

Aleksander Maziarz*

Kilka uwag do projektów rozporządzeń w sprawie wyłączeń grupowych dotyczących horyzontalnych porozumień kooperacyjnych

Spis treści

- I. Wprowadzenie
- II. Porozumienia w sprawie zrównoważonego rozwoju
- III. Porozumienia o wymianie informacji
- IV. Porozumienia o wspólnych zakupach
- V. Porozumienia o specjalizacji jednostronnej
- VI. Porozumienia konsorcjów
- VII. Podsumowanie

Streszczenie

Artykuł podejmuje problematykę projektowanych zmian w zakresie rozporządzeń ustanawiających wyłączenia grupowe dla horyzontalnych porozumień kooperacyjnych. Analizie poddano projekty rozporządzeń ustalających wyłączenia grupowe dla porozumień badawczo-rozwojowych i porozumień specjalizacyjnych oraz wytycznych w sprawie stosowania art. 101 Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej do horyzontalnych porozumień kooperacyjnych skierowane do konsultacji publicznych. Celem artykułu jest przeanalizowanie wybranych zmian zaprojektowanych przez Komisję Europejską i ocenę ich wpływu na unijne prawo konkurencji.

Słowa kluczowe: horyzontalne porozumienia kooperacyjne; wyłączenie grupowe; porozumienia w sprawie zrównoważonego rozwoju; zakaz porozumień ograniczających konkurencję.

JEL: K21

I. Wprowadzenie

W roku 2019 Komisja Europejska rozpoczęła przegląd rozporządzenia Komisji (UE) nr 1217/2010 z dnia 14 grudnia 2010 r. w sprawie stosowania art. 101 ust. 3 Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej do kategorii porozumień badawczo-rozwojowych¹ oraz rozporządzenia Komisji (UE) nr 1218/2010 z dnia 14 grudnia 2010 r. w sprawie stosowania art. 101 ust. 3 Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej do kategorii porozumień specjalizacyjnych² oraz wytycznych w sprawie

* Doktor habilitowany; Kolegium Prawa Akademii Leona Koźmińskiego. ORCID: 0000-0002-0482-5400; e-mail: amaziarz@kozminski.edu.pl.

Edition of that article was financed under Agreement Nr RCN/SP/0326/2021/1 with funds from the Ministry of Education and Science, allocated to the "Rozwoj czasopism naukowych" programme.

¹ Dz. Urz. UE z 2010 r. L 335, s. 36.

² Ibidem, s. 43.

stosowania art. 101 Traktatu do horyzontalnych porozumień kooperacyjnych³. Celem przeglądu było zbadanie czy uregulowania te powinny ulec wygaśnięciu, czy powinno się przedłużyć okres ich obowiązywania, czy w końcu dokonać ich rewizji. Po przeprowadzonych publicznych konsultacjach⁴ Komisja Europejska dnia 1 marca 2022 r. opublikowała projekty nowych rozporządzeń wyłączających dotyczących porozumień horyzontalnych wraz z wytycznymi⁵. Komisja wskazała, że zaproponowane projekty mają na celu dostosowanie obecnych przepisów do zmian gospodarczych i społecznych, które zaszły w ciągu ostatnich dziesięciu lat. Podkreślono, że współpraca horyzontalna może przynieść korzyści nie tylko gospodarcze, lecz także w zakresie zrównoważonego rozwoju, w tym wsparcie transformacji cyfrowej i ekologicznej⁶.

Zaproponowane przez Komisję Europejską projekty dotyczące horyzontalnych porozumień kooperacyjnych stanowią niejako ewolucję obecnie obowiązujących rozwiązań, które zostały uzupełnione oraz nieznacznie zmienione. Trudno w nich doszukiwać się całkowicie odmiennego podejścia do horyzontalnych porozumień kooperacyjnych, jednak zaproponowano w nich kilka rozwiązań, które niewątpliwie wprowadzają nowe podejście Komisji Europejskiej do oceny wybranych porozumień. Celem mniejszego artykułu jest przeanalizowanie wybranych zmian w projektach rozporządzeń wyłączających oraz w wytycznych, które są rozwiązaniami całkiem nowymi, niemającymi odpowiednika w obecnych regulacjach.

