



АНТИМОНОПОЛЬНИЙ КОМІТЕТ УКРАЇНИ

РЕКОМЕНДАЦІЙНІ РОЗ'ЯСНЕННЯ

24 грудня 2024 р.

Київ

№ 15 - pp

Щодо принципів оцінки відповідності певних категорій горизонтальних узгоджених дій суб'єктів господарювання положенням статей 10 та 11 Закону України «Про захист економічної конкуренції»

Антимонопольний комітет України (далі – Комітет) надає ці рекомендаційні роз'яснення відповідно до пункту 13 частини третьої статті 7 Закону України «Про Антимонопольний комітет України» та частини шостої статті 4 Закону України «Про захист економічної конкуренції» (далі – Закон) з метою однакового застосування норм статей 10–11 Закону до окремих категорій узгоджених дій суб'єктів господарювання, а саме, горизонтальних узгоджених дій суб'єктів господарювання.

I. Загальні положення

1. Відповідно до частини першої статті 5 Закону узгодженими діями є укладення суб'єктами господарювання угод в будь-якій формі, а також будь-яка інша погоджена конкурентна поведінка (діяльність, бездіяльність) суб'єктів господарювання.

2. Згідно із частиною першою статті 6 Закону узгоджені дії, які призвели чи можуть призвести до недопущення, усунення чи обмеження конкуренції, є антиконкурентними узгодженими діями. Частина четверта статті 6 Закону встановлює, що вчинення антиконкурентних узгоджених дій забороняється і тягне за собою відповідальність згідно із законом.

3. Разом із тим відповідно до частини першої статті 10 Закону узгоджені дії, заборонені відповідно до частини четвертої статті 6, можуть

бути дозволені органами Комітету, якщо їх учасники доведуть, що ці дії сприяють:

- вдосконаленню виробництва, придбанню або реалізації товару;
- техніко-технологічному, економічному розвитку;
- розвитку малих або середніх підприємств;
- оптимізації експорту чи імпорту товарів;
- розробленню та застосуванню уніфікованих технічних умов або стандартів на товари;
- раціоналізації виробництва.

4. Згідно із частинами першою та другою статті 11 Закону Комітет може визначати типові вимоги до узгоджених дій, передбачених, зокрема, у статті 10 Закону. Узгоджені дії, що відповідають типовим вимогам до певних видів узгоджених дій, встановлених Комітетом, дозволяються і не потребують окремого дозволу відповідно до частини першої статті 10 Закону.

5. Окремі питання щодо можливості вчинення без дозволу Комітету узгоджених дій суб'єктів господарювання, учасники яких конкурують або можуть конкурувати між собою на одному ринку товару, регулюються такими Типовими вимогами до узгоджених дій:

5.1. Типові вимоги до узгоджених дій суб'єктів господарювання для загального звільнення від попереднього одержання дозволу органів Антимонопольного комітету України на узгоджені дії суб'єктів господарювання, затверджені розпорядженням Антимонопольного комітету України від 12.02.2002 № 27-р, зареєстрованим у Міністерстві юстиції України 07.03.2002 за № 239/6527 (із змінами);

5.2. Типові вимоги до створення господарської асоціації для загального звільнення від попереднього одержання дозволу органів Антимонопольного комітету на її створення, затверджені розпорядженням Антимонопольного комітету України від 30.11.2006 № 511-р, зареєстрованим у Міністерстві юстиції України 26.01.2007 за № 61/13328 (із змінами);

5.3. Типові вимоги до узгоджених дій суб'єктів господарювання про спеціалізацію виробництва, дотримання яких дозволяє здійснювати ці узгоджені дії без дозволу органів Антимонопольного комітету України, затверджені розпорядженням Антимонопольного комітету України від 11.12.2008 № 880-р, зареєстрованим у Міністерстві юстиції України 24.01.2009 за № 74/16090;

5.4. Типові вимоги до узгоджених дій суб'єктів господарювання стосовно спільних науково-дослідних та/або дослідно-конструкторських робіт

(далі – НДДКР), дотримання яких дозволяє здійснювати ці узгоджені дії без дозволу органів Антимонопольного комітету України, затверджені розпорядженням Антимонопольного комітету України від 15.08.2012 № 557-р, зареєстрованим у Міністерстві юстиції України 05.09.2012 за № 1537/21849;

5.5. Типові вимоги до узгоджених дій суб'єктів господарювання у сфері трансферу технологій, дотримання яких дозволяє здійснювати ці узгоджені дії без дозволу органів Антимонопольного комітету України, затверджені розпорядженням Антимонопольного комітету України від 09.11.2018 № 21-рп, зареєстрованим у Міністерстві юстиції України 13.12.2018 за № 1413/32865;

5.6. Типові вимоги до узгоджених дій малих та середніх підприємств щодо спільного придбання товарів, затверджені розпорядженням Антимонопольного комітету України від 13.06.2019 № 10-рп, зареєстрованим у Міністерстві юстиції України 11.07.2019 за № 773/33744.

II. Правові засади регулювання горизонтальних узгоджених дій в Європейському Союзі

6. Загальні положення та підходи, що містяться в перелічених у пункті 5 цих роз'яснень типових вимогах, зорієнтовані на засадничі положення та підходи, сформульовані в документах, які діють у Європейському Союзі та регулюють подібні види узгоджених дій між суб'єктами господарювання, а саме:

1) Регламент Комісії (ЄС) № 316/2014 від 21 березня 2014 року про застосування статті 101(3) Договору про функціонування Європейського Союзу до категорій угод про передачу технологій (ТТВЕР)¹;

2) Регламент Комісії (ЄС) 2023/1067 від 1 червня 2023 року про застосування статті 101(3) Договору про функціонування Європейського Союзу (далі – ДФЄС) до певних категорій угод про спеціалізацію, C/2023/3448²;

¹ (Commission Regulation (EU) No 316/2014 of 21 March 2014 on the application of Article 101(3) of the Treaty on the Functioning of the European Union to categories of technology transfer agreements (TTBER).

² (Commission Regulation (EU) 2023/1067 of 1 June 2023 on the application of Article 101(3) of the Treaty on the Functioning of the European Union to certain categories of specialisation agreements, C/2023/3448.

3) Регламент Комісії (ЄС) 2023/1066 від 1 червня 2023 року про застосування статті 101(3) Договору про функціонування Європейського Союзу до певних категорій угод про дослідження та розробки, C/2023/3443³.

7. Повідомленням Європейської комісії від 17.07.2023 C/2023/4752 доведено Керівні принципи застосування статті 101 ДФЄС до угод про горизонтальне співробітництво⁴ (далі – Керівні принципи).

Керівні принципи встановлюють принципи оцінки угод та інших узгоджених дій у сфері горизонтального співробітництва на сумісність із правилами конкуренції Європейського Союзу та надають аналітичну основу для самооцінки суб'єктами господарювання найбільш поширених типів подібних узгоджених дій, одночасно забезпечуючи правову визначеність і допомагаючи суб'єктам господарювання прогнозувати можливі наслідки їх ділової активності.

8. Керівні принципи на основі узагальнення практики правозастосування в Європейському Союзі викладають загальні підходи до оцінки горизонтальних узгоджених дій, обмежень конкуренції за предметом, обмежувального впливу на конкуренцію, відповідності дій, у тому числі допоміжних обмежень, положенням статті 101(3) ДФЄС. Зокрема, Керівні принципи висвітлюють вихідні положення та інструменти оцінки дозволеності узгоджених дій, які мають ознаки антиконкурентних, на основі їх одночасної відповідності таким критеріям:

такі дії сприяють вдосконаленню виробництва або розповсюдженню продукції, технічному або економічному прогресові;

надають споживачам змогу отримати належну частку здобутої вигоди;

не накладають на зацікавлених суб'єктів господарювання обмежень, що не є обов'язковими для досягнення цієї мети;

не дають змоги усунути конкуренцію стосовно істотної частини відповідної продукції.

9. Щодо угод стосовно НДДКР Керівні принципи:

- уточнюють підходи до визначення угод про НДДКР;

³ (Commission Regulation (EU) 2023/1066 of 1 June 2023 on the application of Article 101(3) of the Treaty on the Functioning of the European Union to certain categories of research and development agreements, C/2023/3443.

⁴ Communication from the Commission – Guidelines on the applicability of Article 101 of the Treaty on the Functioning of the European Union to horizontal co-operation agreements, C/2023/4752, Official Journal

C 259, 21.7.2023, p. 1–125.

- містять вказівки щодо застосування групових включень до узгоджених дій стосовно НДДКР, зокрема, щодо умов застосування виключень, порогових значень, ринкових часток, а також щодо жорстких обмежень та інших обмежень, на які виключення із заборони не можуть поширюватися;

- містять вказівки щодо оцінки негативного впливу певних узгоджених дій стосовно НДДКР на конкуренцію;

- містять вказівки щодо індивідуальної оцінки певних узгоджених дій стосовно НДДКР умовам про дозволеність, визначеним статтею 101(3) ДФЄС;

- містять вказівки щодо відповідного часового періоду для оцінки угод у сфері НДДКР.

10. Стосовно угод про спеціалізацію виробництва Керівні принципи містять:

- визначення та детальний аналіз угод про виробництво й угод про односторонню або взаємну спеціалізацію;

- вказівки щодо визначення ринків, що є важливими для оцінки угод про спільне виробництво;

- вказівки щодо умов застосування групового виключення до угод про спеціалізацію, у тому числі порогових значень ринкових часток, а також щодо жорстких та інших обмежень, за наявності яких групове виключення не може бути застосоване;

- вказівки щодо індивідуальної оцінки певних виробничих угод, у тому числі угод про спеціалізацію, стосовно їх наявного або можливого негативного впливу на конкуренцію;

- вказівки щодо індивідуальної оцінки певних виробничих угод, у тому числі угод про спеціалізацію, стосовно їх відповідності умовам дозволеності, визначеним статтею 101 (3) ДФЄС;

- конкретні рекомендації щодо оцінки угод про спільне використання інфраструктури мобільних телекомунікацій.

11. Керівні принципи не викладають деталізованих підходів Європейської комісії до угод у сфері трансферу технологій.

Зазначені питання викладаються в Повідомленні Комісії – Керівні принципи застосування статті 101 Договору про функціонування Європейського Союзу до угод про передачу технологій.⁵

12. Керівні принципи містять також виклад підходів Європейської Комісії до оцінки окремих категорій горизонтальних узгоджених дій

⁵ (Communication from the Commission — Guidelines on the application of Article 101 of the Treaty on the Functioning of the European Union to technology transfer agreements (Guidelines), Official Journal C 89, 28.03.2014, p. 3-50).

суб'єктів господарювання стосовно їх негативного впливу на конкуренцію та дозволених у зв'язку з відповідністю умовам, визначених статтею 101(3) ДФЄС. Зокрема, йдеться про горизонтальні узгоджені дії суб'єктів господарювання у вигляді:

- договорів про спільну закупівлю (глава 4);
- угод про комерціалізацію, у тому числі тендерних консорціумів (глава 5);
- обміну інформацією (глава 6);
- угод про стандартизацію (глава 7);
- встановлення стандартних умов купівлі-продажу (глава 8);
- угод про сталий розвиток (глава 9).

III. Застосування рекомендаційних роз'яснень

13. З метою наближення практики правозастосування у сфері державного захисту конкуренції в Україні до підходів, що використовуються в Європейському Союзі, кращого використання досвіду Європейської комісії у сфері захисту економічної конкуренції, підвищення ефективності діяльності із захисту економічної конкуренції в Україні Комітет рекомендує структурним підрозділам, міжбласним територіальним відділенням Комітету та іншим органам Комітету:

- використовувати підходи, викладені у главах 1 та 2 Керівних принципів, під час оцінки відповідності узгоджених дій суб'єктів господарювання, що стосуються НДДКР, Типовим вимогам про НДДКР;

- використовувати підходи, викладені у главах 1 та 3 Керівних принципів, під час оцінки відповідності узгоджених дій суб'єктів господарювання щодо спеціалізації виробництва Типовим вимогам про спеціалізацію виробництва;

- використовувати підходи, викладені у главах 1 та 4–9 Керівних принципів, під час дослідження та правової оцінки питань про наявність у горизонтальних узгоджених діях суб'єктів господарювання ознак порушень законодавства про захист економічної конкуренції, у тому числі під час подання висновків щодо кваліфікації дій відповідно до статті 14 Закону, а також під час надання дозволу на узгоджені дії суб'єктів господарювання відповідно до статті 10 Закону.

14. Відповідні підходи, викладені у Керівних принципах, мають застосовувати в частині, у якій вони не суперечать положенням національного законодавства України, зокрема типовим вимогам до узгоджених дій.

Голова Комітету

Павло КИРИЛЕНКО

ПОВІДОМЛЕННЯ ВІД КОМІСІЇ -

Керівні принципи щодо застосування статті 101 Договору про функціонування Європейського Союзу до угод про горизонтальне співробітництво

(2023/C 259/01)

ЗМІСТ

1. Вступ
 - 1.1. Мета та структура цих Керівних принципів
 - 1.2. Застосування статті 101 до угод про горизонтальне співробітництво
 - 1.2.1. Вступ
 - 1.2.2. Аналітична основа
 - 1.2.3. Оцінка за статтею 101(1)
 - 1.2.4. Обмеження конкуренції за предметом
 - 1.2.5. Обмежувальні наслідки для конкуренції
 - 1.2.6. Допоміжні обмеження
 - 1.2.7. Оцінка за статтею 101(3)
 - 1.2.8. Горизонтальні угоди про співробітництво, які, як правило, не підпадають під дію статті 101(1)
 - 1.3. Зв'язок з іншими керівними принципами, законодавством та прецедентним правом
2. Угоди про наукові дослідження та розробки
 - 2.1. Вступ
 - 2.2. Регламент про блокові виключення на науково-дослідні та дослідно-конструкторські роботи (НДДКР)
 - 2.2.1. Визначення досліджень та розробок в РБВ НДДКР (*Регламент про блокові виключення НДДКР*)
 - 2.2.2. Визначення НДДКР договорів в РБВ НДДКР
 - 2.2.3. Умови для виключення на НДДКР
 - 2.2.4. Жорсткі та виключені обмеження
 - 2.2.5. Відповідний час для оцінки відповідності умовам РБВ НДДКР
 - 2.2.6. Відкликання вигоди від блокового виключення
 - 2.2.7. Перехідний період
 - 2.3. Індивідуальна оцінка договорів про науково-дослідні та дослідно-конструкторські роботи згідно зі статтею 101(1)
 - 2.3.1. Відповідні ринки
 - 2.3.2. Основні проблеми конкуренції
 - 2.3.3. Угоди у сфері НДДКР, які, як правило, не обмежують конкуренцію
 - 2.3.4. Обмеження конкуренції за предметом
 - 2.3.5. Обмежувальні наслідки для конкуренції
 - 2.4. Індивідуальна оцінка договорів про науково-дослідні та дослідно-конструкторські роботи згідно зі статтею 101(3)
 - 2.4.1. Підвищення ефективності
 - 2.4.2. Незамінність
 - 2.4.3. Передача споживачам
 - 2.4.4. Відсутність усунення конкуренції
 - 2.5. Відповідний час для проведення оцінки
 - 2.6. Приклади

- 3. Виробничі угоди
 - 3.1. Вступ
 - 3.2. Відповідні ринки
 - 3.3. РБВ про спеціалізацію
 - 3.3.1. Виробничі угоди, на які поширюється РБВ про спеціалізацію
 - 3.3.2. Інші положення, що охоплюються РБВ про спеціалізацію
 - 3.3.3. Дистрибуція відповідно до РБВ про спеціалізацію
 - 3.3.4. Послуги за РБВ про спеціалізацію
 - 3.3.5. Поріг ринкової частки та тривалість виключення
 - 3.3.6. Жорсткі обмеження в Спеціалізованій групі
 - 3.3.7. Відкликання пільги з РБВ про спеціалізацію
 - 3.3.8. Перехідний період
 - 3.4. Індивідуальна оцінка виробничих угод відповідно до статті 101(1)
 - 3.4.1. Основні проблеми конкуренції
 - 3.4.2. Обмеження конкуренції за предметом
 - 3.4.3. Обмежувальні наслідки для конкуренції
 - 3.5. Індивідуальна оцінка виробничих угод за статтею 101(3)
 - 3.5.1. Підвищення ефективності
 - 3.5.2. Незамінність
 - 3.5.3. Передача споживачам
 - 3.5.4. Відсутність усунення конкуренції
 - 3.6. Угоди про спільне використання інфраструктури мобільних телекомунікацій
 - 3.7. Приклади
- 4. Угоди про закупівлю
 - 4.1. Вступ
 - 4.2. Оцінка згідно зі статтею 101(1)
 - 4.2.1. Основні проблеми конкуренції
 - 4.2.2. Обмеження конкуренції за предметом
 - 4.2.3. Обмежувальні наслідки для конкуренції
 - 4.3. Оцінка за статтею 101(3)
 - 4.3.1. Підвищення ефективності
 - 4.3.2. Незамінність
 - 4.3.3. Передача споживачам
 - 4.3.4. Відсутність усунення конкуренції
 - 4.4. Приклади
- 5. Угоди про комерціалізацію
 - 5.1. Вступ
 - 5.2. Оцінка за статтею 101(1)
 - 5.2.1. Основні проблеми конкуренції
 - 5.2.2. Обмеження конкуренції за предметом
 - 5.2.3. Обмежувальні наслідки для конкуренції
 - 5.3. Оцінка за статтею 101(3)
 - 5.3.1. Підвищення ефективності
 - 5.3.2. Незамінність
 - 5.3.3. Передача споживачам
 - 5.3.4. Відсутність усунення конкуренції
 - 5.4. Тендерні консорціуми
 - 5.5. Приклади
- 6. Обмін інформацією
 - 6.1. Вступ

6.2. Оцінка за статтею 101(1)

6.2.1. Вступ

6.2.2. Основні проблеми конкуренції, що виникають у зв'язку з обміном комерційною таємницею

6.2.3. Характер інформації, якою обмінюються

6.2.4. Особливості обміну інформацією, що становить комерційну таємницю

6.2.5. Характеристики ринку

6.2.6. Обмеження конкуренції за предметом

6.2.7. Обмеження конкуренції за наслідками

6.3. Оцінка за статтею 101(3)

6.3.1. Підвищення ефективності

6.3.2. Незамінність

6.3.3. Передача споживачам

6.3.4. Відсутність усунення конкуренції

6.4. Приклади, кроки для самооцінки та таблиця з рекомендаціями щодо відповідальності в різних ситуаціях

7. Угоди про стандартизацію

7.1. Вступ

7.2. Відповідні ринки

7.3. Оцінка за статтею 101(1)

7.3.1. Основні проблеми конкуренції

7.3.2. Обмеження конкуренції за предметом

7.3.3. Обмежувальні наслідки для конкуренції

7.4. Оцінка за статтею 101(3)

7.4.1. Підвищення ефективності

7.4.2. Незамінність

7.4.3. Передача споживачам

7.4.4. Відсутність усунення конкуренції

7.5. Приклади

8. Стандартні умови

8.1. Визначення

8.2. Відповідні ринки

8.3. Оцінка за статтею 101(1)

8.3.1. Основні проблеми конкуренції

8.3.2. Обмеження конкуренції за предметом

8.3.3. Обмежувальні наслідки для конкуренції

8.4. Оцінка за статтею 101(3)

8.4.1. Ефективність

8.4.2. Незамінність

8.4.3. Передача споживачам

8.4.4. Не усуває конкуренцію

8.5. Приклади

9. Угоди про сталий розвиток

9.1. Вступ

9.2. Угоди про сталий розвиток, які навряд чи викличуть занепокоєння щодо конкуренції

9.3. Оцінка угод про сталий розвиток відповідно до статті 101(1)

9.3.1. Загальні принципи

9.3.2. Угоди про стандартизацію сталого розвитку

9.4. Оцінка угод зі сталого розвитку згідно зі статтею 101(3)

- 9.4.1. Підвищення ефективності
- 9.4.2. Незамінність
- 9.4.3. Передача споживачам
- 9.4.4. Відсутність усунення конкуренції
- 9.5. Залучення органів державної влади
- 9.6. Приклади

1. ВСТУП

1.1. Мета та структура цих Керівних принципів

1. Ці Керівні принципи замінюють Керівні принципи 2011 року щодо застосування статті 101 Договору про функціонування Європейського Союзу до угод про горизонтальне співробітництво ⁽¹⁾. Вони покликані забезпечити правову визначеність, допомагаючи суб'єктам господарювання оцінити сумісність їхніх угод про горизонтальне співробітництво з правилами конкуренції Союзу, забезпечуючи при цьому ефективний захист конкуренції. Вони також мають на меті полегшити для суб'єктів господарювання співпрацю в економічно бажаних формах, сприяючи, наприклад, «зеленому» та цифровому переходам, а також підвищенню стійкості внутрішнього ринку ⁽²⁾.

2. Ці Керівні принципи встановлюють принципи оцінки угод про горизонтальне співробітництво та узгоджених дій відповідно до статті 101 Договору про функціонування Європейського Союзу («Стаття 101») та надають аналітичну основу для полегшення самооцінки найбільш поширених типів угод про горизонтальне співробітництво:

- Глава 1 містить вступ, в якому викладено контекст, в якому стаття 101 застосовується до угод про горизонтальне співробітництво. У цій главі також пояснюється зв'язок між цими Керівними принципами та іншими керівними принципами, законодавством і прецедентним правом, що стосуються угод про горизонтальне співробітництво. Керівні принципи у Главах 2-9, що стосуються конкретних типів горизонтальних угод, доповнюють більш загальні вказівки, наведені у цій вступній Главі. Тому рекомендується завжди спочатку прочитати цю главу, перш ніж переходити до інших глав;

- Глава 2 стосується угод про науково-дослідні та дослідно-конструкторські роботи (НДДКР), включаючи рекомендації щодо застосування Регламенту Комісії (ЄС) 2023/1066 (РБВ НДДКР) ⁽³⁾;

- Глава 3 стосується виробничих угод, включаючи керівні принципи щодо застосування Регламенту Комісії (ЄС) 2023/1067 («РБВ про спеціалізацію») ⁽⁴⁾;

- Глава 4 стосується угод про закупівлю;

- Глава 5 стосується угод про комерціалізацію;

- Глава 6 стосується обміну інформацією;

- Глава 7 стосується угод про стандартизацію;

- Глава 8 стосується стандартних термінів.

3. Крім того, оскільки Комісія прагне досягти цілей Зеленого курсу для Європейського Союзу ⁽⁵⁾, Глава 9 містить вказівки щодо того, як найпоширеніші типи угод про горизонтальне співробітництво оцінюватимуться відповідно до статті 101, коли вони переслідують цілі сталого розвитку.

4. З огляду на велику кількість можливих типів і комбінацій горизонтального співробітництва, а також широкий спектр ринкових контекстів, в яких вони можуть виникати, важко надати конкретні рекомендації для кожного можливого сценарію. Тому ці Керівні принципи не є «контрольним списком», який можна застосовувати механічно. Кожен випадок має оцінюватися на основі власних фактів.

5. Вказівки, що містяться в цих Керівних принципах, застосовуються до угод про горизонтальне співробітництво, що стосуються товарів, послуг і технологій.

6. Угоди про горизонтальне співробітництво можуть поєднувати різні етапи співробітництва, наприклад, НДДКР та виробництво або комерціалізація результатів НДДКР. Такі комбіновані угоди про співробітництво також охоплюються цими Керівними принципами. При використанні цих Керівних принципів для оцінки таких комбінованих угод, як правило, застосовуються всі розділи, що стосуються різних етапів співробітництва. Однак для оцінки того, чи є певна поведінка обмеженням конкуренції за предметом або за наслідками, керівні принципи, наведені в Главі, що стосується тієї частини комбінованої співпраці, яку можна вважати її «центром тяжіння», мають переважну силу для всієї співпраці в цілому.

7. Два фактори є особливо важливими для визначення центру тяжіння таких комбінованих угод про співробітництво: по-перше, відправна точка співробітництва, і, по-друге, ступінь інтеграції різних функцій, які об'єднуються. Хоча неможливо запропонувати точне і однозначне правило, яке було б дійсним для всіх випадків і всіх можливих комбінацій, у загальному випадку застосовується наступне:

(a) центром тяжіння угоди про горизонтальне співробітництво, що включає як спільні НДДКР, так і спільне виробництво (або спільне розповсюдження) результатів, як правило, є спільні НДДКР, за умови, що спільне виробництво (або спільне розповсюдження) відбувається лише в разі успіху спільних НДДКР. Якщо результати спільної НДДКР є вирішальними для подальшого спільного виробництва (або спільного розповсюдження), переважну силу мають положення Глави про угоди у сфері НДДКР. Центр тяжіння співробітництва буде іншим, якщо сторони будуть займатися спільним виробництвом (або спільним розповсюдженням) у будь-якому випадку, тобто незалежно від спільних НДДКР. У такому випадку співробітництво слід оцінювати як угоду про спільне виробництво (або спільну комерціалізацію), і в цьому випадку переважають вказівки, викладені в Главі про угоди про виробництво (або спільну комерціалізацію). Якщо угода передбачає повну інтеграцію діяльності сторін у сфері виробництва і лише часткову інтеграцію деяких видів НДДКР, центром тяжіння співпраці буде спільне виробництво;

(b) центром тяжіння угоди про горизонтальне співробітництво, що передбачає як спеціалізацію виробництва, так і спільну комерціалізацію отриманої продукції, як правило, є спеціалізація, оскільки спільна комерціалізація, як правило, відбувається лише як наслідок спеціалізації;

(с) центром ваги угоди про горизонтальне співробітництво, що передбачає спільне виробництво та спільну комерціалізацію отриманої продукції, як правило, є спільне виробництво, оскільки спільна комерціалізація, як правило, відбувається лише як наслідок спільного виробництва.

8. Тест центру тяжіння застосовується лише до взаємозв'язку між главами цих Керівних принципів, а не до взаємозв'язку між регламентами про блокові виключення. Сфера застосування регламенту про блокові виключення визначається його положеннями (див. Главу 2 для РБВ НДДКР та Главу 3 для РБВ про спеціалізацію). Хоча приклади в пункті 7 дають загальне уявлення про те, де може знаходитися центр ваги комбінованої угоди про горизонтальне співробітництво, на практиці необхідний індивідуальний аналіз, заснований на конкретному правовому та економічному контексті кожної угоди.

1.2. Застосування статті 101 до угод про горизонтальне співробітництво

1.2.1. Вступ

9. Стаття 101 має на меті забезпечити, щоб суб'єкти господарювання не використовували угоди про горизонтальне співробітництво для запобігання, обмеження або спотворення конкуренції на внутрішньому ринку, що завдає істотної шкоди споживачам.

10. Стаття 101 застосовується до суб'єктів господарювання та об'єднань суб'єктів господарювання. Суб'єктом господарювання є будь-яка організація, що складається з особистих, матеріальних і нематеріальних елементів, яка займається господарською діяльністю, незалежно від її правового статусу та способу її фінансування ⁽⁶⁾. Об'єднання суб'єктів господарювання - це орган, за допомогою якого суб'єкти господарювання одного типу координують свою поведінку на ринку ⁽⁷⁾. Ці Керівні принципи застосовуються до угод про горизонтальне співробітництво між суб'єктами господарювання та рішень об'єднань суб'єктів господарювання.

11. Коли компанія здійснює вирішальний вплив на іншу компанію, вони утворюють єдиний економічний суб'єкт і, отже, є частиною одного і того ж суб'єкта господарювання ⁽⁸⁾. Компанії, які є частиною одного суб'єкта господарювання, не вважаються конкурентами для цілей цих Керівних принципів, навіть якщо вони обидві діють на одному й тому самому відповідному товарному та географічному ринку (ринках).

