



KOMISJA
EUROPEJSKA

Bruksela, dnia **XXX** r.
[...](2021) **XXX** draft

ANNEX

SENSITIVE*
UNTIL ADOPTION

ZAŁĄCZNIK

do

KOMUNIKATU KOMISJI

Zatwierdzenie treści projektu

KOMUNIKATU KOMISJI

ZAWIADOMIENIE KOMISJI

Wytyczne w sprawie ograniczeń wertykalnych

* Distribution only on a 'Need to know' basis - Do not read or carry openly in public places. Must be stored securely and encrypted in storage and transmission. Destroy copies by shredding or secure deletion. Full handling instructions <https://europa.eu/db43PX>

ZAŁĄCZNIK
KOMUNIKAT KOMISJI
ZAWIADOMIENIE KOMISJI
Wytyczne w sprawie ograniczeń wertykalnych
PROJEKT

ZAWIADOMIENIE KOMISJI
Wytyczne w sprawie ograniczeń wertykalnych

Spis treści

1.	Wprowadzenie.....	4
1.1.	Cel i struktura niniejszych wytycznych	4
1.2.	Możliwość zastosowania art. 101 do porozumień wertykalnych.....	5
2.	Skutki porozumień wertykalnych	7
2.1.	Pozytywne skutki	7
2.2.	Negatywne skutki.....	11
3.	Porozumienia wertykalne, które zasadniczo nie są objęte zakresem stosowania art. 101 ust. 1	12
3.1.	Brak wpływu na wymianę handlową, porozumienia o mniejszym znaczeniu i MŚP	12
3.2.	Umowy agencyjne.....	14
3.2.1.	Definicja umów agencyjnych.....	14
3.2.2.	Zastosowanie art. 101 ust. 1 do umów agencyjnych.....	19
3.2.3.	Agencja i gospodarka platform internetowych	20
3.3.	Umowy o podwykonawstwo.....	21
4.	Zakres stosowania VBER	21
4.1.	„Bezpieczna przystań” ustanowiona na mocy rozporządzenia VBER	21
4.2.	Definicja porozumienia wertykalnego	22
4.2.1.	Praktyki jednostronne nie wchodzą w zakres stosowania rozporządzenia VBER. ...	23
4.2.2.	Przedsiębiorstwa działają na różnych poziomach łańcucha produkcji lub dystrybucji.	23
4.2.3.	Porozumienia dotyczą nabycia, sprzedaży lub odsprzedaży towarów lub usług.....	24
4.3.	Porozumienia wertykalne w gospodarce platform internetowych	25
4.4.	Ograniczenia w stosowaniu rozporządzenia VBER	26
4.4.1.	Stowarzyszenia detalistów	26
4.4.2.	Porozumienia wertykalne zawierające postanowienia dotyczące praw własności intelektualnej (PWI)	27

4.4.3.	Porozumienia wertykalne między konkurentami	30
4.5.	Związki z innymi rozporządzeniami w sprawie wyłączeń grupowych	33
4.6.	Główne rodzaje systemów dystrybucji	34
4.6.1.	Systemy dystrybucji wyłącznej	35
4.6.2.	Systemy dystrybucji selektywnej	42
4.6.3.	Franczyza	49
5.	Definicja rynku i obliczanie udziału w rynku	51
5.1.	Obwieszczenie w sprawie definicji rynku	51
5.2.	Obliczanie udziałów w rynku na podstawie rozporządzenia VBER	52
5.3.	Obliczanie udziałów w rynku na podstawie rozporządzenia VBER	53
6.	Stosowanie rozporządzenia VBER	53
6.1.	Najpoważniejsze ograniczenia konkurencji na podstawie rozporządzenia VBER	53
6.1.1.	Narzucenie cen odsprzedaży	56
6.1.2.	Najpoważniejsze ograniczenia konkurencji w rozumieniu art. 4 lit. b)–d) rozporządzenia VBER	61
6.1.3.	Ograniczenia dotyczące sprzedaży części zamiennych	74
6.2.	Ograniczenia wykluczone z zakresu rozporządzenia VBER	74
6.2.1.	Zakazy konkutowania przekraczające okres pięciu lat	74
6.2.2.	Zakazy konkutowania po zakończeniu porozumienia	75
6.2.3.	Zakazy konkutowania nakładane na uczestników systemu dystrybucji selektywnej	75
6.2.4.	Zobowiązania do parytetu cenowego	76
7.	Wycofanie i niestosowanie	76
7.1.	Wycofanie przywileju ustanowionego rozporządzeniem VBER (art. 29 rozporządzenia nr 1/2003)	76
7.2.	Rozporządzenie uznające, że rozporządzenie VBER nie ma zastosowania (art. 6 rozporządzenia VBER)	80
8.	Polityka egzekwowania prawa w indywidualnych przypadkach	81
8.1.	Ramy analizy	81
8.1.1.	Czynniki istotne dla oceny na podstawie art. 101 ust. 1	82
8.1.2.	Czynniki istotne dla oceny na podstawie art. 101 ust. 3	85
8.2.	Analiza konkretnych ograniczeń wertykalnych	86
8.2.1.	Jednomarkowość	87
8.2.2.	Wyłączność dostaw	92
8.2.3.	Ograniczenia korzystania z internetowych platform handlowych	95
8.2.4.	Ograniczenia korzystania z narzędzi porównywania cen	98
8.2.5.	Zobowiązania do parytetu cenowego	101

8.2.6.	Opłaty za dostęp wnoszone z góry	106
8.2.7.	Porozumienia dotyczące zarządzania kategoriami produktów	108
8.2.8.	Sprzedaż wiązana	109

1. WPROWADZENIE

1.1. Cel i struktura niniejszych wytycznych

- (1) W niniejszych wytycznych przedstawiono zasady oceny porozumień wertykalnych i praktyk uzgodnionych na mocy art. 101 Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej (zwanego dalej „art. 101”)¹ i rozporządzenia Komisji (UE) [nr [X]/2022 z dnia [X] 2022 r.] w sprawie stosowania art. 101 ust. 3 Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej do kategorii porozumień wertykalnych i praktyk uzgodnionych (zwanego dalej „rozporządzeniem w sprawie wyłączeń grupowych dotyczących porozumień wertykalnych” lub „rozporządzeniem VBER”)². Dla ułatwienia, o ile nie określono inaczej, w niniejszych wytycznych zakres terminu „porozumienie” obejmuje również praktyki uzgodnione.
- (2) Wydając niniejsze wytyczne, Komisja pragnie pomóc przedsiębiorstwom w dokonaniu przez nie własnej oceny porozumień wertykalnych w oparciu o unijne reguły konkurencji. Każde porozumienie musi być jednak oceniane w świetle związanych z nim faktów³. Wytycznych nie można zatem stosować automatycznie. Wytyczne pozostają również bez uszczerbku dla orzecznictwa Sądu i Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej (zwanego dalej „TSUE”).
- (3) Porozumienia wertykalne mogą być zawierane w odniesieniu do towarów i usług pośrednich i końcowych. O ile nie stwierdzono inaczej, niniejsze wytyczne mają zastosowanie do wszystkich rodzajów towarów i usług oraz do wszystkich poziomów handlu.
- (4) Wytyczne mają następującą strukturę:
 - niniejsza pierwsza sekcja jest wprowadzeniem zawierającym wyjaśnienia dotyczące powodów wydawania przez Komisję wytycznych w sprawie porozumień wertykalnych oraz zakresu, w jakim to robi. W pozostałej części wprowadzenia przedstawiono kontekst, w którym art. 101 ma zastosowanie do porozumień wertykalnych;
 - sekcja druga zawiera przegląd pozytywnych i negatywnych skutków porozumień wertykalnych. Rozporządzenie VBER w całości, niniejsze wytyczne i polityka egzekwowania prawa w indywidualnych przypadkach opracowana przez Komisję opierają się na rozważeniu tych skutków;
 - sekcja trzecia dotyczy porozumień wertykalnych, które zasadniczo nie wchodzą w zakres stosowania art. 101 ust. 1. Chociaż rozporządzenie VBER nie ma zastosowania do tych porozumień, konieczne jest zapewnienie wytycznych dotyczących warunków, na jakich porozumienia wertykalne nie wchodzą w zakres stosowania art. 101 ust. 1;
 - sekcja czwarta zawiera dalsze wytyczne dotyczące zakresu stosowania rozporządzenia VBER. Przedstawiono w niej wyjaśnienia dotyczące „bezpiecznej przystani” ustanowionej na mocy rozporządzenia VBER oraz

¹ Niniejsze wytyczne zastępują zawiadomienie Komisji – Wytyczne w sprawie ograniczeń wertykalnych, Dz.U. C 130 z 19.5.2010, s. 1.

² Dz.U. L [X] z [X].[X].[X], s. [X].

³ Komisja będzie w dalszym ciągu monitorowała funkcjonowanie rozporządzenia w sprawie wyłączeń grupowych dotyczących porozumień wertykalnych i niniejszych wytycznych oraz może dokonać przeglądu niniejszego zawiadomienia w związku z przyszłymi zmianami sytuacji.

definicję porozumienia wertykalnego. W sekcji tej omówiono również bardziej szczegółowo porozumienia wertykalne w odniesieniu do gospodarki platform internetowych, która odgrywa coraz ważniejszą rolę w dystrybucji towarów i usług i w przypadku której porozumień wertykalnych między przedsiębiorstwami nie da się łatwo sklasyfikować przy użyciu pojęć tradycyjnie kojarzonych z porozumieniami wertykalnymi. W sekcji tej wyjaśniono również granice stosowania rozporządzenia VBER określone w art. 2 ust. 2–4 rozporządzenia VBER oraz związek z innymi rozporządzeniami w sprawie wyłączeń grupowych zgodnie z art. 2 ust. 8 rozporządzenia VBER. Zawiera ona również opis głównych rodzajów systemów dystrybucji. Opis ten jest istotny w przypadku szeregu przepisów rozporządzenia VBER, w szczególności wykazu najpoważniejszych ograniczeń konkurencji zawartego w art. 4 lit. b) rozporządzenia VBER;

- sekcja piąta dotyczy definicji rynków właściwych oraz obliczania udziałów w rynku przedsiębiorstw będących stronami porozumienia wertykalnego. Umożliwia ona ocenę, czy przekroczono progi udziału w rynku określone w art. 3 rozporządzenia VBER, decydujące o możliwości stosowania tego rozporządzenia;
- sekcja szósta dotyczy najpoważniejszych ograniczeń konkurencji określonych w art. 4 rozporządzenia VBER i wykluczonych ograniczeń określonych w art. 5 tego rozporządzenia, i zawiera wyjaśnienia, z jakich powodów zakwalifikowanie danego ograniczenia jako najpoważniejszego lub wykluczonego jest adekwatne;
- sekcja siódma zawiera wytyczne dotyczące wycofania przywileju ustanowionego rozporządzeniem VBER na podstawie art. 29 rozporządzenia Rady (WE) nr 1/2003 z dnia 16 grudnia 2002 r. w sprawie wprowadzenia w życie reguł konkurencji ustanowionych w art. 81 i 82 Traktatu (zwanego dalej „rozporządzeniem nr 1/2003”)⁴ oraz rozporządzeń uznających, że rozporządzenie VBER nie ma zastosowania zgodnie z art. 6 tego rozporządzenia;
- w sekcji ósmej opisano politykę Komisji w zakresie egzekwowania prawa w indywidualnych przypadkach. Wyjaśniono w tym celu sposób oceny porozumień wertykalnych nieobjętych zakresem stosowania rozporządzenia VBER na podstawie art. 101 ust. 1 i art. 101 ust. 3 oraz przedstawiono wytyczne dotyczące niewyczerpującego wykazu konkretnych porozumień wertykalnych.

1.2. Możliwość zastosowania art. 101 do porozumień wertykalnych

- (5) Celem art. 101 jest zagwarantowanie, aby przedsiębiorstwa nie wykorzystywały porozumień – zarówno horyzontalnych, jak i wertykalnych⁵ – w celu wyłączenia, ograniczenia lub zakłócenia konkurencji na rynku z ostateczną szkodą dla

⁴ Dz.U. L 1 z 4.1.2003, s. 1.

⁵ Do celów stosowania rozporządzenia VBER w art. 1 ust. 1 lit. a) tego rozporządzenia „porozumienie wertykalne” zdefiniowano jako „porozumienie lub praktykę uzgodnioną dotyczące warunków zakupu, sprzedaży lub odsprzedaży niektórych towarów lub usług przez ich strony, zawierane lub stosowane przez dwa przedsiębiorstwa lub większą liczbę przedsiębiorstw, działających – w ramach takiego porozumienia lub praktyki uzgodnionej – na różnych poziomach sieci produkcji lub dystrybucji”. Dalsze wytyczne dotyczące tej definicji znajdują się w sekcji 4.2 niniejszych wytycznych.

konsumentów. Art. 101 jest również ukierunkowany na realizację szerszego celu polegającego na osiągnięciu zintegrowanego rynku wewnętrznego⁶, który przyczynia się do zwiększenia konkurencji w Unii Europejskiej. Przedsiębiorstwa nie mogą wykorzystywać porozumień wertykalnych do odtwarzania prywatnych barier między państwami członkowskimi, tam gdzie udało się znieść bariery państwowe.

- (6) Art. 101 stosuje się do porozumień wertykalnych i ograniczeń zawartych w porozumieniach wertykalnych, które wpływają na wymianę handlową między państwami członkowskimi i które wyłączają, ograniczają lub zakłócają konkurencję⁷. W art. 101 ustanowiono ramy prawne dla oceny ograniczeń wertykalnych⁸, które uwzględniają rozróżnienie skutków antykonkurencyjnych i prokonkurencyjnych. W art. 101 ust. 1 zakazuje się tych porozumień, które znacząco ograniczają lub zakłócają konkurencję, natomiast w art. 101 ust. 3 wyłącza się te porozumienia wchodzące w zakres stosowania art. 101 ust. 1, które przynoszą dostatecznie dużo korzyści, aby przeważać nad skutkami antykonkurencyjnymi⁹.
- (7) Chociaż nie istnieje obowiązkowa sekwencja oceny porozumień wertykalnych, zasadniczo obejmuje ona następujące etapy:
- a) po pierwsze, dane przedsiębiorstwa muszą ustalić udział w rynku dostawcy i nabywcy na rynku, na którym odpowiednio sprzedają i kupują towary lub usługi objęte porozumieniem;
 - b) jeżeli odnośny udział w rynku dostawcy i nabywcy, rozpatrywany każdy z osobna, nie przekracza progu 30 %, porozumienie wertykalne jest objęte „bezpieczną przystanią” ustanowioną na mocy rozporządzenia VBER, pod warunkiem, że nie zawiera najpoważniejszych ograniczeń konkurencji ani wykluczonych ograniczeń, których nie można oddzielić od pozostałej części porozumienia wertykalnego;
 - c) jeżeli odnośny udział w rynku przekracza próg 30 % w przypadku dostawcy lub nabywcy, należy ocenić, czy porozumienie wertykalne wchodzi w zakres stosowania art. 101 ust. 1;
 - d) jeżeli porozumienie wertykalne wchodzi w zakres stosowania art. 101 ust. 1, należy zbadać, czy spełnia ono warunki objęcia wyłączeniem indywidualnym na mocy art. 101 ust. 3.

⁶ Zob. na przykład wyroki w sprawach: 6/72, Europemballage Corporation i Continental Can Company/Komisja, EU:C:1973:22, pkt 25–26; C-52/09, TeliaSonera Sverige, EU:C:2011:83, pkt 22; C-209/10, Post Danmark A/S / Konkurrencerådet, EU:C:2012:172, pkt 20–24 i C-413/14 P Intel Corp. Inc./Komisja, EU:C:2017:632, pkt 133.

⁷ Zob. między innymi wyrok w sprawach połączonych 56/64 i 58/64, Grundig-Consten/Komisja, EU:C:1966:41; w sprawie 56/65, Technique Minière/Maschinenbau Ulm, EU:C:1966:38; oraz w sprawie T-77/92, Parker Pen/Komisja, EU:T:1994:85.

⁸ Do celów stosowania rozporządzenia VBER w art. 1 ust. 1 lit. b) tego rozporządzenia „ograniczenie wertykalne” zdefiniowano jako „ograniczenie konkurencji zawarte w porozumieniu wertykalnym wchodzącym w zakres stosowania art. 101 ust. 1 [podkreślenie dodane]”. Dalsze wskazówki dotyczące porozumień wertykalnych, które zasadniczo *nie są* objęte zakresem stosowania art. 101 ust. 1, przedstawiono w sekcji 3 niniejszych wytycznych.

⁹ W sprawie stosowanej przez Komisję ogólnej metodyki i interpretacji warunków stosowania art. 101 ust. 1 oraz w szczególności art. 101 ust. 3 – zob. komunikat Komisji – Obwieszczenie – Wytyczne w sprawie stosowania art. 81 ust. 3 Traktatu, Dz.U. C 101 z 27.4.2004, s. 97.

2. SKUTKI POROZUMIEŃ WERTYKALNYCH

- (8) W ramach oceny ograniczeń wertykalnych na podstawie art. 101 i stosowania rozporządzenia VBER należy uwzględnić wszystkie istotne parametry konkurencji, takie jak ceny, produkcja pod względem ilości produktów, jakości i zróżnicowania produktów oraz innowacyjności. Konieczne jest również uwzględnienie faktu, że porozumienia wertykalne między przedsiębiorstwami działającymi na różnych poziomach łańcucha produkcji lub dystrybucji są zasadniczo mniej szkodliwe niż porozumienia horyzontalne między konkurentami dostarczającymi substytucyjne towary lub usługi. Zasadniczo wynika to z uzupełniającego charakteru działalności stron porozumienia wertykalnego, co zwykle oznacza, że działania sprzyjające konkurencji prowadzone przez jedno przedsiębiorstwo przynoszą korzyści drugiej stronie porozumienia, a ostatecznie konsumentom. W przeciwieństwie do porozumień horyzontalnych, strony porozumienia wertykalnego mają zatem zazwyczaj motywację do uzgadniania niższych cen i wyższego poziomu usług, co jest również korzystne dla konsumentów. Uzupełniający charakter działań stron porozumienia wertykalnego w zakresie wprowadzania towarów lub usług do obrotu oznacza również, że ograniczenia wertykalne mogą zapewnić znaczne pole do wzrostu efektywności, np. za sprawą optymalizacji procesów i usług w zakresie produkcji lub dystrybucji.
- (9) Przedsiębiorstwa posiadające władzę rynkową mogą próbować wykorzystywać ograniczenia wertykalne do realizacji antykonkurencyjnych celów, które ostatecznie szkodzą konsumentom. Władza rynkowa to zdolność do utrzymania cen powyżej konkurencyjnego poziomu lub też utrzymania produkcji pod względem ilości produktów, jakości i zróżnicowania produktów oraz innowacyjności poniżej poziomu konkurencyjnego przez inny niż nieznaczny okres. Poziom władzy rynkowej koniecznej zazwyczaj do ustalenia naruszenia na podstawie art. 101 ust. 1 jest mniejszy, niż poziom władzy rynkowej koniecznej do ustalenia dominacji na podstawie art. 102. Z uwagi na uzupełniający charakter działalności stron porozumienia wertykalnego korzystanie z władzy rynkowej przez przedsiębiorstwo działające na rynku wyższego lub niższego szczebla w stosunku do danego przedsiębiorstwa zazwyczaj zaszkodziłoby jednak popytowi na objęte porozumieniem towary lub usługi drugiego przedsiębiorstwa będącego stroną porozumienia wertykalnego. Przedsiębiorstwa będące stronami porozumienia wertykalnego przeważnie mają więc motywację, by zapobiegać korzystaniu z władzy rynkowej przez drugą stronę porozumienia.

2.1. Pozytywne skutki

- (10) Porozumienia wertykalne mogą mieć pozytywne skutki, takie jak niższe ceny, promowanie konkurencyjności pozacenowej lub lepsza jakość usług. Proste transakcje między dostawcą i nabywcą, w ramach których określa się jedynie cenę i ilość, mogą często prowadzić do niższego od optymalnego poziomu inwestycji i sprzedaży, ponieważ nie uwzględniają efektów zewnętrznych wynikających z uzupełniającego charakteru działalności dostawcy i jego dystrybutorów. Wspomniane efekty zewnętrzne można podzielić na dwie kategorie: wertykalne efekty zewnętrzne i horyzontalne efekty zewnętrzne.
- (11) Wertykalne efekty zewnętrzne powstają, ponieważ decyzje i działania podejmowane na różnych poziomach łańcucha dostaw i dystrybucji określają aspekty sprzedaży towarów lub usług, takie jak cena, jakość, usługi powiązane i marketing, które wpływają nie tylko na przedsiębiorstwo podejmujące decyzje, ale także na inne

przedsiębiorstwa na innych poziomach łańcucha dostaw i dystrybucji. Na przykład dystrybutor może nie uzyskać wszystkich korzyści ze swoich starań na rzecz zwiększenia sprzedaży, ponieważ część tych korzyści przypadnie dostawcy. Dzieje się tak, ponieważ za każdą dodatkową jednostkę sprzedaną przez dystrybutora dzięki obniżeniu ceny odsprzedaży lub intensyfikacji działań związanych ze sprzedażą dostawca uzyskuje korzyść, jeśli jego cena hurtowa przekracza koszty krańcowe produkcji. Dlatego też dostawca może uzyskać pozytywne efekty zewnętrzne dzięki takim działaniom dystrybutora. I odwrotnie – mogą wystąpić sytuacje, w których z perspektywy dostawcy dystrybutor może stosować zbyt wysokie ceny¹⁰ lub podejmować zbyt mało działań związanych ze sprzedażą.

- (12) Horyzontalne efekty zewnętrzne mogą powstać między dystrybutorami tych samych towarów lub usług, gdy dany dystrybutor nie jest w stanie w pełni czerpać korzyści płynących z jego działań związanych ze sprzedażą. Na przykład usługi przedsprzedażne zwiększające popyt świadczone przez jednego dystrybutora, takie jak spersonalizowane doradztwo w odniesieniu do konkretnych towarów lub usług, mogą przyczynić się do zwiększenia sprzedaży przez konkurujących dystrybutorów oferujących te same towary lub usługi, a tym samym mogą być zachętą dla dystrybutorów do prowadzenia niewłaściwej działalności rynkowej polegającej na nieodpłatnym korzystaniu z kosztownych usług świadczonych przez innych. W środowisku dystrybucji wszechkanałowej (online i offline) niewłaściwa działalność rynkowa może mieć miejsce w obu kierunkach¹¹. Na przykład klienci mogą odwiedzić sklep stacjonarny w celu przetestowania towarów lub usług lub w celu uzyskania innych przydatnych informacji, na których opierają swoją decyzję o zakupie, a następnie zamówić produkt przez internet od innego dystrybutora. I odwrotnie – na etapie poprzedzającym zakup klienci mogą zbierać informacje (w tym inspiracje, informacje i oceny) w sklepie internetowym, a następnie odwiedzić sklep stacjonarny, zapytać o konkretne towary lub usługi i przetestować je w oparciu o te informacje, a w końcu dokonać zakupu w sklepie stacjonarnym. Jeżeli taka niewłaściwa działalność rynkowa jest możliwa i jeżeli dystrybutor świadczący usługi przedsprzedażne nie jest w stanie w pełni czerpać odnośnych korzyści, może to prowadzić do nieoptymalnego świadczenia takich usług pod względem ilości lub jakości.
- (13) W przypadku wystąpienia takich efektów zewnętrznych dostawcy mają motywację do kontrolowania określonych aspektów działań swoich dystrybutorów. W szczególności porozumienia wertykalne mogą umożliwić dostawcom internalizację wyżej wspomnianych efektów zewnętrznych, zwiększenie wspólnego zysku z wertykalnego łańcucha dostaw i dystrybucji oraz – w określonych okolicznościach – poprawę dobrobytu konsumentów.
- (14) Niniejsze wytyczne są próbą kompleksowego przeglądu poszczególnych uzasadnień ograniczeń wertykalnych, nie są one jednak kompletne ani wyczerpujące. Następujące powody mogą uzasadniać zastosowanie pewnych ograniczeń wertykalnych:

¹⁰ Czasami określane jako „problem podwójnej marży”.

¹¹ Zob. dokument roboczy służb Komisji – Ocena rozporządzenia w sprawie wyłączeń grupowych dotyczących porozumień wertykalnych, dokument SWD(2020) 172 final z 10.5.2017, s. 31–42 oraz wspomniane badanie oceniające; Komisja, sprawozdanie końcowe na temat badania sektora handlu elektronicznego, COM(2017) 229 final, z dnia 10 maja 2017 r., pkt 11.

- a) Kwestia wertykalnych efektów zewnętrznych lub problem podwójnej marży: dostawca może uniknąć ustalania zbyt wysokich cen przez dystrybutora, który nie bierze pod uwagę skutków swoich decyzji dla dostawcy, narzucając maksymalną cenę odsprzedaży w odniesieniu do tego dystrybutora. Aby doprowadzić do intensyfikacji działań dystrybutora związanych ze sprzedażą, dostawca może np. zastosować dystrybucję selektywną lub dystrybucję wyłączną.
- b) Problem niewłaściwej działalności rynkowej: zjawisko niewłaściwej działalności rynkowej między nabywcami może wystąpić na poziomie hurtowym lub detalicznym, w szczególności gdy dostawca nie jest w stanie narzucić wszystkim nabywcom skutecznych wymogów dotyczących promocji lub usług. 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. Działania przed sprzedażą, w ramach których może dojść do niewłaściwej działalności rynkowej, mogą być istotne np. gdy towary lub usługi są stosunkowo nowe, złożone z technicznego punktu widzenia lub odznaczają się wysoką wartością, lub gdy renoma towarów lub usług jest ważnym wyznacznikiem popytu na nie. Ograniczenia w postaci zakazu konkurencji mogą pomóc w przezwycięzeniu zjawiska niewłaściwej działalności rynkowej między dostawcami.
- c) Otwarcie nowych rynków lub wejście na nowe rynki: jeżeli dostawca chce wejść na nowy rynek geograficzny, na przykład wywożąc towar do innego państwa, może to się wiązać ze specjalnymi inwestycjami utopionymi przez dystrybutora w celu wprowadzenia marki na rynek. Aby przekonać lokalnego dystrybutora do dokonania tych inwestycji, konieczne może być zapewnienie mu ochrony terytorialnej, tak aby te inwestycje zwróciły się. Może to uzasadniać ograniczenie dystrybutorom działającym na innych rynkach geograficznych możliwości sprzedaży na nowym rynku (zob. również pkt 167 niniejszych wytycznych). Jest to specjalny przypadek problemu niewłaściwej działalności rynkowej opisanego w lit. b) powyżej.
- d) Zalegalizowanie niewłaściwej działalności rynkowej: W niektórych sektorach określonych dystrybutorzy cieszą się reputacją dystrybutorów sprzedających jedynie towary wysokiej jakości lub świadczących usługi wysokiej jakości (tzw. „dystrybutorzy wysokiej klasy”). W takim przypadku sprzedaż za ich pośrednictwem może mieć kluczowe znaczenie, zwłaszcza dla pomyślnego wprowadzenia nowego produktu na rynek. Jeżeli dostawca nie może ograniczyć sprzedaży do dystrybutorów wysokiej klasy, ponosi ryzyko, że jego produkty zostaną skreślone z listy asortymentu. Oznacza to, że zezwolenie na dystrybucję wyłączną lub dystrybucję selektywną może być uzasadnione.
- e) Problem zatoru: czasami dostawca lub nabywca musi dokonać inwestycji związanych z konkretnym klientem, takich jak inwestycje w specjalny sprzęt lub szkolenie. Na przykład, producent części może być zmuszony do zbudowania nowych maszyn i narzędzi w celu zaspokojenia konkretnych wymogów jednego ze swoich klientów. Jeżeli takie inwestycje związane z konkretnym klientem nie mogą być przedmiotem bezpośredniej umowy lub jeżeli są nie w pełni objęte zakresem umowy, dane przedsiębiorstwo może nie być w stanie zobowiązać się do dokonania inwestycji na optymalnym poziomie z punktu widzenia dostawcy, a po dokonaniu wyboru przez dostawcę nabywca

może zaangażować się jedynie w inwestycje poniżej optymalnego poziomu. Porozumienia wertykalne mogą pomóc w usunięciu lub złagodzeniu takiego problemu ze zobowiązaniem.

- f) 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 zakresie, w jakim know-how nie było łatwo dostępne dla nabywcy, a jest istotne i konieczne do funkcjonowania porozumienia, takie przekazanie może uzasadniać ograniczenie w postaci zakazu konkutowania, które zwykle w takich przypadkach nie wchodzi w zakres stosowania art. 101 ust. 1.
 - g) Korzyści skali w dystrybucji: W celu wykorzystania korzyści skali i uzyskania w ten sposób niższej ceny detalicznej swoich towarów lub usług producent może chcieć skoncentrować odsprzedaż swoich towarów lub usług na niewielkiej liczbie dystrybutorów. W tym celu może wykorzystać dystrybucję wyłączną, narzucanie ilości w postaci wymogów minimalnych zakupów, dystrybucję selektywną opatrzoną takim wymogiem lub wyłączność zaopatrzenia;
 - h) Jednolitość i standaryzacja jakości: ograniczenie wertykalne może pomóc w stworzeniu wizerunku marki dzięki narzuceniu dystrybutorom pewnego rodzaju jednolitości i standaryzacji jakości, co może przyczynić się do zwiększenia atrakcyjności towarów lub usług dla klientów końcowych, a co za tym idzie – sprzedaży. Ma to zastosowanie na przykład w przypadku dystrybucji selektywnej i franczyzy.
 - i) Niedostatki rynku kapitałowego: Podmioty wnoszące kapitał, takie jak banki i rynki akcji, mogą zapewniać kapitał w niezbyt doskonały sposób, jeżeli dysponują niepełnymi informacjami dotyczącymi wypłacalności pożyczkobiorcy lub gdy istnieją niedostateczne podstawy zabezpieczenia pożyczki. Nabywca lub dostawca mogą mieć lepsze informacje i, dzięki stosunkom wyłączności, mogą uzyskać dodatkowe zabezpieczenie inwestycji. Jeżeli dostawca udziela pożyczki nabywcy, może to prowadzić do nałożenia na nabywcę zakazu konkutowania lub narzucenia wysokości zakupów. Jeżeli nabywca udziela pożyczki dostawcy, może to być powodem zobowiązania dostawcy do wyłączności dostaw lub narzucenia wielkości dostaw.
- (15) Dziewięć sytuacji wymienionych w poprzednim punkcie świadczy o tym, że zasadniczo porozumienia wertykalne mogą sprzyjać wzrostowi efektywności i rozwojowi nowych rynków oraz że może to równoważyć ewentualne negatywne skutki. Tak jest najczęściej w przypadku ograniczeń wertykalnych sprzyjających wprowadzeniu nowych i złożonych towarów lub usług lub chroniących inwestycje związane z konkretnymi umowami. Ograniczenie wertykalne jest czasem konieczne tak długo, jak długo dostawca sprzedaje swoje towary lub usługi nabywcy (zob. w szczególności sytuacje przedstawione w poprzednim punkcie lit. a), b), f), g) i h)).
- (16) Różne ograniczenia wertykalne są w znacznym stopniu zastępowalne. Oznacza to, że ten sam problem braku efektywności może być rozwiązany przez różne ograniczenia wertykalne. Na przykład korzyści skali w zakresie dystrybucji można uzyskać dzięki zastosowaniu dystrybucji wyłącznej, dystrybucji selektywnej, narzucaniu ilości lub wyłączności zaopatrzenia. Jednak różne ograniczenia wertykalne mogą mieć różne

negatywne skutki dla konkurencji, co odgrywa pewną rolę podczas oceny niezbędności w ramach art. 101 ust. 3.

2.2. Negatywne skutki

- (17) Negatywne skutki na rynku mogące wynikać z ograniczeń wertykalnych, którym stara się zapobiegać unijne prawo konkurencji, są w szczególności następujące:
- a) antykonkurencyjne zamknięcie dostępu do rynku innym dostawcom lub innym nabywcom poprzez tworzenie barier wejścia na rynek lub ekspansji;
 - b) złagodzenie konkurencji między dostawcą a jego konkurentami lub ułatwienie zмовы (wyraźnej lub milczącej)¹² między tymi dostawcami, którą często określa się jako zmniejszenie zewnętrznej konkurencji międzymarkowej;
 - c) złagodzenie konkurencji między nabywcą a jego konkurentami lub ułatwienie zмовы (wyraźnej lub milczącej) pomiędzy tymi nabywcami. Zmniejszenie wewnętrznej konkurencji międzymarkowej (tj. konkurencji między dystrybutorami towarów lub usług tego samego dostawcy) samo w sobie prawdopodobnie nie doprowadzi jednak do negatywnych skutków dla konsumentów, jeżeli zewnętrzna konkurencja międzymarkowa (tj. konkurencja między dystrybutorami towarów lub usług różnych dostawców) jest silna;
 - d) stworzenie przeszkód dla integracji rynku, w tym w szczególności ograniczenie wyboru konsumentów w zakresie nabywania towarów lub usług w dowolnym państwie członkowskim.
- (18) Zamknięcie dostępu do rynku, złagodzenie konkurencji i zмова na poziomie dostawcy mogą zaszkodzić konsumentom, w szczególności poprzez podniesienie cen hurtowych towarów lub usług (co z kolei może prowadzić do wyższych cen detalicznych), ograniczenie wyboru towarów lub usług, obniżenie ich jakości lub zmniejszenie poziomu innowacyjności na poziomie dostawcy. Zamknięcie dostępu do rynku, złagodzenie konkurencji i zмова na poziomie dystrybutora mogą zaszkodzić konsumentom, w szczególności poprzez podniesienie cen detalicznych towarów lub usług, ograniczenie wyboru kombinacji cen i usług oraz form dystrybucji, zmniejszenie dostępności i obniżenie jakości usług detalicznych oraz zmniejszenie poziomu innowacyjności na poziomie dystrybucji.
- (19) Na rynku, na którym indywidualni sprzedawcy detaliczni dystrybuują markę (marki) tylko jednego dostawcy, zmniejszenie konkurencji pomiędzy dystrybutorami tej samej marki doprowadzi do zmniejszenia wewnętrznej konkurencji międzymarkowej pomiędzy tymi dystrybutorami, ale może nie mieć negatywnego wpływu na ogólną konkurencję między dystrybutorami. W takim przypadku, jeśli zewnętrzna konkurencja międzymarkowa jest silna, mało prawdopodobne jest, by zmniejszenie wewnętrznej konkurencji międzymarkowej miało negatywne skutki dla konsumentów.
- (20) Możliwe skutki negatywne ograniczeń wertykalnych są dodatkowo wzmacniane, jeśli kilku dostawców i związanych z nimi nabywców zorganizuje działalność

¹² Jeżeli chodzi o pojęcia zмовы wyraźnej i zмовы milczącej, zob. wyrok w sprawach połączonych C-89/85, C-104/85, C-114/85, C-116/85, C-117/85 i C-125/85–C-129/85, Ahlström Osakeyhtiö i inni/Komisja, EU:C:1993:120.

handlową w podobny sposób, co doprowadzi do powstania tzw. skutków skumulowanych¹³.

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

3.1. Brak wpływu na wymianę handlową, porozumienia o mniejszym znaczeniu i MŚP

- (21) Przed omówieniem zakresu stosowania rozporządzenia VBER, jego zastosowania, a ogólniej – oceny porozumień wertykalnych na podstawie art. 101 ust. 1 i art. 101 ust. 3, należy przypomnieć, że rozporządzenie VBER ma zastosowanie jedynie do porozumień *objętych* zakresem stosowania art. 101 ust. 1.
- (22) Porozumienia, które nie mogą w znaczący sposób wpłynąć na wymianę handlową między państwami członkowskimi (brak wpływu na wymianę handlową) ani w znaczący sposób ograniczyć konkurencji (porozumienia o mniejszym znaczeniu) nie są objęte zakresem stosowania art. 101 ust. 1¹⁴. Komisja przedstawiła wskazówki dotyczące braku wpływu na wymianę handlową w wytycznych Komisji w sprawie pojęcia wpływu na handel zawartego w art. 81 i 82 Traktatu (zwanym dalej „wytycznymi w sprawie wpływu na handel”)¹⁵, a te dotyczące porozumień o mniejszym znaczeniu – w zawiadomieniu Komisji w sprawie porozumień o mniejszym znaczeniu, które nie ograniczają odczuwalnie konkurencji na mocy art. 101 ust. 1 Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej (zwanym dalej „zawiadomieniem *de minimis*”)¹⁶. Niniejsze wytyczne pozostają bez uszczerbku dla wytycznych w sprawie wpływu na handel i zawiadomienia *de minimis*, jak również dla wszystkich przyszłych wytycznych Komisji w tym zakresie.
- (23) W wytycznych w sprawie wpływu na handel określono zasady opracowane przez sądy unijne na potrzeby interpretacji pojęcia wpływu na handel oraz wskazano, kiedy jest mało prawdopodobne, aby porozumienia mogły mieć znaczący wpływ na wymianę handlową między państwami członkowskimi. Wytyczne zawierają negatywne domniemanie wzruszalne, które ma zastosowanie do wszystkich porozumień w rozumieniu art. 101 ust. 1, niezależnie od charakteru ograniczeń zawartych w takich porozumieniach, a zatem ma zastosowanie również do porozumień zawierających najpoważniejsze ograniczenia konkurencji¹⁷. Zgodnie z tym domniemaniem porozumienia wertykalne zasadniczo nie mogą znacząco wpływać na handel między państwami członkowskimi, jeżeli (i) łączny udział stron w jakimkolwiek rynku właściwym w Unii, którego dotyczy porozumienie, nie przekracza 5 % oraz (ii) łączny roczny unijny obrót dostawcy uzyskany z produktów objętych zakresem stosowania porozumienia nie przekracza 40 mln EUR¹⁸. Komisja może obalić to domniemanie tylko wówczas, kiedy analiza cech charakterystycznych porozumienia i warunków gospodarczych, w jakich zostało zawarte, wykaże sytuację przeciwną.

¹³ Skutki skumulowane mogą w szczególności uzasadniać wycofanie przywileju ustanowionego rozporządzeniem VBER, zob. sekcja 7.1 niniejszych wytycznych.

¹⁴ Zob. wyrok w sprawie C-226/11, Expedia Inc./Autorité de la concurrence, EU:C:2012:795, pkt 16 i 17 z dalszymi odniesieniami.

¹⁵ Dz.U. C 101 z 27.4.2004, s. 81.

¹⁶ Dz.U. C 291 z 30.8.2014, s. 1.

¹⁷ Wytyczne w sprawie wpływu na handel, pkt 50.

¹⁸ Wytyczne w sprawie wpływu na handel, pkt 52.

- (24) Zgodnie z zawiadomieniem *de minimis* zasadniczo uznaje się, że porozumienia wertykalne zawarte między niekonkurentami nie wchodzą w zakres stosowania art. 101 ust. 1, jeżeli udział każdej ze stron porozumienia w rynku nie przekracza 15 % na żadnym z rynków właściwych, których dotyczy porozumienie¹⁹. Ta zasada ogólna podlega dwóm wyjątkom. Po pierwsze, jeżeli chodzi o najpoważniejsze ograniczenia konkurencji, art. 101 ust. 1 ma zastosowanie bez względu na udział stron w rynku²⁰. Wynika to z faktu, że porozumienie mogące wpływać na handel między państwami członkowskimi i mające antykonkurencyjny cel może – z uwagi na swój charakter i bez względu na to, jakie są jego konkretne skutki – stanowić znaczące ograniczenie konkurencji²¹. Po drugie 15 % progi udziału w rynku obniżono do 5 % w przypadku, gdy na rynku właściwym konkurencja jest ograniczona przez efekt kumulacji wynikający z istnienia równoległych sieci porozumień. Punkty 241–243 niniejszych wytycznych dotyczą skutków skumulowanych w kontekście wycofania przywileju ustanowionego rozporządzeniem VBER. W zawiadomieniu *de minimis* wyjaśniono, że zasadniczo nie uznaje się, aby poszczególni dostawcy lub dystrybutorzy, których udział w rynku nie przekracza 5 %, znacznie przyczyniali się do skumulowanego efektu zamknięcia rynku²².
- (25) Ponadto nie przyjmuje się domniemania, że porozumienia wertykalne zawarte przez przedsiębiorstwa, z których co najmniej jedno ma indywidualny udział w rynku przekraczający 15 %, automatycznie wchodzą w zakres stosowania art. 101 ust. 1. Porozumienia takie mogą nadal nie mieć znaczącego wpływu na handel między państwami członkowskimi lub mogą nie stanowić odczuwalnego ograniczenia konkurencji²³. Porozumienia takie powinny być zatem oceniane w ich kontekście prawnym i ekonomicznym. Niniejsze wytyczne zawierają kryteria dotyczące indywidualnej oceny takich porozumień.
- (26) Ponadto Komisja uważa, że porozumienia wertykalne między małymi i średnimi przedsiębiorstwami (zwanymi dalej „MŚP”)²⁴ rzadko mogą znacząco wpływać na handel między państwami członkowskimi. Komisja uważa również, że takie porozumienia rzadko znacząco ograniczają konkurencję w rozumieniu art. 101 ust. 1, chyba że obejmują one ograniczenia konkurencji ze względu na cel w rozumieniu art. 101 ust. 1. W związku z tym porozumienia wertykalne między MŚP zasadniczo nie są objęte zakresem stosowania art. 101 ust. 1. W przypadkach, gdy porozumienia takie spełniają jednak warunki zastosowania art. 101 ust. 1, Komisja zwykle wstrzyma się z wszczęciem postępowania z powodu braku wystarczającego interesu dla Unii, o ile przedsiębiorstwa te zbiorowo lub indywidualnie nie zajmują dominującej pozycji na znacznej części rynku wewnętrznego.

¹⁹ Zawiadomienie *de minimis*, pkt 8, w którym określono również próg udziału w rynku w odniesieniu do porozumień między rzeczywistymi lub potencjalnymi konkurentami, zgodnie z którym takie porozumienia nie ograniczają znacząco konkurencji w rozumieniu art. 101 ust. 1, jeżeli łączny udział stron porozumienia w rynku nie przekracza 10 % na żadnym z rynków właściwych, których dotyczy porozumienie.

²⁰ Zob. wyrok w sprawie 5/69, *Völk/Vervaecke*, EU:C:1969:35; w sprawie 1/71, *Cadillon/Höss*, EU:C:1971:47 i w sprawie C-306/96, *Javico/Yves Saint Laurent*, EU:C:1998:173, pkt 16 i 17.

²¹ Wyrok w sprawie C-226/11, *Expedia Inc./Autorité de la concurrence*, EU:C:2012:795, pkt 37.

²² Zawiadomienie *de minimis*, pkt 8.

²³ Zob. wyrok w sprawie T-7/93, *Langnese-Iglo/Komisja*, EU:T:1995:98, pkt 98.

²⁴ Zgodnie z załącznikiem do zalecenia Komisji z dnia 6 maja 2003 r. w sprawie definicji mikroprzedsiębiorstw, małych i średnich przedsiębiorstw (Dz.U. L 124 z 20.5.2003, s. 36).

3.2. Umowy agencyjne

3.2.1. Definicja umów agencyjnych

- (27) Agent jest osobą prawną lub fizyczną, której udziela się pełnomocnictwa do negocjowania lub zawierania umów na rzecz innej osoby („dającego zlecenie”), we własnym imieniu albo w imieniu dającego zlecenie, na zakup towarów lub usług przez dającego zlecenie lub na sprzedaż towarów lub usług dostarczonych przez dającego zlecenie.
- (28) W określonych okolicznościach stosunek między agentem a dającym zlecenie można scharakteryzować jako stosunek, w ramach którego agent nie działa już jako niezależny podmiot gospodarczy. Dotyczy to sytuacji, w których agent nie ponosi żadnego lub ponosi jedynie nieznaczne ryzyko finansowe lub handlowe związane z umowami zawartymi lub negocjowanymi w imieniu dającego zlecenie, jak wyjaśniono poniżej²⁵. W takim przypadku umowa agencyjna nie jest objęta zakresem stosowania art. 101 ust. 1. Kwalifikacja umowy dokonana przez strony lub prawodawstwo krajowe nie jest istotna na potrzeby oceny. Ponieważ umowy agencyjne stanowią wyjątek od ogólnej możliwości stosowania art. 101 do porozumień między przedsiębiorstwami, warunki uznania umowy za umowę agencyjną do celów stosowania art. 101 ust. 1 należy interpretować w zawężonym zakresie.
- (29) Trzy rodzaje ryzyka finansowego lub handlowego są istotne dla zakwalifikowania umowy jako umowy agencyjnej do celów stosowania art. 101 ust. 1.
- Po pierwsze, jest to ryzyko bezpośrednio związane z umowami zawartymi lub negocjowanymi przez agenta w imieniu dającego zlecenie, np. związane z finansowaniem zapasów.
 - Po drugie, chodzi o ryzyko dotyczące inwestycji związanych z konkretnym rynkiem. Są to inwestycje specjalnie wymagane przy danym rodzaju działalności, do której agent został wyznaczony przez dającego zlecenie, tj. które są konieczne, aby umożliwić agentowi zawarcie lub negocjowanie tego rodzaju umowy. Takie inwestycje są zwykle utopione, co oznacza, że po zaprzestaniu konkretnej działalności inwestycji tych nie można wykorzystać do innych działań lub sprzedać inaczej niż ze znaczącą stratą.
 - Po trzecie, jest to ryzyko związane z innymi działaniami podejmowanymi na tym samym rynku produktowym w zakresie, w jakim dający zlecenie wymaga w ramach stosunku agencyjnego podjęcia takich działań przez agenta, ale nie w charakterze agenta działającego w imieniu dającego zlecenie, lecz na własne ryzyko.
- (30) Do celów stosowania art. 101 ust. 1 TFUE umowa będzie kwalifikowana jako umowa agencyjna, jeżeli agent nie ponosi żadnego z trzech wymienionych wyżej rodzajów ryzyka lub ponosi je jedynie w niewielkim stopniu. Znaczenie każdego takiego rodzaju ryzyka podejmowanego przez agenta należy co do zasady oceniać poprzez odniesienie do przychodów generowanych przez agenta z tytułu świadczenia usług agencyjnych, a nie poprzez odniesienie do przychodów generowanych ze sprzedaży towarów lub usług objętych umową agencyjną. Ryzyko związane ogólnie

²⁵ Zob. wyrok w sprawie T-325/01, DaimlerChrysler/Komisja, EU:T:2005:322; w sprawie C-217/05 Confederación Española de Empresarios de Estaciones de Servicio/CEPSA, EU:C:2006:784; oraz w sprawie C-279/06 CEPSA Estaciones de Servicio SA/LV Tobar e Hijos SL, EU:C:2008:485.

z działalnością polegającą na świadczeniu usług agencyjnych, takie jak ryzyko uzależnienia dochodów agenta od jego sukcesów jako agenta, lub ogólne inwestycje, na przykład w lokale lub personel, które można wykorzystać do dowolnego rodzaju działalności, nie ma jednak istotnego znaczenia dla tej oceny.

(31) W świetle powyższego, do celów stosowania art. 101 ust. 1, poniższy wykaz zawiera przykłady cech spotykanych zazwyczaj w umowach agencyjnych. Obejmują one sytuacje, w których agent:

- a) nie nabywa prawa własności towarów zakupionych lub sprzedanych w ramach umowy agencyjnej i sam nie świadczy usług objętych umową. Fakt, że agent może tymczasowo, na bardzo krótki okres, nabyć prawo własności towarów objętych umową podczas ich sprzedaży w imieniu dającego zlecenie nie stoi na przeszkodzie zawarciu umowy agencyjnej, o ile agent nie ponosi żadnych kosztów ani ryzyka związanych z tym przeniesieniem własności;
- b) nie uczestniczy w kosztach związanych z dostawą/zakupem towarów lub usług objętych umową, w tym w kosztach transportu towarów. Nie wyklucza to możliwości zapewnienia usług transportowych przez agenta, pod warunkiem iż koszty pokrywa dający zlecenie;
- c) nie utrzymuje na własny koszt lub ryzyko zapasów towarów objętych umową, z uwzględnieniem kosztów finansowania zapasów oraz kosztów ubytku zapasów, i może zwrócić dającemu zlecenie niesprzedane towary bez opłaty, o ile nie ponosi winy (na przykład za nieprzestrzeganie stosownych środków bezpieczeństwa w celu uniknięcia ubytku zapasów);
- d) nie bierze na siebie odpowiedzialności za niewypełnienie umowy przez klienta (na przykład za brak płatności ze strony klienta), z wyjątkiem straty prowizji, o ile nie ponosi winy (na przykład z powodu nieprzestrzegania stosownych środków bezpieczeństwa lub antywłamaniowych albo niedokonania stosownych działań związanych ze zgłoszeniem kradzieży dającemu zlecenie lub policji, bądź też nieprzekazania dającemu zlecenie wszystkich niezbędnych dostępnych mu informacji dotyczących wiarygodności finansowej klienta);
- e) nie ponosi odpowiedzialności wobec klientów lub innych osób trzecich za straty lub szkody powstałe w wyniku dostarczenia towarów lub usług objętych umową, o ile – jako agent – nie ponosi winy w tym względzie;
- f) nie jest bezpośrednio ani pośrednio zobowiązany do inwestowania w promowanie sprzedaży, w tym w formie uczestnictwa w budżecie dającego zlecenie przeznaczonym na reklamę lub w działaniach reklamowych lub promocyjnych związanych konkretnie z towarami lub usługami objętymi umową;
- g) nie czyni związanych z konkretnym rynkiem inwestycji w wyposażenie, lokale, szkolenie personelu lub reklamę dotyczące konkretnie towarów lub usług objętych umową, takich jak np. zbiornik magazynowy paliwa w przypadku sprzedaży detalicznej benzyny, określone oprogramowanie do sprzedaży polis ubezpieczeniowych w przypadku agentów ubezpieczeniowych lub reklama dotycząca tras lub miejsc docelowych w przypadku biur podróży sprzedających loty lub zakwaterowanie w hotelach, chyba że otrzymuje od dającego zlecenie pełen zwrot tych kosztów;
- h) nie podejmuje na tym samym rynku produktowym innych działań wymaganych przez dającego zlecenie w ramach stosunku agencyjnego (np.

działań w zakresie dostawy towarów), chyba że otrzymuje od dającego zlecenie pełen zwrot kosztów takich działań.

