakresie, w jakim promocja w Internecie lub wykorzystywanie Internetu prowadziłyby do sprzedaży aktywnej na przykład na terytoriach innych wyłącznych dystrybutorów lub na rzecz innych grup klientów. Urząd Nadzoru EFTA uważa reklamy internetowe skierowane do określonych klientów za formę aktywnej sprzedaży na rzecz tych klientów. Na przykład banery ukierunkowane na określone terytorium, zamieszczane na stronach internetowych osób trzecich, stanowią formę aktywnej sprzedaży na terytorium, na którym są one wyświetlane. Ogólnie rzecz biorąc działania podejmowane w szczególności na danym terytorium lub wobec określonej grupy klientów stanowią aktywną sprzedaż na tym terytorium lub na rzecz tej grupy klientów. Na przykład opłacanie wyszukiwarki internetowej lub dostawcy reklam internetowych za wyświetlanie reklam specjalnie dla użytkowników na konkretnym terytorium stanowi aktywną sprzedaż na tym terytorium.
- (54) Na podstawie wyłączenia grupowego dostawca jednak może wymagać pewnych standardów jakości przy wykorzystaniu strony internetowej do odsprzedaży jego towarów, podobnie jak może wymagać pewnych standardów jakości od sklepu, w przypadku sprzedaży katalogowej lub ogólnie w reklamie i promocji. Może mieć to znaczenie szczególnie przy dystrybucji selektywnej. Na podstawie wyłączenia grupowego dostawca może na przykład uwarunkować przystąpienie przez dystrybutorów do sieci jego dystrybucji posiadaniem przynajmniej jednego lokalu handlowego lub salonu wystawowego. Na podstawie wyłączenia grupowego możliwe także jest późniejsze zmodyfikowanie takiego warunku, chyba że zmiany takie miałyby na celu bezpośrednio lub pośrednio ograniczenie sprzedaży prowadzonej przez dystrybutorów przez Internet. Podobnie dostawca może zażądać od dystrybutorów, aby wykorzystywali platformy osób trzecich w celu dystrybucji produktów objętych umową jedynie zgodnie ze standardami i warunkami uzgodnionymi przez dostawcę i jego dystrybutorów w związku z wykorzystywaniem Internetu przez dystrybutorów. Jeżeli na przykład platforma osoby trzeciej zapewnia hosting strony internetowej dystrybutora, dostawca może wymagać, aby klienci nie wchodzili na stronę internetową dystrybutora poprzez stronę zawierającą nazwę lub logo platformy osoby trzeciej.
- (55) Istnieją trzy inne wyjątki od najpoważniejszego ograniczenia konkurencji w art. 4 lit. b) wyłączenia grupowego. Wszystkie te trzy wyjątki umożliwiają ograniczenie sprzedaży aktywnej, jak i biernej. W ramach pierwszego wyjątku dozwolone jest powstrzymanie hurtownika od sprzedaży użytkownikom końcowym, co umożliwia dostawcy utrzymanie odrębności szczebla hurtowego i detalicznego obrotu handlowego. Ten wyjątek nie wyklucza jednak możliwości prowadzenia przez hurtownika sprzedaży na rzecz określonych użytkowników ostatecznych, takich jak więksi użytkownicy ostateczni, bez zezwalania na prowadzenie sprzedaży na rzecz (wszystkich) innych użytkowników ostatecznych. Drugi wyjątek pozwala dostawcy na ograniczenie wyznaczonemu dystrybutorowi w systemie dystrybucji selektywnej swobody prowadzenia sprzedaży – na dowolnym szczeblu obrotu handlowego – na rzecz nieautoryzowanych dystrybutorów zlokalizowanych na terytorium, na którym aktualnie działa taki system lub na którym dostawca jeszcze nie prowadzi sprzedaży produktów objętych umową (zwane w art. 4 lit. b) ppkt (iii) „terytorium, na którym dostawca postanowił stosować system”). Trzeci wyjątek pozwala dostawcy na powstrzymanie nabywcy składników, któremu dostarcza się składniki do włączenia, od odsprzedaży ich konkurentom dostawcy. Termin „składnik” obejmuje wszelkie towary pośrednie, a termin „włączenie” oznacza korzystanie z wszelkich nakładów do produkcji towarów.
- (56) Najpoważniejsze ograniczenie konkurencji wymienione w art. 4 lit. c) wyłączenia grupowego wyłącza ograniczenia aktywnej i biernej sprzedaży użytkownikom końcowym – niezależnie od tego, czy są to profesjonalni użytkownicy końcowi, czy bezpośredni konsumenci – przez członków sieci dystrybucji selektywnej, bez uszczerbku dla możliwości zakazania członkowi sieci prowadzenia działalności poza

nie zatwierdzonym miejscem prowadzenia działalności. Zatem dealerzy w systemie dystrybucji selektywnej – zdefiniowanym w art. 1 ust. 1 lit. e) wyłączenia grupowego – nie mogą być ograniczani odnośnie do wyboru użytkowników, którym mogą sprzedawać towary lub usługi, lub agentów nabywających działających w imieniu tych użytkowników, chyba że w celu ochrony systemu wyłącznej dystrybucji stosowanego gdzie indziej (zob. pkt 51). W systemie dystrybucji selektywnej dealerzy powinni mieć swobodę prowadzenia sprzedaży aktywnej i biernej wszystkim użytkownikom końcowym, również przy pomocy Internetu. Dlatego też Urząd Nadzoru EFTA uważa za najpoważniejsze ograniczenie konkurencji wszelkie zobowiązania odwołujące wyznaczonych dealerów od wykorzystywania Internetu w celu dotarcia do większej liczby klientów oraz bardziej zróżnicowanych grup klientów poprzez nałożenie na sprzedaż przez Internet kryteriów, które nie są ogólnie równoważne z kryteriami odnoszącymi się do sprzedaży w lokalu handlowym. Nie oznacza to, że kryteria dotyczące sprzedaży przez Internet muszą być identyczne jak kryteria dla sprzedaży poza Internetem. Powinny one raczej dotyczyć tych samych celów i zapewniać porównywalne wyniki, a różnica między tymi kryteriami musi być uzasadniona różnym charakterem tych dwóch metod dystrybucji. Aby zapobiec sprzedaży nieautoryzowanym dealerom, dostawca może na przykład zażądać od swoich wybranych dealerów, by nie sprzedawali indywidualnym użytkownikom końcowym więcej niż określonej ilości produktów objętych umową. Wymóg taki może być surowszy w przypadku sprzedaży przez Internet, jeżeli nieautoryzowanemu dealerowi łatwiej jest zdobyć te produkty za pomocą Internetu. Podobnie może on być surowszy w przypadku sprzedaży poza Internetem, jeżeli łatwiej jest zdobyć produkty w lokalu handlowym. Aby zapewnić terminową dostawę produktów objętych umową, w przypadku sprzedaży poza Internetem dostawca może wymagać natychmiastowego dostarczania produktów. Ponieważ nie można narzucić takiego samego wymogu dla sprzedaży przez Internet, dostawca może wyznaczyć określone realistyczne terminy dostaw dla takiej sprzedaży. W przypadku sprzedaży przez Internet może zaistnieć konieczność określenia szczególnych wymogów dotyczących wsparcia po sprzedaży zapewnianego przez Internet, aby pokryć koszty zwrotu produktów przez klientów, a także stosowania bezpiecznych systemów płatności.

- (57) Na terytorium, na którym dostawca stosuje dystrybucję selektywną, dystrybucja selektywna nie może być połączona z dystrybucją wyłączną, ponieważ prowadziłoby to do jednego z najpoważniejszych ograniczeń aktywnej lub biernej sprzedaży przez dealerów na podstawie art. 4 lit. c) wyłączenia grupowego, z wyjątkiem tego, że można nakładać ograniczenia na możliwość określenia przez dealera miejsca, w którym prowadzi on działalność. Niektórzy dealerzy mogą nie być w stanie prowadzić działalności w różnych lokalach lub otworzyć nowego punktu sprzedaży w innym miejscu. W takiej sytuacji wykorzystanie przez dystrybutora własnej strony internetowej nie może być traktowane tak jak otwarcie nowego punktu sprzedaży w innej lokalizacji. Jeżeli punkt sprzedaży dealera jest ruchomy, może zostać określony obszar poza którym ruchomy punkt sprzedaży nie może działać. Dodatkowo dostawca może zobowiązać się do prowadzenia dostaw tylko dla jednego dealera lub ograniczonej liczby dealerów w konkretnej części terytorium, na którym stosuje się system dystrybucji selektywnej.
- (58) Najpoważniejsze ograniczenie konkurencji wymienione w art. 4 lit. d) wyłączenia grupowego dotyczy ograniczenia wzajemnych dostaw między wyznaczonymi dystrybutorami w ramach systemu dystrybucji selektywnej. W związku z tym bezpośrednim lub pośrednim celem porozumienia lub uzgodnionej praktyki nie może być uniemożliwienie lub ograniczenie aktywnej lub biernej sprzedaży produktów objętych umową między wybranymi dystrybutorami. Wybrani dystrybutorzy muszą mieć swobodę zakupu produktów objętych umową od innych wyznaczonych dystrybutorów w ramach sieci, działających na tym samym lub na innym szczeblu obrotu handlowego. Zatem dystrybucja selektywna nie może być połączona z ograniczeniami wertykalnymi mającymi na celu zmuszenie dystrybutorów do nabywania produktów objętych umową wyłącznie z danego źródła. Oznacza to również, iż w ramach sieci dystrybucji selektywnej nie można nałożyć żadnych ograniczeń na wyznaczonych hurtownikach odnośnie do sprzedawania przez nich produktu wyznaczonym detalistom.
- (59) Najpoważniejsze ograniczenie konkurencji wymienione w art. 4 lit. e) wyłączenia grupowego dotyczy porozumień, które uniemożliwiają lub ograniczają uzyskiwanie przez użytkowników końcowych, niezależnych serwisantów i usługodawców, części zamiennych bezpośrednio od producenta tych części. Umowa między producentem części zamiennych i nabywcą, który włącza te części do własnych produktów (producent oryginalnego sprzętu – POS), nie może – bezpośrednio lub pośrednio – uniemożliwiać lub ograniczać sprzedaży tych części przez producenta użytkownikom końcowym, niezależnym serwisantom i usługodawcom. Ograniczenia pośrednie mogą pojawiać się w szczególności wówczas, gdy dostawca części zamiennych jest ograniczony w dostarczaniu informacji technicznych i specjalnego sprzętu, koniecznych do wykorzystania części zamiennych przez użytkowników, niezależnych serwisantów i usługodawców. Jednak porozumienie może nałożyć ograniczenia na dostawę części zamiennych serwisantom i usługodawcom, którym producent oryginalnego sprzętu powierzył naprawę lub serwisowanie jego własnych produktów. Innymi słowy – producent oryginalnego sprzętu może wymagać, aby jego własna sieć napraw i serwisu kupowała części zamienne od niego.

4. Indywidualne przypadki najpoważniejszych ograniczeń dotyczących sprzedaży, które mogą wykraczać poza zakres art. 53 ust. 1 lub które mogą spełniać warunki określone w art. 53 ust. 3

- (60) Najpoważniejsze ograniczenia mogą być obiektywnie niezbędne w wyjątkowych przypadkach ze względu na rodzaj lub charakter danego porozumienia ⁽¹⁾ i wykraczać w związku z tym poza zakres art. 53 ust. 1. Na przykład najpoważniejsze ograniczenia mogą być obiektywnie niezbędne do zapewnienia przestrzegania publicznego zakazu sprzedaży substancji niebezpiecznych określonym klientom ze względów bezpieczeństwa lub ze względów zdrowotnych. Ponadto przedsiębiorstwa mogą powołać się w indywidualnych przypadkach na efektywność zgodnie z art. 53 ust. 3. W niniejszej sekcji podano kilka przykładów ograniczeń dotyczących (od)sprzedaży, natomiast kształtowanie cen odsprzedaży omówiono w sekcji VI.2.10.
- (61) Dystrybutor, który jako pierwszy będzie sprzedawać nową markę lub jako pierwszy będzie sprzedawać istniejącą markę na nowym rynku, zapewniając w ten sposób rzeczywiste wejście na rynek właściwy, może być zmuszony do poczynienia znaczących inwestycji, jeżeli nie było wcześniej popytu na tego typu produkt w ogóle lub na tego typu produkt od tego producenta. Wydatki takie często mogą być nie do odzyskania i w takich okolicznościach dystrybutor może nie zawrzeć umowy dystrybucji bez uzyskania przez pewien czas ochrony przed prowadzeniem przez innych dystrybutorów sprzedaży (aktywnej oraz) biernej na jego własnym terytorium lub na rzecz jego własnej grupy klientów. Taka sytuacja może mieć miejsca na przykład wówczas, gdy producent o ustalonej pozycji na danym rynku krajowym wchodzi na inny rynek krajowy i wprowadza swoje produkty przy pomocy wyłącznego dystrybutora i gdy dystrybutor ten potrzebuje dokonać inwestycji we wprowadzenie marki na ten nowy rynek i ugruntowanie jej pozycji. Dlatego też, jeśli konieczne jest, by dystrybutor poczynił znaczące inwestycje w celu stworzenia lub rozwinięcia nowego rynku, ograniczenia sprzedaży biernej prowadzonej przez innych dystrybutorów w ramach takiego terytorium lub na rzecz takiej grupy klientów, które są niezbędne, aby dystrybutor mógł odzyskać koszty tych inwestycji, zasadniczo nie wchodzi w zakres art. 53 ust. 1 przez pierwsze dwa lata, kiedy to dystrybutor sprzedaje objęte umową towary lub usługi na tym terytorium lub tej grupie klientów, nawet jeżeli zazwyczaj przyjmuje się, że takie najpoważniejsze ograniczenia wchodzi w zakres art. 53 ust. 1.
- (62) W przypadku faktycznego testowania nowego produktu na ograniczonym terytorium lub wśród ograniczonej grupy klientów oraz w przypadku stopniowego wprowadzania nowego produktu dystrybutorzy wyznaczeni do sprzedaży nowego produktu na rynku próbnym lub do uczestniczenia w pierwszym etapie (pierwszych etapach) stopniowego wprowadzania produktu na rynek mogą być ograniczeni, jeżeli chodzi o czynną sprzedaż poza rynkiem próbnym lub rynkiem (rynkami), na którym (których) produkt wprowadza się w pierwszej kolejności przez okres niezbędny do przetestowania lub wprowadzenia produktu na rynek, a takie ograniczenie nie wchodzi w zakres art. 53 ust. 1.
- (63) W przypadku systemu dystrybucji selektywnej wzajemne dostawy między wyznaczonymi dystrybutorami w ramach systemu dystrybucji selektywnej powinny zasadniczo pozostać nieograniczone (zob. pkt (58)). Jednakże jeżeli wyznaczeni hurtownicy usytuowani na różnych terytoriach są zobowiązani do zainwestowania w działania promocyjne na „swoich” terytoriach, by wspierać sprzedaż wyznaczonych detalistów i nie jest możliwe w praktyce określenie w drodze umowy wymaganych działań promocyjnych, ograniczenia aktywnej sprzedaży prowadzonej przez hurtowników na rzecz wyznaczonych detalistów na terytoriach innych hurtowników, mające na celu przezwyciężenie ewentualnych problemów związanych z niewłaściwą działalnością rynkową (ang. *free-riding*), mogą w indywidualnych przypadkach spełniać warunki zawarte w art. 53 ust. 3.
- (64) Ogólnie rzecz biorąc uzgodnienie, że dystrybutor płaci wyższą cenę za produkty przeznaczone do odsprzedaży przez dystrybutora w Internecie w stosunku do ceny za produkty przeznaczone do odsprzedaży poza Internetem („stosowanie podwójnych cen”) stanowi przykład najpoważniejszego ograniczenia (zob. pkt (52)). W niektórych okolicznościach takie uzgodnienie może jednak spełniać warunki określone w art. 53 ust. 3. Takie okoliczności mogą wystąpić wówczas, gdy producent uzgadnia takie stosowanie podwójnych cen ze swoimi dystrybutorami, ponieważ sprzedaż przez Internet pociąga za sobą znacznie wyższe koszty dla producenta niż sprzedaż prowadzona poza Internetem. Na przykład gdy sprzedaż poza Internetem obejmuje montaż w domu przez dystrybutora, natomiast sprzedaż przez Internet tego nie obejmuje, ta ostatnia może wiązać się zwiększoną liczbą reklamacji składanych przez klientów i roszczeń gwarancyjnych wysuwanych wobec producenta. W tym kontekście Urząd Nadzoru EFTA zbada również, w jakim zakresie ograniczenie może prowadzić do ograniczenia sprzedaży przez Internet oraz utrudnić dystrybutorowi dotarcie do większej liczby klientów oraz innych grup klientów.

⁽¹⁾ Zob. pkt 18 zawiadomienia Urzędu Nadzoru EFTA – Wytyczne w sprawie stosowania art. 53 ust. 3 Porozumienia EOG, przyjęte decyzją nr 123/04/COL (Dz.U. C 208 z 6.9.2007, s. 1 oraz Suplement EOG do Dz.U. nr 42 z 6.9.2007, s. 1.).

5. Ograniczenia konkurencji wykluczone na podstawie wyłączenia grupowego

- (65) Artykuł 5 wyłączenia grupowego wyklucza pewne zobowiązania z zakresu stosowania tego wyłączenia, nawet jeżeli nie został przekroczony próg udziału w rynku. Wyłączenie grupowe nadal ma jednak zastosowanie do pozostałej części porozumienia wertykalnego, jeżeli ta część da się oddzielić od zobowiązań nieobjętych wyłączeniem.
- (66) Pierwsze wyłączenie jest przewidziane w art. 5 ust. 1 lit. a) wyłączenia grupowego i dotyczy zakazów konkutowania. Zakazy konkutowania są to uzgodnienia, w których wyniku nabywca dokonuje u dostawcy lub we wskazanym przezeń innym przedsiębiorstwie ponad 80 % wszystkich swoich zakupów towarów i usług objętych porozumieniem i ich substytutów dokonanych w poprzednim roku kalendarzowym (zob. definicja w art. 1 ust. 1 lit. d) wyłączenia grupowego), co uniemożliwia nabywcy zakup konkurencyjnych towarów lub usług lub ogranicza taki zakup do mniej niż 20 % łącznych zakupów. Jeżeli w pierwszym roku po zawarciu porozumienia brak jest danych dotyczących nabywcy za rok poprzedzający podpisanie umowy, mogą być wykorzystane najdokładniejsze dane szacunkowe nabywcy dotyczące jego łącznego rocznego zapotrzebowania. Takie zakazy konkutowania nie są objęte wyłączeniem grupowym, jeżeli ich czas obowiązywania jest nieokreślony lub przekracza pięć lat. Zakazy konkutowania, które są w sposób milczący odnawiane po upływie pięciu lat, nie są również objęte wyłączeniem grupowym (zob. art. 5 ust. 1 akapit drugi). Ogólnie zakazy konkutowania są wyłączone na podstawie tego aktu, jeżeli czas ich obowiązywania jest ograniczony do pięciu lub mniej lat, a nie istnieją żadne przeszkody uniemożliwiające nabywcy skuteczne zakończenie zakazu konkutowania po upływie okresu pięciu lat. Jeżeli na przykład umowa przewiduje pięcioletni zakaz konkutowania, a dostawca zapewnia nabywcy pożyczkę, spłata tej pożyczki nie może uniemożliwiać nabywcy faktycznego zakończenia zakazu konkutowania po upływie okresu pięciu lat. Podobnie, jeżeli dostawca zaopatruje nabywcę w sprzęt, który nie jest związany z konkretną umową, nabywca powinien mieć możliwość przejęcia sprzętu zgodnie z jego wartością rynkową po upływie zakazu konkutowania.
- (67) Limit pięciu lat czasu trwania nie ma zastosowania, gdy towary lub usługi są odsprzedawane przez nabywcę „w lokalu i na terenie stanowiącym własność dostawcy lub dzierżawionym przez dostawcę od osób trzecich nie związanych z nabywcą”. W takich przypadkach zakaz konkutowania może trwać tyle samo, ile okres zajmowania punktu sprzedaży przez nabywcę (art. 5 ust. 2 wyłączenia grupowego). Wyjątek ten jest spowodowany tym, iż zazwyczaj nie można się spodziewać, aby dostawca pozwolił na sprzedaż konkurencyjnych produktów w lokalu i na terenie stanowiącym jego własność bez jego zgody. Analogicznie te same zasady mają zastosowanie, gdy nabywca do prowadzenia działalności wykorzystuje ruchomy punkt sprzedaży będący własnością dostawcy lub dzierżawiony przez dostawcę od osoby trzeciej niezwiązanej z nabywcą. W odniesieniu do sztucznych stosunków własności, takich jak przeniesienie przez dystrybutora praw własności do terenu lub lokalu na dostawcę tylko na ograniczony czas, mających na celu uniknięcie limitu pięciu lat nie można zastosować tego wyjątku.
- (68) Drugie wykluczenie z zakresu wyłączenia grupowego jest przewidziane w art. 5 ust. 1 lit. b) wyłączenia grupowego i dotyczy zakazów konkutowania po zakończeniu porozumienia, nakładanych na nabywcę. Takie zakazy konkutowania nie są zwykle objęte wyłączeniem grupowym, chyba że zobowiązanie takie jest konieczne do ochrony *know-how* przekazanego nabywcy przez dostawcę, jest ograniczone do punktu sprzedaży, w którym nabywca działał w trakcie obowiązywania porozumienia i jest ograniczone do maksymalnie jednego roku (zob. art. 5 ust. 3 wyłączenia grupowego). Zgodnie z definicją zawartą w art. 1 ust. 1 lit. g) wyłączenia grupowego *know-how* musi być „istotne”, co oznacza, że „*know-how* obejmuje informacje ważne i użyteczne dla nabywcy z punktu widzenia używania, sprzedaży lub odsprzedaży towarów lub usług objętych porozumieniem”.
- (69) Trzecie wykluczenie z zakresu wyłączenia grupowego jest przewidziane w art. 5 ust. 1 lit. c) wyłączenia grupowego i dotyczy sprzedaży konkurencyjnych towarów w systemie dystrybucji selektywnej. Wyłączenie grupowe obejmuje połączenie dystrybucji selektywnej z zakazem konkutowania, obligując dealerów do nie odsprzedawania generalnie konkurencyjnych marek. Jeżeli jednak dostawca uniemożliwia swym wyznaczonym dealerom, bezpośrednio lub pośrednio, kupowanie produktów do odsprzedaży od konkretnych konkurencyjnych dostawców, takie zobowiązanie nie może korzystać z przywileju wyłączenia grupowego. Celem wyłączenia takiego zobowiązania jest uniknięcie sytuacji, w której pewna liczba dostawców korzystających z tych samych punktów dystrybucji selektywnej

uniemożliwia jednemu konkretnemu konkurentowi lub pewnym konkretnym konkurentom korzystania z tych punktów do dystrybucji ich produktów (zamknięcie dostępu do rynku konkurującemu dostawcy, które stanowiłoby formę zbiorowego bojkotu) ⁽¹⁾.

6. Podzielność

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

7. Gama produktów dystrybuowanych w tym samym systemie dystrybucji

- (72) Jeżeli dostawca wykorzystuje tę samą umowę dystrybucji do dystrybuowania kilku towarów/usług, niektóre z nich z uwagi na próg udziału w rynku mogą być objęte wyłączeniem grupowym, podczas gdy inne nie. W tym przypadku wyłączenie grupowe ma zastosowanie do tych towarów i usług, w odniesieniu do których spełnione są warunki tego zastosowania.
- (73) W stosunku do towarów lub usług, które nie są objęte wyłączeniem grupowym, stosuje się zwykłe zasady konkurencji, co oznacza, że:
- a) nie ma wyłączenia grupowego, ale również domniemania bezprawności,
 - b) jeżeli ma miejsce naruszenie art. 53 ust. 1, które nie podlega wyłączeniu, można rozważyć, czy istnieją odpowiednie środki prawne do rozwiązania problemu konkurencji w ramach istniejącego systemu dystrybucji,
 - c) jeżeli takie odpowiednie środki prawne nie istnieją, zainteresowany dostawca będzie musiał dokonać innych ustaleń w sprawie dystrybucji.