12. З метою встановлення відповідальності за порушення статті 101 Суд ЄС постановив, що материнські компанії та їхнє спільне підприємство утворюють єдину економічну одиницю, а отже, єдиний суб'єкт господарювання з точки зору конкурентного права та відповідного ринку (ринків), якщо доведено, що материнські компанії здійснюють вирішальний вплив на спільне підприємство ⁽⁹⁾. У світлі цього прецедентного права Комісія, як правило, не застосовує статтю 101 до угод або узгоджених дій між материнськими компаніями та їхніми спільними підприємствами в тій мірі, в якій вони стосуються поведінки, що відбувається на відповідному ринку (ринках), де діє спільне підприємство, і в періоди, протягом яких материнські компанії здійснюють вирішальний вплив на спільне підприємство. Однак Комісія, як правило, застосовує статтю 101 до наступних категорій угод:

(а) угоди між материнськими компаніями про створення спільного підприємства;

(b) угоди між материнськими компаніями про зміну сфери діяльності спільного підприємства

(c) угоди між материнськими компаніями та їхнім спільним підприємством щодо продуктів або географічних регіонів, в яких спільне підприємство не діє; та

(г) угоди між материнськими компаніями, які не стосуються їхніх спільних підприємств, навіть якщо угода стосується продуктів або географічних регіонів, в яких спільне підприємство здійснює свою діяльність.

13. Той факт, що спільне підприємство та його материнські компанії вважаються частиною одного суб'єкта господарювання на певному ринку, не заважає материнським компаніям вважатися незалежними на інших ринках ⁽¹⁰⁾.

14. Для того, щоб стаття 101 застосовувалася до горизонтальної співпраці, повинна існувати форма координації між конкурентами, а саме: угода між суб'єктами господарювання, рішення об'єднання суб'єктів господарювання або узгоджена практика.

Для цілей статті 101 та цих Керівних принципів, угода означає, що два або більше суб'єктів господарювання висловили спільне бажання співпрацювати ⁽¹¹⁾. Узгоджена практика - це форма координації між суб'єктами господарювання, в якій вони не досягли згоди, але свідомо підміняють практичну співпрацю між собою ризиками конкуренції ⁽¹²⁾. Концепція узгоджених дій передбачає, окрім того, що суб'єкти господарювання-учасники узгоджують свої дії між собою, подальшу поведінку на ринку та причинно-наслідковий зв'язок між ними ⁽¹³⁾.

15. Існування угоди, узгодженої практики або рішення об'єднання суб'єктів господарювання саме по собі не свідчить про наявність обмеження конкуренції у розумінні статті 101(1). Для зручності, якщо не зазначено інше, у цих Керівних принципах термін «угода» також охоплює узгоджені дії та рішення об'єднань суб'єктів господарювання.

16. Горизонтальні угоди про співробітництво можуть укладатися між фактичними або потенційними конкурентами. Два суб'єкти господарювання вважаються фактичними конкурентами, якщо вони діють на одному товарному та географічному ринку. Суб'єкт господарювання вважається потенційним конкурентом іншого суб'єкта господарювання, якщо, за відсутності угоди, існує ймовірність того, що перший протягом короткого періоду часу ⁽¹⁴⁾ здійснить необхідні додаткові інвестиції або інші необхідні витрати на переорієнтацію, щоб вийти на відповідний ринок, на якому діє інший суб'єкт господарювання. Така оцінка повинна ґрунтуватися на реалістичних підставах; самої лише теоретичної можливості виходу на ринок недостатньо ⁽¹⁵⁾. Посилання в цих Керівних принципах на конкурентів стосуються як фактичних, так і потенційних конкурентів, якщо не зазначено інше.

Для оцінки того, чи можна вважати суб'єкт господарювання потенційним конкурентом іншого суб'єкта господарювання, можуть мати значення такі міркування:

(a) чи має суб'єкт господарювання твердий намір і притаманну йому здатність вийти на ринок протягом короткого періоду часу і чи не стикається він з непереборними бар'єрами для входу на ринок ⁽¹⁶⁾;

(б) чи здійснив суб'єкт господарювання достатні підготовчі кроки, щоб дозволити йому вийти на відповідний ринок;

(с) реальні та конкретні можливості суб'єкта господарювання, який ще не діє, вийти на цей ринок і конкурувати з одним або кількома іншими суб'єктами господарювання - чисто гіпотетичної можливості вийти на ринок або навіть простого бажання чи прагнення недостатньо;

(д) структура ринку та економічний і правовий контекст, в якому він функціонує ⁽¹⁷⁾;

(е) сприйняття суб'єкта господарювання, що діє на ринку, є фактором, який має значення для оцінки наявності конкурентних відносин між цією стороною та суб'єктом господарювання поза ринком, оскільки, якщо останній сприймається як потенційний учасник ринку, він може чинити конкурентний тиск на суб'єкта господарювання, що діє на ринку, лише з тієї причини, що існує, на підставі його існування.

1.2.2. Аналітична основа

17. Оцінка за статтею 101 складається з двох етапів. Перший крок, відповідно до статті 101(1), полягає в оцінці того, чи має угода між суб'єктами господарювання, яка може вплинути на торгівлю між державами-членами, антиконкурентний предмет або фактичний чи потенційний ⁽¹⁸⁾ обмежувальний наслідок для конкуренції.

18. Другим кроком, згідно зі статтею 101(3), який стає актуальним лише тоді, коли встановлено, що угода обмежує конкуренцію в розумінні статті 101(1), є визначення переваг, які створює угода, та оцінка того, чи компенсують ці переваги недоліки для конкуренції ⁽¹⁹⁾. Балансування цих обмежувальних та сприятливих для конкуренції наслідків здійснюється виключно в рамках, встановлених статтею 101(3) ⁽²⁰⁾. Якщо переваги для споживачів на відповідному ринку не переважають над обмеженням конкуренції, стаття 101(2) передбачає, що угода автоматично стає недійсною.

19. Стаття 101 не застосовується, якщо антиконкурентна поведінка суб'єктів господарювання вимагається або національним законодавством, або національною правовою базою, яка виключає будь-які можливості для конкурентної діяльності для відповідних суб'єктів господарювання ⁽²¹⁾. У таких ситуаціях суб'єктам господарювання забороняється здійснювати автономну поведінку, яка може перешкоджати, обмежувати або спотворювати конкуренцію ⁽²²⁾. Той факт, що органи державної влади заохочують укладення угод про горизонтальне співробітництво, не означає, що це дозволено статтею 101 ⁽²³⁾. Суб'єкти господарювання підпадають під дію статті 101, якщо національне законодавство лише заохочує або полегшує їм автономну антиконкурентну поведінку, наприклад, якщо органи державної влади заохочують суб'єктів господарювання укладати угоди про горизонтальне співробітництво з метою досягнення цілей державної політики шляхом саморегулювання.

1.2.3. Оцінка за статтею 101(1)

1.2.3.1. Переваги горизонтального співробітництва

20. Угоди про горизонтальне співробітництво можуть призвести до значних економічних вигод, включаючи вигоди для сталого розвитку, зокрема, якщо вони об'єднують взаємодоповнюючі види діяльності, навички або активи. Горизонтальна

співпраця може бути засобом розподілу ризиків, економії витрат, збільшення інвестицій, об'єднання ноу-хау, підвищення якості та різноманітності продукції, а також швидшого впровадження інновацій. Так само горизонтальна співпраця може бути засобом подолання дефіциту та перебоїв у ланцюгах постачання або зменшення залежності від певних продуктів, послуг і технологій.

1.2.3.2. Проблеми, що виникають у результаті горизонтальної співпраці

21. Угоди про горизонтальну співпрацю можуть, однак, обмежувати конкуренцію на відповідному ринку кількома способами. Такі угоди можуть, наприклад, призвести до змови між сторонами або до антиконкурентного витіснення (forclosure).

Угода про горизонтальну співпрацю може зменшити незалежність сторін у прийнятті рішень і, як наслідок, збільшити ймовірність того, що вони будуть координувати свою поведінку для досягнення спільного результату. Вона також може зробити координацію простішою, стабільнішою або ефективнішою для сторін, які вже координували свої дії раніше, або шляхом посилення координації, або шляхом надання їм можливості встановлювати вищі ціни. Горизонтальна співпраця може, наприклад, призвести до розкриття комерційно важливої інформації, тим самим підвищуючи ймовірність координації між сторонами в межах або поза сферою співпраці. Крім того, сторони можуть досягти значної спільності витрат (тобто частки змінних витрат, які є спільними для сторін), що дозволяє їм легше координувати ринкові ціни та обсяги виробництва. Втрата конкуренції також може мати негативні наслідки для якості або різноманітності продукції, інновацій та інших параметрів конкуренції.

Деякі угоди про горизонтальне співробітництво, наприклад, угоди про виробництво та стандартизацію, можуть призвести до антиконкурентного витіснення. Угода може перешкоджати або обмежувати конкурентам сторін ефективно конкурувати, наприклад, відмовляючи їм у доступі до важливих ресурсів або перекриваючи важливий шлях на ринок. Обмін комерційно важливою інформацією може також поставити неафілійованих конкурентів у суттєво невигідне конкурентне становище порівняно із суб'єктами господарювання, які беруть участь в обміні.

1.2.4. Обмеження конкуренції за предметом

22. Певні види співпраці між суб'єктами господарювання за своєю природою можуть розглядатися як такі, що завдають шкоди належному функціонуванню нормальної конкуренції ⁽²⁴⁾. У таких випадках немає необхідності досліджувати фактичний або потенційний вплив такої поведінки на ринок, якщо вже встановлено її антиконкурентний предмет ⁽²⁵⁾.

23. Концепція обмеження конкуренції «за предметом» повинна тлумачитися чітко і може застосовуватися лише до певних угод між суб'єктами господарювання, які самі по собі та з урахуванням змісту їх положень, цілей та економічного і правового контексту, частиною якого вони є, виявляють достатній ступінь шкоди для конкуренції, щоб вважати, що немає необхідності оцінювати їх наслідки ⁽²⁶⁾.

24. Відповідно до прецедентного права, обмеження можуть бути віднесені до категорії обмежень «за предметом» на підставі достатньо надійного та обґрунтованого досвіду, який дає підстави вважати, що відповідна угода за своєю природою є шкідливою для належного функціонування конкуренції ⁽²⁷⁾, або на підставі конкретних характеристик

угоди, з яких можна зробити висновок про її особливу шкідливість для конкуренції, де це доречно, в результаті детального аналізу угоди, її цілей та її економічного і правового контексту ⁽²⁸⁾.

25. Для встановлення обмеження «за предметом» не обов'язково встановлювати прямий зв'язок між угодою та споживчими цінами ⁽²⁹⁾. Стаття 101 покликана захищати не лише безпосередні інтереси окремих конкурентів чи споживачів, але й структуру ринку, а отже, і конкуренцію як таку ⁽³⁰⁾.

26. Для того, щоб оцінити, чи є угода антиконкурентною за предметом ⁽³¹⁾, беруться до уваги такі елементи:

(а) зміст угоди,

(б) цілі, на досягнення яких вона спрямована, та

(с) економічний та правовий контекст, частиною якого вона є.

27. Оцінюючи цей правовий та економічний контекст, необхідно також брати до уваги ⁽³²⁾:

(а) характер товарів чи послуг, на які здійснюється вплив, та

(б) реальні умови функціонування та структуру ринку або ринків, про які йдеться ⁽³³⁾.

28. Якщо сторони порушують питання про можливі проконкурентні наслідки угоди, ці наслідки повинні бути належним чином враховані як елементи контексту для цілей класифікації угоди як обмеження за предметом, якщо вони здатні поставити під сумнів загальну оцінку того, чи є угода достатньо шкідливою для конкуренції ⁽³⁴⁾. Однак для цих цілей такі проконкурентні наслідки повинні бути не лише продемонстрованими та релевантними, але й конкретно пов'язаними з відповідною угодою та достатньо суттєвими ⁽³⁵⁾.

29. Наміри сторін не є необхідним фактором для визначення того, чи є угода антиконкурентною за предметом, але вони можуть бути взяті до уваги ⁽³⁶⁾.

1.2.5. Обмежувальні наслідки для конкуренції

30. Угода про горизонтальне співробітництво, яка сама по собі не має достатнього рівня шкоди для конкуренції, все одно може мати обмежувальні наслідки для конкуренції. Для того, щоб угода про горизонтальне співробітництво мала обмежувальні наслідки для конкуренції, вона повинна мати або бути здатною мати відчутний негативний вплив принаймні на один з параметрів конкуренції на ринку, таких як ціна, обсяг виробництва, якість продукції, різноманітність продукції або інновації. Для того, щоб встановити, чи це так, необхідно оцінити конкуренцію в тому контексті, в якому вона існувала б за відсутності угоди ⁽³⁷⁾.

31. Угоди можуть мати обмежувальні наслідки, суттєво зменшуючи конкуренцію між суб'єктами господарювання, які є сторонами угоди, або між будь-яким з них і третьою стороною. Це означає, що угода повинна зменшувати незалежність сторін у прийнятті рішень ⁽³⁸⁾ або через зобов'язання, що містяться в угоді, які регулюють ринкову

поведінку принаймні однієї зі сторін, або через вплив на ринкову поведінку принаймні однієї зі сторін, наприклад, через зміну її стимулів.

32. Для того, щоб оцінити, чи має угода обмежувальні наслідки, необхідно враховувати такі фактори:

(а) характер і зміст угоди;

(b) фактичний контекст, у якому відбувається співробітництво, зокрема економічний та правовий контекст, у якому діють відповідні суб'єкти господарювання, характер товарів чи послуг, на які поширюється дія угоди, а також реальні умови функціонування та структура ринку чи ринків, про які йдеться ⁽³⁹⁾;

(с) ступінь, до якого сторони індивідуально або спільно мають або отримують певний ступінь ринкової влади ⁽⁴⁰⁾, а також ступінь, до якого угода сприяє створенню, збереженню або зміцненню такої ринкової влади або дозволяє сторонам використовувати таку ринкову владу;

(d) обмежувальні наслідки для конкуренції можуть бути як фактичними, так і потенційними, але в будь-якому випадку вони повинні бути достатньо відчутними ⁽⁴¹⁾.

33. У деяких випадках суб'єкти господарювання укладають угоди про горизонтальне співробітництво, оскільки, виходячи з об'єктивних факторів, вони не можуть самостійно реалізувати проект або діяльність, що є предметом співробітництва, наприклад, через свої обмежені технічні можливості. Такі угоди про горизонтальне співробітництво, як правило, не призводять до обмежувальних наслідків для конкуренції у розумінні статті 101(1), за винятком випадків, коли сторони могли б реалізувати проект з менш суворими обмеженнями ⁽⁴²⁾.

1.2.6. Допоміжні обмеження

34. Якщо суб'єкти господарювання беруть участь у співробітництві, яке не підпадає під заборону статті 101(1), оскільки воно має нейтральний або позитивний вплив на конкуренцію, обмеження комерційної автономії одного або декількох суб'єктів господарювання-учасників також не підпадає під цю заборону за умови, що таке обмеження є об'єктивно необхідним для здійснення співробітництва і є пропорційним цілям співробітництва (так звані «*допоміжні обмеження*») ⁽⁴³⁾. Щоб визначити, чи є обмеження допоміжним, необхідно з'ясувати, чи було б співробітництво неможливим за відсутності відповідного обмеження. Той факт, що співпрацю просто важче здійснити або вона менш вигідна без відповідного обмеження, не робить це обмеження «об'єктивно необхідним», а отже, допоміжним ⁽⁴⁴⁾.

1.2.7. Оцінка за статтею 101(3)

35. Оцінка обмежень конкуренції за предметом або наслідками згідно зі статтею 101(1) є лише однією стороною аналізу, передбаченого статтею 101. Іншою стороною є оцінка того, чи відповідає обмежувальна угода умовам статті 101(3) ⁽⁴⁵⁾. Якщо буде встановлено, що угода обмежує конкуренцію за предметом або за наслідками в розумінні статті 101(1), на статтю 101(3) можна посилається як на засіб захисту. Тягар доведення згідно зі статтею 101(3) покладається на суб'єкта (суб'єктів) господарювання, який (які) посилається (посилаються) на це положення ⁽⁴⁶⁾. Іншими словами, саме

суб'єкт (суб'єкти) господарювання повинен (повинні) довести, що відповідна угода може призвести до проконкурентних наслідків ⁽⁴⁷⁾.

36. Застосування винятку, передбаченого статтею 101(3), залежить від дотримання чотирьох сукупних умов, двох позитивних і двох негативних:

(а) угода повинна призводити до підвищення ефективності, тобто сприяти покращенню виробництва чи розподілу продукції або сприяти технічному чи економічному прогресу;

(b) обмеження повинні бути необхідними для досягнення цих цілей, тобто для підвищення ефективності;

(с) споживачі повинні отримати справедливу частку отриманих вигод, тобто підвищення ефективності, включаючи якісне підвищення ефективності, досягнуте завдяки неодмінним обмеженням, має бути в достатній мірі передане споживачам, щоб споживачі, принаймні, отримали компенсацію за обмежувальні наслідки угоди. Таким чином, ефективності, що припадає лише на сторони угоди, буде недостатньо. Для цілей цих Керівних принципів «споживачами» є клієнти сторін угоди та подальші покупці ⁽⁴⁸⁾;

(d) угода не повинна надавати сторонам можливість усунення конкуренції щодо значної частини відповідної продукції.

37. РБВ НДДКР та РБВ про спеціалізацію ґрунтуються на передумові, що поєднання взаємодоповнюючих навичок або активів може бути джерелом значної ефективності в угодах у сфері НДДКР та угод про спеціалізацію. Інші види горизонтального співробітництва можуть аналогічно поєднувати навички та активи для досягнення значної ефективності. Таким чином, аналіз ефективності, що генерується угодою про співробітництво відповідно до статті 101(3), значною мірою полягає у визначенні додаткових навичок та ресурсів, які кожна зі сторін привносить у співпрацю, та оцінці того, чи є отримана ефективність такою, що відповідає умовам статті 101(3).

Взаємодоповнюваність може виникати з угод про горизонтальне співробітництво різними способами. Угода про НДДКР може об'єднати різні дослідницькі можливості та поєднати взаємодоповнюючі навички та активи, що може призвести до розробки та маркетингу нових або вдосконалених продуктів і технологій, які в іншому випадку не існували б. Інші угоди про горизонтальне співробітництво можуть дозволити сторонам об'єднати зусилля для розробки, виробництва та комерціалізації продукції або для спільного придбання товарів чи послуг, необхідних для їхньої діяльності.

38. Угоди про горизонтальне співробітництво, які не передбачають поєднання взаємодоповнюючих навичок або активів, з меншою ймовірністю призведуть до підвищення ефективності, що принесе користь споживачам.

1.2.8. Горизонтальні угоди про співробітництво, які, як правило, виходять за рамки статті 101(1)

39. Угоди, які не здатні суттєво вплинути на торгівлю між державами-членами (відсутність впливу на торгівлю) або які не мають суттєвого обмеження конкуренції («угоди назначної важливості»), не підпадають під дію статті 101(1) ⁽⁴⁹⁾. Комісія надала вказівки щодо відсутності впливу на торгівлю в Керівних принципах Комісії щодо концепції впливу на торгівлю, що містяться в статтях 81 і 82 Договору ⁽⁵⁰⁾ («Керівні

принципи щодо впливу на торгівлю»), а щодо угод незначної важливості - в Повідомленні Комісії про угоди незначної важливості, які не мають суттєвого обмеження конкуренції згідно зі статтею 101(1) Договору про функціонування Європейського Союзу ⁽⁵¹⁾ («Повідомлення *De Minimis*»). Як Керівні принципи щодо впливу на торгівлю, так і Повідомлення *De Minimis* є особливо важливими для оцінки угод про горизонтальне співробітництво між малими та середніми підприємствами («МСП») ⁽⁵²⁾. Ці Керівні принципи не впливають на Керівні принципи щодо впливу на торгівлю та Повідомлення *De Minimis*, а також на будь-які майбутні вказівки Комісії з цього приводу.

40. Керівні принципи щодо впливу на торгівлю встановлюють принципи, розроблені Судом Європейського Союзу для тлумачення концепції впливу на торгівлю та вказують, коли угоди навряд чи здатні суттєво вплинути на торгівлю між державами-членами. Вони включають негативну спростовну презумпцію, яка застосовується до всіх угод у розумінні статті 101(1), незалежно від характеру обмежень, що містяться в таких угодах, і, таким чином, поширюється також на угоди, що містять жорсткі обмеження ⁽⁵³⁾. Відповідно до цієї презумпції, угоди про горизонтальне співробітництво в принципі не здатні помітно впливати на торгівлю між державами-членами, якщо:

(a) сукупна ринкова частка сторін на будь-якому відповідному ринку в межах Союзу, на який впливає угода, не перевищує 5 %, і

(b) сукупний річний оборот відповідних суб'єктів господарювання в межах Союзу щодо продукції, на яку поширюється дія угоди, не перевищує 40 млн. євро ⁽⁵⁴⁾. У випадку угод про спільну закупівлю продукції, відповідним оборотом є сукупна закупівля сторонами продукції, на яку поширюється дія угоди.

41. Як зазначено в Повідомленні *De Minimis*, угоди про горизонтальне співробітництво, укладені фактичними або потенційними конкурентами, не обмежують конкуренцію у значенні статті 101(1), якщо сукупна частка ринку, що належить сторонам угоди, не перевищує 10 % на будь-якому з відповідних ринків, на які поширюється дія угоди ⁽⁵⁵⁾. Це загальне правило має два винятки. По-перше, щодо обмежень за предметом, стаття 101(1) застосовується незалежно від ринкових часток сторін. Це пояснюється тим, що угода, яка може вплинути на торгівлю між державами-членами і яка має антиконкурентний предмет, може за своєю природою і незалежно від будь-якого конкретного ефекту становити значне обмеження конкуренції ⁽⁵⁶⁾. По-друге, поріг у 10 % ринкової частки знижується до 5 %, якщо на відповідному ринку конкуренція обмежується кумулятивним мережевим ефектом паралельних угод ⁽⁵⁷⁾.

42. Крім того, не існує презумпції, що горизонтальні угоди, укладені суб'єктами господарювання, сукупна частка яких на ринку перевищує 10 %, автоматично підпадають під дію статті 101(1). Такі угоди можуть не мати помітного впливу на торгівлю між державами-членами або не становити помітного обмеження конкуренції ⁽⁵⁸⁾. Тому їх необхідно оцінювати в їхньому правовому та економічному контексті. Ці Керівні принципи містять критерії для індивідуальної оцінки таких угод.

1.3. Зв'язок з іншими керівними принципами, законодавством та судовою практикою

43. Угоди, укладені між суб'єктами господарювання, що діють на різних рівнях виробничо-збутового ланцюга, тобто вертикальні угоди, як правило, регулюються

Регламентом Комісії (ЄС) 2022/720 ⁽⁵⁹⁾ («VBER») - Регламент про вертикальні блокові виключення та Комунікацією від Комісії - Повідомлення Комісії - Керівні принципи щодо вертикальних обмежень ⁽⁶⁰⁾ («Вертикальні керівні принципи»). Однак, якщо вертикальні угоди укладаються між конкурентами, вони можуть викликати занепокоєння щодо конкуренції, подібні до тих, що виникають при укладанні горизонтальних угод. З цієї причини вертикальні угоди між конкурентами, як правило, не можуть користуватися перевагами VBER ⁽⁶¹⁾ і повинні спочатку оцінюватися за допомогою цих Керівних принципів. Якщо така оцінка призводить до висновку, що угода не викликає горизонтальних проблем, будь-які вертикальні обмеження в угоді повинні додатково оцінюватися із застосуванням Вертикальних керівних принципів.

44. Якщо ці Керівні принципи стосуються відповідного ринку, Повідомлення Комісії про визначення відповідного ринку для цілей конкурентного права Союзу ⁽⁶²⁾ («Повідомлення про визначення ринку») містить вказівки щодо правил, критеріїв та доказів, які Комісія використовує для цілей визначення відповідних ринків. Отже, це Повідомлення та будь-які майбутні настанови Комісії щодо визначення відповідних ринків для цілей конкурентного права Союзу повинні братися до уваги при оцінці угод про горизонтальне співробітництво відповідно до статті 101.

45. Хоча ці Керівні принципи містять посилання на картелі, вони не призначені для надання вказівок щодо того, що становить або не становить картель згідно з прецедентним правом Суду Європейського Союзу та практикою прийняття рішень Комісії.

46. Ці Керівні принципи застосовуються до найпоширеніших типів угод про горизонтальне співробітництво, незалежно від рівня інтеграції, який вони передбачають, за винятком операцій, що становлять концентрацію в розумінні статті 3 Регламенту Ради (ЄС) № 139/2004 ⁽⁶³⁾ («Регламент про злиття»). Регламент про злиття застосовується, наприклад, до створення спільних підприємств, які виконують на постійній основі всі функції автономного суб'єкта господарювання («повнофункціональні спільні підприємства») ⁽⁶⁴⁾.

47. Ці Керівні принципи не застосовуються до угод, рішень асоціацій або узгоджених дій виробників сільськогосподарської продукції, які стосуються виробництва або торгівлі сільськогосподарською продукцією і спрямовані на застосування стандартів сталості, вищих за ті, що передбачені законодавством Союзу або національним законодавством, і які виключені із сфери застосування статті 101(1) відповідно до статті 210а Регламенту (ЄС) № 1308/2013 Європейського Парламенту та Ради ⁽⁶⁵⁾. Ці Керівні принципи не впливають на Керівні принципи, які Комісія може видати відповідно до статті 210а(5) Регламенту (ЄС) № 1308/2013. Однак угоди, рішення асоціацій та узгоджені дії виробників сільськогосподарської продукції, які стосуються виробництва або торгівлі сільськогосподарською продукцією і які не відповідають умовам статті 210а Регламенту (ЄС) № 1308/2013, підпадають під дію статті 101(1).

48. Оцінка за статтею 101, як описано в цих Керівних принципах, не завдає шкоди можливому паралельному застосуванню статті 102 Договору до угод про горизонтальне співробітництво ⁽⁶⁶⁾.

49. Ці Керівні принципи не впливають на тлумачення, яке Суд Європейського Союзу може дати застосуванню статті 101 до угод про горизонтальне співробітництво.

50. Ці Керівні принципи не застосовуються в тій мірі, в якій застосовуються галузеві правила, як це має місце у випадку певних угод у сфері сільського господарства ⁽⁶⁷⁾ або транспорту ⁽⁶⁸⁾. Комісія продовжуватиме здійснювати моніторинг функціонування РБВ НДДКР та РБВ про спеціалізацію, а також цих Керівних принципів на основі ринкової інформації, отриманої від зацікавлених сторін та національних антимонопольних органів, і може переглядати ці Керівні принципи у світлі майбутніх подій та нового розуміння.

2. УГОДИ ПРО НАУКОВО-ДОСЛІДНІ ТА ДОСЛІДНО-КОНСТРУКТОРСЬКІ РОБОТИ

2.1. Вступ

51. Ця глава містить настанови щодо конкурентної оцінки угод про науково-дослідні та дослідно-конструкторські роботи (НДДКР), що стосуються продуктів, технологій або процесів ⁽⁶⁹⁾.

52. Угоди про НДДКР різняться за формою та обсягом. Вони включають угоди, за якими одна сторона фінансує НДДКР, що виконуються іншою стороною («оплачувані» НДДКР); угоди, що охоплюють спільне вдосконалення існуючих продуктів і технологій, а також угоди, що стосуються розробки продуктів і технологій, які б створили абсолютно новий попит. Співпраця у сфері НДДКР може здійснюватися у формі договору про співпрацю або спільного підприємства, а саме спільно контрольованої компанії ⁽⁷⁰⁾. Суб'єкти господарювання можуть також співпрацювати у більш вільних формах, таких як технічне співробітництво в рамках робочих груп.

53. Угоди про НДДКР можуть укладатися між великими суб'єктами господарювання, МСП ⁽⁷¹⁾, стартапами, академічними установами або науково-дослідними інститутами, або будь-якою їх комбінацією.

54. Угоди про співробітництво у сфері НДДКР часто мають проконкурентний ефект, зокрема, коли вони об'єднують суб'єктів господарювання з взаємодоповнюючими навичками та активами і дозволяють їм розробляти та виводити на ринок нові та вдосконалені продукти і технології швидше, ніж це було б у протилежному випадку. Однак угоди про НДДКР можуть також обмежувати конкуренцію різними способами. По-перше, вони можуть зменшити або сповільнити інновації, що призведе до появи на ринку меншої кількості продуктів або продуктів гіршої якості, або до того, що нові продукти з'являться на ринку пізніше, ніж це могло б статися в іншому випадку. Це може статися навіть тоді, коли співпраця стосується розробки продуктів або технологій, які б створили абсолютно новий попит, або стосується ранніх інноваційних зусиль, які не мають тісного зв'язку з конкретним продуктом або технологією, але спрямовані на конкретне застосування або використання. По-друге, угоди про НДДКР можуть призвести до зменшення конкуренції між сторонами поза межами договору про співпрацю та/або, у випадках, коли одна або декілька сторін мають ринкову владу, до антиконкурентного примусу третіх осіб до виконання зобов'язань перед третіми сторонами.