- (32) Jeżeli agent ponosi co najmniej jeden z rodzajów ryzyka lub kosztów wspomnianych w pkt 28–31 niniejszych wytycznych, umowa między 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 agent ponosi ryzyko bezpośrednio związane z umową, które nie jest nieznaczne, jest to wystarczające do stwierdzenia, że agent jest niezależnym dystrybutorem. Jeżeli agent nie ponosi ryzyka bezpośrednio związanego z umową, konieczne będzie kontynuowanie analizy poprzez ocenę ryzyka dotyczącego inwestycji związanych z konkretnym rynkiem. Jeżeli z kolei agent nie ponosi żadnego ryzyka bezpośrednio związanego z umową ani żadnego ryzyka dotyczącego inwestycji związanych z konkretnym rynkiem, może być konieczne uwzględnienie ryzyka związanego z innymi działaniami wymaganymi w ramach stosunku agencyjnego na tym samym rynku produktowym.
- (33) Dający zlecenie może stosować różne metody zwrotu kosztów związanych z odpowiednim ryzykiem, o ile metody te zapewniają, aby agent nie ponosił żadnego z rodzajów ryzyka określonych w pkt 28–31 niniejszych wytycznych lub ponosił jedynie nieznaczne takie ryzyko. Dający zlecenie może na przykład zdecydować się na zwrot dokładnych poniesionych kosztów, może pokryć koszty w formie ustalonej kwoty ryczałtowej lub może zapłacić agentowi ustalony odsetek przychodów uzyskanych z towarów lub usług sprzedanych w ramach umowy agencyjnej. Aby zapewnić pokrycie wszystkich istotnych rodzajów ryzyka, konieczne może być zapewnienie agentowi prostej metody deklarowania i żądania zwrotu wszelkich kosztów przekraczających uzgodnioną kwotę ryczałtową lub ustalony odsetek. Może być również konieczne, aby dający zlecenie systematycznie monitorował wszelkie zmiany odnośnych kosztów i odpowiednio dostosowywał kwotę ryczałtową lub ustalony odsetek. W przypadku zwrotu odnośnych kosztów w formie odsetka cen produktów sprzedanych w ramach umowy agencyjnej dający zlecenie powinien również wziąć pod uwagę, że agent może ponosić koszty inwestycji związanych z konkretnym rynkiem, nawet jeżeli przez pewien okres dokonuje ograniczonej sprzedaży lub nie dokonuje żadnej sprzedaży. Dający zlecenie musi zwrócić takie koszty.
- (34) Niezależny dystrybutor niektórych towarów lub usług dostawcy może również działać jako agent w odniesieniu do innych towarów lub usług tego samego dostawcy, pod warunkiem że możliwe jest skuteczne wyodrębnienie działań i rodzajów ryzyka objętych umową agencyjną (na przykład dlatego, że dotyczą one towarów lub usług charakteryzujących się dodatkowymi funkcjami lub nowymi cechami). Aby umowę można było uznać za umowę agencyjną do celów stosowania art. 101, niezależny dystrybutor musi mieć rzeczywistą swobodę zawierania umów agencyjnych (np. stosunek agencyjny nie może być *de facto* narzucony przez dającego zlecenie pod groźbą rozwiązania stosunku dystrybucji lub pogorszenia jego warunków) oraz – jak wspomniano w pkt 28–31 niniejszych wytycznych – dający zlecenie musi ponosić wszelkie istotne rodzaje ryzyka związanego ze sprzedażą towarów lub usług objętych umową agencyjną, w tym inwestycje związane z konkretnym rynkiem.

- (35) Jeżeli agent na własne ryzyko podejmuje inne działania na rzecz tego samego dostawcy lub innych dostawców, istnieje ryzyko, że warunki nałożone na agenta w związku z jego działalnością agencyjną będą miały wpływ na jego motywację i przyczynią się do ograniczenia jego swobody podejmowania decyzji w przypadku sprzedaży produktów w ramach działalności niezależnej. W szczególności istnieje ryzyko, że polityka cenowa dającego zlecenie w odniesieniu do produktów sprzedawanych na podstawie umowy agencyjnej wpłynie na motywację agenta/dystrybutora do niezależnego ustalania cen produktów sprzedawanych przez niego jako niezależnego dystrybutora. Ponadto połączenie dystrybucji agencyjnej i niezależnej na rzecz tego samego dostawcy stwarza trudności w rozróżnieniu między inwestycjami i kosztami związanymi z funkcją agencji, w tym inwestycjami związanymi z konkretnym rynkiem a tymi związanymi wyłącznie z działalnością niezależną. W takich przypadkach ocena tego, czy stosunek agencyjny spełnia warunki określone w pkt 28–31 niniejszych wytycznych, może być zatem szczególnie złożona²⁶.
- (36) Rodzaje ryzyka określone w pkt 28–31 niniejszych wytycznych mają szczególne znaczenie, jeżeli agent podejmuje inne działania jako niezależny dystrybutor na rzecz tego samego dającego zlecenie na tym samym rynku produktowym. I odwrotnie – prawdopodobieństwo wystąpienia tych rodzajów ryzyka jest mniejsze, jeżeli inne działania, które agent podejmuje jako niezależny dystrybutor, dotyczą innego rynku produktowego²⁷. Mówiąc bardziej ogólnie, im mniejsza substytucyjność produktów, tym mniejsze jest prawdopodobieństwo wystąpienia tych rodzajów ryzyka. Na rynkach produktowych obejmujących produkty nieposiadające obiektywnie odrębnych cech, takich jak wyższa jakość, nowatorskie cechy lub dodatkowe funkcje, takie rozgraniczenie wydaje się trudniejsze i w związku z tym może istnieć znaczne ryzyko, że agent znajdzie się pod wpływem warunków umowy agencyjnej, zwłaszcza w zakresie ustalania cen, w odniesieniu do produktów dystrybuowanych przez niego niezależnie.
- (37) Aby zidentyfikować inwestycje związane z konkretnym rynkiem, które podlegają zwrotowi przy zawieraniu umowy agencyjnej z jednym ze swoich niezależnych dystrybutorów, który już działa na rynku właściwym, dający zlecenie powinien rozważyć hipotetyczną sytuację agenta, który jeszcze nie działa na rynku właściwym, aby ocenić, jakie inwestycje są istotne dla rodzaju działalności, do której agent został wyznaczony. Jedynymi inwestycjami związanymi z konkretnym rynkiem, których dający zlecenie nie musiałby pokrywać, byłyby inwestycje związane wyłącznie ze sprzedażą zróżnicowanych produktów na tym samym rynku produktowym, które nie są sprzedawane w ramach umowy agencyjnej, lecz są dystrybuowane niezależnie, w przeciwieństwie do inwestycji związanych z konkretnym rynkiem koniecznych do prowadzenia działalności na właściwym rynku produktowym, które dający zlecenie musiałby pokryć we wszystkich przypadkach. Dzieje się tak dlatego, że agent nie ponosiłby kosztów związanych z konkretnym rynkiem odpowiadającym zróżnicowanym produktom, gdyby nie działał również jako niezależny dystrybutor tych produktów oprócz produktów, które

²⁶ Wyrok Trybunału z dnia 16 grudnia 1975 r., Coöperatieve Vereniging „Suiker Unie” UA i inni/Komisja Wspólnot Europejskich, sprawy połączone 40–48, 50, 54–56, 111, 113 i 114–73, ECLI:EU:C:1975:174, pkt 537–557.

²⁷ Wyrok Sądu Pierwszej Instancji (piąta izba) z dnia 15 września 2005 r., DaimlerChrysler AG/Komisja Wspólnot Europejskich, Sprawa T-325/01, ECLI:EU:T:2005:322, pkt 100 i 113.

dystrybuuje jako agent, pod warunkiem że może działać na rynku właściwym, nie prowadząc sprzedaży tych pierwszych. W zakresie, w jakim istotne inwestycje zostały już zamortyzowane (np. inwestycje w meble na potrzeby konkretnej działalności), zwrot kosztów można proporcjonalnie dostosować.

- (38) Przykładowy sposób alokacji kosztów w przypadku dystrybutora, który działa również jako agent w odniesieniu do określonych produktów tego samego dostawcy.

Niezależny dystrybutor prowadzi sprzedaż produktów A, B i C. Produkty A i B należą do tego samego rynku produktowego, który obejmuje zróżnicowane produkty o obiektywnie różnych cechach. Produkt C należy do innego rynku produktowego.

Dostawca produktu B zazwyczaj dystrybuuje swoje produkty za pośrednictwem niezależnych dystrybutorów. Jednakże w celu dystrybucji określonego rodzaju tego samego produktu, a mianowicie produktu A, który charakteryzuje się nową funkcjonalnością, chce on skorzystać z umowy agencyjnej, którą oferuje swoim istniejącym niezależnym dystrybutorom na tym samym rynku produktowym, nie wymagając od nich *de iure* ani *de facto* zawarcia tej umowy.

Aby umowa agencyjna nie była objęta zakresem stosowania art. 101 ust. 1 TFUE i aby spełniała warunki określone w pkt 28–31 niniejszych wytycznych, dający zlecenie musi pokryć wszystkie istotne inwestycje związane z działalnością polegającą na sprzedaży każdego z produktów A i B (a nie tylko produktów A), ponieważ należą one do tego samego rynku produktowego. Na przykład wszystkie koszty poniesione na dostosowanie lub wyposażenie sklepu do celów ekspozycji i sprzedaży produktów A i B będą prawdopodobnie związane z konkretnym rynkiem. Podobnie koszty szkolenia personelu w zakresie sprzedaży produktów A i B oraz koszty związane z określonym sprzętem magazynowym, który może być potrzebny w przypadku produktów A i B, prawdopodobnie będą również związane z konkretnym rynkiem. Te istotne inwestycje, które w normalnych okolicznościach byłyby wymagane, aby agent mógł wejść na rynek i rozpocząć sprzedaż produktów A i B, powinien ponieść dający zlecenie, nawet jeśli dany agent ma już ugruntowaną pozycję na tym rynku jako niezależny dystrybutor.

Dający zlecenie nie musiałby jednak pokrywać inwestycji związanych ze sprzedażą produktu C, który nie należy do tego samego rynku produktowego, co produkty A i B. Ponadto w przypadku gdy sprzedaż produktu B wymaga konkretnych inwestycji, które nie są konieczne do sprzedaży produktu A (np. specjalistyczne meble lub szkolenie personelu), takie inwestycje nie byłyby istotne i dlatego dający zlecenie nie musiałby ich pokrywać, pod warunkiem że dystrybutor może działać na rynku właściwym obejmującym produkty A i B, sprzedając tylko produkt A.

Jeśli chodzi o reklamę, inwestycje w reklamę sklepu agenta jako takiego (zamiast reklamy dotyczącej konkretnie produktu A) przyniosłyby korzyści zarówno ogólnie samemu sklepowi agenta, jak i sprzedaży produktów A, B i C, podczas gdy w ramach umowy agencyjnej sprzedawany jest tylko produkt A. Koszty te byłyby zatem częściowo istotne dla oceny umowy agencyjnej w zakresie, w jakim odnoszą się do sprzedaży produktu A, który jest sprzedawany na podstawie umowy agencyjnej, podczas gdy są one również istotne dla ogólnej działalności polegającej na sprzedaży produktów A i B. Natomiast koszty kampanii reklamowej odnoszącej się wyłącznie do produktów B lub C nie byłyby istotne i dlatego dający zlecenie nie musiałby ich pokrywać, pod warunkiem że dystrybutor może działać na właściwym rynku, sprzedając jedynie produkt A.

Te same zasady mają zastosowanie do inwestycji w stronę internetową lub sklep internetowy, ponieważ część tych inwestycji nie byłaby istotna, gdyż trzeba by ich dokonać niezależnie od produktów sprzedawanych w ramach umowy agencyjnej. Dlatego też ogólne inwestycje w projekt strony internetowej nie musiałyby podlegać zwrotowi, o ile samą strukturę strony internetowej można by wykorzystać do sprzedaży produktów innych niż te należące do właściwego rynku produktowego (np. produktów C lub, bardziej ogólnie, produktów innych niż A i B). Istotne byłyby jednak inwestycje związane z działalnością polegającą na sprzedaży lub reklamie na stronie internetowej produktów na właściwym rynku produktowym (tj. zarówno produktów A, jak i B). Dlatego też, w zależności od poziomu inwestycji wymaganych do reklamowania i sprzedaży produktów A i B na stronie internetowej, dający zlecenie musiałby pokryć część kosztów założenia strony internetowej lub sklepu internetowego. Wszelkie konkretne inwestycje w reklamę lub sprzedaż wyłącznie produktu B nie musiałyby być uwzględnione, pod warunkiem że dystrybutor może działać na rynku właściwym, sprzedając wyłącznie produkt A.

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

- (39) Jeżeli umowa spełnia warunki pozwalające zakwalifikować ją jako umowę agencyjną do celów stosowania art. 101 ust. 1, funkcja agenta w zakresie prowadzenia sprzedaży lub dokonywania zakupów stanowi część działalności dającego zlecenie. Ponieważ dający zlecenie ponosi ryzyko handlowe i finansowe związane ze sprzedażą i zakupem objętych umową towarów lub usług, wszystkie obowiązki nałożone na agenta w związku z umowami zawartymi lub negocjowanymi w imieniu dającego zlecenie nie wchodzą w zakres stosowania art. 101 ust. 1. Wstąpienie przez agenta w obowiązki wymienione na końcu niniejszego punktu będzie uważane za stanowiące nieodłączną część umowy agencyjnej, ponieważ wiążą się one ze zdolnością dającego zlecenie do ustalenia zakresu działania agenta w związku z towarami lub usługami objętymi umową. Jest to niezbędne, jeżeli dający zlecenie ma wziąć na siebie ryzyko związane z umowami zawartymi lub negocjowanymi przez agenta w imieniu dającego zlecenie. W ten sposób dający zlecenie jest w stanie określić strategię handlową w odniesieniu do:

ograniczenia co do terytorium, na którym agent może sprzedawać te towary lub usługi,

ograniczenia co do grup klientów, którym agent może sprzedawać towary lub usługi objęte umową lub

en i warunków, na jakich agent może sprzedawać towary lub usługi objęte umową.

- (40) Natomiast jeżeli agent ponosi co najmniej jeden z rodzajów przedmiotowego ryzyka opisanych w pkt 28–31 niniejszych wytycznych, umowa pomiędzy agentem a dającym zlecenie nie stanowi umowy agencyjnej do celów zastosowania art. 101 ust. 1. W takiej sytuacji agent będzie traktowany jako niezależne przedsiębiorstwo, a umowa pomiędzy agentem a dającym zlecenie będzie podlegała przepisom art. 101 ust. 1, tak jak każde inne porozumienie wertykalne. Z tego względu w art. 1 ust. 1 lit. k) rozporządzenia VBER wyjaśniono, że przedsiębiorstwo, które zgodnie z porozumieniem wchodzącym w zakres stosowania art. 101 ust. 1 sprzedaje towary lub usługi w imieniu innego przedsiębiorstwa, jest nabywcą.
- (41) Nawet jeżeli agent nie ponosi żadnego lub ponosi jedynie nieznaczące ryzyko opisane w pkt 28–31 niniejszych wytycznych, pozostaje on przedsiębiorstwem odrębnym od dającego zlecenie, a zatem postanowienia dotyczące relacji między agentem

a dającym zlecenie mogą naruszać art. 101 ust. 1 niezależnie od tego, czy stanowią część porozumienia regulującego sprzedaż lub zakup produktów objętych porozumieniem, czy też odrębne porozumienie. Postanowienia takie mogą podlegać rozporządzeniu VBER, w szczególności jeżeli spełnione są warunki przewidziane w art. 5 tego rozporządzenia, lub, poza zakresem stosowania rozporządzenia VBER, mogą w poszczególnych przypadkach spełniać warunki określone w art. 101 ust. 3, jak opisano w sekcji 8.1.2 niniejszych wytycznych. Na przykład umowy agencyjne mogą zawierać postanowienie uniemożliwiające dającemu zlecenie wyznaczenie innych agentów w odniesieniu do danego rodzaju transakcji, klientów lub terytorium (postanowienia o wyłącznym przedstawicielstwie) lub postanowienie uniemożliwiające agentowi działanie w charakterze agenta lub dystrybutora przedsiębiorstw konkurujących z dającym zlecenie (postanowienia o jednomarkowości). Postanowienia o wyłącznym przedstawicielstwie zasadniczo nie będą prowadzić do skutków antykonkurencyjnych. Jednak postanowienia o jednomarkowości oraz postanowienia o zakazie konkutowania po zakończeniu współpracy, które dotyczą zewnętrznej konkurencji międzymarkowej, mogą naruszać art. 101 ust. 1, jeżeli przyczyniają się do powstania (skumulowanego) skutku w postaci zamknięcia dostępu do właściwego rynku, na którym towary lub usługi objęte porozumieniem są sprzedawane lub nabywane (zob. w szczególności sekcje 8.2.1 i 6.2.2 niniejszych wytycznych).

- (42) Umowa agencyjna może również wchodzić w zakres stosowania art. 101 ust. 1, nawet jeżeli dający zlecenie ponosi całe stosowne ryzyko finansowe i handlowe, gdy ułatwia ona znowę. Może tak być na przykład w przypadku gdy kilku dających zlecenia wykorzystuje tych samych agentów, zbiorowo uniemożliwiając innym korzystanie z ich usług, lub jeżeli wykorzystują oni agentów do uzgadniania strategii marketingowej lub do wymiany między dającymi zlecenie poufnych informacji rynkowych.
- (43) W przypadku niezależnego dystrybutora, który działa również jako agent w odniesieniu do niektórych towarów lub usług tego samego dostawcy, należy ściśle ocenić zgodność z wymogami określonymi w pkt 34–37 niniejszych wytycznych. Jest to konieczne, aby uniknąć nadużywania pojęcia agencji w przypadku scenariuszy, w których dostawca nie staje się w rzeczywistości aktywny na poziomie detalicznym, podejmując wszystkie związane z tym decyzje dotyczące dystrybucji i przyjmując na siebie całe związane z tym ryzyko zgodnie z zasadami określonymi w pkt 28–31, lecz ustala prosty sposób kontrolowania cen detalicznych dla tych produktów, które umożliwiają wysokie marże odsprzedaży. Ponieważ narzucenie cen odsprzedaży jest najpoważniejszym ograniczeniem konkurencji zgodnie z art. 4 rozporządzenia VBER, jak określono w sekcji 6.1.1 niniejszych wytycznych, pojęcie agencji nie powinno być nadużywane przez dostawców w celu obejścia stosowania art. 101 ust. 1 TFUE.

3.2.3. *Agencja i gospodarka platform internetowych*

- (44) Przedsiębiorstwa świadczące usługi pośrednictwa internetowego są zaliczane do kategorii dostawców w rozumieniu rozporządzenia VBER (zob. również pkt 60–64 niniejszych wytycznych), a zatem zasadniczo nie można uznawać ich za agentów do celów stosowania art. 101 ust. 1. Ponadto dostawcy usług pośrednictwa internetowego działają zazwyczaj jako niezależne podmioty gospodarcze, a nie w ramach przedsiębiorstw sprzedawców, na rzecz których świadczą usługi pośrednictwa internetowego. Silne efekty sieciowe i inne cechy gospodarki platform internetowych mogą przyczynić się do znacznego zachwiania równowagi pod

względem wielkości i siły przetargowej stron umowy i doprowadzić do sytuacji, w której warunki sprzedaży towarów lub usług objętych porozumieniem oraz strategię handlową określa dostawca usług pośrednictwa internetowego, a nie sprzedawcy towarów lub usług, które są przedmiotem pośrednictwa. Ponadto dostawcy usług pośrednictwa internetowego często obsługują równolegle bardzo dużą liczbę sprzedawców, co uniemożliwia im faktyczne stanie się częścią któregośkolwiek z przedsiębiorstw sprzedawców. Ponadto dostawcy usług pośrednictwa internetowego zazwyczaj dokonują znacznych inwestycji związanych z konkretnym rynkiem, na przykład w oprogramowanie, reklamę i usługi posprzedażne, co wskazuje, że przedsiębiorstwa te ponoszą znaczne ryzyko finansowe lub handlowe związane z umowami negocjowanymi w imieniu sprzedawców korzystających z ich usług pośrednictwa internetowego.

3.3. Umowy o podwykonawstwo

- (45) Umowy o podwykonawstwo, jak zdefiniowano je w obwieszczeniu Komisji z dnia 18 grudnia 1978 r. dotyczącym jej oceny niektórych porozumień podwykonawczych w odniesieniu do art. 85 ust. 1 Traktatu EWG (zwanym dalej „obwieszczeniem w sprawie oceny niektórych porozumień o podwykonawstwo”)²⁸ ogólnie nie wchodzą w zakres stosowania art. 101 ust. 1. Obwieszczenie w sprawie oceny niektórych porozumień o podwykonawstwo ma nadal zastosowanie i zawiera dalsze wytyczne dotyczące stosowania tej ogólnej zasady. W szczególności w obwieszczeniu tym stwierdza się, że jeżeli wykonawca nakłada ograniczenia na wykorzystanie technologii lub sprzętu, który dostarcza podwykonawcy, ta technologia lub sprzęt muszą być niezbędne, aby umożliwić podwykonawcy wytwarzanie danych produktów²⁹. Wyjaśniono w nim również zakres stosowania tej ogólnej zasady, w szczególności, że inne ograniczenia nałożone na podwykonawcę ogólnie mieszczą się w zakresie stosowania art. 101, takie jak zobowiązanie do nieprzeprowadzania lub niewykorzystywania własnych prac badawczo-rozwojowych lub do nieprowadzenia produkcji na rzecz osób trzecich³⁰.

4. ZAKRES STOSOWANIA VBER

4.1. „Bezpieczna przystań” ustanowiona na mocy rozporządzenia VBER

- (46) Wyłączenie grupowe określone w art. 2 ust. 1 rozporządzenia VBER stanowi „bezpieczną przystań” dla porozumień wertykalnych w rozumieniu tego rozporządzenia pod warunkiem, że udziały odpowiednio dostawcy i nabywcy w rynku lub rynkach właściwych nie przekraczają progów określonych w art. 3 rozporządzenia VBER (zob. sekcja 5.2. niniejszych wytycznych),³¹ a porozumienie

²⁸ Dz.U. C 1 z 3.1.1979, s. 2, gdzie określa się porozumienia podwykonawcze jako porozumienia, na podstawie których jedno przedsiębiorstwo, zwane „wykonawcą”, w zależności od tego czy w następstwie wcześniejszego zamówienia ze strony trzeciej czy też nie, powierza innej, zwanej „podwykonawcą”, wytwarzanie towarów, świadczenie usług lub świadczenie pracy na podstawie instrukcji wykonawcy, które zostaną dostarczone wykonawcy lub udzielone w jego imieniu.

²⁹ Zob. pkt 2 obwieszczenia w sprawie oceny niektórych porozumień o podwykonawstwo, który zawiera dalsze wyjaśnienia, w szczególności dotyczące korzystania z praw własności przemysłowej i wiedzy specjalistycznej.

³⁰ Zob. pkt 3 obwieszczenia w sprawie oceny niektórych porozumień o podwykonawstwo.

³¹ W przypadku progu udziału w rynku wynoszącego ponad 30 % nie można domniemywać, że porozumienie wertykalne wchodzi w zakres stosowania art. 101 ust. 1 lub nie spełnia warunków zawartych w art. 101 ust. 3.

nie zawiera najpoważniejszych ograniczeń konkurencji w rozumieniu art. 4 tego rozporządzenia (zob. sekcja 6.1. niniejszych wytycznych)³². Ta „bezpieczna przystań” ma zastosowanie tak długo, jak długo przywilej wyłączenia grupowego nie zostanie w danym przypadku wycofany przez Komisję lub organ ochrony konkurencji danego państwa członkowskiego (dalej „krajowy organ ochrony konkurencji”) na podstawie art. 29 rozporządzenia 1/2003 (zob. sekcja 7.1 niniejszych wytycznych).

- (47) W art. 2 ust. 1 rozporządzenia VBER ustanawia się również obszar „bezpiecznej przystani” w przypadku, gdy dostawca wykorzystuje to samo porozumienie (te same porozumienia) do dystrybucji kilku rodzajów towarów lub usług. W takim przypadku dystrybucji portfela rozporządzenie VBER stosuje się do porozumienia wertykalnego w takim zakresie i w odniesieniu do tych towarów lub usług, w których przypadku spełnione są warunki stosowania tego rozporządzenia. Art. 101 stosuje się natomiast do porozumień wertykalnych dotyczących tych towarów lub usług, których nie obejmuje rozporządzenie VBER. Oznacza to, że nie ma wyłączenia grupowego na podstawie art. 2 ust. 1 rozporządzenia VBER, ale również domniemania bezprawności takich porozumień.

4.2. Definicja porozumienia wertykalnego

- (48) Art. 101 ust. 1 dotyczy porozumień między przedsiębiorstwami, decyzji związków przedsiębiorstw i praktyk uzgodnionych. Nie rozróżnia się, czy przedsiębiorstwa te działają na tym samym, czy na różnych poziomach łańcucha produkcji lub dystrybucji. Art. 101 ust. 1 ma zatem zastosowanie zarówno do horyzontalnych porozumień i praktyk uzgodnionych, jak i do wertykalnych porozumień i praktyk uzgodnionych³³.
- (49) W rozporządzeniu Rady nr 19/65/EWG z dnia 2 marca 1965 r. w sprawie stosowania art. 85 ust. 3 Traktatu do pewnych kategorii porozumień i praktyk uzgodnionych³⁴, zmienionym rozporządzeniem Rady (WE) nr 1215/1999 z dnia 10 czerwca 1999 r.³⁵ (zwanym dalej „rozporządzeniem w sprawie upoważnienia”), upoważniono Komisję, zgodnie z art. 101 ust. 3, do wprowadzania w drodze rozporządzenia wyłączeń grupowych w odniesieniu do wertykalnych porozumień i praktyk uzgodnionych.
- (50) Zgodnie z art. 1 i 3 rozporządzenia w sprawie upoważnienia w art. 1 ust. 1 lit. a) rozporządzenia VBER definiuje się porozumienia wertykalne jako „porozumienie lub praktykę uzgodnioną dotyczące warunków zakupu, sprzedaży lub odsprzedaży niektórych towarów lub usług przez ich strony, zawierane lub stosowane przez dwa przedsiębiorstwa lub większą liczbę przedsiębiorstw, działających – w ramach takiego porozumienia lub praktyki uzgodnionej – na różnych poziomach sieci produkcji lub dystrybucji”³⁶. Definicja ta odzwierciedla co najmniej trzy główne wymogi, które kolejno omówiono poniżej.

³² W odniesieniu do wykluczonych ograniczeń i znaczenia art. 5 rozporządzenia VBER zob. sekcja 6.2. niniejszych wytycznych.

³³ Zob. wyrok w sprawie 56/65, *Technique Minière/Maschinenbau Ulm*, EU:C:1966:38, s. 240.

³⁴ Dz.U. 36 z 6.3.1965, s. 35.

³⁵ Dz.U. L 148 z 15.6.1999, s. 1.

³⁶ Podobnie jak w art. 1 ust. 1 lit. a) rozporządzenia VBER, w niniejszych wytycznych termin „porozumienie wertykalne” obejmuje wertykalne praktyki uzgodnione, o ile nie wskazano inaczej.

4.2.1. *Praktyki jednostronne nie wchodzą w zakres stosowania rozporządzenia VBER.*

- (51) Rozporządzenie VBER ma zastosowanie do wertykalnych porozumień oraz praktyk uzgodnionych. Nie ma zastosowania do jednostronnych praktyk przedsiębiorstw. Takie praktyki jednostronne mogą wchodzić w zakres stosowania art. 102 Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej (zwanego dalej „art. 102”), w którym zakazano nadużywania pozycji dominującej³⁷. Aby zaistniało porozumienie w rozumieniu art. 101, wystarczy, że strony wyraziły wspólną intencję zachowywania się na rynku w określony sposób (tzw. zgodna wola). Forma, w jakiej intencja ta zostaje wyrażona, jest nieistotna, pod warunkiem że wiernie wyraża intencje stron.
- (52) W przypadku braku wyraźnego porozumienia wyrażającego zgodną wolę stron, Komisja musi udowodnić do celów stosowania art. 101, że jednostronna polityka jednej strony uzyskuje zgodę drugiej strony. W przypadku porozumień wertykalnych istnieją dwa sposoby ustalenia zgody na określoną politykę jednostronną.
- a) Po pierwsze wyraźną zgodę można wywnioskować na podstawie uprawnień przyznanych stronom w zawartym wcześniej porozumieniu o charakterze ogólnym. Jeżeli postanowienia zawarte w takim porozumieniu przewidują, że strona przyjmie później konkretną jednostronną politykę, która będzie wiążąca dla drugiej strony, lub ją do tego upoważniają, na podstawie takiego rozwiązania można przyjąć zaistnienie zgody drugiej strony³⁸.
 - b) Po drugie, w przypadku milczącej zgody konieczne jest wykazanie najpierw, że jedna strona wymaga wyrażnie lub domyślnie współpracy od drugiej strony w celu wdrożenia swojej jednostronnej polityki, a następnie że druga strona poddaje się temu wymaganiu, wprowadzając tę jednostronną politykę w życie³⁹. 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 milczącą zgodę na jednostronną politykę dostawcy. Nie można jednak przyjąć takiego stwierdzenia, jeżeli dystrybutorzy w dalszym ciągu uczestniczą w handlu równoległym lub starają się znaleźć nowe sposoby uczestniczenia w handlu równoległym.
- (53) W świetle powyższego ogólne warunki sprzedaży, nawet jeżeli są narzucone przez jedną stronę i przyjęte przy milczącej zgodzie przez drugą stronę, stanowią porozumienie do celów stosowania art. 101 ust. 1 Traktatu⁴⁰.

4.2.2. *Przedsiębiorstwa działają na różnych poziomach łańcucha produkcji lub dystrybucji.*

- (54) Rozporządzenie VBER ma zastosowanie do porozumień lub praktyk uzgodnionych między dwoma lub większą liczbą przedsiębiorstw, niezależnie od ich modelu biznesowego. Ponieważ konsumenci końcowi nie działają jako przedsiębiorstwa, zakres stosowania rozporządzenia VBER nie obejmuje porozumień wertykalnych ani praktyk uzgodnionych z konsumentami.

³⁷ Natomiast w przypadku istnienia porozumienia wertykalnego w rozumieniu art. 101, rozporządzenie VBER i niniejsze wytyczne pozostają bez uszczerbku dla ewentualnego równoległego zastosowania art. 102 do tego porozumienia wertykalnego.

³⁸ Wyrok w sprawie C-74/04 P Komisja/Volkswagen AG, EU:C:2006:460.

³⁹ Wyrok w sprawie T-41/96 Bayer AG/Komisja EU:T:2000:242.

⁴⁰ Zob. decyzje Komisji w sprawie AT.40428 Guess, pkt 97 z uwzględnieniem utrwalonego orzecznictwa.

- (55) Ponadto, aby porozumienie wchodziło w zakres definicji z art. 1 ust. 1 lit. a) rozporządzenia VBER, musi być zawarte między przedsiębiorstwami działającymi, do celów porozumienia, na różnych poziomach łańcucha produkcji lub dystrybucji. Porozumienie wertykalne występuje na przykład wtedy, gdy jedno przedsiębiorstwo produkuje surowiec lub świadczy usługę i sprzedaje je innemu przedsiębiorstwu, które wykorzystuje je jako nakład w swojej produkcji. Podobnie porozumienie wertykalne występuje na przykład wtedy, gdy producent sprzedaje produkt hurtownikowi, który odsprzedaży go detaliście.
- (56) Ponieważ definicja zawarta w art. 1 ust. 1 lit. a) rozporządzenia VBER odnosi się do celu konkretnego porozumienia, fakt, że jedno przedsiębiorstwo będące stroną porozumienia prowadzi działalność na więcej niż jednym poziomie łańcucha dostaw lub dystrybucji, nie wyklucza stosowania tego rozporządzenia. W przypadku porozumień między konkurującymi przedsiębiorstwami należy jednak uwzględnić art. 2 ust. 4 rozporządzenia VBER. Wytyczne dotyczące art. 2 ust. 4 rozporządzenia VBER znajdują się w sekcji 4.4.3. niniejszych wytycznych.

4.2.3. *Porozumienia dotyczą nabycia, sprzedaży lub odsprzedaży towarów lub usług.*

- (57) Art. 1 ust. 1 lit. a) rozporządzenia VBER stanowi, że aby porozumienia wertykalne wchodziły w zakres stosowania tego rozporządzenia, muszą dotyczyć warunków, na jakich dostawca i nabywca mogą dokonać „zakupu, sprzedaży lub odsprzedaży niektórych towarów lub usług”. Zgodnie z ogólnym celem rozporządzenia w sprawie wyłączeń grupowych, jakim jest zapewnienie pewności prawa, art. 1 ust. 1 lit. a) rozporządzenia VBER należy interpretować szeroko, jako mający zastosowanie do wszystkich porozumień wertykalnych, niezależnie od tego, czy dotyczą one towarów lub usług pośrednich, czy końcowych. Zarówno towary lub usługi dostarczone, jak i – w przypadku towarów lub usług pośrednich – pochodzące z nich towary lub usługi końcowe, uważa się za towary lub usługi objęte porozumieniem do celów stosowania VBER w odniesieniu do odpowiednich porozumień.
- (58) Porozumienia wertykalne w gospodarce platform internetowych, w tym porozumienia zawierane z dostawcami usług pośrednictwa internetowego, o których mowa w art. 1 ust. 1 lit. d) rozporządzenia VBER, objęte są art. 1 ust. 1 lit. a) tego rozporządzenia. Do celów stosowania rozporządzenia VBER do porozumienia, na podstawie którego świadczone są usługi pośrednictwa internetowego, oraz porozumienia, na podstawie którego dostarczane są pośrednie towary lub usługi, zarówno świadczenie usług pośrednictwa internetowego, jak i towary lub usługi będące przedmiotem umożliwianych w jego ramach transakcji, uważa się za towary lub usługi objęte porozumieniem.
- (59) Rozporządzenie VBER nie obejmuje ograniczeń wertykalnych, które nie odnoszą się do warunków zakupu, sprzedaży i odsprzedaży niektórych towarów lub usług objętych porozumieniem. Porozumienia te należy oceniać indywidualnie, mianowicie czy w indywidualnym przypadku są one objęte zakresem stosowania art. 101 ust. 1, a jeśli tak, to czy spełnione są warunki określone w art. 101 ust. 3. Rozporządzenia VBER nie stosuje się na przykład do zobowiązania uniemożliwiającego stronom prowadzenie niezależnych działań badawczo-rozwojowych, które strony mogą włączyć do swojego porozumienia wertykalnego. Inny przykład dotyczy umów najmu i dzierżawy. Chociaż rozporządzenie VBER stosuje się do towarów sprzedawanych i nabywanych w celu wynajmu osobom trzecim, nie obejmuje ono umów najmu i dzierżawy jako takich, ponieważ żaden towar ani usługa nie są nabywcy sprzedawane przez dostawcę.

4.3. Porozumienia wertykalne w gospodarce platform internetowych

- (60) Gospodarka platform internetowych odgrywa coraz ważniejszą rolę w dystrybucji towarów i usług. Przedsiębiorstwa działające w gospodarce platform internetowych umożliwiają nowe sposoby prowadzenia działalności gospodarczej, z których niektóre nie dają się łatwo sklasyfikować przy użyciu pojęć tradycyjnie kojarzonych z relacjami wertykalnymi między dostawcami i dystrybutorami w środowisku stacjonarnym.
- (61) W rozporządzeniu VBER kategoryzuje się przedsiębiorstwa działające w łańcuchu dostaw i dystrybucji jako dostawców lub nabywców. W zależności od tego, czy przedsiębiorstwo należy do jednej, czy do drugiej kategorii, zakres stosowania tego rozporządzenia może być różny, zwłaszcza w następujących dziedzinach:
- a) wyłączenie porozumień wertykalnych o charakterze niewzajemnym między konkurentami na podstawie art. 2 ust. 4 rozporządzenia VBER (zob. sekcja 4.4 niniejszych wytycznych);
 - b) obliczanie udziałów w rynku w celu zastosowania progów określonych w art. 3 ust. 1 rozporządzenia VBER (zob. sekcja 5 niniejszych wytycznych);
 - c) uchylenie przywileju ustanowionego rozporządzeniem VBER na podstawie art. 4 tego rozporządzenia (zob. sekcja 6.1 niniejszych wytycznych) oraz
 - d) wyłączenie pewnych ograniczeń z „bezpiecznej przystani”, jaką zapewnia rozporządzenie VBER, na podstawie art. 5 tego rozporządzenia (zob. sekcja 6.2 niniejszych wytycznych).
- (62) Rozporządzenie VBER zawiera definicje pojęć dostawcy, mianowicie w art. 1 ust. 1 lit. d), oraz nabywcy, mianowicie w art. 1 ust. 1 lit. j) tego rozporządzenia. Aby pogodzić trudności związane z wyczerpującym zdefiniowaniem tych pojęć z celem rozporządzenia VBER, jakim jest zapewnienie jak największej pewności prawa, przepisy te ograniczają się do wyjaśnienia, że niektóre rodzaje przedsiębiorstw należą do jednej lub drugiej kategorii.
- (63) Art. 1 ust. 1 lit. d) rozporządzenia VBER stanowi, że przedsiębiorstwo świadczące usługi pośrednictwa internetowego kwalifikuje się jako dostawca w rozumieniu tego rozporządzenia. Oznacza to, że zgodnie z rozróżnieniem między dostawcami a nabywcami, które przewidziano w rozporządzeniu VBER, przedsiębiorstwo to nie może być jednocześnie uznawane za nabywcę w rozumieniu art. 1 ust. 1 lit. j) tego rozporządzenia w odniesieniu do transakcji, w której pośredniczy. Ponadto w art. 1 ust. 1 lit. d) rozporządzenia VBER wyjaśniono, że dostawca usług pośrednictwa internetowego jest dostawcą w rozumieniu tego rozporządzenia także wtedy, gdy jest stroną transakcji, w której pośredniczy. Oznacza to, że w przypadku gdy przedsiębiorstwo świadczy usługi pośrednictwa internetowego, a zatem mieści się w zakresie definicji zawartej w art. 1 ust. 1 lit. d) rozporządzenia VBER, nie może ono obejść swojej kwalifikacji jako dostawcy w odniesieniu do świadczonych usług pośrednictwa internetowego, na przykład stając się stroną transakcji, w której pośredniczy, lub określając w umowie, że jest nabywcą towarów lub usług dostarczanych na podstawie takiej transakcji.
- (64) Definicję dostawcy usług pośrednictwa internetowego w art. 1 ust. 1 lit. d) rozporządzenia VBER oparto na definicjach zawartych w rozporządzeniu Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2019/1150 z dnia 20 czerwca 2019 r. w sprawie propagowania sprawiedliwości i przejrzystości dla użytkowników biznesowych korzystających z usług pośrednictwa internetowego, (dalej „rozporządzenie

dotyczące użytkowników biznesowych korzystających z usług pośrednictwa internetowego”)⁴¹. Opiera się ona na założeniu, że przedsiębiorstwo świadczące usługi pośrednictwa internetowego świadczy takie usługi w celu pośredniczenia w bezpośrednich transakcjach między sprzedawcami i nabywcami lub między sprzedawcami i konsumentami korzystającymi z jego usług pośrednictwa internetowego. Art. 1 ust. 1 lit. d) rozporządzenia VBER opiera się na założeniu, że dostawca usług pośrednictwa internetowego zasadniczo zapewnia infrastrukturę, która umożliwia przedsiębiorstwom organizowanie spotkań i zawieranie transakcji z innymi przedsiębiorstwami lub konsumentami za pośrednictwem internetu, bez ponoszenia prawnej lub faktycznej odpowiedzialności za ich transakcje.

4.4. Ograniczenia w stosowaniu rozporządzenia VBER

4.4.1. Stowarzyszenia detalistów

- (65) W art. 2 ust. 2 rozporządzenia VBER włącza się w zakres jego zastosowania porozumienia wertykalne zawarte przez związek przedsiębiorstw, który spełnia pewne warunki, tym samym wykluczając z „bezpiecznej przystani” porozumienia wertykalne zawarte przez wszystkie inne związki. Oznacza to, że porozumienia wertykalne zawarte między związkiem i jego poszczególnymi członkami lub między związkiem i jego dostawcami są objęte zakresem stosowania rozporządzenia VBER tylko wówczas, gdy wszyscy jego członkowie są detalistami sprzedającymi towary (a nie usługi) konsumentom końcowym i jeżeli roczny obrót każdego z nich indywidualnie nie przekracza 50 mln EUR⁴². Jeżeli jednak tylko ograniczona liczba członków związku ma roczne obroty przekraczające 50 mln EUR oraz jeżeli łączne obroty tych członków stanowią mniej niż 15 % łącznych obrotów wszystkich członków, nie wpłynie to zazwyczaj na ocenę na mocy art. 101.
- (66) Związek przedsiębiorstw może uczestniczyć zarówno w porozumieniach horyzontalnych, jak i wertykalnych. Porozumienia horyzontalne muszą być oceniane zgodnie z zasadami zawartymi w Wytycznych w sprawie stosowania art. 101 Traktatu do horyzontalnych porozumień kooperacyjnych (zwanym dalej „wytycznymi horyzontalnymi”)⁴³. Jeżeli ta ocena doprowadzi do wniosku, że współpraca między przedsiębiorstwami w dziedzinie zakupu lub sprzedaży jest możliwa do zaakceptowania, ponieważ spełnia konkretne warunki określone w tych wytycznych w odniesieniu do porozumień dotyczących zakupu lub komercjalizacji, konieczna będzie dalsza ocena dla zbadania porozumień wertykalnych zawartych przez związek z jego poszczególnymi dostawcami lub poszczególnymi członkami zgodnie z przepisami rozporządzenia VBER, w szczególności z warunkami określonymi w art. 3–5, a także w niniejszych wytycznych. Na przykład porozumienia horyzontalne zawarte między członkami związku lub decyzje przyjęte przez związek, takie jak decyzja, aby wymagać od członków dokonywania zakupów od związku lub decyzja w sprawie przydzielenia członkom wyłączności terytoriów, muszą być najpierw ocenione jako porozumienie horyzontalne. Tylko jeżeli ta ocena prowadzi do wniosku, że porozumienie horyzontalne nie ma charakteru antykonkurencyjnego, konieczne jest dokonanie oceny porozumień wertykalnych

⁴¹ Dz.U. L 186 z 11.7.2019, s. 57.

⁴² Pułap rocznego obrotu wynoszący 50 mln EUR oparto na pułapie obrotu dla MŚP określonym w art. 2 załącznika do zalecenia Komisji z dnia 6 maja 2003 r. w sprawie definicji mikroprzedsiębiorstw, małych i średnich przedsiębiorstw (Dz.U. L 124 z 20.5.2003, s. 39).

⁴³ Dz.U. C 11 z 14.1.2011, s. 1; zmienione sprostowaniami Dz.U. C 33 z 2.2.2011, s. 20. Wkrótce przeprowadzony zostanie przegląd tych wytycznych.

między związkiem i jego poszczególnymi członkami lub związkiem i poszczególnymi dostawcami.

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

- (67) Art. 2 ust. 3 rozporządzenia VBER stanowi, że porozumienia wertykalne zawierające pewne postanowienia dotyczące przeniesienia lub wykorzystania PWI mogą wchodzić w zakres stosowania tego rozporządzenia. Art. 2 ust. 3 rozporządzenia VBER wyłącza natomiast z zakresu stosowania tego rozporządzenia wszystkie inne porozumienia wertykalne zawierające postanowienia dotyczące PWI.
- (68) Rozporządzenie VBER 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 odsprzedać pewne towary lub usługi;
 - b) PWI muszą być przeniesione na nabywcę lub musi on otrzymać prawo do korzystania z nich na podstawie licencji;
 - c) postanowienia dotyczące PWI nie mogą stanowić podstawowego przedmiotu porozumienia;
 - d) postanowienia dotyczące PWI muszą być bezpośrednio związane z używaniem, sprzedażą lub odsprzedażą towarów lub usług przez nabywcę lub jego klientów. W przypadku franczyzy, gdy marketing stanowi cel wykorzystywania PWI, towary lub usługi są dystrybuowane przez głównego franczyzobiorcę lub franczyzobiorców; oraz
 - e) postanowienia dotyczące PWI – w odniesieniu do towarów lub usług objętych porozumieniem – nie mogą zawierać ograniczeń konkurencji mających ten sam cel co ograniczenia wertykalne, które nie są wyłączone na podstawie rozporządzenia VBER.
- (69) Warunki te zapewniają zastosowanie rozporządzenia VBER do porozumień wertykalnych, jeżeli używanie, sprzedaż lub odsprzedaż towarów lub usług mogą być realizowane skuteczniej, ponieważ PWI zostały przeniesione na nabywcę lub przekazane nabywcy do korzystania na podstawie licencji. Oznacza to, że ograniczenia dotyczące przeniesienia PWI lub korzystania z nich mogą być objęte rozporządzeniem VBER, jeżeli głównym celem porozumienia jest zakup lub dystrybucja towarów lub usług.
- (70) Pierwszy warunek oznacza, że kontekst dostarczania PWI to porozumienie w celu zakupu lub dystrybucji towarów lub porozumienie w celu zakupu lub świadczenia usług, a nie porozumienie dotyczące przeniesienia lub upoważnienia do korzystania z PWI na podstawie licencji przy produkcji towarów, ani też czysta umowa licencyjna. Rozporządzenie VBER nie obejmuje na przykład:
- a) porozumień, na mocy których jedna strona dostarcza drugiej stronie przepis i udziela drugiej stronie licencji na produkcję napojów według tego przepisu;
 - b) porozumień, na mocy których jedna strona dostarcza drugiej stronie model lub wzorcową kopię i udziela drugiej stronie licencji na produkcję i dystrybucję kopii;

- c) czystych licencji na korzystanie ze znaku towarowego lub oznaczenia do celów merchandisingu;
 - d) umów sponsorskich dotyczących prawa do reklamowania się jako oficjalnego sponsora danej imprezy;
 - e) licencji na korzystanie z praw autorskich, takich jak umowy o nadawanie dotyczące prawa do nagrywania lub transmitowania danej imprezy.
- (71) Zgodnie z drugim warunkiem rozporządzenie VBER nie ma zastosowania, jeżeli PWI są dostarczone przez nabywcę dostawcy, niezależnie od tego, czy PWI dotyczą sposobu wytwarzania czy dystrybucji. Porozumienie dotyczące przeniesienia PWI na dostawcę i zawierające ewentualne ograniczenia sprzedaży dokonane przez dostawcę nie jest objęte rozporządzeniem VBER. Oznacza to w szczególności, iż zlecenie podwykonawstwa wiążące się z przekazaniem know-how podwykonawcy nie wchodzi w zakres zastosowania rozporządzenia VBER (zob. także sekcja 3.3 niniejszych wytycznych). Jednak porozumienia wertykalne, na mocy których nabywca dostarcza dostawcy jedynie specyfikacje opisujące towary lub usługi, jakie mają być dostarczone, wchodzi w zakres zastosowania rozporządzenia VBER.
- (72) Zgodnie z trzecim warunkiem, aby porozumienie mogło być objęte rozporządzeniem VBER, jego podstawowym przedmiotem nie może być przeniesienie PWI lub upoważnienie do korzystania z nich na podstawie licencji. Podstawowym przedmiotem musi być zakup, sprzedaż lub odsprzedaż towarów lub usług, a postanowienia dotyczące PWI muszą służyć realizacji porozumienia wertykalnego.
- (73) Czwarty warunek wymaga, aby postanowienia dotyczące PWI ułatwiały używanie, 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 dostawcy będącego stroną trzecią. Postanowienia dotyczące PWI będą zwykle dotyczyć wprowadzania towarów lub usług do obrotu. Przykładem może być umowa franczyzy, gdy francyzodawca sprzedaje francyzobiorcy towary do odsprzedaży i udziela francyzobiorcy licencji na używanie jego znaku towarowego i know-how do wprowadzania towarów do obrotu lub gdy dostawca skoncentrowanego ekstraktu udziela nabywcy licencji na rozcieńczanie i butelkowanie ekstraktu przed sprzedaniem go jako napoju.
- (74) Piąty warunek podkreśla fakt, że postanowienia dotyczące PWI nie powinny mieć takiego samego celu jak najpoważniejsze ograniczenia konkurencji wymienione w art. 4 rozporządzenia VBER lub jakiegokolwiek ograniczenia wyłączone z zakresu stosowania rozporządzenia VBER na podstawie art. 5 tego rozporządzenia (zob. sekcja 6 niniejszych wytycznych).
- (75) PWI mające znaczenie dla realizacji porozumień wertykalnych w rozumieniu art. 2 ust. 3 rozporządzenia VBER generalnie dotyczą trzech głównych obszarów: znaków towarowych, prawa autorskiego i know-how.

4.4.2.1. Znaki towarowe

- (76) 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.