II. Porozumienia w sprawie zrównoważonego rozwoju

Zaproponowane przez Komisję Europejską wytyczne wprowadzają nową kategorię porozumień horyzontalnych, tj. porozumienia w sprawie zrównoważonego rozwoju. Cechą charakterystyczną tego typu porozumień jest to, że przyczyniają się do realizacji celów zrównoważonego rozwoju, który to stanowi jedną z podstawowych zasad Traktatu o Unii Europejskiej i jest priorytetowym celem polityki UE. Zrównoważony rozwój związany jest m.in. z ochroną środowiska (szerzej: Gronkiewicz-Waltz i Wierzbowski, 2020, s. 67), przeciwdziałaniem zmian klimatycznych czy też efektywnym wykorzystywaniem zasobów. Dotychczas porozumienia ograniczające konkurencję, których celem była ochrona środowiska były objęte wyłączeniem indywidualnym, chociaż nie wypracowano w tym zakresie praktyki orzeczniczej wskazującej, w jakich konkretnie przypadkach uzasadnione jest objęcie tego typu porozumień takim wyłączeniem (szerzej: Maziarz, 2020, s. 2–7).

Przez pojęcie „porozumienia w sprawie zrównoważonego rozwoju” wytyczne rozumieją, każdy rodzaj horyzontalnego porozumienia kooperacyjnego, które to ma celu realizację jednego z celów zrównoważonego rozwoju, niezależnie od formy współpracy. Wskazano, że tego typu porozumienia wejdą w zakres zakazu porozumień ograniczających konkurencję z art. 101 ust. 1 TFUE jedynie wtedy, kiedy ich celem lub skutkiem będą znaczące ograniczenia konkurencji, choć możliwe jest objęcie takiego porozumienia wyłączeniem indywidualnym z art. 101 ust. 3 TFUE. Oznacza to, że przyczynienie się do realizacji celów zrównoważonego rozwoju nie może przesądzać o zgodności porozumień z prawem konkurencji. Tym samym Komisja Europejska dokonała

³ Dz. Urz. UE z 2011 r. C 11, s. 1.

⁴ Komisja Europejska uzyskała uwagi do podjętych konsultacji pochodzące od 77 podmiotów (streszczenie zgłoszonych uwag znajduje się pod adresem: https://competition-policy.ec.europa.eu/system/files/2021-03/HBERS_consultation_summary.pdf) oraz od krajowych organów konkurencji (streszczenie zgłoszonych uwag znajduje się pod adresem: https://competition-policy.ec.europa.eu/system/files/2021-03/NCA_summary.pdf).

⁵ https://competition-policy.ec.europa.eu/public-consultations/2022-hbers_en.

⁶ https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/ip_22_1371.

hierarchizacji celów zrównoważonego rozwoju względem ochrony konkurencji. Cele zrównoważonego rozwoju nie są więc celami nadrzędnymi względem ochrony konkurencji, a ich realizacja przez przedsiębiorców musi więc pozostać w zgodzie z ochroną konkurencji.

Projekt wytycznych zawiera wskazówki, w jaki sposób należy dokonać oceny czy określone porozumienie w sprawie zrównoważonego rozwoju wchodzi w zakres art. 101 TFUE. Wskazano, że zakazu porozumień ograniczających konkurencję nie naruszają te porozumienia, które dotyczą wewnętrznych procedur korporacyjnych związanych np. z wprowadzeniem proekologicznych rozwiązań, a nie dotyczą działalności gospodarczej. Podobnie uznano, że porozumienia dotyczące utworzenia bazy danych obejmującej informacje o dostawcach, którzy oferują produkty lub usługi z uwzględnieniem celów zrównoważonego rozwoju nie wejść w zakres art. 101 ust. 1 TFUE, jeżeli nie będą nakładać na strony porozumienia obowiązku dokonywania zakupów lub sprzedaży takim dostawcom. W końcu porozumienia, których celem jest promocja działań związanych z celami zrównoważonego rozwoju poprzez organizowanie kampanii uświadamiających lub kampanii zwiększających świadomość klientów w kwestii śladu środowiskowego ich konsumpcji nie wejść również w zakres tego zakazu.

W przypadku zaś, gdy porozumienia w sprawie zrównoważonego rozwoju wejść w zakres art. 101 ust. 1 TFUE ich ocena powinna być dokonana zgodnie z określoną klasyfikacją takiego porozumienia kooperacyjnego dokonanego w wytycznych. A zatem w pierwszej kolejności przy ocenie porozumienia w sprawie zrównoważonego rozwoju powinno być przeanalizowane czy spełnia ono przesłanki wyłączenia grupowego dla określonego rodzaju porozumień kooperacyjnych. Pojawia się więc pytanie, jak należy dokonać oceny porozumienia, gdy cele zrównoważonego rozwoju stanowią główny jego przedmiot? Komisja Europejska wskazała, że w takiej sytuacji należy przedstawić wszystkie fakty i dowody wskazujące, że właśnie taki cel ma określone porozumienie i nie jest ono wykorzystywane do ukrycia ograniczenia ze względu na cel⁷.