55. Ця Глава має наступну структуру:

(a) Розділ 2.2 містить вказівки щодо застосування НДДКР, включаючи умови виключення угод про НДДКР, порогові значення, а також жорсткі обмеження та обмеження, що не підлягають виключенню;

(b) Розділ 2.3 містить вказівки щодо індивідуальної оцінки угод про НДДКР відповідно до Статті 101(1);

(c) Розділ 2.4 містить вказівки щодо індивідуальної оцінки договорів про НДДКР згідно зі статтею 101(3);

(d) Розділ 2.5 містить вказівки щодо відповідного періоду часу для оцінки угод про НДДКР;

(e) Розділ 2.6 містить приклади гіпотетичних договорів про НДДКР, а також рекомендації щодо їх конкурентної оцінки.

2.2. Регламент про блокові виключення для НДДКР ('РБВ НДДКР')

56. РБВ НДДКР ⁽⁷²⁾ звільняє певні договори про НДДКР від заборони, викладеної в статті 101(1). Виняток, передбачений РБВ НДДКР, ґрунтується на припущенні, що - тією мірою, якою договір про НДДКР підпадає під дію статті 101(1) і відповідає умовам, викладеним у РБВ НДДКР, - він загалом відповідатиме чотирьом сукупним умовам статті 101(3). З міркувань доцільності, суб'єкти господарювання, які мають намір укласти договір про НДДКР, можуть спочатку розглянути питання про те, чи може їхній договір отримати переваги від РБВ НДДКР.

57. Угоди про НДДКР, які відповідають умовам РБВ НДДКР, є сумісними зі статтею 101 і не потребують подальшої оцінки ⁽⁷³⁾. Якщо угода про НДДКР не відповідає умовам РБВ НДДКР, необхідно провести індивідуальну оцінку відповідно до статті 101, щоб визначити, по-перше, чи обмежує угода конкуренцію в розумінні статті 101(1) ⁽⁷⁴⁾, і, якщо так, чи відповідає угода чотирьом сукупним умовам, викладеним у статті 101(3).

2.2.1. Визначення досліджень та розробок у НДДКР

58. РБВ НДДКР визначає дослідження та розробки як діяльність, спрямовану на придбання ноу-хау, що стосується продуктів або технологій, проведення теоретичного аналізу, систематичних досліджень або експериментів, включаючи експериментальне та демонстраційне виробництво, технічні випробування продуктів або процесів, створення необхідного обладнання до демонстраційного масштабу та отримання прав інтелектуальної власності на результати ⁽⁷⁵⁾.

2.2.2. Визначення договорів про НДДКР у РБВ НДДКР

59. РБВ НДДКР охоплює договори на проведення НДДКР, укладені між двома або більше сторонами, які стосуються умов, за яких сторони переслідують одну з наступних цілей ⁽⁷⁶⁾:

(a) спільні НДДКР контрактної продукції або контрактних технологій, які можуть включати або не включати спільну експлуатацію результатів цих НДДКР; або

(b) оплачувані НДДКР контрактних продуктів або контрактних технологій, які можуть включати або не включати спільну експлуатацію результатів цих НДДКР; або

(с) спільне використання результатів НДДКР контрактної продукції або контрактних технологій, що здійснюються відповідно до попередньої угоди про спільні НДДКР (як визначено в пункті (а) вище) між тими самими сторонами; або

(d) спільне використання результатів НДДКР контрактної продукції або контрактних технологій, виконаних відповідно до попередньої угоди, що передбачає проведення оплачуваних НДДКР (як визначено у пункті (b) вище) між тими самими сторонами.

60. Для цілей РБВ НДДКР, «контрактні продукти» та «контрактні технології» мають наступні значення:

(а) «контрактний продукт» ⁽⁷⁷⁾ означає продукт, отриманий в результаті спільних або оплачуваних НДДКР або вироблений із застосуванням контрактних технологій. «Продукт» означає товар або послугу, включаючи як проміжні товари та послуги, так і кінцеві товари та послуги ⁽⁷⁸⁾;

(b) «контрактна технологія» ⁽⁷⁹⁾ означає технологію або процес, що є результатом спільних або оплачуваних НДДКР.

61. Інші види угод про співробітництво у сфері НДДКР не охоплюються РБВ НДДКР. Такі угоди завжди потребують індивідуальної оцінки відповідно до статті 101 (див. Розділи 2.3 та 2.4).

2.2.2.1. Різниця між «спільними НДДКР» і «оплачуваними НДДКР» та поняттям «спеціалізація в контексті НДДКР»

62. «Спільні НДДКР» визначаються як НДДКР, що проводяться в один з наступних способів ⁽⁸⁰⁾:

(а) Діяльність у сфері НДДКР здійснюється спільною командою, організацією або суб'єктом господарювання;

(b) сторони спільно доручають третій стороні здійснювати НДДКР ⁽⁸¹⁾; або

(с) сторони розподіляють діяльність між собою шляхом «спеціалізації в контексті НДДКР». Це означає, що кожна зі сторін бере участь у НДДКР, і вони розподіляють НДДКР між собою у будь-який спосіб, який вони вважають за доцільне. Це не включає оплачувані НДДКР ⁽⁸²⁾.

63. «Оплачувані НДДКР» означає НДДКР, які виконуються принаймні однією стороною, в той час як принаймні одна інша сторона фінансує НДДКР, але не виконує жодних НДДКР самостійно.

64. Різниця між спільними НДДКР та оплачуваними НДДКР є важливою для цілей застосування порогового значення частки ринку, що міститься в РБВ НДДКР. У випадку оплачуваних НДДКР для розрахунку ринкових часток сторони також повинні враховувати будь-які договори на НДДКР, укладені стороною, що фінансує, з третіми сторонами, які стосуються тих самих контрактних продуктів або контрактних технологій (див. Розділ 2.2.3.4).

2.2.2.2. «Спільне використання» результатів НДДКР та «спеціалізація в контексті спільного використання»

65.

РБВ НДДКР охоплює угоди, які передбачають спільне використання результатів НДДКР. Однак, блокові виключення для таких угод застосовуються за певних умов (див. Розділ 2.2.3.3).

66. «Використання результатів» - це широке поняття, яке включає виробництво або розповсюдження контрактної продукції, або застосування контрактних технологій, або передачу чи ліцензування прав інтелектуальної власності, або передачу ноу-хау, необхідних для такого виробництва, розповсюдження або застосування ⁽⁸³⁾.

67. Спільне використання результатів НДДКР охоплюється РБВ НДДКР лише у тому випадку, якщо ці результати є:

(а) необхідними для виробництва контрактної продукції або застосування контрактних технологій; та

(b) захищені правами інтелектуальної власності або є ноу-хау ⁽⁸⁴⁾.

68. Спільне використання результатів спільних або оплачуваних НДДКР може бути передбачено в *первинному* договорі на проведення НДДКР або може відбуватися в контексті *подальшої* угоди, що охоплює спільне використання результатів попереднього договору на проведення НДДКР, укладеного між тими самими сторонами ⁽⁸⁵⁾. В останньому випадку попередня угода про НДДКР повинна відповідати умовам РБВ НДДКР для того, щоб на подальшу угоду про спільну експлуатацію поширювалися блокові виключення.

69. РБВ НДДКР передбачає три різні способи спільного використання результатів НДДКР ⁽⁸⁶⁾:

(а) Використання може здійснюватися *спільно сторонами* в рамках спільної команди, спільної організації або спільного підприємства;

(b) Сторони можуть *спільно доручити третій стороні* виконання робіт з експлуатації ⁽⁸⁷⁾;

(c) Сторони можуть розподіляти роботу між собою шляхом *спеціалізації в контексті використання*, що означає, що ⁽⁸⁸⁾:

(i) сторони розподіляють між собою окремі завдання, такі як виробництво або розподіл. Це включає сценарій, коли лише одна сторона виробляє та розподіляє контрактну продукцію або застосовує контрактні технології на основі виключної ліцензії, наданої іншими сторонами; або

(ii) сторони накладають одна на одну обмеження щодо використання результатів, наприклад, обмеження щодо певних територій, клієнтів або сфер використання.

70. Якщо сторони погоджуються спеціалізуватися в контексті використання, вони можуть погодити відповідні обмеження на свій доступ до результатів для цілей використання. Наприклад, вони можуть домовитися про обмеження прав певних сторін на використання результатів НДДКР на певних територіях, у певних сферах використання або щодо певних замовників.

2.2.2.3. Передача та ліцензування прав інтелектуальної власності

71. Виключення, передбачені РБВ НДДКР, також застосовуються до договорів про НДДКР, які містять положення про передачу або ліцензування прав інтелектуальної власності одній або кільком сторонам або організації, створеній сторонами для проведення спільних НДДКР, оплачуваних НДДКР або спільного використання результатів НДДКР, за умови, що ці положення не є основним предметом договору про НДДКР, але безпосередньо пов'язані з виконанням цього договору і є необхідними для його виконання ⁽⁸⁹⁾. У таких випадках положення про передачу прав та ліцензування будуть підпадати під дію РБВ НДДКР, а не під дію Регламенту про блокові виключення щодо трансферу технологій ⁽⁹⁰⁾.

72. Однак, в контексті договорів на проведення НДДКР, сторони можуть також узгодити умови ліцензування результатів НДДКР третім особам. Такі ліцензійні угоди не підпадають під дію РБВ НДДКР, але можуть підпадати під дію Регламенту про блокові виключення щодо передачі технологій, якщо виконуються умови цього Регламенту ⁽⁹¹⁾.

2.2.3. Умови для виключення відповідно до РБВ НДДКР

73. РБВ НДДКР встановлює декілька умов, які повинні бути виконані для того, щоб угода про НДДКР могла отримати вигоду від блокових виключень.

2.2.3.1. Доступ до кінцевих результатів

74. Першою умовою для того, щоб договір про НДДКР міг скористатися виключеннями, передбаченим РБВ НДДКР, є те, що всі сторони повинні мати повний доступ до кінцевих результатів спільних або оплачуваних НДДКР з двома цілями ⁽⁹²⁾:

- (a) проведення подальших досліджень і розробок; та
- (b) використання результатів НДДКР.

75. Ця умова стосується результатів НДДКР, які є остаточними, а також будь-яких отриманих прав інтелектуальної власності та ноу-хау ⁽⁹³⁾.

76. Доступ повинен бути наданий, як тільки остаточні результати НДДКР стануть доступними ⁽⁹⁴⁾. Ця вимога не обов'язково пов'язана із завершенням науково-дослідного проекту.

77. Право доступу до результатів НДДКР не може бути обмежене з метою проведення подальших досліджень і розробок. Однак, РБВ НДДКР передбачає, що сторони можуть обмежити своє право на використання результатів спільних або оплачених НДДКР у двох випадках:

(a) По-перше, коли договір на проведення НДДКР укладається з однією або кількома з наступних категорій суб'єктів господарювання, і ці суб'єкти господарювання погоджуються використовувати результати НДДКР лише для подальших досліджень (а не для використання). Такими категоріями суб'єктів господарювання є:

- (i) науково-дослідні інститути
- (ii) академічні установи;

(iii) суб'єкти господарювання, які надають НДДКР як комерційні послуги, не беручи, як правило, активної участі у використанні результатів ⁽⁹⁵⁾.

(b) По-друге, сторони можуть домовитися про *обмеження свого права на використання результатів НДДКР* відповідно до РБВ НДДКР, зокрема, коли вони погоджуються спеціалізуватися в контексті використання. Наприклад, якщо договір про НДДКР передбачає спеціалізацію в контексті використання, сторони можуть накладати одна на одну обмеження щодо використання результатів на певних територіях, у певних сферах використання або щодо певних замовників).

78. Нарешті, оскільки сторони договору про НДДКР можуть робити нерівні внески у свою науково-дослідну співпрацю, наприклад, через різні можливості, ресурси або комерційні інтереси, договір про НДДКР може передбачати, що одна сторона компенсує іншій (іншим) за надання доступу до результатів для цілей подальших НДДКР або з метою використання. Однак у цьому випадку рівень компенсації не повинен бути настільки високим, щоб ефективно перешкоджати такому доступу ⁽⁹⁶⁾.

2.2.3.2. Доступ до вже існуючих ноу-хау

79. Друга умова застосовується до угод *про НДДКР, які не передбачають спільне використання результатів НДДКР*.

80. Для того, щоб такі угоди про НДДКР могли скористатися блоковими виключеннями, угода повинна передбачати, що кожній стороні надається доступ до будь-якого попередньо існуючого ноу-хау інших сторін, яке є необхідним для використання результатів спільних або оплачуваних НДДКР ⁽⁹⁷⁾. Слід зазначити, що ця умова не вимагає, щоб сторони надавали доступ до всіх своїх попередніх ноу-хау, а лише до ноу-хау, які є необхідними для використання результатів спільних або оплачених НДДКР.

81. Угоди про НДДКР можуть передбачати, що сторони компенсують одна одній витрати за надання доступу до вже існуючого ноу-хау (наприклад, у вигляді ліцензійних платежів). Однак компенсація не повинна бути настільки високою, щоб ефективно перешкоджати такому доступу ⁽⁹⁸⁾.

82. Ця друга умова застосовується на додаток до умов, викладених у статті 3 РБВ НДДКР, що стосуються доступу до кінцевих результатів НДДКР (див. розділ 2.2.3.1). Це означає, що, залежно від конкретних обставин, певна угода про НДДКР може включати положення як щодо доступу до вже існуючих ноу-хау, так і щодо кінцевих результатів НДДКР, щоб скористатися перевагами блокових виключень.

2.2.3.3. Умови, що стосуються спільного використання

83. НДДКР включає ще дві умови для угод у сфері НДДКР, які передбачають спільне використання результатів НДДКР.

84. По-перше, як зазначено у статті 5(1) РБВ НДДКР, будь-яке спільне використання повинно обмежуватися результатами НДДКР, які є необхідними для виробництва продукції за контрактом або застосування технологій за контрактом і захищені правами інтелектуальної власності або становлять ноу-хау.

85. По-друге, якщо сторони домовляються про спеціалізацію в контексті експлуатації та одній або декільком сторонам доручається виробництво контрактної продукції, ці сторони повинні бути зобов'язані виконувати замовлення на постачання контрактної продукції від інших сторін⁽⁹⁹⁾. Однак ця вимога не застосовується, якщо (i) угода про НДДКР передбачає спільний розподіл (спільною групою, організацією чи суб'єктом господарювання або спільно призначеною третьою стороною) або (ii) якщо сторони погоджуються, що тільки сторони, відповідальні за виробництво продукції за договором, можуть її розподіляти⁽¹⁰⁰⁾.

2.2.3.4. Поріг частки на ринку та строк дії виключень

86. Виключення, передбачені РБВ НДДКР, ґрунтується на припущенні, що нижче певного рівня ринкової влади позитивні ефекти від угод у сфері НДДКР, як правило, переважатимуть будь-які негативні наслідки для конкуренції⁽¹⁰¹⁾.

(а) Договори про НДДКР, які підлягають встановленню порогової частки на ринку

87. Стаття 6(1) РБВ НДДКР встановлює поріг частки на ринку в розмірі 25 %. Цей поріг ринкової частки застосовується до договорів на НДДКР, укладених між конкуруючими суб'єктами господарювання. Для цілей РБВ НДДКР, «конкуруючі суб'єкти господарювання» означають фактичних або потенційних конкурентів, як визначено в пункті (15) статті 1(1) РБВ НДДКР:

(а) фактичний конкурент - це суб'єкт господарювання, який постачає на відповідний географічний ринок продукт, технологію або процес, що може бути вдосконалений, замінений або замінений контрактним продуктом або контрактною технологією;

(б) потенційний конкурент - це суб'єкт господарювання, який, за відсутності угоди про НДДКР, на реальних підставах, а не просто як теоретична можливість, може здійснити протягом не більше трьох років необхідні додаткові інвестиції або понести необхідні витрати для постачання на відповідний географічний ринок продукту, технології або процесу, які можуть бути вдосконалені, замінені або витіснені контрактним продуктом або контрактною технологією.

88. Потенційна конкуренція повинна оцінюватися на реалістичних підставах. Вирішальне питання полягає в тому, чи має кожна сторона необхідні засоби у вигляді активів, ноу-хау та інших ресурсів і чи може вона вжити необхідних заходів для постачання продукції або технологій⁽¹⁰²⁾, які можуть бути вдосконалені, замінені або замінені контрактною продукцією або контрактними технологіями незалежно від інших сторін⁽¹⁰³⁾. Подальші настанови щодо оцінки потенційної конкуренції наведено в параграфі 16.

89. Для цих цілей *вдосконалений* або *заміщуючий продукт або технологія* означає продукт або технологію, які є взаємозамінними з існуючим продуктом, технологією або процесом і належать до того ж самого відповідного ринку. *Замінний продукт або технологія* означає продукт або технологію, які задовольняють той самий попит, що й існуючий продукт або технологія, але не належать до того ж самого відповідного ринку, наприклад, компакт-диски, що замінюють вінілові платівки⁽¹⁰⁴⁾.

90. Деякі продукти або технології не вдосконалюють, не заміщують і не витісняють існуючі продукти або технології, а створюють новий відповідний ринок, що задовольняє

новий попит, наприклад, вакцина, яка захищає від вірусу, проти якого раніше не існувало вакцини. Угоди про НДДКР, які стосуються розробки цієї категорії продуктів або технологій, підпадають під дію статті 6(2) РБВ НДДКР і не підлягають встановленню порогової частки ринку (див. розділ 2.2.3.4(b)) ⁽¹⁰⁵⁾.

(a.1) Поріг частки ринку

91. Якщо дві або більше сторін договору про НДДКР є конкуруючими суб'єктами господарювання у розумінні пункту (15) статті 1(1) РБВ НДДКР ⁽¹⁰⁶⁾, угода про НДДКР може отримати переваги від блокових виключень, лише якщо сукупна частка ринку сторін не перевищує 25 % на відповідних товарних та технологічних ринках на момент укладення договору про НДДКР. Поріг ринкової частки застосовується наступним чином ⁽¹⁰⁷⁾:

(a) для угод про НДДКР, що передбачають *спільні НДДКР*, сукупна ринкова частка сторін договору не повинна перевищувати 25 % на відповідних товарних і технологічних ринках ⁽¹⁰⁸⁾;

(b) для угод про НДДКР, що передбачають *оплачувані НДДКР*, застосовується той самий поріг ринкової частки у 25 %, але сукупна ринкова частка повинна враховувати ринкову частку сторони, що фінансує, та ринкові частки всіх суб'єктів господарювання, з якими сторона, що фінансує, уклала угоди про НДДКР, що стосуються тієї самої контрактної продукції або контрактних технологій ⁽¹⁰⁹⁾.

(a.2) Розрахунок ринкових часток

92. На момент укладення угоди про НДДКР відправною точкою є ринок існуючих продуктів або технологій, які можуть бути вдосконалені, заміщені або замінені контрактними продуктами або контрактними технологіями ⁽¹¹⁰⁾.

93. Якщо угода про НДДКР спрямована на *вдосконалення, заміщення або заміну* існуючих продуктів або технологій, частки ринку розраховуються виключно з урахуванням тих існуючих продуктів або технологій, які будуть вдосконалені, заміщені або замінені. Це стосується навіть тих продуктів або технологій, які будуть суттєво відрізнятися від існуючих продуктів або технологій.

94. НДДКР передбачає, що ринкові частки сторін повинні бути розраховані на основі даних про ринкову *вартість продажу*. Якщо дані про ринкову вартість продажів відсутні, сторони можуть використовувати дані *про обсяги ринкових продажів*, а якщо такі дані відсутні, сторони можуть використовувати іншу надійну ринкову інформацію для розрахунку своїх ринкових часток, включаючи витрати на НДДКР або можливості НДДКР ⁽¹¹¹⁾.

95. Загалом, частки на ринку повинні розраховуватися з використанням даних про продажі, що стосуються попереднього календарного року ⁽¹¹²⁾. Однак у випадках, коли дані про продажі за попередній календарний рік не є репрезентативними для позиції сторін на відповідному ринку (ринках), ринкові частки розраховуються як середнє значення ринкових часток сторін за три попередні календарні роки ⁽¹¹³⁾. Це може бути актуальним, наприклад, на ринках, де проводяться торги, де ринкові частки суттєво змінюються з року в рік, залежно від того, наскільки успішно суб'єкти господарювання беруть участь у торгах. Це також може бути актуальним на ринках, що характеризуються

великими, одноразовими замовленнями, наприклад, коли дані про продажі за попередній календарний рік не є репрезентативними, оскільки в тому році не було розміщено жодного великого замовлення. Аналогічно, може знадобитися розрахунок ринкових часток на основі середнього показника за три попередні календарні роки у випадках, коли в календарному році, що передує укладенню угоди про співпрацю, спостерігається шок попиту або пропозиції.

96. У випадку технологічних ринків, ринкова частка ліцензіара технології розраховується на основі продажу ліцензіатом та всіма його ліцензіатами продукції, що включає ліцензовану технологію, як частка від усіх продажів конкуруючої продукції, незалежно від того, чи виробляється конкуруюча продукція із застосуванням технології, що ліцензується. Ця методологія використовується через загальну складність отримання достовірних даних про доходи від роялті, а також через те, що розрахунки на основі фактичних доходів від роялті можуть недооцінювати позицію технології на ринку ⁽¹¹⁴⁾.

(b) Угоди про НДДКР, на які не поширюється поріг ринкової частки

97. Якщо сторони угоди про НДДКР не є конкуруючими суб'єктами господарювання у розумінні пункту (15) статті 1(1) РБВ НДДКР ⁽¹¹⁵⁾, стаття 6(2) Закону про НДДКР передбачає, що блокові виключення застосовуються протягом усього періоду спільних або оплачуваних НДДКР, і виключення не залежить від порогового значення частки ринку.

98. Стаття 6(2) РБВ НДДКР застосовується, зокрема, у наступних ситуаціях ⁽¹¹⁶⁾:

(a) коли лише одна сторона відповідає визначенню фактичного або потенційного конкурента, викладеному в пункті (15) статті 1(1) РБВ НДДКР;

(b) якщо угода про НДДКР стосується розробки продуктів або технологій, які не покращують, не замінюють або не витісняють існуючі продукти або технології, а натомість створюють абсолютно новий попит, наприклад, вакцина для захисту від вірусу, для якого раніше не існувало жодної вакцини;

(c) якщо угода про НДДКР стосується інноваційної діяльності, яка на момент укладення угоди про НДДКР ще не має тісного зв'язку з конкретним продуктом або технологією.

99. У ситуаціях, описаних у параграфі 98(b) та (c), неможливо визначити продукт або технологію, які будуть вдосконалені, заміщені або витіснені продуктами або технологіями за угодою. У такому випадку угода про НДДКР може отримати вигоду від блокового виключення на час проведення спільних або оплачуваних НДДКР, а поріг ринкової частки не застосовується ⁽¹¹⁷⁾. Положення РБВ НДДКР щодо відповідних порогових значень ринку та ринкової частки не впливають на конкурентну оцінку угод у сфері НДДКР, на які не поширюються виключення, передбачені РБВ НДДКР, у тому числі угод у сфері НДДКР, щодо яких було скасовано перевагу блокового виключення. Наприклад, суб'єкти господарювання, які не є фактичними або потенційними конкурентами в розумінні РБВ НДДКР, можуть, тим не менш, конкурувати у сфері інновацій.

(c) Тривалість

100. Якщо спільні або оплачувані результати НДДКР *не використовуються спільно*, виключення, передбачені РБВ НДДКР, застосовуються протягом усього терміну проведення НДДКР.

101. Якщо результати спільних або оплачуваних НДДКР *спільно використовуються* і угода про НДДКР підпадає під визначення, наведені у статті 1(1), пунктах (1)(a) або (1)(b) РБВ НДДКР (угоди, що передбачають спільні або оплачувані НДДКР), угода про НДДКР продовжує користуватися виключенням протягом семи років з моменту, коли контрактна продукція або контрактні технології вперше виведені на ринок на внутрішньому ринку, якщо відповідний поріг ринкової частки не був перевищений на момент укладення угоди.

102. Якщо результати спільних або оплачуваних НДДКР *спільно використовуються* і угода про НДДКР підпадає під визначення, наведені у статті 1(1), пунктах (1)(c) або (1)(d) РБВ НДДКР (угоди, спрямовані на спільне використання результатів НДДКР, виконаних за попередньою угодою про спільні або оплачувані НДДКР між тими самими сторонами), угода про НДДКР продовжує користуватися виключенням протягом семи років з моменту, коли контрактна продукція або контрактні технології вперше вводяться в обіг на внутрішньому ринку, якщо відповідний поріг ринкової частки не був перевищений на момент укладення попередньої угоди ⁽¹¹⁸⁾.

103. Якщо результатом угоди про НДДКР є більш ніж один контрактний продукт або контрактна технологія, випущені на ринок на внутрішньому ринку, і кожен контрактний продукт або контрактна технологія належить до окремого товарного ринку, семирічний період виключення застосовується окремо для кожного контрактного продукту або контрактної технології, починаючи з часу, коли продукт або технологія вперше випущені на ринок на внутрішньому ринку.

104. Після закінчення семирічного періоду, зазначеного в статті 6(3) РБВ НДДКР, виключення продовжує застосовуватися доти, доки сукупна ринкова частка сторін не перевищує 25 % на ринках, до яких належать контрактна продукція або контрактна технологія. Якщо після закінчення семирічного періоду сукупна ринкова частка сторін перевищує 25 %, договір про НДДКР продовжує отримувати переваги від РБВ НДДКР протягом двох послідовних календарних років, наступних за роком, в якому цей поріг було вперше перевищено ⁽¹¹⁹⁾.

2.2.4. Жорсткі та виключні обмеження

2.2.4.1. Жорсткі обмеження

105. Стаття 8 РБВ НДДКР містить перелік жорстких обмежень. Жорсткі обмеження - це серйозні обмеження конкуренції, які в цілому можуть завдати шкоди ринку та споживачам. Якщо угода про НДДКР містить одне або більше з цих обмежень, вся угода виключається з винятків, передбачених РБВ НДДКР.

106. Жорсткі обмеження, перелічені в статті 8 РБВ НДДКР, можна згрупувати в такі категорії: (i) обмеження свободи сторін здійснювати інші НДДКР, (ii) обмеження обсягів виробництва або продажу та фіксація цін, (iii) активні та пасивні обмеження продажу, та (iv) інші жорсткі обмеження.

(a) Обмеження свободи сторін здійснювати інші НДДКР

107. Стаття 8(a) РБВ НДДКР передбачає, що жорстким обмеженням є обмеження свободи сторін здійснювати НДДКР самостійно або у співпраці з третіми сторонами у будь-якій з наступних сфер:

(i) у сфері, не пов'язаній з тією, до якої відноситься угода про НДДКР;

(ii) у сфері, до якої відноситься угода про НДДКР, або у суміжній сфері після завершення спільних або оплачуваних НДДКР.

(b) Обмеження виробництва або продажу та фіксування цін

108. *Обмеження обсягу виробництва або продажу.* Стаття 8(b) РБВ НДДКР передбачає, що *обмеження обсягів виробництва або продажу* є жорсткими обмеженнями. Однак, це положення підлягає чотирьом виключенням:

(i) встановлення *цілей виробництва*, якщо угода про НДДКР передбачає спільне використання результатів НДДКР, і спільне використання включає спільне виробництво продукції за контрактом ⁽¹²⁰⁾;

(ii) встановлення *цілей продажу*, коли спільне використання результатів НДДКР (1) включає спільний розподіл контрактної продукції або спільне ліцензування контрактних технологій, та (2) здійснюється спільною командою, організацією або суб'єктом господарювання або спільно доручається третій стороні ⁽¹²¹⁾;

(iii) практики, що становлять *спеціалізацію в контексті використання*, такі як обмеження, накладені на сторони щодо використання результатів НДДКР стосовно певних територій, клієнтів або сфер використання ⁽¹²²⁾;

(iv) певні *зобов'язання не конкурувати* (¹²³), а саме обмеження свободи сторін виробляти, продавати, передавати або ліцензувати продукти або технології, які конкурують з продуктами або технологіями за контрактом, протягом періоду, на який сторони домовилися про спільне використання результатів.