Sytuacja taka może również powstać wtedy, gdy stosuje się art. 54 w odniesieniu do pewnych produktów, ale nie w odniesieniu do innych.

IV. WYCOFANIE WYŁĄCZENIA GRUPOWEGO I ZAPRZESTANIE STOSOWANIA WYŁĄCZENIA GRUPOWEGO

1. Procedura wycofania

- (74) Domniemanie zgodności z prawem przyznane wyłączeniem grupowym może zostać wycofane, gdy porozumienie wertykalne, rozpatrywane pojedynczo lub łącznie z podobnymi porozumieniami egzekwowanymi przez konkurujących dostawców lub nabywców, wchodzi w zakres art. 53 ust. 1 i nie spełnia wszystkich warunków art. 53 ust. 3.

⁽¹⁾ Przykład działań pośrednich mających tego rodzaju skutki zamykające dostęp do rynku można znaleźć w decyzji Komisji 92/428/EWG w sprawie Nr IV/33 542 – *Parfum Givenchy* (Dz.U. L 236 z 19.8.1992, s. 11).

- (75) Warunki określone w art. 53 ust. 3 mogą w szczególności nie być spełnione, gdy dostęp do rynku właściwego lub konkurencja na tym rynku jest znacznie ograniczona przez łączne skutki równoległych sieci podobnych porozumień wertykalnych wykorzystywanych przez konkurujących dostawców lub nabywców. Równoległe sieci porozumień wertykalnych powinny być postrzegane jako podobne do siebie, jeżeli zawierają ograniczenia powodujące podobne skutki dla rynku. Taka sytuacja może mieć miejsce, gdy na danym rynku niektórzy dostawcy stosują czysto jakościową dystrybucję selektywną, a inni dostawcy – ilościową dystrybucję selektywną. Taka sytuacja może także wystąpić wówczas, gdy na danym rynku łączne zastosowanie kryteriów jakościowych zamyka sprawniej działającym dystrybutorom dostęp do rynku. W takich okolicznościach ocena musi uwzględniać antykonkurencyjne skutki, jakie można przypisać poszczególnym sieciom porozumień. Tam gdzie jest to właściwe, wycofanie może dotyczyć jedynie określonego kryterium jakościowego lub jedynie ograniczeń ilościowych nałożonych na pełną liczbę autoryzowanych dystrybutorów.
- (76) Odpowiedzialność za antykonkurencyjny łączny skutek można przypisać jedynie tym przedsiębiorstwom, które mają w nim znaczny udział. Porozumienia zawarte przez przedsiębiorstwa, których wkład w łączny skutek jest nieznaczny, nie są objęte zakresem zakazu przewidzianego w art. 53 ust. 1⁽¹⁾ i nie podlegają zatem wycofaniu. Ocena takiego udziału zostanie dokonana zgodnie z kryteriami zawartymi w punktach (128)–(229).
- (77) Jeżeli zostaje zastosowana procedura wycofania, na Urzędzie Nadzoru EFTA spoczywa ciężar udowodnienia, że porozumienie wchodzi w zakres art. 53 ust. 1 i że nie spełnia ono jednego lub kilku warunków określonych w art. 53 ust. 3. Decyzja o wycofaniu może mieć jedynie skutek *ex nunc*, co oznacza, że wpływa na wyłączony status porozumienia dopiero w dniu, w którym wycofanie wchodzi w życie.
- (78) Komisja Europejska oraz Urząd Nadzoru EFTA mają wspólnie, zgodnie z postanowieniami art. 56 Porozumienia EOG dotyczącym rozdziału przypadków między tymi dwoma organami, wyłączne prawo do wycofania przywileju wyłączenia grupowego w odniesieniu do porozumień wertykalnych ograniczających konkurencję na właściwym rynku geograficznym, który jest szerszy od terytorium jednego państwa EOG. Jeżeli terytorium państwa EOG lub jego część, mająca wszystkie cechy odrębnego rynku geograficznego, stanowi właściwy rynek geograficzny, właściwy organ nadzoru i dane państwo EOG mają równoległe kompetencje do zastosowania wycofania.

2. Zaprzestanie stosowania wyłączenia grupowego

- (79) Artykuł 6 wyłączenia grupowego upoważnia Urząd Nadzoru EFTA do stwierdzenia, w drodze zalecenia, że wyłączenie grupowe nie ma zastosowania, gdy równoległe sieci podobnych ograniczeń wertykalnych obejmują ponad 50 % rynku właściwego. Takie zalecenie skierowane jest do państwa lub państw EFTA stanowiących dany rynek właściwy.
- (80) Zważywszy, że wycofanie przywileju wyłączenia grupowego pociąga za sobą przyjęcie decyzji stwierdzającej naruszenie art. 53 przez pojedyncze przedsiębiorstwo, zamierzonym skutkiem zalecenia na podstawie art. 6 jest po prostu odebranie, w odniesieniu do danych ograniczeń i rynków, przywileju stosowania wyłączenia grupowego i przywrócenie pełnego stosowania art. 53 ust. 1 i ust. 3. Po przyjęciu przez państwo lub państwa EFTA zalecenia Urzędu Nadzoru EFTA o zaprzestaniu stosowania wyłączenia grupowego do pewnych ograniczeń wertykalnych na konkretnym rynku, zastosowaniem art. 53 do poszczególnych porozumień będą kierowały kryteria określone na podstawie stosownych orzeczeń Trybunału EFTA, Trybunału Sprawiedliwości i Sądu oraz zawiadomień i wcześniejszych decyzji przyjętych przez Urząd Nadzoru EFTA. W stosownym przypadku Urząd Nadzoru EFTA podejmie decyzję w indywidualnej sprawie, która może stanowić wskazówkę dla wszystkich przedsiębiorstw działających na danym rynku.

⁽¹⁾ Wyrok Trybunału Sprawiedliwości z dnia 28 lutego 1991 r. w sprawie C-234/89, *Stergios Delimitis* przeciwko *Henninger Bräu AG*, Rec. [1991] s. I-935.

- (81) Dla celów wyliczenia 50 % wskaźnika pokrycia rynku należy uwzględnić wszystkie poszczególne sieci porozumień wertykalnych zawierających ograniczenia lub połączenia ograniczeń powodujące podobne skutki dla rynku. Artykuł 6 wyłączenia grupowego nie pociąga za sobą obowiązku Urzędu Nadzoru EFTA do działania, jeżeli zostanie przekroczony 50 % wskaźnik pokrycia rynku. Generalnie zaprzestanie stosowania jest właściwe wówczas, gdy jest prawdopodobne, że dostęp do rynku właściwego lub konkurencja na tym rynku są znacznie ograniczone. Może to mieć miejsce szczególnie w przypadku, gdy równoległe sieci dystrybucji selektywnej, obejmujące ponad 50 % rynku mogą zamknąć rynek, stosując kryteria doboru nie wymagane przez charakter danych towarów lub dyskryminujące pewne formy dystrybucji, właściwe w odniesieniu do sprzedaży takich towarów.
- (82) Oceniając potrzebę zastosowania art. 6 wyłączenia grupowego Urząd Nadzoru EFTA rozważy, czy indywidualne wycofanie byłoby właściwszym środkiem prawnym. Może to zależeć w szczególności od liczby konkurencyjnych przedsiębiorstw przyczyniających się do łącznego skutku dla rynku lub liczby dotkniętych nim rynków geograficznych na obszarze EOG.
- (83) Wszelkie zalecenia, o których mowa w art. 6 wyłączenia grupowego, muszą mieć wyraźnie określony zakres. Dlatego Urząd Nadzoru EFTA musi najpierw zdefiniować właściwy produkt i rynek(-i) geograficzny(-e), a następnie musi zidentyfikować rodzaj ograniczenia wertykalnego, w odniesieniu do którego wyłączenie grupowe nie będzie już miało zastosowania. Jeżeli chodzi o ten ostatni aspekt, Urząd Nadzoru EFTA może zmodyfikować zakres zalecenia stosowanie do problemu w zakresie konkurencji, do którego zamierza się odnieść. Na przykład, chociaż wszystkie równoległe sieci porozumień związanych z jedną marką powinny być brane pod uwagę w celu ustalenia 50 % wskaźnika pokrycia rynku, Urząd Nadzoru EFTA może jednak ograniczyć zakres zalecenia o zaprzestaniu stosowania jedynie do zakazów konkurowania przekraczających pewien okres. Może to zatem nie wpłynąć na porozumienia o krótszym czasie trwania lub o mniej restrykcyjnym charakterze ze względu na mniejszy stopień zamykania dostępu do rynku przypisywany takim ograniczeniom. Podobnie, gdy na konkretnym rynku dystrybucja selektywna jest stosowana w połączeniu z dodatkowymi ograniczeniami, takimi jak zakaz konkurowania lub narzucanie nabywcy wysokości zakupów, zalecenie o zaprzestaniu stosowania może dotyczyć tylko tych dodatkowych ograniczeń. W stosownych okolicznościach Urząd Nadzoru EFTA może również sformułować wskazówki poprzez określenie poziomu udziału rynkowego, który w kontekście konkretnego rynku może być postrzegany jako niedostateczny do tego, aby pojedyncze przedsiębiorstwo miało znaczący udział w łącznym skutku.
- (84) Na podstawie art. 6 wyłączenia grupowego, włączonego do Porozumienia EOG (zob. dostosowanie przewidziane w pkt 2 załącznika XIV do Porozumienia EOG), Urząd Nadzoru EFTA będzie musiał odczekać przejściowy okres trzech miesięcy, zanim zalecenie o zaprzestaniu stosowania wyłączenia grupowego zostanie uznane za przyjęte automatycznie przez państwo lub państwa EFTA, do którego lub których zostało ono skierowane. Jeżeli państwo lub państwa EFTA, do którego lub których zalecenie zostało skierowane, przyjmuje zalecenie lub nie odpowiada w terminie, na podstawie Porozumienia EOG nałożony zostanie na to państwo lub państwa prawny obowiązek wprowadzenia zalecenia w życie w ciągu trzech miesięcy od jego wydania. Powinno to umożliwić zainteresowanym przedsiębiorstwom takie dostosowanie porozumień, aby uwzględniły one zalecenie o zaprzestaniu stosowania wyłączenia grupowego.
- (85) Zalecenie o zaprzestaniu stosowania wyłączenia grupowego nie będzie miało wpływu na status wyłączenia danych porozumień w okresie przed datą rozpoczęcia jego stosowania.

V. DEFINICJA RYNKU I OBLICZANIE UDZIAŁU W RYNKU

1. Zawiadomienie Urzędu Nadzoru EFTA w sprawie definicji rynku właściwego

- (86) W zawiadomieniu Urzędu Nadzoru EFTA w sprawie definicji rynku właściwego dla celów prawa konkurencji w Europejskim Obszarze Gospodarczym⁽¹⁾ znajdują się wskazówki dotyczące zasad, kryteriów i dowodów, z jakich Urząd Nadzoru EFTA korzysta przy rozważaniu zagadnień związanych z definicją rynku. Zawiadomienie to nie będzie szerzej omówione w niniejszych wytycznych. Powinno ono stanowić podstawę dla zagadnień związanych z definicją rynku. Niniejsze wytyczne obejmują jedynie konkretne zagadnienia pojawiające się w kontekście ograniczeń wertykalnych, które nie zostały omówione w tym zawiadomieniu.

⁽¹⁾ Decyzja nr 46/98/COL, Dz.U. L 200 z 16.7.1998, s. 46 oraz Supplement EOG do Dz.U. nr 28 z 16.7.1998, s. 3.

2. Rynek właściwy dla obliczenia 30 % udziału w rynku na podstawie wyłączenia grupowego

- (87) Na podstawie art. 3 wyłączenia grupowego udział w rynku zarówno dostawcy, jak i nabywcy jest decydujący dla stwierdzenia, czy wyłączenie grupowe ma zastosowanie. Aby wyłączenie grupowe mogło mieć zastosowanie, udział w rynku dostawcy na rynku, na którym sprzedaje nabywcy produkty objęte umową, jak i udział w rynku nabywcy na rynku, na którym kupuje towary objęte umową, rozpatrywany każdy z osobna, może wynosić najwyżej 30 %. W przypadku porozumień między małymi i średnimi przedsiębiorstwami nie ma zazwyczaj konieczności obliczania udziału w rynku (zob. pkt (11)).
- (88) Aby obliczyć udział przedsiębiorstwa w rynku konieczne jest określenie rynku właściwego, na którym przedsiębiorstwo odpowiednio sprzedaje lub kupuje objęte umową produkty. Zależy zatem definiować właściwy rynek produktu i właściwy rynek geograficzny. Właściwy rynek produktu obejmuje wszelkie towary lub usługi postrzegane przez nabywców jako wymienne, ze względu na ich cechy, ceny i przeznaczenie. Właściwy rynek geograficzny obejmuje obszar, na którym dane przedsiębiorstwa są zaangażowane w podaż i popyt właściwych towarów lub usług, na którym warunki konkurencji są dostatecznie jednolite i który może być odróżniony od sąsiednich obszarów geograficznych, ponieważ w szczególności warunki konkurencji są na tych obszarach znacznie odmienne.
- (89) Definicja rynku produktu zależy przede wszystkim od zastępowalności z punktu widzenia nabywcy. Jeżeli dostarczany produkt stanowi wkład w produkcję innych produktów i generalnie nie jest rozpoznawalny w produkcie końcowym, rynek produktu jest zwykle definiowany przez preferencje bezpośredniego nabywcy. Klienci nabywców nie mają zazwyczaj silnych preferencji, jeżeli chodzi o nakłady nabywców. Ograniczenia wertykalne uzgodnione między dostawcą i nabywcą nakładu produkcyjnego są związane ze sprzedażą i kupnem produktu pośredniego, a nie ze sprzedażą produktu końcowego. W przypadku dystrybucji towarów końcowych, na wybór substytutów przez bezpośrednich nabywców mają zwykle wpływ preferencje konsumentów końcowych. Dystrybutor, jako odsprzedający, nie może ignorować preferencji konsumentów końcowych, gdy zakupuje towary końcowe. Oprócz tego, na szczeblu dystrybucji ograniczenia wertykalne dotyczą nie tylko sprzedaży produktów między dostawcą i nabywcą, ale również ich odsprzedaży. Ponieważ różne formy dystrybucji zazwyczaj konkurują ze sobą, rynki nie są zwykle zdefiniowane przez stosowaną formę dystrybucji. Jeżeli dostawcy sprzedają zazwyczaj gamę produktów, cała gama może określać rynek produktu, gdy to gamy, a nie poszczególne produkty są postrzegane przez nabywców jako substytuty. Ponieważ dystrybutorzy są profesjonalnymi nabywcami, hurtowy rynek geograficzny jest zwykle szerszy od rynku detalicznego, na którym produkt jest odsprzedawany konsumentom końcowym. Często prowadzi to do definicji rynków krajowych lub szerszych rynków hurtowych. Jednak rynki detaliczne mogą także mieć szerszy zasięg niż obszar poszukiwań konsumentów końcowych w przypadku jednolitych warunków rynkowych i nakładania się lokalnych i regionalnych obszarów napływu klientów.
- (90) Jeżeli porozumienie wertykalne obejmuje trzy strony, z których każda działa na innym szczeblu obrotu handlowego, udział w rynku każdej z nich może wynosić najwyżej 30 %, aby wyłączenie grupowe miało zastosowanie. Zgodnie z art. 3 ust. 2 wyłączenia grupowego, jeżeli w ramach porozumienia wielostronnego przedsiębiorstwo nabywa towary lub usługi objęte umową od przedsiębiorstwa będącego stroną porozumienia i sprzedaje te towary lub usługi objęte umową innemu przedsiębiorstwu będącemu stroną porozumienia, wyłączenie grupowe ma zastosowanie wyłącznie wówczas, gdy udział w rynku, jaki posiada ono jako nabywca i dostawca, nie przekracza 30 %. Jeżeli, na przykład, w porozumieniu między producentem, hurtownikiem (lub stowarzyszeniem detalistów) i detalistą zostanie uzgodniony zakaz konkurowania, to wówczas – aby można było skorzystać z przywileju wyłączenia grupowego – udziały w rynku producenta i hurtownika (lub stowarzyszenia detalistów) na odpowiednich rynkach niższego szczebla nie mogą przekraczać 30 %, a udział w rynku hurtownika (lub stowarzyszenia detalistów) i detalisty nie może przekraczać 30 % na ich odpowiednich rynkach zakupów.
- (91) Jeżeli dostawca wytwarza zarówno oryginalny sprzęt, jak i części zamienne do niego, dostawca jest często jedynym lub największym dostawcą na rynku wtórnym części zamiennych. Może się tak zdarzyć również, gdy dostawca (dostawca POS) zleca podwykonawstwo części zamiennych. Właściwym rynkiem dla stosowania wyłączenia grupowego może być rynek oryginalnego sprzętu z uwzględnieniem części zamiennych lub oddzielny rynek oryginalnego sprzętu oraz rynek wtórny, w zależności od okoliczności sprawy, takich jak skutki danych ograniczeń, okres użytkowania sprzętu

i wielkość kosztów naprawy lub wymiany części⁽¹⁾. W praktyce chodzi o to, czy znacząca część nabywców dokonuje wyboru z uwzględnieniem kosztów ponoszonych przez okres użytkowania produktu. Jeżeli tak, oznacza to, że istnieje jeden połączony rynek oryginalnego sprzętu oraz części zamiennych.

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

3. Obliczanie udziałów w rynku na podstawie wyłączenia grupowego

- (93) Obliczenie udziałów w rynku powinno w zasadzie opierać się na wartościach wyrażonych liczbowo. Jeżeli nie są one dostępne, można przedstawić uzasadnione dane szacunkowe. Takie dane szacunkowe mogą się opierać na innych wiarygodnych informacjach odnoszących się do rynku, takich jak wielkości wyrażone liczbowo (zob. art. 7 lit. a) wyłączenia grupowego).
- (94) Produkcja wewnętrzna, to jest wytwarzanie produktu pośredniego do własnego użytku, może mieć duże znaczenie w analizie konkurencji jako jedno z ograniczeń konkurencyjnych lub dla zaznaczenia rynkowej pozycji przedsiębiorstwa. Jednak dla celów definicji rynku i obliczenia udziału rynku w odniesieniu do pośrednich towarów i usług produkcja wewnętrzna nie będzie brana pod uwagę.
- (95) Jednak w przypadku podwójnej dystrybucji towarów końcowych, tj. w sytuacji gdy producent towarów końcowych również działa na rynku jako dystrybutor, definicja rynku i obliczenie udziału w rynku powinny obejmować sprzedaż własnych towarów dokonaną przez producentów za pośrednictwem ich wertykalnie zintegrowanych dystrybutorów i agentów (zob. art. 7 lit. c) wyłączenia grupowego). „Zintegrowani dystrybutorzy” są to przedsiębiorstwa powiązane w rozumieniu art. 1 ust. 2 wyłączenia grupowego⁽²⁾.

VI. POLITYKA EGZEKOWANIA PRAWA W INDYWIDUALNYCH PRZYPADKACH

1. Ramy analizy

- (96) Poza zakresem wyłączenia grupowego istotne jest zbadanie, czy w indywidualnym przypadku porozumienie objęte jest zakresem art. 53 ust. 1, a jeśli tak, to czy spełnione są warunki określone w art. 53 ust. 3. Jeśli porozumienia wertykalne nie zawierają ograniczeń konkurencji ze względu na cel, a w szczególności najpoważniejszych ograniczeń konkurencji, nie ma podstaw by domniemywać, że porozumienia wertykalne pozostające poza wyłączeniem grupowym ze względu na przekroczenie

⁽¹⁾ Zob. np. decyzja Komisji w sprawie *Pelikan/Kyocera* (1995), COM(96) 126 (nieopublikowana), pkt 87, oraz decyzja Komisji 91/595/EWG w sprawie nr IV/M.12 – *Varta/Bosch*, Dz.U. L 320 z 22.11.1991, s. 26; decyzja Komisji w sprawie nr IV/M.1094 – *Caterpillar/Perkins Engines*, Dz.U. C 94 z 28.3.1998, s. 23 oraz decyzja Komisji w sprawie nr IV/M.768 – *Lucas/Varity*, Dz.U. C 266 z 13.9.1996, s. 6. Zob. także pkt 56 zawiadomienia Urzędu Nadzoru EFTA w sprawie definicji rynku właściwego dla celów prawa konkurencji w Europejskim Obszarze Gospodarczym (zob. pkt 86).

⁽²⁾ Do celów ustalenia definicji rynku i obliczenia udziałów w rynku nie jest istotne, czy zintegrowany dystrybutor sprzedaje dodatkowo produkty konkurentów.

progu udziału w rynku wchodzi w zakres art. 53 ust. 1 lub też nie spełniają warunków określonych w art. 53 ust. 3. Wymagana jest indywidualna ocena prawdopodobnych skutków porozumienia. Zachęca się przedsiębiorstwa do przeprowadzenia własnej oceny. Porozumienia, które albo nie ograniczają konkurencji w rozumieniu art. 53 ust. 1 albo spełniają warunki określone w art. 53 ust. 3 są ważne i podlegają wykonaniu. Na podstawie art. 1 ust. 2 aktu, o którym mowa w art. 3 ust. 3 ust. 1 pkt 3 protokołu 21 do Porozumienia EOG (rozporządzenie Rady (WE) nr 1/2003 z dnia 16 grudnia 2002 r. ⁽¹⁾), w sprawie wprowadzenia w życie reguł konkurencji ustanowionych w art. 53 i 54 Porozumienia EOG oraz rozdziale II art. 1 ust. 2 protokołu 4 do porozumienia o nadzorze i Trybunale, nie ma konieczności dokonywania zgłoszenia w celu skorzystania z indywidualnego wyłączenia na podstawie art. 53 ust. 3. W przypadku indywidualnego badania przez Urząd Nadzoru EFTA ponosi on ciężar udowodnienia, że przedmiotowe porozumienie narusza art. 53 ust. 1. Przedsiębiorstwa powołujące się na korzyści wynikające z art. 53 ust. 3 ponoszą ciężar udowodnienia, że spełnione zostały warunki zawarte w tym ustępie. Jeżeli wykazane zostaną prawdopodobne skutki antykonkurencyjne, przedsiębiorstwa mogą uzasadnić argumenty dotyczące zwiększenia efektywności i wyjaśnić, dlaczego dany system dystrybucji jest konieczny, aby konsumenci uzyskali prawdopodobne korzyści bez eliminowania konkurencji, przed podjęciem przez Urząd Nadzoru EFTA decyzji, czy porozumienie spełnia warunki określone w art. 53 ust. 3.