4.4.2.2. Prawo autorskie

- (77) Odsprzedażca towarów lub usług objętych prawem autorskim (np. książek i oprogramowania) może być zobowiązany przez posiadacza praw autorskich do odsprzedaży jedynie pod warunkiem, że nabywca – niezależnie od tego, czy jest to inny odsprzedażca, czy użytkownik końcowy – nie będzie naruszał praw autorskich. Takie obowiązki spoczywające na odsprzedażcy – w stopniu, w jakim w ogóle wchodzi w zakres stosowania art. 101 ust. 1 – są objęte rozporządzeniem VBER.
- (78) Porozumienia, na mocy których kopie trwałe oprogramowania są dostarczane do odsprzedaży, a odsprzedażca nie nabywa żadnych praw do oprogramowania, lecz jedynie ma prawo do odsprzedaży kopii trwałych, dla celów rozporządzenia VBER uznawane są za umowy o dostawę towarów do odsprzedaży. W ramach tej formy dystrybucji udzielanie licencji na oprogramowanie ma miejsce jedynie między posiadaczem praw autorskich i użytkownikiem oprogramowania. Może to mieć formę licencji typu „shrink wrap”, tj. zestawu warunków dołączonych do opakowania trwałej kopii, które uznaje się za zaakceptowane przez użytkownika końcowego z chwilą otwarcia opakowania.
- (79) Nabywcy sprzętu komputerowego, zawierającego oprogramowanie chronione prawem autorskim, mogą być zobowiązani przez posiadacza praw autorskich do ich nienaruszania i w związku z tym nie wolno im sporządzać kopii i odsprzedażać oprogramowania ani sporządzać kopii i używać oprogramowania w połączeniu z innym sprzętem. Takie ograniczenia użytkowania – w stopniu, w jakim w ogóle wchodzi w zakres stosowania art. 101 ust. 1 – są objęte rozporządzeniem VBER.

4.4.2.3. Know-how

- (80) Umowy franczyzy, z wyjątkiem umów franczyzy przemysłowej, są najoczywistszym przykładem przekazywania nabywcy know-how w celach marketingowych⁴⁴. Umowy franczyzy zawierają licencje na PWI związane ze znakami towarowymi lub oznaczeniami oraz know-how w zakresie wykorzystania i dystrybucji towarów lub świadczenia usług. Oprócz udzielenia licencji na PWI, francyzodawca zwykle zapewnia francyzobiorcy w czasie trwania umowy pomoc handlową lub techniczną, taką jak usługi zaopatrzeniowe, szkolenia, doradztwo odnośnie do nieruchomości i planowanie finansowe. Licencja i udzielana pomoc są nieodłącznymi składnikami sposobu prowadzenia działalności objętego franczyzą.
- (81) Udzielanie licencji zawartych w umowach franczyzy objęte jest zakresem stosowania rozporządzenia VBER, jeżeli spełniono wszystkie pięć warunków wymienionych w pkt 70 wytycznych. Warunki te są zazwyczaj spełnione, ponieważ na mocy większości umów franczyzy, w tym umów subfranczyzy, francyzodawca dostarcza francyzobiorcy towary lub usługi, w szczególności usługi z zakresu pomocy handlowej lub technicznej. PWI pomagają francyzobiorcy w odsprzedaży produktów dostarczonych przez francyzodawcę lub przez dostawcę wyznaczonego przez francyzodawcę, albo w wykorzystaniu tych produktów i sprzedaży wynikających stąd towarów lub usług. Jeżeli umowa franczyzy dotyczy jedynie lub przede wszystkim upoważnienia do korzystania z PWI na podstawie licencji, umowa taka nie jest objęta rozporządzeniem VBER, ale Komisja będzie z reguły stosowała do niej zasady określone w rozporządzeniu VBER oraz w niniejszych wytycznych.

⁴⁴ Punkty 43–45 mają zastosowanie przez analogię do innych rodzajów umów dystrybucji, które są związane z przekazaniem nabywcy przez dostawcę istotnego know-how.

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

4.4.3. *Porozumienia wertykalne między konkurentami*

- (83) Podczas gdy zgodnie z art. 2 ust. 8 rozporządzenia VBER, na temat którego instrukcje znajdują się w sekcji 4.5 niniejszych wytycznych, rozporządzenie to nie ma zastosowania do porozumień wertykalnych, jeżeli ich przedmiot wchodzi w zakres stosowania jakiegokolwiek innego rozporządzenia w sprawie wyłączeń grupowych, chyba że takie rozporządzenie stanowi inaczej, w art. 2 ust. 4 zdanie pierwsze rozporządzenia VBER również wyraźnie wyłączono z zakresu stosowania tego rozporządzenia porozumienia wertykalne zawarte między konkurującymi przedsiębiorstwami, chyba że takie porozumienia wertykalne wchodzi w zakres wyjątków określonych w art. 2 ust. 4 lit. a) i art. 2 ust. 4 lit. b) rozporządzenia VBER. Porozumienia wertykalne między konkurentami, które wyłączono z zakresu stosowania rozporządzenia VBER, trzeba zatem oceniać poprzez odniesienie do wytycznych horyzontalnych, w tym wskazówek dotyczących wymiany informacji w kontekście porozumień wertykalnych między konkurującymi przedsiębiorstwami. Jeżeli porozumienie wertykalne wchodzi w zakres wyjątku określonego w art. 2 ust. 4 lit. a) lub b) rozporządzenia VBER i nie zawiera horyzontalnego ograniczenia konkurencji ze względu na cel, porozumienie takie należy oceniać jedynie poprzez odniesienie do niniejszych wytycznych.
- (84) W art. 1 ust. 1 lit. c) rozporządzenia VBER zdefiniowano przedsiębiorstwa konkurujące jako rzeczywistych lub potencjalnych konkurentów. Jeżeli dwa przedsiębiorstwa prowadzą działalność na tym samym rynku właściwym (produkcyjnym i geograficznym), traktuje się je jako rzeczywistych konkurentów. Dane przedsiębiorstwo traktuje się jako potencjalnego konkurenta innego

przedsiębiorstwa, jeżeli w przypadku braku porozumienia istnieje prawdopodobieństwo, że to pierwsze, w odpowiedzi na niewielki, lecz trwały wzrost cen względnych zdecydowałoby się przeprowadzić w krótkim czasie, zwykle nie dłuższym niż jeden rok, konieczne dodatkowe inwestycje lub ponieść inne niezbędne koszty dostosowawcze, aby wejść na rynek właściwy, na którym działa to drugie przedsiębiorstwo. Ocena ta musi się opierać na realistycznych podstawach, z uwzględnieniem struktury rynku oraz kontekstu gospodarczego i prawnego, w którym to przedsiębiorstwo funkcjonuje. Oznacza to, że nie wystarczy czysto teoretyczna możliwość wejścia na dany rynek. Muszą istnieć realne i konkretne możliwości wejścia tego przedsiębiorstwa na rynek bez niedających się pokonać barier wejścia. Nie jest natomiast konieczne wykazanie z całą pewnością, że przedsiębiorstwo to rzeczywiście wejdzie na dany rynek, a tym bardziej że będzie w stanie utrzymać na nim pozycję w późniejszym okresie⁴⁵.

- (85) Dystrybutor dostarczający producentowi specyfikacje w celu wyprodukowania przez niego konkretnych towarów pod marką dystrybutora nie będzie uważany za producenta tego rodzaju towarów sprzedawanych pod własną marką, w związku z czym nie będzie konkurentem producenta. W związku z powyższym wyłączenie określone w art. 2 ust. 1 rozporządzenia VBER stosuje się do porozumień między dystrybutorem sprzedającym takie towary pod własną marką wytworzone przez stronę trzecią a dostawcą towarów markowych na tym samym rynku właściwym. Z kolei dystrybutorów, którzy produkują towary we własnym zakresie pod swoją marką, uznaje się za producentów. Oznacza to, że wyłączenia określonego w art. 2 ust. 1 rozporządzenia VBER nie stosuje się do porozumień między tymi dystrybutorami a dostawcami towarów markowych na tym samym rynku właściwym. Takie porozumienia trzeba zatem oceniać na podstawie wytycznych horyzontalnych.
- (86) Art. 2 ust. 4 zdanie drugie rozporządzenia VBER zawiera dwa wyjątki od ogólnej zasady, zgodnie z którą porozumienia wertykalne między konkurentami nie są objęte „bezpieczną przystanią” przewidzianą w rozporządzeniu VBER. Oba wyjątki, a mianowicie art. 2 ust. 4 lit. a) i b) rozporządzenia VBER, dotyczą porozumień o podwójnej dystrybucji między dostawcą towarów lub usług działającym również na rynku detalicznym a jego dystrybutorami. Są to zazwyczaj scenariusze, w których dostawca działa głównie na rynku wyższego szczebla i prowadzi ograniczoną działalność pomocniczą na rynku detalicznym. W przypadkach, w których łączny udział dostawcy i nabywcy w rynku właściwym na poziomie detalicznym nie przekracza [10]%, problemy horyzontalne są mało prawdopodobne, a jakikolwiek potencjalny wpływ na konkurencję horyzontalną między stronami na poziomie detalicznym jest uważany za mniej istotny niż potencjalny wpływ porozumienia wertykalnego stron na ogólną konkurencję na poziomie dostaw lub dystrybucji.

⁴⁵ Zob. obwieszczenie Komisji w sprawie definicji rynku właściwego do celów wspólnotowego prawa konkurencji („obwieszczenie Komisji w sprawie definicji rynku właściwego”), Dz.U. C 372 z 9.12.1997, s. 5, pkt 20–24. Wkrótce przeprowadzony zostanie przegląd obwieszczenia Komisji w sprawie definicji rynku właściwego. Zob. również trzynaste sprawozdanie Komisji dotyczące polityki konkurencji, pkt 55, oraz wyrok Trybunału w sprawie Generics (UK) Ltd i in./Competition and Markets Authority, sprawa C-307/18, ECLI:EU:C:2020:52, pkt 36–45; wyrok Trybunału, H. Lundbeck A/S i Lundbeck/Komisja Europejska, ECLI:EU:C:2021:243, pkt 54–57.

(87) Dlatego też porozumienie wertykalne między konkurentami objęte art. 2 ust. 4 lit. a) i b) rozporządzenia VBER podlega wyłączeniu grupowemu na podstawie art. 2 ust. 1 tego rozporządzenia, jeżeli spełnione są następujące warunki:

- a) przedmiot porozumienia nie wchodzi w zakres stosowania innego rozporządzenia w sprawie wyłączeń grupowych, jak określono w art. 2 ust. 8 rozporządzenia VBER;
- b) łączny udział dostawcy i nabywcy w rynku właściwym na poziomie detalicznym nie przekracza [10] %, a zatem nie stanowi znaczącego ograniczenia konkurencji w rozumieniu art. 101 ust. 1⁴⁶, a porozumienie nie zawiera najpoważniejszych ograniczeń konkurencji w rozumieniu art. 4 rozporządzenia VBER;
- c) spełnione są warunki określone w art. 2 ust. 4 lit. a) lub b) rozporządzenia VBER oraz
- d) porozumienie nie zawiera horyzontalnych ograniczeń konkurencji ze względu na cel, jak określono w art. 2 ust. 6 rozporządzenia VBER.

Wyłączenie to odnosi się do wszystkich aspektów porozumienia wertykalnego o charakterze niewzajemnym i wszelkich ograniczeń horyzontalnych ze względu na skutek, włącznie z tymi, które wynikają z wymiany informacji między konkurującymi przedsiębiorstwami. Horyzontalne ograniczenia konkurencji ze względu na cel nie są objęte wyjątkami określonymi w art. 2 ust. 4 lit. a) lub b)⁴⁷. To, czy porozumienie można uznać za porozumienie o podwójnej dystrybucji do celów stosowania art. 2 ust. 4 lit. a) lub b) rozporządzenia VBER, należy interpretować zawiązując ze względu na wyjątkowy charakter tego przepisu.

(88) Wyjątek przewidziany w art. 2 ust. 4 lit. a) rozporządzenia VBER dotyczy sytuacji, w których dostawca jest producentem, hurtownikiem lub importerem, a ponadto również dystrybutorem towarów, natomiast nabywca jest jedynie dystrybutorem, który nie konkuruje z producentem na wyższym szczeblu.

(89) Wyjątek przewidziany w art. 2 ust. 4 lit. b) rozporządzenia VBER dotyczy sytuacji, w których dostawca świadczy usługi, działając na kilku poziomach obrotu handlowego, natomiast nabywca prowadzi działalność wyłącznie na poziomie detalicznym i nie konkuruje z dostawcą na poziomie obrotu handlowego, na którym nabywa usługi objęte porozumieniem.

(90) Art. 2 ust. 5 rozporządzenia VBER stanowi, że porozumienie wertykalne między konkurującymi przedsiębiorstwami, których łączny udział w rynku na poziomie detalicznym jest wyższy niż [10] % wciąż podlega wyłączeniu grupowemu na podstawie art. 2 ust. 1 tego rozporządzenia, jeżeli spełnione są następujące warunki:

- a) przedmiot porozumienia nie wchodzi w zakres stosowania innego rozporządzenia w sprawie wyłączeń grupowych, jak określono w art. 2 ust. 8 rozporządzenia VBER;
- b) przestrzegany jest próg udziału w rynku w rozumieniu art. 3 rozporządzenia VBER, a porozumienie nie zawiera najpoważniejszych ograniczeń konkurencji w rozumieniu art. 4 tego rozporządzenia;

⁴⁶ Zawiadomienie *de minimis*, pkt 8.

⁴⁷ Zob. wyrok Trybunału, *Expedia Inc./Autorité de la concurrence i in.*, ECLI:EU:C:2012:795, pkt 37.

- c) spełnione są warunki określone w art. 2 ust. 4 lit. a) lub b) rozporządzenia VBER;
 - d) wszelka wymiana informacji między stronami jest zgodna z odpowiednim rozdziałem wytycznych horyzontalnych dotyczącym oceny wymiany informacji pod kątem konkurencji oraz
 - e) porozumienie nie zawiera horyzontalnych ograniczeń konkurencji ze względu na cel, jak określono w art. 2 ust. 6 rozporządzenia VBER.
- (91) Art. 2 ust. 7 rozporządzenia VBER stanowi, że dostawcy usług pośrednictwa internetowego w rozumieniu art. 1 ust. 1 lit. d) tego rozporządzenia, którzy działają w podwójnej roli, a mianowicie jeżeli świadczą usługi pośrednictwa internetowego i sprzedają towary lub usługi, które są konkurencyjne w stosunku do towarów lub usług oferowanych przez przedsiębiorstwa, na których rzecz świadczą takie usługi, nie mogą korzystać z wyjątków w odniesieniu do podwójnej dystrybucji. Ponieważ działalność detaliczna dostawców usług pośrednictwa internetowego, którzy pełnią taką podwójną rolę, budzi zazwyczaj istotne obawy w kwestiach horyzontalnych, nie spełnia ona przesłanek wyjątku dotyczącego podwójnej dystrybucji, który w każdym przypadku należy interpretować zawężająco. Z tego samego powodu wszelkie ograniczenia dotyczące zakresu lub warunków świadczenia usług pośrednictwa internetowego na rzecz osób trzecich nie są objęte zakresem stosowania rozporządzenia VBER. Dotyczy to nie tylko ograniczeń przewidzianych w umowie z nabywcą usług pośrednictwa internetowego, ale również umów dotyczących zakupu towarów lub usług sprzedawanych przez dostawcę usług pośrednictwa internetowego, który pełni podwójną rolę.
- (92) Porozumienia wertykalne z dostawcami usług pośrednictwa internetowego pełniącymi podwójną rolę muszą być oceniane indywidualnie dla każdego przypadku, w szczególności poprzez odniesienie zarówno do niniejszych wytycznych (zob. sekcja 8 niniejszych wytycznych), jak i do wytycznych horyzontalnych. Ocena ta musi obejmować wszystkie aspekty stosunków między dostawcami usług pośrednictwa internetowego, którzy pełnią podwójną rolę, a przedsiębiorstwami, na których rzecz świadczą oni usługi pośrednictwa internetowego, w tym na przykład wszelką wymianę informacji między nimi.

4.5. Związki z innymi rozporządzeniami w sprawie wyłączeń grupowych

- (93) Jak wyjaśniono w sekcjach 4.1 i 4.2 niniejszych wytycznych, rozporządzenie VBER ma zastosowanie do porozumień między przedsiębiorstwami działającymi na różnych poziomach łańcucha produkcji lub dystrybucji, i odnoszących się do warunków, na jakich strony mogą kupować, sprzedawać i odsprzedawać niektóre towary lub usługi. Takie porozumienia wertykalne podlegają ocenie wyłącznie na podstawie rozporządzenia VBER oraz niniejszych wytycznych, niezależnie od wyniku takiej oceny. Będą one korzystały z „bezpiecznej przystani” ustanowionej rozporządzeniem VBER, jeżeli nie zostaną przekroczone progi udziału w rynku, a porozumienia nie będą zawierały żadnych najpoważniejszych ograniczeń konkurencji.
- (94) Art. 2 ust. 8 rozporządzenia VBER stanowi jednak, że rozporządzenie to „nie ma zastosowania do porozumień wertykalnych, których przedmiot wchodzi w zakres innego rozporządzenia o wyłączeniu grupowym, chyba że takie rozporządzenie stanowi inaczej”. Dlatego ważne jest, aby na samym początku sprawdzać, czy porozumienie wertykalne wchodzi w zakres stosowania jakiegokolwiek innego

rozporządzenia w sprawie wyłączeń grupowych. Na przykład, jak określono w art. 2 ust. 4 rozporządzenia VBER, porozumienia wertykalne zawarte między konkurującymi przedsiębiorstwami są zasadniczo wyłączone z zakresu stosowania tego rozporządzenia i trzeba oceniać je zgodnie z zasadami mającymi zastosowanie do porozumień horyzontalnych. W art. 2 ust. 4 lit. a) i b) rozporządzenia VBER przewidziano wyjątki od tej zasady, które należy odczytywać w związku z art. 2 ust. 5 rozporządzenia VBER w przypadku przekroczenia progu udziału w rynku określonego w art. 2 ust. 4 lit. a) i b), ale nieprzekroczenia progu udziału w rynku określonego w art. 3 tego rozporządzenia. W przepisach tych uwzględniono fakt, że skutki, jakie porozumienia o podwójnej dystrybucji mają dla rynku, oraz ewentualne związane z nimi problemy w zakresie konkurencji mogą być podobne do skutków porozumień horyzontalnych.

- (95) Dlatego też rozporządzenie VBER nie ma zastosowania do porozumień wertykalnych objętych poniższymi rozporządzeniami o wyłączeniach grupowych lub jakimikolwiek przyszłymi rozporządzeniami o wyłączeniach grupowych dotyczącymi rodzajów porozumień, które wymieniono w poniższych akapitach, chyba że odpowiednie rozporządzenie stanowi inaczej:
- rozporządzenie Komisji (UE) nr 316/2014 z dnia 21 marca 2014 r. w sprawie stosowania art. 101 ust. 3 Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej do kategorii porozumień o transferze technologii⁴⁸;
 - rozporządzenie Komisji (UE) nr 1217/2010 z dnia 14 grudnia 2010 r. w sprawie stosowania art. 101 ust. 3 Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej do niektórych kategorii porozumień badawczo-rozwojowych⁴⁹;
 - rozporządzenie Komisji (UE) nr 1218/2010 z dnia 14 grudnia 2010 r. w sprawie stosowania art. 101 ust. 3 Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej do niektórych kategorii porozumień specjalizacyjnych⁵⁰.
- (96) Rozporządzenie VBER nie ma również zastosowania do rodzajów porozumień zawieranych między konkurentami, które wymieniono w wytycznych horyzontalnych, chyba że w odpowiednim rozdziale wytycznych horyzontalnych przewidziano inaczej.
- (97) Rozporządzenie VBER stosuje się do porozumień wertykalnych dotyczących zakupu, sprzedaży lub odsprzedaży części zamiennych do pojazdów silnikowych oraz świadczenia usług naprawy i konserwacji pojazdów silnikowych. Porozumienia takie objęte są rozporządzeniem VBER tylko wtedy, gdy poza warunkami wyłączenia określonymi w tym rozporządzeniu spełniają dodatkowe wymagania rozporządzenia Komisji (UE) nr 461/2010 z dnia 27 maja 2010 r. w sprawie stosowania art. 101 ust. 3 Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej do kategorii porozumień wertykalnych i praktyk uzgodnionych w sektorze pojazdów silnikowych oraz towarzyszących mu wytycznych.

4.6. Główne rodzaje systemów dystrybucji

- (98) Dostawca ma swobodę w zakresie kształtowania swojego systemu dystrybucji według własnego uznania. Dostawca może na przykład wybrać integrację pionową, co oznacza sprzedaż towarów lub usług bezpośrednio użytkownikom końcowym, lub

⁴⁸ Dz.U. L 93 z 28.3.2014, s. 17.

⁴⁹ Dz.U. L 335 z 18.12.2010, s. 36.

⁵⁰ Dz.U. L 335 z 18.12.2010, s. 43.

dystrybucję za pośrednictwem swoich pionowo zintegrowanych dystrybutorów, którzy są przedsiębiorstwami powiązanymi w rozumieniu art. 1 ust. 2 rozporządzenia VBER. Taki system dystrybucji dotyczy jedynie organizacji w ramach jednego konkretnego przedsiębiorstwa, a zatem nie jest objęty zakresem stosowania art. 101 ust. 1.

- (99) Dostawca może również zdecydować się wyznaczyć niezależnych dystrybutorów. Może on utworzyć w tym celu jeden system dystrybucji lub połączenie kilku systemów. Najpopularniejsze z nich to dystrybucja wyłączna, dystrybucja selektywna i franczyza. Ponieważ porozumienia wertykalne wymagane do utworzenia takich systemów dystrybucji są zawierane między niezależnymi przedsiębiorstwami, mogą one wchodzić w zakres stosowania art. 101 ust. 1 i być objęte przywilejem ustanowionym rozporządzeniem VBER lub wyłączeniem indywidualnym na podstawie art. 101 ust. 3, o ile spełnione są odpowiednie warunki.

4.6.1. *Systemy dystrybucji wyłącznej*

4.6.1.1. Definicja systemów dystrybucji wyłącznej

- (100) W systemie dystrybucji wyłącznej dostawca przydziela terytorium lub grupę klientów wyłącznie jednemu lub ograniczonej liczbie nabywców lub zastrzega je dla siebie, ograniczając jednocześnie swoim pozostałym nabywcom w Unii możliwość czynnej sprzedaży na wyłącznym terytorium lub na rzecz wyłącznej grupy klientów⁵¹.
- (101) Dostawcy często stosują ten system, aby zachęcić dystrybutorów do dokonywania inwestycji finansowych i niefinansowych niezbędnych do rozwoju ich marki na terytorium, na którym nie jest ona dobrze znana, lub do sprzedaży nowego produktu na danym terytorium lub konkretnej grupie klientów, lub do zwiększenia koncentracji działań dystrybutorów na konkretnym produkcie (np. specjalne działania marketingowe lub ekspozycyjne). Jeśli chodzi o dystrybutorów, to poprzez wielkość terytorium lub grupy klientów przydzielonych na wyłączność oraz ochronę, jaką ta wyłączność zapewnia, dążą oni do zapewnienia sobie pewnej wielkości obrotów i marży, która uzasadniałaby ich działania inwestycyjne.
- (102) Zgodnie z tym rozumowaniem liczba wyłącznych dystrybutorów powinna być ograniczona do jednego lub ograniczonej liczby (tj. wspólna wyłączność) w odniesieniu do danego terytorium lub grupy klientów. Dystrybucji wyłącznej nie można wykorzystywać do ochrony dużej liczby dystrybutorów przed konkurencją zlokalizowaną poza wyłącznym terytorium, ponieważ prowadziłoby to do podziału rynku wewnętrznego. W tym celu liczba wyznaczonych dystrybutorów powinna być określona proporcjonalnie do przydzielonego terytorium lub grupy klientów w taki sposób, aby zapewnić określoną wielkość obrotów, która pozwoli im zabezpieczyć swoje działania inwestycyjne.
- (103) Wyznaczeni dystrybutorzy są chronieni przed sprzedażą czynną na wyłącznym terytorium lub na rzecz wyłącznej grupy klientów prowadzoną przez innych nabywców dostawcy. Jeżeli dostawca przydziela wyłączne terytorium lub grupę klientów więcej niż jednemu dystrybutorowi, wszyscy ci dystrybutorzy korzystają z tej samej ochrony przed sprzedażą czynną ze strony innych nabywców, podczas gdy sprzedaż czynna i bierna tych dystrybutorów nie może być ograniczona.

⁵¹ Zob. art. 1 ust. 1 lit. g) rozporządzenia VBER.

- (104) Porozumienia wertykalne stosowane do dystrybucji wyłącznej powinny określać zakres terytorium lub grupy klientów przydzielonych dystrybutorom na wyłączność. Wyłączne terytorium może obejmować terytorium państwa członkowskiego lub obszar o mniejszej lub większej powierzchni. Wyłączną grupę klientów można zdefiniować na przykład ze względu na zawód wykonywany przez klientów lub za pomocą wykazu określonych klientów wybranych na podstawie obiektywnego kryterium lub kilku takich kryteriów. W zależności od tych kryteriów, grupa klientów może być ograniczona do jednego klienta.
- (105) Jeżeli terytorium lub grupy klientów nie przydzielono jeszcze na wyłączność jednemu lub kilku dystrybutorom, dostawca może zastrzec takie terytorium lub grupę klientów dla siebie i powinien poinformować o tym swoich pozostałych dystrybutorów. Nie wymaga to od dostawcy prowadzenia działalności handlowej na zastrzeżonym terytorium lub wobec zastrzeżonej grupy klientów, ponieważ dostawca może chcieć je zastrzec w celu przydzielenia ich w przyszłości innym dystrybutorom.

4.6.1.2. Zastosowanie art. 101 do systemów dystrybucji wyłącznej

- (106) W systemie dystrybucji, w ramach którego dostawca przydziela na wyłączność terytorium lub grupę klientów jednemu lub większej liczbie nabywców, główne możliwe zagrożenia dla konkurencji to podział rynku, który może sprzyjać dyskryminacji cenowej, oraz zmniejszona wewnętrzna konkurencja międzymarkowa, w szczególności w kontekście zwykłej wyłączności. Jeżeli większość dostawców, wszyscy lub najsilniejsi dostawcy działający na rynku stosują system dystrybucji wyłącznej, może to również złagodzić zewnętrzną konkurencję międzymarkową i sprzyjać zmonopolizacji, zarówno na poziomie dostawcy, jak i dystrybucji. Ponadto dystrybucja wyłączna może prowadzić do zamknięcia dostępu do rynku innym dystrybutorom, a przez to zmniejszenia wewnętrznej konkurencji międzymarkowej na poziomie dystrybucji.
- (107) Porozumienia o wyłącznej dystrybucji podlegają wyłączeniu na mocy rozporządzenia VBER, jeżeli udział w rynku dostawcy i nabywcy, rozpatrywany każdy z osobna, nie przekracza 30 % i jeżeli nie zawierają one żadnych najpoważniejszych ograniczeń konkurencji. Porozumienia o wyłącznej dystrybucji wciąż mogą być objęte „bezpieczną przystanią” przewidzianą w rozporządzeniu VBER jeżeli połączone są z innymi ograniczeniami wertykalnymi niebędącymi najpoważniejszymi ograniczeniami, takimi jak zakaz konkutowania ograniczony do pięciu lat, narzucanie ilości lub wyłączność zakupów. Jeżeli jednak liczba wyłącznych dystrybutorów nie jest ograniczona i określona proporcjonalnie do przydzielonego terytorium lub grupy klientów w taki sposób, aby zapewnić określoną wielkość obrotów, która pozwoli im zabezpieczyć swoje działania inwestycyjne, jest mało prawdopodobne, aby taki system dystrybucji przyniósł skutki wzmacniające efektywność. Jeżeli występują znaczące skutki antykonkurencyjne, przywilej ustanowiony rozporządzeniem VBER prawdopodobnie zostanie wycofany.
- (108) Pozostała część niniejszej sekcji zawiera wskazówki na potrzeby oceny indywidualnych przypadków porozumień o dystrybucji wyłącznej, przekraczających próg udziału w rynku wynoszący 30 %.
- (109) Liczba dystrybutorów, którym przydzielono na wyłączność terytorium lub grupy klientów, jest ważna dla oceny systemu dystrybucji wyłącznej. Im większa liczba dystrybutorów, tym mniejsze jest ograniczenie wewnętrznej konkurencji międzymarkowej, ale również tym mniejsze prawdopodobieństwo, że wyłączni

dystrybutorzy będą mieli motywację do inwestowania w celu rozwijania tej marki i promowania produktu (produktów) dostawcy.

- (110) Pozycja rynkowa dostawcy i jego konkurentów ma ogromne znaczenie, ponieważ zanik wewnętrznej konkurencji międzymarkowej będzie problemem tylko wówczas, jeżeli zewnętrzna konkurencja międzymarkowa jest ograniczona. Im silniejsza pozycja dostawcy, zwłaszcza powyżej progu 30 %, tym większe prawdopodobieństwo, że zewnętrzna konkurencja międzymarkowa jest słaba, i tym większe ryzyko dla konkurencji wynikające z ograniczenia wewnętrznej konkurencji międzymarkowej.
- (111) Pozycja konkurentów dostawcy może mieć podwójne znaczenie. Obecność silnych konkurentów zwykle wskazuje, że każde zmniejszenie wewnętrznej konkurencji międzymarkowej, co może być szczególnie ważne w kontekście wyłącznej dystrybucji, jest zrównoważone przez dostateczną zewnętrzną konkurencję międzymarkową. Jeżeli jednak liczba dostawców na rynku jest raczej ograniczona, a ich pozycja rynkowa jest raczej podobna pod względem udziału w rynku, mocy produkcyjnych i sieci dystrybucji, istnieje ryzyko zmowy lub łagodzenia konkurencji. Zanik wewnętrznej konkurencji międzymarkowej może zwiększać to ryzyko, zwłaszcza gdy kilku dostawców wykorzystuje podobne systemy dystrybucji. Wielokrotna dystrybucja wyłączna, tj. sytuacja, gdy wielu dostawców wyznacza tego samego wyłącznego dystrybutora (tych samych wyłącznych dystrybutorów) na danym terytorium, może dodatkowo zwiększać ryzyko zmowy lub łagodzenia konkurencji zarówno na poziomie dostawcy, jak i dystrybutora. Jeżeli jednemu lub większej liczbie dystrybutorów przyznano wyłączne prawo do dystrybucji dwóch lub większej liczby ważnych konkurujących produktów na tym samym terytorium, to zewnętrzna konkurencja międzymarkowa może być znacznie ograniczona w odniesieniu do tych marek, zwłaszcza w przypadku liniowych tariff hurtowych. Im wyższy jest skumulowany udział w rynku marek rozprowadzanych przez wyłącznych dystrybutorów wielu marek, tym wyższe ryzyko zmowy lub łagodzenia konkurencji i tym znaczniejsze ograniczenie zewnętrznej konkurencji międzymarkowej. Jeśli wyłącznym dystrybutorem szeregu marek jest jeden detalista lub większa ich liczba, istnieje ryzyko, że obniżenie ceny hurtowej przez jednego dostawcę dla swojej marki nie zostanie przeniesione przez żadnego z wyłącznych detalistów na konsumenta końcowego, ponieważ zmniejszyłoby to sprzedaż i zyski tych detalistów osiągane z innych marek. Dlatego też, w porównaniu z sytuacją braku wielokrotnej dystrybucji wyłącznej, dostawcy będą w niewielkim stopniu zmotywowani do wzajemnej konkurencji cenowej. Tego rodzaju przypadki skumulowanych skutków mogą być przyczyną wycofania przywileju ustanowionego rozporządzeniem VBER w sytuacji, gdy udziały w rynku dostawców i nabywców są poniżej przewidzianego w tym rozporządzeniu progu wynoszącego 30 %.
- (112) Bariery wejścia na rynek, mogące utrudniać dostawcom tworzenie własnych zintegrowanych sieci dystrybucji lub znalezienie alternatywnych dystrybutorów, są mniej ważne podczas oceny ewentualnych antykonkurencyjnych skutków dystrybucji wyłącznej, zwłaszcza w kontekście wspólnej wyłączności. Zamknięcie dostępu do rynku innym dostawcom nie ma miejsca tak długo, jak długo dystrybucja wyłączna nie jest połączona z jednomarkowością, która zobowiązuje lub motywuje dystrybutora do ukierunkowania swoich zamówień na określony rodzaj produktu u jednego dostawcy. Chociaż jednomarkowość nie wymaga, aby dystrybutor kupował produkty od samego dostawcy, połączenie dystrybucji wyłącznej

i jednomarkowości może utrudnić innym dostawcom znalezienie alternatywnych dystrybutorów.

- (113) 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 stanowić problem, jeżeli siła rynkowa usytuowana jest na rynku niższego szczebla, 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 stanowić poważniejszy problem w przypadku wielokrotnej dystrybucji wyłącznej.
- (114) Siła nabywcza może również zwiększać ryzyko zмовы po stronie nabywców, gdy porozumienia o dystrybucji wyłącznej są narzucane przez ważnych nabywców, ewentualnie usytuowanych na tych samych lub różnych terytoriach, jednemu lub kilku dostawcom.
- (115) Ocena dynamiki rynku jest ważna, ponieważ rosnący popyt, zmieniające się technologie i zmieniające się pozycje rynkowe mogą sprawić, że wystąpienie negatywnych skutków będzie mniej prawdopodobne niż na dojrzałych rynkach.
- (116) 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 lub usług końcowych. Zanik wewnętrznej konkurencji międzymarkowej jest szczególnie prawdopodobny na poziomie detalicznym na dużych terytoriach, ponieważ konsumenci końcowi mogą mieć niewielką możliwość wyboru między dystrybutorem drogim i świadczącym usługi wysokiej jakości, a dystrybutorem tanim i świadczącym usługi niskiej jakości w przypadku ważnej marki.
- (117) Producent, który wybiera hurtownika na swego wyłącznego dystrybutora, robi to zazwyczaj w odniesieniu do większego terytorium, takiego jak całe państwo członkowskie. Tak długo, jak hurtownik może sprzedawać produkty bez ograniczeń detalistom na rynku niższego szczebla, nie ma prawdopodobieństwa zaistnienia znaczących skutków antykonkurencyjnych. Ewentualny zanik wewnętrznej konkurencji międzymarkowej na poziomie handlu hurtowego może być łatwo zrównoważony przez wzrost efektywności uzyskany w logistyce i promocji, szczególnie jeżeli producent ma swą siedzibę w innym państwie członkowskim. Ewentualne zagrożenia dla zewnętrznej konkurencji międzymarkowej ze strony wielokrotnej dystrybucji wyłącznej są jednak większe na poziomie hurtowym, niż detalicznym. Jeżeli jeden hurtownik staje się wyłącznym dystrybutorem znaczącej liczby dostawców, oznacza to nie tylko ryzyko, że nastąpi zmniejszenie konkurencji pomiędzy tymi markami, ale również większe ryzyko zamknięcia dostępu do rynku na poziomie handlu hurtowego.
- (118) Ocena systemu dystrybucji wyłącznej, w którym grupa klientów jest przydzielana przez dostawcę wyłącznie jednemu lub większej liczbie nabywców, podlega tym samym czynnikom jak te, które wymieniono w pkt 100–117 niniejszych wytycznych, i powinna również uwzględniać następujące wskazówki:

- (119) Tak jak w przypadku wyłącznego przydziału terytorium, wyłączny przydział grupy klientów zwykle ogranicza swobodę decyzji klientów. Oprócz tego, ponieważ każdy wyznaczony dystrybutor ma własną klasę klientów, dystrybutorzy, którym nie przydzielono żadnej grupy klientów na wyłączność, mogą mieć trudności z uzyskaniem produktów od dostawcy. Zmniejsza to możliwą swobodę decyzji innych dystrybutorów.
- (120) System dystrybucji wyłącznej, który ogranicza konkurencję w rozumieniu art. 101 ust. 1, może jednak powodować wzrost efektywności, który spełnia warunki określone w art. 101 ust. 3, a zatem może być zwolniony ze stosowania art. 101 na zasadzie indywidualnej.
- (121) Jak określono w pkt 112 niniejszych wytycznych, zamknięcie dostępu do rynku innym dostawcom jest mało prawdopodobne, chyba że dystrybucja wyłączna jest połączona z jednomarkowością. Jednak nawet jeśli dystrybucja wyłączna łączona jest z jednomarkowością, antykonkurencyjne zamknięcie dostępu do rynku innym dostawcom wydaje się mało prawdopodobne, być może z wyjątkiem sytuacji, w której jednomarkowość stosuje się w przypadku gęstej sieci wyłącznych dystrybutorów o małych terytoriach lub też w przypadku efektu kumulacji. W przypadku wystąpienia takiego scenariusza należy zastosować zasady dotyczące jednomarkowości, określone w sekcji 8.2.1. niniejszych wytycznych. Jeżeli jednak takie połączenie dystrybucji wyłącznej z jednomarkowością nie prowadzi do znacznego zamknięcia dostępu do rynku, może w rzeczywistości sprzyjać konkurencji poprzez zwiększanie motywacji dla wyłącznych dystrybutorów do skoncentrowania swych wysiłków na konkretnej marce. Dlatego też przy braku takiego poważnego efektu zamknięcia połączenie dystrybucji wyłącznej i jednomarkowości może spełnić warunki określone w art. 101 ust. 3 przez cały czas obowiązywania umowy, szczególnie jeśli zostanie zastosowane na poziomie handlu hurtowego.
- (122) Połączenie dystrybucji wyłącznej z wyłącznością zaopatrzenia, która wymaga od wyłącznych dystrybutorów zakupu swego zaopatrzenia w przypadku marki dostawcy bezpośrednio od dostawcy, zwiększa zagrożenia dla konkurencji wiążące się z ograniczoną wewnętrzną konkurencją międzymarkową oraz podziałem rynku, które mogą w szczególności ułatwiać dyskryminację cenową. Dystrybucja wyłączna już ogranicza swobodę decyzji klientów, ponieważ ogranicza liczbę dystrybutorów i zwykle łączy się z ograniczeniami sprzedaży czynnej nałożonymi na innych dystrybutorów w celu ochrony inwestycji dokonanych przez wyłącznych dystrybutorów na wyłącznym terytorium. Wyłączność zaopatrzenia eliminuje dodatkowo możliwą swobodę decyzji wyłącznych dystrybutorów, którzy nie mogą zaopatrywać się u innych dystrybutorów w systemie dystrybucji wyłącznej. W rezultacie zwiększa to możliwości ograniczenia przez dostawcę wewnętrznej konkurencji międzymarkowej przez stosowanie różnych warunków sprzedaży, na niekorzyść konsumentów, chyba że połączenie dystrybucji wyłącznej z wyłącznością zaopatrzenia umożliwia wzrost efektywności prowadzący do niższych cen.
- (123) Charakter produktu może być istotny dla oceny ewentualnych antykonkurencyjnych skutków dystrybucji wyłącznej. Skutki te będą mniej dotkliwe w sektorach, w których powszechniejsza jest sprzedaż przez internet. Jest także istotny przy ocenie ewentualnego wzrostu efektywności, to znaczy po stwierdzeniu zaistnienia znaczących skutków antykonkurencyjnych.

- (124) Dystrybucja wyłączna może prowadzić do wzrostu efektywności, szczególnie wtedy, gdy konieczne są inwestycje ze strony dystrybutorów związane z ochroną lub kreowaniem wizerunku marki oraz świadczeniem usług prowadzących do pobudzenia popytu. Generalnie argument dotyczący efektywności jest najpoważniejszy w przypadku nowych produktów, produktów złożonych oraz produktów, których jakość trudno jest ocenić przed konsumpcją (tak zwane produkty związane z doświadczeniem) lub nawet po konsumpcji (tak zwane produkty związane z zaufaniem). Oprócz tego dystrybucja wyłączna może prowadzić do oszczędności w kosztach logistyki ze względu na korzyści skali w transporcie i dystrybucji.
- (125) Wzrost efektywności, który może wynikać ze wspólnej wyłączności, można uznać za przewyższający wszelkie ewentualne negatywne skutki, jakie może wywołać taki system, pod warunkiem że dostawca jest w stanie wykazać, że liczbę wyłącznych dystrybutorów określono proporcjonalnie do przydzielonego terytorium lub grupy klientów w taki sposób, aby zapewnić określoną wielkość obrotów, która pozwala zabezpieczyć działania inwestycyjne dystrybutorów.
- (126) Systemy dystrybucji wyłącznej opartej na przydziale wyłącznych grup klientów, które powodują ograniczenie konkurencji w rozumieniu art. 101 ust. 1, mogą również spełniać warunki określone w art. 101 ust. 3, a tym samym być zwolnione ze stosowania art. 101 na zasadzie indywidualnej. Wyłączny przydział klientów może prowadzić do wzrostu efektywności w sytuacji gdy inwestycje dystrybutorów są konieczne w celu kreowania wizerunku marki lub gdy dystrybutorzy zobligowani są do inwestowania na przykład w specjalny sprzęt, umiejętności lub know-how w celu dostosowania się do wymogów wyłącznej grupy klientów, która została im przydzielona, lub jeżeli inwestycje te prowadzą do osiągnięcia korzyści skali lub zakresu w logistyce (np. posiadanie wyspecjalizowanego detalisty zajmującego się przetargami administracji publicznej na komputery lub materiały biurowe). Okres amortyzacji tych inwestycji może być wyznacznikiem, przez jaki okres obowiązywanie systemu dystrybucji wyłącznej opartej na przydziale wyłącznych grup klientów jest uzasadnione. Generalnie wyłączny przydział klientów jest najbardziej zasadny w przypadku nowych produktów lub produktów złożonych oraz produktów wymagających dostosowania do potrzeb indywidualnego klienta. Możliwe do zidentyfikowania zróżnicowane potrzeby są bardziej prawdopodobne w przypadku produktów pośrednich, które sprzedawane są różnym rodzajom profesjonalnych nabywców. Przydział konsumentów końcowych nie może raczej prowadzić do wzrostu efektywności.
- (127) Przykład wielokrotnej dystrybucji wyłącznej na rynku oligopolistycznym

Na krajowym rynku produktu końcowego jest czterech liderów rynkowych, z których każdy ma udział w rynku w wysokości około 20 %. Ci czterej liderzy rynkowi sprzedają swój produkt za pośrednictwem wyłącznych dystrybutorów na poziomie detalicznym. Detalistom jest przydzielane wyłączone terytorium odpowiadające miastu, w którym mają siedzibę lub dzielnicy – w przypadku wielkich miast. Na większości terytoriów czterej liderzy rynkowi wyznaczają tego samego wyłącznego detalistę („wielokrotna dystrybucja”), często z siedzibą w centrum i raczej specjalizującego się w produkcji. Pozostałe 20 % rynku krajowego składa się z małych producentów lokalnych, z których największy ma 5 % udziału w rynku krajowym. Ci lokalni producenci sprzedają zazwyczaj swe produkty za pośrednictwem innych detalistów, głównie dlatego, iż wyłączni dystrybutorzy czterech największych dostawców

wykazują zwykle niewielkie zainteresowanie sprzedażą mniej znanych i tańszych marek. Na rynku istnieje silne zróżnicowanie pod względem marek i produktów. 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 zmowy między czterema liderami rynkowymi. Ryzyko to jest zwiększone poprzez wielokrotną dystrybucję. Wewnętrzna konkurencja międzymarkowa jest ograniczona przez wyłączność terytorialną. Konkurencja między czterema wiodącymi markami jest ograniczona na szczeblu detalicznym, ponieważ na każdym terytorium jeden detalista ustala ceny dla wszystkich czterech marek. Wielokrotna dystrybucja oznacza, że jeżeli jeden producent obniża cenę produktów swojej marki, detalista nie będzie zainteresowany odzwierciedleniem tej zmiany w cenie dla konsumenta końcowego, ponieważ zmniejszyłoby to jego sprzedaż i zyski osiągnięte z innych marek. Stąd też producenci nie są zbyt zainteresowani konkutowaniem między sobą pod względem cen. Zewnętrzna konkurencja międzymarkowa istnieje przede wszystkim między mającymi słabą markę towarami drugorzędnych producentów. Ewentualne argumenty dotyczące efektywności przemawiające za (wspólną) dystrybucją wyłączną są ograniczone, ponieważ produkt jest stosunkowo prosty, odsprzedaż nie wymaga żadnych konkretnych inwestycji lub szkoleń, a reklama odbywa się głównie na szczeblu producentów.

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

(128) Przykład wyłącznego przydziału klientów

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

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

4.6.2. *Systemy dystrybucji selektywnej*

4.6.2.1. Definicja systemów dystrybucji selektywnej

- (129) Jak określono w art. 1 ust. 1 lit. f) rozporządzenia VBER, w systemie dystrybucji selektywnej dostawca zobowiązuje się sprzedawać bezpośrednio lub pośrednio towary lub usługi objęte porozumieniem tylko dystrybutorom wybranym według określonych kryteriów, a dystrybutorzy ci zobowiązują się nie sprzedawać tych towarów lub usług nieautoryzowanym dystrybutorom na terytorium, na którym dostawca postanowił stosować system.
- (130) Kryteria stosowane przez dostawcę do wyboru dystrybutorów mogą mieć charakter jakościowy lub ilościowy. Kryteria jakościowe to obiektywne kryteria wynikające z charakteru produktu, takie jak szkolenie personelu zajmującego się sprzedażą, usługa świadczona w punkcie sprzedaży oraz gama sprzedawanych produktów⁵². Kryteria ilościowe w bardziej bezpośredni sposób przyczyniają się do ograniczenia potencjalnej liczby dealerów, np. ponieważ w ich ramach wymaga się minimalnej lub maksymalnej sprzedaży lub ustala liczbę dealerów. Kryteria te można zmieniać przez cały okres obowiązywania umowy dystrybucji selektywnej.
- (131) Systemy dystrybucji selektywnej są porównywalne do systemów dystrybucji wyłącznej, ponieważ ogranicza się w nich liczbę autoryzowanych dystrybutorów oraz możliwości odsprzedaży. Różnica w porównaniu z dystrybucją wyłączną jest taka, że ograniczenie liczby dealerów opiera się na określonych kryteriach doboru. Kolejna różnica w porównaniu z dystrybucją wyłączną polega na tym, że ograniczenie odsprzedaży związane z dystrybucją selektywną nie jest ograniczeniem sprzedaży czynnej na wyłącznym terytorium lub na rzecz wyłącznej grupy klientów, ale jest ograniczeniem sprzedaży czynnej i biernej nieautoryzowanym dystrybutorom, pozostawiając jako ewentualnych nabywców jedynie autoryzowanych dystrybutorów i konsumentów końcowych.

4.6.2.2. Zastosowanie art. 101 do systemów dystrybucji selektywnej

- (132) Ewentualne zagrożenia dla konkurencji wynikające z systemów dystrybucji selektywnej polegają na zmniejszeniu wewnętrznej konkurencji międzymarkowej oraz – szczególnie w przypadku efektu kumulacji – zamknięciu dostępu do rynku pewnym rodzajom dystrybutorów, jak również złagodzeniu konkurencji oraz potencjalnym ułatwieniu zмовы między nabywcami z uwagi na ograniczenie ich liczby.
- (133) W ocenie ewentualnych skutków antykonkurencyjnych dystrybucji selektywnej należy skoncentrować się przede wszystkim na zgodności systemu dystrybucji selektywnej z art. 101 ust. 1. W tym celu należy dokonać rozróżnienia między czysto jakościową dystrybucją selektywną a ilościową dystrybucją selektywną.

⁵² Zob. np. wyrok w sprawie T-88/92, Groupement d'Achat Édouard Leclerc/Komisja, EU:T:1996:192, pkt 125 i nast.

- (134) Czysto jakościowa dystrybucja selektywna, w ramach której dealerów dobiera się jedynie na podstawie obiektywnych kryteriów związanych z charakterem produktu, nie ogranicza bezpośrednio liczby dealerów. Jeżeli spełnione są trzy warunki określone przez Trybunał Sprawiedliwości w wyroku w sprawie Metro⁵³ (tzw. „kryteria wynikające z wyroku Metro”), zasadniczo uznaje się, że czysto jakościowa dystrybucja selektywna nie wchodzi w zakres stosowania art. 101 ust. 1, ponieważ można założyć, że ograniczenie wewnętrznej konkurencji międzymarkowej związane z dystrybucją selektywną równoważy poprawa zewnętrznej konkurencji międzymarkowej pod względem jakości⁵⁴. Po pierwsze, charakter danego produktu lub usługi musi wymagać systemu dystrybucji selektywnej. Oznacza to, że uwzględniając charakter danego produktu, taki system musi stanowić uzasadniony wymóg ze względu na konieczność zachowania jakości produktu i zapewnienie jego właściwego przeznaczenia. System dystrybucji selektywnej, który nie wchodzi w zakres stosowania art. 101 ust. 1, można stosować na przykład w odniesieniu do produktów wysokiej jakości lub produktów zaawansowanych technologicznie⁵⁵. Stosowanie systemu dystrybucji selektywnej może być również konieczne w przypadku towarów luksusowych. Jakość takich towarów może wynikać nie tylko z ich cech materialnych, ale również z otaczającej je aury luksusu. Dlatego też ustanowienie systemu dystrybucji selektywnej, którego celem jest zapewnienie, aby towary eksponowano w sposób, który przyczynia się do podtrzymania tej aury luksusu, może być konieczne do zachowania ich jakości⁵⁶. Po drugie, odsprzedawcy muszą być wybierani na podstawie obiektywnych kryteriów o charakterze jakościowym, jednolitych dla wszystkich ewentualnych odsprzedawców i niestosowanych w sposób dyskryminacyjny. Chociaż w orzecznictwie nie wymaga się, aby kryteria jakościowe były znane wszystkim potencjalnym odsprzedawcom, taka przejrzystość może zwiększyć prawdopodobieństwo spełnienia kryteriów wynikających z wyroku Metro⁵⁷. Po trzecie, ustanowione kryteria nie mogą wykraczać poza to, co jest konieczne⁵⁸.
- (135) Ocena dystrybucji selektywnej na podstawie art. 101 ust. 1 wymaga również oddzielnej analizy każdej potencjalnie ograniczającej klauzuli porozumienia na

⁵³ Zob. wyroki w sprawie 31/80, NV L'Oréal i SA L'Oréal/PVBA, EU:C:1980:289, pkt 15–16; sprawie 26/76, Metro SB-Großmärkte GmbH & Co. KG/Komisja („Metro I”), EU:C:1977:167, pkt 20–21; sprawie C-439/09, Pierre Fabre Dermo-Cosmetique SAS/Président de l'Autorité de la concurrence, EU:C:2011:649, pkt 41; sprawie C-230/16, Coty Germany GmbH/Parfümerie Akzente GmbH, EU:C:2017:941, pkt 24.