Bardzo istotne z punktu widzenia oceny porozumień w sprawie zrównoważonego rozwoju są wskazówki dotyczące stosowania wyłączenia indywidualnego z art. 101 ust. 3 TFUE. W wytycznych odniesiono się do poszczególnych przesłanek stosowania tego przepisu. I tak pierwszy warunek zastosowania wyłączenia indywidualnego, tj. przyrost wydajności może być osiągnięty przez tego typu porozumienia poprzez wprowadzenie czystszych technologii produkcji lub dystrybucji, ograniczenia zanieczyszczenia środowiska czy też polepszenia jakości produktów lub usług. Wskazano, że tego typu przyrosty wydajności muszą być obiektywne konkretne i weryfikowalne, co zaś oznacza, iż nie może przedsiębiorstwo założyć jedynie ich potencjalnego wystąpienia.

Warunek niezbędności nakładanych ograniczeń będzie spełniony wówczas, gdy ograniczenia te są konieczne do osiągnięcia zadeklarowanych korzyści związanych z realizacją celów zrównoważonego rozwoju i jednocześnie cele te nie mogą być osiągnięte w inny sposób. Kolejna przesłanka stosowania wyłączenia indywidualnego zakłada, że słuszna część deklarowanego zysku wynikającego z porozumienia przypada konsumentom. W przypadku porozumienia w sprawie zrównoważonego rozwoju korzyści takie mogą polegać na poprawie jakości lub różnorodności produktów oraz spadku cen spowodowanym wzrostem wydajności. Warto mieć na uwadze, że Komisja Europejska wskazała, iż może tu chodzić o tzw. „indywidualne korzyści wynikające z wartości użytkowej”, które przyczyniają się do poprawy użytkowania określonego produktu.

⁷ Pkt 560 projektu wytycznych w sprawie stosowania art. 101 Traktatu do horyzontalnych porozumień kooperacyjnych; dalej: wytyczne.

Jako przykład może posłużyć prowadzenie uprawy warzyw z wykorzystaniem nawozów organicznych, które to mogą mieć lepsze walory smakowe oraz zdrowotne dla konsumentów. Korzyści dla konsumentów mogą także polegać na zmniejszeniu liczby opakowań stosowanych przez przedsiębiorstwa, co zaś prowadzi do obniżenia kosztów produkcji i tym samym ceny detalicznej produktu. Warto także zaznaczyć, że wytyczne rozróżniają „korzyści zbiorowe” dla konsumentów, które to mogą powstać poprzez zawarcie porozumienia o stopniowym odchodzeniu od technologii zanieczyszczających środowisko⁸. Taka interpretacja nawiązuje do praktyki decyzyjnej Komisji Europejskiej, która np. w sprawie *Philips-Osram* uznała, że zawarcie porozumienia joint venture przyczyni się do ograniczenia zanieczyszczenia środowiska⁹, natomiast w sprawie *EACEM* uznało, że porozumienie, którego celem jest opracowanie nowej technologii ograniczającej zużycie energii elektrycznej przyczyni się do zmniejszenia zanieczyszczenia środowiska¹⁰, co uzasadnia objęcie wyłączeniem indywidualnym.

Ostatnia przesłanka stosowania wyłączenia indywidualnego związana z brakiem eliminacji konkurencji w odniesieniu do znacznej części danych produktów będzie spełniona, jeżeli nadal na rynku pozostaje pewien poziom konkurencji. A zatem wyeliminowanie konkurencji nie nastąpi, jeżeli konkurenci przestaną stosować określoną technologię zanieczyszczającą środowisko, nadal zaś będą konkurować między sobą ceną czy jakością produktów.

III. Porozumienia o wymianie informacji

Komisja Europejska zaproponowała również sposób oceny wymiany informacji pomiędzy przedsiębiorstwami. Za wymianę informacji uznano wymianę: a) surowych i uporządkowanych treści cyfrowych wymagających przetworzenia; b) wstępnie przetworzonych danych, które zostały uprzednio przygotowane i zatwierdzone; c) danych, przedstawiających istotne informacje, które zostały celowo zmanipulowane; d) wszelkich innych rodzajów informacji, w tym innych niż cyfrowe.