- (97) Ocena tego, czy porozumienie wertykalne skutkuje ograniczeniem konkurencji dokonana zostanie poprzez porównanie faktycznej lub prawdopodobnej przyszłej sytuacji na właściwym rynku, na którym istnieją ograniczenia wertykalne z sytuacją, w która istniałaby w przypadku braku ograniczeń wertykalnych w porozumieniu. Przy ocenie poszczególnych przypadków Urząd Nadzoru EFTA weźmie pod uwagę odpowiednio skutki zarówno faktyczne, jak i prawdopodobne. By porozumienia wertykalne miały skutek ograniczający konkurencję, muszą mieć wpływ na faktyczną lub potencjalną konkurencję w takiej mierze, że na właściwym rynku można z dużym prawdopodobieństwem oczekiwać wystąpienia negatywnego wpływu na ceny, produkcję, innowacje lub też różnorodność i jakość towarów i usług. Prawdopodobne negatywne skutki dla konkurencji muszą być istotne ⁽²⁾. Istnieje prawdopodobieństwo, że istotne skutki antykonkurencyjne wystąpią, kiedy co najmniej jedna ze stron ma lub uzyskuje pewną znaczącą siłę rynkową, zaś porozumienie przyczynia się do stworzenia, utrzymania i wzmocnienia tej pozycji rynkowej, lub też umożliwia stronom wykorzystanie takiej pozycji rynkowej. Siła rynkowa to zdolność do utrzymania cen powyżej konkurencyjnego poziomu lub też utrzymania produkcji pod względem ilości produktów, jakości i zróżnicowania produktów oraz innowacyjności poniżej poziomu konkurencyjnego przez znaczący okres. Siła rynkowa konieczna do ustalenia naruszenia na podstawie art. 53 ust. 1 jest mniejsza, niż siła rynkowa konieczna do ustalenia dominacji na podstawie art. 54.
- (98) Ograniczenia wertykalne są zazwyczaj mniej szkodliwe niż ograniczenia horyzontalne. Głównym powodem większego zainteresowania ograniczeniami horyzontalnymi jest to, że takie ograniczenia mogą dotyczyć porozumienia między konkurentami produkującymi identyczne lub zamienne towary lub usługi. W takich horyzontalnych relacjach korzystanie z siły rynkowej przez jedno przedsiębiorstwo (wyższe ceny jej produktów) może być korzystne dla jej konkurentów. Może to stanowić bodziec dla konkurentów do skłaniania się wzajemnie do zachowań antykonkurencyjnych. W relacjach wertykalnych produkt jednego jest nakładem produkcyjnym drugiego, czyli działalność. W związku z tym korzystanie z siły rynkowej przez przedsiębiorstwo usytuowane powyżej lub poniżej danego przedsiębiorstwa zaszkodziłoby w związku z tym zazwyczaj popytowi na produkty drugiej strony. Przedsiębiorstwa zaangażowane w porozumienie zazwyczaj dysponują więc bodźcami zapobiegającymi korzystaniu z siły rynkowej przez drugą stronę.
- (99) Nie należy jednak przeceniać samoograniczającego charakteru porozumień. Gdy przedsiębiorstwo nie dysponuje siłą rynkową, może jedynie próbować zwiększyć swe zyski poprzez optymalizację procesu wytwarzania i dystrybucji, z pomocą lub bez pomocy ograniczeń wertykalnych. Ogólniej rzecz ujmując, ze względu na uzupełniające się role stron porozumienia wertykalnego we wprowadzaniu produktu na rynek, ograniczenia wertykalne mogą powodować znaczący przyrost efektywności. Jeżeli jednak przedsiębiorstwo dysponuje siłą rynkową, może również próbować zwiększyć swe zyski kosztem swych bezpośrednich konkurentów, podnosząc ich koszty, oraz kosztem swych nabywców i konsumentów końcowych, próbując przywłaszczyć sobie część ich nadwyżki. Może to mieć miejsce, gdy przedsiębiorstwa usytuowane na wyższym i na niższym szczeblu dzielą się dodatkowymi zyskami lub gdy jedno z nich dwóch stosuje ograniczenia wertykalne w celu przywłaszczenia sobie wszystkich dodatkowych zysków.

⁽¹⁾ Dz.U. L 1 z 4.1.2003, s. 1, włączone do Porozumienia EOG decyzją Wspólnego Komitetu EOG nr 130/2004, Dz.U. L 64 z 10.3.2005, s. 57 oraz Supplement EOG do Dz.U. nr 12 z 10.3.2005, s. 42 e.i.f. 19.5.2005.

⁽²⁾ Zob. sekcja II.1.

1.1. *Negatywne skutki ograniczeń wertykalnych*

- (100) Negatywne skutki na rynku mogące wynikać z ograniczeń wertykalnych, którym stara się zapobiegać prawo EOG dotyczące konkurencji, są następujące:
- a) antykonkurencyjne zamknięcie dostępu do rynku innym dostawcom lub innym nabywcom poprzez tworzenie przeszkód w wejściu na rynek lub ekspansji;
 - b) złagodzenie konkurencji pomiędzy dostawcą a jego konkurentami lub ułatwienie zмовy pomiędzy tymi dostawcami, którą często określa się jako zmniejszenie konkurencji międzymarkowej zewnętrznej⁽¹⁾;
 - c) złagodzenie konkurencji pomiędzy nabywcą a jego konkurentami lub ułatwienie zмовy pomiędzy tymi konkurentami, zwane często zmniejszeniem konkurencji międzymarkowej wewnętrznej, jeśli dotyczy konkurencji między dystrybutorami w oparciu o markę bądź produkt tego samego dostawcy;
 - d) stworzenie przeszkód dla integracji rynku, w tym – przede wszystkim – ograniczenie możliwości nabywania przez konsumentów towarów lub usług w dowolnie wybranym państwie członkowskim UE lub państwie EFTA.
- (101) Zamknięcie dostępu do rynku, złagodzenie konkurencji i zмова na poziomie producentów mogą być szkodliwe dla konsumentów, w szczególności poprzez podniesienie cen hurtowych produktów, ograniczenie wyboru produktów, obniżenie ich jakości lub zmniejszenie poziomu innowacyjności produktów. Zamknięcie dostępu do rynku, złagodzenie konkurencji i zмова na poziomie dystrybutora mogą być szkodliwe dla konsumentów, w szczególności poprzez podniesienie cen detalicznych produktów, ograniczenie wyboru kombinacji cen i usług oraz form dystrybucji, zmniejszenie dostępności i obniżenie jakości usług detalicznych oraz zmniejszenie poziomu innowacyjności dystrybucji.
- (102) Na rynku, na którym indywidualni dystrybutorzy dystrybuują markę (marki) tylko jednego dostawcy, zmniejszenie konkurencji pomiędzy dystrybutorami tej samej marki doprowadzi do zmniejszenia konkurencji międzymarkowej wewnętrznej pomiędzy tymi dystrybutorami, ale może nie mieć negatywnego wpływu na ogólną konkurencję między dystrybutorami. W takim przypadku, jeśli konkurencja międzymarkowa zewnętrzna jest zacięta, mało prawdopodobne jest, by zmniejszenie konkurencji międzymarkowej wewnętrznej miało negatywne skutki dla konsumentów.
- (103) Systemy wyłączności mają zasadniczo bardziej antykonkurencyjne skutki niż systemy niewyłączności. Systemy niewyłączności – poprzez wyraźne sformułowanie w umowie lub swoje praktyczne skutki – powodują, że jedna strona zaspokaja cały lub niemal cały swój popyt u drugiej strony. Przykładowo w ramach zakazu konkurowania nabywca kupuje tylko jedną markę. Z kolei narzucanie ilości pozostawia nabywcy pewien zakres możliwości zakupu konkurencyjnych towarów. Stopień zamknięcia dostępu do rynku może zatem być mniejszy w przypadku narzucania ilości.
- (104) Ograniczenia wertykalne uzgodnione w odniesieniu do niemarkowych towarów i usług są zwykle mniej szkodliwe od ograniczeń dotyczących dystrybucję markowych towarów i usług. Opatrywanie marką zmierza do zwiększenia indywidualizacji produktu i zmniejszenia jego zastępowalności, prowadząc do zmniejszonej elastyczności popytu i zwiększonej możliwości podnoszenia cen. Rozróżnienie między markowymi i nie markowymi towarami lub usługami często będzie zbieżne z rozróżnieniem między pośrednimi towarami i usługami oraz towarami i usługami końcowymi.

⁽¹⁾ Przez zmovę rozumie się zarówno zmovę wyraźną, jak i milczącą (świadome zachowania równoległe).

- (105) Zasadniczo połączenie ograniczeń wertykalnych zaostrza ich indywidualne negatywne skutki. Jednak pewne połączenia ograniczeń wertykalnych mają mniej antykonkurencyjne skutki niż ich stosowanie oddzielnie. Na przykład w systemie dystrybucji wyłącznej dystrybutor może mieć ochotę na podniesienie cen produktów, gdy konkurencja międzymarkowa wewnętrzna jest mniejsza. Zastosowanie narzucenia wysokości zakupów lub ustalenie maksymalnej ceny odsprzedaży może ograniczyć tego rodzaju podwyżki cen. Możliwe skutki negatywne ograniczeń wertykalnych są dodatkowo wzmacniane, jeśli kilku dostawców i związanych z nimi nabywców zorganizuje działalność handlową w podobny sposób, co doprowadzi do powstania tzw. skutków łącznych.

1.2. Pozytywne skutki ograniczeń wertykalnych

- (106) Ważne jest uznanie, że ograniczenia wertykalne mogą mieć pozytywne skutki, w szczególności dzięki promowaniu konkurencji pozacenowej i lepszej jakości usług. Gdy przedsiębiorstwo nie dysponuje siłą rynkową, może starać się zwiększyć swój zysk jedynie dzięki optymalizacji procesów wytwarzania lub dystrybucji. W wielu sytuacjach ograniczenia wertykalne mogą być w tym względzie pomocne, ponieważ zwykle proste transakcje między dostawcą i nabywcą, określające jedynie cenę i ilość, mogą prowadzić do niższego od optymalnego poziomu inwestycji i sprzedaży.
- (107) Chociaż niniejsze wytyczne mają na celu przedstawienie bezstronnego obrazu co do uzasadnienia niektórych ograniczeń wertykalnych, nie są one kompletne lub wyczerpujące. Następujące powody mogą uzasadniać zastosowanie pewnych ograniczeń wertykalnych:

- a) Rozwiązanie problemów związanych z niewłaściwą działalnością rynkową. Jeden dystrybutor może stosować niewłaściwe praktyki w stosunku do działań promocyjnych innego dystrybutora. Problem ten ma miejsce najczęściej na szczeblu sprzedaży hurtowej i detalicznej. Wyłączna dystrybucja lub podobne ograniczenia mogą być pomocne w unikaniu stosowania takich praktyk. Niewłaściwa działalność rynkowa może mieć również miejsce między dostawcami, na przykład gdy jeden z nich inwestuje w promocję w lokalu nabywcy, zwykle na poziomie sprzedaży detalicznej, promocja może przyciągnąć również klientów jego konkurentom. Ograniczenia w rodzaju zakazu konkurowania mogą pomóc przezwyciężyć niewłaściwą działalność rynkową⁽¹⁾.

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

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

- b) „Otwarcie nowych rynków lub wejście na nowe rynki”. Jeżeli producent chce wejść na nowy rynek geograficzny, na przykład pierwszy raz wywożąc towar do innego kraju, może to się wiązać ze specjalnymi „pierwszorazowymi inwestycjami” dystrybutora w celu wprowadzenia marki na rynek. Aby przekonać lokalnego dystrybutora do dokonania tych inwestycji może być konieczne zapewnienie mu ochrony terytorialnej, tak aby te inwestycje mu się zwróciły dzięki okresowemu wyznaczeniu wyższych cen. Dystrybutorów działających na innych rynkach należy przez pewien okres powstrzymać od sprzedawania na nowym rynku (zob. również pkt (61) w sekcji III.4). Jest to specjalny przypadek niewłaściwej działalności rynkowej opisanej w punkcie lit. a).

⁽¹⁾ To, czy konsumenci faktycznie ogólnie korzystają z dodatkowych wysiłków promocyjnych zależy od tego, czy dodatkowe promocje informują i przekonują z korzyścią dla wielu nowych klientów, czy też głównie docierają do klientów, którzy wiedzą już, co chcą kupić i dla których dodatkowa promocja oznacza lub sugeruje wyłącznie lub przede wszystkim podwyżkę cen.

- c) „Zalegalizowanie niewłaściwej działalności rynkowej”. W niektórych sektorach pewni detaliści cieszą się reputacją sprzedających jedynie produkty „wysokiej jakości”. W takim przypadku sprzedaż za ich pośrednictwem może być niezwykle ważna dla wprowadzenia nowego produktu. Jeżeli producent nie może początkowo ograniczyć swojej sprzedaży do sklepów wysokiej klasy, ponosi ryzyko, iż zostanie skreślony, a wprowadzenie produktu może skończyć się fiaskiem. Może zatem istnieć powód, aby zezwolić na istnienie przez pewien czas takiego ograniczenia jak dystrybucja wyłączna lub dystrybucja selektywna. Powinno ono być dostateczne do zagwarantowania wprowadzenia nowego produktu, ale nie trwać tak długo, aby uniemożliwić jego rozpowszechnianie na szeroką skalę. Tego rodzaju korzyści są bardziej prawdopodobne w przypadku towarów, o których jakości przekonać się można jedynie w wyniku korzystania z nich, lub towarów złożonych, stanowiących stosunkowo duży zakup dla konsumenta końcowego.
- d) Tak zwany „problem zatoru”. Czasami dostawca lub nabywca powinien dokonać inwestycji związanych z konkretnym klientem, takich jak sprzęt lub szkolenie. Na przykład, producent części musi zbudować nowe maszyny i narzędzia w celu zaspokojenia konkretnych wymogów jednego ze swych klientów. Inwestor może nie dokonać koniecznych inwestycji przed ustaleniem konkretnych ustaleń dotyczących dostawy.

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

- e) „Specyficzny problem zatoru, który może się pojawiać w przypadku przekazania istotnego *know-how*”. Raz przekazane *know-how* nie może być odebrane, a dostarczający *know-how* może nie chcieć, aby było ono wykorzystywane przez jego konkurentów lub w ich interesie. W takim zakresie, w jakim *know-how* nie było łatwo dostępne dla nabywcy, jest istotne i konieczne do funkcjonowania porozumienia, takie przekazanie może usprawiedliwiać ograniczenie w rodzaju zakazu konkurencji, które zazwyczaj nie wchodziłoby w zakres art. 53 ust. 1.
- f) „Kwestia wertykalnych efektów zewnętrznych”. Detalista może nie uzyskać wszystkich korzyści wynikających z podjętych przez niego działań w celu poprawy sprzedaży; część tych korzyści może przejść na producenta. Za każdą jednostkę sprzedaną przez detalistę dzięki obniżeniu ceny odsprzedaży lub zwiększeniu wysiłków skierowanych na sprzedaż producent uzyskuje korzyść, jeśli jego cena hurtowa przekracza krańcowe koszty produkcji. Dlatego też producent może uzyskać pozytywne efekty zewnętrzne dzięki takim działaniom detalisty i z perspektywy producenta detalista może stosować zbyt wysokie ceny lub podejmować zbyt małe wysiłki w zakresie sprzedaży. Negatywne efekty zewnętrzne zbyt wysokich cen nakładanych przez detalistów nazywa się czasami „problemem podwójnej marży”, którego można uniknąć poprzez nałożenie na detalistę maksymalnej ceny odsprzedaży. W celu zwiększenia wysiłków w zakresie sprzedaży podejmowanych przez detalistę przydatne może być zastosowanie dystrybucji selektywnej, dystrybucji wyłącznej lub podobnych ograniczeń⁽¹⁾.
- g) „Korzyści skali w dystrybucji”. W celu wykorzystania korzyści skali i w ten sposób uzyskania niższej ceny detalicznej swego produktu producent może chcieć skoncentrować odsprzedaż swych produktów na niewielkiej liczbie dystrybutorów. W tym celu może wykorzystywać dystrybucję wyłączną, narzucanie ilości w postaci wymogów minimalnych zakupów, dystrybucję selektywną opatrzoną takim wymogiem lub wyłączność zaopatrzenia.

(1) Zob. jednakże poprzedni przypis.

- h) „Niedostatki rynku kapitałowego”. Zwyczajowi dostawcy kapitału (banki, rynki kapitałowe) mogą zapewniać kapitał w niezbyt doskonały sposób, jeżeli dysponują niepełnymi informacjami dotyczącymi sytuacji pożyczkobiorcy lub gdy istnieją niedostateczne podstawy zabezpieczenia pożyczki. Nabywca lub dostawca mogą mieć lepsze informacje i, dzięki stosunkom wyłączności, uzyskać dodatkowe zabezpieczenie swojej inwestycji. Jeżeli dostawca udziela pożyczki nabywcy, może to prowadzić do narzucenia nabywcy zakazu konkurencji lub wysokości zakupów. Jeżeli nabywca udziela pożyczki dostawcy może to być powodem uzyskania wyłączności dostaw lub narzucenia wielkości dostaw.
- i) „Jednolitość i standaryzacja jakości”. Ograniczenie wertykalne może pomóc w stworzeniu marki dzięki narzuceniu dystrybutorom pewnego rodzaju jednolitości i standaryzacji jakości, a w związku z tym zwiększeniu atrakcyjności produktu dla konsumenta końcowego i zwiększeniu sprzedaży. Dzieje się to na przykład w dystrybucji selektywnej i franchisingu.
- (108) Dziewięć sytuacji wymienionych w pkt (107) uzmysławia, iż w pewnych warunkach porozumienia wertykalne mogą sprzyjać skuteczności i rozwojowi nowych rynków i że może to równoważyć ewentualne negatywne skutki. Tak jest najczęściej w przypadku ograniczeń wertykalnych o ograniczonym czasie trwania, sprzyjających wprowadzeniu nowych złożonych produktów lub chroniących inwestycje związane z konkretnymi umowami. Ograniczenie wertykalne jest czasem konieczne tak długo, jak długo dostawca sprzedaje swój produkt nabywcy (por. w szczególności sytuacje przedstawione w pkt (107) lit. a), e), f), g) oraz i).
- (109) Pomiędzy różnymi ograniczeniami wertykalnymi istnieje znaczna zastępowalność. Oznacza to, iż ten sam problem braku efektywności może być rozwiązany przez różne ograniczenia wertykalne. Na przykład korzyści skali w zakresie dystrybucji można uzyskać dzięki zastosowaniu dystrybucji wyłącznej, dystrybucji selektywnej, narzucaniu ilości lub wyłączności zaopatrzenia. Różne ograniczenia wertykalne mogą mieć jednak różne negatywne skutki dla konkurencji, co ma pewne znaczenie przy omawianiu nieodzowności na podstawie art. 53 ust. 3.

1.3. *Metodyka analizy*

- (110) Ocena ograniczenia wertykalnego obejmuje zazwyczaj następujące cztery etapy⁽¹⁾:
- a) Po pierwsze, dane przedsiębiorstwa muszą ustalić udział w rynku dostawcy i nabywcy na rynku, na którym odpowiednio sprzedają i kupują produkty objęte umową.
- b) Jeżeli udział we właściwym rynku dostawcy i nabywcy, rozpatrywany każdy z osobna, nie przekracza progu 30 %, porozumienie wertykalne jest objęte wyłączeniem grupowym, z zastrzeżeniem najważniejszych ograniczeń konkurencji i wykluczonych ograniczeń określonych w tym akcie.
- c) Jeżeli udział we właściwym rynku przekracza próg 30 % zarówno w przypadku dostawcy, jak i nabywcy, należy ocenić, czy porozumienie wertykalne wchodzi w zakres art. 53 ust. 1.
- d) Jeżeli porozumienie wertykalne wchodzi w zakres art. 53 ust. 1, należy zbadać, czy spełnia ono warunki przewidziane do wyłączenia na podstawie art. 53 ust. 3.

⁽¹⁾ Etapy te nie oznaczają rozumowania prawnego, które Urząd Nadzoru EFTA powinien realizować w podanej kolejności w celu podjęcia decyzji.

- 1.3.1. Czynniki istotne dla oceny na podstawie art. 53 ust. 1
- (111) Przeprowadzając ocenę przypadków powyżej progu 30 % udziału w rynku, Urząd Nadzoru EFTA dokona pełnej analizy dotyczącej konkurencji. Poniższe czynniki są szczególnie istotne dla ustalenia, czy porozumienie wertykalne powoduje znaczące ograniczenie konkurencji stosownie do art. 53 ust. 1:
- a) charakter porozumienia;
 - b) rynkowa pozycja stron;
 - c) rynkowa pozycja konkurentów;
 - d) rynkowa pozycja nabywców produktów objętych umową;
 - e) przeszkody w wejściu na rynek;
 - f) dojrzałość rynku;
 - g) szczebel obrotu handlowego;
 - h) charakter produktu
 - i) inne czynniki.
- (112) Znaczenie poszczególnych czynników może się zmieniać w zależności od przypadku i zależeć od wszystkich innych czynników. Na przykład wysoki udział stron w rynku jest zwykle dobrym wskaźnikiem siły rynkowej, ale w przypadku niskich przeszkód w wejściu na rynek może nie być wskaźnikiem siły rynkowej. Dlatego też nie jest możliwe przedstawienie solidnych zasad co do znaczenia poszczególnych czynników.
- (113) Porozumienia wertykalne mogą przyjąć różny kształt i różne formy. Ważne jest więc, aby zbadać charakter porozumienia pod względem w nim zawartych ograniczeń, czasu ich trwania oraz odsetka całkowitej sprzedaży na rynku dotkniętym tymi ograniczeniami. Może być konieczne wyjście poza wyraźne warunki porozumienia. Istnienie ukrytych ograniczeń można wywnioskować na podstawie sposobu wdrażania porozumienia przez strony i zachęt, z jakimi się spotykają.
- (114) Pozycja rynkowa stron daje wskazuje na stopień siły rynkowej, jeżeli taka siła istnieje, dostawcy, nabywcy lub obydwu z nich. Im wyższy jest ich udział w rynku, tym większa jest prawdopodobnie ich siła rynkowa. Ma to szczególnie miejsce w przypadkach, w których udział w rynku odzwierciedla przewagę pod względem kosztów lub inne przewagi konkurencyjne wobec konkurentów. Taka przewaga konkurencyjna może na przykład wynikać z faktu bycia pierwszym na rynku (najlepsza lokalizacja itp.), z posiadania podstawowych patentów lub doskonalszej technologii, z pozycji lidera marki lub posiadania najlepszej gamy.