109. *Фіксація цін.* Стаття 8(c) РБВ НДДКР передбачає, що фіксування *цін* при продажу контрактної продукції або фіксування ліцензійних платежів при ліцензуванні контрактних технологій третім особам є жорстким обмеженням.

110. Однак, РБВ НДДКР передбачає винятки з цього жорсткого обмеження щодо фіксування цін, що стягуються з безпосередніх замовників, та фіксування ліцензійних платежів, що стягуються з безпосередніх ліцензіатів, якщо угода про НДДКР передбачає спільне використання результатів НДДКР, і спільне використання (i) включає спільне розповсюдження контрактної продукції або спільне ліцензування контрактних технологій, та (ii) здійснюється спільною групою, організацією чи суб'єктом господарювання або спільно доручається третій стороні ⁽¹²⁴⁾.

(в) Активні та пасивні обмеження на продаж

111. Статті 8(d) та (e) РБВ НДДКР стосуються пасивних та активних обмежень на продаж. У РБВ НДДКР визначено, що:

(i) *пасивні продажі* ⁽¹²⁵⁾ як такі, що здійснюються у відповідь на незапитані запити окремих клієнтів, включаючи доставку продукції клієнтам, без активного націлювання

на конкретного клієнта, групу клієнтів або територію, включаючи продажі в результаті участі в державних закупівлях або відповіді на приватні запрошення до участі в тендері;

(ii) *активні продажі* ⁽¹²⁶⁾ - всі форми продажу, крім пасивних продажів. Це включає активне звернення до клієнтів за допомогою візитів, листів, електронних листів, дзвінків або інших засобів прямого зв'язку або за допомогою цільової реклами та просування, офлайн або онлайн, наприклад, за допомогою друкованих або цифрових засобів масової інформації, включаючи Інтернет-ЗМІ, послуг порівняння цін або реклами в пошукових системах, орієнтованих на клієнтів на певних територіях або групах клієнтів, ведення веб-сайту з доменом верхнього рівня, що відповідає певним територіям, або пропонування на веб-сайті мов, які зазвичай використовуються на певних територіях, якщо ці мови відрізняються від мов, які зазвичай використовуються на території, на якій зареєстровано компанію-покупця.

112. Стаття 8(d) РБВ НДДКР передбачає, що обмеження *пасивних продажів* є жорсткими обмеженнями. Вони охоплюють будь-яке обмеження території, на якій або клієнтів, яким сторони можуть пасивно продавати контрактну продукцію або ліцензувати контрактні технології. Однак, стаття 8(d) передбачає виняток для вимог щодо ексклюзивного ліцензування результатів НДДКР іншій стороні угоди про НДДКР. Причиною цього винятку є те, що РБВ НДДКР передбачає можливість для сторін спеціалізуватися в контексті використання, що включає сценарій, коли лише одна сторона виробляє та розповсюджує контрактну продукцію на основі виключної ліцензії, наданої іншими сторонами.

113. Стаття 8(e) РБВ НДДКР передбачає, що певні обмеження на *активні продажі* є жорсткими обмеженнями. Це стосується будь-якого обмеження активного продажу контрактної продукції або контрактних технологій на територіях або клієнтах, які не були призначені виключно для однієї зі сторін шляхом спеціалізації в контексті експлуатації.

(d) Інші жорсткі обмеження

114. Стаття 8(f) РБВ НДДКР передбачає, що жорстким обмеженням є вимога до сторони відмовитися від задоволення попиту з боку клієнтів на її території або клієнтів, які іншим чином розподілені між сторонами шляхом спеціалізації в контексті експлуатації, якщо такі клієнти продаватимуть контрактну продукцію на інших територіях в межах внутрішнього ринку.

115. Нарешті, стаття 8(g) РБВ НДДКР відносить до категорії жорстких обмежень будь-яку вимогу, що накладається на сторону з метою ускладнити користувачам або торговим посередникам отримання контрактної продукції від інших торгових посередників на внутрішньому ринку ⁽¹²⁷⁾. Це може включати, наприклад, вимогу поставити надання послуг з гарантійного обслуговування клієнтів в залежність від придбання контрактного продукту в певній державі-члені.

2.2.4.2. Обмеження, що виключаються

116. Стаття 9 РБВ НДДКР виключає з блокових виключень певні зобов'язання, що містяться в угодах про НДДКР. Це зобов'язання, щодо яких не можна припустити, що вони в цілому відповідають умовам статті 101(3). На відміну від жорстких обмежень, викладених у статті 8 РБВ НДДКР, використання виключених обмежень не позбавляє

переваг блокових виключень для всієї угоди про НДДКР. Якщо виключене обмеження може бути відокремлене від решти угоди, решта угоди продовжує користуватися перевагами блокових виключень за умови, що вона відповідає умовам РБВ НДДКР.

117. Виключені обмеження підлягають індивідуальній оцінці відповідно до статті 101. Не існує презумпції, що такі обмеження підпадають під заборону, викладену в статті 101(1), або що вони не відповідають умовам статті 101(3).

118. Першим виключеним обмеженням є зобов'язання не оскаржувати:

(а) після завершення НДДКР дійсність прав інтелектуальної власності, які сторони мають на внутрішньому ринку і які мають відношення до НДДКР ⁽¹²⁸⁾; або

(б) після закінчення строку дії угоди про НДДКР чинність прав інтелектуальної власності, які сторони мають на внутрішньому ринку і які захищають результати НДДКР ⁽¹²⁹⁾.

119. Причиною виключення таких зобов'язань з блокових виключень є те, що сторони, які володіють інформацією, що має значення для ідентифікації прав інтелектуальної власності, які були надані помилково, не повинні бути позбавлені можливості оскаржити дійсність таких прав інтелектуальної власності. Однак положення, що дозволяють розірвати угоду про НДДКР, якщо одна зі сторін оскаржує дійсність прав інтелектуальної власності, які мають відношення до спільних або оплачуваних НДДКР, або які захищають результати НДДКР, не є виключними обмеженнями.

120. Другим виключеним обмеженням є зобов'язання не надавати ліцензії третім особам на виробництво контрактної продукції або застосування контрактних технологій. Це означає, що сторони, в принципі, повинні бути вільними у наданні ліцензій третім особам. Виняток становлять випадки, коли угоди про НДДКР передбачають використання результатів спільних НДДКР або оплачуваних НДДКР принаймні однією зі сторін, і таке використання відбувається на внутрішньому ринку по відношенню до третіх сторін.

2.2.5. Відповідний час для оцінки відповідності умовам РБВ НДДКР

121. Для цілей застосування порогового значення ринкової частки, встановленого в статті 6 РБВ НДДКР, відповідним моментом для оцінки є дата, коли сторони укладають угоду про спільну або оплачувану НДДКР. Наприкінці семирічного періоду, зазначеного в статті 6(4) РБВ НДДКР, сторони повинні оцінити, до якого ринку (ринків) належить контрактний продукт або контрактні технології, і чи перевищує їхня сукупна частка ринку 25 %. Відповідність іншим умовам РБВ НДДКР повинна бути оцінена на момент укладення угоди про НДДКР, і ця угода повинна продовжувати відповідати цим умовам протягом усього терміну її дії, включаючи, якщо це застосовно, період використання результатів НДДКР.

2.2.6. Відкликання переваг від блокових виключень

122. Статті 10 та 11 РБВ НДДКР передбачають, що Комісія та національні конкурентні відомства (НКВ) можуть відкликати перевагу блокових виключень відповідно до статті 29(1) та статті 29(2) Регламенту (ЄС) № 1/2003, якщо вони виявлять, в окремому

випадку, що угода про НДДКР, на яку поширюється блокове виключення, тим не менш, має наслідки, несумісні зі статтею 101(3).

123. Стаття 10(2) РБВ НДДКР встановлює невичерпний перелік ситуацій, в яких Комісія може розглянути можливість використання цього повноваження, а саме, коли:

(a) існування угоди про НДДКР суттєво обмежує можливості третіх сторін здійснювати НДДКР у сферах, пов'язаних з контрактною продукцією або контрактними технологіями; це може бути пов'язано, наприклад, з обмеженим наявним дослідницьким потенціалом;

(b) існування угоди про НДДКР суттєво обмежує доступ третіх сторін до відповідного ринку контрактної продукції або контрактних технологій, наприклад, внаслідок надання одній зі сторін виключної ліцензії на виробництво та розповсюдження контрактної продукції або контрактних технологій;

(c) сторони не використовують результати спільної або оплачуваної НДДКР по відношенню до третіх осіб без будь-якої об'єктивно обґрунтованої причини, наприклад, шляхом відмови у видачі ліцензії на результати НДДКР;

(d) продукти або технології, що є результатом угоди про НДДКР, не є предметом ефективної конкуренції на всьому внутрішньому ринку або на значній його частині;

(e) існування угоди про НДДКР суттєво обмежує інноваційну конкуренцію або конкуренцію у сфері НДДКР у певній галузі. Це може статися, наприклад, у випадках, коли контрактна продукція або контрактні технології створюють абсолютно новий попит і коли на момент укладення угоди існує невелика кількість порівнянних незалежних науково-дослідних і дослідно-конструкторських проектів у тій самій галузі.

124. Стаття 29(1) Регламенту (ЄС) № 1/2003 передбачає, що Комісія може відкликати перевагу блокового виключення за власною ініціативою або на підставі скарги. Якщо Комісія або НКВ бажає відкликати перевагу блокового виключення щодо угоди про НДДКР, вона повинна встановити, по-перше, що угода обмежує конкуренцію в розумінні статті 101(1) і, по-друге, що угода не відповідає принаймні одній з чотирьох сукупних умов статті 101(3) ⁽¹³⁰⁾. Рішення про позбавлення переваги від РБВ НДДКР може поєднуватися з висновком про порушення статті 101 та вимогою припинити це порушення. Також можуть бути застосовані поведінкові або структурні засоби правового захисту ⁽¹³¹⁾.

125. Будь-яке рішення про відкликання переваги блокового виключення призводить до наслідків лише *ex nunc*, тобто виключений статус угоди про НДДКР залишається незмінним протягом періоду, що передує даті, коли відкликання набуває чинності. Якщо НКВ має намір відкликати перевагу від блокового виключення відповідно до статті 29(2) Регламенту (ЄС) № 1/2003, воно повинно взяти до уваги свої зобов'язання згідно зі статтею 11(4) Регламенту (ЄС) № 1/2003, зокрема, своє зобов'язання проконсультуватися з Комісією щодо свого передбачуваного рішення.

2.2.7. Перехідний період

126. РБВ НДДКР передбачає перехідний період тривалістю два роки (з 1 липня 2023 року до 30 червня 2025 року), протягом якого заборона, викладена в статті 101(1), не

застосовується до угод про НДДКР, які вже є чинними на 30 червня 2023 року і не відповідають умовам виключення, викладеним у РБВ НДДКР, але відповідають умовам виключення, передбаченим у Регламенті (ЄС) № 1217/2010.

2.3. Індивідуальна оцінка угод про НДДКР за статтею 101(1)

127. Якщо угода про НДДКР не підпадає під виключення, передбачене РБВ НДДКР, необхідно провести індивідуальну оцінку за статтею 101. Першим кроком в оцінці є визначення того, чи обмежує угода конкуренцію в розумінні статті 101(1) ⁽¹³²⁾. Якщо угода обмежує конкуренцію в розумінні цього положення, другим кроком є визначення того, чи відповідає угода умовам статті 101(3).

2.3.1. Відповідні ринки

128. *Повідомлення про визначення ринку* встановлює основні критерії та докази, які використовуються Комісією для визначення відповідних ринків при застосуванні законодавства Союзу про конкуренцію (див. також параграф 44). Для індивідуальної оцінки за статтею 101 угод про НДДКР, які не підпадають під дію РБВ НДДКР ⁽¹³³⁾, можуть бути актуальними наступні міркування.

2.3.1.1. Ринки товарів

129. Якщо угода про НДДКР пов'язана з розробкою продуктів, які покращать *або заміщать* існуючі продукти, ринок(и) цих існуючих продуктів або технологій є релевантними для оцінки за статтею 101.

130. Існуючі товарні ринки також можуть бути релевантними для оцінки, якщо угода про НДДКР стосується продуктів, які *заміняють* існуючі продукти (а саме, якщо продукт, отриманий в результаті НДДКР, задовольняє той самий попит, що й існуючий продукт, але належить до окремого відповідного ринку). Це, зокрема, може бути у випадку, коли заміна існуючих продуктів є недосконалою або довгостроковою. Так звані *перспективні продукти* ⁽¹³⁴⁾ можуть, залежно від обставин конкретного випадку, розглядатися як продукти, що покращують або заміщують існуючі продукти, або як продукти, що замінюють існуючі продукти ⁽¹³⁵⁾.

131. Якщо НДДКР стосується *важливого компонента кінцевого продукту*, для оцінки за статтею 101 може бути *важливим* як ринок компонента, так і ринок кінцевого продукту. Однак ринок кінцевого продукту буде релевантним лише тоді, коли компонент, якого стосується НДДКР, є технічно або економічно ключовим компонентом кінцевого продукту, і принаймні одна зі сторін угоди про НДДКР діє на ринку кінцевої продукції та має ринкову владу на цьому ринку.

2.3.1.2. Технологічні ринки

132. Угоди про НДДКР можуть стосуватися не тільки продуктів, але й технологій. Якщо права інтелектуальної власності продаються окремо від продуктів, до яких вони відносяться, ринки технологій будуть релевантними для оцінки згідно зі статтею 101. Відповідний ринок технологій складається з технологій (інтелектуальної власності), які продаються або ліцензуються, та технологій, які розглядаються ліцензіатами як заміщені ⁽¹³⁶⁾. Якщо угода про НДДКР стосується розробки технологій, які

вдосконалюють, замінюють або витісняють існуючі технології, ринки цих існуючих технологій є релевантними ринками для оцінки за статтею 101.

2.3.1.3. Ранні інноваційні зусилля

133. У деяких випадках суб'єкти господарювання можуть співпрацювати у сфері НДДКР, які не мають тісного зв'язку з конкретним продуктом або технологією. Результати таких ранніх інноваційних зусиль можуть в кінцевому підсумку слугувати різним цілям і в довгостроковій перспективі можуть бути використані в різних продуктах або технологіях.

134. Якщо угода про НДДКР стосується ранньої інноваційної діяльності, для оцінки конкурентної позиції сторін з метою застосування статті 101 може знадобитися врахувати такі фактори, як характер і обсяг інноваційної діяльності, цілі різних напрямів досліджень, спеціалізація різних залучених груп або результати попередньої інноваційної діяльності відповідних суб'єктів господарювання. Для цього може знадобитися використання конкретних показників, наприклад, рівень витрат на НДДКР або кількість патентів чи патентних цитувань.

2.3.2. Основні проблеми конкуренції

135. НДДКР співпраця може викликати різні проблеми з точки зору конкуренції, зокрема, вона може безпосередньо обмежувати конкуренцію між сторонами, призводити до змови на ринку або до антиконкурентного витіснення третіх сторін.

136. Якщо співпраця у сфері НДДКР *безпосередньо обмежує конкуренцію* між сторонами або *сприяє досягненню змови* на ринку, це може призвести до підвищення цін, зменшення вибору для споживачів або зниження якості продукції чи технологій. Це також може призвести до скорочення або затримки інновацій, а отже, до гіршої якості або меншої кількості продуктів чи технологій, що потрапляють на ринок.

137. Угоди про НДДКР можуть призвести до *антиконкурентного витіснення* третіх сторін, якщо одна або кілька сторін угоди мають ринкову владу на відповідному ринку продуктів або технологій, а угода містить положення про виключність або неконкурування.

2.3.3. Угоди про НДДКР, які загалом не обмежують конкуренцію

138. За відсутності ринкової влади, угоди про НДДКР, укладені неконкурентами, як правило, не обмежують конкуренцію. Це може бути у випадку, коли активи, технології або навички сторін є взаємодоповнюючими, і вони не були б здатні виконати НДДКР самостійно протягом короткого періоду часу ⁽¹³⁷⁾. Конкурентні відносини між сторонами повинні оцінюватися на основі об'єктивних факторів. Наприклад, суб'єкт господарювання може бути неспроможним самостійно проводити НДДКР, якщо він має обмежені технічні можливості або обмежений доступ до фінансів, кваліфікованих працівників, технологій чи інших ресурсів.

139. Передача на аутсорсинг НДДКР, які раніше виконувалися власними силами, суб'єктам, які не беруть активної участі у використанні результатів НДДКР, таким як науково-дослідні інститути, академічні установи або інші спеціалізовані суб'єкти господарювання, є прикладом угоди про НДДКР, яка може об'єднати взаємодоповнюючі

активи, технології та навички. Такі угоди, як правило, передбачають передачу ноу-хау та/або виключне зобов'язання щодо постачання результатів НДДКР.

140. Співробітництво у сфері НДДКР, що стосується фундаментальних досліджень, як правило, не обмежує конкуренцію. У цьому контексті фундаментальні дослідження означають експериментальну або теоретичну роботу, спрямовану, насамперед, на отримання нових знань про глибокі основи явищ і спостережуваних фактів.

2.3.4. Обмеження конкуренції за предметом

141. Угоди про НДДКР можуть обмежувати конкуренцію за предметом, якщо їх основною метою є не проведення НДДКР, а слугувати інструментом для участі в картельній змові, а саме: сторони беруть участь у фіксуванні цін, обмеженні обсягів виробництва, розподілі ринку або обмеженні технічного розвитку (¹³⁸).

142. Наприклад, суб'єкти господарювання можуть використовувати угоду про НДДКР для (i) запобігання або затримки виходу на ринок продуктів або технологій; (ii) координації характеристик продуктів або технологій, які не охоплені угодою про НДДКР, або (iii) обмеження вдосконалення спільно розробленого продукту або технології.

2.3.5. Обмежувальні наслідки для конкуренції

143. Для того, щоб оцінити, чи має договір про співробітництво у сфері НДДКР обмежувальні наслідки для конкуренції, необхідно взяти до уваги відповідні параметри конкуренції у конкретному випадку. Ці параметри можуть включати ціну продукту, а також рівень його інноваційності, його якість у різних аспектах, а також його доступність, у тому числі з точки зору часу виконання замовлення, стійкості ланцюгів поставок, надійності постачання та транспортних витрат.

144. Угоди про НДДКР, які не передбачають спільне використання результатів НДДКР шляхом ліцензування, виробництва або маркетингу, рідко призводять до обмежувального впливу на конкуренцію. Такі угоди можуть призвести до антиконкурентних наслідків лише тоді, коли вони обмежують інноваційну конкуренцію.

2.3.5.1. Ринкова влада

145. Загалом, угоди про НДДКР можуть мати обмежувальні наслідки для конкуренції в розумінні статті 101(1) лише тоді, коли одна або більше сторін угоди мають ринкову владу на відповідному існуючому ринку товарів або технологій, або коли угода призводить до значного зменшення інноваційної конкуренції.

146. Не існує абсолютного порогу, вище якого можна припустити, що угода про НДДКР створює або зберігає ринкову владу і, таким чином, здатна спричинити обмежувальні наслідки для конкуренції. Однак, чим сильніша сукупна позиція сторін на відповідних ринках, включаючи їхню позицію щодо інновацій, тим більша ймовірність того, що угода про НДДКР призведе до обмежувальних наслідків (¹³⁹).

2.3.5.2. НДДКР, що стосуються існуючих продуктів або технологій

147. Якщо НДДКР спрямовані на вдосконалення або заміну існуючого продукту або технології, можливі наслідки стосуються відповідного ринку (ринків) для цих існуючих

продуктів або технологій. Вплив на ціни, обсяг виробництва, якість продукції, різноманітність продукції або технічний розвиток на існуючих ринках, однак, можливий лише за умови, що сторони разом мають сильну позицію, вхід на ринок ускладнений і якщо треті сторони-конкуренти не здатні обмежити поведінку сторін, наприклад, через їхню обмежену кількість або через нижчі ресурси чи навички. Крім того, якщо НДДКР стосується відносно незначного внеску в кінцевий продукт, будь-який вплив на конкуренцію на відповідному ринку (ринках) для цього кінцевого продукту, ймовірно, буде обмеженим.

148. Якщо НДДКР спрямовані на *заміну існуючого продукту або технології*, можливі антиконкурентні наслідки включають, наприклад, затримку розробки заміни продукту або технології. Це може статися, зокрема, якщо сторони мають ринкову владу на ринку існуючого продукту або технології, а також є єдиними суб'єктами господарювання, які займаються НДДКР, пов'язаними із заміною існуючого продукту або технології. Подібний ефект може виникнути, якщо великий гравець на існуючому ринку співпрацює з меншим гравцем або потенційним конкурентом, який тільки збирається з'явитися на ринку з продуктом або технологією, що може поставити під загрозу позицію діючого гравця.

149. Угоди про НДДКР, які передбачають спільне використання результатів НДДКР (наприклад, спільне виробництво або дистрибуцію), мають більший потенціал для обмеження конкуренції, ніж угоди, які передбачають, що кожна сторона буде використовувати результати НДДКР незалежно. У випадку спільного використання обмежувальні ефекти у вигляді підвищення цін або зменшення обсягів виробництва на існуючих ринках є більш вірогідними, якщо одна або декілька сторін мають ринкову владу. З іншого боку, якщо спільне використання здійснюється виключно шляхом надання ліцензій третім особам, обмежувальні ефекти, такі як витіснення, є малоімовірними.

2.3.5.3. Інновації, пов'язані з абсолютно новими продуктами та ранніми інноваційними зусиллями

150. Що стосується угод про НДДКР, пов'язаних з (i) розробкою продуктів або технологій, які створюють абсолютно новий попит, або (ii) ранніми інноваціями, вплив на ціни та обсяги виробництва на існуючих ринках, як правило, є малоімовірним. У таких випадках оцінка зосереджується на можливих обмеженнях інноваційної конкуренції, що стосуються, наприклад, якості та різноманітності можливих майбутніх продуктів або технологій, швидкості або рівня інновацій. Оцінка повинна враховувати, що результати НДДКР за своєю природою є невизначеними і що результати, як правило, будуть менш визначеними для ранніх інноваційних зусиль, ніж для НДДКР, які наближаються до виходу на ринок продуктів або технологій, що є результатом угоди про НДДКР.

151. Обмежувальні ефекти, як правило, малоімовірні, якщо достатня кількість третіх сторін має конкуруючі проекти у сфері НДДКР. Однак негативні наслідки є більш імовірними, якщо угода про НДДКР об'єднує незалежні НДДКР, які перебувають на стадії, близькій до виведення на ринок нового продукту або технології. Обмежувальні наслідки можуть виникнути безпосередньо внаслідок координації діяльності у сфері НДДКР сторін, незалежно від того, чи містить угода про НДДКР обмеження щодо можливості сторін здійснювати НДДКР самостійно або із залученням третіх осіб. Наприклад, угода про НДДКР може призвести до того, що одна або декілька сторін

відмовляться від свого проекту НДДКР та об'єднують свої можливості з можливостями інших сторін.

2.3.5.4. Обмін інформацією

152. Виконання угоди про НДДКР може вимагати обміну інформацією, що становить комерційну таємницю. Якщо сама угода про НДДКР не підпадає під заборону статті 101(1), оскільки вона має нейтральний або позитивний вплив на конкуренцію, обмін інформацією, який є допоміжним для цієї угоди, також не підпадає під цю заборону ⁽¹⁴⁰⁾. Це стосується випадків, коли обмін інформацією є об'єктивно необхідним для виконання угоди про НДДКР і є пропорційним її цілям ⁽¹⁴¹⁾.

153. Якщо обмін інформацією виходить за межі того, що є об'єктивно необхідним для виконання угоди про НДДКР або не є пропорційним її цілям, його слід оцінювати, використовуючи настанови, наведені в Главі 6 ⁽¹⁴²⁾. Якщо обмін інформацією підпадає під дію статті 101(1), він все одно може відповідати умовам статті 101(3).

2.4. Індивідуальна оцінка договорів про НДДКР за статтею 101(3)

154. Якщо угода про НДДКР обмежує конкуренцію в розумінні статті 101(1), вона, тим не менш, буде відповідати статті 101, якщо вона відповідає чотирьом сукупним умовам статті 101(3) (див. Розділ 1.2.7).

2.4.1. Підвищення ефективності

155. Угоди про НДДКР - зі спільним використанням результатів НДДКР або без нього - часто сприяють підвищенню ефективності шляхом:

(а) об'єднання взаємодоповнюючих навичок та активів сторін, що призводить до більш швидкої розробки та маркетингу вдосконалених або нових продуктів і технологій, ніж за відсутності співпраці;

(б) призводить до ширшого поширення знань, що може спричинити подальші інновації;

(с) призводить до скорочення витрат або зменшення залежності у випадку продуктів або технологій, для яких існує обмежена кількість постачальників.

156. Таке підвищення ефективності може сприяти створенню стійкого внутрішнього ринку.

157. Для цілей застосування статті 101(3) ⁽¹⁴³⁾ можуть братися до уваги лише об'єктивні вигоди. Наприклад, угода про НДДКР може призвести до того, що одна або кілька сторін відмовляться від усіх або частини своїх НДДКР. Це може зменшити (фіксовані) витрати для зацікавлених сторін, але навряд чи призведе до вигод для споживачів, якщо тільки сторони не зможуть довести, що зменшення кількості зусиль у сфері НДДКР переважатиметься швидшим виходом продукції на ринок або вищою ймовірністю того, що НДДКР будуть успішними.

2.4.2. Незамінність

158. Обмеження, які виходять за межі того, що є необхідним для досягнення підвищення ефективності, передбаченого угодою про НДДКР, не відповідають умовам статті 101(3).

Зокрема, жорсткі обмеження, перелічені у статті 8 РБВ НДДКР ⁽¹⁴⁴⁾, навряд чи відповідатимуть критерію незамінності в індивідуальній оцінці.

2.4.3. Передача споживачам

159. Підвищення ефективності, досягнуте завдяки необхідним обмеженням, повинно бути передане споживачам у тій мірі, в якій воно переважає обмежувальні наслідки для конкуренції, спричинені угодою про НДДКР. Наприклад, поява на ринку нових або вдосконалених продуктів повинна переважати будь-яке підвищення цін або інші обмежувальні наслідки для конкуренції.

160. Загалом, більш імовірно, що угода про НДДКР призведе до підвищення ефективності, що дозволить споживачам отримати справедливу частку отриманої вигоди, якщо сторони поєднують взаємодоповнюючі навички та активи, такі як дослідницькі можливості, розроблені в різних секторах або в різних галузях досліджень.

161. Чим більша ринкова влада сторін, тим менша ймовірність того, що вони передадуть вигоди від підвищення ефективності споживачам в обсязі, який переважатиме обмежувальні наслідки для конкуренції.

2.4.4. Відсутність усунення конкуренції

162. Умови статті 101(3) не можуть бути виконані, якщо угода про НДДКР надає сторонам можливість усунути конкуренцію щодо значної частини продуктів або технологій, про які йдеться. При застосуванні цієї умови необхідно враховувати вплив угоди на інноваційну конкуренцію.

2.5. Доречний час для проведення оцінки

163. Оцінка обмежувальних угод згідно зі статтею 101 проводиться у фактичному контексті, в якому вони відбуваються, та на основі фактів, що існують на певний момент часу. Оцінка є чутливою до суттєвих змін у фактах ⁽¹⁴⁵⁾. Виняток, передбачений статтею 101(3), застосовується доти, доки виконуються чотири сукупні умови, викладені в статті 101(3), і перестає застосовуватися, коли це більше не так.

164. При застосуванні статті 101(3) необхідно враховувати початкові безповоротні інвестиції, здійснені будь-якою зі сторін, а також час, необхідний для здійснення та відшкодування інвестицій, спрямованих на підвищення ефективності, та обмеження, необхідні для цього. Стаття 101 не може бути застосована без належного врахування таких *попередніх* інвестицій. Таким чином, ризик, з яким стикаються сторони, та безповоротні інвестиції, які необхідно здійснити для виконання угоди, можуть призвести до того, що угода не підпадає під дію статті 101(1) або не відповідає умовам статті 101(3), залежно від обставин, протягом періоду часу, необхідного для відшкодування інвестицій. Якщо результатом інвестицій є винахід і сторони отримують виключні права на цей винахід відповідно до правил інтелектуальної власності, період окупності інвестицій, як правило, навряд чи перевищуватиме період виключності, наданий цими правилами.