⁵⁴ Zob. wyroki w sprawie 26/76, Metro SB-Großmärkte GmbH & Co. KG/Komisja („Metro I”), EU:C:1977:167, pkt 20–22; sprawie 107/82, Allgemeine Elektrizitäts-Gesellschaft AEG-Telefunken AG/Komisja, EU:C:1983:293, pkt 33, 34 i 73; sprawie 75/84, Metro SB-Großmärkte GmbH & Co. KG/Komisja („Metro II”), EU:C:1986:399, pkt 45; sprawie T-88/92, Groupement d'Achat Édouard Leclerc/Komisja, EU:T:1996:192, pkt 106.

⁵⁵ Wyroki w sprawie 26/76, Metro SB-Großmärkte GmbH & Co. KG/Komisja („Metro I”), EU:C:1977:167; sprawie 107/82, Allgemeine Elektrizitäts-Gesellschaft AEG-Telefunken AG/Komisja, EU:C:1983:293.

⁵⁶ Zob. wyrok w sprawie C-230/16, Coty Germany GmbH/Parfümerie Akzente GmbH, EU:C:2017:941, pkt 25–29.

⁵⁷ Zob. również przez analogię wyrok w sprawie C-158/11, Auto 24 SARL/Jaguar Land Rover France SAS, EU:C:2012:351.

⁵⁸ Zob. wyroki w sprawie 31/80, NV L'Oréal i SA L'Oréal/PVBA, EU:C:1980:289, pkt 15–16; sprawie 26/76, Metro SB-Großmärkte GmbH & Co. KG/Komisja („Metro I”), EU:C:1977:167, pkt 20–21; sprawie 107/82, Allgemeine Elektrizitäts-Gesellschaft AEG-Telefunken AG/Komisja, EU:C:1983:293, pkt 35; sprawie T-19/91, Société d'Hygiène Dermatologique de Vichy/Komisja, EU:T:1992:28, pkt 65.

podstawie kryteriów wynikających z wyroku Metro⁵⁹. Oznacza to w szczególności ustalenie, czy klauzula ograniczająca jest proporcjonalna w świetle celu realizowanego w ramach systemu dystrybucji selektywnej oraz czy wykracza poza to, co jest konieczne do osiągnięcia tego celu⁶⁰. Jest mało prawdopodobne, aby najpoważniejsze ograniczenia konkurencji spełniały takie wymogi. Z kolei przykładowo zakaz korzystania, w sposób rozpoznawalny na zewnątrz, z platform internetowych należących do stron trzecich, narzucony przez dostawcę towarów luksusowych jego autoryzowanym dystrybutorom, można uznać za właściwy, o ile pozwala on autoryzowanym dystrybutorom na reklamowanie się za pośrednictwem internetu na platformach należących do stron trzecich oraz na korzystanie z wyszukiwarek internetowych, w wyniku czego klienci są zazwyczaj w stanie znaleźć internetową ofertę autoryzowanych dystrybutorów za pomocą takich wyszukiwarek, i nie wykracza poza to, co jest konieczne do zachowania luksusowego wizerunku tych towarów⁶¹. Jeżeli tak jest, to nie wchodzi to w zakres stosowania art. 101 ust. 1 i nie wymaga dalszej analizy.

- (136) Nawet jeżeli nie spełniają one kryteriów wynikających z wyroku Metro, systemy jakościowej lub ilościowej dystrybucji selektywnej mogą być objęte „bezpieczną przystanią”, pod warunkiem że udziały w rynku zarówno dostawcy, jak i nabywcy, rozpatrywany każdy z osobna, nie przekraczają 30 %, a porozumienie nie zawiera żadnych najpoważniejszych ograniczeń konkurencji⁶². Przywilej wyłączenia nie zostaje utracony, jeżeli dystrybucję selektywną połączy się z innymi ograniczeniami wertykalnymi niebędącymi najpoważniejszymi ograniczeniami, takimi jak zakaz konkutowania. Wyłączenie grupowe stosuje się niezależnie od charakteru danego produktu i charakteru kryteriów doboru. Jeżeli jednak charakter produktu nie wymaga dystrybucji selektywnej⁶³ lub nie wymaga stosowanych kryteriów, takich jak wymóg posiadania przez dystrybutorów co najmniej jednego sklepu stacjonarnego lub świadczenia szczególnych usług, taki system dystrybucji zwykle nie przynosi dostatecznego wzrostu efektywności, aby zrównoważyć znaczne ograniczenie wewnętrznej konkurencji międzymarkowej. Jeżeli występują znaczące skutki antykonkurencyjne, przywilej ustanowiony rozporządzeniem VBER prawdopodobnie zostanie wycofany.
- (137) Pozostała część niniejszej sekcji zawiera wskazówki dotyczące indywidualnej oceny systemu dystrybucji selektywnej w przypadku niespełnienia przez ten system kryteriów wynikających z wyroku Metro oraz nieobjęcia go rozporządzeniem VBER, bądź w przypadku skutków skumulowanych wynikających z istnienia równoległych sieci dystrybucji selektywnej na tym samym rynku.
- (138) Pozycja rynkowa dostawcy i jego konkurentów ma ogromne znaczenie podczas oceny ewentualnych antykonkurencyjnych skutków, ponieważ zanik wewnętrznej

⁵⁹ Zob. pkt 134 niniejszych wytycznych.

⁶⁰ Zob. wyrok w sprawie C-230/16, Coty Germany GmbH/Parfümerie Akzente GmbH, EU:C:2017:941, pkt 43 i nast.

⁶¹ Zob. wyrok w sprawie C-230/16, Coty Germany GmbH/Parfümerie Akzente GmbH, EU:C:2017:941, pkt 43 i nast., w szczególności pkt 67.

⁶² Zob. wyroki w sprawie C-439/09, Pierre Fabre Dermo-Cosmetique SAS/Président de l’Autorité de la concurrence, EU:C:2011:649; zob. również przez analogię sprawa C-158/11, Auto 24 SARL/Jaguar Land Rover France SAS, EU:C:2012:351.

⁶³ Zob. np. wyroki Sądu w sprawie T-19/92, Groupement d’Achat Édouard Leclerc/Komisja [1996], ECR II-1851, pkt 112-123; sprawie T-88/92, Groupement d’Achat Édouard Leclerc/Komisja [1996] ECR II-1961, pkt 106–117, oraz orzecznictwo, o którym mowa w poprzednim przypisie.

konkurencji międzymarkowej może być problemem tylko wówczas, jeżeli zewnętrzna konkurencja międzymarkowa jest ograniczona. Im silniejsza jest pozycja dostawcy, zwłaszcza powyżej progu 30 %, tym większe ryzyko dla konkurencji wynikające z nasilonego zaniku wewnętrznej konkurencji międzymarkowej. 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. W praktyce jednak dystrybucję selektywną często stosuje kilku dostawców na danym rynku.

- (139) Pozycja konkurentów może mieć podwójne znaczenie. Z jednej strony obecność silnych konkurentów zwykle wskazuje, że zmniejszenie wewnętrznej konkurencji międzymarkowej, co może być szczególnie ważne w kontekście wyłącznej dystrybucji, jest zrównoważone przez dostateczną zewnętrzną konkurencję międzymarkową. Z drugiej strony, w przypadku efektu kumulacji, gdy większość wiodących dostawców na rynku stosuje dystrybucję selektywną, może dojść do zamknięcia dostępu do rynku niektórym rodzajom dystrybutorów (tj. sklepom dyskontowym). Ryzyko zamknięcia dostępu do rynku wydajniejszym dystrybutorom jest większe w przypadku dystrybucji selektywnej niż dystrybucji wyłącznej, ze względu na ograniczenie sprzedaży nieautoryzowanym dealerom w dystrybucji selektywnej. To ograniczenie służy nadaniu systemom dystrybucji selektywnej charakteru zamkniętego, kiedy to tylko autoryzowani dystrybutorzy spełniający kryteria mają dostęp do produktu, uniemożliwiając uzyskanie dostaw nieautoryzowanym dealerom. Dlatego też dystrybucja selektywna nadaje się szczególnie dobrze do unikania nacisków na marżę producenta, jak i na marżę autoryzowanych dystrybutorów, ze strony sklepów dyskontowych (dystrybutorów prowadzących działalność bez wykorzystania internetu lub tylko przez internet). Zamknięcie dostępu do rynku dla takich form dystrybucji, bez względu na to, czy wynika ono ze skumulowanego zastosowania dystrybucji selektywnej lub z jej zastosowania przez jednego dostawcę o udziale w rynku przekraczającym 30 %, ogranicza możliwości odniesienia przez konsumentów określonych korzyści wynikających z tych form dystrybucji, jak np. niższe ceny, większa przejrzystość i szerszy dostęp do produktu.
- (140) Jeżeli rozporządzenie VBER ma zastosowanie do pojedynczych sieci dystrybucji selektywnej, w przypadku skutków skumulowanych można rozważać wycofanie wyłączenia grupowego lub zaprzestanie stosowania rozporządzenia VBER. Jest jednak mało prawdopodobne, aby problem skutków skumulowanych pojawił się, gdy udział w rynku objętym dystrybucją selektywną nie przekracza 50 %. Ponadto prawdopodobnie problemy w zakresie konkurencji nie zaistnieją również, jeżeli wskaźnik pokrycia rynku wynosi ponad 50 %, ale łączny udział w rynku pięciu największych dostawców nie przekracza 50 %. Jeżeli zarówno udział pięciu największych dostawców, jak i udział w rynku objętym dystrybucją selektywną przekracza 50 %, ocena może być różna w zależności od tego, czy wszyscy największy dystrybutorzy stosują dystrybucję selektywną, czy jej nie stosują. Im silniejsza jest pozycja konkurentów niestosujących dystrybucji selektywnej, tym mniejsze prawdopodobieństwo zamknięcia dostępu do rynku innym dystrybutorom. Problemy w zakresie konkurencji mogą się pojawić, jeżeli cała piątka największych dostawców stosuje dystrybucję selektywną. Byłoby tak w szczególności w przypadku, gdyby porozumienia zawierane przez największych dostawców przewidywały ilościowe kryteria doboru, skutkujące bezpośrednim ograniczeniem liczby autoryzowanych dealerów, lub gdyby stosowane kryteria jakościowe, takie jak

wymóg posiadania co najmniej jednego sklepu stacjonarnego lub świadczenia szczególnych usług, które zazwyczaj można świadczyć tylko w określonej formie dystrybucji, wykluczały niektóre formy dystrybucji. Zwykle mało prawdopodobne jest, aby warunki art. 101 ust. 3 były spełnione, jeżeli systemy dystrybucji selektywnej, które przyczyniają się do wystąpienia efektu kumulacji, uniemożliwiają dostęp do rynku nowym dystrybutorom zdolnym do właściwej sprzedaży danych produktów. W szczególności jest mało prawdopodobne, aby konsumenci końcowi odnieśli korzyści ze wzrostu efektywności, jeżeli systemy dystrybucji obejmują jedynie niektóre istniejące kanały, wykluczając z rynku sklepy dyskontowe lub dystrybutorów prowadzących działalność tylko przez internet, którzy oferują konsumentom niższe ceny. W przypadku bardziej pośrednich form ilościowej dystrybucji selektywnej, wynikających na przykład z połączenia czysto jakościowych kryteriów doboru z obowiązującym dealerów wymogiem dokonania minimalnej ilości rocznych zakupów, istnieje mniejsze prawdopodobieństwo powstania czysto negatywnych skutków, jeżeli ilość ta nie stanowi znacznego procentu łącznego obrotu dealera związanego z produktami danego rodzaju i nie wykracza poza to, co jest konieczne, aby dostawcy zwróciły się inwestycje związane z konkretną umową lub miały miejsce korzyści skali w zakresie dystrybucji. Dostawca, którego udział w rynku nie przekracza 5 %, nie jest zwykle uważany za przyczyniającego się w znaczny sposób do wystąpienia efektu kumulacji.

- (141) Bariery wejścia są istotne głównie w przypadku zamknięcia dostępu do rynku nieautoryzowanym dystrybutorom. Bariery wejścia mogą być znaczące, gdy dystrybucję selektywną stosują producenci markowych produktów, ponieważ wprowadzenie własnych marek lub uzyskanie konkurencyjnych dostaw w innych miejscach wymaga zazwyczaj czasu i znacznych inwestycji ze strony dystrybutorów wyłączonych z systemu dystrybucji selektywnej.
- (142) Siła nabywcza może zwiększać ryzyko zмовы między dystrybutorami. Dystrybutorzy zajmujący silną pozycję rynkową mogą skłonić dostawców do stosowania selektywnych kryteriów, które zamknęłyby dostęp do rynku nowym i bardziej wydajnym dystrybutorom. W związku z tym siła nabywcza może znacząco zmieniać analizę ewentualnych antykonkurencyjnych skutków dystrybucji selektywnej. Zamknięcie dostępu do rynku wydajniejszym dystrybutorom może zwłaszcza zaistnieć tam, gdzie silna organizacja dealerów narzuca dostawcy kryteria doboru mające na celu ograniczenie dystrybucji z korzyścią dla jej członków.
- (143) Art. 5 ust. 1 lit. c) rozporządzenia VBER stanowi, iż dostawca nie może narzucać zobowiązania skutkującego, bezpośrednio lub pośrednio, zakazem sprzedaży produktów określonych konkurujących dostawców przez autoryzowanych dystrybutorów. Taki przepis ma w szczególności na celu uniemożliwienie horyzontalnej zмовы mającej na celu wykluczenie pewnych marek poprzez stworzenie przez wiodących dostawców grupy wybranych marek. Jest mało prawdopodobne, aby takie zobowiązanie mogło podlegać wyłączeniu, jeżeli udział w rynku pięciu największych dostawców wynosi lub przekracza 50 %, chyba że żaden z dostawców nakładających takie zobowiązanie nie należy do pięciu największych dostawców na rynku.
- (144) Problemy w zakresie konkurencji związane z zamknięciem dostępu do rynku innym dostawcom zwykle nie pojawiają się, jeżeli innym dostawcom nie uniemożliwia się korzystania z usług tych samych dystrybutorów, jak na przykład w przypadku połączenia dystrybucji selektywnej z jednomarkowością. W przypadku gęstej sieci autoryzowanych dystrybutorów lub w przypadku wystąpienia efektu kumulacji

połączenie dystrybucji selektywnej z zakazem konkutowania może stwarzać ryzyko zamknięcia dostępu do rynku innym dostawcom. W takim przypadku stosuje się zasady określone w sekcji 8.2.1 niniejszych wytycznych dotyczące jednomarkowości. Jeżeli dystrybucja selektywna nie jest połączona z zakazem konkutowania, zamknięcie dostępu do rynku konkurującym dostawcom może nadal stanowić problem, jeżeli wiodący dostawcy stosują nie tylko czysto jakościowe kryteria doboru, ale także narzucają swoim dystrybutorom pewne dodatkowe zobowiązania, takie jak obowiązek zarezerwowania minimalnej powierzchni półek dla produktów dostawców lub zagwarantowania, aby sprzedaż produktów dostawców przez dystrybutora stanowiła co najmniej pewien procent łącznego obrotu dystrybutora. Zaistnienie takiego problemu jest mało prawdopodobne, jeżeli udział w rynku objętym dystrybucją selektywną nie przekracza 50 % lub – gdy ten wskaźnik jest przekroczony – jeżeli udział w rynku pięciu największych dostawców nie przekracza 50 %.

- (145) Ocena dynamiki rynku jest ważna, ponieważ rosnący popyt, zmieniające się technologie i zmieniające się pozycje rynkowe mogą sprawić, że wystąpienie negatywnych skutków będzie mniej prawdopodobne niż na dojrzałych rynkach.
- (146) Dystrybucja selektywna może być skuteczna, jeżeli prowadzi do oszczędności kosztów logistycznych za sprawą korzyści skali w zakresie transportu, co może się zdarzyć niezależnie od charakteru produktu (zob. pkt 14 lit. g) niniejszych wytycznych). Jednak zazwyczaj w systemach dystrybucji selektywnej tego rodzaju wzrost efektywności jest marginalny. Charakter produktu jest istotny przy ocenie zasadności stosowania dystrybucji selektywnej do przeciwdziałania niewłaściwej działalności rynkowej między dystrybutorami (zob. pkt 14 lit. b) niniejszych wytycznych), czy też kreowania lub utrzymywania wizerunku marki (zob. pkt 14 lit. h) niniejszych wytycznych). Generalnie zasadność stosowania dystrybucji selektywnej do osiągnięcia tego rodzaju wzrostu efektywności jest bardziej prawdopodobna w przypadku nowych produktów, produktów złożonych lub produktów, których jakość trudno jest ocenić przed konsumpcją (tak zwane produkty związane z doświadczeniem) lub nawet po konsumpcji (tak zwane produkty związane z zaufaniem). Połączenie dystrybucji selektywnej z klauzulą lokalizacji w celu ochrony autoryzowanego dystrybutora przed konkurencją ze strony innych autoryzowanych dystrybutorów otwierających sklep w jego okolicy może w szczególności spełniać warunki art. 101 ust. 3, jeżeli połączenie to jest niezbędne do ochrony istotnych i związanych z konkretną umową inwestycji dokonanych przez autoryzowanego dystrybutora (zob. pkt 14 lit. e) niniejszych wytycznych). W celu zapewnienia zastosowania najmniej antykonkurencyjnego ograniczenia należy ocenić, czy ten sam wzrost efektywności można uzyskać po porównywalnych kosztach, na przykład dzięki samym wymogom dotyczącym usług.
- (147) Przykład ilościowej dystrybucji selektywnej

Na rynku wyrobów konsumpcyjnych trwałego użytku producent marki A, będący liderem rynku z udziałem w rynku wynoszącym 35 %, sprzedaje swoje produkty konsumentom końcowym za pośrednictwem systemu dystrybucji selektywnej. Istnieje kilka kryteriów przyjęcia do systemu: sklep musi zatrudniać przeszkolony personel i świadczyć usługi przedsprzedażne; na terenie sklepu musi istnieć specjalny obszar przeznaczony do sprzedaży produktu i podobnych produktów hi-tech; sklep musi sprzedawać szeroką gamę modeli dostawcy i eksponować je w atrakcyjny sposób. Co więcej, liczba detalistów, którzy mogą zostać przyjęci do systemu, jest bezpośrednio

ograniczona przez określenie maksymalnej liczby detalistów na liczbę mieszkańców każdej prowincji lub obszaru miejskiego. Producent A ma 6 konkurentów na tym rynku. Jego najwięksi konkurenci to producenci marek B, C i D, których udział w rynku wynosi odpowiednio 25 %, 15 % i 10 %, podczas gdy inni producenci mają mniejsze udziały w rynku. A jest jedynym producentem stosującym dystrybucję selektywną. Selektywni dystrybutorzy marki A zawsze obsługują kilka konkurencyjnych marek. Konkurencyjne marki są jednak również powszechnie sprzedawane w sklepach nienależących do systemu dystrybucji selektywnej producenta 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 ma bezpośredniego wpływu na zewnętrzną konkurencję międzymarkową. Wewnętrzna konkurencja międzymarkowa dla marki A może być ograniczona, ale konsumenci mają dostęp do świadczących ograniczone usługi i mających niskie ceny detalistów sprzedających marki B i C, które mają podobny wizerunek jakości, co marka A. Co więcej, dostęp innych marek do detalistów świadczących usługi wysokiej jakości nie jest zamknięty, ponieważ nie ma ograniczenia co do możliwości sprzedaży konkurencyjnych marek przez wybranych dystrybutorów, a ilościowe ograniczenie dotyczące liczby dystrybutorów marki A pozwala innym detalistom świadczącym usługi wysokiej jakości na swobodną dystrybucję konkurencyjnych marek. W tym przypadku, ze względu na wymogi dotyczące usług i efektywność, którą mogą one zapewnić, oraz ograniczony wpływ na wewnętrzną konkurencję międzymarkową, warunki określone w art. 101 ust. 3 są prawdopodobnie spełnione.

(148) Przykład dystrybucji selektywnej ze skutkami skumulowanymi

Na rynku konkretnego artykułu sportowego działa siedmiu producentów, których udział w rynku wynosi odpowiednio: 25 %, 20 %, 15 %, 15 %, 10 %, 8 % i 7 %. Pięciu największych producentów dystrybuje swoje produkty w ramach ilościowej dystrybucji selektywnej, a dwóch najmniejszych stosuje inne systemy dystrybucji, co daje wskaźnik pokrycia dystrybucji selektywnej w wysokości 85 %. Kryteria dostępu do systemów dystrybucji selektywnej są wśród producentów jednolite: dystrybutorzy są zobowiązani posiadać co najmniej jeden sklep stacjonarny; sklepy muszą zatrudniać przeszkolony personel i świadczyć usługi przedsprzedażne; na terenie sklepu musi istnieć specjalny obszar przeznaczony do sprzedaży produktu, określona jest też minimalna wielkość tego obszaru. Sklep musi sprzedawać szeroką gamę danej marki i eksponować produkt w atrakcyjny sposób; sklep musi być położony przy handlowej ulicy, a produkt musi stanowić przynajmniej 30 % łącznego obrotu sklepu. Zazwyczaj ten sam dystrybutor jest autoryzowanym dystrybutorem dla wszystkich pięciu marek. Dwie marki niekorzystające z dystrybucji selektywnej zwykle sprzedają za pośrednictwem mniej wyspecjalizowanych detalistów świadczących usługi na niższym poziomie jakości. Rynek jest stabilny, zarówno pod względem podaży, jak i popytu oraz istnieje silne zróżnicowanie produktów, przy czym istotny jest wizerunek marki. 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. Dzieje się tak, ponieważ wymóg, aby produkt odpowiadał za co najmniej 30 % działalności dystrybutorów, oraz kryteria prezentacji i usług przedsprzedażnych uniemożliwiają większości sklepów dyskontowych wejście do sieci autoryzowanych dystrybutorów. Ponadto wymóg posiadania co najmniej jednego sklepu stacjonarnego wyklucza z sieci dystrybutorów prowadzących działalność tylko przez internet. W konsekwencji konsumenci nie mają wyboru i muszą kupować pięć wiodących marek w sklepach świadczących usługi wysokiej jakości i mających wysokie ceny. Prowadzi to do zmniejszonej zewnętrznej konkurencji międzymarkowej między pięcioma wiodącymi markami. Fakt, iż dwie najmniejsze marki można nabyć w sklepach świadczących ograniczone usługi i mających niskie ceny nie rekompensuje tego, ponieważ wizerunek marki w przypadku pięciu liderów rynku jest dużo lepszy. Zewnętrzna konkurencja międzymarkowa jest również ograniczona poprzez wielokrotną dystrybucję. Mimo że istnieje nawet pewien stopień wewnętrznej konkurencji międzymarkowej, a liczba dystrybutorów nie jest bezpośrednio ograniczona, kryteria przyjęcia są dostatecznie ostre, aby spowodować istnienie niewielkiej liczby dystrybutorów sprzedających pięć wiodących marek na każdym terytorium.

Wzrost efektywności związany z takimi systemami ilościowej dystrybucji selektywnej jest niski: produkt nie jest bardzo złożony i nie uzasadnia szczególnych usług wysokiej jakości. O ile producenci nie udowodnią, że istnieje wyraźny wzrost efektywności związany z ich systemem dystrybucji selektywnej, prawdopodobne jest, że wyłączenie grupowe zostanie wycofane ze względu na obecność skumulowanych skutków ograniczających powodujących mniejszy wybór i wyższe ceny dla konsumentów.

4.6.3. *Franczyza*

- (149) Umowy franczyzy zawierają licencje dotyczące praw własności intelektualnej związanych w szczególności ze znakami towarowymi lub oznaczeniami oraz know-how do celów wykorzystania i dystrybucji towarów lub usług. Oprócz udzielenia licencji na PWI, francyzodawca zwykle zapewnia francyzobiorcy w czasie trwania umowy pomoc handlową lub techniczną. Licencja i pomoc są nieodłącznymi składnikami sposobu prowadzenia działalności objętego francyzą. Francyzobiorca zwykle płaci francyzodawcy opłatę francyzową za możliwość wykorzystania konkretnego sposobu prowadzenia działalności. Franczyza umożliwia francyzodawcy stworzenie, przy ograniczonych inwestycjach, jednolitej sieci dystrybucji jego produktów. Oprócz dostarczania sposobu prowadzenia działalności umowy franczyzy zawierają zwykle połączenie różnych ograniczeń wertykalnych dotyczących dystrybuowanych produktów, w szczególności dystrybucji selektywnej, zakazu konkurowania, wyłącznej dystrybucji lub ich łagodniejsze formy.
- (150) Franczyza (z wyjątkiem umów franczyzy przemysłowej) ma pewne szczególne cechy, takie jak używanie jednolitej nazwy handlowej, stosowanie jednolitych sposobów prowadzenia działalności (w tym licencjonowanie PWI) oraz uiszczanie opłat licencyjnych w zamian za przyznane korzyści. W związku z tymi cechami szczególnymi przepisy, które są ściśle niezbędne do funkcjonowania takich systemów dystrybucji, można uznać za niewchodzące w zakres stosowania art. 101

ust. 1. Dotyczy to na przykład ograniczeń uniemożliwiających konkurentom czerpanie korzyści z know-how i pomocy dostarczanych przez francyzodawcę⁶⁴ oraz zakazu konkutowania w odniesieniu do towarów lub usług nabywanych przez francyzobiorcę, który to zakaz jest konieczny do utrzymania wspólnej tożsamości i reputacji sieci francyzowej. W tym ostatnim przypadku okres trwania zakazu konkutowania nie ma znaczenia, o ile nie przekracza czasu trwania samej umowy francyzowej.

- (151) Umowy francyzowej podlegają rozporządzeniu VBER, jeżeli udział w rynku zarówno dostawcy, jak i nabywcy nie przekracza 30 %⁶⁵. Kwestię udzielania licencji na prawa własności intelektualnej w umowach francyzowej omówiono w pkt 67–82 niniejszych wytycznych. Ograniczenia wertykalne zawarte w umowach francyzowej ocenia się zgodnie z zasadami mającymi zastosowanie do systemu dystrybucji, który jest najbardziej zbliżony do charakteru określonej umowy francyzowej. Na przykład umowę francyzowej, która prowadzi do powstania zamkniętej sieci, ponieważ członkom zakazuje się sprzedaży podmiotom niebędącym członkami, ocenia się na podstawie zasad mających zastosowanie do dystrybucji selektywnej. Natomiast umowę francyzowej, na podstawie której przyznaje się wyłączność terytorialną i ochronę przed sprzedażą czynną przez innych francyzobiorców, ocenia się zgodnie z zasadami mającymi zastosowanie do dystrybucji wyłącznej.
- (152) Umowy francyzowej zawierające najpoważniejsze ograniczenia konkurencji, w tym narzucenie cen odsprzedaży⁶⁶, nie są objęte rozporządzeniem VBER. Umowy nieobjęte rozporządzeniem VBER wymagają indywidualnej oceny na podstawie art. 101. W ocenie tej należy uwzględnić fakt, że im ważniejsze jest przekazanie know-how, tym bardziej jest prawdopodobne, że ograniczenia wertykalne wywołują wzrost efektywności lub są niezbędne w celu ochrony know-how, a tym samym spełniają warunki określone w art. 101 ust. 3.
- (153) Przykłady francyzowej

Producent opracował nowy sposób sprzedaży słodczy w tak zwanych zabawnych sklepach, gdzie słodczy mogą być barwione na żądanie konsumenta. Producent słodczy skonstruował również maszyny do barwienia słodczy i produkuje płyny barwiące. Jakość i świeżość płynów ma pierwszorzędne znaczenie dla produkcji słodczy dobrej jakości. Słodczy producenta odniosły sukces dzięki pewnej liczbie własnych sklepów detalicznych działających pod tą samą nazwą handlową i mających jednolity zabawny wizerunek (np. wspólny styl sklepów i reklamy). W celu zwiększenia sprzedaży producent uruchomił system francyzowej. Aby zapewnić jednolitą jakość produktów i jednolity wizerunek sklepów, francyzobiorcy są zobowiązani kupować słodczy, płyny i maszyny barwiące od producenta, działać pod tą samą nazwą handlową, płacić opłatę francyzową, uczestniczyć we wspólnych reklamach i zapewnić poufność podręcznika operacyjnego przygotowanego przez francyzodawcę. Oprócz tego mogą sprzedawać jedynie w uzgodnionych miejscach, jedynie użytkownikom końcowym lub innym francyzobiorcom. Nie wolno im sprzedawać innych słodczy. Francyzodawcy nie wolno wyznaczyć innego

⁶⁴ Zob. wyrok w sprawie 161/84, Pronuptia de Paris GmbH/Pronuptia de Paris Irmgard Schillgallis, EU:C:1986:41, pkt 16.

⁶⁵ Zob. również pkt 86–95, w szczególności pkt 92.

⁶⁶ Zob. wyrok w sprawie 161/84, Pronuptia de Paris GmbH/Pronuptia de Paris Irmgard Schillgallis, EU:C:1986:41, pkt 23.

franczyzobiorcy ani samemu prowadzić punktu sprzedaży detalicznej na danym terytorium objętym umową. Francyzodawca jest również zobowiązany do aktualizacji i dalszego rozwoju swych produktów, perspektyw prowadzenia działalności oraz podręcznika operacyjnego i udostępniania tych udoskonaleń wszystkim franczyzobiorcom. Umowy franczyzy zawierane są na okres 10 lat.

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

Większość zobowiązań zawartych w umowie franczyzy można uznać za konieczne do ochrony praw własności intelektualnej lub utrzymania wspólnej tożsamości i renomy sieci francyzowej, nie wchodzi one w związku z tym w zakres stosowania art. 101 ust. 1. Ograniczenia sprzedaży (np. określenie terytorium objętego umową i dystrybucja selektywna) stanowią bodziec dla franczyzobiorców do inwestowania w koncepcję franczyzy oraz maszynę do barwienia i pomagają zachować wspólną tożsamość, równoważąc w ten sposób zanik wewnętrznej konkurencji międzymarkowej. Klauzula dotycząca zakazu konkurencji, wyłączająca inne marki słodczy ze sklepów przez pełen okres obowiązywania umowy, pozwala francyzodawcy na zachowanie jednolitego kształtu punktów sprzedaży i uniemożliwia konkurentom osiąganie korzyści z jego nazwy handlowej. Ze względu na dużą liczbę punktów sprzedaży dostępnych dla innych producentów słodczy nie prowadzi to do poważnego zamknięcia dostępu do rynku. W rezultacie umowy franczyzy prawdopodobnie spełniają warunki wyłączenia na podstawie art. 101 ust. 3 na tyle, na ile wchodzi w zakres stosowania art. 101 ust. 1.

5. DEFINICJA RYNKU I OBLICZANIE UDZIAŁU W RYNKU

5.1. Obwieszczenie w sprawie definicji rynku

- (154) Obwieszczenie Komisji w sprawie definicji rynku właściwego do celów wspólnotowego prawa konkurencji („obwieszczenie w sprawie definicji rynku”) zawiera wskazówki dotyczące zasad, kryteriów i dowodów, z jakich korzysta Komisja przy rozważaniu zagadnień związanych z definicją rynku⁶⁷. Rynek właściwy do celów stosowania art. 101 do porozumień wertykalnych należy zatem definiować na podstawie tych wytycznych oraz wszelkich przyszłych wytycznych dotyczących definicji rynku właściwego do celów unijnego prawa konkurencji. Niniejsze wytyczne obejmują jedynie konkretne zagadnienia pojawiające się w kontekście stosowania rozporządzenia VBER, nieobjęte obwieszczeniem w sprawie definicji rynku.

⁶⁷

Dz.U. C 372 z 9.12.1997, s. 5.

5.2. Obliczanie udziałów w rynku na podstawie rozporządzenia VBER

- (155) Na podstawie art. 3 rozporządzenia VBER udział w rynku zarówno dostawcy, jak i nabywcy jest decydujący dla stwierdzenia, czy wyłączenie grupowe ma zastosowanie. Aby rozporządzenie VBER mogło mieć zastosowanie, udział w rynku dostawcy na rynku, na którym sprzedaje nabywcy towary lub usługi objęte porozumieniem, jak i udział w rynku nabywcy na rynku, na którym kupuje towary lub usługi objęte porozumieniem, nie może przekraczać 30 %. W przypadku porozumień między MŚP nie ma zazwyczaj konieczności obliczania udziałów w rynku (zob. pkt 26 niniejszych wytycznych).
- (156) Na szczeblu dystrybucji ograniczenia wertykalne zazwyczaj 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, a mianowicie dystrybucję wyłączną, selektywną lub swobodną. Jeżeli dostawcy zwyczajowo sprzedają gamę produktów, cała gama może określać definicję rynku produktowego, gdy to gamy, a nie ujęte w nich poszczególne produkty są postrzegane przez nabywców jako substytuty.
- (157) Jeżeli porozumienie wertykalne obejmuje trzy strony, z których każda działa na innym szczeblu obrotu handlowego, udział w rynku każdej z nich nie może przekraczać 30 %, aby rozporządzenie VBER miało zastosowanie. Jak określono w art. 3 ust. 2 rozporządzenia VBER, jeżeli w ramach porozumienia wielostronnego przedsiębiorstwo nabywa towary lub usługi objęte porozumieniem od jednego przedsiębiorstwa będącego stroną porozumienia i sprzedaje te towary lub usługi objęte porozumieniem innemu przedsiębiorstwu również będącemu stroną porozumienia, rozporządzenie VBER ma zastosowanie wyłącznie wówczas, gdy udział w rynku, jaki posiada ono zarówno jako nabywca, jak i jako dostawca, nie przekracza 30 %. Jeżeli, na przykład, w porozumieniu między producentem, hurtownikiem (lub stowarzyszeniem detalistów) i detalistą zostanie uzgodniony zakaz konkurencji, to wówczas – aby można było skorzystać z rozporządzenia VBER – udziały w rynku producenta i hurtownika (lub stowarzyszenia detalistów) na odpowiednich rynkach dostaw nie mogą przekraczać 30 %, a udział w rynku hurtownika (lub stowarzyszenia detalistów) i detalisty nie może przekraczać 30 % na odpowiednich rynkach zakupów.
- (158) Jeżeli porozumienie wertykalne, oprócz dostaw towarów lub usług objętych porozumieniem, zawiera również postanowienia dotyczące praw własności intelektualnej (takie jak postanowienie dotyczące używania znaku towarowego dostawcy), które pomagają nabywcy w zbyciu towarów lub usług objętych porozumieniem, udział w rynku dostawcy na rynku, na którym sprzedaje on towary lub usługi objęte porozumieniem, jest istotny dla stosowania rozporządzenia VBER. Jeżeli franczyzodawca nie dostarcza towarów lub usług do celów ich odsprzedaży, ale dostarcza pakiet towarów lub usług w połączeniu z postanowieniami dotyczącymi praw własności intelektualnej, które razem stanowią sposób prowadzenia działalności stanowiący przedmiot franczyzy, franczyzodawca powinien brać pod uwagę swój udział w rynku jako dostawcy metody dostarczania określonych towarów lub usług użytkownikom końcowym. W tym celu franczyzodawca powinien obliczyć swój udział w rynku, na którym franczyzobiorcy wykorzystują sposób prowadzenia działalności do dostarczania towarów lub usług użytkownikom końcowym. Franczyzodawca musi zatem opierać swój udział w rynku na wartości towarów lub usług dostarczanych przez jego franczyzobiorców

na tym rynku. Konkurentami francyzodawcy na takim rynku mogą być dostawcy innych sposobów prowadzenia działalności stanowiących przedmiot franczyzy, ale również dostawcy substytucyjnych towarów lub usług, w przypadku których nie stosuje się franczyzy. Na przykład, bez uszczerbku dla definicji takiego rynku, jeżeli istnieje rynek na usługi typu fast-food, francyzodawca działający na takim rynku powinien obliczyć swój udział w rynku w oparciu o odnośne dane dotyczące sprzedaży przez jego francyzobiorców na tym rynku.

5.3. Obliczanie udziałów w rynku na podstawie rozporządzenia VBER

- (159) Jak określono w art. 7 lit. a) rozporządzenia VBER, udziały dostawcy i nabywcy w rynku wylicza się z reguły na podstawie danych dotyczących wartości. Jeżeli dane dotyczące wartości są niedostępne, można dokonać uzasadnionych szacunków na podstawie innych wiarygodnych informacji rynkowych, w tym dotyczących wielkości sprzedaży.
- (160) Wewnętrzne dostawy towarów lub usług pośrednich na własny użytek dostawcy mogą mieć w danym przypadku znaczenie dla analizy dotyczącej konkurencji, ale nie będą brane pod uwagę do celów definicji rynku lub obliczania udziałów w rynku na podstawie rozporządzenia VBER. Natomiast zgodnie z art. 7 lit. c) rozporządzenia VBER w przypadku podwójnej dystrybucji towarów końcowych (tj. gdy dostawca towarów końcowych działa również jako dystrybutor tych towarów na rynku) definicja rynku i obliczenie udziału w rynku powinny obejmować sprzedaż własnych towarów dokonaną przez dostawcę za pośrednictwem jego zintegrowanych wertykalnie dystrybutorów i agentów. Zintegrowani dystrybutorzy są przedsiębiorstwami powiązanymi w rozumieniu art. 1 ust. 2 rozporządzenia VBER⁶⁸.

6. STOSOWANIE ROZPORZĄDZENIA VBER

6.1. Najpoważniejsze ograniczenia konkurencji na podstawie rozporządzenia VBER

- (161) Art. 4 rozporządzenia VBER zawiera wykaz najpoważniejszych ograniczeń, uznawanych za poważne ograniczenia konkurencji, których w większości przypadków należałoby zakazać ze względu na szkody, jakie wyrządzają konsumentom. Porozumienia wertykalne, które obejmują co najmniej jedno najpoważniejsze ograniczenie konkurencji, są w całości wyłączone z zakresu stosowania rozporządzenia VBER.
- (162) Te najpoważniejsze ograniczenia konkurencji wymienione w art. 4 rozporządzenia VBER mają zastosowanie do porozumień wertykalnych dotyczących wymiany handlowej *wewnątrz* Unii. W związku z tym w zakresie, w jakim porozumienia wertykalne dotyczą wywozu poza Unię lub przywozu/ponownego przywozu spoza Unii, orzecznictwo TSUE sugeruje, że takie porozumienia nie mogą być uznane za mające na celu znaczące ograniczenie konkurencji w Unii ani za mogące jako takie wpłynąć na wymianę handlową między państwami członkowskimi⁶⁹.
- (163) Najpoważniejsze ograniczenia konkurencji w rozumieniu art. 4 rozporządzenia VBER zasadniczo stanowią ograniczenia konkurencji ze względu na cel

⁶⁸ Do celów zdefiniowania rynku i obliczenia udziałów w rynku nie jest istotne, czy zintegrowany dystrybutor sprzedaje dodatkowo towary lub usługi konkurentów.

⁶⁹ Zob. wyrok w sprawie C-306/96, Javico/Yves Saint Laurent, EU:C:1998:173, pkt 20.

w rozumieniu art. 101 ust. 1⁷⁰. Ograniczenia konkurencji ze względu na cel w rozumieniu art. 101 ust. 1 to takie porozumienia, które ze względu na swój charakter mogą ograniczać konkurencję⁷¹. W tym względzie, jak wynika z orzecznictwa Trybunału, pewne rodzaje współpracy między przedsiębiorstwami są szkodliwe dla konkurencji w stopniu wystarczającym do tego, aby można było stwierdzić, że nie ma konieczności badania ich skutków⁷². Stwierdzenie ograniczeń ze względu na cel wymaga indywidualnej oceny danego porozumienia wertykalnego. Z kolei najpoważniejsze ograniczenia konkurencji odpowiadają kategorii ograniczeń w rozumieniu rozporządzenia VBER, w przypadku których domniemywa się, że zasadniczo powodują szkodę dla konkurencji w takim stopniu, że porozumienie wertykalne zawierające takie najpoważniejsze ograniczenie konkurencji nie może zostać objęte wyłączeniem grupowym na podstawie art. 2 ust. 1 rozporządzenia VBER.

- (164) Najpoważniejsze ograniczenia konkurencji nie muszą jednak wchodzić w zakres stosowania art. 101 ust. 1. Jeżeli najpoważniejsze ograniczenie konkurencji w rozumieniu rozporządzenia VBER jest obiektywnie niezbędne do tego, by konkretny rodzaj lub charakter porozumienia wertykalnego przykładowo zapewnił zgodność z publicznym zakazem sprzedaży substancji niebezpiecznych określonym klientom ze względów bezpieczeństwa lub ze względów zdrowotnych, takie porozumienie wyjątkowo nie wchodzi w zakres stosowania art. 101 ust. 1. W świetle powyższego, a w szczególności faktu, że najpoważniejsze ograniczenia konkurencji zasadniczo stanowią ograniczenia konkurencji ze względu na cel, przy ocenie porozumienia wertykalnego Komisja zastosuje następujące zasady:
- a) Jeżeli porozumienie wertykalne zawiera najpoważniejsze ograniczenie konkurencji w rozumieniu art. 4 rozporządzenia VBER, porozumienie to prawdopodobnie wejdzie w zakres art. 101 ust. 1.
 - b) Porozumienie, które zawiera najpoważniejsze ograniczenie konkurencji w rozumieniu art. 4 rozporządzenia VBER, prawdopodobnie nie spełni wymogów określonych w art. 101 ust. 3⁷³.
- (165) Przedsiębiorstwo może wykazać w indywidualnych przypadkach skutki prokonkurencyjne na podstawie art. 101 ust. 3⁷⁴. W tym celu przedsiębiorstwo musi udowodnić, że wzrost efektywności jest prawdopodobny oraz że wzrost ten prawdopodobnie wyniknie z włączenia najpoważniejszego ograniczenia konkurencji do porozumienia, a także musi wykazać, że spełnione są wszystkie warunki określone w art. 101 ust. 3. W takim przypadku przed dokonaniem ostatecznej oceny, czy spełnione zostały warunki zawarte w art. 101 ust. 3, Komisja oceni

⁷⁰ Zob. Komisja, wytyczne w sprawie ograniczeń konkurencji „ze względu na cel” na potrzeby określenia, które porozumienia mogą korzystać z zawiadomienia *de minimis*, SWD(2014) 198 final, s. 4.

⁷¹ Zob. wyrok w sprawie C-8/08, T-Mobile Netherlands, EU:C:2009:343, pkt 31.

⁷² Zob. wyrok w sprawie C-67/13, Groupement des Cartes Bancaires, EU:C:2014:2204, pkt 49.

⁷³ Zob. wyrok w sprawie C-439/09, Pierre Fabre, EU:C:2011:649, pkt 57.

⁷⁴ Zob. w szczególności pkt 14 lit. a)–i) niniejszych wytycznych, w których opisano ogólnie możliwy wzrost efektywności związany z ograniczeniami wertykalnymi, oraz sekcja 6.1.1. niniejszych wytycznych dotycząca ograniczeń cen odsprzedaży. Ogólne wskazówki na ten temat – zob. komunikat Komisji – Obwieszczenie – Wytyczne w sprawie stosowania art. 81 ust. 3 Traktatu, Dz.U. C 101 z 27.4.2004, s. 97.

negatywny wpływ na konkurencję, jaki może wynikać z włączenia najpoważniejszego ograniczenia konkurencji do porozumienia⁷⁵.

(166) W poniższych trzech punktach niniejszych wytycznych przedstawiono przykłady ilustrujące, w jakich wyjątkowych okolicznościach najpoważniejsze ograniczenie konkurencji może nie wchodzić w zakres stosowania art. 101 ust. 1.

(167) Przykład rzeczywistego wejścia na rynek

Dystrybutor, który jako pierwszy sprzedaje nową markę lub istniejącą markę na nowym rynku, zapewniając w ten sposób rzeczywiste wejście na rynek, może być zmuszony do poczynienia znaczących inwestycji, jeżeli na rynku nie było wcześniej popytu na ten konkretny typ produktu w ogóle lub na tego typu produkt od tego konkretnego producenta. W takich okolicznościach, biorąc pod uwagę, że takie wydatki często mogą być nie do odzyskania, dystrybutor może nie zawrzeć umowy dystrybucji bez uzyskania przez pewien czas ochrony przed prowadzeniem przez innych dystrybutorów sprzedaży czynnej oraz biernej na jego własnym terytorium lub na rzecz jego własnej grupy klientów.

Przykładowo taka sytuacja może mieć miejsce, gdy producent o ustalonej pozycji na danym rynku krajowym wchodzi na inny rynek krajowy i wprowadza swoje produkty przy pomocy wyłącznego dystrybutora, który musi 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 wchodzą w zakres stosowania art. 101 ust. 1 przez pierwsze dwa lata, w których to dystrybutor sprzedaje objęte porozumieniem towary lub usługi na tym terytorium lub na rzecz tej grupy klientów, nawet jeżeli takie ograniczenia zazwyczaj uznano by za najpoważniejsze ograniczenia konkurencji, co do których domniemywa się, że wchodzą w zakres stosowania art. 101 ust. 1.

(168) Przykład wzajemnych dostaw między autoryzowanymi dystrybutorami

W przypadku systemu dystrybucji selektywnej wzajemne dostawy między autoryzowanymi dystrybutorami muszą zasadniczo pozostać nieograniczone (zob. pkt 187 niniejszych wytycznych). Jeżeli jednak autoryzowani hurtownicy usytuowani na różnych terytoriach są zobowiązani do zainwestowania w działania promocyjne na terytorium, na którym dystrybuują dane towary lub usługi, aby wspierać sprzedaż prowadzoną przez autoryzowanych dystrybutorów, i nie jest możliwe w praktyce określenie w umowie wymaganych działań promocyjnych, ograniczenia sprzedaży czynnej prowadzonej przez tych hurtowników na rzecz autoryzowanych dystrybutorów na terytoriach innych hurtowników, mające na celu przezwyciężenie ewentualnych problemów związanych z niewłaściwą działalnością rynkową, mogą

⁷⁵

Taka ocena pozostaje bez uszczerbku dla faktu, że szczególne ograniczenia mogą jednak być nieważne z mocy prawa, jeżeli stanowią naruszenie zakazów dotyczących sprzedaży biernej określonych w rozporządzeniu w sprawie blokowania geograficznego, zob. art. 6 ust. 2 rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2018/302 z dnia 28 lutego 2018 r. w sprawie nieuzasadnionego blokowania geograficznego oraz innych form dyskryminacji klientów ze względu na przynależność państwową, miejsce zamieszkania lub miejsce prowadzenia działalności na rynku wewnętrznym oraz w sprawie zmiany rozporządzeń (WE) nr 2006/2004 oraz (UE) 2017/2394 i dyrektywy 2009/22/WE.

w indywidualnych przypadkach spełniać warunki zawarte w art. 101 ust. 3.

(169) Przykład faktycznego testowania

W przypadku faktycznego testowania nowego produktu na ograniczonym terytorium lub wśród ograniczonej grupy klientów lub w przypadku stopniowego wprowadzania nowego produktu dystrybutorzy wyznaczeni do sprzedaży nowego produktu na rynku próbnym lub do uczestniczenia w pierwszym etapie (pierwszych etapach) stopniowego wprowadzania produktu na rynek mogą być ograniczeni, jeżeli chodzi o aktywną sprzedaż poza rynkiem próbnym lub rynkiem (rynkami), na którym (których) produkt wprowadza się w pierwszej kolejności, a takie ograniczenie nie wchodzi w zakres stosowania art. 101 ust. 1 przez okres niezbędny do przetestowania lub wprowadzenia produktu na rynek.

6.1.1. *Narzucenie cen odsprzedaży*

- (170) Najpoważniejsze ograniczenie konkurencji wymienione w art. 4 lit. a) rozporządzenia VBER dotyczy narzucenia cen odsprzedaży (zwanego dalej „NCO”), tj. porozumień lub praktyk uzgodnionych, których bezpośrednim lub pośrednim celem jest ustanowienie stałej lub minimalnej ceny odsprzedaży bądź stałego lub minimalnego poziomu cen, których nabywca musi przestrzegać⁷⁶. Porozumienie wertykalne lub praktyka uzgodniona, które odnoszą się do pewnego zakresu cen, którego nabywca musi przestrzegać, jest zatem niezgodne z art. 4 lit. a) rozporządzenia VBER.
- (171) NCO można ustanowić za pomocą bezpośrednich środków. Przykładem takiego rozwiązania są postanowienia umowne lub praktyki uzgodnione, w których bezpośrednio ustanawia się cenę detaliczną, co powoduje niewątpliwe ograniczenia⁷⁷. Takie ograniczenia obejmują postanowienia umowne umożliwiające dostawcy ustalenie ceny, którą nabywca musi narzucić swoim klientom, lub zakazujące nabywcy sprzedaż poniżej określonego poziomu cen. Ograniczenie jest również niewątpliwe w przypadku, gdy dostawca wymaga zwiększenia ceny, a nabywca spełnia ten wymóg.
- (172) NCO można również osiągnąć dzięki środkom pośrednim, takim jak zachęty do przestrzegania ceny minimalnej lub bodźce zniechęcające do odchodzenia od ceny minimalnej. Poniższe przykłady stanowią niewyczerpujący wykaz takich środków pośrednich:
- ustalanie marży 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;

⁷⁶ Więcej na temat rozróżnienia między porozumieniem wertykalnym a praktykami uzgodnionymi zob. pkt 48–51 niniejszych wytycznych. Rozróżnienie to jednak dotychczas nie miało istotnego znaczenia dla egzekwowania prawa, ponieważ do stwierdzenia naruszenia art. 101 nie jest konieczne rozróżnienie tych dwóch elementów. Ponadto należy zauważyć, że NCO może być powiązane z innymi ograniczeniami, w tym z horyzontalną złą w postaci uzgodnień typu hub-and-spoke, o których mowa w pkt 55 wytycznych horyzontalnych.