- (115) Takie wskaźniki, czyli udział w rynku i ewentualna przewaga konkurencyjna, są stosowane do oceny rynkowej pozycji konkurentów. Im silniejsi są konkurenci i im większa jest ich liczba, tym mniejsze ryzyko, że dane strony będą w stanie indywidualnie stosować siłę rynkową i zamykać dostęp do rynku lub łagodzić konkurencję. Istotne jest również rozważenie, czy istnieją w odpowiednim czasie skuteczne strategie alternatywne, które konkurenci mogliby wprowadzić. Jeżeli jednak liczba konkurentów staje się raczej niewielka a ich pozycja rynkowa (wielkość, koszty, możliwości badań i rozwoju itp.) jest raczej podobna, taka struktura rynku może zwiększać ryzyko zмовy. Fluktuacje udziałów w rynku lub gwałtowne zmiany udziałów w rynku są generalnie wskaźnikiem intensywnej konkurencji.
- (116) Pozycja rynkowa klientów stron stanowi wskazując, czy co najmniej jeden z tych klientów posiada siłę nabywcy, czy jej nie posiada. Pierwszym wskaźnikiem siły nabywcy jest udział klienta w rynku zakupów. Ten udział odzwierciedla znaczenie jego popytu dla ewentualnych dostawców. Inne wskaźniki koncentrują się na pozycji klienta na jego rynku odsprzedaży z uwzględnieniem takich cech jak punkty sprzedaży rozrzucone na rozległym obszarze, własne marki i wizerunek wśród konsumentów końcowych. W pewnych okolicznościach siła nabywcy może uniemożliwić stronom stosowanie siły rynkowej i tym samym rozwiązać problem dotyczący konkurencji, który istniałby w przeciwnym wypadku. Ma to w szczególności miejsce, gdy silni klienci mają możliwość i bodziec do wprowadzenia na rynek nowych źródeł zaopatrzenia w przypadku niewielkiego, ale stałego wzrostu cen relatywnych. Jeżeli silni klienci tylko uzyskują korzystne dla siebie warunki umowy lub po prostu przenoszą jakiegokolwiek zwyczaj cen na swoich klientów, ich pozycja nie uniemożliwia stronom stosowania siły rynkowej.
- (117) Przeszkody w wejściu na rynek są mierzone według zakresu, w jakim przedsiębiorstwa obecne na rynku mogą podnieść ceny powyżej poziomu konkurencyjnego bez przyciągania nowych wejść na rynek. Przy braku przeszkód w wejściu na rynek, łatwe i szybkie wejście na rynek sprawiłoby, że zwiększenie cen stałoby się nieopłacalne. Jeżeli skuteczne wejście na rynek, które uniemożliwia lub narusza stosowanie siły rynkowej, może nastąpić w ciągu roku lub dwóch, przeszkody w wejściu na rynek można zasadniczo uznać za niskie. Przeszkody w wejściu na rynek mogą być spowodowane różnymi czynnikami, takimi jak korzyści skali i zakresu, uregulowania rządowe, w szczególności, gdy ustanawiają one wyłączne prawa, pomoc państwa, taryfy przywozowe, prawa własności intelektualnej, własność zasobów, jeżeli podaż jest ograniczona na przykład z powodu naturalnych ograniczeń⁽¹⁾, konieczna infrastruktura, przewaga pierwszego przychodzącego oraz lojalność konsumentów wobec marki spowodowana intensywnymi reklamami przez pewien okres. Ograniczenia wertykalne i integracja wertykalna mogą również działać jako przeszkoda w wejściu na rynek, utrudniając lub zamykając dostęp do niego (ewentualnym) konkurentom. Przeszkody w wejściu na rynek mogą istnieć jedynie na poziomie dostawcy lub nabywcy lub na obydwu poziomach. Kwestia, czy pewne z tych czynników powinny być opisane jako przeszkody w wejściu na rynek zależy szczególnie od tego, czy powodują one poniesienie kosztów utopionych. Koszty utopione są to takie koszty, które trzeba ponieść, aby wejść lub działać na danym rynku, ale które są nie do odzyskania, gdy się ten rynek opuszcza. Kosztami utopionymi są zwykle koszty reklamy w celu zbudowania lojalności konsumentów, chyba że przedsiębiorstwo wychodzące z rynku może albo sprzedać swą nazwę handlową, albo używać jej gdzie indziej bez straty. Im więcej kosztów utopionych, tym bardziej potencjalni kandydaci do wejścia na rynek muszą zważyć związane z tym ryzyko i tym bardziej wiarygodne mogą być groźby przedsiębiorstw już istniejących na rynku, że sprostają one nowej konkurencji, ponieważ koszty utopione powodują, iż opuszczenie rynku jest dla nich kosztowne. Jeżeli na przykład dystrybutorzy są związani z producentem przez zakaz konkurowania, skutek zamknięcia dostępu do rynku będzie bardziej znaczący, jeżeli powołanie własnych dystrybutorów narzuci ewentualnemu kandydatowi do wejścia poniesienie kosztów utopionych. Ogólnie rzecz biorąc wejście na rynek wymaga poniesienia kosztów utopionych, czasem mniejszych, a czasem większych. Dlatego też faktyczna konkurencja jest zazwyczaj bardziej skuteczna i będzie mieć większą wagę podczas oceniania danego przypadku niż konkurencja potencjalna.
- (118) Dojrzały rynek to rynek istniejący od pewnego czasu, na którym stosowana technologia jest dobrze znana, szeroko rozpowszechniona i nie za bardzo się zmienia, gdzie nie ma wielkich innowacji odnośnie do marki i na którym popyt jest względnie stabilny lub maleje. Na takim rynku negatywne skutki są bardziej prawdopodobne niż na rynkach bardziej dynamicznych.
- (119) Szczebel obrotu handlowego jest powiązany z rozróżnieniem pośrednich i końcowych towarów i usług. Pośrednie towary i usługi są sprzedawane przedsiębiorstwom do wykorzystania jako nakłady do produkcji innych towarów i usług i na ogół nie są rozpoznawalne w towarach lub usługach końcowych. Nabywcy produktów pośrednich są zwykle dobrze poinformowanymi klientami,

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

zdolnymi do oceny jakości i dlatego w mniejszym stopniu polegają na marce lub wizerunku. Towary końcowe są – bezpośrednio lub pośrednio – sprzedawane konsumentom końcowym, którzy często w większym stopniu polegają na marce i wizerunku. Ponieważ dystrybutorzy muszą odpowiedzieć na zapotrzebowanie konsumentów końcowych, konkurencja może ucierpieć w większym stopniu, gdy dystrybutorzy mają zamknięty dostęp do rynku sprzedaży w odniesieniu do jednej lub kilku marek niż gdy nabywcom produktów pośrednich uniemożliwia się zakup konkurencyjnych produktów z niektórych źródeł zaopatrzenia.

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

1.3.2. Czynniki istotne dla oceny na podstawie art. 53 ust. 3

- (122) Ograniczające porozumienia wertykalne mogą również powodować skutki prokonkurencyjne w postaci podniesienia efektywności, które może przewyższyć ich skutki antykonkurencyjne. Taka ocena odbywa się w ramach art. 53 ust. 3, który zawiera wyjątek od zakazu określonego w art. 53 ust. 1. Żeby wyjątek ten miał zastosowanie, porozumienie wertykalne musi przynosić obiektywne korzyści gospodarcze, ograniczenia konkurencji muszą być niezbędne do podniesienia efektywności, konsumenci muszą uzyskać należną część podniesienia efektywności i porozumienie nie może stwarzać stronom możliwości wyeliminowania konkurencji w odniesieniu do znacznej części przedmiotowych produktów⁽¹⁾.
- (123) Oceny porozumień ograniczających konkurencję na podstawie art. 53 ust. 3 dokonuje się w ramach rzeczywistego kontekstu, w którym występują⁽²⁾, oraz na podstawie faktów istniejących w danym czasie. W ocenie uwzględnia się istotne zmiany w faktach. Wyjątek określony w art. 53 ust. 3 ma zastosowanie, dopóki spełniane są cztery warunki i przestaje mieć zastosowanie, kiedy sytuacja ta ulegnie zmianie⁽³⁾. Stosując art. 53 ust. 3 zgodnie z tymi zasadami, należy uwzględnić inwestycje poczynione przez każdą ze stron, potrzebny czas oraz ograniczenia wymagane, by dokonać inwestycji zwiększających efektywność i by takie inwestycje się zwróciły.
- (124) Pierwszy warunek określony w art. 53 ust. 3 wymaga oceny obiektywnych korzyści w odniesieniu do podniesienia efektywności wynikającego z porozumienia. W tym zakresie porozumienia wertykalne często mogą sprzyjać zwiększaniu efektywności, zgodnie z wyjaśnieniem w sekcji 1.2, przez ulepszenie sposobu, w jaki strony prowadzą uzupełniającą się działalność.

⁽¹⁾ Zob. zawiadomienie Urzędu Nadzoru EFTA – Wytyczne w sprawie stosowania art. 53 ust. 3 Porozumienia EOG, przyjęte decyzją nr 123/04/COL (Dz.U. C 208 z 6.9.2007, s. 1 oraz Supplement EOG do Dz.U. nr 42 z 6.9.2007, s. 1.).

⁽²⁾ Zob. wyrok Trybunału Sprawiedliwości w sprawach połączonych 25/84 i 26/84, *Ford*, [1985], Rec. 2725.

⁽³⁾ Zob. w tym względzie na przykład decyzja Komisji 1999/242/WE (sprawa nr IV/36.237 – *TPS*), Dz.U. L 90 z 2.4.1999, s. 6. W podobny sposób zakaz określony w art. 53 ust. 1 również stosuje się tylko tak dopóty, dopóki przedmiotem lub skutkiem porozumienia jest ograniczanie konkurencji.

- (125) Przy stosowaniu kryterium niezbędności zawartego w art. 53 ust. 3 Urząd Nadzoru EFTA zbada w szczególności, czy indywidualne ograniczenia umożliwiają prowadzenie produkcji, nabywanie lub (od)sprzedż produktów objętych umową w bardziej skuteczny sposób niż w przypadku braku danego ograniczenia. Podczas przeprowadzania takiej oceny muszą zostać uwzględnione warunki rynkowe i realia, w jakich działają strony. Przedsiębiorstwa powołujące się korzyści wynikające z art. 53 ust. 3 nie są zobowiązane do rozważenia hipotetycznych i teoretycznych alternatyw. Muszą jednak wyjaśnić i wykazać, dlaczego takie – jak się wydaje – realistyczne i znacznie mniej restrykcyjne alternatywy byłyby znacznie mniej skuteczne. Jeśli zastosowanie alternatywy, która wydaje się być realistyczna pod względem handlowym i mniej restrykcyjna, prowadziłyby do istotnej utraty efektywności, dane ograniczenie uznaje się za niezbędne.
- (126) Z warunku stanowiącego, że konsumenci muszą otrzymać należną część korzyści, wynika, że konsumenci produktów nabytych lub (od)sprzedanych w ramach porozumienia wertykalnego muszą przynajmniej otrzymać rekompensatę za negatywne skutki porozumienia⁽¹⁾. Innymi słowy przyrost efektywności musi w pełni równoważyć możliwy negatywny wpływ na ceny, produkcję i inne istotne czynniki spowodowane przez porozumienie.
- (127) Ostatni warunek określony w art. 53 ust. 3, zgodnie z którym porozumienie nie może dawać przedsiębiorstwom możliwości wyeliminowania konkurencji w odniesieniu do znacznej części danych produktów, zakłada analizę pozostałej presji konkurencyjnej na rynek oraz wpływu porozumienia na takie źródła konkurencji. Przy stosowaniu ostatniego warunku z art. 53 ust. 3 należy uwzględnić związek między art. 53 ust. 3 i art. 54. Zgodnie z utrwalonym orzecznictwem stosowanie art. 53 ust. 3 nie może być przeszkodą dla stosowania art. 54⁽²⁾. Ponadto, ponieważ celem zarówno art. 53, jak i art. 54 jest utrzymanie skutecznej konkurencji na rynku, zasada spójności wymaga, by interpretować art. 53 ust. 3 jako wykluczający wszelkie stosowanie wyjątku do porozumień ograniczających konkurencję, stanowiących nadużycie pozycji dominującej⁽³⁾. Porozumienie wertykalne może nie eliminować skutecznej konkurencji poprzez wyeliminowanie wszystkich lub prawie wszystkich istniejących źródeł rzeczywistej lub potencjalnej konkurencji. Rywalizacja pomiędzy przedsiębiorstwami jest ważnym czynnikiem stymulującym efektywność ekonomiczną, w tym w tym także dynamiczną efektywność w formie innowacyjności. Przy braku konkurencji przedsiębiorstwo dominujące nie będzie miało odpowiednich bodźców do dalszego tworzenia i przenoszenia przyrostu efektywności. Jeżeli nie ma konkurencji rezydualnej, ani dającej się przewidzieć groźby wejścia nowego podmiotu na rynek, ochrona rywalizacji i procesu konkurencyjnego przeważa nad ewentualnym przyrostem efektywności. Porozumienie ograniczające konkurencję, które utrzymuje, stwarza lub wzmacnia pozycję rynkową zbliżającą się do pozycji monopolu, nie może być uzasadnione tym, że również powoduje przyrost efektywności.

2. Analiza konkretnych ograniczeń wertykalnych

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

2.1. Jednomarkowość

- (129) Pojęcie „jednomarkowości” odnosi się do tych porozumień, których główny element polega na tym, że nabywca jest zobowiązany lub nakłaniany do skoncentrowania swoich zamówień na określonym rodzaju produktu, dostarczanego przez jednego dostawcę. Ten element można znaleźć między innymi w zakazie konkurowania i narzuceniu nabywcy określonych ilości. Ustalenia dotyczące

⁽¹⁾ Zob. pkt 85 zawiadomienia Urzędu Nadzoru EFTA – Wytyczne w sprawie stosowania art. 53 ust. 3 Porozumienia EOG, przyjęte decyzją nr 123/04/COL (Dz.U. C 208 z 6.9.2007, s. 1 oraz Suplement EOG do Dz.U. nr 42 z 6.9.2007, s. 1.).

⁽²⁾ Zob. wyrok Trybunału Sprawiedliwości w sprawach połączonych C-395/96 P i C-396/96 P, *Compagnie Maritime Belge*, [2000], Rec. I-1365, pkt 130. W podobny sposób stosowanie art. 53 ust. 3 nie stanowi przeszkody do stosowania zasad Porozumienia EOG dotyczących 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, zob. w tym względzie wyrok Trybunału Sprawiedliwości w sprawie C-309/99, *Wouters*, [2002], Rec. I-1577, pkt 120.

⁽³⁾ Zob. w tym względzie orzeczenie Sądu Pierwszej Instancji w sprawie T-51/89, *Tetra Pak (I)*, [1990], Rec. II-309. Zob. także pkt 106 zawiadomienia Urzędu Nadzoru EFTA – Wytyczne w sprawie stosowania art. 53 ust. 3 Porozumienia EOG, przyjęte decyzją nr 123/04/COL (Dz.U. C 208 z 6.9.2007, s. 1 oraz Suplement EOG do Dz.U. nr 42 z 6.9.2007, s. 1.).

zakazu konkurowania opierają się na zobowiązaniu lub systemie bodźców, które sprawiają, że nabywca zaspokaja więcej niż 80 % swoich potrzeb na danym rynku u jednego dostawcy. Nie oznacza to, że nabywca może dokonywać zakupów wyłącznie u dostawcy, ale że nabywca nie będzie kupował i odsprzedawał lub włączał do swoich towarów lub usług towarów lub usług konkurencyjnych. Narzucanie nabywcy określonych ilości zakupów jest słabszą formą zakazu konkurowania, jeżeli zobowiązania lub bodźce uzgodnione między dostawcą i nabywcą powodują, iż ten ostatni koncentruje swoje zakupy w znacznym stopniu na jednym dostawcy. Narzucanie ilości może na przykład przyjmować postać minimalnej wielkości zakupów, wymogów utrzymywania określonego poziomu zapasów lub nieliniowego ustalania cen, jak np. stosowanie systemów rabatów uzależnionych od ilości lub taryf dwuczęściowych (opłata stała plus cena za jednostkę). Tak zwana „angielska klauzula”, wymagająca od nabywcy informowania o każdej lepszej ofercie i zezwalająca mu na jej przyjęcie tylko wówczas, gdy dostawca nie może jej sprostać, może mieć taki sam skutek jak zobowiązanie do jednomarkowości, w szczególności gdy nabywca musi ujawnić, kto składa lepszą ofertę.

- (130) Ewentualnym zagrożeniem dla konkurencji związanym z jednomarkowością jest zamknięcie dostępu do rynku konkurującym dostawcom i potencjalnym dostawcom, złagodzenie konkurencji oraz ułatwienie zмовy między dostawcami w przypadku łącznego wykorzystania oraz – gdy nabywca jest detalistą sprzedającym towary użytkownikom końcowym – straty w konkurencji międzymarkowej zewnętrznej w punkcie sprzedaży. Takie skutki ograniczające mają bezpośredni wpływ na konkurencję międzymarkową zewnętrzną.
- (131) Jednomarkowość jest objęta wyłączeniem grupowym, jeżeli udział dostawcy i nabywcy w rynku, rozpatrywany każdy z osobna, nie przekracza 30 % i podlega ograniczeniu w czasie do pięciu lat w przypadku zakazu konkurowania. Dalsza część niniejszej sekcji zawiera wskazówki dla potrzeb oceny poszczególnych przypadków powyżej progu udziału w rynku lub przekroczenia ograniczenia do pięciu lat.
- (132) Zobowiązania do jednomarkowości jednego określonego nabywcy mogą powodować antykonkurencyjne zamknięcie dostępu do rynku w szczególności w przypadkach, w których przy braku takiego zobowiązania, konkurenci albo jeszcze nieobecni na rynku w czasie zawarcia zobowiązań, albo nie mający możliwości konkurowania o pełne zaspokajanie potrzeb zaopatrzeniowych klientów, stwarzają poważne ograniczenie konkurencji. Konkurenci mogą nie mieć możliwości konkurowania o cały popyt indywidualnego klienta, ponieważ dany dostawca jest nieuniknionym partnerem handlowym przynajmniej w odniesieniu do części popytu na rynku, na przykład dlatego, że produkty oznaczone jego marką są „absolutnie niezbędną pozycją w zapasach” i wielu konsumentów końcowych woli je od innych lub dlatego, że zdolności innych dostawców są ograniczone do tego stopnia, że część popytu może być zapewniona tylko przez danego dostawcę⁽¹⁾. Rynkowa pozycja dostawcy ma więc główne znaczenie dla oceny możliwych antykonkurencyjnych skutków zobowiązań do jednomarkowości.
- (133) Jeżeli konkurenci mogą konkurować na równych warunkach o cały popyt każdego indywidualnego klienta, zobowiązana do jednomarkowości jednego określonego dostawcy na ogół prawdopodobnie nie będą utrudniać skutecznej konkurencji, chyba że zmiana dostawcy przez klientów jest trudna z uwagi na okres ważności i pokrycie rynku zobowiązań do jednomarkowości. Im wyższy jest związany udział w rynku, tj. część udziału w rynku związana ze sprzedażą w ramach zobowiązania do jednomarkowości, tym bardziej znaczące może być zamknięcie dostępu do rynku. Podobnie, im dłuższy okres trwania zobowiązań do jednomarkowości, tym bardziej znaczące może być zamknięcie dostępu do rynku. Zobowiązania do jednomarkowości trwające krócej niż jeden rok, zawarte przez niedominujące przedsiębiorstwa, nie są zwykle uważane za powodujące znaczące skutki antykonkurencyjne lub skutki negatywne netto. Zobowiązania do jednomarkowości trwające od jednego roku do pięciu lat i zawarte przez niedominujące przedsiębiorstwa wymagają zwykle zbilansowania pro i antykonkurencyjnych skutków, podczas gdy zobowiązania do jednomarkowości trwające ponad pięć lat nie są w przypadku większości rodzajów inwestycji uznawane za konieczne dla uzyskania domniemanego podniesienia efektywności lub podniesienie efektywności jest niewystarczające, aby równoważyć ich skutek w postaci zamknięcia dostępu do rynku. Bardziej prawdopodobne jest, że zobowiązania do jednomarkowości spowodują antykonkurencyjne zamknięcie dostępu do rynku, kiedy podejmują je przedsiębiorstwa dominujące.
- (134) Podczas oceny siły rynkowej dostawcy ważna jest „siła rynkowa jego konkurentów”. Tak długo, jak jego konkurenci są dostatecznie liczni i silni, nie można oczekiwać żadnych skutków antykonkurencyjnych. Zamknięcie dostępu do rynku konkurentom jest raczej mało prawdopodobne, jeżeli mają

⁽¹⁾ Orzeczenie Sądu Pierwszej Instancji w sprawie T-65/98 *Van den Bergh Foods* przeciwko Komisji [2003], Rec. II-4653, pkt 104 i 156.

oni podobną pozycję rynkową i mogą oferować równie atrakcyjne produkty. W takich przypadkach zamknięcie dostępu do rynku może jednak mieć miejsce w przypadku kandydatów do wejścia na rynek, gdy pewna liczba największych dostawców zawiera umowy dotyczące jednomarkowości ze znaczną liczbą nabywców na rynku właściwym (sytuacja skutku łącznego). Ma to miejsce również w sytuacji, gdy umowy dotyczące jednomarkowości mogą ułatwiać znowę między konkurującymi dostawcami. Jeżeli ci dostawcy są objęci indywidualnie wyłączeniem grupowym, dla zaradzenia tego rodzaju negatywnym skutkom łącznym może być konieczne wycofanie wyłączenia grupowego. Zasadniczo nie uważa się, że związany udział w rynku poniżej 5 % przyczynia się do wystąpienia łącznego skutku w postaci zamknięcia dostępu do rynku.

- (135) W przypadkach, w których udział w rynku największego dostawcy nie przekracza 30 %, a udział w rynku pięciu największych dostawców wynosi poniżej 50 %, nie jest prawdopodobne zaistnienie sytuacji indywidualnego lub łącznego skutku antykonkurencyjnego. Jeżeli potencjalny nowy podmiot na rynku nie może wejść na rynek z zyskiem, jest to prawdopodobnie spowodowane innymi czynnikami niż zobowiązanie do jednomarkowości, takimi jak preferencje konsumentów.
- (136) Przeszkody w wejściu na rynek mają znaczenie dla ustalenia, czy istnieje faktyczne antykonkurencyjne zamknięcie dostępu do rynku. Jeżeli konkurującym dostawcom jest stosunkowo łatwo poszukać nowych nabywców lub znaleźć alternatywnych nabywców produktu, zamknięcie dostępu do rynku nie będzie raczej stanowiło problemu. Przeszkody w wejściu na rynek występują jednak często, zarówno na szczeblu produkcji, jak i dystrybucji.
- (137) Równoważąca siła jest istotna, ponieważ silni nabywcy nie pozwolą odciąć się od dostaw konkurujących towarów lub usług. Ogólnie rzecz ujmując, w celu przekonania konsumentów do wyrażenia zgody na jednomarkowość, dostawca być może będzie musiał zrekompensować im, w całości lub w części, straty w konkurencji wynikające z wyłączności. W przypadku takiej rekompensaty w indywidualnym interesie klienta może leżeć podjęcie z dostawcą zobowiązania do jednomarkowości. Błędem byłoby jednak automatyczne wnioskowanie automatycznie na tej podstawie, że wszystkie uwzględnione łącznie zobowiązania do jednomarkowości są ogólnie korzystne dla klientów na tym rynku i dla konsumentów końcowych. W szczególności jest mało prawdopodobne, że konsumenci jako całość odniosą korzyść, jeżeli jest wielu klientów, a zobowiązania do jednomarkowości uwzględnione łącznie nie pozwalają w efekcie na wejście na rynek i ekspansję konkurujących przedsiębiorstw.
- (138) Ponadto istotny jest „szczebel obrotu handlowego”. Antykonkurencyjne zamknięcie dostępu do rynku jest mniej prawdopodobne w przypadku produktów pośrednich. Jeżeli dostawca produktu pośredniego nie ma pozycji dominującej, konkurujący dostawcy nadal dysponują znaczną częścią „wolnego” popytu. Poniżej poziomu dominacji antykonkurencyjne zamknięcie dostępu do rynku może jednak nastąpić w przypadku wystąpienia skutku łącznego. Wystąpienie łącznego skutku antykonkurencyjnego jest mało prawdopodobne tak długo, jak długo jest związane mniej niż 50 % rynku.
- (139) Jeżeli porozumienie dotyczy dostaw produktów końcowych na poziomie hurtowym, kwestia, czy problem dla konkurencji może zaistnieć poniżej poziomu dominacji, zależy w dużym stopniu od rodzaju hurtu i przeszkód w wejściu na rynek na poziomie hurtu. Nie ma rzeczywistego antykonkurencyjnego ryzyka zamknięcia dostępu do rynku, jeżeli konkurujący producenci mogą łatwo stworzyć własny system hurtowni. To, czy przeszkody w wejściu na rynek są niskie, zależy po części od rodzaju hurtu, tj. od tego czy hurtownicy mogą efektywnie działać jedynie w oparciu o produkt objęty porozumieniem, czy też nie (np. lody) i czy bardziej się opłaca handel całą gamą produktów (np. mrożoną żywnością). W tym ostatnim przypadku producentowi sprzedającemu tylko jeden produkt nie opłaca się utworzenie własnych hurtowni. W takim przypadku mogą zaistnieć skutki antykonkurencyjne. Oprócz tego, mogą zaistnieć problemy skutków łącznych, jeżeli kilku dostawców wiąże większość istniejących hurtowników.
- (140) W przypadku produktów końcowych prawdopodobieństwo zamknięcia dostępu do rynku jest większe na poziomie detalicznym, biorąc pod uwagę znaczące przeszkody dla większości producentów w uruchomieniu punktów sprzedaży detalicznej jedynie własnych produktów. Ponadto właśnie na poziomie detalicznym porozumienia dotyczące jednomarkowości mogą prowadzić do zmniejszonej konkurencji międzymarkowej zewnętrznej w punktach sprzedaży. Właśnie z tych przyczyn w przypadku produktów końcowych mogą zacząć pojawiać się znaczące skutki antykonkurencyjne z uwzględnieniem wszystkich innych istotnych czynników, jeżeli niedominujący dostawca wiąże 30 % lub więcej rynku właściwego. W przypadku przedsiębiorstwa dominującego nawet skromny udział w rynku może już prowadzić do znaczących skutków antykonkurencyjnych.