165. У деяких випадках наслідки обмежувальної угоди можуть бути незворотними. Після виконання угоди ситуація *ex ante* не може бути відновлена. У таких випадках

оцінка повинна проводитися виключно на основі фактів, що стосуються моменту виконання угоди.

166. Наприклад, у випадку угоди про НДДКР щодо абсолютно нового продукту, який не покращує, не заміщує або не замінює існуючий продукт, за якою кожна сторона погоджується відмовитися від власного дослідницького проекту і об'єднати свої можливості з можливостями іншої сторони (сторін), може виявитися технічно та економічно неможливим відновити припинені проекти. Якщо угода сумісна зі статтею 101 на момент її укладення, наприклад, через те, що достатня кількість третіх сторін має конкуруючі НДДКР-проекти, угода сторін про відмову від своїх індивідуальних проектів залишається сумісною зі статтею 101, навіть якщо пізніше проекти третіх сторін зазнають невдачі.

167. Однак заборона статті 101(1) може застосовуватися до інших частин угоди, щодо яких питання незворотності не виникає. Наприклад, якщо, крім спільних НДДКР, угода передбачає спільну експлуатацію, стаття 101 може застосовуватися до цих положень угоди, якщо внаслідок подальшого розвитку ринку угода призводить до обмежувального впливу на конкуренцію і більше не задовольняє умовам статті 101(3), беручи до уваги *ex ante* безповоротні інвестиції.

2.6. Приклади

168. Угоди про НДДКР щодо продуктів, які створюють абсолютно новий попит

Приклад 1

Ситуація: Компанії А та Б здійснили значні інвестиції в НДДКР з метою розробки нового мініатюрного електронного компонента. Очікується, що новий компонент не покращить і не замінить існуючі компоненти, а натомість створить абсолютно новий попит. Компанії А і Б розробили прототипи і очікують, що зможуть вивести їх на ринок приблизно через 18 місяців. Більше того, компанії А і Б очікують, що лише перший компонент, який вийде на ринок, стане блокбастером з точки зору доходів, а друга компанія, яка введе свій продукт на ринок, не зможе окупити значні інвестиції в НДДКР, тоді як якщо обидві компанії почнуть продавати продукт на ринку одночасно, компанії А і Б очікують, що зможуть отримати значні прибутки. Тому вони вирішили об'єднати свої зусилля у сфері НДДКР у спільному підприємстві, яке розробить прототип компанії А, а потім вироблятиме новий компонент і постачатиме його обом компаніям, які будуть комерціалізувати його незалежно один від одного. В результаті угоди про створення спільного підприємства компанія Б відмовиться від розробки власного прототипу. Об'єднавши свої зусилля у сфері НДДКР, сторони очікують, що зможуть вивести новий компонент на ринок менш ніж за один рік. Жодна інша компанія не розробляє замінний компонент.

Аналіз

Застосовність РБВ НДДКР: Мініатюрний електронний компонент, якого стосується угода про НДДКР, створить абсолютно новий попит. Він не поліпшить, не замінить і не замінить існуючий продукт. Компанії А та Б є конкурентами на інноваційному рівні; однак вони не підпадають під визначення фактичних або потенційних конкурентів, наведене в РБВ НДДКР ⁽¹⁴⁶⁾, тому їхня угода не підпадає під поріг ринкової частки, встановлений у статті 6(1) РБВ НДДКР. Натомість, угода про НДДКР між компаніями

А та Б підпадатиме під дію статті 6(2) РБВ НДДКР, а отже, на неї поширюватиметься виключення на час проведення НДДКР за умови, що угода відповідає всім іншим умовам виключення, передбаченим РБВ НДДКР (наприклад, умовам, що стосуються доступу до результатів НДДКР, відсутності жорстких обмежень тощо).

Вірогідність відкликання переваги від блокового виключення:

(i) *Обмеження конкуренції в розумінні статті 101(1):* Угода про НДДКР призведе до того, що Компанія Б відмовиться від розробки свого прототипу компонента, який в іншому випадку вона могла б вивести на ринок приблизно через 18 місяців. На момент укладення угоди про НДДКР компанії А та Б були єдиними суб'єктами господарювання, що здійснювали НДДКР щодо мініатюрного електронного компонента, і жоден інший суб'єкт господарювання не розробляв компонент, який може бути заміщений. Більше того, компанії перебувають на пізній стадії процесу НДДКР (вони планують вивести компонент на ринок приблизно через 18 місяців), і завдяки угоді обидві компанії можуть уникнути перегонів за право першими вийти на ринок, зменшивши ризик того, що вони не зможуть повністю або частково окупити інвестиції, які вони вже вклали. Таким чином, угода про НДДКР, ймовірно, обмежує інноваційну конкуренцію в розумінні статті 101(1). Цей висновок не змінює той факт, що кожна сторона буде комерціалізувати новий компонент самостійно.

(ii) *Невиконання умов статті 101(3):* Спільне підприємство дозволить сторонам швидше вивести новий компонент на ринок, що є об'єктивною ефективністю, яка може принести користь споживачам. Однак така економія часу навряд чи переважить зменшення інноваційної конкуренції та різноманітності продукції внаслідок відмови від прототипу компанії Б, враховуючи, що, ймовірно, продукт компанії Б був би виведений на ринок раніше або, щонайпізніше, протягом короткого періоду після продукту компанії А, і сторони не стикаються з будь-якими іншими конкурентними обмеженнями на інноваційному рівні. Таким чином, видається, що угода про НДДКР не відповідає принаймні одній з чотирьох сукупних умов статті 101(3), а саме - справедливій частці для споживачів. За такого сценарію, перевагу від блокового виключення, швидше за все, буде відкликано, як це передбачено статтею 10 РБВ НДДКР, а угоду, швидше за все, буде заборонено на підставі того, що вона порушує статтю 101.

169. Угоди про НДДКР за участю академічних установ / науково-дослідних інститутів

Приклад 2

Ситуація: Компанія А є великим виробником сільськогосподарських пестицидів. Вона активно працює на ринку видобутку інгредієнтів для пестицидів зі своїм інгредієнтом X та на ринку переробки пестицидів зі своїм пестицидом Y. Інгредієнт X є ключовим компонентом для виробництва пестициду Y.

Компанія А планує профінансувати дослідницький проект, спрямований на вдосконалення інгредієнту X, щоб клієнти, які використовують пестицид Y, змогли досягти такої ж врожайності, використовуючи меншу кількість пестициду. З цією метою компанія А укладає угоду про НДДКР з університетом Б, який має значний потенціал у сфері НДДКР інгредієнтів пестицидів. Університет Б не виробляє і не продає пестициди або інгредієнти пестицидів.

Угода про НДДКР передбачає, що компанія А фінансуватиме, але не здійснюватиме діяльність з НДДКР, яка буде проводитися університетом Б. Угода про НДДКР не дозволяє Університету Б використовувати результати НДДКР. Угода про НДДКР залишає право на використання результатів оплачуваних НДДКР виключно за компанією А. Університет Б має право використовувати результати НДДКР лише для цілей подальших НДДКР.

Аналіз:

Застосовність РБВ НДДКР: Компанія А та Університет Б не є конкуруючими суб'єктами господарювання в розумінні РБВ НДДКР. Відповідно до статті 6(2) РБВ НДДКР, не потрібно дотримуватися порогового значення частки на ринку.

Стаття 3 РБВ НДДКР встановлює як загальну умову для блокового виключення те, що всі сторони угоди про НДДКР повинні мати повний доступ до результатів оплачуваних НДДКР з метою проведення подальших НДДКР та їх використання. Угода про НДДКР не відповідає цій умові. Однак угода про НДДКР підпадає під спеціальний виняток, передбачений статтею 3(5) РБВ НДДКР, згідно з яким угоди про НДДКР, які обмежують використання академічними установами результатів НДДКР лише для подальших НДДКР (тобто угода виключає використання результатів), можуть отримати перевагу від блокового виключення.

Таким чином, за умови виконання інших умов РБВ НДДКР, угода про НДДКР між Компанією А та Університетом Б отримує перевагу від блокового виключення і не потребує подальшого оцінювання.

170. Вплив співробітництва у сфері НДДКР на навколишнє середовище

Приклад 3

Ситуація: Дві інжинірингові компанії, які виробляють компоненти транспортних засобів, домовляються про створення спільного підприємства для об'єднання своїх зусиль у сфері НДДКР, спрямованих на покращення характеристик існуючого компонента. Якщо спільні НДДКР будуть успішними, то вдосконалений компонент матиме позитивний вплив на навколишнє середовище: транспортні засоби, оснащені таким компонентом, споживатимуть менше пального і, відповідно, викидатимуть менше СО₂. Компанії очікують, що об'єднання зусиль у сфері НДДКР прискорить розробку вдосконаленого продукту. Угода про створення спільного підприємства передбачає, що кожна компанія продовжуватиме виробляти і продавати компоненти (існуючі та вдосконалені) самостійно. На загальносоюзному ринку постачання існуючого компонента обидві компанії мають частки ринку 15 % та 20 % відповідно. Існує ще три значні конкуруючі виробники компонентів. Життєвий цикл компонента зазвичай становить від трьох до п'яти років. У кожному з останніх трьох років один з основних виробників компонентів випускав нову версію або модернізацію.

Аналіз

Застосовність РБВ НДДКР: Відповідно до РБВ НДДКР, «відповідний ринок товару» - це ринок товарів, які можуть бути вдосконалені, заміщені або замінені контрактними товарами. У даному випадку це ринок компонента транспортного засобу, на вдосконалення якого спрямована НДДКР. Сукупна частка сторін на відповідному

товарному ринку становить 35 %. Оскільки це перевищує поріг у 25 % ринкової частки в НДДКР, спільне підприємство не може отримати перевагу від блокового виключення.

Індивідуальна оцінка за статтею 101(1): Об'єднуючи раніше незалежні зусилля сторін у сфері НДДКР, спільне підприємство призводить до скорочення кількості НДДКР, пов'язаних з удосконаленням компонента. Питання про те, чи створює це суттєве обмеження конкуренції на відповідному товарному ринку або суттєве обмеження інноваційної конкуренції, вимагає повної оцінки правового та економічного контексту. З цією метою важливими факторами є наявність трьох інших значних виробників на відповідному товарному ринку; досвід цих виробників у сфері інновацій; відносно короткий життєвий цикл компонента, а також той факт, що сторони продовжуватимуть виробляти та продавати існуючі та вдосконалені компоненти незалежно один від одного. У підсумку, видається малоімовірним, що спільне підприємство призведе до значного обмеження конкуренції.

Індивідуальна оцінка за статтею 101(3): Оцінка за статтею 101(3) необхідна лише тоді, коли спільне підприємство вважається таким, що суттєво обмежує конкуренцію в розумінні статті 101(1). Прискорення розробки вдосконаленої версії компонента, що дозволить зменшити споживання палива, є об'єктивною ефективністю. Хоча сторони мають значну сукупну частку ринку на відповідному ринку компонентів, наявність інших значних конкурентів з хорошим досвідом інноваційної діяльності, короткий життєвий цикл компонента і той факт, що сторони продовжуватимуть виробляти і продавати компонент незалежно, робить ймовірним, що ефективність буде передана споживачам, і робить малоімовірним, що спільне підприємство усуне конкуренцію на відповідному ринку компонентів або усуне відповідну конкуренцію в сфері інноваційної діяльності. Твердження сторін про те, що об'єднання їхніх зусиль у сфері НДДКР є необхідним для прискорення розробки вдосконаленого компонента, видається правдоподібним. Таким чином, спільне НДДКР підприємство, ймовірно, відповідатиме умовам статті 101(3).

171. Дослідницьке партнерство

Приклад 4

Ситуація: Компанії А, В та С є провідними гравцями у сфері технологій відновлюваної енергетики. Вони створюють дослідницьке партнерство, яке визначає порядок денний НДДКР, що встановлює спільне довгострокове бачення розвитку нових технологій відновлюваної енергетики та вдосконалення існуючих. Цей порядок денний буде реалізовуватися через низку окремих наступних угод, що охоплюють окремі спільні та оплачувані НДДКР-проекти.

Цей порядок денний буде формалізовано в меморандумі про взаєморозуміння (Меморандум), який встановить рамки для співпраці сторін, включаючи цілі, умови, правила управління та механізми моніторингу. Меморандум, зокрема, передбачає механізм компенсації у випадках, коли одна сторона бажає використати результати НДДКР, виконаних іншими сторонами.

Аналіз

Застосування РБВ НДДКР: Оскільки Меморандум не стосується конкретних проектів НДДКР (він лише встановлює загальні умови реалізації проектів НДДКР, які будуть

предметом окремих наступних угод), сам по собі Меморандум не є угодою про НДДКР у розумінні РБВ НДДКР. Таким чином, блокове виключення не застосовується.

Індивідуальна оцінка згідно зі статтею 101(1) та статтею 101(3): Всі сторони Меморандуму працюють у сфері технологій відновлюваної енергетики, але Меморандум є рамковою угодою високого рівня, яка не стосується конкретних проектів НДДКР. Тому неможливо визначити, чи є сторони фактичними або потенційними конкурентами для цілей цієї угоди. Оцінити їхні конкурентні відносини можна буде лише тоді, коли вони укладуть наступні угоди про виконання НДДКР. Таким чином, Меморандум не обмежує конкуренцію в розумінні статті 101(1).

3. ВИРОБНИЧІ УГОДИ

3.1. Вступ

172. Ця глава містить настанови щодо оцінки горизонтальних виробничих угод. Для цілей цієї глави виробництво означає виробництво товарів та надання послуг ⁽¹⁴⁷⁾.

173. Виробничі угоди різняться за формою та сферою застосування:

(a) вони можуть передбачати, що виробництво здійснюється спільно, наприклад, шляхом створення спільного підприємства, спільної команди або спільної організації; або

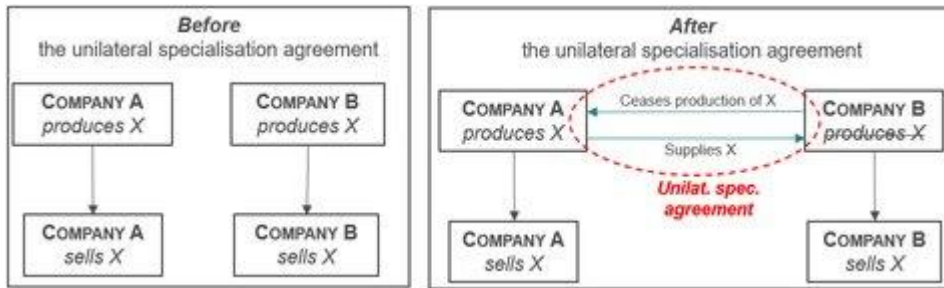
(b) вони можуть передбачати, що виробництво здійснюється лише однією стороною або двома чи більше сторонами за допомогою більш вільних форм співпраці, таких як угоди субпідряду.

174. Угоди про спільне виробництво - це угоди, за якими два або більше підприємств домовляються про спільне виробництво певної продукції. Спільне виробництво може мати різні форми, наприклад, (i) спільне підприємство, тобто спільно контрольована компанія, що управляє одним або декількома виробничими об'єктами ⁽¹⁴⁸⁾, або (ii) спільна команда або спільна організація, що складається з рівної або нерівної кількості представників сторін.

175. Угоди субпідряду - це угоди, за якими одна сторона («підрядник») доручає виробництво продукції іншій стороні («субпідряднику»). У цій главі під горизонтальними угодами субпідряду розуміються угоди субпідряду між суб'єктами господарювання, які працюють на одному товарному ринку, але не обов'язково на одному географічному ринку, а отже, незалежно від того, чи є вони конкурентами. Горизонтальні угоди субпідряду включають односторонні та взаємні угоди про спеціалізацію, а також інші види угод субпідряду.

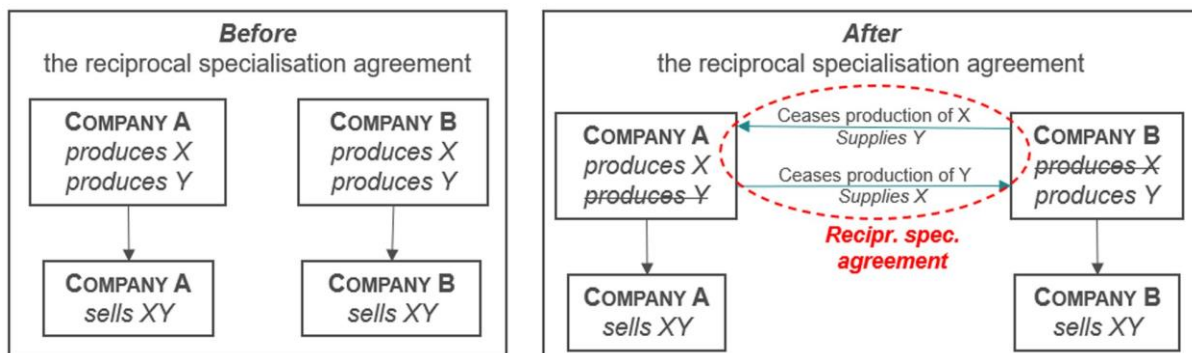
176. *Односторонні угоди про спеціалізацію* - це угоди між двома або більше сторонами, які діють на одному товарному ринку, відповідно до яких одна або більше сторін погоджуються повністю або частково припинити виробництво певної продукції або утриматися від виробництва цієї продукції та закуповувати її в іншій стороні або сторін, які погоджуються виробляти та постачати продукцію стороні або сторонам, які припиняють або утримуються від її виробництва.

Приклад односторонньої угоди про спеціалізацію



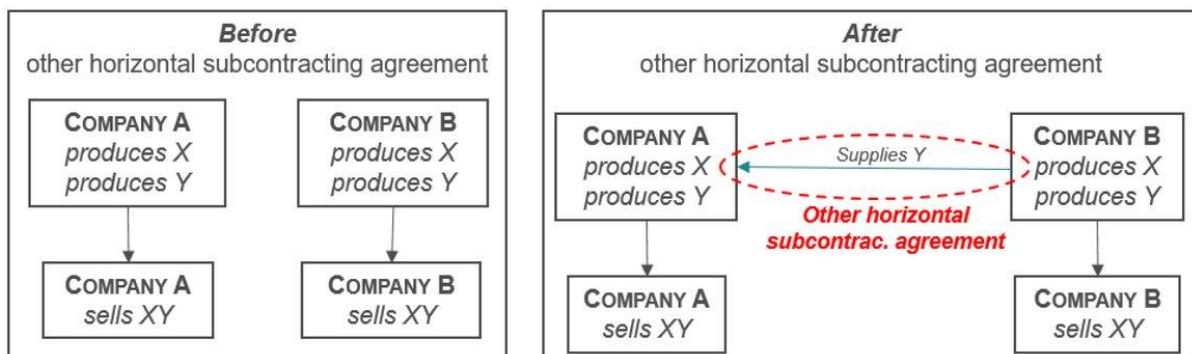
177. Угоди про взаємну спеціалізацію - це угоди між двома або більше сторонами, які діють на одному товарному ринку, відповідно до яких дві або більше сторони на взаємній основі погоджуються повністю або частково припинити або утриматися від виробництва певних, але різних товарів і купувати ці товари в однієї або більше сторін, які погоджуються виробляти і постачати товари стороні або сторонам, які припиняють або утримуються від їх виробництва.

Приклад угоди про взаємну спеціалізацію



178. Настанови, викладені в цій главі, також застосовуються до інших видів угод горизонтального субпідряду. Це стосується угод субпідряду, спрямованих на розширення виробництва, за якими підрядник не припиняє і не обмежує при цьому власне виробництво продукту.

Приклад угоди про спеціалізацію, спрямованої на розширення виробництва



179. Ці Керівні принципи застосовуються до всіх форм горизонтальних угод про спільне виробництво та горизонтальних договорів субпідряду ⁽¹⁴⁹⁾.

180. З міркувань доцільності суб'єкти господарювання, які мають намір укласти горизонтальну виробничу угоду, можуть спочатку розглянути питання про те, чи може їхня угода отримати переваги від застосування РБВ про спеціалізацію⁽¹⁵⁰⁾. Виключення, передбачені РБВ про спеціалізацію, ґрунтуються на презумпції, що - тією мірою, якою виробнича угода підпадає під дію статті 101(1) і відповідає умовам, викладеним у РБВ про спеціалізацію, - вона загалом відповідатиме умовам статті 101(3). Якщо горизонтальна виробнича угода відповідає умовам РБВ про спеціалізацію, вона є сумісною зі статтею 101 і не потребує подальшої оцінки⁽¹⁵¹⁾. Якщо виробнича угода не підпадає під дію РБВ про спеціалізацію або не відповідає умовам цього Регламенту, необхідно провести індивідуальну оцінку за статтею 101, щоб визначити, по-перше, чи обмежує угода конкуренцію в розумінні статті 101(1), і, якщо так, чи відповідає угода всім чотирьом умовам, викладеним у статті 101(3).

181. Ця Глава має таку структуру:

(а) Розділ 3.2 містить настанови щодо визначення ринків, які є важливими для оцінки угод про розподіл продукції;

(б) Розділ 3.3 містить настанови щодо застосування РБВ про спеціалізацію, в тому числі щодо умов виключення угод про спеціалізацію, порогового значення частки ринку, а також жорстких та виключених обмежень;

(с) Розділ 3.4 містить настанови щодо індивідуальної оцінки виробничих угод відповідно до Статті 101(1);

(д) Розділ 3.5 містить настанови щодо індивідуальної оцінки виробничих угод відповідно до Статті 101(3);

(е) Розділ 3.6 містить спеціальні настанови щодо оцінки угод про спільне використання інфраструктури мобільних телекомунікацій відповідно до Статті 101(1) та Статті 101(3).

3.2. Відповідні ринки

182. *Повідомлення про визначення ринку* встановлює основні критерії та докази, які використовуються Комісією для визначення відповідних ринків при застосуванні законодавства Союзу про конкуренцію (див. також параграф 44). Ці критерії застосовуються для оцінки виробничих угод відповідно до статті 101.

183. Виробничі угоди впливають на ринки, яких безпосередньо стосується співпраця, а саме на ринки, до яких належить продукція, вироблена за угодою. Виробничі угоди можуть також впливати на ринки, розташовані вище, нижче або поруч з ринками, безпосередньо пов'язаними зі співробітництвом (*«побічні ринки»*)⁽¹⁵²⁾. Такі побічні ринки, ймовірно, матимуть значення для оцінки, якщо ринки є взаємозалежними, а сторони мають сильну позицію на побічному ринку.

184. Для цілей РБВ про спеціалізацію відповідний ринок означає товарний та географічний ринок, до якого належить продукція, вироблена за угодою про спеціалізацію, і, крім того, якщо ця продукція є проміжною продукцією, яка повністю або частково використовується однією або кількома сторонами як сировина для подальшої продукції, товарний та географічний ринки, до яких належить ця подальша продукція.

3.3. РБВ про спеціалізацію

185. РБВ про спеціалізацію виключає певні виробничі угоди із заборони, викладеної у статті 101(1) ⁽¹⁵³⁾. Виключення, передбачене РБВ про спеціалізацію, ґрунтується на припущенні, що якщо виробнича угода підпадає під дію статті 101(1) і відповідає умовам, викладеним у РБВ про спеціалізацію, то вона, як правило, відповідає чотирьом сукупним умовам статті 101(3). З міркувань доцільності, суб'єкти господарювання, які мають намір укласти виробничу угоду, можуть спочатку розглянути питання про те, чи може їхня угода отримати переваги від застосування РБВ про спеціалізацію.

186. Виробничі угоди, які відповідають умовам РБВ про спеціалізацію, сумісні зі статтею 101 і не потребують подальшої оцінки ⁽¹⁵⁴⁾. Якщо виробнича угода не відповідає умовам РБВ про спеціалізацію, необхідно провести індивідуальну оцінку відповідно до статті 101, щоб визначити, по-перше, чи обмежує угода конкуренцію в розумінні статті 101(1) ⁽¹⁵⁵⁾, і, якщо так, чи відповідає угода чотирьом сукупним умовам, викладеним у статті 101(3).

3.3.1. Виробничі угоди, що підпадають під дію спеціалізованого РНВ

187. РБВ про спеціалізацію охоплює наступні типи горизонтальних виробничих угод: (а) односторонні угоди про спеціалізацію, (б) взаємні угоди про спеціалізацію та (с) угоди про спільне виробництво. Для позначення всіх цих трьох типів горизонтальних виробничих угод у РБВ про спеціалізацію використовується термін "угода про спеціалізацію". У кожному випадку угода може стосуватися виробництва товарів та/або надання послуг ⁽¹⁵⁶⁾.

188. Стаття 1(1), пункт (1)(а) РБВ про спеціалізацію визначає *односторонні угоди* про спеціалізацію наступним чином:

(а) в угоді беруть участь дві або більше сторін;

(б) сторони угоди вже діють на одному товарному ринку;

(с) одна або більше сторін погоджуються повністю або частково припинити або утриматися від виробництва певних товарів і купувати їх в однієї або більше інших сторін; і

(д) інша сторона або сторони погоджуються виробляти та постачати цю продукцію іншій стороні або сторонам, які припиняють або утримуються від її виробництва.

189. Визначення односторонніх угод про спеціалізацію не вимагає (і) щоб сторони діяли на одному географічному ринку або (ii) щоб сторона або сторони, які припиняють або утримуються від виробництва певної продукції, зменшували потужності (наприклад, продавали заводи або закривали виробничі лінії). Достатньо, щоб ці сторони зменшили обсяги виробництва.

190. Стаття 1(1), пункт (1)(б) РБВ про спеціалізацію визначає *взаємні угоди про спеціалізацію* наступним чином:

(а) в угоді беруть участь дві або більше сторін;

(б) сторони угоди вже діють на одному товарному ринку;

(с) дві або більше сторін на взаємній основі погоджуються повністю або частково припинити або утриматися від виробництва певних, але різних товарів і купувати ці товари в однієї або кількох інших сторін; і

(d) одна або декілька інших сторін погоджуються виробляти та постачати цю продукцію сторонам, які припиняють або утримуються від її виробництва.

191. Визначення угод про взаємну спеціалізацію не вимагає (i) щоб сторони діяли на одному географічному ринку, або (ii) щоб сторони, які припиняють або утримуються від виробництва, зменшували свої потужності (наприклад, продавали заводи або закривали виробничі лінії). Достатньо, щоб ці сторони зменшили обсяги виробництва.

192. Стаття 1(1), підпункт (1)(с) РБВ про спеціалізацію визначає *угоди про спільне виробництво* наступним чином:

(a) в угоді беруть участь дві або більше сторін; і

(b) сторони погоджуються спільно виробляти певну продукцію.

193. РБВ про спеціалізацію не визначає термін «спільний» у контексті виробництва. Для цілей РБВ про спеціалізацію, спільне виробництво може мати будь-яку форму (наприклад, спільне підприємство, спільна організація, спільна команда). Крім того, у випадку угод про спільне виробництво немає вимоги, щоб одна або декілька сторін припиняли або утримувалися від виробництва будь-якої продукції.

3.3.2. Інші положення, що охоплюються РБВ про спеціалізацію

194. Виключення, передбачене РБВ про спеціалізацію, також застосовується до певних положень, які зазвичай використовуються у виробничих угодах.

195. *Положення про передачу або ліцензування прав інтелектуальної власності одній або кільком сторонам.* Стаття 2(3) РБВ про спеціалізацію передбачає, що блокове виключення також застосовується до угод про спеціалізацію, які містять положення про передачу або ліцензування прав інтелектуальної власності одній або кільком сторонам, за умови, що ці положення відповідають двом сукупним умовам:

(a) вони безпосередньо пов'язані з угодою про спеціалізацію та є необхідними для її виконання; та

(b) вони не є основним предметом угоди.