⁷⁷ Zob. na przykład decyzje Komisji w sprawie AT.40428, Guess, pkt 84, 86 i 137.

- wiązanie wymaganej ceny odsprzedaży z cenami odsprzedaży konkurentów oraz
 - pogrożki, zastraszanie, ostrzeżenia, kary, opóźnianie lub zawieszenie dostaw lub rozwiązanie umów w związku z przestrzeganiem danego poziomu cen.
- (173) Jak jednak określono w art. 4 lit. a) rozporządzenia VBER, nałożenie maksymalnej ceny detalicznej lub określenie zalecanej ceny odsprzedaży przez dostawcę samo w sobie nie stanowi NCO. Jeżeli jednak dostawca łączy taką cenę maksymalną lub zalecaną cenę odsprzedaży z zachętami do stosowania określonego poziomu cen lub z bodźcami zniechęcającymi do obniżania ceny sprzedaży, takie działanie może stanowić NCO. Przykładem zachęty do stosowania określonego poziomu cen może być zwrot kosztów promocji w przypadku przestrzegania maksymalnej ceny odsprzedaży lub zalecanej ceny odsprzedaży. Przykładem bodźców zniechęcających do obniżania ceny sprzedaży może być interwencja dostawcy w przypadku, gdy nabywca odchodzi od maksymalnej lub zalecanej ceny odsprzedaży, na przykład w postaci pogrozek dotyczących zaprzestania dalszych dostaw.
- (174) Podobnie polityka minimalnej ceny reklamowanej („polityka MAP”), w której zakazuje się detalistom reklamowania cen poniżej pewnej kwoty określonej przez dostawcę, również może stanowić NCO, na przykład w przypadkach gdy dostawca nakłada na detalistów kary za ostateczną sprzedaż poniżej cen przyjętych w polityce MAP, wymaga, aby nie oferowali oni upustów, lub uniemożliwia im informowanie, że ostateczna cena może odbiegać od cen przyjętych w polityce MAP.
- (175) Można zwiększyć skuteczność bezpośrednich lub pośrednich środków służących ustalaniu cen, łącząc je 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. Środki te jednak same w sobie nie wystarczą do stwierdzenia NCO, ponieważ mogą być stosowane przez dostawców w celu zwiększenia efektywności łańcucha dostaw lub dystrybucji bądź w innych celach niezwiązanych z bezpośrednimi i pośrednimi sposobami osiągnięcia NCO.
- (176) Monitorowanie cen jest coraz częściej stosowane w handlu elektronicznym, w którym zarówno producenci, jak i detalisci często wykorzystują specjalne oprogramowanie do monitorowania cen⁷⁸. To monitorowanie cen jako takie nie stanowi NCO. Zwiększa natomiast przejrzystość cen na rynku, co umożliwia producentom skuteczne śledzenie cen odsprzedaży w ich sieci dystrybucyjnej i szybką interwencję w razie spadku cen. Ponadto umożliwia detalistom skuteczne śledzenie cen stosowanych przez ich konkurentów i zgłaszanie spadków cen producentowi wraz z żądaniem, aby ten podjął interwencję w związku z takimi spadkami⁷⁹.
- (177) W przypadku umów agencyjnych cenę sprzedaży zwykle ustala dający zlecenie, ponieważ to on ponosi ryzyko handlowe i finansowe związane ze sprzedażą. Jeżeli jednak takiej umowy nie można zakwalifikować jako umowy agencyjnej do celów stosowania art. 101 ust. 1 (zob. w szczególności pkt 40–43 niniejszych wytycznych),

⁷⁸ Zob. dokument roboczy służb Komisji towarzyszący sprawozdaniu końcowemu na temat badania sektora handlu elektronicznego, SWD(2017) 154 final z 10 maja 2017 r., pkt 602–603.

⁷⁹ Zob. decyzje Komisji w sprawach: AT.40182, Pioneer, pkt 136 i 155; AT.40182, Denon & Marantz, pkt 95 oraz AT.40181, Philips, pkt 64. Zob. decyzje Komisji w sprawie AT.40182, Pioneer, pkt 136 oraz AT.40465, Asus, pkt 27.

zobowiązanie uniemożliwiające lub ograniczające dzielenie się przez agenta prowizją – niezależnie od tego, czy jest ona stała czy zmienna – z klientem jest najpoważniejszym ograniczeniem konkurencji w rozumieniu art. 4 lit. a) rozporządzenia VBER. Aby uniknąć stosowania takiego najpoważniejszego ograniczenia konkurencji, agent powinien mieć pozostawioną swobodę zmniejszania faktycznej ceny zapłaconej przez klienta bez zmniejszania dochodu dającego zlecenie⁸⁰.

- (178) Ustalanie ceny odsprzedaży w zawartym między dostawcą a nabywcą porozumieniu wertykalnym, które służy wykonaniu uprzedniej umowy między dostawcą a konkretnym użytkownikiem końcowym (zwanym dalej „porozumieniem w sprawie wykonania umowy”), nie stanowi NCO, jeżeli użytkownik końcowy zrzekł się prawa do wyboru przedsiębiorstwa, które ma wykonać umowę. W takim przypadku ustalanie ceny odsprzedaży nie powoduje ograniczenia w rozumieniu art. 101 ust. 1, ponieważ cena odsprzedaży nie podlega już konkurencji w odniesieniu do danego użytkownika końcowego. Ma to jednak zastosowanie jedynie w przypadku, gdy porozumienie w sprawie wykonania umowy nie stanowi umowy agencyjnej niewchodzącej w zakres art. 101 ust. 1, jak opisano w szczególności w pkt 40–43 niniejszych wytycznych, na przykład ze względu na fakt, że nabywca nabywa prawo własności w odniesieniu do towarów objętych porozumieniem i przeznaczonych do odsprzedaży, lub ze względu na fakt, że ponosi on wyższe niż nieznaczne ryzyko związane z wykonaniem umowy. Jeżeli natomiast użytkownik końcowy nie zrzekł się prawa do wyboru przedsiębiorstwa, które ma wykonać umowę, dostawca nie może ustalić ceny odsprzedaży, nie naruszając przy tym art. 4 lit. a) rozporządzenia VBER. Może jednak ustalić maksymalną cenę odsprzedaży w celu umożliwienia konkurencji cenowej na potrzeby wykonania umowy.
- (179) Art. 4 lit. a) rozporządzenia VBER ma pełne zastosowanie w gospodarce platform internetowych. W szczególności, jeżeli przedsiębiorstwo świadczy usługi pośrednictwa internetowego zgodnie z art. 1 ust. 1 lit. d) rozporządzenia VBER, jest ono dostawcą i w związku z tym musi przestrzegać przepisów art. 4 lit. a) rozporządzenia VBER w celu uniknięcia najpoważniejszych ograniczeń konkurencji w odniesieniu do towarów lub usług będących przedmiotem pośrednictwa. Choć fakt ten nie uniemożliwia dostawcy usług pośrednictwa internetowego oferowania użytkownikom tych usług zachęt do sprzedaży ich towarów lub usług na poziomie konkurencyjnym lub do zmniejszenia ich cen, art. 4 lit. a) rozporządzenia VBER uniemożliwia dostawcy usług pośrednictwa internetowego nakładanie stałej lub minimalnej ceny sprzedaży w odniesieniu do transakcji, w której pośredniczy.
- (180) TSUE wielokrotnie stwierdzał, że umowa, w której ustala się minimalne lub stałe ceny detaliczne i która uniemożliwia nabywcy określenie jego cen odsprzedaży w sposób niezależny, ogranicza konkurencję ze względu na cel w rozumieniu art. 101 ust. 1⁸¹. Jak jednak wspomniano w pkt 163–165 niniejszych wytycznych, zakwalifikowanie danego ograniczenia jako najpoważniejszego ograniczenia konkurencji oraz jako ograniczenia ze względu na cel nie oznacza, że umowy narzucające ceny odsprzedaży same w sobie stanowią naruszenie art. 101. Jeżeli przedsiębiorstwa uznają, że w danym przypadku NCO powoduje zwiększenie

⁸⁰ Zob. na przykład decyzja Komisji w sprawie nr IV/32.737, Eirpage, w szczególności pkt 6.

⁸¹ Wyroki w sprawach: 243/83, Binon/AMP, EU:C:1985:284, pkt 44; C-311/85, VVR/Sociale Dienst van de Plaatselijke en Gewestelijke Overheidsdiensten, EU:C:1987:418, pkt 17; C-27/87, SPRL Louis Erauw-Jacquery/La Hesbignonne SC, EU:C:1988:183, pkt 15.

efektywności, mogą przedstawić uzasadnienia dotyczące zwiększenia efektywności na podstawie art. 101 ust. 3.

- (181) NCO zasadniczo uważa się za poważne ograniczenie konkurencji, ponieważ może ograniczać wewnętrzną lub zewnętrzną konkurencję międzymarkową na różne sposoby:
- a) Bezpośrednim skutkiem NCO jest wyeliminowanie wewnętrznej konkurencji międzymarkowej pod względem cen poprzez uniemożliwienie wszystkim lub niektórym dystrybutorom obniżania ich cen sprzedaży w odniesieniu do danej marki, co tym samym powoduje zwiększenie cen w odniesieniu do tej marki.
 - b) NCO może sprzyjać zмовie między dostawcami, szczególnie na rynkach podatnych na skutki zмовy, na przykład jeżeli dostawcy tworzą ścisły oligopol, a porozumienia narzucające ceny odsprzedaży obejmują znaczną część rynku. Jest to również możliwe w przypadku, gdy dostawcy dystrybuują swoje towary lub usługi za pośrednictwem tych samych dystrybutorów, a tym samym umożliwiają im wykorzystanie NCO jako narzędzia do osiągnięcia równowagi zмовy. NCO ogólnie ułatwia wykrycie, czy dostawca narusza równowagę zмовy, obniżając ceny. Oznacza to, że gdyby dostawca zdecydował, że nie będzie realizować swojej polityki NCO w celu zwiększenia swojej sprzedaży detalicznej, NCO umożliwiłoby pozostałym dostawcom łatwiejsze wykrycie wynikającego z tego spadku cen detalicznych i podjęcie w związku z tym odpowiednich działań.
 - c) NCO może sprzyjać zмовie między nabywcami na poziomie dystrybucji. Wynikająca z tego utrata konkurencji cenowej wydaje się szczególnym problemem w przypadku, gdy to nabywcy stoją za NCO. Silni lub dobrze zorganizowani nabywcy mogą zmusić lub przekonać jednego lub kilku ze swoich dostawców do ustalenia ceny odsprzedaży powyżej konkurencyjnego poziomu, co tym samym pomoże nabywcom osiągnąć lub ustabilizować równowagę zмовy. NCO służy jako narzędzie zobowiązujące detalistów do tego, by nie odchodzili od równowagi zмовy za pomocą upustów cenowych.
 - d) NCO może zmniejszyć naciski na marżę dostawcy, w szczególności w przypadku, gdy producent ma problem ze zobowiązaniami, tj. gdy w jego interesie leży obniżanie cen nakładanych na kolejnych dystrybutorów. W takiej sytuacji producent może zgodzić się na NCO, aby ułatwić sobie zobowiązanie się do nieobniżania ceny dla kolejnych dystrybutorów i zmniejszyć naciski na jego własną marżę.
 - e) Ponieważ NCO pozwala uniknąć konkurencji cenowej między dystrybutorami, może uniemożliwić lub utrudnić wejście na rynek i rozwój bardziej efektywnych lub nowych form dystrybucji, tym samym ograniczając innowacje na poziomie dystrybucji.
 - f) NCO może zostać wprowadzone przez dostawcę posiadającego władzę rynkową umożliwiającą zamknięcie dostępu do rynku mniejszym konkurentom. Zwiększona marża, jaką NCO może zapewniać dystrybutorom, może ich skłaniać do faworyzowania marki dostawcy 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.

- (182) NCO może jednak także prowadzić do wzrostu efektywności, w szczególności gdy to dostawca stoi za jego stosowaniem. Jeżeli przedsiębiorstwa powołują się na art. 101 ust. 3, twierdząc, że NCO może prowadzić do wzrostu efektywności, to ich zadaniem jest przedstawienie konkretnych dowodów uzasadniających to twierdzenie oraz wykazanie, że w tym konkretnym przypadku faktycznie spełniono warunki określone w art. 101 ust. 3. Poniżej przedstawiono trzy przykłady obrony argumentu dotyczącego wzrostu efektywności.
- a) Jeżeli producent wprowadza nowy produkt, NCO może być skutecznym sposobem na nakłonienie dystrybutorów do lepszego uwzględnienia interesu producenta leżącego w promocji tego produktu, w szczególności w przypadku, gdy jest to całkiem nowy produkt, oraz na wzmożenie działań związanych ze sprzedażą. Jeżeli dystrybutorzy na odpowiednim rynku zmagają się z presją konkurencyjną, presja ta może skłonić ich do rozszerzenia ogólnego popytu na produkt oraz pomyślnego wprowadzenia produktu na rynek, również z korzyścią dla konsumentów. Zgodnie z art. 101 ust. 3 nie mogą istnieć mniej ograniczające środki. Aby spełnić ten wymóg, dostawcy mogą przykładowo wykazać, że nałożenie w porozumieniu na wszystkich nabywców skutecznych wymogów dotyczących promocji nie jest w praktyce wykonalne. W takich okolicznościach nałożenie stałych lub minimalnych cen detalicznych na określony czas w celu ułatwienia wprowadzenia nowego produktu można w ogólnym rozrachunku uznać za sprzyjające konkurencji.
 - b) Stałe ceny odsprzedaży, a nie tylko maksymalne ceny odsprzedaży, mogą być niezbędne do organizacji skoordynowanej krótkoterminowej kampanii niskiej ceny (w większości przypadków trwającej od 2 do 6 tygodni), która będzie również korzystna dla konsumentów. W szczególności mogą one być niezbędne do organizacji takiej kampanii w ramach systemów dystrybucji, w których dany dostawca stosuje jednolitą formę dystrybucji, takich jak system franczyzowy. Takie nałożenie stałych cen detalicznych, biorąc pod uwagę jego tymczasowy charakter, można w ogólnym rozrachunku uznać za sprzyjające konkurencji.
 - c) W niektórych sytuacjach dodatkowa marża, jaką zapewnia NCO, może umożliwić detalistom świadczenie (dodatkowych) usług przedsprzedażnych, szczególnie w przypadku produktów związanych z doświadczeniem lub produktów złożonych. Jeżeli wystarczająca liczba klientów skorzysta z takich usług w celu dokonania wyboru, a następnie dokona zakupu po niższej cenie u detalistów, którzy nie zapewniają takich usług (i w związku z tym nie ponoszą tych kosztów), detaliści zapewniający wysoki poziom usług mogą ograniczyć usługi zwiększające popyt na produkt dostawcy lub z nich zrezygnować. NCO może umożliwić zapobieganie tego rodzaju niewłaściwej działalności rynkowej na szczeblu dystrybucji. Dostawca będzie musiał w sposób przekonujący wykazać, że porozumienie dotyczące NCO jest niezbędne w celu zwalczania niewłaściwej działalności rynkowej między detalistami w odniesieniu do tych usług. W takim przypadku prawdopodobieństwo, że NCO zostanie uznane za sprzyjające konkurencji, jest wyższe niż w przypadku, gdy konkurencja między dostawcami jest zacieśniona, a dany dostawca ma ograniczoną władzę rynkową.
- (183) Zapewniana przez rozporządzenie VBER „bezpieczna przystań” obejmuje zalecanie odsprzedawcy ceny odsprzedaży lub wymaganie od niego przestrzegania maksymalnej ceny odsprzedaży, jeżeli udział każdej ze stron porozumienia w rynku

nie przekracza progu 30 %, o ile praktyka ta nie skutkuje minimalną lub stałą ceną sprzedaży w wyniku nacisku którejkolwiek ze stron lub zachęt oferowanych przez którąkolwiek ze stron, jak określono w pkt 172–173 niniejszych wytycznych. Pozostała część niniejszej sekcji zawiera wskazówki dotyczące oceny zalecanych lub maksymalnych cen powyżej tego progu udziału w rynku.

- (184) Ewentualne zagrożenie dla konkurencji ze strony cen zalecanych lub maksymalnych polega na tym, że będą one działać jako punkt odniesienia dla odsprzedawców i mogą być przestrzegane przez wszystkich lub przez większość z nich. Ponadto ceny zalecane lub maksymalne mogą złagodzić konkurencję lub sprzyjać zmonopolizacji między dostawcami.
- (185) Ważnym czynnikiem w ocenie ewentualnych antykonkurencyjnych skutków zalecanych lub maksymalnych cen odsprzedaży jest pozycja rynkowa dostawcy. Im silniejsza pozycja rynkowa dostawcy, tym wyższe ryzyko, że zalecana lub maksymalna cena odsprzedaży prowadzi do mniej lub bardziej jednolitego stosowania tego poziomu cen przez odsprzedawców, ponieważ mogą ją stosować jako punkt odniesienia. Może im być trudno odejść od tego, co postrzegają jako preferowaną cenę odsprzedaży proponowaną przez tak ważnego dostawcę na rynku.
- (186) Gdy stwierdzone jest występowanie znaczących skutków antykonkurencyjnych w odniesieniu do zalecanych lub maksymalnych cen odsprzedaży, pojawia się kwestia możliwego wyłączenia na podstawie art. 101 ust. 3. W przypadku maksymalnych cen odsprzedaży szczególnie istotne może być unikanie podwójnej marży. 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.

6.1.2. *Najpoważniejsze ograniczenia konkurencji w rozumieniu art. 4 lit. b)–d) rozporządzenia VBER*

6.1.2.1. Ogólne zasady na podstawie art. 4 lit. b)–d) rozporządzenia VBER

- (187) Art. 4 lit. b)–d) rozporządzenia VBER zawiera wykaz najpoważniejszych ograniczeń konkurencji i wyjątków mających zastosowanie w zależności od systemu dystrybucji stosowanego przez dostawcę, którym może być system: dystrybucji wyłącznej, dystrybucji selektywnej lub dystrybucji swobodnej. Najpoważniejsze ograniczenia konkurencji określone w art. 4 lit. b), art. 4 lit. c) ppkt (i) oraz art. 4 lit. d) rozporządzenia VBER dotyczą porozumień lub praktyk uzgodnionych, których celem bezpośrednim lub pośrednim, niezależnie od innych czynników kontrolowanych przez strony lub w połączeniu z nimi, jest ograniczenie sprzedaży przez nabywcę lub jego klientów w zakresie, w jakim ograniczenia te związane są z terytorium, na którym nabywca lub jego klienci mogą sprzedawać towary lub usługi objęte porozumieniem, lub z grupami klientów, którym mogą je sprzedawać. Art. 4 lit. c) ppkt (ii) oraz (iii) rozporządzenia VBER stanowi, że w systemie dystrybucji selektywnej ograniczenie wzajemnych dostaw między członkami systemu dystrybucji selektywnej działającymi na tych samych lub różnych poziomach obrotu handlowego, a także ograniczenie sprzedaży czynnej i biernej na rzecz użytkowników końcowych prowadzonej przez członków systemu dystrybucji selektywnej działających na poziomie handlu detalicznego stanowią najpoważniejsze ograniczenia konkurencji.
- (188) Art. 4 lit. b)–d) rozporządzenia VBER ma zastosowanie niezależnie od wykorzystywanego kanału sprzedaży. Porozumienia wertykalne, które bezpośrednio

lub pośrednio, niezależnie od innych czynników lub w połączeniu z nimi, mają na celu uniemożliwienie nabywcom lub ich klientom skutecznego wykorzystania internetu do celów sprzedaży oferowanych przez nich towarów lub usług przez internet, ograniczają terytoria, na których nabywca lub jego klienci mogą sprzedawać towary lub usługi objęte porozumieniem, lub grupy klientów, którym mogą je sprzedawać, ponieważ ograniczają sprzedaż na rzecz klientów znajdujących się poza fizycznym obszarem działalności nabywców lub ich klientów⁸². Zakaz sprzedaży przez internet oraz ograniczenia *de facto* zakazujące lub ograniczające sprzedaż przez internet w stopniu, w jakim *de facto* pozbawiają one nabywców i ich klientów możliwości skutecznego wykorzystywania internetu do sprzedaży oferowanych przez nich towarów lub usług przez internet, mają na celu uniemożliwienie nabywcom lub ich klientom skutecznego wykorzystania internetu do celów sprzedaży oferowanych przez nich towarów lub usług przez internet. W związku z tym ograniczenie, które jest w stanie znacznie zmniejszyć ogólną wielkość sprzedaży przez internet na rynku, stanowi najpoważniejsze ograniczenie konkurencji w odniesieniu do sprzedaży czynnej lub biernej w rozumieniu art. 4 lit. b)–d) rozporządzenia VBER. Ocena, czy dane ograniczenie stanowi najpoważniejsze ograniczenie konkurencji, nie może zależeć od okoliczności związanych z konkretnym rynkiem ani od indywidualnych okoliczności dotyczących jednego klienta lub konkretnych klientów. Ograniczenia, które uniemożliwiają nabywcom lub ich klientom skuteczne wykorzystywanie co najmniej jednego kanału reklamy internetowej⁸³, mają na celu uniemożliwienie nabywcom lub ich klientom skutecznego wykorzystania internetu do sprzedaży oferowanych przez nich towarów lub usług przez internet, a tym samym ograniczają sprzedaż na rzecz klientów, którzy chcą dokonać zakupów online i którzy znajdują się poza fizycznym obszarem działalności nabywców lub ich klientów, ponieważ ograniczają zdolność nabywców lub ich klientów do ukierunkowania reklamy na tych klientów, informowania ich o swojej ofercie i przyciągnięcia ich do ich sklepu internetowego lub innych kanałów sprzedaży.

(189) Takie najpoważniejsze ograniczenia mogą 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. Mogą one również wynikać z pośrednich środków mających na celu skłonienie dystrybutora do rezygnacji ze sprzedaży takim klientom, takich jak

- a) wymóg uzyskania uprzedniej zgody dostawcy⁸⁴;
- b) odmowa lub zmniejszenie premii lub upustów⁸⁵ oraz wypłaty rekompensaty przez dostawcę, jeśli dystrybutor zaprzestanie sprzedaży takim klientom;
- c) zakończenie dostaw;
- d) ograniczenie lub zmniejszenie wielkości dostaw, na przykład do popytu na przydzielonym terytorium lub popytu przydzielonej grupy klientów;
- e) groźby rozwiązania umowy⁸⁶ lub jej nieprzedłużenia;

⁸² Zob. również wyrok w sprawie C-439/09, *Pierre Fabre Dermo-Cosmetique SAS/Président de l’Autorité de la concurrence*, EU:C:2011:649, pkt 54.

⁸³ Zob. decyzje Komisji w sprawie AT.40428, *Guess*, pkt 118–126.

⁸⁴ Zob. np. wyrok w sprawie T-77/92, *Parker Pen/Komisja*, EU:T:1994:85, pkt 37.

⁸⁵ Zob. na przykład wyrok w sprawie T-450/05, *Peugeot Nederland/Komisja*, EU:T:2009:262, pkt 47.

- f) groźby przeprowadzenia lub przeprowadzenie audytu w celu zweryfikowania, czy dystrybutor przestrzega żądania niesprzedawania określonym grupom klientów lub klientom znajdującym się na określonych terytoriach;
 - g) żądanie wyższej ceny za produkty, które mają być sprzedawane określonym grupom klientów lub klientom znajdującym się na określonych terytoriach;
 - h) ograniczenie części sprzedaży określonym grupom klientów lub klientom znajdującym się na określonych terytoriach;
 - i) ograniczenie liczby języków, które mogą być stosowane na opakowaniu lub do promowania produktów;
 - j) dostawy innego produktu w zamian za zaprzestanie takiej sprzedaży;
 - k) płacenie za zaprzestanie takiej sprzedaży;
 - l) zobowiązanie do przekazania dostawcy zysków z takiej sprzedaży.
- (190) Ograniczenia te mogą ponadto wynikać z faktu, że dostawca nie świadczy usług gwarancyjnych na obszarze całej Unii, w ramach których dostawca zwykle zwraca wszystkim dystrybutorom koszty świadczenia obowiązkowych usług gwarancyjnych, nawet w związku z produktami sprzedawanymi przez innych dystrybutorów na ich terytorium⁸⁷.
- (191) Prawdopodobieństwo, że praktyki, o których mowa w pkt (187) i (189) niniejszych wytycznych, zostaną uznane za ograniczenie sprzedaży przez nabywcę jest tym większe, gdy są one stosowane przez dostawcę w połączeniu z systemem monitorowania mającym na celu sprawdzanie przeznaczenia dostarczanych towarów, np. używania zróżnicowanych etykiet, określonych grup języków lub numerów serii.
- (192) Oprócz bezpośrednich i pośrednich zobowiązań wymienionych w pkt 187–190 niniejszych wytycznych najpoważniejsze ograniczenia konkurencji związane konkretnie ze sprzedażą przez internet mogą w podobny sposób wynikać z zobowiązań bezpośrednich lub pośrednich. Oprócz bezpośredniego zakazu wykorzystania internetu jako kanału sprzedaży, do zobowiązań mających na celu bezpośrednio lub pośrednio uniemożliwienie dystrybutorom skutecznego wykorzystania internetu do sprzedaży oferowanych przez nich towarów lub usług przez internet w dowolnym miejscu, na pewnych terytoriach lub na rzecz pewnych grup klientów, należą m.in.:
- a) wymóg, aby dystrybutor – niezależnie od stosowanego przez niego systemu dystrybucji – uniemożliwił klientom znajdującym się na innym terytorium przeglądanie jego strony internetowej lub aby automatycznie przekierowywał swoich klientów na stronę internetową producenta lub innych dystrybutorów. Nie wyklucza to zobowiązania dystrybutora do zamieszczenia na jego stronie

⁸⁶ Zob. na przykład wyrok w sprawie T-62/98, Volkswagen/Komisja, EU:T:2000:180, pkt 44.

⁸⁷ Jeżeli dostawca postanowi nie zwracać swoim dystrybutorom kosztów usług świadczonych na podstawie gwarancji o zasięgu unijnym, może dojść do porozumienia z tymi dystrybutorami, zgodnie z którym dystrybutor prowadzący sprzedaż poza przydzielonym mu terytorium będzie uiszczał na rzecz autoryzowanego dystrybutora na tym terytorium docelowym opłatę opartą na kosztach usług, które mają być świadczone, z uwzględnieniem rozsądnej marży zysku. Tego rodzaju system może nie być traktowany jako ograniczenie sprzedaży przez dystrybutora poza jego terytorium (zob. wyrok Sądu Pierwszej Instancji w sprawie T-67/01 JCB Service/Komisja, Rec. [2004], s. II-49, pkt 136–145).

internetowej łączy do stron internetowych innych dystrybutorów lub dostawcy⁸⁸;

- b) wymóg, aby dystrybutor – niezależnie od stosowanego przez niego systemu dystrybucji – zakończył transakcje internetowe klientów w momencie, gdy okaże się, że dane ich karty kredytowej zawierają adres znajdujący się poza terytorium dystrybutora⁸⁹;
- c) wymóg, aby dystrybutor prowadził sprzedaż jedynie w przestrzeni fizycznej lub w obecności fizycznej wyspecjalizowanego personelu⁹⁰;
- d) wymóg, aby dystrybutor uzyskał uprzednie zezwolenie dostawcy na sprzedaż przez internet;
- e) wymóg, aby dystrybutor nie wykorzystywał znaków towarowych ani nazw marek dostawcy na swojej stronie internetowej;
- f) bezpośredni lub pośredni zakaz wykorzystywania konkretnego kanału reklamy internetowej, na przykład narzędzi porównywania cen lub reklamy w wyszukiwarkach internetowych, bądź inne ograniczenia dotyczące reklamy internetowej pośrednio zakazujące wykorzystywania konkretnego kanału reklamy internetowej, takie jak zobowiązanie dystrybutora do niewykorzystywania znaków towarowych ani nazw marek dostawcy przy przedstawianiu oferty na usługi odsyłania w wyszukiwarkach internetowych lub ograniczenie polegające na wymogu przedstawiania informacji dotyczących ceny w narzędziach porównywania cen. Choć zakaz wykorzystywania jednego konkretnego narzędzia porównywania cen lub jednej konkretnej wyszukiwarki internetowej zwykle nie uniemożliwiałby skutecznego wykorzystania internetu do celów sprzedaży przez internet, ponieważ do podniesienia świadomości na temat działalności nabywcy w zakresie sprzedaży przez internet można wówczas wykorzystać inne narzędzia porównywania cen lub wyszukiwarki internetowe, zakaz wykorzystywania wszystkich powszechnie stosowanych usług reklamowych na danym kanale reklamy internetowej może to uniemożliwiać, jeżeli pozostałe narzędzia porównywania cen lub wyszukiwarki internetowe nie są *de facto* w stanie przyciągnąć klientów do sklepu internetowego nabywcy.

- (193) Natomiast na mocy rozporządzenia VBER dostawcy mają możliwość wydawania pewnych instrukcji swoim dystrybutorom dotyczących sposobu sprzedaży oferowanych przez nich produktów. Dopuszcza się możliwość narzucenia przez dostawcę na dystrybutorów wymogów jakościowych, niezależnie od stosowanego modelu dystrybucji. Dostawcy i ich dystrybutorzy mogą uzgodnić sposoby

⁸⁸ Art. 3 rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2018/302 z dnia 28 lutego 2018 r. w sprawie nieuzasadnionego blokowania geograficznego oraz innych form dyskryminacji klientów ze względu na przynależność państwową, miejsce zamieszkania lub miejsce prowadzenia działalności na rynku wewnętrznym oraz w sprawie zmiany rozporządzeń (WE) nr 2006/2004 oraz (UE) 2017/2394 i dyrektywy 2009/22/WE, Dz.U. L 60I z 2.3.2018, s. 1.

⁸⁹ Art. 5 rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2018/302 z dnia 28 lutego 2018 r. w sprawie nieuzasadnionego blokowania geograficznego oraz innych form dyskryminacji klientów ze względu na przynależność państwową, miejsce zamieszkania lub miejsce prowadzenia działalności na rynku wewnętrznym oraz w sprawie zmiany rozporządzeń (WE) nr 2006/2004 oraz (UE) 2017/2394 i dyrektywy 2009/22/WE, Dz.U. L 60I z 2.3.2018, s. 1.

⁹⁰ Sprawa C-439/09, Pierre Fabre Dermo-Cosmetique SAS/Président de l’Autorité de la concurrence, EU:C:2011:649, pkt 36–37.

prowadzenia sprzedaży, które nie mają na celu ograniczenia terytorium, na którym można sprzedawać produkty i usługi, ani grup klientów, którym można je sprzedawać. Przykładowo porozumienia wertykalne zawierające wymogi jakościowe, szczególnie w kontekście dystrybucji selektywnej, takie jak minimalna wielkość sklepu, wymogi jakościowe dotyczące wyposażenia sklepu (np. w odniesieniu do instalacji, mebli, wystroju, oświetlenia i pokrycia podłóg), wymogi jakościowe dotyczące wyglądu i stylu strony internetowej, wymogi dotyczące prezentacji produktów (np. minimalna liczba opcji kolorystycznych występujących obok siebie lub prezentowanych produktów marki, a także minimalna przestrzeń, jaką należy zachować między produktami, liniami produktu i markami w sklepie), wchodzą w zakres rozporządzenia VBER⁹¹.

- (194) Porozumienia wertykalne zawierające ograniczenie wykorzystania konkretnego kanału sprzedaży przez internet, na przykład internetowych platform handlowych, lub ustanawiające standardy jakościowe dotyczące sprzedaży przez internet, mogą być objęte wyłączeniem grupowym, niezależnie od systemu dystrybucji stosowanego przez dostawcę, w zakresie, w jakim takie ograniczenie bezpośrednio lub pośrednio, niezależnie od innych czynników lub w połączeniu z nimi, nie ma na celu uniemożliwienia nabywcom lub ich klientom skutecznego wykorzystania internetu do celów sprzedaży oferowanych przez nich towarów lub usług przez internet ani skutecznego wykorzystania co najmniej jednego kanału reklamy internetowej, jak wyjaśniono w pkt 188 powyżej. Ograniczenia te nie mają wpływu na grupę klientów, którą można wyodrębnić w ramach wszystkich potencjalnych klientów, ani na zdolność nabywców lub ich klientów do prowadzenia własnych stron internetowych i reklamowania się za pośrednictwem internetu za pomocą narzędzi porównywania cen lub w wyszukiwarkach internetowych, co umożliwia nabywcom lub ich klientom zwiększenie świadomości na temat ich działalności w internecie i przyciągnięcie potencjalnych klientów. W związku z tym, jeżeli takie ograniczenia sprzedaży nie mają pośrednio na celu uniemożliwienia skutecznego wykorzystania internetu do celów sprzedaży przez internet, nie stanowią one ograniczenia terytoriów, na których dystrybutor lub jego klienci mogą sprzedawać towary lub usługi objęte porozumieniem, ani klientów, którym mogą je sprzedawać. Takie ograniczenia objęte wyłączeniem grupowym co do zasady obejmują:

- a) bezpośredni lub pośredni zakaz sprzedaży na internetowych platformach handlowych⁹²;
- b) wymóg, aby warunkiem przystąpienia przez nabywcę do systemu dystrybucji dostawcy było posiadanie przez nabywcę co najmniej jednego sklepu stacjonarnego lub salonu wystawowego;
- c) wymóg, aby nabywca sprzedawał co najmniej określoną bezwzględną ilość (wyrażoną jako wartość lub wielkość, ale nie jako część całkowitej sprzedaży) towarów lub usług objętych porozumieniem poza internetem, aby zapewnić efektywne funkcjonowanie swojego sklepu stacjonarnego. Bezwzględna wielkość wymaganej sprzedaży poza internetem może być taka sama dla wszystkich nabywców lub określana indywidualnie dla każdego nabywcy na

⁹¹ Aby poznać więcej przykładów, zob. dokument roboczy służb Komisji towarzyszący sprawozdaniu końcowemu na temat badania sektora handlu elektronicznego, SWD(2017) 154 final z dnia 10 maja 2017 r., pkt 241.

⁹² Sprawa C-230/16, Coty Germany GmbH/Parfümerie Akzente GmbH, EU:C:2017:941, pkt 64–69; zob. również sekcja 8.2.3 niniejszych wytycznych.

podstawie obiektywnych kryteriów takich, jak: pozycja nabywcy w sieci lub jego umiejscowienie geograficzne.

- (195) Wymóg, aby ten sam nabywca płacił inną cenę za produkty przeznaczone do odsprzedaży przez internet niż za produkty przeznaczone do odsprzedaży poza internetem, może zostać objęty „bezpieczną przystanią” wprowadzoną na mocy rozporządzenia VBER w zakresie, w jakim ma on na celu zachęcenie do utrzymywania odpowiedniego poziomu inwestycji odpowiednio w internecie i poza nim lub wynagrodzenie za taki poziom. Wspomniana różnica w cenie powinna być związana z różnicami w kosztach ponoszonych przez dystrybutorów w związku z każdym kanałem na poziomie detalicznym. W tym celu różnica w cenie hurtowej powinna uwzględniać poszczególne inwestycje poczynione przez dystrybutora pełniącego podwójną rolę oraz poniesione przez niego koszty, aby zachęcić tego dystrybutora pełniącego podwójną rolę do utrzymywania odpowiedniego poziomu inwestycji odpowiednio w internecie i poza nim lub wynagrodzić go za taki poziom, ponieważ w przypadku gdy różnica w cenie hurtowej jest całkowicie niezwiązana z różnicą w kosztach poniesionych w związku z każdym kanałem, taka różnica w cenie prawdopodobnie nie wywoła skutków wzmacniających efektywność. W związku z tym, jeżeli celem różnicy w cenie hurtowej jest uniemożliwienie skutecznego wykorzystania internetu do celów sprzedaży przez internet, stanowi ona najpoważniejsze ograniczenie konkurencji, jak określono w pkt 188 niniejszych wytycznych. Taka sytuacja miałaby miejsce w szczególności w przypadku, gdy różnica w cenie powoduje, że skuteczne wykorzystanie internetu do celów sprzedaży przez internet jest nieopłacalne lub finansowo nieuzasadnione.
- (196) Ograniczenia dotyczące reklamy internetowej zawarte w porozumieniach wertykalnych są objęte wyłączeniem grupowym, o ile nie mają na celu – bezpośrednio ani pośrednio – uniemożliwienia nabywcom lub ich klientom skutecznego wykorzystania internetu do celów sprzedaży oferowanych przez nich towarów lub usług przez internet, a mianowicie nie uniemożliwiają w sposób bezpośredni ani pośredni skutecznego korzystania z co najmniej jednego konkretnego kanału reklamy internetowej. Przykłady ograniczeń dotyczących reklamy internetowej objętych „bezpieczną przystanią” wprowadzoną w rozporządzeniu VBER obejmują wymóg, aby reklama internetowa spełniała określone standardy jakości lub zawierała konkretne treści lub informacje, lub wymóg, aby nabywca nie korzystał z usług poszczególnych dostawców reklamy internetowej, którzy nie spełniają określonych standardów jakości.

6.1.2.2. Rozróżnienie między sprzedażą czynną a bierną

- (197) Ograniczenie terytorium, na którym nabywca lub jego klienci mogą sprzedawać towary lub usługi objęte porozumieniem, lub grupy klientów, którym mogą je sprzedawać, może dotyczyć sprzedaży czynnej lub biernej na tym terytorium lub na rzecz tych klientów. W art. 1 lit. l) i m) rozporządzenia VBER przedstawiono definicje sprzedaży czynnej i biernej.
- (198) Art. 1 lit. m) rozporządzenia VBER stanowi, że sprzedaż na rzecz klientów, o których nie zabiegano aktywnie przy tworzeniu strony internetowej lub sklepu internetowego, czy to na własnym serwerze czy z wykorzystaniem hostowanego serwera strony trzeciej, kwalifikuje się jako sprzedaż bierna, ponieważ stanowi sposób na umożliwienie potencjalnym klientom dotarcia do konkretnego dystrybutora. Wykorzystanie strony internetowej może mieć skutki wykraczające poza własne terytorium i grupę klientów dystrybutora, na przykład w postaci

umożliwienia zakupów przez internet klientom znajdującym się poza fizycznym obszarem działalności dystrybutora. Jeżeli w przypadku, gdy dystrybutor nie zabiega aktywnie o klientów z konkretnego terytorium lub z konkretnej grupy klientów, klient z takiego terytorium lub z takiej grupy klientów odwiedza stronę internetową dystrybutora i kontaktuje się z nim oraz jeżeli taki kontakt prowadzi do sprzedaży, w tym dostawy, wówczas jest to uważane za sprzedaż bierną, ponieważ dostęp klienta do strony internetowej dystrybutora wynika ze skutecznego wykorzystania internetu przez klienta. Tak samo jest w przypadku, gdy klient zgadza się na otrzymywanie przekazywanych automatycznie informacji od dystrybutora i takie informacje prowadzą do sprzedaży. Podobnie formą sprzedaży biernej jest stosowanie na stronie internetowej technik pozycjonowania, mianowicie wykorzystywanie narzędzi lub technik mających na celu zwiększenie widoczności tej strony internetowej w wyszukiwarkach internetowych.

- (199) Z kolei oferowanie na stronie internetowej lub w sklepie internetowym opcji językowych innych niż te, których powszechnie używa się na terytorium, na którym dystrybutor ma siedzibę, wskazuje zwykle, że działalność dystrybutora jest ukierunkowana na terytorium, na którym dany język jest powszechnie używany, a w związku z tym jest to forma sprzedaży czynnej⁹³. Oferowanie na stronie internetowej lub w sklepie internetowym opcji języka angielskiego nie jest uważane za wskazujące, że działalność dystrybutora jest ukierunkowana na terytoria, na których używa się języka angielskiego, ponieważ jest to język powszechnie używany w państwach członkowskich UE. Podobnie tworzenie strony internetowej lub sklepu internetowego z nazwą domeny odpowiadającą innemu terytorium niż to, na którym dystrybutor ma siedzibę, stanowi formę sprzedaży czynnej na tym terytorium, natomiast oferowanie strony internetowej lub sklepu internetowego z ogólną nazwą domeny nieodpowiadającą żadnemu krajowi uważa się za formę sprzedaży biernej.
- (200) Targetowanie reklam lub promocji internetowych jest formą sprzedaży czynnej. W szczególności, w wielu przypadkach, reklama internetowa umożliwia dystrybutorowi określenie z góry grupy odbiorców, którzy będą oglądać jego reklamę internetową, a tym samym wybór terytorium lub grupy klientów, do których skierowana będzie reklama. Targetowana reklama internetowa docierająca do klientów na wyłącznym terytorium lub do wyłącznej grupy klientów przydzielonych innym dystrybutorom może zatem podlegać ograniczeniom. Obejmuje to na przykład spersonalizowaną reklamę skierowaną do klientów lub grupy klientów z wyłącznego terytorium lub składanie ofert na usługi płatnego odsyłania w wyszukiwarce internetowej ukierunkowane na wyłączone terytorium lub grupę klientów lub wszelkie inne formy reklamy internetowej umożliwiające dystrybutorowi zaprojektowanie reklamy w taki sposób, aby ukierunkować ją na klientów z wyłącznych terytoriów lub na grupy klientów, lub też aby ich wykluczyć. Natomiast reklama lub promocja internetowa, która ma dotrzeć do klientów na terytorium własnym dystrybutora lub do jego grupy klientów, ale która nie może być ograniczona do tego terytorium lub grupy klientów, jest uznawana za formę sprzedaży biernej w zakresie, w jakim nie jest skierowana do klientów na określonym terytorium lub do określonej grupy klientów. Przykładem takiej ogólnej reklamy są sponsorowane treści na stronie internetowej gazety o zasięgu lokalnym lub krajowym, do których dostęp może mieć

⁹³ Wyroki w sprawach C-585/08 i C-144/09, Peter Pammer/Reederei Karl Schlüter GmbH & Co. KG i Hotel Alpenhof GesmbH/Oliver Heller, ECLI:EU:C:2010:740, pkt 93.

każdy odwiedzający tę stronę, lub korzystanie z narzędzi porównywania cen o ogólnych, a nie specyficznych dla danego kraju nazwach domen. Natomiast jeżeli taka ogólna reklama jest prowadzona w językach, które nie są powszechnie używane na terytorium, na którym dystrybutor ma siedzibę, lub na stronach internetowych, których nazwy domen odpowiadają terytorium innemu niż terytorium, na którym dystrybutor ma siedzibę, stanowi ona formę sprzedaży czynnej na tym terytorium, ponieważ jej celem nie jest już dotarcie do klientów na własnym terytorium dystrybutora. Udział w zamówieniach publicznych jest kwalifikowany jako forma sprzedaży biernej bez względu na rodzaj postępowania o udzielenie zamówienia publicznego (np. procedura otwarta, procedura ograniczona). Kwalifikacja ta jest zgodna z prawem o zamówieniach publicznych. Gdyby udział w publicznej procedurze przetargowej miał być kwalifikowany jako sprzedaż czynna, wewnętrzna konkurencja międzymarkowa zostałaby na takich rynkach znacznie ograniczona, co byłoby sprzeczne z przesłankami prawa o zamówieniach publicznych, do których należy ułatwianie wewnętrznej konkurencji międzymarkowej. W związku z tym ograniczenie udziału nabywcy w zamówieniach publicznych stanowi najpoważniejsze ograniczenie konkurencji w rozumieniu art. 4 lit. b)–d) rozporządzenia VBER. Podobnie, odpowiadanie na prywatne procedury przetargowe jest formą sprzedaży biernej. Prywatna procedura przetargowa jest formą niezamówionej oferty sprzedaży skierowanej do wielu potencjalnych dostawców, a zatem złożenie oferty w odpowiedzi na prywatną procedurę przetargową jest sprzedażą bierną.

- (201) Jak określono w art. 1 ust. 1 lit. n) rozporządzenia VBER, w kontekście ograniczeń sprowadzających się do „ograniczenia sprzedaży czynnej lub biernej” zgodnie z art. 4 rozporządzenia VBER, wszystkie formy sprzedaży inne niż zdefiniowane w rozporządzeniu VBER jako sprzedaż bierna i wyjaśnione szerzej w niniejszych wytycznych uważa się za sprzedaż czynną.

6.1.2.3. Stosowanie zasad ogólnych

- (202) Art. 4 lit. b)–d) rozporządzenia VBER zawiera wykaz najpoważniejszych ograniczeń konkurencji i wyjątków mających zastosowanie w zależności od systemu dystrybucji stosowanego przez dostawcę, którym może być system: dystrybucji wyłącznej, dystrybucji selektywnej lub dystrybucji swobodnej.

6.1.2.4. W przypadku gdy dostawca stosuje system dystrybucji wyłącznej

- (203) Najpoważniejsze ograniczenie konkurencji określone w art. 4 lit. b) rozporządzenia VBER dotyczy porozumień lub praktyk uzgodnionych, które bezpośrednio lub pośrednio mają na celu ograniczenie terytorium, na którym jeden nabywca lub ograniczona liczba nabywców, którym przydzielono wyłączne terytorium lub wyłączną grupę klientów, mogą czynnie lub biernie sprzedawać towary lub usługi objęte porozumieniem.
- (204) Istnieje pięć wyjątków dotyczących najpoważniejszego ograniczenia konkurencji ustanowionego w art. 4 lit. b) rozporządzenia VBER.
- (205) Pierwszy wyjątek przewidziany w art. 4 lit. b) ppkt (i) rozporządzenia VBER umożliwia dostawcy ograniczenie sprzedaży czynnej dokonywanej przez dystrybutora wyłącznego na terytorium przydzielonym przez dostawcę wyłącznie jednemu nabywcy lub ograniczonej liczbie innych nabywców lub zastrzeżonym dla dostawcy. W celu zachowania zachęt inwestycyjnych dystrybutorzy wyznaczeni na zasadzie wyłączności powinni być odpowiednio chronieni przed sprzedażą czynną,

w tym reklamą internetową, na terytorium lub na rzecz grupy klientów przydzielonych im na wyłączność prowadzoną przez innych nabywców tego dostawcy w Unii, w tym nabywców, którym dostawca przydzielił na wyłączność inne terytoria lub grupy klientów. W przypadku gdy ograniczenia sprzedaży czynnej nałożone na innych nabywców dostawcy nie zapewniają odpowiedniego poziomu ochrony, aby zabezpieczyć motywację wyznaczonego dystrybutora do inwestowania na wyłącznym terytorium i tym samym uzasadnić ustanowienie systemu dystrybucji wyłącznej, przywilej ustanowiony rozporządzeniem VBER prawdopodobnie zostanie wycofany.

- (206) Sprzedaż przez klientów wyłącznego dystrybutora na terytorium lub na rzecz grupy klientów, które dostawca przydzielił na wyłączność innym dystrybutorom, może również osłabić motywację tych ostatnich do inwestowania w jakość lub usługi prowadzące do pobudzenia popytu. Aby chronić zachęty inwestycyjne dystrybutorów wyznaczonych na zasadzie wyłączności, dostawca może wymagać, aby tacy inni dystrybutorzy i ich klienci, którzy zawarli porozumienie dystrybucyjne z dostawcą lub ze stroną, której dostawca przyznał prawa do dystrybucji, byli ograniczeni w prowadzeniu sprzedaży czynnej na przydzielonym na wyłączność terytorium lub na rzecz przydzielonej na wyłączność grupy klientów (tj. aby przenieść ograniczenie sprzedaży czynnej na klientów nabywcy)⁹⁴.
- (207) Dostawca ma prawo łączyć przydział wyłącznego terytorium i wyłącznej grupy klientów na przykład poprzez np. wyznaczenie wyłącznego dystrybutora dla określonej grupy klientów na określonym terytorium.
- (208) Ochrona przydzielonych na wyłączność terytoriów lub grup klientów nie ma charakteru bezwzględneho. Aby zapobiec podziałowi rynku, nie można zakazać sprzedaży biernej na takich terytoriach lub na rzecz takich grup klientów. Art. 4 lit. b) rozporządzenia VBER dotyczy jednak wyłącznie ograniczeń sprzedaży przez nabywcę lub jego klientów, co oznacza, że dostawcy nie uniemożliwia się przyjęcia całkowitego lub częściowego ograniczenia, zarówno w zakresie sprzedaży w internecie jak i stacjonarnej oraz zarówno sprzedaży czynnej jak i biernej na wyłącznym terytorium lub na rzecz (wszystkich lub niektórych) klientów stanowiących wyłączną grupę klientów.
- (209) Po drugie, art. 4 lit. b) ppkt (ii) rozporządzenia VBER umożliwia dostawcy, który łączy stosowanie systemu dystrybucji wyłącznej i systemu dystrybucji selektywnej na różnych terytoriach, ograniczenie sprzedaży czynnej lub biernej prowadzonej przez wyłącznego nabywcę na rzecz nieautoryzowanych dystrybutorów zlokalizowanych na terytorium, na którym dostawca stosuje system dystrybucji selektywnej, co oznacza, że dostawca wyznaczył wybranych dystrybutorów albo zarezerwował terytorium do stosowania takiego systemu dystrybucji selektywnej. Ochrona systemu dystrybucji selektywnej rozciąga się na sprzedaż czynną i bierną dokonywaną przez klientów wyłącznego nabywcy, którym można również uniemożliwić sprzedaż nieautoryzowanym dystrybutorom zlokalizowanym w obrębie systemu dystrybucji selektywnej.

⁹⁴

Przeniesienie takie jest dozwolone rozporządzeniem VBER, gdy udział dostawcy będącego stroną porozumienia w rynku, na którym sprzedaje on nabywcy towary lub usługi, nie przekracza 30 %, a udział nabywcy w rynku, na którym nabywa on towary lub usługi objęte porozumieniem, nie przekracza 30 %.