- (141) Na poziomie detalicznym może również zaistnieć łączny skutek w postaci zamknięcia dostępu do rynku. Kiedy wszyscy dostawcy mają udział w rynku poniżej 30 %, wystąpienie łącznego skutku w postaci antykonkurencyjnego zamknięcia dostępu do rynku jest mało prawdopodobne, jeżeli łączny związany udział w rynku wynosi mniej niż 40 % i w związku z tym mało prawdopodobne jest wycofanie wyłączenia grupowego. Wskaźnik ten może być wyższy, gdy weźmie się pod uwagę inne czynniki, jak liczba konkurentów, przeszkody w wejściu na rynek itp. Jeżeli nie wszystkie przedsiębiorstwa mają udziały w rynku poniżej progu określonego w wyłączeniu grupowym, ale żadne z nich nie dominuje, wystąpienie łącznego skutku w postaci zamknięcia dostępu do rynku jest mało prawdopodobne, jeżeli łączny związany udział w rynku wynosi mniej niż 30 %.
- (142) Jeżeli nabywca działa w lokalu i na gruntach stanowiących własność dostawcy lub dzierżawionych przez dostawcę od osoby trzeciej nie związanej z nabywcą, możliwość narzucenia skutecznych środków zaradczych wobec możliwego skutku w postaci zamknięcia dostępu do rynku będzie ograniczona. W takim przypadku interwencja Urzędu Nadzoru EFTA poniżej poziomu dominacji jest mało prawdopodobna.
- (143) W niektórych sektorach sprzedaż więcej niż jednej marki w pojedynczym miejscu może być trudna. W takim przypadku problemowi zamknięcia dostępu do rynku można lepiej zaradzić poprzez ograniczenie rzeczywistego czasu obowiązywania umów.
- (144) Jeżeli zostanie stwierdzone istnienie znaczących skutków antykonkurencyjnych, istnieje kwestia ewentualnego wyłączenia na podstawie art. 53 ust. 3. W przypadku zakazów konkurowania wzrost efektywności opisany w pkt (107) lit. a) (niewłaściwa działalność rynkowa między dostawcami), d), e) (problemy zatoru) i h) (niedostatki rynku kapitałowego) może być szczególnie istotny.
- (145) W przypadku kwestii efektywności, o której mowa w pkt (107) lit. a), pkt (107) lit. d) oraz pkt (107) lit. h), narzucanie ilości może ewentualnie być alternatywą mniej restrykcyjną. Zakaz konkurowania może być jedynym możliwym sposobem uzyskania wzrostu efektywności opisanej w pkt (107) lit. e) (problem zatoru związany przekazaniem *know-how*).
- (146) W przypadku inwestycji dokonanych przez dostawcę w związku z konkretną umową (zob. pkt (107) lit. d)), porozumienie dotyczące zakazu konkurowania lub narzucania ilości w okresie amortyzacji inwestycji będzie w zasadzie spełniać warunki art. 53 ust. 3. W przypadku bardzo znacznych inwestycji związanych z konkretną umową może być uzasadniony zakaz konkurowania przekraczający pięć lat. Inwestycjami związanymi z konkretną umową może być na przykład montaż lub dostosowanie sprzętu przez dostawcę, jeżeli ten sprzęt może być później użyty jedynie do produkcji składników dla konkretnego nabywcy. Ogólne lub specyficznie rynkowe inwestycje w (dodatkowe) moce produkcyjne nie są zwykle inwestycjami związanymi z konkretną umową. Jeżeli jednak dostawca tworzy nowe moce produkcyjne konkretnie powiązane z działalnością konkretnego nabywcy, na przykład przedsiębiorstwo produkujące metalowe puszki, które tworzy nowe moce produkcyjne do produkcji puszek na terenie zakładu pakującego żywność w puszki lub blisko tego zakładu należącego do producenta żywności, te moce produkcyjne mogą być uzasadnione ekonomicznie jedynie w przypadku produkcji dla tego właśnie klienta, kiedy to inwestycja będzie uważana za związaną z konkretną umową.
- (147) Okoliczność, że dostawca zapewnia nabywcy pożyczkę lub sprzęt nie związany z konkretną umową, sama w sobie nie wystarcza do uzasadnienia braku wystąpienia skutku w postaci antykonkurencyjnego zamknięcia dostępu do rynku. W przypadku niedostatków rynku kapitałowego udzielenie pożyczki może być efektywniejsze dla dostawcy danego produktu niż dla banku (zob. pkt (107) lit. h)). Jednakże w takich przypadkach pożyczka powinna zostać udzielona w najmniej ograniczający sposób, a nabywcy nie powinno się zasadniczo uniemożliwiać zakończenia zobowiązania i spłacenia pozostałej części pożyczki w dowolnym czasie i bez płacenia kar.
- (148) Przekazanie istotnego *know-how* (pkt (107) lit. e)) uzasadnia zwykle zakaz konkurowania przez cały czas trwania umowy dostaw, tak jak to się dzieje na przykład w kontekście franchisingu.

(149) Przykład zakazu konkurencji

Lider rynkowy na rynku krajowym produktów konsumpcyjnych nabywanych pod wpływem impulsu, mający udział w rynku w wysokości 40 %, sprzedaje większość swych produktów (90 %) za pośrednictwem powiązanych detalistów (powiązany udział w rynku 36 %). Porozumienia zobowiązują detalistów do kupowania u lidera rynkowego przez przynajmniej cztery lata. Lider rynkowy jest szczególnie mocno reprezentowany na gęściej zaludnionych obszarach takich jak stolica. Jego konkurencji – jest ich 10, z których niektórzy działają tylko lokalnie, mają dużo niższe udziały w rynku, największy ma 12 %. Tych 10 konkurentów wspólnie zaopatruje pozostałe 10 % rynku za pośrednictwem powiązanych punktów sprzedaży. Na rynku jest silne zróżnicowanie marki i produktu. Lider rynkowy dysponuje najsilniejszymi markami. Jako jedyny prowadzi regularne ogólnokrajowe kampanie reklamowe. Dostarcza powiązanim detalistom specjalne szafy do przechowywania swych produktów.

Rezultat dla rynku jest taki, że łącznie 46 % (36 % + 10 %) rynku jest zamknięte dla ewentualnych kandydatów do wejścia na rynek oraz dla przedsiębiorstw na nim działających nie mających powiązanych punktów sprzedaży detalicznej. Wejście potencjalnych kandydatów na rynek jest niezwykle trudne, zwłaszcza na gęsto zaludnionych obszarach, gdzie stopień zamknięcia dostępu do rynku jest jeszcze wyższy, chociaż właśnie tam chcieliby oni wejść na rynek. Prócz tego, ze względu na duże zróżnicowanie marki i produktu oraz wysokie koszty badań w stosunku do ceny produktu, brak konkurencji międzymarkowej zewnętrznej w punktach sprzedaży prowadzi do dodatkowych strat korzyści dla konsumentów. Możliwa efektywność wyłączności punktów sprzedaży detalicznej, wynikająca zdaniem lidera rynkowego ze zmniejszonych kosztów transportu oraz możliwego problemu zatoru związanego z szafami do przechowywania produktów, jest ograniczona i nie równoważy negatywnych skutków dla konkurencji. Efektywność jest ograniczona, ponieważ koszty transportu są powiązane z ilością, a nie z wyłącznością, a szafy do przechowywania towarów nie zawierają specjalnego *know-how* i nie są związane z marką. W związku z tym jest mało prawdopodobne, aby były spełnione warunki określone w art. 53 ust. 3.

(150) Przykład narzucania ilości

Producent X mający 40 % udziału w rynku sprzedaje 80 % swoich produktów w oparciu o umowy określające, iż nabywca musi kupować przynajmniej 75 % produktów tego rodzaju od producenta X. W zamian producent X oferuje finansowanie i wyposażenie po korzystnych stawkach. Umowy obowiązują przez pięć lat, spłata pożyczki jest przewidziana w tym okresie w jednakowych ratach. Jednak po upływie pierwszych dwóch lat nabywcy mogą rozwiązać umowę z sześciomiesięcznym okresem wypowiedzenia, jeżeli spłacą pozostałą część pożyczki i przejąć sprzęt po jego wartości rynkowej. Po upływie pięciu lat sprzęt staje się własnością nabywcy. Większość konkurujących producentów to małe przedsiębiorstwa, jest ich łącznie 12, udział w rynku największej wynosi 20 %; zawierają one podobne umowy o różnym czasie trwania. Producenci, których udział w rynku wynosi mniej niż 10 %, często mają umowy o dłuższym czasie obowiązywania i mniej hojnych klauzulach dotyczących ich rozwiązania. Umowy producenta X pozostawiają swobodę uzyskiwania 25 % dostaw od konkurentów. W ciągu ostatnich trzech lat na rynek weszło dwóch nowych producentów i uzyskało łączny udział w rynku w wysokości około 8 %, częściowo dzięki przejściu pożyczek pewnej liczby odsprzedawców w zamian za umowy z tymi odsprzedawcami.

Powiązany udział w rynku producenta X wynosi 24 % ($0,75 * 0,80 * 40\%$). Powiązany udział w rynku innych producentów wynosi około 25 %. W związku z tym łącznie około 49 % rynku jest zamknięte dla potencjalnych kandydatów do wejścia oraz działających na tym rynku przedsiębiorstw nie mających powiązanych punktów sprzedaży detalicznej przez przynajmniej pierwsze dwa lata obowiązywania umów dostawy. Rynek pokazuje, iż przedsiębiorstwa odsprzedawców często mają trudności z uzyskaniem pożyczek z banków i są zwykle zbyt małe, aby uzyskać kapitał z innych środków, jak emisja akcji. Oprócz tego, producent X jest w stanie wykazać, że skoncentrowanie sprzedaży na małej liczbie odsprzedawców pozwala mu na lepsze planowanie sprzedaży i zaoszczędzenie na kosztach transportu. W świetle wydajności z jednej strony, a z drugiej 25 % nie powiązanej części w umowach producenta X, faktycznej możliwości wcześniejszego rozwiązania umowy, niedawnego wejścia na rynek nowych producentów oraz faktu, iż prawie połowa odsprzedawców nie jest powiązana, narzucanie ilości 75 % przez producenta X prawdopodobnie spełni warunki określone w art. 53 ust. 3.

2.2. Dystrybucja wyłączna

- (151) W umowie dystrybucji wyłącznej dostawca zgadza się sprzedawać swoje produkty tylko jednemu dystrybutorowi do odsprzedaży na określonym terytorium. Jednocześnie dystrybutor jest zwykle ograniczony w aktywnej sprzedaży na innych terytoriach (przydzielonych na wyłączność). Ewentualnymi zagrożeniami dla konkurencji są głównie zmniejszona konkurencja międzymarkowa wewnętrzna oraz podział rynku, co może w szczególności ułatwiać dyskryminację cenową. Jeżeli większość dostawców

lub wszyscy dostawcy stosują dystrybucję wyłączną, może to złagodzić konkurencję i ułatwić zmowę, zarówno na poziomie dostawców, jak i dystrybutorów. Ponadto dystrybucja wyłączna może prowadzić do zamknięcia dostępu do rynku innym dystrybutorom, a przez to zmniejszenia konkurencji na tym poziomie.

- (152) Dystrybucja wyłączna jest wyłączona na podstawie wyłączenia grupowego, jeżeli udział dostawcy i nabywcy w rynku, rozpatrywany każdy z osobna, nie przekracza 30 %, nawet w połączeniu z innymi mniej poważnymi ograniczeniami wertykalnymi, takimi jak zakaz konkurowania ograniczony do pięciu lat, narzucanie ilości lub wyłączność zakupów. Połączenie dystrybucji wyłącznej z dystrybucją selektywną jest wyłączone na podstawie wyłączenia grupowego jedynie wówczas, gdy aktywna sprzedaż na innych terytoriach nie jest ograniczona. Dalsza część niniejszej sekcji zawiera wskazówki na potrzeby oceny wyłącznej dystrybucji w indywidualnych przypadkach, gdy udział w rynku przekracza próg 30 %.
- (153) Pozycja rynkowa dostawcy i jego konkurentów ma wielkie znaczenie, ponieważ straty w konkurencji międzymarkowej wewnętrznej mogą być problemem jedynie wówczas, gdy ograniczona jest konkurencja międzymarkowa zewnętrzna. Im silniejsza „pozycja dostawcy”, tym poważniejsze są straty w konkurencji międzymarkowej wewnętrznej. Powyżej 30 % progu udziału w rynku może zatem istnieć zagrożenie znacznego zmniejszenia konkurencji międzymarkowej wewnętrznej. Aby warunki określone w art. 53 ust. 3 zostały spełnione, straty w konkurencji międzymarkowej wewnętrznej mogą wymagać zrównoważenia przez faktyczną efektywność.
- (154) Pozycja konkurentów ma podwójne znaczenie. Silni konkurencji oznaczają zwykle, że zmniejszenie konkurencji międzymarkowej wewnętrznej jest zrównoważone przez dostateczną konkurencję międzymarkową zewnętrzną. Jeżeli jednak grupa konkurentów jest raczej niewielka, a ich pozycja rynkowa jest raczej podobna pod względem udziału w rynku, mocy produkcyjnych i sieci dystrybucji, istnieje ryzyko zmowy lub łagodzenia konkurencji. Straty w konkurencji międzymarkowej wewnętrznej mogą zwiększać to ryzyko, zwłaszcza gdy kilku dostawców wykorzystuje podobne systemy dystrybucji. Wielokrotność wyłączności, tj. gdy różni dostawcy mianują tego samego wyłącznego dystrybutora na danym terytorium, może jeszcze zwiększać ryzyko zmowy lub łagodzenia konkurencji. Jeżeli dealerowi przyznano wyłączne prawo do dystrybucji dwóch lub więcej ważnych konkurujących produktów na tym samym terytorium, to konkurencja międzymarkowa zewnętrzna może być znacznie ograniczona w odniesieniu do tych marek. Im wyższy jest skumulowany udział w rynku marek rozprawdzanych przez wyłącznych dealerów wielu marek, tym wyższe ryzyko zmowy lub łagodzenia konkurencji i tym znaczniejsze ograniczenie konkurencji międzymarkowej zewnętrznej. Jeśli detalista jest wyłącznym dystrybutorem szeregu marek, może to spowodować, że jeśli jeden z producentów obniży cenę hurtową dla swojej marki, wyłączny detalista nie będzie zainteresowany wprowadzeniem tej zmiany w cenę dla konsumenta końcowego, ponieważ zmniejszyłoby to jego sprzedaż i zyski osiągane z innych marek. Dlatego też w porównaniu z sytuacją braku wielokrotności umów wyłączności, producenci są w niewielkim stopniu zainteresowani wzajemną konkurencją cenową. Tego rodzaju sytuacje związane z łącznymi skutkami mogą być przyczyną zapobiegania korzyściom wynikającym z wyłączenia grupowego, gdy udziały w rynku dostawców i nabywców są poniżej progu określonego w wyłączeniu grupowym.
- (155) Przeszkody w wejściu na rynek mogące utrudniać dostawcom powoływanie nowych dystrybutorów lub znalezienie alternatywnych dystrybutorów są mniej ważne podczas oceny ewentualnych antykonkurencyjnych skutków dystrybucji wyłącznej. Zamknięcie dostępu do rynku innym dostawcom nie ma miejsca tak długo, jak długo dystrybucja wyłączna nie jest połączona z jednomarkowością.
- (156) Zamknięcie dostępu do rynku innym dystrybutorom nie stanowi problemu, jeżeli dostawca, który wykorzystuje system dystrybucji wyłącznej wyznacza dużą liczbę wyłącznych dystrybutorów na tym samym rynku, a ci dystrybutorzy wyłączni nie są ograniczeni w sprzedaży innym, niewyznaczonym dystrybutorom. Zamknięcie dostępu do rynku innym dystrybutorom może jednak stać się problemem, jeżeli siła nabywczą i siła rynkowa są usytuowane poniżej, zwłaszcza w przypadku bardzo dużych terytoriów, gdy wyłączny dystrybutor staje się wyłącznym nabywcą dla całego rynku. Przykładem może być sieć supermarketów, która staje się jedynym dystrybutorem wiodącej marki na krajowym rynku sprzedaży detalicznej żywności. Zamknięcie dostępu do rynku innym dystrybutorom może być zaostżone w przypadku wielokrotności wyłączności.
- (157) Siła nabywczą może również zwiększać ryzyko zmowy po stronie nabywców, gdy porozumienia o dystrybucji wyłącznej są narzucane przez poważnych nabywców, prawdopodobnie usytuowanych na różnych terytoriach, jednemu lub kilku dostawcom.

- (158) Dojrzałość rynku ma znaczenie, ponieważ strata w konkurencji międzymarkowej wewnętrznej i dyskryminacja cenowa mogą być poważnym problemem na dojrzałym rynku, ale być mniej istotne na rynku o rosnącym popycie, zmieniających się technologiach i zmieniających się pozycjach rynkowych.
- (159) Szczebel obrotu handlowego ma znaczenie, ponieważ ewentualne negatywne skutki mogą być różne na poziomie handlu hurtowego i na poziomie handlu detalicznego. Dystrybucja wyłączna jest głównie stosowana w dystrybucji towarów i usług końcowych. Strata w konkurencji międzymarkowej wewnętrznej jest szczególnie prawdopodobna na poziomie detalicznym na dużych terytoriach, ponieważ konsumenci końcowi mogą mieć niewielką możliwość wyboru między dystrybutorem droгим i świadczącym usługi wysokiej jakości, a dystrybutorem tanim i świadczącym usługi niskiej jakości w przypadku ważnej marki.
- (160) Producent, który wybiera hurtownika na swego wyłącznego dystrybutora, robi to zazwyczaj w odniesieniu do większego terytorium, takiego jak państwo członkowskie UE lub państwo EFTA. Tak długo, jak długo hurtownik może sprzedawać produkty bez ograniczeń detalistom na rynku niższego szczebla, nie ma prawdopodobieństwa zaistnienia znaczących skutków antykonkurencyjnych. Ewentualne straty w konkurencji międzymarkowej wewnętrznej mogą być łatwo zrównoważone przez wzrost efektywności uzyskany w logistyce, promocji itp., szczególnie jeżeli producent ma swą siedzibę w innym kraju. Ewentualne zagrożenia dla konkurencji międzymarkowej zewnętrznej ze strony wielokrotności umów wyłączności są jednak większe na poziomie hurtowym, niż detalicznym. Jeżeli jeden hurtownik staje się wyłącznym dystrybutorem znaczącej liczby dostawców, może to nie tylko zmniejszyć konkurencję pomiędzy tymi markami, ale również doprowadzić do zamknięcia dostępu do rynku na szczeblu handlu hurtowego.
- (161) Jak stwierdzono w pkt (155), zamknięcie dostępu do rynku innym dostawcom nie występuje, dopóki nie połączy się dystrybucji wyłącznej z jednomarkowością. Jednak nawet jeśli połączy się dystrybucję wyłączną z jednomarkowością, antykonkurencyjne zamknięcie dostępu do rynku innym dostawcom nie jest prawdopodobne, być może z wyjątkiem sytuacji, w której jednomarkowość stosuje się w przypadku gęstej sieci wyłącznych dystrybutorów o małych terytoriach lub też w przypadku skutków łącznych. W takim przypadku konieczne może być zastosowanie zasad dotyczących jednomarkowości określonych w sekcji 2.1. Jeżeli jednak połączenie nie prowadzi do znacznego zamknięcia dostępu do rynku, połączenie dystrybucji wyłącznej i jednomarkowości może sprzyjać konkurencji poprzez zwiększanie bodźców dla wyłącznych dystrybutorów do skoncentrowania swych wysiłków na konkretnej marce. Dlatego też przy braku takiego skutku w postaci zamknięcia dostępu do rynku połączenie dystrybucji wyłącznej i jednomarkowości może jak najbardziej spełnić warunki określone w art. 53 ust. 3 przez cały czas obowiązywania umowy, szczególnie na poziomie handlu hurtowego.
- (162) Połączenie dystrybucji wyłącznej z wyłącznością zaopatrzenia zwiększa ewentualne zagrożenia dla konkurencji w postaci zmniejszonej konkurencji międzymarkowej wewnętrznej oraz podziału rynku, które mogą w szczególności ułatwiać dyskryminację cenową. Dystrybucja wyłączna już ogranicza swobodę decyzji konsumentów, ponieważ ogranicza liczbę dystrybutorów i zwykle ogranicza również swobodę dystrybutorów odnośnie do aktywnej sprzedaży. Wyłączność zaopatrzenia, wymagająca od wyłącznych dystrybutorów zakupu swego zaopatrzenia w przypadku konkretnej marki bezpośrednio od producenta, eliminuje również możliwą swobodę decyzji dystrybutorów, którzy nie mogą zaopatrywać się u innych dystrybutorów w systemie. Wskutek tego zwiększają się możliwości ograniczenia przez dostawcę konkurencji międzymarkowej wewnętrznej poprzez zastosowanie różnych warunków sprzedaży na niekorzyść konsumentów, chyba że połączenie umożliwia uzyskanie wytworzenie korzyści prowadzących do niższych cen dla wszystkich konsumentów końcowych.
- (163) Charakter produktu nie jest szczególnie istotny dla oceny ewentualnych antykonkurencyjnych skutków dystrybucji wyłącznej. Jest jednak istotny dla oceny ewentualnych korzyści, to znaczy po stwierdzeniu zaistnienia znaczących skutków antykonkurencyjnych.
- (164) Dystrybucja wyłączna może prowadzić do osiągnięcia korzyści, szczególnie gdy konieczne są inwestycje ze strony dystrybutorów związane z ochroną lub kreowaniem wizerunku marki. Generalnie najpoważniejsze są przypadki nowych produktów, produktów złożonych oraz produktów, których jakość trudno jest ocenić przed konsumpcją (tak zwane produkty związane z doświadczeniem), lub tych, których jakość trudno jest ocenić nawet po konsumpcji (tak zwane produkty zaufania). Oprócz tego dystrybucja wyłączna może prowadzić do oszczędności w kosztach logistyki ze względu na korzyści skali w transporcie i dystrybucji.

(165) Przykład dystrybucji wyłącznej na poziomie hurtowym

Na rynku artykułu konsumpcyjnego trwałego użytku A jest liderem rynkowym. A sprzedaje swój produkt za pośrednictwem wyłącznych hurtowników. Terytoria hurtowników odpowiadają całemu państwu członkowskiemu UE lub państwu EFTA, w przypadku małych państw członkowskich lub państw EFTA, oraz regionowi w przypadku większych państw członkowskich UE lub państw EFTA. Ci wyłączni dystrybutorzy zajmują się sprzedażą na rzecz wszystkich detalistów na ich terytoriach. Nie prowadzą sprzedaży dla konsumentów końcowych. Hurtownicy odpowiadają za promocję na swoich rynkach, w tym sponsorowanie lokalnych imprez, lecz także objaśnianie i promowanie nowych produktów wśród detalistów na ich terytoriach. Technologia i innowacyjność produktu na tym rynku ewoluuje stosunkowo szybko, a usługi przedsprzedażne dla detalistów i konsumentów końcowych odgrywają ważną rolę. Hurtownicy nie są zobligowani do dokonywania całości zakupów marki A od samego producenta, możliwa jest swoboda decyzji hurtowników i detalistów ponieważ koszty transportu są stosunkowo niskie w porównaniu z wartością produktu. Hurtownicy nie są objęci zakazem konkurencji. Detaliści sprzedają zatem pewną liczbę marek konkurujących dostawców i nie ma umów dystrybucji wyłącznej lub selektywnej na poziomie detalicznym. Na rynku UE sprzedaży hurtownikom A ma około 50 % udziału w rynku. Jego udział w rynku na różnych rynkach krajowych waha się w granicach 40–60 %. A ma od 6 do 10 konkurentów na każdym rynku krajowym. B, C i D są jego największymi konkurentami i są również obecni na każdym rynku krajowym, a ich udział w rynku waha się w granicach od 20 % do 5 %. Pozostali producenci to producenci krajowi, mający mniejsze udziały w rynku. B, C i D mają podobne sieci dystrybucji, podczas gdy lokalni producenci starają się sprzedawać swoje produkty bezpośrednio detalistom.