196. *Положення про зобов'язання щодо постачання або купівлі.* Пункт (a) статті 2(4) РБВ про спеціалізацію передбачає, що блокове виключення також застосовується до угод про спеціалізацію, за якими сторони беруть на себе виключні зобов'язання з постачання та виключні зобов'язання з купівлі ⁽¹⁵⁷⁾, які визначаються наступним чином:

(a) *Зобов'язання щодо виключного постачання* означає зобов'язання не постачати спеціалізовану продукцію конкуруючому суб'єкту господарювання, який не є стороною або сторонами угоди (див. пункт (10) статті 1(1) РБВ про спеціалізацію). Спеціалізовані продукти означають продукти, вироблені за угодою про спеціалізацію (див. пункт (6) статті 1(1) РБВ про спеціалізацію).

(b) *Зобов'язання щодо виключної купівлі* означає зобов'язання купувати спеціалізовану продукцію лише у сторони або сторін угоди (див. пункт (11) статті 1(1) РБВ про спеціалізацію).

3.3.3. Дистрибуція за РБВ про спеціалізацію

197. Стаття 2(4), пункт (b) РБВ про спеціалізацію передбачає, що блокове виключення також застосовується до угод про спеціалізацію, які передбачають спільну дистрибуцію спеціалізованих продуктів. Сторони залишаються вільними також продавати спеціалізовані продукти самостійно.

198. Стаття 1(1), пункт (13) РБВ про спеціалізацію визначає «*дистрибуцію*» як продаж і постачання спеціалізованих продуктів клієнтам, включаючи комерціалізацію цих продуктів.

199. Стаття 1(1), пункт (12) РБВ про спеціалізацію визначає термін «*спільний*» у контексті дистрибуції як:

(a) дистрибуцію, що здійснюється спільною командою, спільною організацією або спільним підприємством, або

(b) дистрибуція, що здійснюється стороннім дистриб'ютором, який відповідає двом сукупним умовам:

(a) дистриб'ютор спільно призначений сторонами угоди про спеціалізацію (на виключній або невиключній основі); та

(b) дистриб'ютор не є фактичним або потенційним конкурентом сторін угоди про спеціалізацію.

3.3.4. Послуги в рамках РБВ про спеціалізацію

200. РБВ про спеціалізацію застосовується до угод про спеціалізацію, які стосуються підготовки послуг. Підготовка послуг означає діяльність, що передуює наданню послуг клієнтам (стаття 1(1), пункт (5) РБВ про спеціалізацію). Приклади підготовки послуг включають створення або експлуатацію платформи, через яку надаватимуться послуги.

201. Однак, як пояснюється в пункті 6 РБВ про спеціалізацію, надання послуг клієнтам не входить до сфери дії РБВ про спеціалізацію, за винятком випадків, коли сторони домовляються про спільне надання послуг, підготовлених відповідно до угоди про спеціалізацію.

3.3.5. Поріг ринкової частки та тривалість виключення

3.3.5.1. Поріг ринкової частки

202. Угоди про спеціалізацію можуть отримати переваги від блокового виключення за умови дотримання наступних порогових значень ринкової частки, встановлених у статті 3 РБВ про спеціалізацію:

(a) Сукупна ринкова частка сторін не перевищує 20 % на відповідному ринку (ринках), до якого (яких) належать спеціалізовані продукти.

(b) Якщо спеціалізовані продукти є проміжними продуктами, які повністю або частково використовуються однією або кількома сторонами як сировина для виробництва певних продуктів переробки та збуту, які сторони також продають, виключення, передбачене РБВ про спеціалізацію, є умовним:

(a) сукупна ринкова частка сторін не перевищує 20 % на відповідному(их) ринку(ах), до якого(их) належить спеціалізована продукція; та

(b) сукупна ринкова частка сторін не перевищує 20 % на відповідному ринку (ринках), до якого (яких) належить продукція переробки та збуту. РБВ про спеціалізацію визначає «продукт переробки та збуту» як продукт, для виробництва якого використовується спеціалізований продукт однією або кількома сторонами і який продається цими сторонами на ринку (стаття 1(1), пункт (7) РБВ про спеціалізацію).

3.3.5.2. Розрахунок ринкових часток

203. РБВ про спеціалізацію визначає, що ринкові частки сторін повинні розраховуватися на основі даних про ринкову вартість продажу (стаття 4(a) РБВ про спеціалізацію). Якщо дані про ринкову вартість продажу відсутні, сторони можуть використовувати іншу достовірну ринкову інформацію (включаючи обсяги продажу на ринку) для розрахунку своїх ринкових часток.

204. Поріг ринкової частки застосовується протягом усього строку дії угоди про спеціалізацію. Для оцінки відповідності цій умові ринкові частки сторін повинні бути розраховані на основі даних, що стосуються календарного року, який передує даті оцінки (стаття 4(b) РБВ про спеціалізацію).

205. У деяких випадках дані за попередній календарний рік не будуть репрезентативними щодо позиції сторін на відповідному ринку (ринках). Це може статися, наприклад, на ринках, що характеризуються нестабільним або нерегулярним попитом. Прикладом такого попиту може слугувати ринок тендерних закупівель, де частка ринку може суттєво змінюватися з року в рік залежно від того, чи отримує сторона контракт, чи ні. Якщо попередній календарний рік не є репрезентативним для позиції сторін на відповідному ринку (ринках), ринкова частка розраховується як середнє значення ринкових часток сторін за три попередні календарні роки.

3.3.5.3. Строк дії виключення

206. Виключення, передбачене РБВ про спеціалізацію, не є обмеженим у часі. Виключення застосовується протягом строку дії угоди про спеціалізацію за умови дотримання порогових значень ринкової частки та інших умов РБВ про спеціалізацію.

207. Стаття 4(d) РБВ про спеціалізацію передбачає, що якщо сукупна ринкова частка сторін спочатку не перевищує 20 %, але згодом зростає до 20 % принаймні на одному з відповідних ринків, що є предметом угоди про спеціалізацію, блокове виключення продовжує застосовуватися протягом двох послідовних календарних років, наступних за роком, в якому поріг у 20 % було вперше перевищено.

3.3.6. Жорсткі обмеження в РБВ про спеціалізацію

3.3.6.1. Жорсткі обмеження

208. Стаття 5 РБВ про спеціалізацію містить перелік жорстких обмежень. Жорсткі обмеження - це серйозні обмеження конкуренції, які в цілому завдають шкоди ринку та споживачам.

209. Якщо угода про спеціалізацію містить одне або більше жорстких обмежень, перелічених у статті 5 РБВ про спеціалізацію, то вся угода не підлягає виключенню з-під дії блокового виключення.

210. Жорсткі обмеження, перелічені в статті 5 РБВ про спеціалізацію, можна згрупувати в наступні категорії:

(а) фіксування цін при продажу спеціалізованої продукції третім особам;

(б) обмеження обсягів виробництва або продажу; та

(с) розподіл ринків або клієнтів.

211. Такі обмеження можуть бути досягнуті (а) прямо чи опосередковано, та (б) ізольовано або в поєднанні з іншими факторами, що перебувають під контролем сторін угоди про спеціалізацію.

3.3.6.2. Винятки

212. Стаття 5 РБВ про спеціалізацію також передбачає кілька винятків з жорстких обмежень. Таким чином, угоди про спеціалізацію, які включають ці винятки, все ще можуть отримати переваги від винятків, за умови, що інші умови спеціалізованої угоди будуть виконані.

(а) *Фіксація цін.* У контексті *спільної дистрибуції*, РБВ про спеціалізацію дозволяє фіксувати ціни, що стягуються з безпосередніх споживачів (стаття 5(а)).

(б) *Обмеження обсягів виробництва або продажу.*

(а) У контексті *односторонніх або взаємних угод про спеціалізацію*, РБВ про спеціалізацію дозволяє положення про узгоджену кількість продукції, яку (і) сторона або сторони припиняють виробляти та/або яку (ii) сторона або сторони виробляють для іншої сторони або сторін (стаття 5(б), пункт (i));

(б) У контексті *угод про спільне виробництво*, РБВ про спеціалізацію дозволяє положення про встановлення потужностей та обсягів виробництва для сторін щодо спеціалізованої продукції (стаття 5(б), пункт (ii));

(с) У контексті *спільної дистрибуції*, РБВ про спеціалізацію дозволяє положення, що встановлюють цільові показники збуту для спеціалізованих продуктів (стаття 5(б), пункт (iii)).

3.3.7. Відкликання переваги від РБВ про спеціалізацію

213. Статті 6 та 7 РБВ про спеціалізацію передбачають, що Комісія або НКВ (національні конкурентні відомства) можуть відкликати перевагу від блокового виключення згідно зі статтею 29(1) та статтею 29(2) Регламенту (ЄС) № 1/2003 відповідно, якщо в окремому випадку вони виявлять, що угода про спеціалізацію, на яку поширюється блокове

виключення, все ж має наслідки, несумісні зі статтею 101(3). Стаття 6(2) РБВ про спеціалізацію надає невичерпний перелік сценаріїв, в яких Комісія може розглянути можливість використання цього повноваження, а саме, коли відповідний ринок є висококонцентрованим і конкуренція вже є слабкою, наприклад, через будь-яку з наведених нижче причин:

- (a) індивідуальні ринкові позиції інших учасників ринку
- (b) зв'язки між іншими учасниками ринку, створені паралельними угодами про спеціалізацію;
- (c) зв'язків між сторонами та іншими учасниками ринку.

214. Наприклад, одна або декілька сторін угоди про спеціалізацію можуть бути сторонами окремих угод про спеціалізацію з іншими учасниками ринку. Або ж одна чи декілька сторін можуть мати договірні чи структурні зв'язки з іншими учасниками ринку, що стосуються інших ринків.

215. Настанови, наведені в Главі 2 про угоди про НДДКР, щодо процедури відкликання переваги блокового виключення в окремих випадках та наслідків відкликання, також стосуються відкликання переваги РБВ про спеціалізацію (див. Розділ 2.2.6).

3.3.8. *Перехідний період*

216. РБВ про спеціалізацію передбачає перехідний період тривалістю два роки (з 1 липня 2023 року до 30 червня 2025 року), протягом якого заборона, викладена в статті 101(1), не застосовується до угод про спеціалізацію, які вже є чинними на 30 червня 2023 року і не відповідають умовам виключення, передбаченим у РБВ про спеціалізацію; але відповідають умовам виключення, передбаченим у Регламенті Комісії (ЄС) № 1218/2010 ⁽¹⁵⁸⁾.

3.4. Індивідуальна оцінка виробничих угод відповідно до статті 101(1)

217. Якщо виробнича угода не підпадає під виключення, передбачене РБВ про спеціалізацію, необхідно провести індивідуальну оцінку за статтею 101. Першим кроком в оцінці є визначення того, чи обмежує угода конкуренцію в розумінні статті 101(1) ⁽¹⁵⁹⁾. Якщо угода обмежує конкуренцію в розумінні цього положення, другим кроком є визначення того, чи відповідає угода умовам статті 101(3) ⁽¹⁶⁰⁾.

3.4.1. *Основні питання, що стосуються конкуренції*

218. Виробничі угоди можуть викликати різні проблеми з точки зору конкуренції, в тому числі:

- (a) пряме обмеження конкуренції між сторонами;
- (b) координація конкурентної поведінки сторін як постачальників; або
- (c) антиконкурентне витіснення третіх осіб на побічному ринку.

219. Виробничі угоди можуть призвести до *прямого обмеження конкуренції між сторонами*. Виробничі угоди, і, зокрема, виробничі спільні підприємства ⁽¹⁶¹⁾, можуть

спонукати сторони до прямого узгодження обсягів виробництва, якості продукції, ціни, за якою спільне підприємство продає свою продукцію, або інших важливих параметрів конкуренції (наприклад, інноваційність або сталість). Це може обмежувати конкуренцію, навіть якщо сторони продають продукцію, вироблену за угодою, самостійно.

220. Виробничі угоди можуть також призвести до *координації конкурентної поведінки сторін як постачальників*, тобто до змови, що призводить до підвищення цін, зменшення обсягів виробництва, зниження якості продукції, зменшення різноманітності продукції або зниження рівня інновацій ⁽¹⁶²⁾. Результат змови є більш вірогідним у випадках, коли:

(а) сторони мають ринкову владу; та

(б) існують фактори, що сприяють такій координації, а саме:

(а) якщо виробнича угода збільшує спільність витрат сторін (тобто частку змінних витрат, які є спільними для сторін) до такої міри, що дозволяє їм досягти узгодженого результату, або

(б) якщо угода передбачає обмін комерційною таємницею, що може призвести до досягнення результату у змові.

221. Угоди про виробництво можуть також призвести до антиконкурентного витіснення третіх осіб на ринках переробки та збуту в ситуаціях, коли угода про виробництво стосується проміжного продукту, на який припадає значна частка змінних витрат кінцевого продукту, щодо якого сторони конкурують на ринках переробки та збуту. У такому випадку сторони можуть використовувати виробничу угоду для підвищення ціни на проміжний продукт і, таким чином, підвищити витрати своїх конкурентів на ринку переробки та збуту. Це може послабити конкуренцію у сфері переробки та збуту і призвести до підвищення кінцевих цін.

3.4.2. Обмеження конкуренції за предметом

222. Як правило, угоди, які передбачають (а) фіксацію цін, (б) обмеження обсягів виробництва або (с) розподіл ринків або клієнтів, обмежують конкуренцію за предметом.

223. Однак у контексті виробничих угод це не застосовується, якщо:

(а) сторони домовляються про обсяг виробництва, який *безпосередньо стосується виробничої угоди* (наприклад, потужність та обсяг виробництва спільного підприємства або узгоджений обсяг продукції, переданої на аутсорсинг), за умови, що конкуренція за іншими параметрами (наприклад, цінами) не усувається; або

(б) виробнича угода, яка також передбачає спільний розподіл спільно виробленої продукції, передбачає спільне *встановлення відпускних цін* на цю продукцію, і тільки на цю продукцію, за умови, що обмеження є об'єктивно необхідним для виконання угоди про спільне виробництво та розподіл і є пропорційним досягненню цілей цієї угоди.

224. Якщо виробнича угода не підпадає під заборону статті 101(1), оскільки вона має нейтральний або позитивний вплив на конкуренцію і містить обмеження на

встановлення цін, як зазначено в параграфі 223(b), це додаткове обмеження також не підпадає під заборону, встановлену в статті 101(1) ⁽¹⁶³⁾.

225. Якщо виробнича угода містить обмеження, пов'язане з обсягом виробництва, як зазначено в параграфі 223(a), яке не є допоміжним обмеженням, що не підпадає під заборону, встановлену в статті 101(1) ⁽¹⁶⁴⁾, необхідно оцінити, чи може така угода призвести до обмежувального впливу на конкуренцію в розумінні статті 101(1). Таке обмеження буде оцінюватися не окремо від виробничої угоди, а в світлі загального впливу всієї виробничої угоди.

3.4.3. Обмежувальні наслідки для конкуренції

226. Для того, щоб оцінити, чи має виробнича угода обмежувальні наслідки для конкуренції в розумінні статті 101(1), необхідно взяти до уваги різні фактори. До них відносяться

- (a) чи є сторони угоди фактичними або потенційними конкурентами ⁽¹⁶⁵⁾;
- (b) ситуацію, яка склалася б за відсутності угоди, в тому числі будь-які обмеження, які вона містить;
- (c) характеристики відповідного ринку та наявність у сторін угоди ринкової влади;
- (d) характер та обсяг співробітництва;
- (e) продукти, що є предметом співробітництва.

3.4.3.1. Виробничі угоди, які навряд чи призведуть до обмежувальних наслідків

227. Певні виробничі угоди навряд чи призведуть до обмежувальних наслідків:

- (a) виробничі угоди між суб'єктами господарювання, які не є фактичними або потенційними конкурентами. Такі угоди, як правило, здатні обмежувати конкуренцію лише тоді, коли вони містять положення, які забороняють конкуренцію з боку третіх осіб;
- (b) виробничі угоди, які дозволяють сторонам випускати продукт, який, виходячи з об'єктивних факторів, вони інакше не змогли б виробляти (наприклад, через свої технічні можливості), і які не призводять до змови щодо інших продуктів, за які сторони конкурують;
- (c) виробничі угоди, які впливають на ринки, на яких сторони не мають ринкової влади ⁽¹⁶⁶⁾, в тому числі угоди, на які поширюється дія повідомлення *De Minimis* ⁽¹⁶⁷⁾.

3.4.3.2. Ринкова влада

228. Лише якщо сторони угоди мають ринкову владу, вони зможуть вигідно утримувати ціни на рівні, вищому за конкурентний, або вигідно підтримувати обсяги виробництва, якість чи асортимент продукції на рівні, нижчому за конкурентний. Відправною точкою для аналізу ринкової влади є (a) індивідуальна та сукупна ринкова частка сторін. За цим зазвичай слідує (б) коефіцієнт концентрації та кількість гравців на ринку, (в)

динамічні фактори, такі як потенційний вихід на ринок та зміна ринкових часток, а також (г) інші відповідні фактори.

(а) Частки ринку

229. Малоімовірно, що суб'єкти господарювання матимуть ринкову владу нижче певного рівня ринкової частки.

230. *РБВ про спеціалізацію*: Спеціалізовані угоди (¹⁶⁸) отримують переваги від РБВ про спеціалізацію, якщо вони укладаються між сторонами, сукупна ринкова частка яких не перевищує 20 % на відповідних ринках (¹⁶⁹), та виконуються інші умови для РБВ про спеціалізацію.

231. *Поза межами РБВ про спеціалізацію*: Для горизонтальних виробничих угод, які не є угодами про спеціалізацію, як визначено в РБВ про спеціалізацію, у більшості випадків малоімовірно, що існує ринкова влада, якщо сторони угоди мають сукупну частку на ринку, що не перевищує 20 % на відповідних ринках.

232. Як пояснюється в параграфі 183, виробнича угода може мати побічні ефекти на ринках, розташованих вище, нижче або поруч з ринком, який безпосередньо стосується співпраці (наприклад, якщо угода стосується проміжної продукції, яка використовується як сировина для продуктів подальшого перероблення та збуту). Обмежувальні наслідки на побічних ринках є більш імовірними, якщо ринки є взаємозалежними, а сторони мають ринкову владу на побічному ринку.

233. *Частка на ринку понад 20 %*: Якщо сукупна частка сторін на ринку перевищує 20 %, необхідно оцінити обмежувальні наслідки угоди про розподіл продукції. Загалом, чим вищі сукупні ринкові частки сторін, тим вищий ризик того, що виробнича угода збільшить стимули для сторін підвищувати ціни (та/або знижувати якість та/або асортимент своєї продукції).

(б) Коефіцієнт ринкової концентрації

234. Загалом, на концентрованому ринку (тобто на ринку з обмеженою кількістю учасників) виробнича угода з більшою ймовірністю може призвести до обмежувального впливу на конкуренцію, ніж на неконцентрованому ринку. На концентрованому ринку угода про розподіл продукції може підвищити ризик змови, навіть якщо сторони мають лише помірну сукупну частку на ринку. Той факт, що сукупна частка сторін на ринку трохи перевищує 20 %, сам по собі не означає, що ринок є висококонцентрованим.

(в) Динамічні фактори

235. Навіть якщо ринкові частки сторін угоди та коефіцієнт ринкової концентрації є високими, ризики обмежувального впливу на конкуренцію можуть бути низькими, якщо ринок є динамічним, тобто таким, на якому часто відбувається вихід на ринок і часто змінюються ринкові частки.

(д) Інші фактори, що мають значення для оцінки ринкової влади

236. Кількість та інтенсивність зв'язків (наприклад, інших угод про співпрацю) між конкурентами на ринку; здатність споживачів змінювати постачальників та/або те, чи

конкуренти навряд чи збільшать пропозицію в разі підвищення цін, також можуть мати значення для оцінки того, чи мають сторони ринкову владу.

237. Крім того, якщо суб'єкт господарювання, що має ринкову владу на одному ринку, співпрацює з потенційним учасником, наприклад, з постачальником того самого товару на сусідньому географічному ринку, така угода може посилити ринкову владу суб'єкта господарювання. Це може призвести до обмежувальних наслідків для конкуренції, якщо (а) фактична конкуренція на ринку, на якому діє цей суб'єкт господарювання, вже є слабкою, та (б) загроза вступу на ринок є значним конкурентним обмеженням.

3.4.3.3. Пряме обмеження конкуренції між сторонами

238. Виробнича угода може прямо обмежувати конкуренцію між сторонами у різний спосіб. Наприклад:

(а) Сторони виробничого спільного підприємства можуть домовитися про обмеження обсягу виробництва спільного підприємства порівняно з обсягом виробництва, який вони могли б поставити на ринок, якби кожна з них вирішувала питання щодо обсягу виробництва самостійно;

(б) якщо основні характеристики продукції визначаються виробничою угодою, це може усунути конкуренцію між сторонами за ключовими параметрами (наприклад, якість та/або асортимент продукції або інновації), незалежно від того, чи передбачає угода також спільну дистрибуцію. Це занепокоєння особливо актуальне для галузей, де виробництво є основним видом економічної діяльності, таких як переробна промисловість або харчова промисловість;

(с) Спільне підприємство, яке стягує з учасників високу трансфертну ціну, може збільшити їхні виробничі витрати, що може призвести до підвищення цін на кінцеву продукцію. Конкуренти, які є терітіми сторонами, можуть виявити, що їм вигідно підвищити свої ціни у відповідь, сприяючи таким чином зростанню цін на відповідному ринку.

239. Загалом, виробничі угоди, які також передбачають спільну дистрибуцію (а саме спільний продаж продукції), несуть більший ризик обмежувальних наслідків, ніж виробничі угоди, які обмежуються лише виробництвом. Спільна дистрибуція наближає співпрацю до споживача і часто передбачає спільне встановлення цін та обсягів продажу, а саме практики, які несуть найбільші ризики для конкуренції.

3.4.3.4. Результат змови та антиконкурентне витіснення

240. Ймовірність досягнення результату в результаті змови та/або антиконкурентного витіснення залежить від ринкової влади сторін, а також від характеристик відповідного ринку. Здатність сторін досягти змови та/або антиконкурентного витіснення також може бути підвищена, *серед іншого*, завдяки спільності витрат або обміну інформацією, передбаченому виробничою угодою.

(а) Спільність витрат

241. Якщо одна або декілька сторін виробничої угоди мають ринкову владу і угода збільшує спільність витрат сторін до значного рівня, це може підвищити здатність сторін

досягти змови щодо цін (включаючи встановлення вищих цін на проміжну продукцію з метою примусового витіснення третіх сторін-конкурентів на ринках переробки та збуту).

242. Спільність витрат означає частку змінних витрат, які є спільними для сторін угоди. Відповідні витрати - це змінні витрати на продукцію, щодо якої сторони виробничої угоди конкурують. Таким чином, угода з меншою ймовірністю збільшить спільність витрат, якщо співпраця стосується продуктів, які вимагають дорогої комерціалізації (наприклад, нові або неоднорідні продукти, що вимагають дорогого маркетингу), або продуктів з високими транспортними витратами, і співпраця не включає спільний розподіл цих продуктів.

243. Зростання спільності витрат може також підвищити здатність сторін досягти результату змови на ринках переробки та збуту. Це може статися, наприклад, якщо виробнича угода стосується проміжного продукту, на який припадає значна частка змінних витрат кінцевого продукту, щодо якого сторони конкурують на наступних стадіях виробництва. У такому випадку сторони можуть використовувати виробничу угоду для підвищення ціни на проміжний продукт і, таким чином, підвищити кінцеві ціни ⁽¹⁷⁰⁾.

(b) Обмін інформацією

244. Виконання виробничої угоди може вимагати обміну комерційно важливою інформацією, наприклад, про виробничі витрати та процеси. Якщо сама виробнича угода не підпадає під заборону статті 101(1), оскільки вона має нейтральний або позитивний вплив на конкуренцію, обмін інформацією, який є допоміжним для цієї угоди, також не підпадає під цю заборону ⁽¹⁷¹⁾. Це стосується випадків, коли обмін інформацією є об'єктивно необхідним для виконання виробничої угоди і є пропорційним її цілям ⁽¹⁷²⁾. Наприклад, обмін інформацією про обсяги продажів і ціни може бути необхідним для виконання виробничої угоди, яка передбачає спільний розподіл, але, як правило, не буде необхідним, якщо угода не передбачає спільного розподілу.

245. Якщо обмін інформацією виходить за межі того, що є об'єктивно необхідним для виконання виробничої угоди або не є пропорційним її цілям, його слід оцінювати, використовуючи настанови, наведені в Главі 6 ⁽¹⁷³⁾. Якщо обмін інформацією підпадає під дію статті 101(1), він все одно може відповідати умовам статті 101(3).

3.5. Індивідуальна оцінка виробничих угод за статтею 101(3)

246. Якщо виробнича угода обмежує конкуренцію в розумінні статті 101(1) ⁽¹⁷⁴⁾ і не відповідає умовам виключення, передбаченого РБВ про спеціалізацію ⁽¹⁷⁵⁾, необхідно оцінити, чи відповідає угода чотирьом сукупним умовам статті 101(3), які описані в Розділі 1.2.7. Наступні фактори мають значення для застосування цих умов до угод про розподіл продукції.

3.5.1. Підвищення ефективності

247. Виробнича угода повинна сприяти вдосконаленню виробництва чи розподілу товарів або сприяти технічному чи економічному прогресу.

248. Виробничі угоди можуть сприяти підвищенню ефективності, наприклад, шляхом:

- (a) надання суб'єктам господарювання можливості заощаджувати витрати, які в іншому випадку вони б дублювали;
- (b) допомагаючи суб'єктам господарювання підвищити якість продукції шляхом поєднання взаємодоповнюючих навичок та ноу-хау;
- (c) надання можливості суб'єктам господарювання розширити асортимент продукції, чого в іншому випадку вони не могли б собі дозволити або не змогли б досягти;
- (d) надання суб'єктам господарювання можливості вдосконалити виробничі технології або випустити нові продукти (наприклад, екологічні продукти), чого вони інакше не змогли б зробити (наприклад, через свої технічні можливості);
- (e) стимулювання та надання суб'єктам господарювання можливості адаптувати свої виробничі потужності до раптового зростання попиту або падіння пропозиції на певні товари, що може призвести до дефіциту;
- (f) надання суб'єктам господарювання можливості виробляти продукцію з меншими витратами у випадках, коли співпраця дозволяє сторонам збільшити обсяги виробництва і коли граничні витрати знижуються зі збільшенням обсягів виробництва, тобто для досягнення економії на масштабах виробництва
- (g) забезпечення економії витрат за рахунок ефекту масштабу, якщо угода дозволяє сторонам збільшити кількість різних видів продукції, яку вони виробляють.

249. Таке підвищення ефективності може сприяти формуванню стійкого внутрішнього ринку. Наприклад, виробнича угода може підвищити стійкість шляхом переміщення виробництва в райони, ближчі до сталих джерел енергії.

3.5.2. Незамінність

250. Виробнича угода не повинна накладати обмеження, які не є необхідними для досягнення ефективності в розумінні статті 101(3).

251. Обмеження, які виходять за межі того, що є необхідним для досягнення підвищення ефективності, спричиненого виробничою угодою, не відповідають умовам статті 101(3). Наприклад, обмеження, накладені виробничою угодою на конкурентну поведінку сторін щодо випуску продукції поза межами співпраці, зазвичай не вважаються необхідними. Аналогічно, спільне встановлення цін не буде вважатися необхідним, якщо виробнича угода не передбачає спільного розподілу.

3.5.3. Передача споживачам

252. Виробнича угода повинна дозволяти споживачам отримувати справедливую частку отриманої вигоди. Підвищення ефективності, досягнуте за рахунок неминучих обмежень, повинно передаватися споживачам у тій мірі, яка переважає обмежувальні наслідки для конкуренції, наприклад, у вигляді нижчих цін або кращої якості чи різноманітності продукції.

253. Підвищення ефективності, яке приносить вигоду лише сторонам, або економія витрат, спричинена скороченням виробництва або розподілом ринку, не є достатніми для виконання умов статті 101(3).

254. Економія на змінних витратах з більшою ймовірністю перекладається на споживачів, ніж економія на постійних витратах ⁽¹⁷⁶⁾.

255. Більше того, чим вища ринкова влада сторін, тим менша ймовірність того, що вони перекладуть підвищення ефективності на споживачів в такій мірі, яка переважатиме обмежувальні наслідки для конкуренції.