- (210) Po trzecie, art. 4 lit. b) ppkt (iii) rozporządzenia VBER zezwala dostawcy na ograniczenia dotyczące miejsca prowadzenia działalności nabywcy, któremu przydzielono wyłączone terytorium lub grupę klientów („klauszula lokalizacji”). Oznacza to, że przywilej wynikający z rozporządzenia VBER nadal ma zastosowanie, jeżeli zostanie uzgodnione, że nabywca ograniczy swoje punkty dystrybucji i hurtownie do określonego adresu, miejsca lub terenu. W odniesieniu do ruchomego punktu dystrybucji można określić obszar, poza którym nie może on działać. Wykorzystanie przez dystrybutora własnej strony internetowej nie może być uznane za porównywalne z otwarciem nowego punktu sprzedaży w innej lokalizacji, a zatem nie może podlegać ograniczeniom⁹⁵.
- (211) Po czwarte, w art. 4 lit. b) ppkt (iv) rozporządzenia VBER umożliwiono dostawcy ograniczenie sprzedaży czynnej i biernej prowadzonej przez wyłącznego hurtownika na rzecz użytkowników końcowych, ponieważ dostawca może oddzielić poziom handlu hurtowego od detalicznego. Wyjątek ten nie wyklucza jednak możliwości zezwolenia hurtownikowi na prowadzenie sprzedaży na rzecz niektórych użytkowników końcowych (np. kilku dużych takich użytkowników), przy jednoczesnym braku zezwolenia na prowadzenie sprzedaży na rzecz (wszystkich) innych użytkowników końcowych.
- (212) Po piąte, art. 4 lit. b) ppkt (v) rozporządzenia VBER umożliwia dostawcy ograniczenie uprawnienia nabywcy komponentów, któremu dostarczane są one do wbudowania, do odsprzedaży ich konkurentom dostawcy, którzy wykorzystaliby je w celach wytwarzania tego samego rodzaju towarów jak te wyprodukowane przez dostawcę. Termin „komponent” obejmuje wszelkie towary pośrednie, a termin „wbudowanie” oznacza korzystanie z wszelkich nakładów do produkcji towarów.

6.1.2.5. W przypadku gdy dostawca stosuje system dystrybucji selektywnej

- (213) Najpoważniejsze ograniczenie konkurencji określone w art. 4 lit. c) ppkt (i) rozporządzenia VBER dotyczy porozumień lub praktyk uzgodnionych mających bezpośrednio lub pośrednio na celu ograniczenie terytorium, na którym dystrybutor selektywny może prowadzić sprzedaż czynną lub bierną towarów lub usług objętych porozumieniem, lub ograniczenie grup klientów, na których rzecz może on prowadzić taką sprzedaż.
- (214) Istnieje pięć wyjątków dotyczących najpoważniejszego ograniczenia konkurencji ustanowionego w art. 4 lit. c) ppkt (i) rozporządzenia VBER.
- (215) Pierwszy wyjątek dotyczy ograniczenia sprzedaży czynnej przez autoryzowanych dystrybutorów poza systemem dystrybucji selektywnej. Umożliwia on dostawcy ograniczenie sprzedaży czynnej, w tym reklamy internetowej, prowadzonej przez autoryzowanych dystrybutorów na innych terytoriach lub na rzecz grup klientów przydzielonych na wyłączność jednemu lub kilku dystrybutorom lub zastrzeżonych wyłącznie dla dostawcy. Dostawca może wymagać, aby ograniczenie sprzedaży czynnej na wyłącznym terytorium lub na rzecz wyłącznej grupy klientów zostało przeniesione przez nabywcę na jego klientów, którzy zawarli porozumienie dystrybucyjne z dostawcą lub ze stroną, której dostawca przyznał prawa do dystrybucji.

⁹⁵ Zob. wyrok w sprawie C-439/09 *Pierre Fabre Dermo-Cosmetique SAS/Président de l’Autorité de la concurrence*, EU:C:2011:649, pkt 56–57.

- (216) Drugi wyjątek umożliwia dostawcy ograniczenie autoryzowanym dystrybutorom i klientom tych dystrybutorów prowadzenia sprzedaży na rzecz nieautoryzowanych dystrybutorów zlokalizowanych na jakimkolwiek terytorium, na którym dostawca stosuje system dystrybucji selektywnej, co oznacza, że dostawca wyznaczył wybranych dystrybutorów albo zarezerwował terytorium do stosowania takiego systemu dystrybucji selektywnej. Ograniczenie może dotyczyć sprzedaży czynnej lub biernej, na każdym poziomie obrotu handlowego.
- (217) Trzeci wyjątek umożliwia dostawcy zapobieganie prowadzeniu przez autoryzowanych dystrybutorów działalności w innych lokalach lub otwieraniu nowych punktów sprzedaży w innej lokalizacji („klauzula lokalizacji”). Oznacza to, że przywilej wynikający z rozporządzenia VBER nadal ma zastosowanie, jeżeli zostanie uzgodnione, że nabywca ograniczy swoje punkty dystrybucji i hurtownie do określonego adresu, miejsca lub terenu. W odniesieniu do ruchomego punktu dystrybucji można określić obszar, poza którym nie może on działać. Wykorzystanie przez dystrybutora własnej strony internetowej nie może być uznane za porównywalne z otwarciem nowego punktu sprzedaży w innej lokalizacji, a zatem nie może podlegać ograniczeniom.
- (218) Czwarty wyjątek umożliwia dostawcy ograniczenie sprzedaży czynnej i biernej prowadzonej przez autoryzowanego hurtownika na rzecz użytkowników końcowych, ponieważ dostawca może oddzielić poziom handlu hurtowego od detalicznego. Wyjątek ten nie wyklucza jednak możliwości zezwolenia hurtownikowi na prowadzenie sprzedaży na rzecz niektórych użytkowników końcowych (np. kilku dużych takich użytkowników), przy jednoczesnym braku zezwolenia na prowadzenie sprzedaży na rzecz (wszystkich) innych użytkowników końcowych.
- (219) Piąty wyjątek umożliwia dostawcy ograniczenie uprawnienia autoryzowanego nabywcy komponentów, któremu dostarczane są one do wbudowania, do odsprzedaży ich konkurentom dostawcy, którzy wykorzystaliby je w celach wytwarzania tego samego rodzaju towarów jak te wyprodukowane przez dostawcę. Termin „komponent” obejmuje wszelkie towary pośrednie, a termin „wbudowanie” oznacza korzystanie z wszelkich nakładów do produkcji towarów.
- (220) Najpoważniejsze ograniczenie konkurencji wymienione w art. 4 lit. c) ppkt (iii) rozporządzenia VBER wyklucza ograniczenie sprzedaży czynnej i biernej prowadzonej przez członków sieci dystrybucji selektywnej na rzecz użytkowników końcowych – niezależnie od tego, czy są to profesjonalni użytkownicy końcowi, czy konsumenci, bez uszczerbku dla możliwości zakazania członkowi sieci prowadzenia działalności poza autoryzowanym miejscem działania (zob. wyjątek trzeci dotyczący art. 4 lit. c) ppkt (i) oraz pkt 217 niniejszych wytycznych). Oznacza to, że autoryzowani dystrybutorzy nie mogą być ograniczani w wyborze użytkowników – ani agentów nabywających działających w imieniu tych użytkowników – którym mogą sprzedawać, z innych powodów niż do celów ochrony systemu dystrybucji wyłącznej funkcjonującego na innym terytorium (zob. wyjątek pierwszy dotyczący art. 4 lit. c) ppkt (i) oraz pkt 215 niniejszych wytycznych). W systemie dystrybucji selektywnej autoryzowani dystrybutorzy powinni mieć swobodę sprzedaży czynnej i biernej wszystkim użytkownikom końcowym.
- (221) Biorąc pod uwagę, że kanały internetowe i pozainternetowe mają różne cechy, dostawca działający w systemie dystrybucji selektywnej może narzucić swoim autoryzowanym dystrybutorom kryteria sprzedaży przez internet, które nie są identyczne z kryteriami narzuconymi w przypadku sprzedaży w sklepach

stacjonarnych, o ile kryteria narzucone w przypadku sprzedaży przez internet nie mają na celu, bezpośrednio ani pośrednio, niezależnie od innych czynników lub w połączeniu z nimi, uniemożliwienia nabywcom lub ich klientom skutecznego wykorzystywania internetu do celów sprzedaży ich towarów lub usług przez internet. Dostawca może na przykład ustanowić szczególne wymogi w celu zapewnienia określonych standardów jakości usług dla użytkowników dokonujących zakupów przez internet, takich jak utworzenie i prowadzenie internetowego działu wsparcia posprzedażnego, wymóg pokrycia kosztów zwrotu produktu przez klienta lub stosowanie bezpiecznych systemów płatności. Ograniczenia te nie mają wpływu na grupę klientów, którą można wyodrębnić w ramach wszystkich potencjalnych klientów, ani na zdolność nabywców lub ich klientów do prowadzenia własnych stron internetowych i reklamowania się za pośrednictwem internetu na platformach osób trzecich lub w wyszukiwarkach internetowych, co umożliwia nabywcom lub ich klientom podnoszenie świadomości na temat ich działalności w internecie i przyciągnięcie potencjalnych klientów.

- (222) Systemu dystrybucji selektywnej nie można łączyć z systemem dystrybucji wyłącznej, określonym w art. 1 ust. 1 lit. g) rozporządzenia VBER, na tym samym terytorium, ponieważ prowadziłoby to do najpoważniejszego ograniczenia konkurencji w zakresie sprzedaży czynnej lub biernej użytkownikom końcowym przez autoryzowanych dystrybutorów w rozumieniu art. 4 lit. c) ppkt (i) rozporządzenia VBER. Dostawca może jednak zobowiązać się do prowadzenia dostaw tylko dla jednego autoryzowanego dystrybutora lub ograniczonej liczby takich dystrybutorów w konkretnej części terytorium, na którym stosuje się system dystrybucji selektywnej. Dostawca może również zobowiązać się do nieprowadzenia żadnej sprzedaży bezpośredniej na tym terytorium. Ponadto, na co pozwala wyjątek drugi dotyczący art. 4 lit. c) ppkt (i) rozporządzenia VBER, dostawca może narzucić swoim autoryzowanym dystrybutorom klauzulę lokalizacji.
- (223) Najpoważniejsze ograniczenia konkurencji określone w art. 4 lit. c) ppkt (ii) rozporządzenia VBER dotyczą wzajemnych dostaw między wyznaczonymi dystrybutorami w ramach systemu dystrybucji selektywnej. Oznacza to, że dostawca nie może uniemożliwiać czynnej ani biernej sprzedaży między swoimi autoryzowanymi dystrybutorami, którzy muszą zachować swobodę zakupu produktów objętych porozumieniem od innych autoryzowanych dystrybutorów w ramach sieci, działających na tym samym albo na innym poziomie obrotu handlowego⁹⁶. W konsekwencji dystrybucja selektywna nie może być połączona z ograniczeniami wertykalnymi mającymi na celu zmuszenie dystrybutorów do nabywania produktów objętych porozumieniem wyłącznie z danego źródła. Oznacza to również, iż w ramach sieci dystrybucji selektywnej nie można nałożyć żadnych ograniczeń na autoryzowanych hurtowników w odniesieniu do sprzedaży autoryzowanym dystrybutorom.

6.1.2.6. W przypadku gdy dostawca stosuje system dystrybucji swobodnej

- (224) Najpoważniejsze ograniczenie konkurencji określone w art. 4 lit. d) rozporządzenia VBER dotyczy porozumień lub praktyk uzgodnionych, które bezpośrednio lub pośrednio mają na celu ograniczenie terytorium lub grup klientów, którym nabywca może czynnie lub biernie sprzedawać towary lub usługi objęte porozumieniem.

⁹⁶ Zob. na przykład decyzja Komisji w sprawie AT.40428/Guess, pkt 65–78.

- (225) Istnieje pięć wyjątków dotyczących najpoważniejszego ograniczenia konkurencji ustanowionego w art. 4 lit. d) rozporządzenia VBER.
- (226) Pierwszy wyjątek przewidziany w art. 4 lit. d) ppkt (i) rozporządzenia VBER umożliwia dostawcy ograniczenie sprzedaży czynnej, w tym reklamy internetowej, dokonywanej przez nabywcę na terytorium lub na rzecz grupy klientów zastrzeżonych wyłącznie dla dostawcy lub przydzielonych na wyłączność innym nabywcom. Dostawca może wymagać, aby ograniczenie sprzedaży czynnej na wyłącznym terytorium lub na rzecz wyłącznej grupy klientów zostało przeniesione przez nabywcę na jego klientów, którzy zawarli porozumienie dystrybucyjne z dostawcą lub ze stroną, której dostawca przyznał prawa do dystrybucji. Ochrona przydzielonych na wyłączność terytoriów lub grup klientów nie ma charakteru bezwzględnie, ponieważ nie można zakazać sprzedaży biernej na takich terytoriach lub na rzecz takich grup klientów.
- (227) Po drugie, art. 4 lit. d) ppkt (ii) rozporządzenia VBER umożliwia dostawcy ograniczenie sprzedaży czynnej lub biernej prowadzonej przez nabywcę i jego klientów na rzecz nieautoryzowanych dystrybutorów zlokalizowanych na terytorium, na którym dostawca stosuje system dystrybucji selektywnej lub które dostawca zarezerwował na potrzeby stosowania takiego systemu dystrybucji selektywnej. Ograniczenie może dotyczyć sprzedaży czynnej lub biernej, na każdym poziomie obrotu handlowego.
- (228) Po trzecie, art. 4 lit. d) ppkt (iii) rozporządzenia VBER zezwala dostawcy na ograniczenia dotyczące miejsca prowadzenia działalności nabywcy („klauzula lokalizacji”). Oznacza to, że przywilej wynikający z rozporządzenia VBER nadal ma zastosowanie, jeżeli zostanie uzgodnione, że nabywca ograniczy swoje punkty dystrybucji i hurtownie do określonego adresu, miejsca lub terenu. W odniesieniu do ruchomego punktu dystrybucji można określić obszar, poza którym nie może on działać. Wykorzystanie przez dystrybutora własnej strony internetowej nie może być uznane za porównywalne z otwarciem nowego punktu sprzedaży w innej lokalizacji, a zatem nie może podlegać ograniczeniom⁹⁷.
- (229) Po czwarte, art. 4 lit. d) ppkt (iv) rozporządzenia VBER umożliwia dostawcy ograniczenie sprzedaży czynnej i biernej prowadzonej przez hurtownika na rzecz użytkowników końcowych, ponieważ dostawca może oddzielić poziom handlu hurtowego od detalicznego. Wyjątek ten nie wyklucza jednak możliwości zezwolenia hurtownikowi na prowadzenie sprzedaży na rzecz niektórych użytkowników końcowych (np. kilku dużych takich użytkowników), przy jednoczesnym braku zezwolenia na prowadzenie sprzedaży na rzecz innych użytkowników końcowych.
- (230) Po piąte, art. 4 lit. d) ppkt (v) rozporządzenia VBER umożliwia dostawcy ograniczenie uprawnienia nabywcy komponentów, któremu dostarczane są one do wbudowania, do odsprzedaży ich konkurentom dostawcy, którzy wykorzystaliby je w celach wytwarzania tego samego rodzaju towarów jak te wyprodukowane przez dostawcę. Termin „komponent” obejmuje wszelkie towary pośrednie, a termin „wbudowanie” oznacza korzystanie z wszelkich nakładów do produkcji towarów.

⁹⁷ Zob. wyrok w sprawie C-439/09 *Pierre Fabre Dermo-Cosmetique SAS/Président de l’Autorité de la concurrence*, EU:C:2011:649, pkt 56–57.

6.1.3. *Ograniczenia dotyczące sprzedaży części zamiennych*

- (231) Najpoważniejsze ograniczenie konkurencji określone w art. 4 lit. e) rozporządzenia VBER dotyczy porozumień, które uniemożliwiają lub ograniczają uzyskiwanie przez użytkowników końcowych, niezależne zakłady naprawcze, hurtowników i dostawców usług, części zamiennych bezpośrednio od producenta tych części. Umowa między producentem części zamiennych a nabywcą, który wbudowuje te części do własnych produktów, takim jak producent oryginalnego sprzętu (OEM), nie może – bezpośrednio lub pośrednio – uniemożliwiać lub ograniczać sprzedaży tych części przez OEM użytkownikom końcowym, niezależnym zakładom naprawczym, hurtownikom lub usługodawcom. Ograniczenia pośrednie mogą pojawiać się w szczególności wówczas, gdy dostawca części zamiennych jest ograniczony w dostarczaniu informacji technicznych i specjalnego sprzętu, koniecznych do wykorzystania części zamiennych przez użytkowników, niezależne zakłady naprawcze lub usługodawców. Jednak porozumienie może nałożyć ograniczenia na dostawę części zamiennych zakładom naprawczym lub usługodawcom, którym OEM powierzył naprawę lub serwisowanie jego własnych produktów. Oznacza to, że OEM może wymagać, aby jego własna sieć napraw i serwisu kupowała części zamienne od niego lub od innych członków jego systemu dystrybucji selektywnej, jeśli taki system prowadzi.

6.2. **Ograniczenia wykluczone z zakresu rozporządzenia VBER**

- (232) W art. 5 rozporządzenia VBER wyłączono z zakresu stosowania tego rozporządzenia niektóre zobowiązania zawarte w porozumieniach wertykalnych, niezależnie od tego, czy próg udziału w rynku określony w art. 3 ust. 1 rozporządzenia VBER został przekroczony, czy nie. W art. 5 rozporządzenia VBER zdefiniowano zobowiązania, w przypadku których nie można z wystarczającą pewnością założyć, że spełniają one warunki określone w art. 101 ust. 3. Nie przyjmuje się domniemania, że zobowiązania określone w art. 5 rozporządzenia VBER wchodzą w zakres stosowania art. 101 ust. 1 lub nie spełniają warunków określonych w art. 101 ust. 3. Wyłączenie tych zobowiązań z zakresu stosowania rozporządzenia VBER oznacza jedynie, że podlegają one indywidualnej ocenie na podstawie art. 101. Ponadto, w przeciwieństwie do art. 4 rozporządzenia VBER, wykluczenie wyłączenia grupowego przewidziane w art. 5 rozporządzenia VBER jest ograniczone do konkretnego zobowiązania, jeżeli zobowiązanie to można oddzielić od pozostałej części porozumienia wertykalnego. Oznacza to, że pozostała część porozumienia wertykalnego nadal objęta jest przywilejem wyłączenia grupowego.

6.2.1. *Zakazy konkurowania przekraczające okres pięciu lat*

- (233) Zgodnie z art. 5 ust. 1 lit. a) rozporządzenia VBER zakazy konkurowania przekraczające okres pięciu lat są wyłączone z przywileju ustanowionego rozporządzeniem VBER. Zakazy konkurowania są to uzgodnienia, w wyniku których 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, zgodnie z definicją w art. 1 ust. 1 lit. e) rozporządzenia VBER. Oznacza to, że nabywca nie może nabywać konkurencyjnych towarów ani usług lub że takie zakupy są ograniczone do ilości niższej niż 20 % jego całkowitych zakupów. Jeżeli nie są dostępne odpowiednie dane dotyczące zakupów dokonanych przez nabywcę w roku kalendarzowym poprzedzającym zawarcie porozumienia wertykalnego, można zamiast nich wykorzystać najlepsze oszacowanie całkowitego rocznego

zapotrzebowania dokonane przez nabywcę. Rzeczywiste dane dotyczące zakupów należy jednak wykorzystać, gdy tylko będą dostępne.

- (234) Zakazy konkutowania nie są objęte wyłączeniem grupowym, jeżeli ich czas trwania jest nieokreślony lub przekracza pięć lat. Zakazy konkutowania, które są w sposób milczący odnawialne po upływie pięciu lat, są objęte wyłączeniem grupowym, pod warunkiem że nabywca może skutecznie renegotjować lub rozwiązać porozumienie wertykalne zawierające to zobowiązanie z rozsądnym okresem wypowiedzenia i przy rozsądnych kosztach, dzięki czemu nabywca może skutecznie zmienić dostawcę po upływie pięcioletniego okresu. Jeżeli na przykład porozumienie wertykalne 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 wygaśnięciu zakazu konkutowania.
- (235) Zgodnie z art. 5 ust. 2 rozporządzenia VBER limit pięciu lat czasu trwania nie ma zastosowania, gdy towary lub usługi objęte porozumieniem są odsprzedawane przez nabywcę „w lokalach i na terenie, których właścicielem jest dostawca lub które dostawca wynajmuje lub dzierżawi od osób trzecich niezwiązanych z nabywcą”. W takich przypadkach zakaz konkutowania może trwać tyle samo, ile okres zajmowania punktu sprzedaży przez nabywcę. 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.

6.2.2. *Zakazy konkutowania po zakończeniu porozumienia*

- (236) Zgodnie z art. 5 ust. 1 lit. b) w związku z art. 5 ust. 3 rozporządzenia VBER wyklucza się z zakresu stosowania rozporządzenia VBER zakaz konkutowania po zakończeniu porozumienia, chyba że zobowiązanie to jest niezbędne do ochrony know-how przekazanego nabywcy przez dostawcę, jest ograniczone do punktu sprzedaży, w którym nabywca prowadzi działalność w trakcie obowiązywania porozumienia i jest ograniczone do maksymalnego okresu jednego roku. Ma to miejsce jedynie w przypadku, gdy know-how jest istotne w rozumieniu art. 1 ust. 1 lit. h) rozporządzenia VBER. Oznacza to, że know-how musi zawierać informacje ważne i użyteczne dla nabywcy z punktu widzenia używania, sprzedaży lub odsprzedaży towarów lub usług objętych porozumieniem.

6.2.3. *Zakazy konkutowania nakładane na uczestników systemu dystrybucji selektywnej*

- (237) Art. 5 ust. 1 lit. c) rozporządzenia VBER dotyczy sprzedaży konkurencyjnych towarów w systemie dystrybucji selektywnej. Rozporządzenie VBER obejmuje połączenie dystrybucji selektywnej z zakazem konkutowania, obligujące dystrybutorów do nieodsprzedawania konkurencyjnych marek. Jeżeli jednak dostawca uniemożliwia swym autoryzowanym dystrybutorom, bezpośrednio lub pośrednio, kupowanie produktów do odsprzedaży od jednego z określonych

konkurencyjnych dostawców lub od większej liczby takich dostawców, takie zobowiązanie nie jest objęte wyłączeniem grupowym. Celem wyłączenia tego rodzaju zobowiązania jest uniknięcie sytuacji, w której pewna liczba dostawców korzystających z tych samych punktów dystrybucji selektywnej uniemożliwia co najmniej jednemu określönemu konkurentowi korzystanie z tych punktów do dystrybucji ich produktów. Taki scenariusz oznaczałby zamknięcie dostępu do rynku konkurującemu dostawcy, które stanowiłoby formę zbiorowego bojkotu.

6.2.4. *Zobowiązania do parytetu cenowego*

- (238) Czwarte wykluczenie wyłączenia grupowego, określone w art. 5 ust. 1 lit. d) rozporządzenia VBER, dotyczy zobowiązań do parytetu cenowego w sprzedaży detalicznej nakładanych przez dostawców usług pośrednictwa internetowego i powodujących, że nabywcy tych usług nie mogą oferować, sprzedawać ani odsprzedawać użytkownikom końcowym towarów lub usług na korzystniejszych warunkach przy użyciu konkurencyjnych usług pośrednictwa internetowego. Użytkownikami końcowymi mogą być przedsiębiorstwa lub konsumenci końcowi. Warunki te mogą dotyczyć cen, zapasów, dostępności lub innych warunków oferty lub sprzedaży. Zobowiązanie do parytetu cenowego może być wyraźne lub może być stosowane za pomocą innych bezpośrednich lub pośrednich środków, w tym poprzez stosowanie zróżnicowanych cen lub innych zachęt lub środków, których zastosowanie zależy od warunków, na jakich nabywca usług pośrednictwa internetowego oferuje towary lub usługi użytkownikom końcowym korzystającym z usług konkurujących dostawców usług pośrednictwa internetowego. Dostawca usług pośrednictwa internetowego może na przykład zachęcać nabywców do przyznania mu parytetu cenowego w stosunku do konkurencyjnych dostawców takich usług przez zaoferowanie lepszej widoczności towarów lub usług nabywcy na swojej stronie internetowej lub poprzez pobieranie niższych stawek prowizji.
- (239) Wszystkie inne rodzaje zobowiązań do parytetu cenowego objęte są wyłączeniem grupowym przewidzianym w rozporządzeniu VBER. Obejmuje to na przykład zobowiązania do parytetu cenowego w sprzedaży detalicznej odnoszące się do kanałów sprzedaży bezpośredniej lub kanałów marketingowych dostawców towarów lub usług (tzw. „wąski” parytet); zobowiązania do parytetu cenowego odnoszące się do warunków, na jakich towary lub usługi oferowane są przedsiębiorstwom niebędącym użytkownikami końcowymi, oraz zobowiązania do parytetu cenowego odnoszące się do warunków, na jakich producenci, hurtownicy lub detaliści nabywają towary lub usługi jako czynniki produkcji (zob. sekcja 8.2.5 niniejszych wytycznych dotycząca oceny zobowiązań do parytetu cenowego w indywidualnych przypadkach, do których nie ma zastosowania rozporządzenie VBER).

7. WYCOFANIE I NIESTOSOWANIE

7.1. **Wycofanie przywileju ustanowionego rozporządzeniem VBER (art. 29 rozporządzenia nr 1/2003)**

- (240) Komisja może wycofać przywilej ustanowiony rozporządzeniem VBER na podstawie art. 29 ust. 1 rozporządzenia nr 1/2003, jeżeli stwierdzi, że w konkretnym przypadku porozumienie wertykalne, do którego stosuje się rozporządzenie VBER, wywołuje pewne skutki niezgodne z art. 101 ust. 3. Ponadto jeżeli w konkretnym przypadku porozumienie takie wywołuje skutki niezgodne z art. 101 ust. 3 na terytorium państwa członkowskiego lub jego części, które posiadają wszystkie cechy odrębnego rynku geograficznego, krajowy organ ochrony konkurencji danego

państwa członkowskiego również może wycofać przywilej ustanowiony rozporządzeniem VBER, na podstawie art. 29 ust. 2 rozporządzenia nr 1/2003. W art. 29 rozporządzenia nr 1/2003 nie wymieniono sądów państw członkowskich, które nie mają w związku z tym uprawnień do wycofania przywileju ustanowionego rozporządzeniem VBER⁹⁸, chyba że dany sąd jest wyznaczonym organem ochrony konkurencji państwa członkowskiego zgodnie z art. 35 rozporządzenia 1/2003.

- (241) Komisja i krajowe organy ochrony konkurencji mogą wycofać przywilej ustanowiony rozporządzeniem VBER w dwóch przypadkach. Po pierwsze, mogą one wycofać przywilej ustanowiony rozporządzeniem VBER, jeżeli porozumienie wertykalne wchodzące w zakres stosowania art. 101 ust. 1, *rozpatrywane pojedynczo*, wywołuje skutki na rynku właściwym, które są niezgodne z art. 101 ust. 3. Po drugie, zgodnie z motywem 18 rozporządzenia VBER, mogą one również wycofać przywilej ustanowiony rozporządzeniem VBER, jeżeli porozumienie wertykalne, *rozpatrywane łącznie* z podobnymi porozumieniami zawartymi przez konkurujących dostawców lub nabywców, wywołuje takie skutki. Wynika to z faktu, że równoległe sieci podobnych porozumień wertykalnych mogą wywoływać skumulowane skutki, które są niezgodne z art. 101 ust. 3. Ograniczenie dostępu do rynku właściwego i ograniczenie na nim konkurencji są przykładami takich skumulowanych skutków, które mogą uzasadniać wycofanie przywileju ustanowionego rozporządzeniem VBER⁹⁹.
- (242) Równoległe sieci porozumień wertykalnych powinny być postrzegane jako podobne do siebie, jeżeli zawierają ten sam rodzaj ograniczeń powodujących podobne skutki dla rynku. Takie skumulowane skutki mogą wynikać, na przykład, w przypadku wspólnej wyłączności lub dystrybucji selektywnej, ze zobowiązania do parytetu cenowego lub zakazu konkurowania. Jeśli chodzi o dystrybucję selektywną, przypadek wystarczająco podobnych sieci równoległych może występować, jeżeli na danym rynku niektórzy dostawcy stosują czysto jakościową dystrybucję selektywną, podczas gdy inni dostawcy stosują ilościową dystrybucję selektywną, wywierając podobne skutki na rynek. Takie skumulowane skutki mogą również powstać, gdy na danym rynku równoległe sieci dystrybucji selektywnej stosują kryteria jakościowe, które zamykają dostęp dla dystrybutorów. W takich okolicznościach ocena musi uwzględniać antykonkurencyjne skutki, jakie można przypisać poszczególnym sieciom porozumień. W stosownych przypadkach wycofanie przywileju ustanowionego rozporządzeniem VBER może być ograniczone do szczególnych kryteriów jakościowych lub szczególnych kryteriów ilościowych, które np. ograniczają liczbę autoryzowanych dystrybutorów.
- (243) Odpowiedzialność za antykonkurencyjny skumulowany skutek można przypisać jedynie tym przedsiębiorstwom, które mają w nim znaczny udział. Porozumienia zawarte przez przedsiębiorstwa, których wkład w skumulowany skutek jest

⁹⁸ Sądy państw członkowskich nie mogą również zmieniać zakresu stosowania rozporządzenia VBER w drodze rozszerzenia tego zakresu na porozumienia nieobjęte tym rozporządzeniem. Każde takie rozszerzenie, niezależnie od jego zakresu, miałoby wpływ na sposób, w jaki Komisja wykonuje swoje uprawnienia ustawodawcze (wyrok w sprawie C-234/89 Stergios Delimitis/Henninger Bräu AG, EU:C:1991:91, pkt 46).

⁹⁹ Wystąpienie skumulowanego efektu zamknięcia jest jednak mało prawdopodobne, jeżeli równoległe sieci porozumień wertykalnych obejmują mniej niż 30 % rynku właściwego, zob. zawiadomienie *de minimis*, pkt 10.

nieznaczny, nie są objęte zakazem przewidzianym w art. 101 ust. 1¹⁰⁰. Nie będzie zatem wobec nich zastosowane wycofanie¹⁰¹.

- (244) Na podstawie art. 29 ust. 1 rozporządzenia nr 1/2003 Komisja może wycofać przywilej ustanowiony rozporządzeniem VBER z własnej inicjatywy lub na podstawie skargi. Obejmuje to możliwość zwrócenia się przez krajowe organy ochrony konkurencji do Komisji o wycofanie przywileju ustanowionego rozporządzeniem VBER w konkretnym przypadku, bez uszczerbku dla stosowania zasad przydzielania spraw i pomocy w ramach Europejskiej Sieci Konkurencji¹⁰² oraz bez uszczerbku dla ich własnych uprawnień do wycofania na podstawie art. 29 ust. 2 rozporządzenia nr 1/2003. Jeżeli co najmniej trzy krajowe organy ochrony konkurencji zwrócą się do Komisji o zastosowanie w danym przypadku art. 29 ust. 1 rozporządzenia nr 1/2003, Komisja omówi sprawę w ramach Europejskiej Sieci Konkurencji w celu podjęcia decyzji o ewentualnym wycofaniu przywileju ustanowionego rozporządzeniem VBER. W tym kontekście Komisja w jak największym stopniu uwzględni opinie krajowych organów ochrony konkurencji, które zwróciły się do Komisji o wycofanie przywileju ustanowionego rozporządzeniem VBER, aby w odpowiednim czasie stwierdzić, czy w danym przypadku spełnione są warunki wycofania.
- (245) Z art. 29 ust. 1 i 2 rozporządzenia nr 1/2003 wynika, że Komisja posiada wyłączne kompetencje do wycofania w skali całej Unii, ponieważ może wycofać przywilej ustanowiony rozporządzeniem VBER w odniesieniu do porozumień wertykalnych ograniczających konkurencję na właściwym rynku geograficznym, który jest szerszy niż terytorium jednego państwa członkowskiego, podczas gdy krajowe organy ochrony konkurencji mogą wycofać takie przywileje jedynie w odniesieniu do terytorium swojego państwa członkowskiego.
- (246) Uprawnienia do wycofania przysługujące poszczególnym krajowym organom ochrony konkurencji dotyczą zatem przypadków, w których rynek właściwy obejmuje jedno państwo członkowskie lub region zlokalizowany wyłącznie w danym państwie członkowskim. W takim przypadku krajowy organ ochrony konkurencji tego państwa członkowskiego posiada kompetencje do wycofania przywileju ustanowionego rozporządzeniem VBER w odniesieniu do porozumienia wertykalnego, które wywołuje na tym rynku krajowym lub regionalnym skutki niezgodne z art. 101 ust. 3. Jest to równoległa kompetencja, ponieważ art. 29 ust. 1 rozporządzenia 1/2003 upoważnia również Komisję do wycofania przywileju ustanowionego rozporządzeniem VBER w odniesieniu do rynku krajowego lub regionalnego, pod warunkiem że dane porozumienie wertykalne może wpłynąć na handel między państwami członkowskimi.
- (247) W przypadku dotyczącym kilku odrębnych rynków krajowych lub regionalnych kilka właściwych krajowych organów ochrony konkurencji może równolegle wycofać przywilej ustanowiony rozporządzeniem VBER.

¹⁰⁰ Poszczególnych dostawców lub dystrybutorów, których udział w rynku nie przekracza 5 %, zasadniczo nie uznaje się za przyczyniających się w znacznym stopniu do skumulowanego efektu zamknięcia, zob. zawiadomienie *de minimis*, pkt 10; oraz wyrok w sprawie C-234/89 Stergios Delimitis/Henninger Bräu AG, EU:C:1991:91, pkt 24 do 27.

¹⁰¹ Ocena takiego udziału zostanie dokonana zgodnie z kryteriami określonymi w polityce egzekwowania prawa w indywidualnych przypadkach, jak określono w sekcji 8. niniejszych wytycznych.

¹⁰² Zob. rozdział IV rozporządzenia nr 1/2003.

- (248) Z brzmienia art. 29 ust. 1 rozporządzenia nr 1/2003 wynika, że w przypadku wycofania przez Komisję przywileju ustanowionego rozporządzeniem VBER spoczywa na niej ciężar udowodnienia, po pierwsze, że rozporządzenie VBER ma zastosowanie do danego porozumienia wertykalnego, co oznacza, że musi ono wchodzić w zakres stosowania art. 101 ust. 1¹⁰³, a po drugie, że porozumienie to wywołuje skutki niezgodne z art. 101 ust. 3, co oznacza, że nie spełnia ono co najmniej jednego z czterech warunków określonych w art. 101 ust. 3¹⁰⁴. Zgodnie z art. 29 ust. 2 rozporządzenia nr 1/2003 te same wymogi stosuje się w przypadku, gdy krajowy organ ochrony konkurencji wycofuje przywilej ustanowiony rozporządzeniem VBER w odniesieniu do swojego państwa członkowskiego. W szczególności jeżeli chodzi o ciężar udowodnienia, że drugi wymóg jest spełniony, art. 29 wymaga, aby odpowiedni organ ochrony konkurencji uzasadnił, że co najmniej jeden z czterech warunków określonych w art. 101 ust. 3 nie jest spełniony¹⁰⁵.
- (249) Jeżeli spełnione są wymogi art. 29 ust. 1 rozporządzenia nr 1/2003, Komisja może w indywidualnym przypadku wycofać przywilej ustanowiony rozporządzeniem VBER. Takie wycofanie i związane z nim wymogi określone w poprzednich punktach należy odróżnić od ustaleń zawartych w decyzji Komisji na podstawie rozdziału III rozporządzenia nr 1/2003. Wycofanie może jednak zostać połączone – na przykład – ze stwierdzeniem naruszenia i nałożeniem środków zaradczych, a nawet z decyzjami tymczasowymi, jak miało to miejsce w poprzednich decyzjach Komisji¹⁰⁶.
- (250) Jeżeli Komisja wycofa przywilej ustanowiony rozporządzeniem VBER na podstawie art. 29 ust. 1 rozporządzenia nr 1/2003, musi ona wziąć pod uwagę, że wycofanie to może mieć jedynie skutki *ex nunc*, tj. wyłączony status danych porozumień pozostanie nienaruszony przez okres poprzedzający datę, w której wycofanie staje się skuteczne. W przypadku wycofania na podstawie art. 29 ust. 2 rozporządzenia

¹⁰³ Jeżeli porozumienie wertykalne nie jest objęte zakresem stosowania art. 101 ust. 1, jak określono w sekcji 3. W niniejszych wytycznych nie porusza się kwestii stosowania rozporządzenia VBER, ponieważ rozporządzenie to ma na celu określenie kategorii porozumień wertykalnych, które zwykle spełniają warunki określone w art. 101 ust. 3, co zakłada, że porozumienie wertykalne wchodzi w zakres stosowania art. 101 ust. 1, zob. wyraźne odniesienie w art. 101 ust. 3 do porozumień, decyzji i praktyk uzgodnionych, jak również do art. 101 ust. 1.

¹⁰⁴ Wystarczy, że Komisja uzasadni, że jeden z czterech warunków określonych w art. 101 ust. 3 nie jest spełniony. Wynika to z faktu, że aby uzyskać wyłączenie na podstawie art. 101 ust. 3, muszą być spełnione wszystkie cztery warunki.

¹⁰⁵ Wymóg określony w art. 29 rozporządzenia nr 1/2003 dotyczący ciężaru dowodu spoczywającego na właściwym organie ochrony konkurencji wynika z sytuacji, w której rozporządzenie VBER nie ma zastosowania, a przedsiębiorstwo powołuje się w indywidualnym przypadku na art. 101 ust. 3. W takiej sytuacji na przedsiębiorstwie spoczywa ciężar dowodu zgodnie z art. 2 rozporządzenia nr 1/2003, polegający na wykazaniu, że spełnione są wszystkie cztery warunki określone w art. 101 ust. 3. W tym celu przedsiębiorstwo musi uzasadnić swój wniosek, zob. np. decyzja Komisji w sprawie AT.39226 Lundbeck, której zasadność potwierdzono w orzeczeniach w sprawie T-472/13 Lundbeck/Komisja, EU:T:2016:449 oraz w sprawie C-591/16 P Lundbeck/Komisja.

¹⁰⁶ Komisja wykorzystała swoje uprawnienia do wycofania przywileju ustanowionego w ramach jednego z poprzednio obowiązujących rozporządzeń w sprawie wyłączeń grupowych w decyzjach Komisji z dnia 25 marca 1992 r. (decyzje tymczasowe) i z dnia 23 grudnia 1992 r. dotyczących postępowania na podstawie art. 85 traktatu EWG w sprawie IV/34.072 — Mars/Langnese i Schöller, której zasadność potwierdzono orzeczeniem w sprawie C-279/95 P. Langnese-Iglo/Komisja, EU:C:1998:447 oraz w decyzjach Komisji z dnia 4 grudnia 1991 r. (decyzje tymczasowe) i z dnia 4 grudnia 1991 r. dotyczących postępowania na podstawie art. 85 traktatu EWG w sprawie IV/33.157 — Eco System/Peugeot.

nr 1/2003 odnośny krajowy organ ochrony konkurencji musi również uwzględnić swoje obowiązki wynikające z art. 11 ust. 4 rozporządzenia 1/2003, w szczególności w zakresie przekazywania Komisji wszelkich stosownych przewidywanych decyzji.

7.2. Rozporządzenie uznające, że rozporządzenie VBER nie ma zastosowania (art. 6 rozporządzenia VBER)

- (251) Zgodnie z art. 1a rozporządzenia w sprawie upoważnienia, art. 6 rozporządzenia VBER upoważnia Komisję do wyłączenia z zakresu stosowania rozporządzenia VBER, w drodze rozporządzenia, równoległych sieci podobnych ograniczeń wertykalnych, jeżeli obejmują one ponad 50 % rynku właściwego. Środek tego rodzaju nie jest skierowany do poszczególnych przedsiębiorstw, ale dotyczy wszystkich przedsiębiorstw, których porozumienia spełniają warunki określone w rozporządzeniu, o którym mowa w art. 6 rozporządzenia VBER. Oceniając potrzebę przyjęcia takiego rozporządzenia Komisja rozważy, czy indywidualne wycofanie byłoby właściwszym środkiem zaradczym. Liczba konkurujących przedsiębiorstw przyczyniających się do skumulowanego skutku na rynku oraz liczba dotkniętych nim rynków geograficznych na obszarze Unii to dwa aspekty, które są szczególnie istotne w tej ocenie.
- (252) Komisja rozważy przyjęcie rozporządzenia na podstawie art. 6 rozporządzenia VBER, jeżeli podobne ograniczenia, obejmujące ponad 50 % rynku właściwego, mogłyby znacznie ograniczyć dostęp do tego rynku lub konkurencję na nim. Może to mieć miejsce w szczególności w przypadku, gdy równoległe sieci dystrybucji selektywnej obejmujące ponad 50 % rynku mogą zamknąć dostęp do rynku z powodu stosowania kryteriów doboru niewymaganych charakterem danych towarów lub usług lub dyskryminujących niektóre formy dystrybucji takich towarów lub usług. Do celów wyliczenia 50 % wskaźnika pokrycia rynku należy uwzględniać wszystkie poszczególne sieci porozumień wertykalnych zawierających ograniczenia lub kombinacje ograniczeń powodujące podobne skutki dla rynku. Art. 6 rozporządzenia VBER nie wymaga jednak od Komisji podjęcia działań w przypadku przekroczenia 50 % wskaźnika zasięgu rynkowego.
- (253) Skutkiem rozporządzenia przyjętego na podstawie art. 6 rozporządzenia VBER jest brak możliwości stosowania rozporządzenia VBER w odniesieniu do ograniczeń i przedmiotowych rynków, a zatem art. 101 ust. 1 i 3 ma pełne zastosowanie.
- (254) Każde rozporządzenie, o którym mowa w art. 6 rozporządzenia VBER, musi mieć wyraźnie określony zakres stosowania. Dlatego też Komisja musi po pierwsze zdefiniować właściwy rynek produktowy i geograficzny (właściwe rynki), a po drugie — rodzaj ograniczenia wertykalnego, w odniesieniu do którego rozporządzenie VBER nie będzie już miało zastosowania. Jeżeli chodzi o ten ostatni aspekt, Komisja może zmodyfikować zakres stosowania rozporządzenia stosownie do problemu w zakresie konkurencji, do którego zamierza się odnieść. Na przykład, chociaż wszystkie równoległe sieci porozumień związanych z jednomarkowością można wziąć pod uwagę w celu ustalenia 50 % wskaźnika zasięgu rynkowego, Komisja może jednak ograniczyć zakres stosowania rozporządzenia przyjętego na podstawie art. 6 rozporządzenia VBER 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 przedsiębiorstwa stosują dystrybucję selektywną w połączeniu z dodatkowymi ograniczeniami, takimi jak zakaz konkurowania lub narzucanie

nabywcy wysokości zakupów, rozporządzenie przyjęte na podstawie art. 6 rozporządzenia VBER może dotyczyć tylko tych dodatkowych ograniczeń. W stosownych okolicznościach Komisja może również określić poziom udziału w rynku, który w kontekście konkretnego rynku może być postrzegany jako niedostateczny do tego, aby pojedyncze przedsiębiorstwo miało znaczący udział w skumulowanym skutku.

- (255) Art. 1a rozporządzenia w sprawie upoważnienia zawiera wymóg, aby rozporządzenie przyjęte na podstawie art. 6 rozporządzenia VBER przewidywało okres przejściowy nie krótszy niż sześć miesięcy przed rozpoczęciem jego stosowania. Okres ten ma umożliwić zainteresowanym przedsiębiorstwom odpowiednie dostosowanie swoich porozumień wertykalnych.
- (256) Rozporządzenie przyjęte na podstawie art. 6 rozporządzenia VBER nie będzie miało wpływu na status wyłączenia odnośnych porozumień w okresie poprzedzającym datę rozpoczęcia stosowania tego rozporządzenia.

8. POLITYKA EGZEKOWANIA PRAWA W INDYWIDUALNYCH PRZYPADKACH

8.1. Ramy analizy

- (257) Jeżeli do porozumienia wertykalnego nie stosuje się „bezpiecznej przystani” przewidzianej w rozporządzeniu VBER, istotne jest zbadanie, czy w indywidualnym przypadku porozumienie wertykalne objęte jest zakresem stosowania art. 101 ust. 1, a jeśli tak, to czy spełnione są warunki określone w art. 101 ust. 3. Jeśli porozumienia wertykalne nie zawierają ograniczeń konkurencji ze względu na cel, a w szczególności najpoważniejszych ograniczeń konkurencji, nie domniemywa się, że porozumienia wertykalne pozostające poza rozporządzeniem VBER ze względu na przekroczenie progu udziału w rynku wchodzą w zakres stosowania art. 101 ust. 1 lub też nie spełniają warunków określonych w art. 101 ust. 3. Takie porozumienia wymagają indywidualnej oceny. Porozumienia, które albo nie ograniczają konkurencji w rozumieniu art. 101 ust. 1 albo spełniają warunki określone w art. 101 ust. 3 są ważne i podlegają wykonaniu.
- (258) Zgodnie z art. 1 ust. 2 rozporządzenia nr 1/2003 przedsiębiorstwa nie muszą zgłaszać porozumienia wertykalnego, aby skorzystać z wyłączenia indywidualnego na podstawie art. 101 ust. 3. W przypadku indywidualnego badania przez Komisję to Komisja ponosi ciężar udowodnienia, że przedmiotowe porozumienie wertykalne narusza przepisy art. 101 ust. 1. Przedsiębiorstwa powołujące się na przywilej wynikający z art. 101 ust. 3 ponoszą ciężar udowodnienia, że spełnione zostały warunki przewidziane w tym przepisie. Jeżeli wykazane zostaną prawdopodobne skutki antykonkurencyjne, przedsiębiorstwa mogą uzasadnić argumenty dotyczące zwiększenia efektywności i wyjaśnić, dlaczego dany system dystrybucji jest konieczny, aby konsumenci uzyskali prawdopodobne korzyści bez eliminowania konkurencji, przed podjęciem przez Komisję decyzji, czy porozumienie spełnia warunki określone w art. 101 ust. 3.
- (259) Ocena tego, czy porozumienie wertykalne skutkuje ograniczeniem konkurencji dokonana zostanie poprzez porównanie sytuacji na właściwym rynku, na którym istnieją ograniczenia wertykalne, z sytuacją, która istniałaby w przypadku braku ograniczeń wertykalnych w porozumieniu wertykalnym. Przy ocenie poszczególnych przypadków Komisja weźmie pod uwagę odpowiednio skutki zarówno rzeczywiste, jak i prawdopodobne. Aby porozumienia wertykalne można było uznać za ograniczające konkurencję ze względu na skutki, muszą one w takim stopniu

wpływać na rzeczywistą lub potencjalną konkurencję, aby na rynku właściwym z dużym prawdopodobieństwem można było oczekiwać pogorszenia sytuacji w zakresie cen, wielkości produkcji, innowacyjności, zróżnicowania lub jakości towarów lub usług. Prawdopodobne negatywne skutki dla konkurencji muszą być znaczące¹⁰⁷. Istnieje większe prawdopodobieństwo, że znaczące skutki antykonkurencyjne wystąpią, kiedy co najmniej jedna ze stron porozumienia ma lub uzyskuje pewną znaczącą władzę rynkową, zaś porozumienie przyczynia się do stworzenia, utrzymania i wzmocnienia tej władzy rynkowej, lub też umożliwia stronom porozumienia wykorzystanie takiej władzy rynkowej. Władza rynkowa to zdolność do utrzymania cen powyżej konkurencyjnego poziomu lub też utrzymania produkcji pod względem ilości produktów, jakości i zróżnicowania produktów oraz innowacyjności poniżej poziomu konkurencyjnego przez inny niż nieznaczny okres. Poziom władzy rynkowej koniecznej zazwyczaj do ustalenia naruszenia na podstawie art. 101 ust. 1 jest mniejszy, niż poziom władzy rynkowej koniecznej do ustalenia dominacji na podstawie art. 102.

8.1.1. *Czynniki istotne dla oceny na podstawie art. 101 ust. 1*

- (260) Przeprowadzając ocenę indywidualnych porozumień wertykalnych między przedsiębiorstwami, których udziały w rynku wynoszą powyżej progu 30 %, Komisja dokona pełnej analizy dotyczącej konkurencji. Poniższe czynniki są szczególnie istotne dla ustalenia, czy porozumienie wertykalne powoduje znaczące ograniczenie konkurencji na podstawie art. 101 ust. 1:
- a) charakter porozumienia;
 - b) rynkowa pozycja stron;
 - c) rynkowa pozycja konkurentów;
 - d) rynkowa pozycja nabywców towarów lub usług objętych porozumieniem;
 - e) poziom obrotu handlowego, którego dotyczą ograniczenia;
 - f) charakter produktu oraz
 - g) dynamika rynku.
- (261) Pod uwagę można również wziąć inne czynniki w zależności od ich znaczenia dla oceny danego porozumienia wertykalnego.
- (262) Znaczenie poszczególnych czynników może się różnić w zależności od okoliczności sprawy. Na przykład duży udział stron w rynku jest zwykle dobrym wskaźnikiem władzy rynkowej, ale w przypadku niskich barier wejścia na rynek władza rynkowa może być wystarczająco ograniczona przez rzeczywiste lub potencjalne wejście na rynek. Dlatego też nie jest możliwe przedstawienie solidnych zasad ogólnego zastosowania co do znaczenia poszczególnych czynników.
- (263) Porozumienia wertykalne mogą przyjąć różny kształt i różne formy. Ważne jest więc, aby zbadać charakter porozumienia pod względem zawartych w nim ograniczeń, czasu ich trwania oraz odsetka całkowitej sprzedaży na rynku (niższego szczebla) dotkniętym tymi ograniczeniami. Może być konieczne wyjście poza wyraźne warunki porozumienia. Istnienie ukrytych ograniczeń można

¹⁰⁷

Zob. sekcja 3.1. niniejszych wytycznych.

wywnioskować na podstawie sposobu wdrażania porozumienia przez strony i zachęt, z jakimi się spotykają.