Na rynku sprzedaży hurtowej opisanym w tym przykładzie ryzyko zmniejszonej konkurencji między-markowej wewnętrznej i dyskryminacji cenowej jest niskie. Nie ma przeszkód dla arbitrażu, a brak konkurencji między-markowej wewnętrznej nie jest zbyt istotny na poziomie sprzedaży hurtowej. Na szczeblu detalicznym nie jest utrudniona ani konkurencja między-markowa wewnętrzna, ani konkurencja między-markowa zewnętrzna. Co więcej, umowy wyłączności na poziomie hurtowym nie mają dużego wpływu na konkurencję między-markową zewnętrzną. Dlatego też jest prawdopodobne, że – nawet jeżeli istnieją skutki antykonkurencyjne – warunki określone w art. 53 ust. 3 są także spełnione.

(166) Przykład wielokrotności umów wyłączności na rynku oligopolistycznym

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

Na takim rynku oligopolistycznym istnieje ryzyko zмовы między czterema liderami rynkowymi. Ryzyko to jest zwiększone poprzez wielokrotność umów wyłączności. Konkurencja między-markowa wewnętrzna jest ograniczona przez wyłączność terytorialną. Konkurencja między czterema wiodącymi markami ogranicza się do szczebla detalicznego, ponieważ na każdym terytorium jeden detalista ustala ceny dla wszystkich czterech marek. Wielokrotność umów wyłączności oznacza, że jeżeli jeden producent obniża cenę produktów swojej marki, detalista nie będzie zainteresowany wprowadzeniem tej zmiany w cenie dla konsumenta końcowego, ponieważ zmniejszyłoby to jego sprzedaż i zyski osiągnięte z innych marek. Stąd też producenci nie są zbyt zainteresowani konkurencją między sobą pod względem cen. Konkurencja między-markowa zewnętrzna istnieje przede wszystkim między mającymi słabą markę towarami drugorzędnych producentów. Ewentualne argumenty dotyczące efektywności przemawiające za (wspólną) dystrybucją wyłączną są ograniczone, ponieważ produkt jest stosunkowo prosty, odsprzedaż nie wymaga żadnych konkretnych inwestycji lub szkoleń, a reklama odbywa się głównie na szczeblu producentów.

Chociaż udział w rynku każdego z liderów rynkowych jest poniżej progu, warunki określone w art. 53 ust. 3 mogą nie być spełnione i może być konieczne wycofanie wyłączenia grupowego w odniesieniu do porozumień zawartych z dystrybutorami, których udział w rynku zaopatrzenia wynosi mniej niż 30 %.

(167) Przykład dystrybucji wyłącznej połączonej z wyłącznością zaopatrzenia

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

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

Podczas gdy ewentualne argumenty dotyczące efektywności przemawiające za wyznaczeniem wyłącznych dystrybutorów mogą być przekonujące, w szczególności ze względu na istnienie zachęt dla detalistów, ewentualne argumenty dotyczące efektywności przemawiające za połączeniem dystrybucji wyłącznej z wyłącznością zaopatrzenia, a w szczególności argumenty dotyczące efektywności przemawiające za wyłącznością zaopatrzenia, powiązane głównie z korzyściami skali w transporcie, nie mogą przeważać negatywnego skutku dyskryminacji cenowej i zmniejszonej konkurencji międzymarkowej wewnętrznej. W konsekwencji spełnienie warunków określonych w art. 53 ust. 3 jest niemożliwe.

2.3. Wyłączny przydział klientów

- (168) W umowie wyłącznego przydziału klientów dostawca zgadza się sprzedawać swoje produkty tylko jednemu dystrybutorowi do odsprzedaży konkretnej grupie klientów. Jednocześnie dystrybutor jest zwykle ograniczony w aktywnej sprzedaży innym grupom klientów (przydzielonym na wyłączność). Wyłączenie grupowe nie ogranicza sposobu określania wyłącznej grupy klientów; może to być na przykład pewien rodzaj klientów określony ze względu na wykonywany przez nich zawód, ale także określone klienci wybrani na podstawie obiektywnego kryterium lub kilku takich kryteriów. Ewentualnymi zagrożeniami dla konkurencji są głównie zmniejszona konkurencja międzymarkowa wewnętrzna oraz podział rynku, co może w szczególności ułatwiać dyskryminację cenową. Jeżeli większość dostawców lub wszyscy dostawcy stosują wyłączny przydział klientów, może dojść do złagodzenia konkurencji i może być łatwiej o zмовę, tak na poziomie dostawców, jak i dystrybutorów. Ponadto wyłączny przydział klientów może prowadzić do zamknięcia dostępu do rynku innym dystrybutorom i w konsekwencji zmniejszyć konkurencję na tym poziomie.
- (169) Wyłączny przydział klientów jest objęty wyłączeniem na podstawie wyłączenia grupowego, jeżeli udział zarówno dostawcy, jak i nabywcy w rynku nie przekracza 30 %, nawet w połączeniu z innymi mniej poważnymi ograniczeniami wertykalnymi, takimi jak zakaz konkurowania, narzucanie ilości lub wyłączność zaopatrzenia. Połączenie wyłącznego przydziału klientów z dystrybucją selektywną jest zwykle uważane za przykład najpoważniejszego ograniczenia konkurencji, ponieważ zwykle nie ma swobody aktywnej sprzedaży konsumentom końcowym. Do oceny wyłącznego przydziału klientów powyżej 30 % progu udziału w rynku stosuje się wskazówki zawarte w pkt (151)–(167), z zastrzeżeniem szczegółowych uwag w dalszej części niniejszej sekcji.
- (170) Wyłączny przydział konsumentów zwykle utrudnia arbitraż ze strony konsumentów. Oprócz tego, ponieważ każdy wyznaczony dystrybutor ma swoją własną klasę klientów, niewyznaczeni dystrybutorzy nie mieszczący się w takiej klasie mogą mieć trudności z uzyskaniem produktu. Zatem zmniejszy się możliwość arbitrażu ze strony niewyznaczonych dystrybutorów.

- (171) Wyłączny przydział konsumentów jest głównie stosowany do produktów pośrednich i na poziomie hurtowym, gdy dotyczy produktów końcowych, jeżeli można wyróżnić grupy klientów mających specjalne wymogi odnośnie do produktu.
- (172) Wyłączny przydział klientów może prowadzić do wzrostu efektywności, szczególnie gdy dystrybutorzy są zobligowani do inwestowania na przykład w specjalny sprzęt, umiejętności lub *know-how* w celu dostosowania się do wymogów swoich grup klientów. Okres amortyzacji tych inwestycji wskazuje na usprawiedliwiony czas obowiązywania systemu wyłącznego przydziału konsumentów. Generalnie najpoważniejsze są przypadki nowych produktów, produktów złożonych, produktów wymagających dostosowania do potrzeb indywidualnego klienta. Możliwe do zidentyfikowania zróżnicowane potrzeby są bardziej prawdopodobne w przypadku produktów pośrednich, to jest produktów sprzedawanych różnym rodzajom profesjonalnych nabywców. Przydział konsumentów końcowych nie może raczej prowadzić do wzrostu efektywności.
- (173) Przykład wyłącznego przydziału klientów

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

Ponieważ wyłączność jest ograniczona w czasie i służy temu, aby dystrybutorzy mogli odzyskać swoje inwestycje i na początku skoncentrowali swoje wysiłki na pewnej kategorii konsumentów, aby nauczyć się danej dziedziny, a także z racji tego, że ewentualne antykonkurencyjne skutki wydają się być ograniczone na dynamicznym rynku, warunki określone w art. 53 ust. 3 są raczej spełnione.

2.4. *Dystrybucja selektywna*

- (174) Umowy dystrybucji selektywnej, podobnie jak umowy dystrybucji wyłącznej, z jednej strony ograniczają liczbę uprawnionych dystrybutorów, a z drugiej możliwości odsprzedaży. Różnica w porównaniu z dystrybucją wyłączną jest taka, iż ograniczenie liczby dealerów nie zależy od liczby terytoriów, ale od kryteriów doboru, powiązanych w pierwszym rzędzie z charakterem produktu. Kolejna różnica w porównaniu z dystrybucją wyłączną polega na tym, że ograniczenie odsprzedaży nie jest ograniczeniem aktywnej sprzedaży na danym terytorium, ale jest ograniczeniem sprzedaży nieuprawnionym dystrybutorom, pozostawiając jako ewentualnych nabywców jedynie wyznaczonych dealerów i konsumentów końcowych. Dystrybucja selektywna jest niemal zawsze stosowana w przypadku markowych produktów końcowych.
- (175) Ewentualne zagrożenia dla konkurencji polegają na zmniejszeniu konkurencji międzymarkowej wewnętrznej oraz – szczególnie w przypadku skutków łącznych – zamknięciu dostępu do rynku pewnym rodzajom dystrybutorów, złagodzeniu konkurencji oraz ułatwieniu zmywy między dostawcami lub nabywcami. Aby ocenić ewentualne antykonkurencyjne skutki dystrybucji selektywnej stosownie do art. 53 ust. 1, należy dokonać rozróżnienia między czysto jakościową dystrybucją selektywną, a ilościową dystrybucją selektywną. W czysto jakościowej dystrybucji selektywnej dealerzy są dobierani jedynie na podstawie obiektywnych kryteriów związanych z charakterem produktu, takich jak szkolenie personelu sprzedaży, obsługa zapewniana w punkcie sprzedaży, pewna gama sprzedawanych produktów itp.⁽¹⁾ Zastosowanie takich kryteriów nie ogranicza bezpośrednio liczby dealerów. Czysto jakościowa dystrybucja selektywna jest generalnie uznawana za nie wchodzące w zakres art. 53 ust. 1 ze względu na brak antykonkurencyjnych skutków,

⁽¹⁾ Zob. np. orzeczenie Sądu Pierwszej Instancji w sprawie T-88/92 *Groupment d'achat Édouard Leclerc* przeciwko Komisji [1996], Rec. II-1961.

pod warunkiem, iż zostały spełnione trzy warunki. Po pierwsze, charakter danego produktu musi wymagać systemu dystrybucji selektywnej, w tym znaczeniu, iż taki system musi stanowić legalny wymóg, uwzględniający charakter danego produktu, konieczność zachowania jego jakości i zapewnienie jego właściwego przeznaczenia. Po drugie, odsprzedawcy muszą być wybierani na podstawie obiektywnych kryteriów o charakterze jakościowym, jednolitych i dostępnych dla wszystkich ewentualnych odsprzedawców i nie stosowanych w sposób dyskryminacyjny. Po trzecie, ustanowione kryteria nie mogą wykraczać poza to, co jest konieczne⁽¹⁾. Ilościowa dystrybucja selektywna dodaje dalsze kryteria doboru, które w bardziej bezpośredni sposób ograniczają liczbę dealerów, wymagając, na przykład, minimalnej lub maksymalnej sprzedaży, ustalając liczbę dealerów itp.

- (176) Jakościowa i ilościowa dystrybucja selektywna jest objęta wyłączeniem na podstawie wyłączenia grupowego tak długo jak udział w rynku dostawcy i nabywcy, rozpatrywany każdy z osobna, nie przekracza 30 %, nawet w połączeniu z innymi mniej poważnymi ograniczeniami wertykalnymi, takimi jak zakaz konkutowania lub dystrybucja wyłączna, pod warunkiem że aktywna sprzedaż przez uprawnionych dystrybutorów sobie nawzajem lub konsumentom końcowym nie jest ograniczona. Wyłączenie grupowe przewiduje wyłączenie dystrybucji selektywnej niezależnie od charakteru danego produktu oraz charakteru kryteriów wyboru. Jeżeli jednak produkt z uwagi na swój charakter⁽²⁾ nie wymaga dystrybucji selektywnej lub nie wymaga stosowanych kryteriów, takich jak np. wymóg posiadania przez dystrybutorów co najmniej jednego lokalu handlowego lub świadczenia określonych usług, taki system dystrybucji zwykle nie przynosi dostatecznych skutków w postaci zwiększonej efektywności, aby zrównoważyć znaczne ograniczenie konkurencji międzymarkowej wewnętrznej. Jeżeli występują znaczące skutki antykonkurencyjne, przywilej wyłączenia grupowego prawdopodobnie zostanie wycofany. Dodatkowo w pozostałej części niniejszej sekcji zawarto wskazówki dotyczące oceny dystrybucji selektywnej w indywidualnych przypadkach, które nie są objęte wyłączeniem grupowym, bądź w przypadku skutków łącznych wynikających z równoległych sieci dystrybucji selektywnej.
- (177) Pozycja rynkowa dostawcy i jego konkurentów ma ogromne znaczenie podczas oceny ewentualnych antykonkurencyjnych skutków, ponieważ zanik konkurencji międzymarkowej wewnętrznej może być problemem tylko wówczas, jeżeli konkurencja międzymarkowa zewnętrzna jest ograniczona. Im silniejsza jest pozycja dostawcy, tym większym problemem jest zanik konkurencji międzymarkowej wewnętrznej. Innym ważnym czynnikiem jest liczba sieci dystrybucji selektywnej obecnych na tym samym rynku. Jeżeli tylko jeden dostawca stosuje dystrybucję selektywną na rynku, ilościowa dystrybucja selektywna zwykle nie powoduje wyłącznie negatywnych skutków, pod warunkiem, iż towary objęte umową, ze względu na swój charakter, wymagają zastosowania systemu dystrybucji selektywnej oraz pod warunkiem że stosowane kryteria doboru są konieczne dla zapewnienia skutecznej dystrybucji danych towarów. W rzeczywistości jednak dystrybucja selektywna wydaje się być często stosowana przez kilku dostawców na danym rynku.
- (178) Pozycja konkurentów może mieć podwójne znaczenie i odgrywa rolę zwłaszcza w przypadku skutków łącznych. Silni konkurenci oznaczają generalnie, iż łatwo jest przeważać zmniejszenie konkurencji międzymarkowej wewnętrznej i dzięki wystarczającej konkurencji międzymarkowej zewnętrznej. Jeżeli jednak większość głównych dostawców stosuje dystrybucję selektywną, nastąpi znaczący zanik konkurencji międzymarkowej wewnętrznej i ewentualne wyłączenie pewnych rodzajów dystrybutorów, jak również zwiększone ryzyko zmywy między tymi wielkimi dostawcami. Ryzyko zamknięcia dostępu do rynku sprawniejszym dystrybutorom jest zawsze większe w przypadku dystrybucji selektywnej niż dystrybucji wyłącznej, wzięwszy pod uwagę ograniczenie sprzedaży nieautoryzowanym dealerom w dystrybucji selektywnej. Ograniczenie to służy nadaniu systemom dystrybucji selektywnej charakteru zamkniętego, uniemożliwiając uzyskanie dostaw nieuprawnionym dealerom. Zatem dystrybucja selektywna nadaje się szczególnie dobrze do unikania nacisków na marżę producenta, jak i na marżę autoryzowanych dealerów ze strony sklepów obniżających ceny (bez względu na to, czy są to dystrybutorzy prowadzący działalność poza Internetem lub czy tylko przez Internet). Zamknięcie dostępu do rynku dla takich form dystrybucji, bez względu na to, czy wynika ono z łącznego zastosowania dystrybucji selektywnej lub z jej zastosowania przez jednego dostawcę o udziale w rynku przekraczającym 30 %, ogranicza możliwości odniesienia przez konsumentów określonych korzyści wynikających z tych form, jak np. niższe ceny, większa przejrzystość i szerszy dostęp.

⁽¹⁾ Zob. wyroki Trybunału Sprawiedliwości w sprawie 31/80 *L'Oréal* przeciwko *PVBA* [1980], Rec. 3775, pkt 15 i 16; w sprawie 26/76 *Metro I* [1977], Rec. 1875, pkt 20 i 21; w sprawie 107/82 *AEG* [1983], Rec. 3151, pkt 35; oraz orzeczenie Sądu Pierwszej Instancji w sprawie T-19/91 *Vichy* przeciwko *Komisji* [1992], Rec. II-415, pkt 65.

⁽²⁾ Zob. np. orzeczenia Sądu Pierwszej Instancji w sprawie T-19/92 *Groupement d'achat Edouard Leclerc* przeciwko *Komisji* [1996], Rec. II-1851, pkt 112–123; w sprawie T-88/92 *Groupement d'achat Edouard Leclerc* przeciwko *Komisji* [1996], Rec. II-1961, pkt 106–117, oraz orzecznictwo, o którym mowa w poprzednim przypisie.

- (179) Jeżeli wyłączenie grupowe ma zastosowanie do pojedynczych sieci dystrybucji selektywnej, wycofanie wyłączenia grupowego lub zaprzestanie stosowania wyłączenia grupowego można rozważać w przypadku skutków łącznych. Jednakże jest mało prawdopodobne, aby problem skutków łącznych pojawił się, gdy udział w rynku objętym dystrybucją selektywną jest niższy niż 50 %. Żaden problem nie zaistnieje również, jeżeli wskaźnik pokrycia rynku wynosi ponad 50 %, ale łączny udział w rynku pięciu największych dystrybutorów (CR5) nie przekracza 50 %. Jeżeli zarówno CR5, jak i udział w rynku objętym dystrybucją selektywną przekracza 50 % ocena może być różna w zależności od tego, czy wszyscy najwięksi dystrybutorzy stosują dystrybucję selektywną, czy jej nie stosują. Im silniejsza jest pozycja konkurentów, którzy nie stosują dystrybucji selektywnej, tym mniejsze prawdopodobieństwo zamknięcia dostępu do rynku innym dystrybutorom. Jeżeli pięciu największych dostawców stosuje dystrybucję selektywną, problemy w zakresie konkurencji mogą powstać zwłaszcza w odniesieniu do tych porozumień, które związane są ze stosowaniem ilościowych kryteriów doboru, bezpośrednio ograniczając liczbę autoryzowanych dealerów lub tych porozumień, które są związane ze stosowaniem kryteriów jakościowych, takich jak wymóg posiadania co najmniej jednego lokalu handlowego lub świadczenia określonych usług, co zamyka dostęp do rynku dla niektórych form dystrybucji. Zwykle mało prawdopodobne jest, aby warunki art. 53 ust. 3 były spełnione, jeżeli rozpatrywany system dystrybucji selektywnej uniemożliwia dostęp do rynku nowym dystrybutorom zdolnym do właściwej sprzedaży danych produktów, w szczególności sklepom obniżającym ceny lub dystrybutorom prowadzącym działalność tylko przez Internet, oferującym konsumentom niższe ceny, ograniczając w ten sposób dystrybucję na korzyść pewnych istniejących kanałów i na niekorzyść konsumentów końcowych. W przypadku bardziej pośrednich form ilościowej dystrybucji selektywnej, wynikających na przykład z połączenia czysto jakościowych kryteriów doboru z nałożeniem na dealerów wymogu dokonania minimalnej ilości rocznych zakupów, istnieje mniejsze prawdopodobieństwo powstania czysto negatywnych skutków, jeżeli ilość ta nie stanowi znacznego procentu łącznego obrotu dealera związanego z produktami danego rodzaju i nie wykracza poza to, co jest konieczne, aby dostawcy zwróciły się inwestycje związane z konkretną umową i/lub miały miejsce korzyści skali w zakresie dystrybucji. Jeżeli chodzi o indywidualny wkład, to dostawca, którego udział w rynku nie przekracza 5 %, nie jest zwykle uważany za przyczyniającego się w znaczny sposób do skutków łącznych.
- (180) Przeszkody w wejściu na rynek stanowią przedmiot zainteresowania głównie w przypadku zamknięcia dostępu do rynku nieautoryzowanym dealerom. Na ogół przeszkody w wejściu na rynek będą znaczące, ponieważ dystrybucja selektywna jest zwykle stosowana przez producentów markowych produktów. Wprowadzenie własnych marek lub uzyskanie konkurencyjnych dostaw w innych miejscach wymaga zazwyczaj dużo czasu i znacznych inwestycji ze strony detalistów, którym zamknięto dostęp do rynku.
- (181) Siła nabywczą może zwiększać ryzyko zмовy między dealerami i w związku z tym znacząco zmieniać analizę ewentualnych antykonkurencyjnych skutków dystrybucji selektywnej. Zamknięcie dostępu do rynku sprawniejszym detalistom może zwłaszcza zaistnieć tam, gdzie silna organizacja dealerów narzuca dostawcy kryteria doboru mające na celu ograniczenie dystrybucji będące z korzyścią dla jej członków.
- (182) Art. 5 ust. 1 lit. c) wyłączenia grupowego przewiduje, iż dostawca nie może narzucać zobowiązania skutkującego, bezpośrednio lub pośrednio, zakazem sprzedaży marek konkretnych konkurujących dostawców przez autoryzowanych dealerów. Taki warunek ma w szczególności na celu uniemożliwienie horyzontalnej zмовy na rzecz wykluczenia pewnych marek poprzez stworzenie przez wiodących dostawców klubu wybranych marek. Jest mało prawdopodobne, żeby ten rodzaj zobowiązania był wyłączony, jeżeli CR5 wynosi lub przekracza 50 %, chyba że żaden z dostawców nakładających taki warunek nie należy do grupy pięciu największych dostawców na rynku.
- (183) Zamknięcie dostępu do rynku innym dostawcom nie jest zwykle problemem, tak długo jak inni dostawcy mogą wykorzystywać tych samych dystrybutorów, tj. tak długo jak system dystrybucji selektywnej nie jest połączony z jednomarkowością. W przypadku gęstej sieci autoryzowanych dystrybutorów lub w przypadku skutków łącznych połączenie dystrybucji selektywnej z zakazem konkurowania może stanowić ryzyko zamknięcia dostępu do rynku innym dostawcom. W takim przypadku stosuje się zasady dotyczące jednomarkowości określone w sekcji 2.1. Jeżeli dystrybucja selektywna nie jest połączona z zakazem konkurowania, zamknięcie dostępu do rynku konkurującym dostawcom może nadal stanowić problem, gdy wiodący dostawcy stosują nie tylko czysto jakościowe kryteria doboru, ale narzucają swoim dealerom pewne zobowiązania, jak obowiązek zarezerwowania minimalnej powierzchni półek dla ich produktów lub zagwarantowania, iż sprzedaż ich produktów przez dealera będzie stanowić przynajmniej pewien procent jego obrotu. Taki problem nie może zaistnieć, jeżeli udział w rynku objętym dystrybucją selektywną jest niższy niż 50 % lub – gdy ten wskaźnik jest przekroczony – jeżeli udział w rynku pięciu największych dostawców nie przekracza 50 %.