3.5.4. Відсутність усунення конкуренції

256. Виробнича угода не повинна надавати сторонам можливість усунення конкуренції щодо значної частини відповідної продукції.

257. Ця умова має бути оцінена на відповідному ринку, до якого належить продукція, що є предметом угоди, та на будь-яких супутніх ринках, на яких угода має обмежувальні наслідки.

3.6. Угоди про спільне використання інфраструктури мобільних телекомунікацій

258. Цей розділ містить вказівки щодо конкурентної оцінки конкретного типу виробничих угод: угод про спільне використання інфраструктури мобільних телекомунікацій ⁽¹⁷⁷⁾ (далі в цьому розділі - «УСМ» (Угода про спільне використання мережі)). Це угоди, відповідно до яких оператори мобільних телекомунікаційних мереж спільно використовують частини своєї мережевої інфраструктури, несуть операційні витрати та витрати на подальшу модернізацію і технічне обслуговування ⁽¹⁷⁸⁾. Мережі зв'язку є особливо важливими для розвитку цифрової економіки та суспільства і мають відношення практично до всіх підприємств та споживачів. Оператори мобільних телекомунікаційних мереж часто об'єднують свої ресурси для того, щоб пропонувати мобільні телекомунікаційні послуги більш економічно ефективно.

259. УСМ можуть передбачати спільне використання базової інфраструктури майданчика, такої як щогли, шафи, антени або джерела живлення («пасивне спільне використання» або «спільне використання майданчика»). Оператори мобільних телекомунікаційних мереж можуть також спільно використовувати обладнання мережі радіодоступу (RAN) на майданчиках, наприклад, базові приймально-передавальні станції або вузли контролерів («активне спільне використання» або «спільне використання RAN»), або їхній спектр, наприклад, смуги частот («спільне використання спектру») ⁽¹⁷⁹⁾. УСМ можуть передбачати географічну сегментацію, коли оператори мобільних телекомунікаційних мереж розподіляють свої обов'язки щодо встановлення, обслуговування та експлуатації інфраструктури та обладнання на відповідних територіях.

260. Комісія визнає, що УСМ можуть забезпечити переваги з точки зору скорочення витрат і поліпшення якості та вибору. Наприклад, скорочення витрат на розгортання та обслуговування може принести користь споживачам у вигляді нижчих цін або більших інвестицій в інфраструктуру. Аналогічно, швидше розгортання нових мереж і технологій, ширше покриття або щільніша мережа можуть призвести до покращення якості послуг і більшого розмаїття продуктів і послуг. УСМ також можуть сприяти появі конкуренції, яка в іншому випадку не існувала б ⁽¹⁸⁰⁾. Комісія також з'ясувала, що УСМ дозволяють операторам мобільних телекомунікаційних мереж отримати доступ до більших і ефективніших мереж ⁽¹⁸¹⁾, без необхідності консолідації шляхом злиття.

261. Комісія вважає, що, в принципі, УСМ, включаючи розподіл спектру, не обмежують конкуренцію за предметом у розумінні статті 101(1), якщо тільки вони не слугують інструментом для участі в картельній змові.

262. Однак, УСМ можуть призвести до обмежувальних наслідків для конкуренції. Вони можуть обмежувати інфраструктурну конкуренцію, яка мала б місце за відсутності угоди ⁽¹⁸²⁾. Зменшення конкуренції в інфраструктурі може, в свою чергу, обмежити конкуренцію у сфері надання мобільних телекомунікаційних послуг, як на оптовому, так і на роздрібному рівні. Це пов'язано з тим, що більш обмежена конкуренція на інфраструктурному рівні може вплинути на такі параметри конкуренції, як кількість, розташування та встановлена ємність інфраструктурних об'єктів, наявність транзитних з'єднань ⁽¹⁸³⁾ для об'єктів, де сторони УСМ спільно розміщують своє обладнання мобільного зв'язку, терміни розгортання нових об'єктів, а також обсяг встановленої ємності на кожному об'єкті ⁽¹⁸⁴⁾, що, в свою чергу, може вплинути на якість послуг та ціни на оптовому та роздрібному рівнях.

263. УСМ можуть також зменшити незалежність сторін у прийнятті рішень та обмежити їхню здатність або стимули до участі в інфраструктурній конкуренції одна з одною. Це, в свою чергу, може зменшити гнучкість сторін у впровадженні інновацій та диференціації технологій/продуктів на оптовому та роздрібному ринках мобільних телекомунікацій і, таким чином, обмежити конкуренцію між ними ⁽¹⁸⁵⁾. Таким чином, угоди про спільне використання інфраструктури мобільного зв'язку - через їх вплив на структуру ринку - можуть завдати шкоди кінцевим споживачам, призвівши до зменшення вибору, зниження якості послуг, а також до затримок у впровадженні інновацій ⁽¹⁸⁶⁾. Наприклад, це може статися через певні технічні ⁽¹⁸⁷⁾, договірні ⁽¹⁸⁸⁾ або фінансові умови в угоді ⁽¹⁸⁹⁾. Якщо сторони УСМ є конкурентами, обмін комерційно важливою інформацією між ними також може викликати занепокоєння щодо конкуренції, якщо обмін інформацією перевищує об'єктивно необхідний і пропорційний для виконання угоди.

264. УСМ завжди потребують індивідуальної оцінки відповідно до статті 101 ⁽¹⁹⁰⁾. Залежно від обставин справи, деякі або всі з наведених нижче факторів можуть мати значення для оцінки:

(a) тип і глибина спільного використання (в тому числі ступінь незалежності, що зберігається за операторами мобільних телекомунікаційних мереж) ⁽¹⁹¹⁾;

(b) обсяг спільних послуг та спільних технологій, мета спільного використання (спектру), тривалість та структура співпраці, передбачена угодами;

(c) географічний обсяг та охоплення ринку УСМ (наприклад, охоплення населення та чи стосується угода густонаселених районів) ⁽¹⁹²⁾;

(d) характеристики та структура відповідного ринку (ринкові частки сторін, обсяг спектру, яким володіють сторони, тіснота конкуренції між сторонами, кількість операторів поза угодою та ступінь конкурентного тиску, який вони чинять, бар'єри для входу на ринок, угоди з третіми сторонами (наприклад, сторонніми власниками компонентів мережевої інфраструктури або сторонніми постачальниками послуг, наприклад, постачальниками послуг вишок));

(е) кількість УСМ на відповідному ринку, а також кількість та ідентифікаційні дані мережевих операторів, що беруть участь у ньому.

265. Хоча завжди буде потрібна оцінка кожного окремого випадку на основі вищезазначених факторів, Комісія вважає, що для того, щоб УСМ не розглядався *prima facie* як такий, що може мати обмежувальні наслідки у значенні Статті 101(1), він повинен відповідати, як мінімум, наступним умовам:

(а) Кожен з операторів-учасників контролює та експлуатує свою власну основну мережу, і не існує жодних технічних, договірних, фінансових чи інших перешкод, які б заважали кожному оператору в односторонньому порядку здійснювати розгортання та модернізацію інфраструктури, які він бажає здійснити;

(b) Оператори-учасники здійснюють незалежну роздрібну та оптову діяльність (незалежність у прийнятті технічних та комерційних рішень). Це включає свободу встановлювати ціни на свої послуги, визначати параметри продукту/паketу та диференціювати свої послуги на основі якості та інших параметрів;

(с) Оператори-учасники зберігають можливість дотримуватися незалежних стратегій використання спектру ⁽¹⁹³⁾;

(d) Оператори-учасники не обмінюються комерційно важливою інформацією, окрім тієї, яка є суворо необхідною для функціонування спільного використання інфраструктури мобільного зв'язку, і, за необхідності, встановлені бар'єри для обміну інформацією.

266. Нарешті, для різних типів угод про спільне використання інфраструктури мобільного зв'язку надаються наступні загальні рекомендації ⁽¹⁹⁴⁾:

(а) Угоди про пасивне спільне використання ⁽¹⁹⁵⁾ навряд чи призведуть до обмежувального впливу на конкуренцію за умови, що (і) оператори мережі зберігають значний ступінь незалежності та гнучкості у визначенні своєї комерційної стратегії, характеристик своїх послуг та інвестицій у мережу та (ii) доступ до пасивної інфраструктури на відповідному ринку не обмежений (у цьому відношенні відповідними факторами, які слід враховувати, є, наприклад, регуляторні зобов'язання або існуючі комерційні домовленості, що обмежують такий доступ);

(b) угоди про активне спільне використання ⁽¹⁹⁶⁾ з більшою ймовірністю можуть призвести до обмежувальних наслідків для конкуренції. Це пояснюється тим, що порівняно з пасивним спільним використанням, активне спільне використання, як правило, передбачає більш широке співробітництво щодо компонентів мережі, які можуть впливати не лише на покриття, але й на незалежне розгортання пропускну здатності;

(с) угоди про спільне використання спектра (також відомі як «об'єднання спектра») є більш далекосяжною формою співпраці і можуть ще більше обмежити здатність сторін диференціювати свої роздрібні та/або оптові пропозиції та безпосередньо обмежити конкуренцію між ними ⁽¹⁹⁷⁾. Хоча спільне використання радіочастотного спектру може бути дозволено регуляторними органами, коли вони надають права на використання радіочастотного спектру, ⁽¹⁹⁸⁾ ці угоди вимагають більш ретельної оцінки за статтею 101, ніж інші форми спільного використання мережі ⁽¹⁹⁹⁾.

3.7. Приклади

267. Пряме обмеження конкуренції

Приклад 1

Ситуація: Компанії А та Б, два постачальники товару Х, вирішили закрити свої старі виробничі потужності та побудувати новий більший та ефективніший виробничий завод, яким керуватиме спільне підприємство, що матиме більшу потужність, ніж сумарна потужність старих заводів компаній А та Б. Конкуренти використовують свої існуючі виробничі потужності на повну силу та не мають планів щодо розширення виробництва. Компанії А та Б мають ринкові частки 20 % та 25 % відповідно на відповідному ринку товару Х. Ринок є концентрованим та стагнующим, на ньому не було нових гравців, а ринкові частки були стабільними протягом тривалого часу. Виробничі витрати складають основну частину змінних витрат компаній А та Б на продукт Х. Комерціалізація є другорядним видом економічної діяльності з точки зору витрат та стратегічної важливості порівняно з виробництвом: витрати на маркетинг є низькими, оскільки продукт Х є однорідним та усталеним, а транспорт не є ключовим фактором конкуренції.

Аналіз:

Застосування РБВ про спеціалізацію: РБВ про спеціалізацію не застосовується, оскільки сукупна ринкова частка сторін перевищує 20 % на відповідному ринку товару Х. Тому необхідно провести індивідуальну оцінку виробничої угоди.

Індивідуальна оцінка за статтею 101(1): Якщо спільне підприємство призводить до того, що компанії А і В поділяють більшу частину своїх змінних витрат на продукт Х, це, ймовірно, безпосередньо обмежує конкуренцію між ними. Спільне підприємство також може призвести до того, що сторони обмежать обсяги виробництва продукту Х порівняно з обсягами виробництва, які вони могли б поставити на ринок, якби кожна сторона вирішувала питання про обсяги виробництва незалежно. У світлі обмежень, які конкуренти чинитимуть щодо виробничих потужностей, таке обмеження виробництва може призвести до підвищення цін.

Таким чином, виробниче спільне підприємство, ймовірно, обмежуватиме конкуренцію в розумінні статті 101(1) на ринку товару Х.

Індивідуальна оцінка за статтею 101(3): Заміна двох старих малих виробничих підприємств новим заводом може призвести до того, що спільне підприємство збільшить випуск продукції за нижчими цінами на користь споживачів. Однак виробнича угода відповідатиме умовам статті 101(3) лише в тому випадку, якщо сторони зможуть продемонструвати, що підвищення ефективності буде суттєвим і, ймовірно, буде передано споживачам в такій мірі, що воно переважатиме обмежувальні наслідки для конкуренції.

268. Результати змови та зв'язки між конкурентами

Приклад 2

Ситуація: Два постачальники, компанії А та В, створюють спільне підприємство для виробництва товару Y. Компанії А та В мають частки ринку відповідно 15 % та 10 % на ринку товару Y. На ринку є ще три гравці: Компанія С з часткою ринку 30 %, Компанія D з часткою ринку 25 % та Компанія Е з часткою ринку 20 %. Компанія В вже має спільне виробництво з компанією D. Продукт Y є однорідним, технологія його виробництва проста, а змінні витрати постачальників дуже схожі.

Аналіз

Застосування РБВ про спеціалізацію: РБВ про спеціалізацію не застосовується, оскільки сукупна ринкова частка сторін перевищує 20 % на відповідному ринку товару Y. Тому необхідно провести індивідуальну оцінку виробничої угоди.

Індивідуальна оцінка за статтею 101(1): Ринок характеризується дуже малою кількістю гравців, які мають схожі ринкові частки та схожі змінні виробничі витрати. Спільне підприємство між компаніями А і В створить додатковий зв'язок між постачальниками на ринку, *фактично* збільшуючи концентрацію на ринку, оскільки воно також пов'яже компанію D з компаніями А і В. Така співпраця, ймовірно, збільшить ризик змови і, таким чином, може обмежити конкуренцію в розумінні статті 101(1).

Індивідуальна оцінка за статтею 101(3): Умови статті 101(3) будуть виконані лише за наявності значного підвищення ефективності, яке переноситься на споживачів в такій мірі, що переважає обмежувальні наслідки для конкуренції. Однак у цьому прикладі, враховуючи однорідний характер товару Y та простоту технології, що лежить в його основі, це видається малоімовірним.

269. Антиконтурентне витіснення

Приклад 3

Ситуація Компанії А та В створили спільне підприємство з виробництва проміжного продукту X, яке охоплює все виробництво продукту X. Продукт X є ключовим ресурсом для виробництва продукту Y, і жодні інші види продукції не можуть бути замінені як ресурси. Витрати на виробництво продукту X складають 50 % змінних витрат на кінцевий продукт Y, за який компанії А та Б також конкурують на наступних стадіях виробництва. Компанії А та В мають по 20 % на ринку переробки продукту Y. Вхід на цей ринок переробки обмежений, а ринкові частки стабільні протягом тривалого часу. Крім покриття власного попиту на продукт X (внутрішнє використання), компанії А та Б мають по 30 % ринку продукту X (продаж третім особам). На ринку товару X існують високі бар'єри для входу, а існуючі виробники працюють майже на повну силу. На ринку продукту Y є ще два значних постачальники, кожен з яких має частку ринку 15 %, і кілька менших конкурентів. Спільне підприємство генерує економію від масштабу у вигляді скорочення постійних витрат на утримання штаб-квартир сторін.

Аналіз

Застосування РБВ про спеціалізацію: РБВ про спеціалізацію не застосовується, оскільки сукупна ринкова частка сторін перевищує 20 % як на ринку проміжного продукту X, так і на ринку продукту переробки Y. Тому необхідно провести індивідуальну оцінку виробничої угоди.

Індивідуальна оцінка за статтею 101(1): Завдяки виробничому спільному підприємству та високій сукупній частці на ринку переробки та збуту продукту X, компанії А та Б зможуть значною мірою контролювати постачання необхідних ресурсів X своїм конкурентам на ринку переробки та збуту продукту Y. Це, ймовірно, дасть компаніям А та Б можливість підвищувати витрати своїх конкурентів, штучно збільшуючи ціну на X або зменшуючи обсяги виробництва. Це може призвести до витіснення конкурентів Компаній А та Б на ринку Y. Через таку ймовірність антиконкурентного витіснення на ринку переробки та збуту, ця угода, ймовірно, обмежуватиме конкуренцію в розумінні статті 101(1).

Індивідуальна оцінка за статтею 101(3): Економія на масштабах виробництва, отримана спільним підприємством, обмежується фіксованими витратами і навряд чи переважить обмежувальні наслідки для конкуренції, а тому ця угода навряд чи відповідатиме умовам статті 101(3).

270. Виробнича угода як розподіл ринку

Приклад 4

Ситуація Компанії А та В виробляють товари X та Y. Компанія А має частку ринку 30 % на ринку товару X та частку 10 % на ринку товару Y. Компанія В має частку ринку 10 % на ринку товару X та частку 30 % на ринку товару Y. Для досягнення економії на масштабах виробництва компанії А та В укладають виробничу угоду, відповідно до якої компанія А вироблятиме лише товар X, а компанія В - лише товар Y. Угода не передбачає, що сторони здійснюватимуть перехресні поставки цих товарів одна одній. В результаті, згідно з угодою, компанія А продаватиме лише товар X, а компанія В - лише товар Y. Сторони стверджують, що, спеціалізуючись таким чином, вони отримають значну економію постійних витрат за рахунок ефекту масштабу, а також, що, зосередившись на виробництві лише одного товару, вони вдосконалять свої виробничі технології, що призведе до підвищення якості продукції.

Аналіз

Застосування РБВ про спеціалізацію: РБВ про спеціалізацію не застосовується, оскільки сукупна ринкова частка сторін перевищує 20 % на кожному з відповідних ринків товарів X та Y. У будь-якому випадку, угода не кваліфікується як угода про взаємну спеціалізацію відповідно до визначення спеціалізованого аналізу, оскільки сторони не погоджуються постачати одна одній товари, які вони, відповідно, припиняють виробляти. Тому необхідна індивідуальна оцінка угоди.

Індивідуальний аналіз за статтею 101(1): Згідно з угодою, компанії А та В погоджуються припинити виробництво (та продаж) продукції, щодо якої вони конкурують. Таким чином, угода має на меті обмеження конкуренції в розумінні статті 101(1).

Індивідуальна оцінка за статтею 101(3): Передбачуване підвищення ефективності, отримане в результаті угоди (зменшення постійних витрат і вдосконалення технології виробництва), пов'язане з розподілом ринку, тому воно навряд чи переважає обмежувальні наслідки угоди, а отже, угода не відповідає умовам статті 101(3). У будь-якому випадку, якщо компанія А або В вважає, що було б ефективніше зосередитися лише на одному продукті, вони можуть просто прийняти одностороннє рішення

виробляти лише X або Y, не погоджуючись з тим, що інша компанія буде зосереджуватися на виробництві іншого продукту.

271. Потенційні конкуренти

Приклад 5

Ситуація: Компанія А виробляє кінцевий продукт X, а компанія Б - кінцевий продукт Y. Продукти X та Y належать до окремих товарних ринків, на яких компанії А та Б мають ринкову владу, причому частки кожного з них перевищують 20 %. Обидві компанії використовують продукт Z як сировину для виробництва продуктів X та Y, і обидві виробляють продукт Z лише для власного споживання. Продукт X може бути вироблений шляхом простого перетворення Z, і компанія В здійснила підготовку до виходу на ринок продукту X, і видається реалістичним, що вона вийде на цей ринок в наступному році. Компанії А та Б домовляються про спільне виробництво Z, що забезпечує помірну економію на масштабах виробництва, та припиняють самостійне виробництво Z. В рамках угоди компанія Б зобов'язується не виходити на ринок продукту X протягом наступних п'яти років.

Аналіз

Застосування РБВ про спеціалізацію: РБВ про спеціалізацію не застосовується, оскільки поріг у 20 % ринкової частки перевищено на ринках кінцевих продуктів X та Y. Ці ринки є релевантними для застосування порогового значення ринкової частки, оскільки продукт, що є предметом виробничої угоди (проміжний продукт Z), використовується сторонами як сировина для виробництва X та Y.

Індивідуальна оцінка за статтею 101(1): Компанії А та Б не є фактичними конкурентами щодо продуктів X, Y або Z. Однак, зважаючи на свій план виходу на ринок продукту X протягом одного року, компанія Б є потенційним конкурентом компанії А на цьому ринку. Таким чином, угода про спільне виробництво обмежує конкуренцію на ринку товару X у розумінні статті 101(1), усуваючи обмеження, пов'язані із запланованим виходом Компанії Б на ринок.

Індивідуальна оцінка за статтею 101(3): Умови статті 101(3) навряд чи будуть виконані, оскільки підвищення ефективності у вигляді економії на масштабах виробництва, що генерується угодою про спільне виробництво, є помірним, тому воно навряд чи переважить обмежувальні наслідки угоди для конкуренції на ринку продукту X, де Компанія А має ринкову владу.

272. Обмін інформацією

Приклад 6

Ситуація: Компанії А та В виробляють товар Z, товарну хімічну речовину. Z є однорідним продуктом, який виробляється відповідно до європейського стандарту, що не допускає жодних варіацій продукту. Виробничі витрати є значною складовою загальної собівартості продукту Z. Компанія А має частку ринку 20 %, а компанія Б - 25 % на загальноєвропейському ринку Z. На ринку є ще чотири інші виробники, частки яких становлять 20 %, 15 %, 10 % та 10 % відповідно. Виробничий завод компанії А розташований у державі-члені X на півночі Європи, тоді як виробничий завод компанії

Б розташований у державі-члені Y на півдні Європи. Незважаючи на те, що більшість клієнтів Компанії А знаходяться в Північній Європі, Компанія А також має ряд клієнтів у Південній Європі. Більшість клієнтів Компанії Б знаходяться в Південній Європі, хоча вона також має ряд клієнтів, розташованих у Північній Європі. Наразі компанія А постачає своїм південноєвропейським клієнтам товар Z, вироблений на її заводі на півночі держави-члена X, і перевозить його до південної Європи вантажівками. Аналогічно, компанія В постачає своїм північноєвропейським клієнтам товар Z, вироблений у південній державі-члені Y, і перевозить його в Північну Європу вантажівками. Транспортні витрати досить високі, але не настільки, щоб зробити поставки компанії А до Південної Європи або компанії Б до Північної Європи збитковими.

Компанії А та В вирішують, що було б ефективніше, якби компанія А припинила перевезення Z з країни-члена X до Південної Європи, а компанія В припинила перевезення Z з країни-члена Y до Північної Європи. Однак обидві компанії хочуть зберегти своїх існуючих клієнтів. Для цього компанії А та Б мають намір укласти угоду про обмін (swap agreement), яка дозволить їм купувати узгоджену річну кількість Z з заводу іншої сторони з метою продажу придбаного Z своїм клієнтам, які розташовані ближче до заводу іншої сторони. Для того, щоб розрахувати закупівельну ціну, яка б не надавала перевагу одній стороні над іншою і яка б належним чином враховувала різні виробничі витрати сторін та різну економію на транспортних витратах, а також для того, щоб обидві сторони могли досягти відповідної маржі, вони погоджуються розкрити один одному свої витрати, пов'язані з продуктом Z (а саме, виробничі витрати та транспортні витрати).

Аналіз

Застосування РБВ про спеціалізацію: РБВ про спеціалізацію не застосовується, оскільки угода про обмін не відповідає жодному з типів угод, на які поширюється дія РБВ про спеціалізацію.

Індивідуальна оцінка за статтею 101(1): Той факт, що компанії А та В, які є конкурентами, обмінюються частиною своєї продукції, сам по собі не викликає занепокоєння щодо конкуренції. Однак, угода також передбачає обмін інформацією між сторонами про виробничі та транспортні витрати на продукт Z, щодо якого вони конкурують. Обмін інформацією між конкурентами перевищує той, що є необхідним для виконання угоди про обмін. Враховуючи відносно концентровану структуру ринку, однорідний характер товару Z та той факт, що виробничі та транспортні витрати є основною складовою загальної собівартості товару, а отже, важливим параметром конкуренції, обмін інформацією може призвести до змови між учасниками. Зважаючи на значні частки сторін на ринку, угода, ймовірно, обмежуватиме конкуренцію в розумінні статті 101(1).

Індивідуальна оцінка за статтею 101(3): Угода сприятиме підвищенню ефективності у вигляді економії витрат для сторін, однак зміст обміну інформацією не є обов'язковим для досягнення ефективності. Сторони могли б досягти аналогічної економії витрат, домовившись про формулу ціни, яка не передбачає розкриття їхніх виробничих і транспортних витрат. Отже, у своїй нинішній формі угода про обмін не відповідає умовам статті 101(3).

4. УГОДИ ПРО ЗАКУПІВЛЮ

4.1. Вступ

273. Ця Глава містить настанови щодо оцінки угод про спільну закупівлю продукції більш ніж одним суб'єктом господарювання. Спільні закупівлі передбачають об'єднання закупівельної діяльності і можуть здійснюватися різними способами, у тому числі через спільно контрольовану компанію, через компанію, в якій суб'єкти господарювання володіють неконтрольованими частками, через кооператив, на основі договірних домовленостей або більш вільних форм співпраці, наприклад, коли представник веде переговори або укладає угоди про закупівлю від імені кількох суб'єктів господарювання («угоди про спільну закупівлю»).

274. Угоди про спільні закупівлі існують у різних секторах економіки. Вони можуть передбачати здійснення учасниками спільних закупівель або обмежуватися спільними переговорами з постачальником щодо закупівельних цін, складових закупівельної ціни або інших умов, залишаючи фактичні операції закупівлі для укладення кожною стороною окремо на основі спільно узгоджених цін та/або умов. Кожного разу, коли в цій Главі йдеться про спільні закупівлі, це охоплює як спільні закупівлі, так і спільні переговори щодо (компонентів) закупівельних цін або інших умов та положень. Угода про спільні закупівлі може також передбачати додаткові заходи, такі як спільне транспортування, контроль якості та складування, що дозволяє уникнути дублювання витрат на доставку. Залежно від сектору, покупці можуть споживати спільно придбану продукцію або використовувати її як сировину для власної діяльності, як, наприклад, у випадку з енергоносіями або добривами. Крім того, покупці можуть перепродавати продукцію, як, наприклад, у випадку споживчих товарів, що швидко обертаються (наприклад, продукти харчування, товари для дому чи особистої гігієни тощо), або побутової електроніки. Групи незалежних роздрібних торговців, роздрібні мережі або групи роздрібних торговців, які здійснюють спільні закупівлі, часто називають «альянсами роздрібною торгівлі» ⁽²⁰⁰⁾.

275. Угоди про спільні закупівлі, як правило, мають на меті створити певний рівень купівельної спроможності по відношенню до постачальників, якого окремі учасники угоди про спільні закупівлі не змогли б досягти, якби діяли незалежно. Купівельна спроможність угоди про спільні закупівлі може призвести до зниження цін, розширення асортименту або підвищення якості продукції для споживачів. Це також може дозволити учасникам, зокрема, меншим суб'єктам господарювання, отримати кращі умови закупівель і, таким чином, залишатися конкурентоспроможними на ринку(ах) переробки та збуту, коли вони стикаються з сильними конкурентами. Суб'єкти господарювання можуть також брати участь у спільних закупівлях з метою запобігання дефіциту або усунення перебоїв у виробництві певної продукції, уникаючи таким чином переривання ланцюга поставок. Однак за певних обставин спільні закупівлі можуть також викликати занепокоєння щодо конкуренції, як зазначено в Розділі 4.2.3.

276. Домовленості про спільні закупівлі можуть передбачати як горизонтальні, так і вертикальні угоди. У таких випадках необхідно провести двоетапний аналіз. По-перше, горизонтальна угода (угоди) між конкуруючими підприємствами, які беруть участь у спільних закупівлях, або рішення, прийняті об'єднанням підприємств-закупівельників, повинні бути оцінені відповідно до принципів, викладених у цих Керівних принципах. Якщо така оцінка призводить до висновку, що угода про спільні закупівлі не викликає занепокоєння щодо конкуренції, необхідно провести подальшу оцінку будь-яких вертикальних угод між угодою про спільні закупівлі та її окремими учасниками, а також між угодою про спільні закупівлі та постачальниками. Такі вертикальні угоди повинні

оцінюватися з використанням VBER та Вертикальних керівних принципів. Вертикальні угоди, які не охоплюються VBER, не вважаються незаконними, але потребують індивідуальної оцінки відповідно до статті 101.

4.2. Оцінка за статтею 101(1)

4.2.1. Основні проблеми конкуренції

277. Угоди про спільні закупівлі між фактичними або потенційними конкурентами можуть призвести до обмеження конкуренції на ринку або ринках купівлі та/або продажу на видобувному та/або переробному підприємствах, таких як підвищення цін або зменшення обсягів виробництва, якості або різноманітності продукції, інновацій, розподілу ринку або антиконкурентного витіснення інших покупців.