Komisja Europejska wskazała, że wymiana tego typu informacji może odbywać się zarówno na podstawie porozumienia zawartego pomiędzy konkurentami, jak i może być częścią innego rodzaju horyzontalnego porozumienia korporacyjnego. Dostrzeżono korzyści wynikające z wymiany informacji pomiędzy przedsiębiorcami w postaci eliminacji asymetrii informacji, co zaś pozwala na zwiększenie wydajności czy też porównywanie wyników osiągniętych przez przedsiębiorstwa. Niemniej jednak nadal wymiana informacji może mieć, zdaniem Komisji Europejskiej, negatywne skutki dla konkurencji. Przy czym największe zagrożenie dla konkurencji może stwarzać wymiana szczególnie chronionych informacji handlowych. Jeżeli tego typu informacje są objęte porozumieniem horyzontalnym, wymagane będzie ustalenie czy wymiana taka może prowadzić do zmywy. Stąd w zakres zakazu porozumień ograniczających konkurencję wejdą takie porozumienia, które poprzez wymianę informacji stworzą warunki konkurencji nieodpowiadające normalnym warunkom panującym na danym rynku właściwym. Może to nastąpić, gdy wymiana szczególnie chronionych informacji handlowych spowoduje zwiększenie przejrzystości między konkurentami na rynku i tym samym ułatwi koordynację zachowań przedsiębiorców. Komisja Europejska wskazała, że wymiana szczególnie chronionych informacji handlowych może być również sposobem na zwiększenie

⁸ Wytyczne, pkt 601.

⁹ Dec. Komisji Europejskiej IV/34.252 – *Philips-Osram*, CELEX: 31994D0986.

¹⁰ Komisja Europejska, XXVIII Raport o polityce konkurencji, Bruksela 1998.

wewnętrznej stabilności antykonkurencyjnego porozumienia. Dzięki wymianie takich informacji, możliwe jest monitorowanie czy strony zakazanego porozumienia przestrzegają jego postanowień, co ułatwia wychwycenie tych przedsiębiorstw, które odeszły od zмовы i zastosowanie środków odwetowych. Ponadto dzięki wymianie informacji prowadzącej do zwiększenia przejrzystości rynku, przedsiębiorstwa będące w zмовы mogą monitorować próby wejścia na rynek swoich konkurentów nieobjętych takim porozumieniem. W końcu wymiana szczególnie chronionych informacji handlowych może doprowadzić do antykonkurencyjnego zamknięcia dostępu do rynku dla tych przedsiębiorstw, które nie uczestniczą w wymianie informacji, gdy mają one strategiczne znaczenie, a wymiana ta obejmuje znaczną część rynku właściwego. W doktrynie przyjmuje się, że im większa część rynku objęta jest wymianą informacji, tym większe jest prawdopodobieństwo wystąpienia antykonkurencyjnych skutków (Camesasca i Schmidt, 2011, s. 229). Wydaje się więc, że zbyt mało miejsca poświęcono wymianie informacji właśnie w sytuacji, gdy obejmuje ona znaczną część określonego rynku.

Warto podkreślić, że wymiana informacji nie musi przynosić wymiernych korzyści dla przedsiębiorstw. Wystarczające jest, że skutkiem wymiany informacji będzie ograniczenie niepewności co do przyszłych lub obecnych zachowań konkurentów. A zatem w zakres zakazu porozumień ograniczających konkurencję wejdą te porozumienia o wymianie informacji, których celem lub skutkiem jest zachowanie status quo na rynku.

Natomiast zagrożeniem dla konkurencji nie jest wymiana informacji jawnych, tj. takich które są równie dostępne dla wszystkich konkurentów i klientów. Komisji Europejskiej chodziło tu więc o wymianę informacji, które są dostępne w domenie publicznej i nie wymagają od przedsiębiorstw wydania znacznych nakładów na zebranie takich informacji. Natomiast gromadzenie informacji na rynku poprzez zbieranie ich od klientów nie będzie zawsze oznaczało, że są to dane łatwo dostępne dla konkurentów¹¹. Ponadto w wytycznych odniesiono się do charakteru przekazywanych informacji. Wskazano, że przekazywanie nieprzetworzonych informacji handlowych, w zależności od okoliczności, jest w mniejszym stopniu związane ze szczególnie chronionymi informacjami handlowymi¹². Wymiana zagregowanych informacji będzie stanowiła potencjalne zagrożenie dla konkurencji w przypadku, gdy odbywa się między stosunkowo małą liczbą przedsiębiorstw posiadających duże udziały rynkowe. W przypadku gdy wymieniane są zindywidualizowane informacje, może pojawić się zagrożenie w postaci łatwiejszej identyfikacji przez przedsiębiorstwa uczestniczące w zмовы takiego uczestnika, który odstępuje od uzgodnionych antykonkurencyjnych zachowań.

Komisja Europejska wskazała również, że zagrożenie dla konkurencji mogą stanowić jednostronne ujawnienia szczególnie chronionych informacji handlowych konkurentom. Tego typu praktyki mogą stanowić w istocie praktykę uzgodnioną¹³ i nie ma znaczenia czy ujawnienie takich informacji zostało dokonane tylko przez jedno przedsiębiorstwo, czy też wszystkie przedsiębiorstwa poinformowały się wzajemnie o swoich planach rynkowych. W takiej sytuacji też może dojść do zamiaru utrzymania przez konkurentów *status quo* właśnie poprzez eliminację niepewności co do przyszłych zachowań konkurentów¹⁴.