- (264) Pozycja rynkowa stron wskazuje na stopień władzy rynkowej, jeżeli taka władza istnieje, dostawcy, nabywcy lub obydwu z nich. Im wyższy jest ich udział w rynku, tym większa jest prawdopodobnie ich władza rynkowa. Ma to szczególnie miejsce w przypadkach, w których udział w rynku odzwierciedla przewagę pod względem kosztów lub inne przewagi konkurencyjne wobec konkurentów. Ta przewaga konkurencyjna może na przykład wynikać z faktu bycia pierwszym na rynku (najlepsza lokalizacja itp.), z posiadania podstawowych patentów lub doskonalszej technologii, z pozycji lidera marki lub posiadania najlepszej gamy. Stopień zróżnicowania produktów może być również istotnym wskaźnikiem obecności władzy rynkowej.
- (265) Ważna jest również rynkowa pozycja konkurentów. Im silniejsza jest pozycja konkurencyjna konkurentów i im większa jest ich liczba, tym mniejsze jest ryzyko, że dane strony będą w stanie indywidualnie stosować władzę rynkową i zamykać dostęp do rynku lub łagodzić konkurencję. Istotne jest również rozważenie, czy istnieją skuteczne i szybko dostępne strategie alternatywne, które konkurenci mogliby wprowadzić. Jeżeli jednak liczba przedsiębiorstw na rynku jest raczej niewielka, a ich pozycje rynkowe (pod względem np. wielkości, kosztów oraz możliwości badań i rozwoju itp.) podobne, ograniczenia wertykalne mogą zwiększać ryzyko zmonopolizacji. Fluktuacje udziałów w rynku lub gwałtowne zmiany udziałów w rynku są generalnie wskaźnikiem intensywnej konkurencji.
- (266) Pozycja rynkowa klientów stron porozumienia na rynku niższego szczebla wskazuje, czy co najmniej jeden z tych klientów posiada siłę nabywczą, czy jej nie posiada. Pierwszym wskaźnikiem siły nabywczej jest udział klienta w rynku zakupów. Ten udział odzwierciedla znaczenie jego popytu dla ewentualnych dostawców. Inne wskaźniki koncentrują się na pozycji klienta na rynku odsprzedaży, na którym jest aktywny, z uwzględnieniem takich cech jak punkty sprzedaży rozrzucone na rozległym obszarze, własne marki i wizerunek wśród konsumentów końcowych. W pewnych okolicznościach siła nabywcza może zapobiec wynikającej z problematycznego porozumienia wertykalnego szkodzi dla konsumentów, która istniałaby w przeciwnym wypadku. Ma to w szczególności miejsce, gdy silni klienci mają możliwość i motywację do wprowadzenia na rynek nowych źródeł zaopatrzenia w przypadku niewielkiego, ale stałego wzrostu cen relatywnych.
- (267) Bariery wejścia na rynek są mierzone według zakresu, w jakim przedsiębiorstwa obecne już na rynku mogą podnieść ceny powyżej poziomu konkurencyjnego bez przyciągania nowych wejść na rynek. Co do zasady bariery wejścia można uznać za niskie, gdy można oczekiwać, że stosowanie władzy rynkowej przez przedsiębiorstwa obecne na rynku zapobiegnie skutecznemu i prawdopodobnemu wejściu na rynek w ciągu roku lub dwóch lat lub je osłabi. Bariery wejścia na rynek mogą być spowodowane różnymi czynnikami, takimi jak korzyści skali i zakresu (w tym efekty sieciowe przedsiębiorstw prowadzących działalność wielostronną), uregulowania rządowe (w szczególności gdy ustanawiają one wyłączne prawa), pomoc państwa, taryfy przywozowe, prawa własności intelektualnej, własność zasobów, jeżeli podaż jest ograniczona (np. z powodu naturalnych ograniczeń), konieczna infrastruktura, przewaga pioniera oraz lojalność konsumentów wobec marki spowodowana intensywnymi reklamami przez pewien okres. Kwestia, czy pewne z tych czynników powinny być opisane jako bariery wejścia na rynek, zależy szczególnie od tego, czy powodują one poniesienie kosztów utopionych. Koszty

utopione są to koszty, które trzeba ponieść, aby wejść na dany rynek lub na nim działać, ale których nie można odzyskać, 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. Jeżeli wejście na rynek wymaga wysokich kosztów utopionych, groźba zaciętej konkurencji ze strony przedsiębiorstw obecnych na rynku po wejściu na rynek może zniechęcać do takiego wejścia, ponieważ potencjalni kandydaci do wejścia na rynek nie mogą uzasadnić ryzyka utraty utopionych inwestycji. Bariery wejścia na rynek mogą istnieć jedynie na poziomie dostawcy lub nabywcy lub na obydwu poziomach.

- (268) Ponieważ wejście na rynek wymaga na ogół poniesienia przynajmniej pewnych kosztów utopionych, rzeczywista konkurencja jest zazwyczaj bardziej skuteczna i będzie mieć większą wagę podczas oceniania danego przypadku niż konkurencja potencjalna.
- (269) Ograniczenia wertykalne i integracja wertykalna mogą również działać jako bariera wejścia na rynek, utrudniając lub zamykając dostęp do niego (ewentualnym) konkurentom. Na przykład zakaz konkutowania, który wiąże dystrybutorów z dostawcą, może skutkować znaczącym zamknięciem dostępu do rynku, jeżeli powołanie własnych dystrybutorów narzuci ewentualnemu kandydatowi do wejścia na ten rynek poniesienie kosztów utopionych.
- (270) Poziom obrotu handlowego jest powiązany z rozróżnieniem pośrednich i końcowych towarów lub usług. Pośrednie towary lub usługi są sprzedawane przedsiębiorstwom do wykorzystania jako nakłady do produkcji innych towarów lub świadczenia usług i na ogół nie są rozpoznawalne w towarach lub usługach końcowych. Nabywcy towarów lub usług pośrednich są zwykle dobrze poinformowanymi klientami, zdolnymi do oceny jakości i dlatego w mniejszym stopniu polegają na marce i wizerunku. Towary lub usługi końcowe są – bezpośrednio lub pośrednio – sprzedawane konsumentom końcowym, którzy często w większym stopniu polegają na marce i wizerunku.
- (271) Charakter produktu odgrywa rolę, szczególnie jeżeli chodzi o towary lub usługi końcowe, podczas oceny prawdopodobnych skutków negatywnych i pozytywnych. Podczas oceny prawdopodobnych skutków negatywnych ważne jest, czy towary lub usługi sprzedawane na rynku właściwym są homogeniczne lub raczej zróżnicowane, czy produkt jest drogi, czy pochłania znaczną część budżetu konsumenta, czy raczej jest niedrogi, a także czy stanowi zakup jednorazowy, czy jest często nabywany.
- (272) Dynamikę rynku należy starannie oceniać indywidualnie dla każdego przypadku. Podczas gdy na niektórych dynamicznych rynkach potencjalne negatywne skutki pewnych ograniczeń wertykalnych mogą być nieproblematyczne, ponieważ zewnętrzna konkurencja międzymarkowa ze strony dynamicznych i innowacyjnych konkurentów działa jako wystarczające ograniczenie, w innych przypadkach ograniczenia wertykalne mogą zapewnić przedsiębiorstwu obecnemu na dynamicznym rynku trwałą przewagę konkurencyjną, a tym samym wywołać długoterminowe skutki dla konkurencji. Może się tak zdarzyć w przypadku, gdy ograniczenie wertykalne pozbawia konkurentów możliwości korzystania z efektów sieciowych lub gdy rynek jest podatny na działanie na rzecz największego konkurenta.
- (273) Podczas oceny konkretnego ograniczenia wertykalnego na mocy art. 101 mogą być brane pod uwagę inne czynniki. Wśród nich mogą się znaleźć skumulowane skutki

wynikające z objęcia rynku przez podobne porozumienia innych dostawców, to czy porozumienie jest „narzucone”, ponieważ głównie jedna strona porozumienia poddana jest ograniczeniom lub obowiązkom, czy „uzgodnione”, ponieważ obie strony porozumienia przyjmują ograniczenia lub obowiązki, otoczenie prawne i zachowania, które mogą wskazywać na zniżkę lub ją ułatwiać, jak przywództwo cenowe, wcześniej zapowiadane zmiany cen i dyskusje dotyczące cen, sztywność cen spowodowana nadwyżką mocy produkcyjnych, dyskryminacja cenowa i dawne zachowania w zniżce.

8.1.2. Czynniki istotne dla oceny na podstawie art. 101 ust. 3

- (274) Wertykalne porozumienia ograniczające konkurencję mogą również powodować skutki prokonkurencyjne w postaci podniesienia efektywności, które może przewyższyć ich skutki antykonkurencyjne. Taka ocena odbywa się w ramach art. 101 ust. 3, który zawiera jeden wyjątek od zakazu zapisanego w art. 101 ust. 1. Żeby wyjątek ten miał zastosowanie, porozumienie wertykalne musi spełniać następujące cztery warunki: (i) musi przynosić obiektywne korzyści gospodarcze, (ii) ograniczenia konkurencji muszą być niezbędne do podniesienia efektywności, (iii) konsumenci muszą uzyskać słuszną część zysków wynikających z podniesienia efektywności i (iv) porozumienie nie może stwarzać stronom możliwości eliminowania konkurencji w odniesieniu do znacznej części przedmiotowych towarów lub usług¹⁰⁸.
- (275) Oceny porozumień wertykalnych na podstawie art. 101 ust. 3 dokonuje się w ramach rzeczywistego kontekstu, w którym występują¹⁰⁹, oraz na podstawie faktów istniejących w danym czasie. W ocenie uwzględnia się istotne zmiany w faktach. Jeden wyjątek zapisany w art. 101 ust. 3 ma zastosowanie, dopóki spełniane są te cztery warunki i przestaje mieć zastosowanie, kiedy sytuacja ta ulegnie zmianie¹¹⁰. Stosując art. 101 ust. 3 zgodnie z tymi zasadami, należy uwzględnić inwestycje poczynione przez strony porozumienia, a także potrzebny czas oraz ograniczenia wymagane, by dokonać inwestycji zwiększających efektywność i by takie inwestycje się zwróciły.
- (276) Pierwszy warunek określony w art. 101 ust. 3 wymaga oceny obiektywnych korzyści w postaci podniesienia efektywności wynikającego z porozumienia wertykalnego. W tym zakresie porozumienia wertykalne często mogą sprzyjać zwiększaniu efektywności, zgodnie z wyjaśnieniem w sekcji 2.1 niniejszych wytycznych, dzięki ulepszaniu sposobu prowadzenia uzupełniającej się działalności przez strony porozumienia.
- (277) Przy ocenie kryterium niezbędności zawartego w drugim warunku określonym w art. 101 ust. 3 Komisja zbada w szczególności, czy indywidualne ograniczenia umożliwiają prowadzenie produkcji, nabywanie lub (od)sprzedaż produktów objętych porozumieniem w bardziej skuteczny sposób niż w przypadku braku danego ograniczenia. Podczas przeprowadzania takiej oceny muszą zostać uwzględnione warunki rynkowe i realia, w jakich działają strony porozumienia.

¹⁰⁸ Zob. komunikat Komisji – Obwieszczenie – Wytyczne w sprawie stosowania art. 81 ust. 3 Traktatu, Dz.U. C 101 z 27.4.2004, s. 97.

¹⁰⁹ Zob. wyrok w sprawach połączonych 25/84 i 26/84, Ford, EU:C:1985:340, pkt 24 i 25.

¹¹⁰ 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 ustanowiony w art. 101 ust. 1 również stosuje się tylko dopóty, dopóki celem lub skutkiem porozumienia jest ograniczanie konkurencji.

Przedsiębiorstwa powołujące się na przywilej wynikający z art. 101 ust. 3 nie są zobowiązane do rozważenia hipotetycznych i teoretycznych alternatyw. Muszą jednak wyjaśnić i wykazać, dlaczego na pozór realistyczne i znacznie mniej restrykcyjne alternatywy nie podniosłyby w takim samym stopniu efektywności. Jeśli zastosowanie alternatywy, która wydaje się być realistyczna pod względem handlowym i mniej restrykcyjna, prowadziło do istotnej utraty efektywności, dane ograniczenie uznaje się za niezbędne.

- (278) W trzecim warunku określonym w art. 101 ust. 3 przewidziano wymóg, zgodnie z którym konsumenci muszą otrzymać słuszną część zysku. Wynika z niego, że konsumenci towarów lub usług nabytych lub (od)sprzedanych w ramach porozumienia wertykalnego muszą przynajmniej otrzymać rekompensatę za negatywne skutki porozumienia¹¹¹. Innymi słowy, przyrost efektywności musi w pełni równoważyć możliwy negatywny wpływ na ceny, produkcję i inne istotne czynniki spowodowane przez porozumienie wertykalne.
- (279) W czwartym warunku określonym w art. 101 ust. 3 przewidziano wymóg, zgodnie z którym porozumienie wertykalne nie może stwarzać stronom porozumienia możliwości wyeliminowania konkurencji w odniesieniu do znacznej części danych towarów lub usług. Zakłada to analizę pozostałej presji konkurencyjnej na rynek oraz wpływu porozumienia na takie pozostałe źródła konkurencji. Przy ocenie tego warunku należy uwzględnić związek między art. 101 ust. 3 i art. 102. Zgodnie z utrwalonym orzecznictwem stosowanie art. 101 ust. 3 nie może być przeszkodą dla stosowania art. 102¹¹². Ponadto, ponieważ celem zarówno art. 101, jak i art. 102 jest utrzymanie skutecznej konkurencji na rynku, zasada spójności wymaga, by interpretować art. 101 ust. 3 jako wykluczający wszelkie stosowanie tego wyjątku do ograniczających porozumień wertykalnych stanowiących nadużycie pozycji dominującej¹¹³. Z warunku tego wynika, że porozumienie wertykalne nie może likwidować efektywnej konkurencji przez eliminację wszystkich lub większości istniejących źródeł rzeczywistej lub potencjalnej konkurencji. Rywalizacja między przedsiębiorstwami jest zasadniczym czynnikiem stymulującym efektywność gospodarczą, w tym także dynamiczną efektywność w formie innowacyjności. Przy braku konkurencji przedsiębiorstwo dominujące nie będzie miało odpowiednich bodźców do dalszego tworzenia i przenoszenia przyrostu efektywności. 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.

8.2. Analiza konkretnych ograniczeń wertykalnych

- (280) Podczas gdy poprzednie części niniejszych wytycznych, w szczególności część szósta, zawierają wskazówki dotyczące oceny ograniczeń wertykalnych

¹¹¹ Zob. pkt 85 komunikatu Komisji – Obwieszczenie – Wytyczne w sprawie stosowania art. 81 ust. 3 Traktatu, Dz.U. C 101 z 27.4.2004, s. 97.

¹¹² Zob. wyrok w sprawach połączonych C-395/96 P i C-396/96 P, *Compagnie Maritime Belge*, EU:C:2000:132, pkt 130. W podobny sposób stosowanie art. 101 ust. 3 nie stanowi przeszkody do stosowania zasad Traktatu dotyczących swobodnego przepływu towarów, usług, osób i kapitału. Postanowienia te w określonych okolicznościach mają zastosowanie do porozumień, decyzji i praktyk uzgodnionych w rozumieniu art. 101 ust. 1, zob. w tym zakresie wyrok w sprawie C-309/99, *Wouters*, EU:C:2002:98, pkt 120.

¹¹³ Zob. w tym zakresie wyrok w sprawie T-51/89, *Tetra Pak (I)*, EU:T:1990:41. Zob. również pkt 106 komunikatu Komisji – Obwieszczenie – Wytyczne w sprawie stosowania art. 81 ust. 3 Traktatu, Dz.U. C 101 z 27.4.2004, s. 97.

stanowiących najpoważniejsze ograniczenia konkurencji w rozumieniu art. 4 rozporządzenia VBER, wykluczonych ograniczeń w rozumieniu art. 5 rozporządzenia VBER oraz ograniczeń powiązanych, poniższe punkty zawierają wskazówki dotyczące innych szczególnych ograniczeń wertykalnych. Jeżeli chodzi o ograniczenia wertykalne, których nie omówiono szczegółowo w niniejszych wytycznych, Komisja będzie je traktować według tych samych zasad, uwzględniając odpowiednie czynniki, jak określono w niniejszej części ósmej wytycznych.

8.2.1. *Jednomarkowość*

- (281) Pojęcie „jednomarkowości” odnosi się do tych porozumień, których główny element polega na tym, że nabywca jest zobowiązany lub nakłaniany do skoncentrowania swoich zamówień na określonym rodzaju produktu, dostarczanego przez jednego dostawcę. Taki wymóg występuje między innymi w klauzuli o zakazie konkurencji i klauzuli narzucającej nabywcy określone ilości. Ustalenia dotyczące zakazu konkurencji 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 *de facto* nie będzie kupował i odsprzedawał lub wbudowywał towarów lub usług konkurencyjnych. Narzucanie nabywcy określonych ilości zakupów jest słabszą formą zakazu konkurencji, jeżeli zobowiązania lub bodźce uzgodnione między dostawcą i nabywcą powodują, iż ten ostatni koncentruje swoje zakupy w znacznym stopniu na jednym dostawcy. Narzucanie ilości może na przykład przyjmować postać minimalnej wielkości zakupów, wymogów utrzymywania określonego poziomu zapasów lub nieliniowego ustalania cen, jak np. stosowanie systemów rabatów uzależnionych od ilości lub taryf dwuczęściowych (opłata stała plus cena za jednostkę). Tak zwana „klauzula angielska”, wymagająca od nabywcy informowania o każdej lepszej ofercie i zezwalająca mu na jej przyjęcie tylko wówczas, gdy dostawca nie może jej sprostać, może mieć taki sam skutek jak zobowiązanie do jednomarkowości, w szczególności gdy nabywca musi ujawnić, kto składa lepszą ofertę.
- (282) Ewentualnym zagrożeniem dla konkurencji związanym z jednomarkowością jest zamknięcie dostępu do rynku konkurującym dostawcom i potencjalnym dostawcom, złagodzenie konkurencji oraz ułatwienie zмовы między dostawcami w przypadku skumulowanego wykorzystania oraz – gdy nabywca jest detalistą sprzedającym towary konsumentom końcowym – zanik konkurencji międzymarkowej zewnętrznej w punkcie sprzedaży. Takie skutki ograniczające mają bezpośredni wpływ na zewnętrzną konkurencję międzymarkową.
- (283) Jednomarkowość podlega wyłączeniu na podstawie rozporządzenia VBER, jeżeli udział dostawcy i nabywcy w rynku, rozpatrywany każdy z osobna, nie przekracza 30 % i z zastrzeżeniem ograniczenia w czasie do pięciu lat w przypadku zakazu konkurencji. W przypadku przekroczenia progu udziału w rynku lub upływu terminu pięciu lat porozumienia dotyczące jednomarkowości nie są już objęte wyłączeniem grupowym, a zatem należy je oceniać indywidualnie. Pozostała część niniejszej sekcji zawiera wskazówki na potrzeby oceny indywidualnych przypadków, przekraczających próg udziału w rynku lub ograniczenie do pięciu lat.
- (284) Zobowiązania do jednomarkowości określonego dostawcy mogą powodować antykonkurencyjne zamknięcie dostępu do rynku w szczególności w przypadkach, w których przy braku takiego zobowiązania konkurencji – albo jeszcze nieobecni na rynku w czasie zawarcia zobowiązań, albo niemający możliwości konkurencji

o pełne zaspokajanie potrzeb zaopatrzeniowych klientów – stwarzałyby poważne ograniczenie konkurencji. Konkurenci mogą nie mieć możliwości konkutowania 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 dostawcę¹¹⁴. Rynkowa pozycja dostawcy ma więc główne znaczenie dla oceny możliwych antykonkurencyjnych skutków zobowiązań do jednomarkowości.

- (285) Jeżeli konkurenci mogą konkurować na równych warunkach o cały popyt każdego indywidualnego klienta, zobowiązania do jednomarkowości jednego określonego dostawcy na ogół prawdopodobnie nie będą utrudniać skutecznej konkurencji, chyba że zmiana dostawcy przez klientów jest trudna z uwagi na okres trwania zobowiązań do jednomarkowości i pokrycie przez nie rynku. Im wyższa jest część udziału w rynku związana ze sprzedażą w ramach zobowiązania do jednomarkowości lub im dłuższy jest czas 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 do uzyskania domniemanego podniesienia efektywności lub podniesienie efektywności jest niewystarczające, aby zrównoważyć ich skutek w postaci zamknięcia dostępu do rynku. Bardziej prawdopodobne jest, że zobowiązania do jednomarkowości spowodują antykonkurencyjne zamknięcie dostępu do rynku, kiedy ich stroną są przedsiębiorstwa dominujące.
- (286) Podczas oceny władzy rynkowej dostawcy ważna jest pozycja rynkowa jego konkurentów. Tak długo, jak jego konkurenci są dostatecznie liczni i silni, nie można oczekiwać żadnych istotnych skutków antykonkurencyjnych. Zamknięcie dostępu do rynku konkurentom jest raczej mało prawdopodobne, jeżeli mają oni podobną pozycję rynkową i mogą oferować równie atrakcyjne produkty. W takich przypadkach zamknięcie dostępu do rynku może jednak mieć miejsce w odniesieniu do kandydatów do wejścia na rynek, gdy pewna liczba największych dostawców zawiera umowy dotyczące jednomarkowości ze znaczną liczbą nabywców na rynku właściwym (sytuacja skutku skumulowanego). Ma to miejsce również w sytuacji, gdy umowy dotyczące jednomarkowości mogą ułatwiać znowę między konkurującymi dostawcami. Jeżeli ci dostawcy są objęci indywidualnie rozporządzeniem VBER, dla zaradzenia tego rodzaju negatywnym skutkom skumulowanym może być konieczne wycofanie wyłączenia grupowego. Zasadniczo nie uważa się, że związany udział w rynku poniżej 5 % przyczynia się do wystąpienia skumulowanego skutku w postaci zamknięcia dostępu do rynku.
- (287) W przypadkach, w których udział w rynku największego dostawcy nie przekracza 30 %, a udział w rynku pięciu największych dostawców wynosi poniżej 50 %, nie

¹¹⁴

Wyrok w sprawie T-65/98, Van den Bergh Food/Komisja, EU:T:2003:281, pkt 104 i 156.

jest prawdopodobne zaistnienie sytuacji indywidualnej lub skumulowanej sytuacji antykonkurencyjnej. Jeżeli potencjalny nowy podmiot na rynku nie może wejść na rynek z zyskiem, jest to prawdopodobnie spowodowane innymi czynnikami, niż zobowiązanie do jednomarkowości, takimi jak preferencje konsumentów.

- (288) Bariery wejścia na rynek mają znaczenie dla ustalenia, czy istnieje faktyczne antykonkurencyjne zamknięcie dostępu do rynku. Jeżeli konkurującym dostawcom jest stosunkowo łatwo utworzyć własną zintegrowaną sieć dystrybucji lub znaleźć alternatywnych dystrybutorów produktów, zamknięcie dostępu nie będzie raczej stanowiło problemu. Bariery wejścia na rynek występują jednak często, zarówno na szczeblu produkcji, jak i dystrybucji.
- (289) Równoważąca władza rynkowa jest istotna, ponieważ silni nabywcy nie dadzą się łatwo odciąć od dostaw konkurujących towarów lub usług. Ogólnie rzecz ujmując, w celu przekonania klientów do wyrażenia zgody na jednomarkowość, dostawca być może będzie musiał zrekompensować im, w całości lub w części, straty w konkurencji wynikające z wyłączności. W przypadku takiej rekompensaty w indywidualnym interesie klienta może leżeć podjęcie z dostawcą zobowiązania do jednomarkowości. Błędem byłoby jednak wnioskowanie na tej podstawie, że wszystkie zobowiązania do jednomarkowości, rozpatrywane łącznie, są ogólnie korzystne dla klientów na tym rynku i dla konsumentów końcowych. W szczególności jest mało prawdopodobne, że ogół konsumentów odniesie korzyść, jeżeli jest wielu klientów, a zobowiązania do jednomarkowości rozpatrywane łącznie nie pozwalają w efekcie na wejście na rynek i ekspansję konkurujących przedsiębiorstw.
- (290) Ponadto istotny jest „szczebel obrotu handlowego”. Zamknięcie dostępu do rynku jest mniej prawdopodobne w przypadku produktów pośrednich. Jeżeli dostawca produktu pośredniego nie ma pozycji dominującej, konkurujący dostawcy nadal dysponują znaczną częścią „wolnego” popytu. Poniżej poziomu dominacji antykonkurencyjne zamknięcie dostępu do rynku może jednak nastąpić w przypadku wystąpienia skutku skumulowanego. Wystąpienie skumulowanego skutku antykonkurencyjnego jest mało prawdopodobne tak długo, jak długo związane jest mniej niż 50 % rynku.
- (291) Jeżeli porozumienie dotyczy dostaw produktów końcowych na poziomie hurtowym, kwestia, czy problem dla konkurencji może zaistnieć poniżej poziomu dominacji, zależy w dużym stopniu od rodzaju hurtu i barier wejścia na rynek na poziomie hurtu. Nie ma rzeczywistego ryzyka zamknięcia dostępu do rynku, jeżeli konkurujący producenci mogą łatwo stworzyć własny system hurtowni. To, czy bariery wejścia są niskie, zależy częściowo od rodzaju systemu handlu hurtowego, który dostawca jest w stanie skutecznie utworzyć. Na rynku, na którym handel hurtowy można prowadzić efektywnie jedynie w oparciu o produkt będący przedmiotem porozumienia (na przykład lody), w interesie producenta leży utworzenie własnego systemu handlu hurtowego i jest mało prawdopodobne, aby wobec takiego producenta zamknięto dostęp do tego rynku. Z kolei na rynku, na którym bardziej opłaca się hurtowy handel całą gamą produktów (np. mrożoną żywnością), producentowi sprzedającemu tylko jeden produkt nie opłaca się utworzenie własnej działalności hurtowej. Bez dostępu do hurtowników o utrwalonej pozycji taki producent prawdopodobnie zostanie wykluczony z tego rynku. W takim przypadku mogą zaistnieć skutki antykonkurencyjne. Oprócz tego, mogą zaistnieć problemy skutków skumulowanych, jeżeli kilku dostawców wiąże większość istniejących hurtowników.

- (292) 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 na poziomie detalicznym mogą 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.
- (293) Na poziomie detalicznym może również zaistnieć skumulowany skutek w postaci zamknięcia dostępu do rynku. Kiedy wszyscy dostawcy mają udział w rynku poniżej 30 %, wystąpienie skumulowanego skutku w postaci antykonkurencyjnego zamknięcia dostępu do rynku jest mało prawdopodobne, jeżeli łączny związany udział w rynku wynosi mniej niż 40 % i w związku z tym mało prawdopodobne jest wycofanie wyłączenia grupowego. Wskaźnik ten może być wyższy, gdy weźmie się pod uwagę inne czynniki, jak liczba konkurentów, bariery wejścia itp. Jeżeli nie wszystkie przedsiębiorstwa mają udziały w rynku poniżej progu określonego w rozporządzeniu VBER, ale żadne z nich nie dominuje, wystąpienie skumulowanego skutku w postaci zamknięcia dostępu do rynku nie jest prawdopodobne, jeżeli łączny związany udział w rynku wynosi mniej niż 30 %.
- (294) Jeżeli nabywca działa w lokalu i na gruntach stanowiących własność dostawcy lub dzierżawionych przez dostawcę od osoby trzeciej nie związanej z nabywcą, możliwość narzucenia skutecznych środków zaradczych wobec możliwego skutku w postaci zamknięcia dostępu do rynku będzie ograniczona. W takim przypadku interwencja Komisji poniżej poziomu dominacji nie jest prawdopodobna.
- (295) W niektórych sektorach sprzedaż więcej niż jednej marki w jednym miejscu może być trudna. W takim przypadku problemowi zamknięcia dostępu do rynku można lepiej zaradzić poprzez ograniczenie rzeczywistego czasu obowiązywania umów.
- (296) Jeżeli zostanie stwierdzone istnienie znaczących skutków antykonkurencyjnych, pojawia się kwestia ewentualnego wyłączenia na podstawie art. 101 ust. 3. W przypadku zakazów konkurowania wzrost efektywności opisany w pkt 14 lit. b) (niewłaściwa działalność rynkowa między dostawcami), e), f) (problemy zatoru) oraz i) (niedostatki rynku kapitałowego) niniejszych wytycznych może być szczególnie istotny.
- (297) W przypadku kwestii efektywności, o której mowa w pkt 14 lit. b), e) oraz i) niniejszych wytycznych, narzucanie ilości nabywcy może ewentualnie być alternatywą mniej restrykcyjną. Zakaz konkurowania może być jedynym możliwym sposobem uzyskania efektywności opisanej w pkt 14 lit. f) niniejszych wytycznych (problem zatoru związany z przekazaniem know-how).
- (298) W przypadku inwestycji dokonanych przez dostawcę w związku z konkretną umową (zob. pkt 14 lit. e) niniejszych wytycznych) porozumienie dotyczące zakazu konkurowania lub narzucania ilości w okresie amortyzacji inwestycji będzie w zasadzie spełniać warunki art. 101 ust. 3. W przypadku bardzo znacznych inwestycji związanych z konkretną umową może być uzasadniony zakaz 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 komponentów dla konkretnego nabywcy. Ogólne lub specyficzne dla danego rynku inwestycje w (dodatkowe) moce produkcyjne nie są zwykle inwestycjami związanymi z konkretną umową. Jeżeli jednak dostawca tworzy nowe moce produkcyjne konkretnie powiązane z działalnością konkretnego nabywcy, na przykład przedsiębiorstwo produkujące metalowe puszki, które tworzy nowe moce produkcyjne do produkcji puszek na terenie zakładu pakującego żywność w puszki lub blisko tego zakładu należącego do producenta żywności, te moce produkcyjne mogą być uzasadnione ekonomicznie jedynie w przypadku produkcji dla tego właśnie klienta, wówczas inwestycja będzie uważana za związaną z konkretną umową.

- (299) Fakt, że dostawca zapewnia nabywcy pożyczkę lub sprzęt niezwiązany z konkretną umową, sam w sobie nie wystarcza do uzasadnienia braku wystąpienia skutku w postaci antykonkurencyjnego zamknięcia dostępu do rynku. W przypadku niedostatku rynku kapitałowego udzielenie pożyczki może być efektywniejsze dla dostawcy danego produktu niż dla banku (zob. pkt 14 lit. i) niniejszych wytycznych). 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 płaćenia kar.
- (300) Przekazanie istotnego know-how (pkt 14 lit. f) niniejszych wytycznych) uzasadnia zwykle zakaz konkurencyjnego przez cały czas obowiązywania umowy dostawy, tak jak to się dzieje na przykład w kontekście franczyzy.
- (301) Przykład zakazu konkurencyjnego

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 (związany udział w rynku 36 %). Porozumienia zobowiązują detalistów do kupowania wyłącznie u lidera rynkowego przez przynajmniej cztery lata. Lider rynkowy jest szczególnie mocno reprezentowany na gęściej zaludnionych obszarach takich jak stolica. Jego konkurenci – jest ich 10, z których niektórzy działają tylko lokalnie, mają dużo niższe udziały w rynku, największy ma 12 %. Tych 10 konkurentów wspólnie zaopatruje pozostałe 10 % rynku za pośrednictwem powiązanych punktów sprzedaży. Na rynku istnieje silne zróżnicowanie pod względem marek i produktów. Lider rynkowy dysponuje najsilniejszymi markami. Jako jedyny prowadzi regularne ogólnokrajowe kampanie reklamowe. Dostarcza powiązanym detalistom specjalne szafy do przechowywania swych produktów.

Rezultat dla rynku jest taki, że łącznie 46 % (36 % + 10 %) rynku jest zamknięte dla ewentualnych kandydatów do wejścia na rynek oraz dla przedsiębiorstw na nim działających niemających 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. Oprócz tego, ze względu na duże zróżnicowanie pod względem marek i produktów oraz wysokie koszty poszukiwań w zakresie ceny produktu, brak konkurencji międzymarkowej zewnętrznej w punktach sprzedaży prowadzi do dodatkowych strat korzyści dla konsumentów. Możliwa efektywność wynikająca z wyłączności punktów sprzedaży detalicznej, związana zdaniem lidera rynkowego ze zmniejszonymi kosztami transportu oraz możliwym problemem 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 wyłączością, 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. 101 ust. 3.

(302) 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 % swojego zapotrzebowania na produkty tego rodzaju od producenta X. W zamian za to producent X oferuje finansowanie i sprzęt 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 największego wynosi 20 %; zawierają one podobne umowy o różnym okresie obowiązywania. Producenci, których udział w rynku wynosi mniej niż 10 %, często mają umowy o dłuższym okresie obowiązywania i mniej hojnych klauzulach dotyczących ich rozwiązania. Umowy producenta X pozostawiają swobodę uzyskiwania 25 % dostaw od konkurentów. W ciągu ostatnich trzech lat na rynek weszło dwóch nowych producentów i uzyskało łączny udział w rynku w wysokości około 8 %, częściowo dzięki przejęciu pożyczek pewnej liczby odsprzedawców w zamian za umowy z tymi odsprzedawcami.

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

8.2.2. *Wyłączość dostaw*

- (303) Wyłączość dostaw dotyczy tych dyspozycji, w ramach których dostawcę zobowiązuje się lub nakłania do sprzedaży produktów objętych porozumieniem głównie lub wyłącznie jednemu nabywcy, ogólnie lub do określonych zastosowań. Takie ograniczenia mogą przyjąć formę zobowiązania do wyłączności dostaw nakładającego na dostawcę ograniczenie do sprzedaży wyłącznie jednemu nabywcy w celu odsprzedaży lub określonego zastosowania, ale może przyjąć również formę na przykład narzucania dostawcy ilości, kiedy to dostawca i nabywca uzgadniają zachęty, wskutek których dostawca koncentruje swoje dostawy głównie na jednym

nabywcy. W przypadku towarów lub usług pośrednich wyłączność dostaw nazywa się często dostawami przemysłowymi.

- (304) Wyłączność dostaw jest wyłączona na mocy rozporządzenia VBER, jeżeli udział w rynku zarówno dostawcy, jak i nabywcy nie przekracza 30 %, nawet w połączeniu z innymi mniej poważnymi ograniczeniami wertykalnymi, takimi jak zakaz konkutowania. Pozostała część niniejszej sekcji zawiera wskazówki dotyczące oceny wyłączności dostaw w indywidualnych przypadkach powyżej tego progu udziału w rynku.
- (305) Głównym zagrożeniem dla konkurencji wywoływanym przez wyłączność dostaw jest antykonkurencyjne zamknięcie dostępu do rynku innym nabywcom. Zachodzi podobieństwo do możliwych skutków dystrybucji wyłącznej, w szczególności jeżeli wyłączny dystrybutor staje się wyłącznym nabywcą na całym rynku (zob. w szczególności pkt 113 niniejszych wytycznych). Udział nabywcy w rynku zakupów na wyższym szczeblu obrotu jest niewątpliwie ważny dla oceny zdolności nabywcy do narzucenia wyłączności dostaw, zamykającej innym nabywcom dostęp do źródeł zaopatrzenia. Znaczenie nabywcy na rynku niższego szczebla jest jednak najważniejszym czynnikiem decydującym o tym, czy mogą pojawić się problemy dla konkurencji. Jeżeli nabywca nie ma władzy rynkowej na niższym szczeblu obrotu, nie można się spodziewać znaczących negatywnych skutków dla konsumentów. Mogą jednak one powstać, jeżeli udział nabywcy w rynku dostaw niższego szczebla, jak również na rynku zakupów wyższego szczebla przekracza 30 %. Jeżeli udział nabywcy w rynku niższego szczebla nie przekracza 30 %, znaczące skutki w postaci zamknięcia dostępu do rynku mogą jednak nadal wystąpić, w szczególności jeżeli jego udział w rynku niższego szczebla przekracza 30 %, a wyłączne dostawy dotyczą określonego zastosowania produktów objętych porozumieniem. Jeżeli przedsiębiorstwo dominuje na rynku niższego szczebla, wszelkie zobowiązania do dostaw produktów wyłącznie lub głównie dominującemu nabywcy prawdopodobnie będą miały znaczące skutki antykonkurencyjne.
- (306) 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 stosowania obowiązku wyłączności dostaw, tym bardziej znaczący może być efekt zamknięcia. Umowy o wyłączności dostaw krótsze niż pięć lat, zawarte przez przedsiębiorstwa niedominujące na rynku, wymagają zwykle zbilansowania skutków pro- i antykonkurencyjnych, podczas gdy umowy trwające dłużej niż pięć lat nie są w przypadku większości inwestycji uznawane za konieczne do osiągnięcia domniemanego wzrostu efektywności lub wzrost efektywności jest niewystarczający, aby przeważać skutek w postaci zamknięcia dostępu do rynku, jaki wywołują takie długoterminowe umowy o wyłączności dostaw.
- (307) Pozycja rynkowa konkurujących nabywców na rynku wyższego szczebla ma również znaczenie, ponieważ jest prawdopodobne, że zawarcie umowy o wyłączność dostaw sprawi, że konkurujący nabywcy będą mieć zamknięty dostęp do rynku z powodów antykonkurencyjnych, tj. w celu zwiększenia ich kosztów, szczególnie 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 co nabywca będący stroną umowy i mogą oferować dostawcom podobne możliwości sprzedaży. W takim przypadku zamknięcie dostępu do rynku może nastąpić jedynie w przypadku ewentualnych kandydatów do wejścia na rynek, którzy mogą nie być w stanie zabezpieczyć

dostaw, gdy duża liczba dużych nabywców zawrze umowy o wyłączności dostaw z większością dostawców na rynku. Taki skumulowany skutek może prowadzić do wycofania przywileju ustanowionego rozporządzeniem VBER.

- (308) Występowanie i wielkość barier wejścia na rynek na poziomie dostawców stanowią istotne czynniki dla stwierdzenia, czy ma miejsce faktyczne zamknięcie dostępu. Jeżeli efektywne jest dla konkurujących nabywców samodzielne dostarczanie towarów lub usług dzięki integracji wertykalnej skierowanej ku wyższym szczeblom obrotu, zamknięcie dostępu do rynku nie będzie raczej stanowiło prawdziwego problemu. Często jednak istnieją znaczne bariery wejścia na rynek.
- (309) Należy również brać pod uwagę równoważącą siłę dostawców, ponieważ znaczący dostawcy nie pozwolą tak łatwo na to, aby jeden nabywca odciął ich 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 wiąże się ze stosowaniem zasad opracowanych w odniesieniu do jednomarkowości. Jeżeli po obu stronach wchodzi w grę inwestycja związana z konkretną umową (problem zatoru), połączenie wyłączności dostaw i zakazu konkurencji, tj. wzajemna wyłączność w umowach o dostawy przemysłowe może być uzasadnione, w szczególności poniżej poziomu dominacji.
- (310) Ponadto w ocenie ewentualnego efektu zamknięcia należy uwzględnić poziom obrotu handlowego i charakter produktu. Antykonkurencyjne zamknięcie dostępu do rynku jest mniej prawdopodobne w przypadku produktu pośredniego lub gdy produkt jest homogeniczny. Po pierwsze, producent, któremu zamknięto dostęp do rynku i który wykorzystuje pewne nakłady, zwykle bardziej elastycznie reaguje na popyt swoich klientów, niż hurtownik lub detalista na popyt konsumenta końcowego, dla którego marki mogą odgrywać istotną rolę. Po drugie, strata ewentualnego źródła dostaw ma mniejsze znaczenie dla nabywców mających zamknięty dostęp do rynku w przypadku homogenicznych produktów, niż w przypadku heterogenicznych produktów o różnych stopniach i cechach. W przypadku markowych produktów końcowych lub homogenicznych produktów pośrednich, gdy istnieją bariery wejścia na rynek, wyłączność dostaw może mieć znaczące skutki antykonkurencyjne, jeżeli konkurujący nabywcy są stosunkowo małymi przedsiębiorstwami w porównaniu z nabywcą zamykającym dostęp do rynku, nawet jeżeli ten ostatni nie dominuje na rynku niższego szczebla.
- (311) Wzrostu efektywności można spodziewać się w przypadku problemu zatoru (pkt 14 lit. e) i f) niniejszych wytycznych) i jest on bardziej prawdopodobny w przypadku produktów pośrednich niż produktów końcowych. Wystąpienie innych korzyści jest mało prawdopodobne. Wydaje się, że ewentualne korzyści skali w zakresie dystrybucji (pkt 14 lit. g) niniejszych wytycznych) nie uzasadniają wyłączności dostaw.
- (312) W przypadku problemu zatoru, a jeszcze bardziej w przypadku korzyści skali w zakresie dystrybucji, narzucanie dostawcy ilości, takie jak minimalne wymogi dotyczące dostaw, może być mniej restrykcyjną alternatywą.

Przykład wyłączności dostaw

Na rynku pewnego rodzaju komponentów (rynek produktów pośrednich) dostawca A uzgadnia z nabywcą B opracowanie innej wersji komponentu z użyciem własnego
--

know-how i znaczących inwestycji w nowe maszyny oraz z wykorzystaniem specyfikacji dostarczonej przez nabywcę B. Nabywca B będzie musiał dokonać znacznych inwestycji w celu wbudowania nowego komponentu. Uzgodniono się, iż A będzie dostarczał nowy produkt tylko nabywcy B przez okres pięciu lat od chwili pierwszego wejścia na rynek. B jest zobowiązany kupować nowy produkt jedynie od A przez taki sam okres pięciu lat. Zarówno A, jak i B mogą nadal odpowiednio sprzedawać i kupować wszędzie indziej inne wersje komponentu. Udział w rynku nabywcy B na usytuowanym na wyższym szczeblu rynku komponentów i na usytuowanym na niższym szczeblu rynku produktów końcowych wynosi 40 %. Udział w rynku dostawcy komponentu wynosi 35 %. Jest jeszcze dwóch innych dostawców komponentów, których udział w rynku wynosi około 20-25 % i pewna liczba małych dostawców.

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

8.2.3. *Ograniczenia korzystania z internetowych platform handlowych*

- (313) Internetowe platformy handlowe to platformy internetowe, które łączą sprzedawców i potencjalnych klientów w celu umożliwienia bezpośrednich zakupów. Platformy internetowe, które nie oferują możliwości dokonywania bezpośrednich zakupów, ale przekierowują klientów na inne strony internetowe, za pośrednictwem których mogą oni zakupić towary i usługi, nie są uznawane za internetowe platformy handlowe do celów niniejszych wytycznych, lecz za platformy reklamowe.
- (314) Internetowe platformy handlowe stały się ważnym kanałem sprzedaży dla dostawców i detalistów, ponieważ zapewniają im dostęp do znacznej liczby klientów, a także dla użytkowników końcowych. Internetowe platformy handlowe mogą umożliwiać detalistom rozpoczęcie sprzedaży przez internet przy mniejszych inwestycjach początkowych. Mogą też ułatwiać sprzedaż transgraniczną i zwiększać widoczność detalistów, szczególnie małych i średnich, którzy nie prowadzą własnego sklepu internetowego lub nie są dobrze znani użytkownikom końcowym.
- (315) Dostawcy mogą zechcieć ograniczyć swoim nabywcom korzystanie z internetowych platform handlowych¹¹⁵, na przykład aby chronić swój wizerunek i pozycjonowanie marki, zniechęcić do sprzedaży produktów sfalszowanych, zapewnić wystarczające usługi przedsprzedażne i posprzedażne lub zapewnić utrzymanie przez detalistę bezpośrednich relacji z klientami. Ograniczenia mogą być rozmaite – od całkowitego zakazu korzystania z internetowych platform handlowych po nałożenie pewnych wymogów jakościowych, jakie musi spełniać internetowa platforma handlowa. Przykładowo dostawca może zakazać korzystania z platform handlowych, na których produkty sprzedawane są na aukcji, lub może wymagać, aby nabywca korzystał ze specjalistycznych platform handlowych w celu zapewnienia pewnych standardów jakościowych w odniesieniu do środowiska i parametrów sprzedaży jego towarów i usług. Niektóre wymogi jakościowe mogą *de facto* zakazywać korzystania

¹¹⁵ Sprawozdanie końcowe na temat badania sektora handlu elektronicznego, COM(2017) 229 final, z dnia 10 maja 2017 r.; sekcja 4.4.

z internetowych platform handlowych, w przypadku gdy żadna internetowa platforma handlowa nie jest w stanie spełnić na przykład wymogu dostawcy, aby logo internetowej platformy handlowej było niewidoczne lub aby nazwa domeny każdej strony internetowej wykorzystywanej przez detalistę zawierała nazwę działalności detalisty.

- (316) Ograniczenie sprzedaży na internetowych platformach handlowych zawarte w porozumieniu wertykalnym podlega wyłączeniu na podstawie rozporządzenia VBER, jeżeli udział w rynku dostawcy i nabywcy, rozpatrywany każdy z osobna, nie przekracza 30 %, a porozumienie wertykalne nie zawiera żadnych najpoważniejszych ograniczeń konkurencji określonych w rozporządzeniu VBER ani wykluczonych ograniczeń określonych w tym rozporządzeniu, których nie można oddzielić od pozostałej części porozumienia wertykalnego. Jak określono w art. 1 rozporządzenia VBER oraz w sekcji 6.1.2. niniejszych wytycznych, ograniczenie lub zakaz sprzedaży na internetowych platformach handlowych dotyczy sposobów prowadzenia sprzedaży przez internet przez nabywcę i nie ogranicza sprzedaży na konkretnym terytorium ani konkretnej grupie klientów. Choć ogranicza wykorzystanie konkretnego kanału internetowego, pozostałe kanały internetowe są nadal dostępne dla nabywcy¹¹⁶. Przykładowo mimo ograniczenia lub zakazu sprzedaży na internetowych platformach handlowych nabywca może sprzedawać towary lub usługi objęte porozumieniem za pośrednictwem własnej strony internetowej i wykorzystywać kanały reklamy internetowej do przyciągania klientów na swoją stronę internetową¹¹⁷.
- (317) Choć każde ograniczenie sprzedaży przez internet, które bezpośrednio lub pośrednio ma na celu uniemożliwienie nabywcy lub jego klientom skutecznego wykorzystania internetu do celów sprzedaży oferowanych przez nich towarów i usług przez internet, stanowi najpoważniejsze ograniczenie konkurencji w rozumieniu art. 4 lit. b)–d) rozporządzenia VBER oraz ograniczenie konkurencji ze względu na cel w rozumieniu art. 101 ust. 1, ograniczenie korzystania z internetowych platform handlowych może zasadniczo być objęte „bezpieczną przystanią” wprowadzoną na mocy rozporządzenia VBER. Jak określono w pkt 194, ograniczenie korzystania z internetowych platform handlowych zasadniczo nie wpływa na grupę użytkowników internetowych, których można wyodrębnić z grupy kupujących przez internet, i nie ogranicza sprzedaży przez nabywcę towarów lub usług objętych porozumieniem za pośrednictwem jego własnej strony internetowej ani reklamowania przez niego w określonych okolicznościach za pośrednictwem internetu na platformach osób trzecich, ani też korzystania przez niego z wyszukiwarek internetowych w celu przyciągnięcia klientów na swoją stronę internetową, a co za tym idzie, nie stanowi najpoważniejszego ograniczenia konkurencji w rozumieniu art. 4 lit. b)–d) rozporządzenia VBER w zakresie, w jakim nie uniemożliwia *de facto* skutecznego wykorzystania internetu przez nabywców lub ich klientów w celu sprzedaży przez internet.
- (318) Pozostała część niniejszej sekcji zawiera wskazówki dotyczące oceny indywidualnych przypadków ograniczeń korzystania z internetowych platform handlowych, jeżeli przekroczony jest próg udziału w rynku wynoszący 30 %.

¹¹⁶ Wyrok w sprawie C-230/16, Coty Germany GmbH/Parfümerie Akzente GmbH, EU:C:2017:941, pkt 64–69.

¹¹⁷ Wyrok w sprawie C-230/16, Coty Germany GmbH/Parfümerie Akzente GmbH, EU:C:2017:941, pkt 52–54.

Odpowiednie ramy tej oceny przedstawiono w formie ogólnych zasad omówionych w sekcji 8.1. Ograniczenia korzystania z internetowych platform handlowych do sprzedaży na terytoriach zastrzeżonych wyłącznie dla dostawcy lub przydzielonych wyłącznie innym dystrybutorom lub ograniczenia takiej sprzedaży na rzecz grupy klientów zastrzeżonych wyłącznie dla dostawcy lub przydzielonych innym dystrybutorom stanowią element systemu dystrybucji wyłącznej i powinny być oceniane łącznie z nim.