- (184) Dojrzałość rynku ma znaczenie, ponieważ zanik konkurencji międzymarkowej wewnętrznej i ewentualne zamknięcie dostępu do rynku dystrybutorom lub dealerom może stanowić poważny problem na dojrzałym rynku, ale ma mniejszą wagę na rynku o rosnącym popycie, zmieniających się technologiach i pozycjach rynkowych.
- (185) Dystrybucja selektywna może być skuteczna, jeżeli prowadzi do oszczędności kosztów logistycznych spowodowanych korzyściami skali w zakresie transportu, a to może się zdarzyć niezależnie od charakteru produktu (pkt (107) lit. g)). Taki wzrost efektywności jest jednak zwykle tylko marginalny w systemie dystrybucji selektywnej. Z punktu widzenia pomocy w rozwiązywaniu problemów związanych z niewłaściwą działalnością rynkową między dystrybutorami (pkt (107) lit. a)) lub pomocy w wykreowaniu wizerunku marki (pkt (107) lit. i)) bardzo istotny jest charakter produktu. Generalnie istnieje wiele argumentów w przypadku nowych produktów, produktów złożonych oraz produktów, których jakość trudno jest ocenić przed konsumpcją (tak zwane produkty związane z doświadczeniem), lub tych, których jakość trudno jest ocenić nawet po konsumpcji (tak zwane produkty zaufania). Połączenie dystrybucji selektywnej z klauzulą lokalizacji chroniące wyznaczonego dystrybutora przed otwarciem przez innych wyznaczonych dystrybutorów w jego okolicy sklepu może w szczególności spełniać warunki w art. 53 ust. 3, jeżeli połączenie to jest niezbędne do ochrony istotnych inwestycji związanych z konkretną umową dokonanych przez autoryzowanego dystrybutora (pkt (107) lit. d)).
- (186) W celu zapewnienia wyboru najmniej antykonkurencyjnego ograniczenia, istotne jest ustalenie, czy tę samą efektywność można uzyskać przy porównywalnych kosztach na przykład dzięki wymogom dotyczącym jedynie usług.
- (187) Przykład ilościowej dystrybucji selektywnej

Na rynku artykułów konsumpcyjnych trwałego użytku lider rynkowy (marka A), z 35 % udziałem w rynku, sprzedaje swoje produkty konsumentom za pośrednictwem sieci dystrybucji selektywnej. Istnieje wiele kryteriów przyjęcia do sieci: sklep musi zatrudniać przeszkolony personel i świadczyć usługi przedsprzedażne; na terenie sklepu musi istnieć specjalny obszar przeznaczony do sprzedaży produktu i podobnych produktów *high-tech*; sklep musi sprzedawać szeroką gamę modeli dostawcy i eksponować je w atrakcyjny sposób. Co więcej, liczba możliwych do przyjęcia detalistów jest bezpośrednio ograniczona przez określenie maksymalnej liczby detalistów na liczbę mieszkańców każdej prowincji lub obszaru miejskiego. Producent A ma 6 konkurentów na tym rynku. Udział w rynku jego największych konkurentów, B, C i D, wynosi odpowiednio 25, 15 i 10 %, podczas gdy inni producenci mają mniejsze udziały w rynku. A jest jedynym producentem stosującym dystrybucję selektywną. Selektywni dystrybutorzy A zawsze obsługują kilka konkurencyjnych marek. Konkurencyjne marki są jednak również powszechnie sprzedawane w sklepach nie należących do sieci dystrybucji selektywnej A. Kanały dystrybucji są różne: na przykład marki B i C są sprzedawane w większości wybranych sklepów A, ale także w innych sklepach świadczących usługi wysokiej jakości i w hipermarketach. Marka D jest głównie sprzedawana w sklepach świadczących usługi wysokiej jakości. Na tym rynku technologia ewoluuje dość szybko, a główni dostawcy dzięki reklamom utrzymują mocny wizerunek jakości swoich produktów.

Na tym rynku wskaźnik pokrycia dystrybucji selektywnej wynosi 35 %. System dystrybucji selektywnej A nie dotyka bezpośrednio konkurencji międzymarkowej zewnętrznej. Konkurencja międzymarkowa wewnętrzna dla marki A może być ograniczona, ale konsumenci mają dostęp do świadczących ograniczone usługi i mających niskie ceny detalistów sprzedających marki B i C, które mają podobny wizerunek jakości, co marka A. Co więcej, dostęp do detalistów świadczących usługi wysokiej jakości związane z innymi markami nie jest zamknięty, ponieważ nie ma ograniczenia co do możliwości sprzedaży konkurencyjnych marek przez wybranych dystrybutorów, a ilościowe ograniczenie dotyczące liczby detalistów marki A pozwala innym detalistom świadczącym usługi wysokiej jakości swobodę dystrybucji konkurencyjnych marek. W tym przypadku, ze względu na wymogi dotyczące usług i efektywność, którą mogą one zapewnić, oraz ograniczony skutek dla konkurencji międzymarkowej wewnętrznej, warunki określone w art. 53 ust. 3 są prawdopodobnie spełnione.

- (188) Przykład dystrybucji selektywnej z łącznymi skutkami

Na rynku konkretnego artykułu sportowego działa siedmiu producentów, których udział w rynku wynosi odpowiednio: 25, 20, 15, 15, 10, 8 i 7 %. Pięciu największych producentów dystrybuje swoje produkty za pośrednictwem ilościowej dystrybucji selektywnej, dwaj inni stosują inne systemy dystrybucji, co daje wskaźnik pokrycia dystrybucji selektywnej w wysokości 85 %. Kryteria przyjęcia

do sieci dystrybucji selektywnej są wśród producentów niezwykle jednolite: dystrybutorzy są zobowiązani posiadać co najmniej jeden lokal handlowy, te lokale handlowe muszą zatrudniać przeszkolony personel i świadczyć usługi przedsprzedażne; na terenie lokalu musi istnieć specjalny obszar przeznaczony do sprzedaży artykułu, przy czym jest określona minimalna wielkość tego obszaru. Sklep musi sprzedawać szeroką gamę danej marki i eksponować ją w atrakcyjny sposób, musi być położony przy handlowej ulicy, a ten rodzaj artykułu musi stanowić przynajmniej 30 % obrotów sklepu. Zazwyczaj ten sam dealer jest mianowany dystrybutorem selektywnym dla wszystkich pięciu marek. Pozostałe marki nie korzystające z dystrybucji selektywnej zwykle sprzedają za pośrednictwem detalistów świadczących usługi na niższym poziomie jakości. Rynek jest stabilny, zarówno pod względem podaży, jak i popytu, istnieje silny wizerunek marki i zróżnicowanie produktu. Pięciu liderów rynku ma mocny wizerunek marki, zdobyty dzięki reklamom i sponsorowaniu, podczas gdy dwaj mniejsi producenci stosują strategię tańszych produktów, bez mocnego wizerunku marki.

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

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

2.5. Franchising

- (189) Umowy franchisingowe zawierają licencje dotyczące praw własności intelektualnej związanych w szczególności ze znakami towarowymi lub oznaczeniami oraz *know-how* do celów wykorzystania i dystrybucji towarów lub świadczenia usług. Oprócz udzielenia licencji na PWI, franchisingodawca zwykle zapewnia franchisingobiorcy w czasie trwania umowy pomoc handlową lub techniczną. Licencja i pomoc są nieodłącznymi składnikami sposobu prowadzenia działalności objętego franchisingiem. Franchisingobiorca zwykle płaci franchisingodawcy opłatę franchisingową za franchising konkretnego sposobu prowadzenia działalności. Franchising umożliwia franchisingodawcy stworzenie, przy ograniczonych inwestycjach, jednolitej sieci dystrybucji jego produktów. Oprócz dostarczania sposobu prowadzenia działalności umowy franchisingowe zawierają zwykle połączenie różnych ograniczeń wertykalnych dotyczących dystrybuowanych produktów, w szczególności dystrybucji selektywnej i/lub zakazu konkurowania i/lub wyłącznej dystrybucji lub ich łagodniejsze formy.
- (190) Zakres objęcia udzielania licencji na PWI w umowach franchisingowych przez wyłączenie grupowe omówiono w pkt (24)–(46). Jeżeli chodzi o ograniczenia wertykalne dotyczące zakupu, sprzedaży i odsprzedaży towarów i usług w ramach umowy franchisingowej – takie jak dystrybucja selektywna, zakaz konkurowania lub dystrybucja wyłączna – przy wyłączeniu grupowym stosuje się próg w wysokości do 30 % udziału w rynku⁽¹⁾. Wskazówki przedstawione w odniesieniu do tych ograniczeń stosuje się również do franchisingu, z zastrzeżeniem poniższych dwóch uwag szczególnych:
- a) Im ważniejsze jest przekazanie *know-how*, tym bardziej jest prawdopodobne, że ograniczenia wywołują wzrost efektywności lub są niezbędne w celu ochrony *know-how* oraz że ograniczenia wertykalne spełniają warunki określone w art. 53 ust. 3.

⁽¹⁾ Zob. również pkt (86)–(95), a w szczególności pkt (92).

- b) Zakaz konkurowania związany z towarami i usługami zakupionymi przez franchisingobiorcę nie wchodzi w zakres art. 53 ust. 1, gdy zakaz ten jest konieczny do utrzymania wspólnej tożsamości i reputacji sieci będącej przedmiotem franchisingu. W takich przypadkach okres trwania zakazu konkurowania nie ma znaczenia w ramach art. 53 ust. 1, tak długo jak długo nie przekracza czasu trwania samej umowy franchisingowej.

(191) Przykłady franchisingu

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

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

Większość zobowiązań zawartych w umowie franchisingowej można uznać za konieczne dla ochrony praw własności intelektualnej lub utrzymania wspólnej tożsamości i renomy sieci franchisingowej i nie wchodzi w zakres art. 53 ust. 1. Ograniczenia sprzedaży (terytorium objęte umową i wyłączność dystrybucji) stanowią bodziec dla franchisingobiorców do inwestowania w maszyny do barwienia oraz koncepcję franchisingu i nawet jeżeli nie są niezbędne do utrzymania wspólnej tożsamości, pomagają przynajmniej ją zachować, równoważąc w ten sposób stratę w konkurencji międzymarkowej wewnętrznej. Klauzula dotycząca zakazu konkurowania, wyłączająca inne marki słodyczy ze sklepów przez pełen okres obowiązywania umowy, pozwala franchisingodawcy na zachowanie jednolitego kształtu punktów sprzedaży i uniemożliwia konkurentom osiągnięcie korzyści z jego nazwy handlowej. Nie prowadzi to do żadnych poważnych wyłączeń ze względu na dużą liczbę potencjalnych punktów sprzedaży dostępnych dla innych producentów słodyczy. Umowy franchisingowe tego franchisingodawcy prawdopodobnie spełniają warunki wyłączenia na podstawie art. 53 ust. 3 na tyle, na ile obowiązki w nich zawarte wchodzi w zakres art. 53 ust. 1.

2.6. Wyłączność dostaw

- (192) Wyłączność dostaw dotyczy tych ograniczeń, których głównym elementem jest zobowiązanie lub nakłonienie dostawcy do sprzedaży produktów objętych umową głównie lub wyłącznie jednemu nabywcy, ogólnie lub do określonych zastosowań. Takie ograniczenia mogą przyjąć formę zobowiązania do wyłączności dostaw, nakładającego na dostawcę ograniczenie do sprzedaży wyłącznie jednemu nabywcy w celu odsprzedaży lub określonego zastosowania, ale może przyjąć również formę na przykład narzucania dostawcy ilości, kiedy to dostawca i nabywca uzgadniają zachęty, wskutek których dostawca koncentruje swoje dostawy głównie na jednym nabywcy. W przypadku towarów lub usług pośrednich wyłączność dostaw oznacza często dostawy przemysłowe.

- (193) Wyłączność dostaw jest wyłączona na podstawie wyłączenia grupowego, jeżeli udział w rynku zarówno dostawcy, jak i nabywcy nie przekracza 30 % nawet w połączeniu z innymi mniej poważnymi ograniczeniami wertykalnymi, takimi jak zakaz konkurencji. Dalsza część niniejszej sekcji zawiera wskazówki na potrzeby oceny wyłącznych dostaw w indywidualnych przypadkach, gdy próg udziału w rynku jest przekroczony.
- (194) Głównym zagrożeniem dla konkurencji ze strony wyłączności dostaw jest antykonkurencyjne zamknięcie dostępu do rynku innym nabywcom. Zachodzi podobieństwo do możliwych skutków wyłącznej dystrybucji, w szczególności, jeżeli wyłączny dystrybutor staje się wyłącznym nabywcą na całym rynku (zob. sekcja 2.2, w szczególności pkt (156)). Udział nabywcy w rynku zakupów wyższego szczebla jest niewątpliwie ważny dla oceny zdolności nabywcy do narzucenia wyłączności dostaw, zamykającej innym nabywcom dostęp do źródeł zaopatrzenia. Znaczenie nabywcy na rynku zakupów niższego szczebla jest jednak czynnikiem, który określa, czy mogą pojawić się problemy dla konkurencji. Jeżeli nabywca nie ma siły rynkowej na niższym rynku, nie można się spodziewać znaczących negatywnych skutków dla konsumentów. Mogą jednak one powstać, jeżeli udział nabywcy w rynku dostaw niższego szczebla, jak również na rynku zakupów wyższego szczebla przekracza 30 %. Jeżeli udział nabywcy w rynku niższego szczebla nie przekracza 30 %, mogą jednak wystąpić znaczące skutki w postaci zamknięcia dostępu do rynku, w szczególności jeżeli jego udział w rynku niższego szczebla przekracza 30 %, a wyłączne dostawy dotyczą określonego zastosowania produktów objętych umową. Jeżeli przedsiębiorstwo dominuje na rynku niższego szczebla, wszelkie zobowiązania do dostaw produktów wyłącznie lub głównie dominującemu nabywcy mogą mieć znaczące skutki antykonkurencyjne.
- (195) Ważna jest nie tylko pozycja nabywcy na rynku wyższego i niższego szczebla, ale także zakres, w jakim stosuje obowiązek wyłączności dostaw i czas jego trwania. Im wyższy jest udział związanych dostaw i dłuższy czas ich obowiązywania, tym bardziej znaczące może być zamknięcie dostępu do rynku. Umowy wyłączności dostaw krótsze niż pięć lat, zawarte przez przedsiębiorstwa nie dominujące na rynku, wymagają zwykle zbilansowania skutków pro- i antykonkurencyjnych, podczas gdy umowy trwające dłużej niż pięć lat w przypadku większości inwestycji nie uznawanych za konieczne dla osiągnięcia domniemanego wzrostu efektywności lub wzrost efektywności nie wystarcza, aby przeważać skutek w postaci zamknięcia dostępu do rynku, jaki wywołują takie długoterminowe umowy wyłączności dostaw.
- (196) Pozycja rynkowa konkurujących nabywców na rynku wyższego szczebla ma znaczenie, ponieważ jest prawdopodobne, iż konkurujący nabywcy będą mieć zamknięty dostęp do rynku z powodów antykonkurencyjnych, tj. w celu zwiększenia ich kosztów, jeżeli są znacznie mniejszymi przedsiębiorstwami niż nabywca zamykający dostęp do rynku. Zamknięcie dostępu do rynku konkurującym nabywcom jest mało prawdopodobne, jeżeli ci konkurenci mają podobną siłę nabywczą i mogą oferować dostawcom podobne możliwości sprzedaży. W takim przypadku wyłączenie może nastąpić w przypadku ewentualnych kandydatów do wejścia na rynek, którzy mogą nie być w stanie zabezpieczyć dostaw, gdy duża liczba dużych nabywców zawrze umowy wyłączności dostaw z większością dostawców na rynku. Taki łączny skutek może prowadzić do wycofania przywileju wyłączenia grupowego.
- (197) Przeszkody w wejściu na rynek są istotne dla stwierdzenia, czy ma miejsce faktyczne zamknięcie dostępu do rynku. Jeżeli efektywne jest dla konkurujących nabywców samodzielne dostarczanie towarów lub usług dzięki skierowanej ku górze integracji wertykalnej, zamknięcie dostępu do rynku nie będzie raczej stanowiło prawdziwego problemu. Często jednak istnieją znaczne przeszkody w wejściu na rynek.
- (198) Równoważąca siła dostawców jest istotna, ponieważ ważni dostawcy nie pozwolą się tak łatwo odciąć od alternatywnych nabywców. Zamknięcie dostępu do rynku stanowi zatem ryzyko głównie w przypadku słabych dostawców i silnych nabywców. W przypadku silnych dostawców wyłączność dostaw można znaleźć w połączeniu z zakazem konkurencji. Połączenie z zakazem konkurencji wprowadza zasady opracowane dla jednomarkowości. Jeżeli po obu stronach wchodzi w grę inwestycja związane z konkretną umową (problem zatoru), połączenie wyłączności dostaw i zakazu konkurencji, tj. wzajemna wyłączność w umowach dostaw przemysłowych może być uzasadnione, w szczególności poniżej poziomu dominacji.

- (199) Wreszcie, istotnymi kwestiami w przypadku zamknięcia dostępu do rynku są szczebel obrotu handlowego i charakter produktu. Antykonkurencyjne zamknięcie dostępu do rynku jest mniej prawdopodobne w przypadku produktu pośredniego lub gdy produkt jest homogeniczny. Po pierwsze, producent, któremu zamknięto dostęp do rynku i który wykorzystuje pewne nakłady, zwykle bardziej elastycznie reaguje na popyt swoich klientów, niż hurtownik lub detalista na popyt konsumenta końcowego, dla którego marki mogą odgrywać istotną rolę. Po drugie, strata ewentualnego źródła dostaw ma mniejsze znaczenie dla nabywców mających zamknięty dostęp do rynku w przypadku homogenicznych produktów, niż w przypadku heterogenicznych produktów o różnych stopniach i cechach. W przypadku markowych produktów końcowych lub homogenicznych produktów pośrednich, gdy istnieją przeszkody w wejściu na rynek, wyłączność dostaw może mieć znaczące skutki antykonkurencyjne, jeżeli konkurujący nabywcy są stosunkowo małymi przedsiębiorstwami w porównaniu z nabywcą zamykającym dostęp do rynku, nawet jeżeli ten ostatni nie dominuje na rynku niższego szczebla.
- (200) Wzrostu efektywności można spodziewać się w przypadku problemu zatoru (pkt (107) lit. d) i (pkt (107) lit. e)) i jest to bardziej prawdopodobne w przypadku produktów pośrednich niż produktów końcowych. Wystąpienie innych korzyści jest mało prawdopodobne. Wydaje się, że ewentualne korzyści skali w zakresie dystrybucji (pkt (107) lit. g)) nie uzasadniają wyłączności dostaw.
- (201) W przypadku problemu zatoru, a jeszcze bardziej w przypadku korzyści skali w zakresie dystrybucji, narzucanie ilości dostawcy, jak minimalne wymogi dotyczące dostaw, może być mniej restrykcyjną alternatywą.
- (202) Przykład wyłączności dostaw:

Na rynku pewnego rodzaju składników (rynek produktów pośrednich) dostawca A uzgadnia z nabywcą B opracowanie – z użyciem własnego *know-how* i znaczących inwestycji w maszyny, oraz z pomocą specyfikacji dostarczonych przez nabywcę B – odmiennej wersji składnika. B będzie musiał dokonać znacznych inwestycji w celu włączenia nowego składnika. Ustala się, iż A będzie dostarczał nowy produkt tylko nabywcy B przez okres pięciu lat od chwili pierwszego wejścia na rynek. B jest zobowiązany kupować nowy produkt jedynie od A przez taki sam okres pięciu lat. Zarówno A, jak i B mogą nadal odpowiednio sprzedawać i kupować wszędzie indziej inne wersje składnika. Udział w rynku nabywcy B na usytuowanym powyżej rynku składników i na usytuowanym poniżej rynku produktów końcowych wynosi 40 %. Udział w rynku dostawcy składnika wynosi 35 %. Jest jeszcze dwóch innych dostawców składników, których udział w rynku wynosi około 20–25 % i pewna liczba małych dostawców.

Wziąwszy pod uwagę znaczące inwestycje, porozumienie prawdopodobnie spełnia określone w art. 53 ust. 3 warunki w związku ze wzrostem efektywności i ograniczonym skutkiem w postaci zamknięcia dostępu do rynku. Inni nabywcy mają zamknięty dostęp do rynku konkretnej wersji produktu dostawcy mającego 35 % udziału w rynku, a istnieją również inni dostawcy składników, którzy mogliby opracować podobne nowe produkty. Zamknięcie innym dostawcom dostępu do części popytu nabywcy B jest ograniczone maksymalnie do 40 % rynku.

2.7. Opłaty za dostęp wnoszone z góry

- (203) Opłaty za dostęp wnoszone z góry są to stałe opłaty uiszczane przez dostawców na rzecz dystrybutorów na początku właściwego okresu w ramach relacji wertykalnej w celu uzyskania dostępu do ich sieci dystrybucji oraz zapłaty wynagrodzenia za usługi świadczone dostawcom przez detalistów. Kategoria ta obejmuje różne praktyki, np. opłaty za przyjęcie towarów⁽¹⁾, tak zwane opłaty *pay-to-stay*⁽²⁾, opłaty za udział w kampaniach reklamowych dystrybutora itp. Opłaty za dostęp wnoszone z góry są objęte wyłączeniem grupowym, jeżeli udział w rynku zarówno dostawcy, jak i nabywcy nie przekracza 30 %. Dalsza część niniejszej sekcji zawiera wskazówki na potrzeby oceny opłat za dostęp wnoszonych z góry w indywidualnych przypadkach, gdy próg udziału jest przekroczony.

⁽¹⁾ Ustalane opłaty wnoszone przez producentów na rzecz detalistów w celu uzyskania dostępu do miejsca na półkach.

⁽²⁾ Płatności ryczałtowe, których celem jest zapewnienie utrzymania istniejącego produktu na półkach przez kolejny okres.

- (204) Opłaty za dostęp wnoszone z góry mogą czasem skutkować antykonkurencyjnym zamknięciem dostępu do rynku innym dystrybutorom, jeżeli celem tego typu opłat jest nakłonienie dostawcy do rozprowadzania swoich produktów przez tylko jednego dystrybutora lub ograniczoną liczbę dystrybutorów. Wysokie opłaty mogą sprawiać, że dostawca będzie chciał rozprowadzać znaczną część sprzedawanych przez siebie produktów przez tego dystrybutora, aby uzyskać zwrot kosztów opłaty. W takim przypadku opłaty za dostęp wnoszone z góry mogą powodować taki sam skutek w postaci zamknięcia dostępu do rynku niższego szczebla, jak obowiązek wyłączności dostaw. Ocenę tego negatywnego skutku przeprowadza się analogicznie do oceny zobowiązań do wyłączności dostaw (w szczególności pkt (194)–(199)).
- (205) W wyjątkowych przypadkach opłaty za dostęp wnoszone z góry mogą również skutkować antykonkurencyjnym zamknięciem dostępu do rynku innym dostawcom w sytuacji, gdy powszechne stosowanie opłat za dostęp wnoszonych z góry zwiększa bariery wejścia na rynek dla małych podmiotów. Ocena tego potencjalnego negatywnego skutku odbywa się analogicznie do oceny zobowiązań do jednomarkowości (w szczególności pkt (132)–(141)).
- (206) Poza ewentualnymi skutkami w postaci zamknięcia dostępu do rynku opłaty za dostęp wnoszone z góry mogą łagodzić konkurencję i ułatwiać zmowę między dystrybutorami. Opłaty te mogą zwiększać cenę naliczaną przez dostawców za produkty objęte umową, ponieważ dostawca musi pokryć wydatki związane z tymi opłatami. Wyższe ceny dostawy mogą zmniejszyć bodźce dla detalistów do konkurowania w zakresie ceny na rynku niższego szczebla, podczas gdy zyski dystrybutorów zwiększają się w wyniku opłat za dostęp. Takie ograniczenie konkurencji między dystrybutorami wynikające z łącznego stosowania opłat za dostęp wnoszonych z góry wymaga zwykle wysoko skoncentrowanego rynku dystrybucji.
- (207) Stosowanie opłat za dostęp wnoszonych z góry może jednak w wielu przypadkach przyczynić się do skutecznego przydziału miejsca na nowe produkty na półkach. Dystrybutorzy często dysponują mniejszą ilością informacji dotyczących potencjalnego sukcesu nowego produktu wprowadzanego na rynek niż dostawcy, a co za tym idzie liczba przechowywanych produktów może poniżej optymalnego poziomu. Opłaty za dostęp wnoszone z góry mogą być stosowane do zmniejszenia wspomnianej asymetrii informacji posiadanych przez dostawców i dystrybutorów przez umożliwienie dostawcom konkurowania o miejsce na półkach. Dystrybutor może zatem otrzymać sygnał dotyczący produktów, które najprawdopodobniej odniosą sukces, gdyż dostawca zgodzi się zwykle na uiszczenie opłaty za dostęp wniesionej z góry, jeżeli według jego szacunków będzie istniało małe prawdopodobieństwo nieudanego wprowadzenia produktu.
- (208) Ponadto w związku z asymetrią informacji wspomnianą w pkt (207) dostawcy mogą otrzymać bodźce do wykorzystywania promocyjnych wysiłków dystrybutorów zmierzających do wprowadzenia na rynek produktów poniżej optymalnego poziomu. Jeżeli produkt nie odnosi sukcesu, dystrybutorzy poniosą część kosztów związanych z nieudanym wprowadzeniem produktu. Stosowanie opłat za dostęp wnoszonych z góry może zapobiec tego rodzaju niewłaściwej działalności rynkowej, przenosząc ryzyko niepowodzenia wprowadzenia produktu z powrotem na dostawców i przyczyniając się tym samym do optymalnego poziomu wprowadzania produktu.