¹¹ Wyr. TS z 12.07.2001 r., T-202/98, T-204/98 i T-207/98 *Tate & Lyle i in. przeciwko Komisji* (EU:T:2001:185), pkt 60.

¹² Wytyczne, pkt 428 i nast.

¹³ Wyr. TS z 15.03.2000 r., T-25/95 i *inne Cimenteries CBR/Komisja* (EU:T:2000:77), pkt 1849.

¹⁴ Opinia Rzecznik Generalnej Kokott z 19.02.2009 r., C-8/08 *T-Mobile Netherlands i in.* (EU:C:2009:110), pkt 54.

Wytyczne zawierają także ważne wskazówki dotyczące oceny wymiany informacji w kontekście przesłanek wyłączenia indywidualnego z art. 101 ust. 3 TFUE. I tak wskazano np., że wymiana informacji może przyczynić się do odporności rynku poprzez szybsze reagowanie na zmiany popytu i podaży czy też na zakłócenia łańcuch dostaw. Podano, że wymiana informacji będzie niezbędna, jeżeli charakter przekazywanych informacji i kontekst, w jakim odbywa się wymiana, nie stwarzają żądanych ograniczeń dla konkurencji. Oczywiście ograniczenia, które wykraczają poza to, co jest niezbędne do osiągnięcia wzrostu wydajności nie spełniają przesłanki wyłączenia indywidualnego. Przedsiębiorstwa muszą więc wykazać, że zarówno charakter informacji, jak i kontekst ich wymiany nie stwarza żadnych zagrożeń dla konkurencji¹⁵.

IV. Porozumienia o wspólnych zakupach

Komisja Europejska zaproponowała także zmiany dotyczące oceny porozumień dotyczących wspólnych zakupów dokonywanych przez kilka przedsiębiorstw. Tego typu porozumienia mogą obejmować łączenie faktycznych zakupów dokonywanych przez strony porozumienia, wspólne negocjowanie cen zakupu lub innych warunków, pozostawiając dokonywanie faktycznych zakupów w gestii poszczególnych stron porozumienia, czy też prowadzenie wspólnej dystrybucji, kontroli jakości i magazynowania. Dzięki porozumieniu o wspólnych zakupach przedsiębiorcy mogą stworzyć taką siłę nabywczą, jakiej nie osiągnęliby, działając osobno. Dzięki tej sile nabywczej mogą wynegocjować z partnerem handlowym np. lepsze warunki cenowe, co może przełożyć się na niższe ceny produktów dla konsumentów¹⁶.

Wytyczne wskazują, że zwykle porozumienia o wspólnych zakupach nie stanowią ograniczenia konkurencji, jeżeli ich celem jest jedynie uzgodnienie warunków handlowych dotyczących wspólnego nabycia produktów. Natomiast zagrożeniem dla konkurencji będą tzw. kartele nabywców, których celem jest przede wszystkim ograniczenie konkurencji¹⁷. Wspomniane kartele polegają na koordynowaniu zachowań konkurencyjnych na rynku lub stosowaniu praktyk polegających na ustalaniu lub koordynowaniu cen zakupów lub innych warunków handlowych. Ponadto kartele nabywców mogą polegać na podejmowaniu takich praktyk, które wpływają na indywidualne negocjacje z dostawcami poprzez koordynację strategii negocjacji cenowych lub wymianę informacji o prowadzonych negocjacjach.

Komisja Europejska wskazała, że porozumienia o wspólnych zakupach należy analizować pod kątem ich faktycznego i prawdopodobnego wpływu na konkurencję w ich kontekście prawnym i gospodarczym¹⁸. Takie stwierdzenie nawiązuje do szeroko rozpowszechnionego w orzecznictwie poglądu o badaniu porozumień ograniczających konkurencję z uwzględnieniem kontekstu prawnego i ekonomicznego, w którym porozumienie zostało zrealizowane¹⁹. Niemniej jednak zagrożenie dla konkurencji będzie mniej prawdopodobne, jeżeli strony porozumienia o wspólnych zakupach nie będą miały władzy rynkowej na rynku zbytu²⁰. W wytycznych wskazano również, w jaki sposób można ustalić czy posiadana przez strony porozumienia o wspólnych zakupach władza rynkowa

¹⁵ Wytyczne, pkt 457–459.

¹⁶ Ibidem, pkt 312 i 313.