- (319) Ograniczenia korzystania z internetowych platform handlowych są często nakładane w systemie dystrybucji selektywnej. W sekcji 4.6.2. określono kryteria, które musi spełniać system dystrybucji selektywnej, aby nie wchodził w zakres art. 101 ust. 1, mianowicie: (i) wybór odsprzedańców dokonuje się w oparciu o kryteria obiektywne o charakterze jakościowym, ustalone w sposób jednolity względem wszystkich odsprzedańców i stosowane w sposób niedyskryminacyjny, (ii) właściwości towarów lub usług objętych porozumieniem wymagają sieci dystrybucji selektywnej dla zachowania jakości i zapewnienia odpowiedniego używania oraz (iii) zdefiniowane kryteria nie wykraczają poza to, co jest konieczne¹¹⁸. Szczególnie w przypadkach, gdy dostawca nie zawiera porozumienia z internetową platformą handlową i tym samym nie ma możliwości zapewnienia, aby platforma spełniała jego kryteria doboru, ograniczenie lub zakaz korzystania z internetowych platform handlowych może spełniać powyższe kryteria, a tym samym być odpowiednie i nie wykraczać poza to, co jest niezbędne w celu zachowania jakości i zapewnienia prawidłowego wykorzystania towarów lub usług objętych porozumieniem. W przypadkach gdy dostawca włącza operatora internetowej platformy handlowej jako autoryzowanego dystrybutora do swojego systemu dystrybucji selektywnej lub gdy ogranicza korzystanie z internetowych platform handlowych przez niektórych autoryzowanych dystrybutorów, ale nie wszystkich, lub gdy ogranicza korzystanie z danej internetowej platformy handlowej, ale sam wykorzystuje tę platformę do dystrybuowania towarów lub usług objętych porozumieniem, ograniczenia korzystania z takich internetowych platform handlowych raczej jednak nie spełniają wymogów dotyczących odpowiedniego wykorzystania i tego, co konieczne.
- (320) Ewentualnymi zagrożeniami dla konkurencji wynikającymi z ograniczeń korzystania z internetowych platform handlowych są: ograniczenie wewnętrznej konkurencji międzymarkowej na poziomie dystrybucji oraz zamknięcie dostępu dla dystrybutorów, w szczególności dystrybutorów będących małymi i średnimi przedsiębiorstwami, w stopniu uniemożliwiającym tym dystrybutorom dostęp do potencjalnie istotnych kanałów sprzedaży.
- (321) Aby ocenić ewentualne antykonkurencyjne skutki ograniczeń korzystania z internetowych platform handlowych, w pierwszej kolejności należy ocenić poziom zewnętrznej konkurencji międzymarkowej. Jak określono w sekcji 8.1.1 niniejszych wytycznych, dostateczna zewnętrzna konkurencja międzymarkowa zasadniczo może ograniczyć jakikolwiek zanik wewnętrznej konkurencji międzymarkowej. W tym celu należy uwzględnić pozycję rynkową dostawcy i jego konkurentów. Po drugie, należy uwzględnić rodzaj i zakres ograniczeń korzystania z internetowych platform handlowych. Przykładowo zakaz prowadzenia jakiejkolwiek sprzedaży za pośrednictwem internetowych platform handlowych ma bardziej restrykcyjny skutek niż ograniczenie korzystania z konkretnych internetowych platform handlowych lub

¹¹⁸ Wyrok w sprawie C-230/16, Coty Germany GmbH/Parfümerie Akzente GmbH, EU:C:2017:941, pkt 24–36.

wymóg korzystania wyłącznie z platform handlowych spełniających określone kryteria jakościowe. Po trzecie, należy uwzględnić względne znaczenie internetowych platform handlowych objętych ograniczeniami jako kanału sprzedaży na właściwych rynkach produktowych i geograficznych. I wreszcie należy uwzględnić skumulowany skutek wszelkich innych ograniczeń sprzedaży przez internet lub reklam nałożonych przez dostawcę.

- (322) Jak określono w pkt 314 niniejszych wytycznych, ograniczenia korzystania z internetowych platform handlowych mogą skutkować wzrostem efektywności, w szczególności w związku z zapewnieniem ochrony marki lub określonego poziomu jakości usług lub ograniczeniem możliwości podrabiania produktów. W stopniu, w jakim ograniczenia te nie są już wyłączone z zakresu stosowania art. 101 ust. 1, w ocenie należy uwzględnić kwestię, czy taki wzrost efektywności można osiągnąć za pomocą mniej restrykcyjnych środków, zgodnie z warunkami określonymi w art. 101 ust. 3. Taka sytuacja może mieć miejsce, jeżeli detaliści mogą utworzyć sklep pod własną marką w ramach danej internetowej platformy handlowej. Nie jest prawdopodobne, aby jakiegokolwiek uzasadnienie dotyczące jakości przedstawione przez dostawcę spełniało warunki określone w art. 101 ust. 3, jeżeli sam dostawca korzysta z internetowych platform handlowych objętych danymi ograniczeniami lub jeżeli dostawca nakłada ograniczenie wyłącznie na niektórych dystrybutorów, a na innych nie, lub jeżeli operator internetowej platformy handlowej sam jest autoryzowanym członkiem danego systemu dystrybucji selektywnej.

8.2.4. *Ograniczenia korzystania z narzędzi porównywania cen*

- (323) Narzędzia porównywania cen, na przykład strony lub aplikacje do porównywania cen, umożliwiają detalistom zwiększenie swojej widoczności i generowanie ruchu na prowadzonych stronach internetowych, a także umożliwiają potencjalnym klientom znalezienie detalistów, porównywanie różnych produktów oraz ofert dotyczących tego samego produktu. Narzędzia porównywania cen powodują zwiększenie przejrzystości cen i skutkują intensywniejszą wewnętrzną i potencjalnie zewnętrzną międzymarkową konkurencją cenową między detalistami.
- (324) W przeciwieństwie do internetowych platform handlowych narzędzia porównywania cen zazwyczaj nie obejmują możliwości sprzedaży i kupna. Zamiast tego kierują klientów na stronę internetową detalisty, na której to stronie można dokonać transakcji bezpośrednio między klientem a detalistą¹¹⁹. Narzędzia porównywania cen stanowią zatem kanał reklamy internetowej, a nie odrębny kanał sprzedaży przez internet.
- (325) Dostawcy mogą dążyć do ograniczenia korzystania z narzędzi porównywania cen¹²⁰ w celu ochrony wizerunku marki, gdyż narzędzia te zazwyczaj koncentrują się na cenie i nie dają detalistom możliwości wyróżnienia się za sprawą innych cech, takich jak zakres lub jakość towarów lub usług objętych porozumieniem. Inną przyczyną ograniczenia korzystania z narzędzi porównywania cen może być chęć zmniejszenia

¹¹⁹ Do celów niniejszych wytycznych narzędzia porównywania cen oznaczają platformy internetowe, za których pośrednictwem użytkownicy nie mogą zawierać transakcji zakupu. Do celów niniejszych wytycznych uznaje się, że platformy, za których pośrednictwem użytkownicy mogą zawierać transakcje zakupu, to internetowe platformy handlowe. Ograniczenia korzystania z internetowych platform handlowych omówiono w sekcji 8.2.3 niniejszych wytycznych.

¹²⁰ Sprawozdanie końcowe na temat badania sektora handlu elektronicznego, COM(2017) 229 final, z dnia 10 maja 2017 r.; sekcja B.4.5.

możliwości podrabiania produktów lub ochrona modeli biznesowych, u których podstaw leży na przykład specjalizacja lub jakość, a nie cena.

- (326) Ograniczenia korzystania z narzędzi porównywania cen mogą być rozmaite – od bezpośredniego lub pośredniego zakazu po ograniczenia na podstawie wymogów jakościowych lub wymogów uwzględnienia określonych treści w ofertach reklamowanych za pośrednictwem narzędzi porównywania cen. Na przykład korzystanie z narzędzi porównywania cen może zostać pośrednio uniemożliwione za sprawą ograniczenia informacji na temat cen przekazywanych na potrzeby narzędzi porównywania cen, wymogu uzyskania zgody dostawcy przed skorzystaniem z narzędzi porównywania cen lub ograniczenia stosowania marki dostawcy w ramach takich narzędzi.
- (327) Ograniczenia korzystania z narzędzi porównywania cen mogą skutkować wzrostem kosztów wyszukiwania ponoszonych przez konsumentów i tym samym powodować złagodzenie konkurencji w zakresie cen detalicznych. Tak jak w przypadku innych ograniczeń reklamy internetowej ograniczenia zdolności nabywcy do korzystania z narzędzi porównywania cen mogą skutkować ograniczeniem sprzedaży prowadzonej przez nabywcę na rzecz klientów, którzy znajdują się poza fizycznym obszarem działalności nabywcy lub chcą dokonać zakupu przez internet. Uniemożliwianie korzystania z narzędzi porównywania cen w ramach porozumienia wertykalnego skutkuje ograniczeniem zdolności nabywców do dotarcia do potencjalnych klientów, przekazania im informacji na temat oferty i skierowania ich na swoją stronę internetową. O ile korzystanie z narzędzi porównywania cen samo w sobie nie jest docelową formą reklamy, jak określono w pkt 200 niniejszych wytycznych, uniemożliwienie korzystania z narzędzi porównywania cen jako kanału reklamy internetowej może spowodować ograniczenie sprzedaży biernej na rzecz klientów, którzy chcą dokonać zakupu przez internet i którzy znajdują się poza fizycznym obszarem działalności dystrybutora, oraz stanowi najpoważniejsze ograniczenie konkurencji zgodnie z art. 4 lit. b)–d) rozporządzenia VBER. Głównymi ewentualnymi zagrożeniami dla konkurencji w takich przypadkach są: podział rynku, co może w szczególności ułatwiać dyskryminację cenową, oraz zmniejszona wewnętrzna konkurencja międzymarkowa. Z kolei jeżeli ograniczenie dotyczy wyłącznie korzystania z narzędzi porównywania cen w celu docierania do klientów na terytorium zastrzeżonym wyłącznie dla dostawcy lub przydzielonym wyłącznie innym dystrybutorom lub do grupy klientów zastrzeżonych wyłącznie dla dostawcy lub przydzielonych wyłącznie innym nabywcom (dystrybucja wyłączna) – co wynika na przykład z faktu, że w ramach narzędzia porównywania cen używa się języka, który nie jest powszechnie używany na terytorium, na którym nabywca ma siedzibę, lub z faktu, że nazwa domeny narzędzia porównywania cen nie jest stosowana na terytorium, na którym nabywca ma siedzibę – takie ograniczenie byłoby objęte wyjątkiem przewidzianym w art. 4 lit. b) pkt i) rozporządzenia VBER.
- (328) Ograniczenia korzystania z narzędzi porównywania cen, które ani bezpośrednio, ani pośrednio nie uniemożliwiają stosowania tych narzędzi – na przykład wymogi, zgodnie z którymi narzędzia porównywania cen muszą spełniać określone normy jakości – nie powodują ograniczenia sprzedaży na rzecz klientów na danym terytorium lub na rzecz danej grupy klientów, tylko stanowią wskazanie metod sprzedaży, a zatem są objęte wyłączeniem grupowym ustanowionym rozporządzeniem VBER. Poniższe wskazówki dotyczą oceny takich ograniczeń w przypadkach, w których rozporządzenie VBER nie ma zastosowania.

- (329) Ograniczenia korzystania z narzędzi porównywania cen są często nakładane w systemie dystrybucji selektywnej. W sekcji 4.6.2 niniejszych wytycznych określono kryteria, które musi spełniać system dystrybucji selektywnej, aby nie wchodził w zakres art. 101 ust. 1. Nie jest jednak prawdopodobne, aby uniemożliwienie korzystania z narzędzi porównywania cen stanowiło rozwiązanie odpowiednie lub konieczne do celów ochrony jakości lub zapewnienia właściwego stosowania towarów lub usług objętych porozumieniem, ponieważ w celu dokonania zakupu takie narzędzia zazwyczaj przekierowują potencjalnych klientów na stronę internetową autoryzowanego dystrybutora. Dostawca może mieć kontrolę nad kształtem strony internetowej dystrybutora, stosując kryteria doboru lub nakładając wymogi w porozumieniu wertykalnym z dystrybutorem.
- (330) Ograniczenia korzystania z narzędzi porównywania cen, które ani bezpośrednio, ani pośrednio nie uniemożliwiają stosowania tych narzędzi – na przykład wymóg stosowania wyłącznie tych narzędzi porównywania cen, które spełniają określone normy jakości – mogą powodować znaczne ograniczenie zdolności nabywcy do korzystania z narzędzi porównywania cen, jeżeli nie są objęte zakresem stosowania rozporządzenia VBER. W takich przypadkach konieczne może okazać się ustalenie, czy skutki danego ograniczenia odpowiadają skutkom ograniczenia korzystania z narzędzi porównywania cen, tj. czy są niekorzystne dla konsumentów, gdyż zwiększają ponoszone przez nich koszty poszukiwań i łagodzą konkurencję cenową lub skutkują podziałem rynku, co może ułatwiać dyskryminację cenową i w rezultacie wpływać na zewnętrzną i potencjalnie również wewnętrzną konkurencję międzymarkową. Tego typu ograniczenia mogą również powodować zmniejszenie wewnętrznej konkurencji międzymarkowej, na przykład jeżeli dostawca nie nakłada ograniczeń na wszystkich swoich dystrybutorów lub jeżeli dostawca sam korzysta z narzędzi porównywania cen objętych takim ograniczeniem. W stopniu, w jakim dystrybutorzy nie mogą opierać się na potencjalnie istotnym kanale reklamy internetowej, presja konkurencyjna wywierana przez nich na dostawcę lub wszelkich innych dystrybutorów nieobjętych takim ograniczeniem byłaby znacznie ograniczona.
- (331) Czynniki istotne dla oceny na podstawie art. 101 ust. 1 obejmują: pozycję rynkową dostawcy i jego konkurentów, znaczenie narzędzi porównywania cen jako kanału reklamy na danym produktowym lub geograficznym rynku towarów lub usług objętych porozumieniem, rodzaj i zakres ograniczeń oraz względne znaczenie wszelkich określonych narzędzi porównywania cen, których wykorzystanie jest objęte ograniczeniem lub zakazem, a także kwestię, czy dostawca nakłada również ograniczenia zmniejszające zdolność dystrybutora do korzystania z innych form reklamy internetowej. Należy uwzględnić skumulowany skutek ograniczenia korzystania z narzędzi porównywania cen i wszelkich tego rodzaju innych ograniczeń.
- (332) Jak określono w pkt 323 niniejszych wytycznych, ograniczenia korzystania z narzędzi porównywania cen mogą skutkować wzrostem efektywności, w szczególności w związku z zapewnieniem ochrony marki lub określonego poziomu jakości usług lub ograniczeniem możliwości podrabiania produktów. Zgodnie z art. 101 ust. 3 w ocenie należy uwzględnić kwestię, czy taki wzrost efektywności można również osiągnąć za pomocą mniej restrykcyjnych środków. Taka sytuacja może zachodzić, jeżeli dane narzędzie porównywania cen obejmuje również możliwość porównania i oceny jakości danych towarów lub usług, obsługi klienta, wiarygodności dystrybutora lub innych aspektów oferty dystrybutorów.

W każdej ocenie uzasadnienia związanego z jakością na podstawie art. 101 ust. 3 należy uwzględnić fakt, że sprzedaż nie dokonuje się za pośrednictwem narzędzia porównywania cen, ale za pośrednictwem strony internetowej dystrybutora, która – na podstawie umowy dystrybucji zawartej z dostawcą – powinna spełniać wymogi jakościowe określone przez dostawcę.

8.2.5. *Zobowiązania do parytetu cenowego*

- (333) Zgodnie z zobowiązaniami do parytetu cenowego, zwanymi również klauzulami najwyższego uprzywilejowania lub międzyplatformowymi porozumieniami o parytecie, dostawca towarów lub usług musi oferować je drugiej stronie na warunkach nie gorszych niż warunki, jakie oferuje określonym innym stronom lub określonymi innymi kanałami. Warunki te mogą dotyczyć cen, zapasów, dostępności lub innych warunków oferty lub sprzedaży. Obowiązek ten może być określony lub może być stosowany za pomocą innych bezpośrednich lub pośrednich środków, w tym poprzez stosowanie zróżnicowanych cen lub innych zachęt lub środków, których zastosowanie zależy od warunków, na jakich dostawca oferuje towary lub usługi konkretnym stronom lub konkretnymi kanałami.
- (334) Zobowiązania do parytetu cenowego nakładane przez dostawców usług pośrednictwa internetowego (na przykład platformy handlowych lub narzędzia porównywania cen) w odniesieniu do warunków, na jakich towary lub usługi są oferowane użytkownikom końcowym (konsumentom końcowym lub innym przedsiębiorstwom) nazywane są ogólnie „zobowiązaniami do parytetu cenowego w handlu detalicznym”. Aby takie zobowiązanie było skuteczne, dostawca towarów lub usług akceptujący to zobowiązanie zasadniczo musi być w stanie kontrolować cenę i inne warunki, na jakich jego towary lub usługi są oferowane za pomocą kanałów detalicznych objętych takim zobowiązaniem. Podobne zobowiązania do parytetu cenowego mogą być stosowane przez dostawców usług pośrednictwa internetowego działających na rynku wyższego szczebla w odniesieniu do warunków, na jakich towary lub usługi są oferowane przedsiębiorstwom, które nie są użytkownikami końcowymi (na przykład detalistom). Jeżeli chodzi o zobowiązania do parytetu cenowego stosowane przez nabywców, obejmują one zobowiązania nakładane przez producentów, hurtowników lub detalistów w odniesieniu do warunków, na jakich nabywają czynniki produkcji od dostawców.
- (335) Dalsze rozróżnienie dotyczy kanałów objętych zobowiązaniami do parytetu cenowego. Takie zobowiązanie może odnosić się do kanałów sprzedaży obsługiwanych przez dostawcę towarów lub usług (kanały bezpośrednie), do kanałów obsługiwanych przez strony trzecie (kanały pośrednie) lub do wszystkich kanałów. Zobowiązania do parytetu cenowego, które dotyczą wyłącznie kanałów bezpośrednich, często nazywa się zobowiązaniami „wąskimi”, natomiast zobowiązania dotyczące wszystkich kanałów – zobowiązaniami „szerokimi”.
- (336) Z wyjątkiem międzyplatformowych zobowiązań do parytetu cenowego w handlu detalicznym, określonych w art. 5 ust. 1 lit. d) rozporządzenia VBER, wyłączenie grupowe ma zastosowanie w przypadku wszystkich rodzajów zobowiązań do parytetu cenowego określonych w porozumieniach wertykalnych, pod warunkiem że udziały w rynku dostawcy i nabywcy nie przekraczają 30 %. Poniższe wskazówki dotyczą oceny międzyplatformowych zobowiązań do parytetu cenowego w handlu detalicznym, określonych w art. 5 ust. 1 lit. d) rozporządzenia VBER, oraz innych rodzajów zobowiązań do parytetu cenowego w indywidualnych przypadkach powyżej progu udziału w rynku.

8.2.5.1. Międzyplatformowe zobowiązania do parytetu cenowego w handlu detalicznym

- (337) Prawdopodobieństwo wywołania skutków antykonkurencyjnych netto przez różnego rodzaju zobowiązania do parytetu cenowego jest największe w przypadku zobowiązań do parytetu cenowego w handlu detalicznym, które powodują, że nabywcy usług pośrednictwa internetowego nie mogą oferować, sprzedawać ani odsprzedawać użytkownikom końcowym towarów lub usług na korzystniejszych warunkach przy użyciu konkurencyjnych usług pośrednictwa internetowego, jak określono w art. 5 ust. 1 lit. d) rozporządzenia VBER. Międzyplatformowe zobowiązania do parytetu cenowego w handlu detalicznym mogą powodować następujące ograniczenia konkurencji:
- a) Mogą one powodować złagodzenie konkurencji i sprzyjać zмовie między dostawcami usług pośrednictwa internetowego. W szczególności bardziej prawdopodobne jest, że dostawca, który nakłada tego typu zobowiązanie do parytetu cenowego, będzie w stanie podnieść cenę lub obniżyć jakość świadczonych usług pośrednictwa bez utraty udziału w rynku. Niezależnie od ceny lub jakości jego usług sprzedawcy towarów lub usług, którzy decydują się na korzystanie z platformy tego dostawcy, są zobowiązani do oferowania na tej platformie warunków przynajmniej tak samo dobrych jak warunki, jakie oferują na konkurencyjnych platformach.
 - b) Mogą one uniemożliwić wejście na rynek lub rozwój działalności nowym lub mniejszym dostawcom usług pośrednictwa internetowego poprzez ograniczenie ich zdolności do oferowania na rzecz nabywców i użytkowników końcowych zróżnicowanych kombinacji cen i usług.
- (338) W przypadku oceny tego rodzaju zobowiązań do parytetu cenowego kluczowe czynniki to: udział nabywców usług pośrednictwa internetowego objętych danymi zobowiązaniami, zachowanie nabywców usług pośrednictwa internetowego i użytkowników końcowych w zakresie korzystania z adresów (chodzi tu o liczbę platform pośrednich, z których korzystają), pozycja rynkowa dostawcy, który nakłada dane zobowiązanie, i jego konkurentów, występowanie barier wejścia na właściwy rynek usług pośrednictwa internetowego oraz wpływ sprzedaży bezpośredniej prowadzonej przez nabywców usług.
- (339) Udział nabywców usług pośrednictwa internetowego objętych zobowiązaniami do parytetu cenowego i zachowanie tych nabywców w zakresie korzystania z adresów to istotne czynniki, gdyż na ich podstawie można stwierdzić, że zobowiązania do parytetu cenowego stosowane przez dostawcę powodują ograniczenie konkurencji w odniesieniu do części popytu przekraczającej udział dostawcy w rynku. Na przykład dostawca usług pośrednictwa internetowego może odpowiadać za 20 % wszystkich transakcji dokonywanych z wykorzystaniem takich usług, podczas gdy nabywcy objęci nałożonymi przez niego międzyplatformowymi zobowiązaniami do parytetu cenowego mogą odpowiadać za ponad 50 % wszystkich transakcji dokonywanych za pośrednictwem platform, gdyż korzystają oni z wielu platform. W takim przypadku zobowiązania do parytetu cenowego stosowane przez dostawcę powodują ograniczenie konkurencji w odniesieniu do ponad połowy całego odnośnego popytu.
- (340) Nabywcy usług pośrednictwa internetowego często stosują wieloadresowość, aby dotrzeć do klientów, którzy korzystają tylko z jednego adresu (tylko jednej platformy) i nie przechodzą z jednej platformy na drugą. Stosowaniu wieloadresowości przez nabywców sprzyjają modele biznesowe platform, w ramach

których nabywca musi uiścić opłatę za korzystanie z usługi pośrednictwa dopiero wówczas, gdy dojdzie do transakcji. Jak wyjaśniono powyżej, stosowanie wieloadresowości przez nabywców usług pośrednictwa internetowego może spowodować zwiększenie części łącznego popytu na takie usługi, która to część znajduje się pod wpływem zobowiązań do parytetu cenowego stosowanych przez dostawcę. Po drugie, korzystanie z jednego adresu przez użytkowników końcowych może oznaczać, że każdy dostawca usług pośrednictwa kontroluje dostęp do odrębnej grupy użytkowników końcowych. Może to spowodować wzrost siły przetargowej dostawcy i jego zdolności do nakładania zobowiązań do parytetu cenowego.

- (341) Ograniczające skutki międzyplatformowych zobowiązań do parytetu cenowego w handlu detalicznym na ogół będą najpoważniejsze w sytuacji, w której takie zobowiązania są stosowane przez co najmniej jednego wiodącego dostawcę usług pośrednictwa internetowego. Jeżeli tacy dostawcy mają podobny model biznesowy, prawdopodobne jest, że zobowiązania do parytetu cenowego zmniejszą stopień zakłócenia takiego modelu. Taki rodzaj zobowiązań może również umożliwić liderowi rynku utrzymanie swojej pozycji względem mniejszych dostawców.
- (342) Rynki dostaw usług pośrednictwa internetowego często charakteryzują się znacznymi barierami wejścia i rozwoju, co może pogarszać negatywne skutki zobowiązań do parytetu cenowego. Rynki te często charakteryzują się pozytywnymi pośrednimi efektami sieciowymi: nowi lub mniejsi dostawcy takich usług mają trudności z przyciągnięciem nabywców, ponieważ ich platformy zapewniają dostęp do niewystarczającej liczby użytkowników końcowych. W przypadku gdy użytkownikami końcowymi są konsumenci końcowi, bariery mogą powstawać również z powodu lojalności konsumentów wobec marki, korzystania z jednego adresu oraz strategii uzależnienia od jednego dostawcy stosowanych przez obecnych na rynku dostawców usług pośrednictwa.
- (343) Nabywcy usług pośrednictwa internetowego mogą także sprzedawać swoje towary lub usługi bezpośrednio użytkownikom końcowym. Taka sprzedaż bezpośrednia może ograniczyć zdolność dostawców usług pośrednictwa internetowego do podniesienia cen świadczonych przez nich usług. W związku z tym konieczne jest przeprowadzenie oceny udziału sprzedaży towarów lub usług będących przedmiotem pośrednictwa, która odbywa się poprzez kanały bezpośrednie i pośrednie, oraz substytucyjności tych kanałów, z punktu widzenia dostawców towarów lub usług oraz użytkowników końcowych.
- (344) Międzyplatformowe zobowiązania do parytetu cenowego w handlu detalicznym mogą powodować znaczące skutki ograniczające, jeżeli są nakładane na nabywców odpowiadających za znaczny udział całkowitego popytu na odnośne usługi pośrednictwa internetowego. W przypadku skutków skumulowanych zasadniczo skutki ograniczające przypisuje się jedynie zobowiązaniom do parytetu cenowego dostawców, których udział w rynku przekracza 5 %.
- (345) Co do zasady zobowiązania do parytetu cenowego w handlu detalicznym mogą być również nakładane przez detalistów w odniesieniu do warunków, na jakich towary lub usługi dostawcy są oferowane użytkownikom końcowym przez konkurujących detalistów. Jeżeli jednak tego rodzaju zobowiązanie do parytetu cenowego odnosi się do ceny, zazwyczaj wymaga ono od dostawcy towarów lub usług, który przyjmuje na siebie zobowiązanie, narzucenia minimalnych cen odsprzedaży na konkurujących detalistów, których dotyczy zobowiązanie. Narzucenie cen odsprzedaży jest

najpoważniejszym ograniczeniem konkurencji zgodnie z rozporządzeniem VBER i ograniczeniem ze względu na cel zgodnie z art. 101 ust. 1. W przypadkach, w których przedsiębiorstwa są w stanie wypełnić takie zobowiązania do parytetu cenowego w handlu detalicznym zgodnie z zasadami odnoszącymi się do narzucenia minimalnych cen odsprzedaży, zobowiązania te są objęte wyłączeniem grupowym. Powyżej progu udziału w rynku objętego wyłączeniem grupowym stosuje się odpowiednio wskazówki określone w pkt 337–344 niniejszych wytycznych.

8.2.5.2. Zobowiązania do parytetu cenowego w handlu detalicznym odnoszące się do kanałów sprzedaży bezpośredniej

- (346) Zobowiązania do parytetu cenowego w handlu detalicznym nakładane przez dostawców usług pośrednictwa internetowego w odniesieniu do warunków, na jakich nabywcy usług mogą oferować towary lub usługi użytkownikom końcowym w swoich kanałach sprzedaży bezpośredniej (parytet „wąski”) uniemożliwiają takim nabywcom zachęcanie użytkowników końcowych do przejścia na kanał bezpośredni poprzez oferowanie korzystniejszych warunków (podcięcie cenowe). W określonych warunkach, w szczególności jeżeli konkurencja w zakresie świadczenia usług pośrednictwa internetowego jest ograniczona, zobowiązania do wąskiego parytetu cenowego mogą umożliwiać dostawcom usług pośrednictwa internetowego utrzymanie wyższej ceny za swoje usługi, co prowadzi do wyższych cen detalicznych za towary lub usługi będące przedmiotem pośrednictwa we wszystkich kanałach sprzedaży. Do czynników mających znaczenie przy przeprowadzaniu oceny tego rodzaju ograniczeń należy pozycja rynkowa dostawcy, który nakłada zobowiązanie do parytetu cenowego, względna wielkość kanałów sprzedaży bezpośredniej objętych zobowiązaniem, substytucyjność kanałów bezpośrednich i pośrednich z punktu widzenia dostawców towarów lub usług oraz użytkowników końcowych, a także to, czy ograniczenia są nakładane przez wielu dostawców usług pośrednictwa (skutki skumulowane).
- (347) Ponadto zobowiązania do parytetu cenowego w handlu detalicznym odnoszące się do kanałów sprzedaży bezpośredniej mogą w określonych warunkach pośrednio powodować skutki ograniczające równoważne skutkom wywoływanym przez międzyplatformowe zobowiązania do parytetu cenowego w handlu detalicznym. Co do zasady nabywca usług pośrednictwa internetowego, który podlega zobowiązaniu do wąskiego parytetu cenowego w handlu detalicznym, może różnicować swoje oferty w zależności od platform pośrednictwa, z których korzysta („wieloadresowość”). W tym celu musi jednak oferować w swoich kanałach bezpośrednich warunki, które nie są korzystniejsze od warunków oferowanych na „najdroższej” platformie pośrednictwa, z którą zawarł porozumienie o parytecie kanałów bezpośrednich. W zależności od czynników takich jak udział sprzedaży dokonywanej za pośrednictwem każdego kanału, koszty korzystania z każdego kanału oraz elastyczność popytu na towary lub usługi będące przedmiotem pośrednictwa w różnych kanałach sprzedaży, zachęty dla nabywców i dostawców usług pośrednictwa internetowego do zawierania kompromisów dotyczących ceny tych usług oraz warunków, na jakich odbywa się pośrednictwo w sprzedaży towarów lub usług poprzez usługę, mogą być niewystarczające. Taki rezultat jest co do zasady bardziej prawdopodobny, jeżeli znaczna część sprzedaży odbywa się poprzez kanał bezpośredni i jeżeli zobowiązania do parytetu cenowego w handlu detalicznym odnoszące się do kanałów bezpośrednich są nakładane przez wielu dostawców.
- (348) Zobowiązania do parytetu cenowego w handlu detalicznym nakładane przez dostawców usług pośrednictwa internetowego w odniesieniu do kanałów sprzedaży

bezpośredniej mogą powodować znaczące skutki ograniczające, jeżeli nabywcy odpowiadający za znaczny udział całkowitego popytu na usługi pośrednictwa internetowego podlegają takim zobowiązaniom lub międzyplatformowym zobowiązaniom do parytetu cenowego w handlu detalicznym. Komisja lub krajowy organ ochrony konkurencji mogą być zmuszeni do przeprowadzenia podobnej oceny w następstwie oceny wycofania przywileju ustanowionego rozporządzeniem VBER, jeżeli udziały w rynku odnośnych dostawców nie przekraczają progu wynoszącego 30 %.

8.2.5.3. Zobowiązania do parytetu cenowego odnoszące się do warunków niedetalicznych

- (349) Zobowiązania do parytetu cenowego nakładane przez dostawców usług pośrednictwa internetowego działających na rynku wyższego szczebla w odniesieniu do warunków, na jakich towary lub usługi są oferowane przedsiębiorstwom, które nie są użytkownikami końcowymi, są objęte wyłączeniem grupowym. Ten rodzaj zobowiązania może zniechęcać do konkurencji między dostawcami usług pośrednictwa internetowego w taki sam sposób jak zobowiązania do parytetu cenowego w handlu detalicznym i w związku z tym wskazówki określone w pkt 337–348 niniejszych wytycznych pozostają istotne. Ma to zastosowanie w szczególności w sytuacji, w której nie ma znaczącej różnicy między cenami lub innymi warunkami, na jakich towary lub usługi będące przedmiotem pośrednictwa są oferowane na rynku wyższego szczebla i na poziomie detalicznym, co może mieć miejsce, jeżeli pośrednictwo dotyczy towarów lub usług końcowych¹²¹. Przy przeprowadzaniu oceny tego rodzaju zobowiązania do parytetu cenowego konieczne jest jednak uwzględnienie także warunków konkurencji na rynku niższego szczebla, tj. między przedsiębiorstwami, które kupują towary lub usługi będące przedmiotem pośrednictwa.
- (350) Z kolei zobowiązania do parytetu cenowego odnoszące się do warunków, na jakich towary lub usługi są nabywane jako nakłady przez producentów, hurtowników lub detalistów, nie mają bezpośredniego wpływu na warunki, na jakich przedsiębiorstwa te konkurują na rynku niższego szczebla. W związku z tym jest mniej prawdopodobne, aby wytyczne dotyczące oceny zobowiązań do parytetu cenowego w handlu detalicznym były istotne. Główną obawą związaną ze zobowiązaniami do parytetu cenowego w odniesieniu do warunków, na jakich towary lub usługi są nabywane jako nakłady, jest to, że zobowiązanie te mogą zmniejszyć zachęty dla dostawców nakładów do konkurowania, a tym samym spowodować wzrost cen nakładów. Czynniki istotne przy przeprowadzaniu oceny obejmują względną wielkość i władzę rynkową dostawcy i nabywcy, którzy uzgadniają zobowiązanie do parytetu cenowego, udział w rynku właściwym objętym podobnymi zobowiązaniami oraz koszt określonych nakładów w stosunku do całkowitych kosztów ponoszonych przez nabywców.

8.2.5.4. Ocena na podstawie art. 101 ust. 3

- (351) Jeżeli zobowiązania do parytetu cenowego wywołują znaczące skutki ograniczające, należy ocenić ewentualne uzasadnienia dotyczące zwiększenia efektywności na podstawie art. 101 ust. 3. Najczęstszym uzasadnieniem dla stosowania tych zobowiązań wykorzystywanym przez dostawców usług pośrednictwa internetowego jest chęć rozwiązania problemu niewłaściwej działalności rynkowej. Dostawcom

¹²¹ W niektórych przypadkach zobowiązanie do parytetu cenowego może odnosić się do warunków oferowanych zarówno na rynku wyższego szczebla, jak i na poziomie detalicznym.

może na przykład brakować zachęt do inwestowania w rozwój swojej platformy, w usługi przedsprzedażne lub promocję pobudzającą popyt, jeżeli takie inwestycje w postaci większej sprzedaży przynoszą korzyści konkurencyjnym platformom lub kanałom sprzedaży bezpośredniej, które mogą oferować te same towary lub usługi na korzystniejszych warunkach.

- (352) Do istotnych czynników należy to, czy inwestycje przeprowadzane przez dostawcę usług pośrednictwa internetowego przynoszą obiektywne korzyści, tj. czy stanowią wartość dodaną dla konsumentów; czy ryzyko niewłaściwej działalności rynkowej jest rzeczywiste i znaczne oraz czy określony rodzaj i zakres zobowiązania do parytetu cenowego jest niezbędny do osiągnięcia obiektywnych korzyści. Prawdopodobny poziom niewłaściwej działalności rynkowej musi być wystarczający, aby wywrzeć znaczący wpływ na zachęty do inwestowania w usługę pośrednictwa internetowego. Szczególnie istotne są dowody dotyczące zakresu, w jakim użytkownicy usług pośrednictwa stosują wieloadresowość, chociaż konieczne jest również rozważenie, czy skutki zobowiązań do parytetu cenowego mają wpływ na ich zachowanie. Jeżeli dostawca usług pośrednictwa internetowego lub jego konkurenci działają na innych porównywalnych rynkach z zastosowaniem mniej restrykcyjnych zobowiązań do parytetu cenowego lub bez takich zobowiązań, może to wskazywać, że zobowiązania te nie są niezbędne. W przypadku gdy podaż usług pośrednictwa internetowego jest wysoce skoncentrowana i charakteryzuje się znacznymi barierami wejścia, konieczność ochrony konkurencji rezydualnej może przewyższać ewentualny wzrost efektywności. Inne uzasadnienia odnoszące się do ogólnych korzyści dostarczanych przez platformy transakcyjne, takie jak łączenie wydatków na promocję ponoszonych przez dostawców, zwiększona przejrzystość cen lub niższe koszty transakcji, będą spełniać warunki określone w art. 101 ust. 3 wyłącznie wówczas, gdy dostawca usług pośrednictwa internetowego będzie w stanie wykazać bezpośredni związek przyczynowy między deklarowaną korzyścią a stosowaniem konkretnego rodzaju zobowiązania do parytetu cenowego.
- (353) Co do zasady istnieje większe prawdopodobieństwo, że zobowiązania do parytetu cenowego w handlu detalicznym odnoszące się do kanałów sprzedaży bezpośredniej spełnią warunki określone w art. 101 ust. 3. Wynika to głównie z faktu, że ich skutki ograniczające są zasadniczo mniej poważne niż w przypadku międzyplatformowych zobowiązań do parytetu cenowego, a zatem jest bardziej prawdopodobne, że zostaną zrównoważone przez wzrost efektywności. Ponadto ryzyko „jazdy na gapę” przez dostawców towarów lub usług za pośrednictwem ich kanałów sprzedaży bezpośredniej może być większe, ponieważ dostawcy ci zazwyczaj uzyskują wyższą jednostkową marżę ze sprzedaży w kanale bezpośrednim niż ze sprzedaży pośredniej.

8.2.6. *Oplaty za dostęp wnoszone z góry*

- (354) Oplaty za dostęp wnoszone z góry są to stałe opłaty uiszczane przez dostawców na rzecz dystrybutorów na początku właściwego okresu w ramach relacji wertykalnej w celu uzyskania dostępu do ich sieci dystrybucji oraz wynagrodzenia za usługi świadczone dostawcom przez detalistów. Kategoria ta obejmuje różne praktyki, np. opłaty za przyjęcie towarów¹²², tak zwane opłaty pay-to-stay¹²³, płatności za udział

¹²² Ustalono opłaty wnoszone przez producentów na rzecz detalistów w celu uzyskania dostępu do miejsc na półkach.

w kampaniach promocyjnych dystrybutora itp. Niniejsza sekcja zawiera wskazówki dotyczące oceny opłat za dostęp wnoszonych z góry w indywidualnych przypadkach powyżej progu udziału w rynku określonego w art. 3 rozporządzenia VBER.

- (355) Opłaty za dostęp wnoszone z góry mogą czasem skutkować antykonkurencyjnym zamknięciem dostępu do rynku innym dystrybutorom. Na przykład wysokie opłaty mogą zachęcać dostawcę do rozprowadzania znacznej części sprzedawanych przez siebie produktów przez jednego dystrybutora lub ograniczoną liczbę dystrybutorów, aby uzyskać zwrot kosztów opłaty. W tym przypadku opłaty za dostęp wnoszone z góry mogą powodować taki sam skutek w postaci zamknięcia dostępu do rynku niższego szczebla, jak obowiązek wyłączności dostaw. Do przeprowadzenia oceny prawdopodobieństwa wystąpienia tego rodzaju negatywnych skutków można analogicznie zastosować wytyczne dotyczące obowiązków wyłączności dostaw (w szczególności pkt 305–310).
- (356) W wyjątkowych okolicznościach opłaty za dostęp wnoszone z góry mogą wywoływać efekt antykonkurencyjnego zamknięcia dostępu do rynku wyższego szczebla. Na przykład jeżeli dystrybutor ma silną pozycję przetargową lub stosowanie opłat za dostęp wnoszonych z góry jest powszechne, opłaty takie mogą zwiększać bariery wejścia dla małych dostawców. Do przeprowadzenia oceny prawdopodobieństwa wystąpienia tego rodzaju negatywnych skutków można analogicznie zastosować wytyczne dotyczące zobowiązań do jednomarkowości (w szczególności pkt 284–293 niniejszych wytycznych). W ocenie należy również uwzględnić, czy dany dystrybutor sprzedaje konkurencyjne produkty pod własną marką. W takim przypadku mogą pojawić się również obawy z punktu widzenia konkurencji horyzontalnej, w związku z czym wyłączenie grupowe nie ma zastosowania zgodnie z art. 2 ust. 4 rozporządzenia VBER (zob. sekcja 4.4.3 niniejszych wytycznych).
- (357) Poza ewentualnymi skutkami w postaci zamknięcia dostępu do rynku opłaty za dostęp wnoszone z góry mogą łagodzić konkurencję i ułatwiać zmonopolizowanie między dystrybutorami. Opłaty te mogą zwiększać cenę naliczaną przez dostawców za produkty objęte porozumieniem, ponieważ dostawca musi pokryć wydatki związane z tymi opłatami. Wyższe ceny dostawy mogą zmniejszyć bodźce dla detalistów do konkutowania 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.
- (358) Stosowanie opłat za dostęp wnoszonych z góry może jednak w wielu przypadkach przyczynić się do skutecznego przydziału miejsca na nowe produkty na półkach. W przypadku gdy dostawcy wprowadzają na rynek nowe produkty, dystrybutorzy często dysponują mniejszą ilością informacji niż dostawca na temat tego, czy istnieje prawdopodobieństwo, że nowy produkt odniesie sukces, w związku z czym mogą zaopatrywać się w ilości produktu poniżej optymalnego poziomu. Opłaty za dostęp wnoszone z góry mogą być stosowane do zmniejszenia wspomnianej asymetrii informacji posiadanych przez dostawców i dystrybutorów przez wyraźne umożliwienie dostawcom konkutowania o miejsce na półkach. Dystrybutor może

¹²³

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

zatem otrzymać wcześniejszy sygnał dotyczący produktów, które najprawdopodobniej odniosą sukces, gdyż dostawca zazwyczaj zgodzi się na uiszczenie opłaty za dostęp wniesionej z góry wyłącznie wówczas, gdy uzna, że istnieje małe prawdopodobieństwo nieudanego wprowadzenia produktu.

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

8.2.7. *Porozumienia dotyczące zarządzania kategoriami produktów*

- (360) 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 objęte są wyłączeniem grupowym, jeżeli ani udział menedżera kategorii, ani dystrybutora w rynku nie przekracza 30 % i pod warunkiem że porozumienie takie nie przewiduje najpoważniejszych ograniczeń konkurencji, na przykład ograniczeń uprawnienia dystrybutora do ustalania ceny sprzedaży w rozumieniu art. 4 lit. a) rozporządzenia VBER.
- (361) W większości przypadków porozumienia dotyczące zarządzania kategoriami produktów nie wzbudzają obaw w związku z art. 101. Mogą one jednak czasem zakłócać konkurencję między dostawcami i skutkować antykonkurencyjnym zamknięciem dostępu do rynku innym dostawcom, jeśli menedżer kategorii ma możliwość, wynikającą z jego wpływu na decyzje dystrybutora dotyczące wprowadzania do obrotu, ograniczania dystrybucji produktów konkurujących dostawców lub ich niekorzystnej dystrybucji.
- (362) Co do zasady ograniczenie wyboru produktów nie będzie leżało w interesie dystrybutorów. Mogą oni jednak mieć motywację do zamknięcia dostępu do rynku pewnym dostawcom, w szczególności w sytuacji gdy dystrybutor sprzedaje również konkurencyjne produkty pod swoją własną marką. Do przeprowadzenia oceny prawdopodobieństwa wystąpienia takiego efektu zamknięcia dostępu do rynku wyższego szczebla można analogicznie zastosować wytyczne dotyczące zobowiązań do jednomarkowości (w szczególności pkt 284–293 niniejszych wytycznych). W szczególności w ocenie tej należy uwzględnić z jednej strony zasięg rynkowy porozumień dotyczących zarządzania kategoriami produktów oraz ewentualne skumulowane wykorzystanie takich porozumień, a z drugiej strony pozycję rynkową konkurujących dostawców i dystrybutora.
- (363) 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.

- (364) Zarządzanie kategoriami produktów może również ułatwić znowę między dostawcami poprzez zwiększone możliwości wymiany za pośrednictwem detalistów poufnych informacji rynkowych, np. związanych z ustalaniem przyszłych cen, planami promocyjnymi lub kampaniami reklamowymi. Rozporządzenie VBER nie obejmuje takiej bezpośredniej wymiany informacji między konkurentami; zob. pkt 83 niniejszych wytycznych.
- (365) 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. 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.

8.2.8. Sprzedaż wiązana

- (366) Sprzedaż wiązana odnosi się do sytuacji, w których klienci nabywający tylko jeden produkt (produkt wiążący) są zobligowani do nabycia innego odrębnego produktu (produkt związany) od tego samego dostawcy lub innej wskazanej przez niego osoby. Sprzedaż wiązana może stanowić nadużycie w rozumieniu art. 102¹²⁴. Sprzedaż wiązana może również stanowić ograniczenie wertykalne w rozumieniu art. 101, jeżeli jej wynikiem jest pewien typ zobowiązania do jednomarkowości (zob. pkt 281–302 niniejszych wytycznych) odnośnie do produktu związanego. Niniejsze wytyczne dotyczą jedynie tej ostatniej sytuacji.
- (367) 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 związanego¹²⁵. Dowody na to, że dwa produkty są odrębne, mogą obejmować dowód bezpośredni, np. taki, że, 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 wiążących¹²⁶ lub dowód wskazujący na to, że przedsiębiorstwo o niewielkiej władzy 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

¹²⁴ Wyrok w sprawie C-333/94 P Tetrapak/ Komisja, EU:C:1996:436, 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.

¹²⁵ Wyrok w sprawie T-201/04 Microsoft/Komisja, EU:T:2007:289, pkt 917, 921 i 922.

¹²⁶ Wyrok w sprawie T-30/89 Hilti /Komisja, EU:T:1991:70, pkt 67.

handlowym producentów obuwia stało się dostarczanie butów ze sznurowadłami. Dlatego też sprzedaż butów ze sznurowadłami nie stanowi sprzedaży związanej.

- (368) Sprzedaż związana może mieć skutek w postaci antykonkurencyjnego zamknięcia dostępu do rynku produktu związanego, rynku produktu wiążącego lub do obu rynków jednocześnie. Skutek w postaci zamknięcia dostępu do rynku zależy od związanego odsetka łącznej sprzedaży na rynku produktu związanego. W odniesieniu do tego, co można uznać za znaczące zamknięcie dostępu do rynku w kontekście art. 101 ust. 1, można zastosować analizę dotyczącą jednomarkowości. Sprzedaż związana oznacza istnienie przynajmniej pewnej postaci narzucania nabywcy ilości w odniesieniu do produktu związanego. Jeżeli oprócz tego zostanie uzgodniony zakaz konkurencyjnego w odniesieniu do związanego produktu, zwiększa to ewentualny skutek w postaci zamknięcia dostępu do rynku produktu związanego. Sprzedaż związana 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 związana 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.
- (369) Sprzedaż związana może również prowadzić bezpośrednio do cen wyższych od poziomu konkurencyjnego szczególnie w trzech sytuacjach. Po pierwsze, gdy produkt wiążący i związany mogą być użyte w różnych proporcjach jako nakład w procesie produkcji, na wzrost ceny produktu wiążącego klienci mogą reagować zwiększeniem popytu na produkt związany, a jednocześnie zmniejszeniem popytu na produkt wiążący. Dostawca może dążyć do uniknięcia takiego zastąpienia przez wiązanie dwóch produktów i w efekcie może podnieść ceny. Po drugie, gdy sprzedaż związana umożliwia dyskryminację cenową w zależności od użytku, jaki klient robi z produktu wiążącego, na przykład sprzedaż związana wkładów atramentowych i fotokopiarek (metering). Po trzecie, jeżeli w przypadku długoterminowych umów lub w przypadku rynków wtórnych z oryginalnym sprzętem z długotrwałym okresem wymiennym, trudno jest klientom obliczyć konsekwencje sprzedaży związanej.
- (370) Sprzedaż związana jest objęta wyłączeniem na mocy rozporządzenia o wyłączeniach grupowych, jeżeli udział dostawcy zarówno w rynku produktu wiążącego, jak i związanego, oraz udział nabywcy w rynku na właściwych rynkach wyższego szczebla nie przekracza 30 %. Może to być połączone z innymi ograniczeniami wertykalnymi, niebędącymi najpoważniejszymi ograniczeniami w rozumieniu tego rozporządzenia, takimi jak zakaz konkurencyjnego czy narzucanie ilości w odniesieniu do produktu wiążącego, lub wyłączność zaopatrzenia. Pozostała część niniejszej sekcji zawiera wskazówki dotyczące oceny porozumień dotyczących sprzedaży związanej w indywidualnych przypadkach powyżej tego progu udziału w rynku.
- (371) Pozycja rynkowa dostawcy na rynku produktu wiążącego ma oczywiście główne znaczenie dla oceny ewentualnych skutków antykonkurencyjnych. Generalnie ten rodzaj porozumienia jest narzucany przez dostawcę. Znaczenie dostawcy na rynku produktu wiążącego jest główną przyczyną, dla której nabywcy może być trudno odmówić zobowiązania do sprzedaży związanej.

- (372) Pozycja rynkowa konkurentów dostawcy na rynku produktu wiążącego ma znaczenie dla oceny władzy rynkowej dostawcy. Tak długo, jak jego konkurenci są dostatecznie liczni i silni, nie można oczekiwać żadnych antykonkurencyjnych skutków, ponieważ nabywcy mają dostatecznie dużo innych możliwości kupna produktu wiążącego bez produktu związanego, chyba że inni dostawcy stosują podobną sprzedaż wiążaną. Oprócz tego bariery wejścia na rynek produktu wiążącego są ważne przy określaniu pozycji rynkowej dostawcy. Gdy sprzedaż wiążana jest połączona z zakazem konkurowania w odniesieniu do produktu wiążącego, taka sytuacja znacznie wzmacnia pozycję dostawcy.
- (373) Siła nabywcza jest istotna, ponieważ znaczący nabywcy nie dadzą się łatwo zmusić do zaakceptowania sprzedaży wiązanej bez uzyskania przynajmniej części możliwych korzyści. Sprzedaż wiązana nieoparta na efektywności stanowi przede wszystkim zagrożenie w przypadku, gdy nabywcy nie mają znaczącej siły nabywczej.
- (374) Gdy zostaną stwierdzone znaczące skutki antykonkurencyjne, powstaje kwestia, czy spełnione są warunki określone w art. 101 ust. 3. Zobowiązania wynikające ze sprzedaży wiązanej mogą przyczynić się do odniesienia korzyści wynikających ze wspólnej produkcji lub wspólnej dystrybucji. Jeżeli produkt związany nie jest produkowany przez dostawcę, korzyści mogą również wynikać z kupna przez nabywcę dużych ilości produktu związanego. Aby sprzedaż wiązana mogła spełniać warunki określone w art. 101 ust. 3, trzeba jednak wykazać, że przynajmniej część tych obniżek kosztów jest przenoszona na konsumenta, co nie ma zwykle miejsca, jeżeli detalista może uzyskać, na zwykłych zasadach, dostawy tego samego lub równoważnego produktu na tych samych lub lepszych warunkach, niż oferowane przez dostawcę stosującego praktykę sprzedaży wiązanej. Innego rodzaju wzrost efektywności może mieć miejsce, jeżeli sprzedaż wiązana pomaga zapewnić pewną jednolitość i standaryzację jakości (zob. pkt 14 lit. h)). 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 stosowania art. 101 ust. 1. Jeżeli dostawca produktu wiążącego narzuca nabywcy dostawców, od których nabywca musi kupować produkt związany, na przykład ponieważ określenie minimalnych standardów jakości nie jest możliwe, to także może nie wchodzić w zakres stosowania art. 101 ust. 1, szczególnie gdy dostawca produktu wiążącego nie osiąga bezpośrednich (finansowych) korzyści z wyznaczenia dostawców produktu związanego.