2.8. Porozumienia dotyczące zarządzania kategoriami produktów

- (209) Porozumienia dotyczące zarządzania kategoriami produktów są to porozumienia, poprzez które w ramach umowy dystrybucji dystrybutor powierza dostawcy („menedżerowi kategorii”) wprowadzanie do obrotu kategorii produktów obejmującej na ogół nie tylko produkty dostawcy, ale również produkty konkurentów. Menedżer kategorii może zatem mieć wpływ np. na miejsce ekspozycji produktu i jego promocję w sklepie oraz wybór produktów dla sklepu. Porozumienia dotyczące zarządzania kategoriami produktów są objęte wyłączeniem grupowym, jeżeli udział w rynku zarówno dostawcy, jak i nabywcy nie przekracza 30 %. Dalsza część niniejszej sekcji zawiera wskazówki na potrzeby oceny porozumień dotyczących zarządzania kategoriami produktów w indywidualnych przypadkach, gdy próg udziału w rynku jest przekroczony.
- (210) O ile w większości przypadków porozumienia dotyczące zarządzania kategoriami produktów nie będą stanowić problemu, mogą one czasem zakłócać konkurencję między dostawcami, a w konsekwencji skutkować antykonkurencyjnym zamknięciem dostępu do rynku innym dostawcom, gdy

menedżer kategorii ma możliwość, wynikającą z jego wpływu na decyzje dystrybutora dotyczące prowadzenia do obrotu, ograniczania dystrybucji produktów konkurujących dostawców lub ich niekorzystnej dystrybucji. O ile w większości przypadków ograniczanie wyboru produktów może nie leżeć w interesie dystrybutora, to w sytuacji gdy dystrybutor sprzedaje również konkurencyjne produkty pod swoją własną marką (własnymi markami), także dystrybutor może mieć bodźce do zamknięcia dostępu do rynku pewnym dostawcom, w szczególności produktów średniej gamy. Ocenę takiego skutku w postaci zamknięcia dostępu do rynku wyższego szczebla przeprowadza się analogicznie do oceny zobowiązań do jednomarkowości (w szczególności pkt (132)–(141)) poprzez odniesienie się do takich kwestii, jak zasięg rynkowy tych porozumień, pozycja na rynku konkurujących dostawców oraz ewentualnie łączne wykorzystanie takich porozumień.

- (211) Ponadto porozumienia dotyczące zarządzania kategoriami produktów mogą ułatwiać znowę między dystrybutorami, jeżeli ten sam dostawca jest menedżerem kategorii dla wszystkich lub większości konkurujących dystrybutorów na rynku i zapewnia tym dystrybutorom wspólny punkt odniesienia dla ich decyzji dotyczących wprowadzania do obrotu.
- (212) Zarządzanie kategoriami produktów może również ułatwić znowę między dostawcami poprzez zwiększone możliwości wymiany za pośrednictwem detalistów istotnych informacji rynkowych, np. związanych z ustalaniem przyszłych cen, planami promocyjnymi lub kampaniami reklamowymi⁽¹⁾.
- (213) Jednak stosowanie porozumień dotyczących zarządzania kategoriami produktów może także zwiększać efektywność. Porozumienia te mogą umożliwiać dystrybutorom dostęp do specjalistycznej wiedzy dostawców w zakresie wprowadzania określonej grupy produktów do obrotu oraz osiąganie korzyści skali, gdyż zapewniają terminową i bezpośrednią obecność optymalnej ilości produktów na półkach. Ponieważ zarządzanie kategoriami produktów oparte jest na nawykach klientów, porozumienia dotyczące zarządzania kategoriami mogą prowadzić do większego zadowolenia klienta, gdyż ułatwiają lepsze spełnianie oczekiwań związanych z popytem. Ogólnie im większa jest konkurencja międzymarkowa zewnętrzna i im niższe są koszty związane z przejściem konsumentów do innych dostawców, tym większe są korzyści gospodarcze osiągnięte poprzez zarządzanie kategoriami produktów.

2.9. Sprzedaż wiązana

- (214) Sprzedaż wiązana odnosi się do sytuacji, w których klienci nabywający tylko jeden produkt (produkt wiążący) są zobligowani do nabycia innego odrębnego produktu (produkt wiązany) od tego samego dostawcy lub innej wskazanej przez niego osoby. Sprzedaż wiązana może stanowić nadużycie w rozumieniu art. 54⁽²⁾. Sprzedaż wiązana może również stanowić ograniczenie wertykalne objęte art. 53, jeżeli jej wynikiem jest pewien typ zobowiązania do jednomarkowości (zob. pkt (129)–(150)) odnośnie do produktu związanego. Niniejsze wytyczne dotyczą jedynie tej ostatniej sytuacji.
- (215) Od popytu ze strony klientów zależy, czy produkty będą uznawane za odrębne. Dwa produkty są odrębne, jeżeli – przy braku sprzedaży związanej – znaczna liczba klientów nabyłaby lub nabyła produkt wiążący bez jednoczesnego zakupu od tego samego dostawcy produktu związanego, umożliwiając w ten sposób oddzielną produkcję zarówno produktu wiążącego, jak i związanego⁽³⁾. Dowody na to, że dwa produkty są odrębne, mogą obejmować dowód bezpośredni, np. mając wybór, klient osobno nabywa produkt wiążący i związany z różnych źródeł zaopatrzenia, lub dowód pośredni, taki jak obecność na rynku przedsiębiorstw wyspecjalizowanych w produkcji lub sprzedaży produktów związanych bez produktów wiążących⁽⁴⁾ lub dowód wskazujący na to, że przedsiębiorstwo o niewielkiej sile rynkowej, szczególnie na konkurencyjnych rynkach, nie dąży do wiązania tych produktów lub oferowania ich w pakietach. Na przykład, ponieważ klienci chcą kupować buty ze sznurowadłami, a dla dystrybutorów nie jest możliwe sznurowanie nowych butów wybranymi przez nich sznurowadłami, zwyczajem handlowym producentów obuwia stało się dostarczanie butów ze sznurowadłami. Dlatego też sprzedaż butów ze sznurowadłami nie stanowi sprzedaży związanej.

(1) Bezpośrednia wymiana informacji między konkurentami nie jest objęta wyłączeniem grupowym, zob. art. 2 ust. 4 tego aktu oraz pkt 27–28 niniejszych wytycznych.

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

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

(4) Orzeczenie Sądu Pierwszej Instancji w sprawie T-30/89 *Hilti* przeciwko Komisji [1991], Rec. II-1439, pkt 67.

- (216) Sprzedaż wiązana może mieć skutek w postaci antykonkurencyjnego zamknięcia dostępu do rynku produktu związanego, rynku produktu wiążącego lub na obu rynkach jednocześnie. Skutek w postaci zamknięcia dostępu do rynku zależy od związanego odsetka łącznej sprzedaży na rynku produktu związanego. W odniesieniu do tego, co można uznać za znaczące zamknięcie dostępu do rynku na podstawie art. 53 ust. 1, można zastosować analizę dotyczącą jednomarkowości. Sprzedaż wiązana oznacza istnienie przynajmniej pewnej postaci narzucania nabywcy ilości w odniesieniu do produktu związanego. Jeżeli oprócz tego zostanie ustalony zakaz konkurencyjnego w odniesieniu do związanego produktu, zwiększa to ewentualny skutek w postaci zamknięcia dostępu do rynku produktu związanego. Sprzedaż wiązana może prowadzić do mniejszej konkurencji dla klientów zainteresowanych nabyciem produktu związanego, ale nie produktu wiążącego. Jeżeli nie ma liczby klientów, którzy zakupią tylko produkt związany, wystarczającej do utrzymania konkurencyjnych dostawców na rynku produktu związanego, sprzedaż wiązana może prowadzić do wyższych cen. Jeżeli produkt związany stanowi ważny produkt uzupełniający dla klientów produktu wiążącego, zmniejszenie liczby alternatywnych dostawców produktu związanego i tym samym zmniejszenie dostępności tego produktu może znacznie utrudnić wejście na rynek samych produktów wiążących.
- (217) Sprzedaż wiązana może również prowadzić bezpośrednio do cen wyższych niż poziom konkurencyjny, szczególnie w trzech sytuacjach. Po pierwsze, gdy produkt wiążący i związany mogą być użyte w różnych proporcjach jako nakład w procesie produkcji, na wzrost ceny produktu wiążącego klienci mogą reagować zwiększeniem popytu na produkt związany, a jednocześnie zmniejszeniem popytu na produkt wiążący. Dostawca może dążyć do uniknięcia takiego zastąpienia przez wiązanie dwóch produktów i w efekcie może podnieść ceny. Po drugie, gdy sprzedaż wiązana umożliwia dyskryminację cenową w zależności od użytku, jaki konsument robi z produktu wiążącego, na przykład sprzedaż wiązana wkładów atramentowych i fotokopiarek. Po trzecie, jeżeli w przypadku długoterminowych umów lub w przypadku rynków wtórnych z oryginalnym sprzętem z długotrwałym okresem wymiennym, trudno jest konsumentom obliczyć konsekwencje sprzedaży związanej.
- (218) Sprzedaż wiązana jest objęta wyłączeniem grupowym, jeżeli udział dostawcy zarówno w rynku produktu wiążącego, jak i związanego, oraz udział nabywcy w rynku na właściwych rynkach wyższego szczebla nie przekracza 30 %. Może to być połączone z innymi ograniczeniami wertykalnymi, które nie są najpoważniejszymi ograniczeniami na podstawie tego aktu, takimi jak zakaz konkurencyjnego czy narzucanie ilości w odniesieniu do produktu wiążącego lub wyłączność zaopatrzenia. Dalsza część niniejszej sekcji zawiera wskazówki na potrzeby oceny sprzedaży związanej w indywidualnych przypadkach, gdy próg udziału w rynku jest przekroczony.
- (219) Pozycja rynkowa dostawcy na rynku produktu wiążącego ma oczywiście główne znaczenie do oceny ewentualnych skutków antykonkurencyjnych. Generalnie ten rodzaj porozumienia jest narzucany przez dostawcę. Znaczenie dostawcy na rynku produktu wiążącego jest główną przyczyną, dla której nabywcy może być trudno odmówić zobowiązania do sprzedaży związanej.
- (220) Pozycja rynkowa konkurentów dostawcy na rynku produktu wiążącego ma znaczenie do oceny siły rynkowej dostawcy. Tak długo, jak długo jego konkurenci są dostatecznie liczni i silni, nie można oczekiwać żadnych antykonkurencyjnych skutków, ponieważ nabywcy mają dostatecznie dużo innych możliwości kupna produktu wiążącego bez produktu związanego, chyba że inni dostawcy stosują podobną sprzedaż wiązaną. Oprócz tego przeszkody w wejściu na rynek produktu wiążącego są istotne dla określenia pozycji rynkowej dostawcy. Gdy sprzedaż wiązana jest połączona z zakazem konkurencyjnego w odniesieniu do produktu wiążącego, taka sytuacja znacznie wzmacnia pozycję dostawcy.
- (221) Siła nabywczą jest istotna, ponieważ znaczący nabywcy nie dadzą się łatwo zmusić do zaakceptowania sprzedaży związanej bez uzyskania przynajmniej części możliwych korzyści. Sprzedaż wiązana nie oparta na efektywności stanowi przede wszystkim zagrożenie w przypadku, gdy nabywcy nie mają znaczącej siły nabywczej.
- (222) Gdy zostaną stwierdzone znaczące skutki antykonkurencyjne, powstaje kwestia, czy spełnione są warunki określone w art. 53 ust. 3. Zobowiązania wynikające ze sprzedaży związanej mogą przyczynić się do odniesienia korzyści wynikających ze wspólnej produkcji lub wspólnej dystrybucji. Jeżeli produkt związany nie jest produkowany przez dostawcę, korzyści mogą również wynikać z kupna przez nabywcę dużych ilości produktu związanego. Aby sprzedaż wiązana mogła spełniać warunki określone w art. 53 ust. 3, trzeba jednak wykazać, że przynajmniej część tych obniżek kosztów jest przenoszona na konsumenta, co nie ma zwykle miejsca, jeżeli detalista może uzyskać, na regularnych zasadach, dostawy tego samego lub równoważnego produktu na tych samych lub lepszych warunkach, niż oferowane przez dostawcę stosującego praktykę sprzedaży związanej. Innego rodzaju wzrost

efektywności może mieć miejsce, jeżeli sprzedaż wiązana pomaga zapewnić pewną jednolitość i standaryzację jakości (zob. pkt (107) lit. i)). Jednak należy udowodnić, iż pozytywnych skutków nie można osiągnąć równie skutecznie wymagając od nabywcy stosowania lub odsprzedaży produktów spełniających minimalne standardy jakości, bez wymogu nabycia ich od dostawcy lub osoby przez niego wskazanej. Wymogi dotyczące minimalnych standardów jakości nie wchodzą zwykle w zakres art. 53 ust. 1. Jeżeli dostawca produktu wiążącego narzuca nabywcy dostawców, od których nabywca musi kupować produkt wiązany, na przykład ponieważ określenie minimalnych standardów jakości nie jest możliwe, to także może nie wchodzić w zakres art. 53 ust. 1, szczególnie gdy dostawca produktu wiążącego nie osiąga bezpośrednich (finansowych) korzyści z wyznaczenia dostawców produktu związanego.

2.10. Ograniczenia cen odsprzedaży

- (223) Jak wyjaśniono w sekcji III.3, kształtowanie cen odsprzedaży (KCO), tj. porozumienia lub uzgodnione praktyki, których bezpośrednim lub pośrednim celem jest ustanowienie stałej lub minimalnej ceny odsprzedaży albo stałego lub minimalnego poziomu cen, który musi być przestrzegany przez nabywcę, uważa się za najpoważniejsze ograniczenia konkurencji. Jeżeli porozumienie obejmuje KCO, przyjmuje się, że ogranicza ono konkurencję i jest objęte w związku z tym zakresem art. 53 ust. 1. Pozwala to również domniemywać, że porozumienie najprawdopodobniej nie spełnia warunków określonych w art. 53 ust. 3, a zatem nie ma zastosowania wyłączenie grupowe. Przedsiębiorstwa mają jednak możliwość powoływania się w indywidualnym przypadku na efektywność zgodnie z art. 53 ust. 3. Na stronach spoczywa obowiązek udowodnienia, że prawdopodobny wzrost efektywności wynika z włączenia KCO do porozumienia, i wykazania, że spełnione są wszystkie warunki określone w art. 53 ust. 3. Wówczas Urząd Nadzoru EFTA będzie musiał dokonać rzeczywistej oceny prawdopodobnych negatywnych skutków dla konkurencji i konsumentów zanim stwierdzi, czy spełnione są warunki określone w art. 53 ust. 3.
- (224) KCO może ograniczać konkurencję na kilka sposobów. Po pierwsze, KCO może ułatwiać zмовę między dostawcami przez zwiększanie przejrzystości cen na rynku, ułatwiając tym samym wykrycie, czy dostawca narusza równowagę zмовy, obniżając ceny. KCO osłabia także bodźce dla dostawcy do obniżania cen jego dystrybutorom, ponieważ ustalona cena odsprzedaży uniemożliwi osiągnięcie korzyści ze zwiększonej sprzedaży. Wystąpienie takich negatywnych skutków jest w szczególności możliwe wówczas, gdy rynek jest podatny na skutki zмовy, np. jeżeli producenci tworzą ścisły oligopol, a porozumienia KCO obejmują znaczną część rynku. Po drugie, przez eliminowanie konkurencji międzymarkowej wewnętrznej KCO może również ułatwiać zмовę między nabywcami, tj. na poziomie dystrybucji. Silni lub dobrze zorganizowani dystrybutorzy są w stanie zmusić lub przekonać jednego lub kilku dostawców do ustalenia cen odsprzedaży powyżej konkurencyjnego poziomu i w ten sposób umożliwić im osiągnięcie lub ustabilizowanie równowagi zмовy. Wynikająca z tego utrata konkurencji cenowej wydaje się szczególnym problemem w przypadku, gdy KCO inspirują nabywcy, których wspólne horyzontalne interesy będą miały negatywny skutek dla konsumentów. Po trzecie, KCO może bardziej zasadniczo łagodzić konkurencję między producentami lub detalistami, zwłaszcza jeśli producenci wykorzystują tych samych dystrybutorów do dystrybucji swoich produktów i KCO jest stosowane przez wszystkich lub wielu z nich. Po czwarte, bezpośrednim skutkiem KCO będzie fakt, że wszyscy lub niektórzy dystrybutorzy będą pozbawieni możliwości obniżania cen sprzedaży tej konkretnej marki. Innymi słowy, bezpośrednim skutkiem KCO jest wzrost cen. Po piąte, KCO może zmniejszyć naciski na marżę producenta, w szczególności gdy producent ma problem ze zobowiązaniami, tj. gdy w jego interesie leży obniżanie cen nakładanych na kolejnych dystrybutorów. W takiej sytuacji producent może zgodzić się na KCO, aby ułatwić sobie zobowiązanie się do nieobniżania ceny dla kolejnych dystrybutorów i zmniejszyć naciski dotyczące jego własnej marży. Po szóste, KCO może zostać wprowadzone przez producenta posiadającego władzę rynkową umożliwiającą zamknięcie dostępu do rynku mniejszym konkurentom. Zwiększona marża, jaką KCO może zapewniać dystrybutorom, może ich skłaniać do faworyzowania określonej marki w stosunku do marek konkurencyjnych przy doradzaniu klientom, nawet wówczas gdy taka porada nie leży w interesie tych klientów, lub nawet do całkowitego zaniechania sprzedaży marek konkurencyjnych. KCO może wreszcie zmniejszyć dynamikę i innowacje na poziomie dystrybucji. KCO może uniemożliwić sprawniej działającym detalistom wejście na rynek lub rozwinięcie działalności w odpowiedniej skali z niskimi cenami przez uniemożliwianie konkurencji cenowej między różnymi dystrybutorami. Może również uniemożliwić lub utrudnić wejście na rynek i ekspansję form dystrybucji opartych na niskich cenach, np. sklepów dyskontowych.
- (225) KCO może jednak nie tylko ograniczać konkurencję, ale także, w szczególności gdy jego motorem jest dostawca, może prowadzić do wzrostu efektywności, co będzie poddane ocenie zgodnie z art. 53 ust. 3. Przede wszystkim jeżeli producent wprowadza nowy produkt, KCO może być pomocnym narzędziem we wstępnym okresie zwiększania popytu w celu nakłonienia dystrybutorów do lepszego

uwzględnienia interesu producenta w celu promocji produktu. KCO może zapewnić dystrybutorom środki do wzmożenia wysiłków w zakresie sprzedaży, a jeżeli dystrybutorzy na tym rynku znajdują się pod presją konkurencji, może zachęcić ich do rozszerzenia ogólnego popytu na produkt oraz pomyślnego wprowadzenia produktu na rynek, również z korzyścią dla konsumentów⁽¹⁾. Podobnie ustalone ceny odsprzedaży, a nie tylko maksymalne ceny odsprzedaży, mogą być niezbędne do organizacji, w ramach systemu franczyzowego lub podobnego systemu dystrybucyjnego wykorzystującego jednolity model dystrybucji, krótkoterminowej kampanii niskiej ceny (w większości przypadków 2 do 6 tygodni), która będzie korzystna również dla konsumentów. W niektórych sytuacjach dodatkowa marża, jaką zapewnia KCO, może umożliwić detalistom świadczenie (dodatkowych) usług przedsprzedażnych, szczególnie w przypadku produktów, o których jakości przekonać się można jedynie w wyniku korzystania z nich, lub produktów złożonych. Jeżeli wystarczająca liczba klientów skorzysta z takich usług w celu dokonania wyboru, a następnie dokona zakupu po niższej cenie u detalistów, którzy nie zapewniają takich usług (i w związku z tym nie ponoszą tych kosztów), detaliści zapewniający wysoki poziom usług mogą ograniczyć usługi zwiększające popyt na produkt dostawcy lub z nich zrezygnować. KCO może umożliwić zapobieganie tego rodzaju niewłaściwej działalności rynkowej na szczeblu dystrybucji. W ramach wykazania, że wszystkie warunki zawarte w art. 53 ust. 3 są spełnione, strony będą musiały w przekonujący sposób udowodnić, że porozumienie KCO może zapewniać nie tylko środki, ale także zachętę do przewyciężenia ewentualnych problemów związanych z niewłaściwą działalnością rynkową prowadzoną między detalistami w odniesieniu do tych usług, oraz że usługi przedsprzedażne w sumie przynoszą korzyści konsumentom.

- (226) Praktyka zalecania ceny odsprzedaży odsprzedawcy lub wymaganie od niego przestrzegania maksymalnej ceny odsprzedaży podlega wyłączeniu grupowemu, jeżeli udział każdej ze stron porozumienia w rynku nie przekracza progu 30 %, o ile nie oznacza ona minimalnej lub ustalonej ceny sprzedaży w wyniku nacisku którejkolwiek ze stron lub środków zachęty oferowanych przez którąkolwiek ze stron. Pozostała część niniejszej sekcji zawiera wskazówki dla potrzeb oceny cen maksymalnych lub zalecanych powyżej progu udziału w rynku i dla przypadków wycofania wyłączenia grupowego.
- (227) Ewentualne zagrożenie dla konkurencji ze strony cen maksymalnych lub zalecanych polega na tym, że będą one działać jako punkt odniesienia dla odsprzedawców i mogą być przestrzegane przez wszystkich lub przez większość z nich albo ceny maksymalne lub zalecane mogą złagodzić konkurencję lub sprzyjać zмовie między dostawcami.
- (228) Ważnym czynnikiem w ocenie ewentualnych antykonkurencyjnych skutków maksymalnych lub zalecanych cen odsprzedaży jest pozycja rynkowa dostawcy. Im silniejsza pozycja rynkowa dostawcy, tym wyższe ryzyko, że maksymalna cena odsprzedaży lub zalecana cena odsprzedaży prowadzi do mniej lub więcej jednolitego stosowania tego poziomu cen przez odsprzedawców, ponieważ mogą ją stosować jako punkt odniesienia. Może im być trudno odejść od tego, co postrzegają jako preferowaną cenę odsprzedaży proponowaną przez tak ważnego dostawcę na rynku.
- (229) Gdy stwierdzone jest występowanie znaczących skutków antykonkurencyjnych w odniesieniu do maksymalnych lub zalecanych cen odsprzedaży, pojawia się kwestia możliwego wyłączenia na podstawie art. 53 ust. 3. Wzrost efektywności opisany w pkt (107) lit. f) (unikanie podwójnej marży) może być szczególnie istotny w odniesieniu do maksymalnych cen odsprzedaży. Maksymalna cena odsprzedaży może także ułatwić zapewnienie silniejszej konkurencji ze strony danej marki z innymi markami, w tym produktami pod własną marką rozprowadzanymi przez tego samego dystrybutora.

⁽¹⁾ Przy założeniu, że dostawcy nie jest łatwo narzucić wszystkim nabywcom, w drodze umowy, wymogi dotyczące efektywnej promocji – zob. także pkt. 107 lit. a).