¹⁷ Wyr. TS z 7.11.2019 r., T-240/17 *Campine* (ECLI:EU:T:2019:778), pkt 297.

¹⁸ Wytyczne, pkt 323.

¹⁹ Wyr. TS z 30.06.1966 r., 56/65 LTM (EU:C:1966:38), pkt. 250 oraz wyr. TS z 15.12.1994 r., C250/92 DLG (EU:C:1994:413), pkt 32.

²⁰ Wytyczne, pkt 325.

umożliwia im taki wpływ na rynek, który wejdzie w zakres zakazu z art. 101 ust. 1 TFUE. Komisja Europejska podała, że wskaźnikiem decydującym o posiadaniu władzy rynkowej jest udział w rynku. I tak, jeżeli strony porozumienia o wspólnych zakupach posiadają łączny udział w rynku lub rynkach zakupu przekraczający 15% oraz łączny udział w rynku lub rynkach zbytu przekraczający 15%, może to świadczyć o posiadaniu właśnie takiej siły rynkowej. Jednakże przekroczenie 15% udziału w rynku nie świadczy automatycznie o wywoływaniu przez porozumienie antykonkurencyjnych skutków. Komisja Europejska wskazuje, że w takim przypadku należy dokonać szczegółowej oceny skutków porozumienia. Natomiast w przypadku, gdy łączne udziały nie przekraczają 15% istnieje prawdopodobieństwo, że porozumienie o wspólnych zakupach spełnia przesłanki wyłączenia indywidualnego z art. 101 ust. 3 TFUE²¹. W pewnym sensie wytyczne wprowadzają rozwiązanie podobne do obowiązujących w rozporządzeniach o włączeniach grupowych „bezpieczną przystań” (*safe harbour*). W przypadku, gdy porozumienie nie przekracza określonych przez prawodawcę progów uznawane jest za prokonkurencyjne, natomiast, jeżeli progi te zostaną przekroczone porozumienie nie jest automatycznie uznawane za wchodzące w zakres art. 101 ust. 1 TFUE i może ono zostać objęte wyłączeniem indywidualnym z art. 101 ust. 3 TFUE.

Wśród zagrożeń dla konkurencji, które mogą powstać w wyniku zawarcia porozumienia o wspólnych zakupach Komisja Europejska wymienia ryzyko powstania zмовy, w sytuacji, gdy porozumienie takie ułatwia koordynację zachowań stron na rynku zbytu, na którym są one faktycznymi lub potencjalnymi konkurentami. Może to mieć szczególnie miejsce w przypadku, gdy rynek jest skoncentrowany i cechuje się znaczną przejrzystością. Ułatwienie koordynacji zachowań rynkowych może także być skutkiem porozumienia o wspólnych zakupach, jeżeli w ramach takiego porozumienia następuje wymiana szczególnie chronionych informacji handlowych. Wymiana informacji między przedsiębiorstwami o cenach czy wielkościach zakupów może doprowadzić do koordynacji cen sprzedaży oraz wielkości produkcji i tym samym sprzyjać zмовie na rynkach zbytu²².

Wskazano również jak należy interpretować przesłanki wyłączenia indywidualnego w odniesieniu do porozumień o wspólnych zakupach. Tego typu porozumienia mogą powodować wzrost wydajności poprzez oszczędność kosztów uzyskiwaną poprzez niższe ceny nabycia, zmniejszone koszty transakcji, transportu czy przechowywania. Ponadto skutkiem takich porozumień może być poprawa wydajności jakościowej. Komisja Europejska uznała, że porozumienia o wspólnych zakupach mogą być niezbędne do osiągnięcia stopnia siły nabywczej lub wielkości zakupów w celu osiągnięcia ww. przyrostów wydajności. W końcu porozumienia te, poprzez obniżenie kosztów, powinny zapewnić konsumentom niższe ceny²³.

V. Porozumienia o specjalizacji jednostronnej

Dotychczas obowiązujące rozporządzenie wyłączające odnosiło się do porozumień specjalizacyjnych zawartych przez dwie strony. W wytycznych zaproponowano całkowicie nowe podejście, w którym zaprezentowano nową kategorię porozumień o specjalizacji jednostronnej. Zgodnie z definicją ujętą w art. 1 ust. 1 lit. a projektu rozporządzenia w sprawie stosowania art. 101 ust. 3

²¹ Ibidem, pkt 329.

²² Ibidem, pkt 341.

²³ Ibidem, pkt 345–347.

Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej do niektórych kategorii porozumień specjalizacyjnych za porozumienia o specjalizacji jednostronnej należy uznać porozumienie pomiędzy dwiema lub więcej stronami działającymi na tym samym rynku produktowym, na mocy którego strona lub strony zgadzają się całkowicie lub częściowo zaprzestać produkcji niektórych produktów albo powstrzymać się od produkcji i jednocześnie nabywać je od drugiej lub pozostałych stron, które zgadzają się te produkty produkować i dostarczać. Komisja Europejska wskazała, że w odniesieniu do takich porozumień nie jest wymagane prowadzenie przez strony działalności na tym samym rynku geograficznym czy zmniejszenie mocy produkcyjnych. Wystarczające jest zmniejszenie wielkości produkcji²⁴.

Projekt rozporządzenia, wzorem obecnie obowiązujących rozwiązań, utrzymuje wyłączenie grupowe dla porozumień specjalizacyjnych, które uzależnione jest od progów udziałów w rynku stron porozumienia. W rozporządzeniu przewidziano także listę czarnych klauzul, których obecność w porozumieniu powoduje brak możliwości objęcia takiego porozumienia wyłączeniem grupowym. Wśród czarnych klauzul wymieniono ograniczenie produkcji lub sprzedaży z wyjątkiem postanowień dotyczących uzgodnionej ilości produktów występujących w porozumieniach o specjalizacji jednostronnej. W wytycznych Komisja Europejska wskazała, że chodzi tu zarówno o postanowienia, na podstawie których strona lub strony zamierzają zaprzestać produkcji, jak i o postanowienia, na podstawie których strona lub strony produkowałyby dla drugiej strony lub pozostałych stron²⁵.

VI. Porozumienia konsorcjów

W wytycznych Komisja Europejska zaproponowała całkowicie nowe podejście do oceny tych zachowań, które polegają na składaniu wspólnej oferty w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego lub prywatnego. Dotychczas problematyka ta związana była ze zwalczaniem zmów przetargowych, tj. takich porozumień, których celem jest manipulowanie wynikiem zamówień poprzez ustalenie swoich ofert i podniesienie w ten sposób ceny oraz obniżenie jakości oferowanych przez siebie towarów lub usług²⁶. Zmowa przetargowa jest więc formą kartelu zakazaną przez art. 101 ust. 1 TFUE²⁷. Aby odróżnić konsorcja składające ofertę od zmów przetargowych, należy wskazać, że te ostatnie nie wiążą się ze wspólnym uczestnictwem w postępowaniu o udzielenie zamówienia. Zmowy przetargowe ograniczają się więc zwykle do ustalenia anykonkurencyjnych zachowań w tego typu postępowaniu. Powodują podniesienie cen, obniżenie jakości i wyrządzają szkodę organizatorowi przetargu (Czerwiński, 2020, s. 290).

Zdaniem Komisji Europejskiej porozumienia konsorcjów, które wspólnie składają ofertę co do zasady nie ograniczają konkurencji, jeżeli w taki sposób umożliwiają ich stronom udział w projektach, których nie byłyby się w stanie podjąć indywidualnie. Będzie to miało miejsce w sytuacji, gdy strony takich porozumień nie są potencjalnymi konkurentami w realizacji projektu. Może to mieć miejsce szczególnie w sytuacji, gdy strony porozumień świadczą usługi komplementarne względem celów udziału w postępowaniu²⁸.

²⁴ Ibidem, pkt 256.

²⁵ Ibidem, pkt 283.

²⁶ OECD, Competition Policy in Eastern Europe and Central Asia, Focus on Bid Rigging in Public Procurement. Pozyskano z: <https://oecdgvh.hu/pfile/file?path=/contents/about/newsletters/focus-on-bid-rigging-in-public-procurement---competition-policy-in-eastern-europe-and-central-asia&inline=true>, s. 8.

²⁷ Wyr. TS z 14.01.2021 r., C-450/19 *Kilpailu- ja kuluttajavirasto* (EU:C:2021:10), pkt 35.

²⁸ Wytyczne, pkt 391.

Oceniając czy porozumienie konsorcjum zawarte pomiędzy konkurentami może zostać objęte wyłączeniem indywidualnym, Komisja Europejska wskazała, że wymaga to wzięcia pod uwagę wielu elementów, tj. pozycji stron porozumienia na rynku właściwym, liczby i pozycji rynkowej pozostałych uczestników postępowania o udzielenie zamówienia, postanowień zawartych w porozumieniu konsorcjum, produktów lub usług objętych porozumieniem oraz warunków panujących na rynku. Przesłanka przyrostu wydajności wystąpi w postaci zaoferowania przez strony porozumienia niższych cen lub lepszej jakości oferty. Wskazano, że warunki wyłączenia z art. 101 ust. 3 TFUE mogą być spełnione w przypadku, gdy strony porozumienia mogą złożyć ofertę bardziej konkurencyjną, niż gdyby doszło do złożenia takiej oferty osobno przez każde z przedsiębiorstw. Komisja Europejska zastrzegła, że przyrost wydajności nie może przynosić korzyści tylko stronom takiego porozumienia lecz musi zostać przeniesiony na konsumentów²⁹.

VII. Podsumowanie

Projekty rozporządzeń wyłączających dotyczące horyzontalnych porozumień kooperacyjnych stanowią ewolucję obecnych uregulowań. Takie rozwiązanie należy ocenić pozytywnie, ponieważ obowiązujące rozporządzenia wyłączające nie zostały ocenione w trakcie konsultacji publicznych jako wymagające gruntowych zmian, lecz udoskonalenia i dostosowania do nowych warunków gospodarczych. Zaproponowano jednak kilka zasadniczych zmian, spośród których chyba najważniejszym jest wprowadzenie nowego rodzaju porozumień – tj. porozumień w sprawie zrównoważonego rozwoju, które objęte mają być wyłączeniem grupowym. Stanowi to odpowiedź na wyznaczone cele polityki UE w zakresie ochrony środowiska oraz klimatu. Zaproponowana w wytycznych interpretacja stosowania wyłączenia spod zakazu porozumień ograniczających konkurencję względem porozumień o zrównoważonym rozwoju jest niewątpliwie przełomowa. O ile w praktyce decyzyjnej Komisji Europejskiej czy TSUE można znaleźć przykłady, w których uznano, że określone porozumienie objęte jest wyłączeniem także z tego powodu, że przyczynia się do ochrony środowiska, o tyle w większości przypadków przyczynienie się do ochrony środowiska nie było zasadniczym czynnikiem, który decydował o spełnieniu przesłanek wyłączenia. Można więc uznać, że dotychczas cele związane z ochroną środowiska były niejako na drugim planie, a przy stosowaniu wyłączenia zasadnicze znaczenie miało ustalenie typowego wzrostu wydajności. To podejście całkowicie się zmieniło, ponieważ właśnie wytyczne wskazują na cele zrównoważonego rozwoju jako te wpisujące się we wzrost wydajności. Doszło więc niejako do reinterpretacji przesłanek z art. 101 ust. 3 TFUE właśnie poprzez uwzględnienie celów zrównoważonego rozwoju jako pozytywnych przesłanek zastosowania wyłączenia.

Pozytywnie należy także ocenić proponowanie rozwiązania dotyczące porozumień o wymianie informacji. Komisja Europejska w wytycznych zaproponowała ocenę tych porozumień, które obejmują wymianę szczególnie chronionych informacji handlowych. To właśnie ten rodzaj informacji przekazywanych sobie nawzajem przez przedsiębiorców może powodować największe problemy dla konkurencji, sprzyja bowiem osiągnięciu transparentności określonego rynku i eliminuje niepewność co do przyszłych zachowań konkurentów. Dostrzegając te zagrożenia, Komisja

²⁹ Pkt. 395–397 wytycznych.

Europejska rozwinęła obecne przepisy i wskazała w wytycznych, w jakich sytuacjach wymiana tego typu informacji będzie naruszeniem konkurencji.

Komisja Europejska wprowadziła w wytycznych wskazówki pozwalające na rozróżnienie pomiędzy porozumieniami o wspólnych zakupach od karteli nabywców, ponieważ te kategorie porozumień często były mylone z uwagi na podobną konstrukcję. Wskazano, że porozumienia o wspólnych zakupach należy oceniać biorąc pod uwagę zarówno prawny i ekonomiczny kontekst takiego porozumienia, jak i siłę rynkową jego stron. Podobnie uzupełniono obecne wytyczne, wprowadzając nową kategorię porozumień specjalizacyjnych, tj. porozumienia o specjalizacji jednostronnej oraz wyjaśniono, w jaki sposób odróżnić mogące skorzystać z wyłączenia porozumienia konsorcjów od zakazanych zmów przetargowych.

Bibliografia

- Camesasca, P. i Schmidt, A. (2011). New EC Horizontal Guidelines: Providing Helpful Guidance in the Highly Diverse and Complex Field of Competitor Cooperation and Information Exchanges. *Journal of European Competition Law & Practice*, (2).
- Czerwiński, M. (2020). *Grupa wykonawców w prawie zamówień publicznych*. Warszawa: Wolters Kluwer.
- Gronkiewicz-Waltz, H. i Wierzbowski, M. (red.). (2020). *Prawo Gospodarcze. Aspekty publicznoprawne*. Warszawa: Wolters Kluwer.
- Maziarz, A. (2020). Unijne reguły konkurencji i ochrona środowiska. *Przegląd Ustawodawstwa Gospodarczego*, (1).