4.2.2. Обмеження конкуренції за предметом

278. Домовленості про спільні закупівлі, як правило, не становлять обмеження конкуренції за предметом, якщо вони дійсно стосуються спільних закупівель, а саме, коли два або більше покупців спільно проводять переговори та укладають угоду з певним постачальником щодо однієї або кількох торговельних умов, які регулюють постачання продукції покупцям, що співпрацюють між собою.

279. Угоди про спільні закупівлі слід відрізнити від картелів покупців, які мають на меті обмеження конкуренції на внутрішньому ринку всупереч статті 101(1) ⁽²⁰¹⁾. Картелі покупців - це угоди або узгоджені дії між двома або більше покупцями, які, не беручи участі у спільних переговорах з постачальником:

(а) координують індивідуальну конкурентну поведінку цих покупців на ринку закупівель або впливають на відповідні параметри конкуренції між ними за допомогою таких дій, як, зокрема, встановлення або узгодження закупівельних цін або їхніх складових (включаючи, наприклад, угоди про встановлення заробітної плати або несплату певної ціни за товар); розподіл квот на закупівлю або розподіл ринків та постачальників; або

(б) впливають на індивідуальні переговори цих покупців з постачальниками або на їхні індивідуальні закупівлі у постачальників, наприклад, шляхом координації переговорних стратегій покупців або обміну інформацією про стан таких переговорів з постачальниками.

280. Якщо покупці мають справу з постачальниками індивідуально (тобто не беруть участі у спільних переговорах з постачальником), вони повинні приймати рішення про закупівлю самостійно і не повинні усувати стратегічну невизначеність між собою щодо своєї майбутньої поведінки на ринку за допомогою угод або узгоджених дій. Покупці не можуть попередньо узгоджувати між собою одну або декілька умов закупівлі (ціна, кількість, джерело постачання, якість або інші параметри конкуренції) до того, як кожен покупець окремо проведе переговори з постачальником та здійснить закупівлю у нього.

281. Картель покупців може також існувати, коли покупці погоджуються обмінюватися між собою комерційно важливою інформацією про свої індивідуальні наміри щодо закупівель або про свої переговори з постачальниками поза межами будь-якої реальної угоди про спільні закупівлі, яка взаємодіє з постачальниками колективно, від імені своїх

членів ⁽²⁰²⁾. Це стосується, зокрема, обміну інформацією між покупцями про закупівельні ціни, які вони сплачуватимуть (максимальні ціни, мінімальні знижки та інші аспекти цін), інші умови закупівлі, джерела постачання (як з точки зору постачальників, так і з точки зору територій), обсяги та кількість, якість або інші параметри конкуренції (наприклад, строки, доставка та інновації).

282. Картель покупців за своєю природою виявляє достатній ступінь шкоди для конкуренції, щоб не було необхідності оцінювати наслідки, які він може мати. Таким чином, за умови, що він впливає на торгівлю між державами-членами, він становитиме обмеження конкуренції за предметом у розумінні статті 101(1). Таким чином, оцінка картелів покупців, на відміну від оцінки угод про спільні закупівлі, в принципі, не вимагає визначення відповідного ринку (ринків), розгляду ринкової позиції покупців на попередньому ринку закупівель або того, чи конкурують вони на наступному ринку продажу ⁽²⁰³⁾. Наступні фактори зменшують ймовірність того, що угода про закупівлю, укладена між покупцями, буде становити картель покупців:

(а) Угода про спільні закупівлі дає зрозуміти постачальникам, що переговори ведуться від імені її учасників і що учасники будуть зобов'язані дотримуватися погоджених умов для своїх індивідуальних закупівель, або що спільна закупівельна організація здійснює закупівлі від імені своїх учасників.

Угода про спільні закупівлі дає зрозуміти постачальникам, що переговори ведуться від імені її учасників і що учасники будуть зобов'язані дотримуватися погоджених умов для своїх індивідуальних закупівель, або що угода про спільні закупівлі здійснює закупівлі від імені своїх учасників. Однак постачальники не зобов'язані вживати заходів для того, щоб дізнатися про існування угоди про спільні закупівлі, наприклад, через третіх осіб або з повідомлень у пресі. З огляду на це, таємність не є вимогою для створення картелю покупців ⁽²⁰⁴⁾.

(б) Учасники угоди про спільні закупівлі визначили форму, обсяг і функціонування своєї співпраці в письмовій угоді, щоб її відповідність статті 101 можна було перевірити *ex post* і порівняти з фактичним функціонуванням угоди про спільні закупівлі. Однак письмова угода сама по собі не може захистити угоду від застосування конкурентного законодавства.

283. Угоди про спільні закупівлі можуть також сприяти або слугувати інструментом для участі в картелі продавців, тобто в угоді між конкурентами про фіксацію цін продажу, обмеження обсягів виробництва або розподіл ринків чи клієнтів на нижчих ринках продажу. У такому випадку угода про спільну закупівлю може оцінюватися разом з картельною змовою на нижчих ринках продажу.

284. Угода про спільні закупівлі, яка має на меті усунення фактичного або потенційного конкурента з ринку (ринків) збуту, є формою горизонтального бойкоту і являє собою обмеження конкуренції за предметом. Горизонтальні бойкоти слід відрізняти від вертикальних бойкотів, а саме угоди між покупцями не купувати товари у певних постачальників на ринку вище. Хоча вертикальний бойкот за певних обставин може становити обмеження конкуренції за предметом, зазвичай це не так. Наприклад, угода між покупцями більше не купувати продукцію у певних постачальників через певні характеристики продукції, виробничі процеси або умови праці, наприклад, через те, що пропонується продукція є нестійкою, тоді як покупці хочуть купувати лише стійку продукцію, не є предметом обмеження конкуренції. Тому вертикальні бойкоти

необхідно розглядати в їхньому правовому та економічному контексті, щоб оцінити їхній фактичний або ймовірний вплив на конкуренцію.

4.2.3. Обмежувальні наслідки для конкуренції

285. Угоди про спільні закупівлі, згідно з якими покупці взаємодіють з постачальниками в рамках угоди, повинні оцінюватися в їхньому правовому та економічному контексті з огляду на їхні фактичні та ймовірні наслідки для конкуренції. Оцінка повинна охоплювати можливі обмежувальні наслідки як для відповідного ринку або ринків закупівель, де угода про спільні закупівлі взаємодіє з постачальниками, так і для відповідного ринку або ринків продажу, де учасники угоди про спільні закупівлі можуть конкурувати як продавці. Під час такої оцінки Комісія порівнює фактичний або ймовірний вплив угоди про спільну закупівлю на відповідний(і) ринок(и) продажу з ситуацією, яка склалася б за відсутності цієї конкретної домовленості.

286. Загалом, домовленості про спільні закупівлі з меншою ймовірністю можуть викликати занепокоєння щодо конкуренції, якщо учасники не мають ринкової влади на відповідному ринку чи ринках продажу.

287. Певні обмеження, що накладаються угодою про спільні закупівлі на її учасників, можуть виходити за межі сфери дії статті 101(1), якщо вони обмежуються тим, що є об'єктивно необхідним і пропорційним для забезпечення належного функціонування угоди та надання учасникам можливості здійснювати купівельну спроможність по відношенню до постачальників ⁽²⁰⁵⁾. Це може стосуватися, наприклад, положення, яке забороняє учасникам брати участь у конкуруючих механізмах спільних закупівель, якщо це може поставити під загрозу належне функціонування механізму закупівель та його купівельну спроможність.

4.2.3.1. Відповідні ринки

288. Існує два ринки, на які можуть впливати угоди про спільні закупівлі. По-перше, ринок або ринки, які безпосередньо стосуються угоди про спільні закупівлі, а саме відповідний ринок (ринки) закупівель, на якому учасники угоди про спільні закупівлі спільно проводять переговори з постачальниками або здійснюють закупівлі у постачальників. По-друге, ринок або ринки подальшого продажу, а саме ринок (ринки), на якому (яких) учасники угоди про спільну закупівлю індивідуально діють як продавці.

289. Визначення відповідних ринків закупівель відповідає принципам, викладеним у Повідомленні про визначення ринку, і ґрунтується на концепції взаємозамінності для виявлення конкурентних обмежень. Єдиною особливістю для ринків закупівель, порівняно з ринками продажу, є те, що взаємозамінність має визначатися з точки зору пропозиції, а не з точки зору попиту. Іншими словами, альтернативи постачальників є вирішальними у визначенні конкурентних обмежень для покупців. Ці альтернативи можна проаналізувати, наприклад, шляхом вивчення ймовірної реакції постачальників на невелике, але не тимчасове зниження ціни на їхню продукцію. Після визначення відповідного ринку можна розрахувати ринкову частку учасників угоди про спільні закупівлі, виходячи з вартості або обсягу закупівель відповідних товарів учасниками у відсотках до загального обсягу продажів на відповідному ринку закупівель.

290. Якщо учасники, крім того, є конкурентами на одному або кількох ринках продажу, ці ринки також беруть участь в оцінці. Відповідні ринки продажу визначаються за методологією, описаною в Повідомленні про визначення ринку.

4.2.3.2. Ринкова влада

291. Не існує абсолютного порогу, при перевищенні якого можна вважати, що учасники угоди про спільні закупівлі мають ринкову владу, внаслідок чого угода про спільні закупівлі може призвести до обмежувального впливу на конкуренцію у розумінні статті 101(1). Однак у більшості випадків малоімовірно, що ринкова влада існує, якщо учасники угоди про спільні закупівлі мають сукупну частку ринку, що не перевищує 15 % на відповідному ринку (ринках) закупівель, а також сукупну частку ринку, що не перевищує 15 % на відповідному ринку (ринках) продажу. У будь-якому випадку, якщо сукупні ринкові частки учасників не перевищують 15 % як на ринку купівлі, так і на ринку продажу, ймовірно, що умови статті 101(3) виконані, за винятком випадків, коли угода передбачає обмеження конкуренції за предметом.

292. Ринкова частка, що перевищує цей поріг на одному або обох ринках, сама по собі не вказує на те, що угода про спільну закупівлю може призвести до обмежувального впливу на конкуренцію. Угода про спільні закупівлі із сукупною часткою ринку, що перевищує цей поріг, потребує детальної оцінки її впливу на ринок, беручи до уваги такі фактори, як концентрація ринку, норма прибутку, близькість конкуренції, характер продукції, що є предметом угоди про закупівлі, та можливий компенсаторний вплив продавців постачальників.

293. Крім того, при аналізі того, чи мають учасники угоди про спільні закупівлі спільну купівельну спроможність, кількість та інтенсивність зв'язків між конкурентами на ринку закупівель також мають значення. Наприклад, деякі з тих самих учасників можуть також брати участь в інших угодах про закупівлі.

294. Якщо учасники угоди про спільні закупівлі мають значну купівельну спроможність на ринку закупівель, існує ризик того, що така угода може зашкодити конкуренції на попередньому етапі, що в кінцевому підсумку може також завдати шкоди споживачам на наступних етапах. Наприклад, реалізація спільної купівельної спроможності може зашкодити інвестиційним стимулам постачальників і змусити постачальників, які не мають компенсаційної сили продавця, скоротити асортимент або якість продукції, яку вони виробляють. Це може призвести до обмежувального впливу на конкуренцію на ринку видобутку, наприклад, до зниження якості, послаблення інноваційних зусиль і, зрештою, до неоптимальної пропозиції. Крім того, роздрібні торговці можуть використовувати свою купівельну спроможність і зіштовхувати постачальників один з одним, спільно обмежуючи асортимент товарів у своїх магазинах, що в кінцевому підсумку завдасть шкоди споживачам, які перебувають на ринку переробки та збуту.

295. Ризик того, що угода про спільні закупівлі може позбавити постачальника стимулів для інвестицій або інновацій, зростає, коли покупці спільно здійснюють значну частку відповідних закупівель, зокрема, коли такі покупці мають справу з постачальниками, які не мають протилежної купівельної спроможності. Такі постачальники можуть бути особливо вразливими до зменшення прибутків, особливо якщо вони здійснили конкретні інвестиції для забезпечення учасників угоди про спільні закупівлі. Обмежувальні наслідки для конкуренції є менш імовірними, якщо постачальники мають значний ступінь компенсаційної влади продавця (що не обов'язково дорівнює домінуванню) на

ринку чи ринках закупівель, наприклад, тому що вони продають товари чи послуги, які покупці повинні мати для того, щоб конкурувати на наступних ринках продажу, і які складно замінити.

296. Купівельна спроможність учасників угоди про спільні закупівлі може також використовуватися для витіснення з ринку закупівель покупців-конкурентів шляхом обмеження їхнього доступу до ефективних постачальників. Такі обмежувальні ефекти є більш вірогідними там, де є лише обмежена кількість постачальників та існують бар'єри для входу на ринок закупівель з боку пропозиції.

297. Якщо учасники угоди про спільну закупівлю є фактичними або потенційними конкурентами на нижчому ринку (ринках), їхні стимули до цінової конкуренції на ринку (ринках) продажу нижче можуть значно зменшитися, якщо вони спільно закуповують значну частку продукції, щодо якої вони конкурують нижче за течією. По-перше, якщо учасники разом володіють значним ступенем ринкової влади на ринку(ах) продажу (що не обов'язково означає домінування), нижчі закупівельні ціни, досягнуті за допомогою угоди про спільні закупівлі, з меншою ймовірністю будуть передані споживачам. Це особливо стосується випадків, коли конкуренти учасників угоди про спільну закупівлю через свою слабку ринкову позицію мають обмежені можливості ефективно конкурувати на ринку продажу. По-друге, чим вищою є сукупна ринкова частка учасників угоди про спільну закупівлю на нижчому ринку продажу, тим більшим є ризик того, що координація закупівель на вищих ринках закупівлі призведе до координації на нижчих ринках продажу. Цей ризик є особливо високим, якщо угода про спільну закупівлю обмежує (або позбавляє стимулів) здатність її учасників самостійно купувати додаткові обсяги сировини на ринку закупівель. Зобов'язання учасників закуповувати всі або більшу частину своїх потреб через механізм спільних закупівель з метою забезпечення достатньо сильної переговорної позиції по відношенню до сильних постачальників слід оцінювати з урахуванням таких факторів, як обсяг (обсяг або частка відповідних закупівель) і тривалість зобов'язання, а також сукупна ринкова частка учасників механізму спільних закупівель на відповідному ринку (ринках) закупівель і ринку (ринках) продажу.

298. Однак, якщо сторони угоди про спільну закупівлю разом не мають ринкової влади або не діють на тому самому відповідному ринку (ринках) продажу (наприклад, роздрібні торговці, які діють на різних географічних ринках і не є потенційними конкурентами), то угода про спільну закупівлю навряд чи матиме обмежувальні наслідки для конкуренції на ринку (ринках) продажу.

4.2.3.3. Результат змови

299. Домовленості про спільні закупівлі можуть призвести до змови, якщо вони сприяють координації поведінки учасників на ринках продажу, де вони є фактичними або потенційними конкурентами. Це може статися, зокрема, якщо ринкова структура на ринку продажу сприяє змові (наприклад, через те, що ринок є концентрованим і демонструє значний ступінь прозорості). Результат змови також є більш імовірним, якщо учасники угоди про спільні закупівлі мають високу сукупну частку на ринку продажу, а сама угода виходить за рамки спільних закупівель або спільних переговорів щодо умов закупівлі. Наприклад, досягненню такого результату може сприяти узгодження учасниками угоди обсягів, які вони купуватимуть у рамках угоди, або координація термінів надання знижок з ціни продажу чи стимулювання продажу на

подальшому ринку продажу, що суттєво обмежує конкуренцію між ними на ринку продажу.

300. Змова також може бути полегшена, якщо учасники угоди про спільні закупівлі досягають високого ступеня спільності витрат шляхом спільних закупівель, за умови, що вони мають ринкову владу на ринку продажу, а характеристики ринку сприяють координації дій. Зокрема, обмежувальні наслідки для конкуренції є більш імовірними, якщо сторони мають значну частку спільних змінних витрат на ринку продажу. Це, наприклад, випадок, коли конкуруючі виробники та продавці кінцевого продукту спільно закуповують значну частку своїх ресурсів. Це також може бути випадок, коли роздрібні торговці, які працюють на одному і тому ж ринку (ринках), спільно закуповують значну частку продукції, яку вони пропонують для перепродажу. Крім того, що це збільшує можливості для змови за типом «хаб енд спік», ⁽²⁰⁶⁾ роздрібні торговці, які є учасниками угоди про спільні закупівлі, можуть також більш охоче погоджуватися на підвищення цін постачальниками, якщо вони знають, що це підвищення також стосуватиметься більшості їхніх конкурентів на нижчому ринку (ринках) продажу, і, таким чином, може бути перекладено на споживачів.

301. Реалізація угоди про спільну закупівлю може вимагати обміну комерційно важливою інформацією, такою як закупівельні ціни (або їхні частини) та обсяги. Якщо сама угода про спільні закупівлі не підпадає під заборону статті 101(1), оскільки вона має нейтральний або позитивний вплив на конкуренцію, обмін інформацією, який є допоміжним для цієї угоди, також не підпадає під цю заборону ⁽²⁰⁷⁾. Це стосується випадків, коли обмін інформацією є об'єктивно необхідним для виконання угоди про спільні закупівлі та є пропорційним її цілям ⁽²⁰⁸⁾. Якщо обмін інформацією виходить за межі того, що є об'єктивно необхідним для реалізації угоди про спільні закупівлі, або не є пропорційним її цілям, його слід оцінювати, використовуючи настанови, наведені в Главі 6 ⁽²⁰⁹⁾. Якщо обмін інформацією підпадає під дію статті 101(1), він все одно може відповідати умовам статті 101(3).

302. Обмін інформацією, що становить комерційну таємницю, може сприяти координації щодо цін продажу та обсягів виробництва і, таким чином, призвести до змови на ринках продажу. Побічні ефекти від обміну інформацією, що становить комерційну таємницю, можна звести до мінімуму, наприклад, якщо зведенням даних займається організація спільних закупівель, яка створена як окремий суб'єкт господарювання і не передає будь-яку індивідуальну інформацію покупцям-учасникам, або шляхом запровадження технічних чи практичних заходів, спрямованих на обмеження доступу до такої інформації та захист її конфіденційності. Таким чином, учасники механізму спільних закупівель можуть створити «чисті команди» або запровадити ефективні правила конфіденційності для відповідного персоналу механізму спільних закупівель та його учасників, які продовжуватимуть застосовуватися у разі повернення певного персоналу до окремих учасників механізму або переходу певного персоналу чи учасників до іншого механізму спільних закупівель. Крім того, участь суб'єкта господарювання в декількох угодах про спільні закупівлі не повинна призводити до антиконкурентного обміну інформацією або інших видів координації між різними угодами про закупівлі.

303. У контексті спільних переговорів з постачальниками щодо умов, угода про спільні закупівлі (тобто її учасники або утворена ними юридична особа) може використовувати свою купівельну спроможність, наприклад, погрожуючи припинити переговори або припинити закупівлю, якщо постачальник не запропонує кращі умови або нижчі ціни.

Контрагенти в таких переговорах можуть аналогічним чином погрожувати припинити переговори або постачання продукції у своїх переговорах з покупцями.

304. Такі колективні погрози щодо переговорів можуть вважатися невід'ємною частиною угоди про спільну закупівлю, якщо вони стосуються продукції, яка є предметом переговорів, і мають тимчасовий характер, припиняючись, коли сторони поновлюють переговори або укладають угоду. Без шкоди для застосування більш суворого національного законодавства, яке забороняє односторонню поведінку або недобросовісну торговельну практику⁽²¹⁰⁾, такі погрози, як правило, не становлять обмеження конкуренції за предметом⁽²¹¹⁾. Будь-який вплив на конкуренцію, що виникає внаслідок таких загроз, оцінюватиметься відповідно до статті 101(1) у світлі загальних наслідків угоди про спільні закупівлі, беручи до уваги ринкову позицію учасників, які реалізують погрози⁽²¹²⁾. Прикладом колективних загроз, які можна вважати невід'ємною частиною угоди про спільні закупівлі, є зупинення членами альянсу роздрібною торгівлі замовлень на певні товари у постачальника під час переговорів про умови майбутнього постачання цих товарів. Таке зупинення замовлень може призвести до того, що товари, обрані окремими членами альянсу, стануть тимчасово недоступними в їхніх магазинах, поки альянс та постачальник не узгодять умови майбутніх поставок. Такі (загрози) зупинки замовлень, як правило, не матимуть помітного впливу на конкуренцію на наступних ринках продажу, де роздрібні торговці продовжують пропонувати товари, які є заміниками відповідних товарів, і в тій мірі, в якій клієнти на ринку (ринках) продажу можуть придбати ці товари або товари-замінники у конкурентів учасників угоди про спільну закупівлю.

4.3. Оцінка за статтею 101(3)

4.3.1. Підвищення ефективності

305. Угоди про спільні закупівлі можуть призвести до значного підвищення ефективності. Зокрема, вони можуть призвести до економії витрат, таких як нижчі закупівельні ціни, нижча собівартість продукції та менші операційні витрати. Крім того, угоди про спільні закупівлі можуть призвести до якісного підвищення ефективності, наприклад, спонукаючи постачальників впроваджувати інновації та виводити на ринок нові або вдосконалені продукти, або, особливо для менших постачальників, розширюючи дистрибуцію їхньої продукції до більшої кількості покупців та ринків. Така якісна ефективність може принести користь споживачам, зменшуючи залежність та уникаючи дефіциту завдяки більш стійким ланцюгам постачання, а також сприяючи підвищенню стійкості внутрішнього ринку, наприклад, шляхом спільних закупівель ліків або енергоносіїв.

4.3.2. Незамінність

306. Обмеження, які виходять за межі того, що є необхідним для досягнення підвищення ефективності, що забезпечується угодою про спільні закупівлі, не відповідають умовам статті 101(3). Наприклад, економія коштів, яка є результатом не самої спільної закупівлі, а додаткової діяльності, здійснюваної в рамках угоди про спільні закупівлі, такої як логістика, транспортування або зберігання, може розглядатися як підвищення ефективності угоди лише в тому випадку, якщо додаткова діяльність є необхідною для функціонування угоди про закупівлі і не може бути досягнута за допомогою менш обмежувальних засобів. Зобов'язання здійснювати закупівлі або вести переговори виключно через механізм спільних закупівель може в певних випадках бути необхідним

для досягнення необхідного рівня купівельної спроможності або обсягу для реалізації ефекту масштабу. Однак таке зобов'язання має оцінюватися в контексті кожного окремого випадку.

4.3.3. Передача споживачам

307. Вигоди від підвищення ефективності, такі як скорочення витрат або підвищення якості у вигляді появи на ринку нових або покращених продуктів, які досягаються за рахунок неминучих обмежень, повинні передаватися споживачам у тій мірі, яка переважає будь-які обмежувальні наслідки для конкуренції, спричинені угодою про спільну закупівлю. Таким чином, економія витрат або інші переваги, які приносять користь лише учасникам угоди про спільні закупівлі, не є достатніми. Замість цього, економія витрат повинна бути передана клієнтам учасників. Наприклад, у випадку нижчих закупівельних витрат, це може відбуватися через нижчі ціни на ринку чи ринках збуту.

308. Компанії, як правило, мають стимул перекладати принаймні частину скорочення змінних витрат на своїх клієнтів. Вища маржа прибутку, отримана в результаті скорочення змінних витрат, надає компаніям значний стимул для розширення виробництва за рахунок зниження цін. Однак, якщо учасники угоди про спільні закупівлі разом володіють ринковою владою на відповідному ринку (ринках) збуту, вони можуть бути менш схильні перекладати скорочення змінних витрат на споживачів. Більше того, скорочення постійних витрат (наприклад, одноразові виплати постачальників) з меншою ймовірністю будуть перекладені на споживачів, оскільки вони часто не дають компаніям стимулів для розширення виробництва. Тому необхідна ретельна оцінка конкретної угоди про спільні закупівлі, щоб визначити, чи створює вона економічні стимули для розширення виробництва і, таким чином, для зниження витрат або підвищення ефективності ⁽²¹³⁾. Нарешті, зниження відпускних цін для споживачів є особливо малоімовірним, якщо угода про спільні закупівлі обмежує (або позбавляє стимулів) здатність її учасників купувати додаткові обсяги у певного постачальника як через угоду про спільні закупівлі, так і незалежно, поза нею. Насправді, угоди про спільні закупівлі, які обмежують самостійне замовлення додаткових обсягів у певного постачальника їхніми учасниками, створюють стимул для підвищення цін продажу. Це пов'язано з тим, що спільне обмеження закупівель факторів виробництва, як правило, призводить до обмеження обсягів продажу на ринку чи ринках продажу.

4.3.4. Відсутність усунення конкуренції

309. Умови статті 101(3) не можуть бути виконані, якщо сторони мають можливість усунути конкуренцію щодо значної частини відповідних товарів. Ця умова має бути виконана як на відповідному ринку купівлі, так і на ринку продажу.

4. Приклади

310. Картель покупців

Приклад 1

Ситуація: Багато малих підприємств збирають використані мобільні телефони через роздрібні торгові точки, куди їх повертають при купівлі нового мобільного телефону. Ці збирачі продають використані мобільні телефони суб'єктам господарювання, які

видобувають цінну сировину, таку як золото, срібло та мідь, для повторного використання як більш стійкої альтернативи видобутку корисних копалин. П'ять переробних підприємств, на які припадає 12% ринку купівлі вживаних мобільних телефонів, домовилися про загальну максимальну ціну купівлі одного телефону. Ці п'ять переробних підприємств також інформують одне одного про цінові дискусії, які вони ведуть індивідуально зі збирачами використаних мобільних телефонів, а також про пропозиції, які збирачі зробили їм, і про ціну за телефон, яку вони зрештою згодні заплатити збирачам.

Аналіз: Усі п'ять суб'єктів господарювання, що займаються переробкою, є учасниками картельної змови покупців. Кожне з них веде переговори і купує у збирачів мобільні телефони індивідуально. Не існує жодної спільної закупівельної організації, яка б представляла інтереси покупців під час переговорів зі збирачами або під час закупівель у них. Незважаючи на відносно невелику сукупну частку ринку переробних підприємств на ринку закупівель електронних відходів, угода між ними кваліфікується як обмеження конкуренції за предметом. Тому немає необхідності визначати відповідний ринок або оцінювати фактичний чи потенційний вплив картелю на ринок.

311. Спільні переговори виробників щодо факторів виробництва

Приклад 2

Ситуація: П'ять конкуруючих виробників сталі мають сукупну ринкову частку 40 % на відповідному ринку закупівель у державі-члені А. Виробники сталі створили, володіють та керують спільним підприємством, яке буде вести переговори про закупівлю залізної руди від їхнього імені. Спільне підприємство вимагає та отримує від великого постачальника залізної руди 20 % зниження закупівельної ціни на залізну руду в державі-члені А. Замість того, щоб конкурувати один з одним на ринку закупівель, п'ять виробників сталі купують залізну руду за закупівельною ціною, узгодженою спільним підприємством. Немає жодних доказів того, що власники спільного підприємства знизили ціни на сталь на ринку продажу в результаті зниження цін, які вони платили за залізну руду.

Аналіз: Спільне підприємство - це спільна закупівельна організація, яка веде переговори з постачальниками від імені п'яти виробників сталі. П'ять виробників сталі, які є учасниками спільного підприємства, змогли отримати нижчу ціну на залізну руду. Учасники спільного підприємства здійснюють закупівлю залізної руди самостійно, хоча і на основі ціни, узгодженої спільним підприємством. Створення та діяльність спільного підприємства не має на меті обмеження конкуренції. Чи створює спільне підприємство обмежувальні наслідки для конкуренції, залежатиме, наприклад, від того, чи призводить воно до значної спільності витрат і чи створює угода про спільну закупівлю реальний ризик змови на ринку продажу сталі. За інших рівних умов, той факт, що жоден з виробників сталі, які беруть участь у спільному підприємстві, не знизив би свої ціни на сталь, може свідчити про таку змову.

312. Спільні переговори європейського альянсу роздрібної торгівлі

Приклад 3

Ситуація: Європейський альянс роздрібної торгівлі, членами якого є сім великих роздрібних мереж, кожна з яких працює на різних національних ринках, проводить

спільні переговори з великим брендом-виробником солодкого печива та фруктових соків, частка ринку якого в цих товарних категоріях становить 30 %, щодо певних умов майбутньої угоди про постачання. Альянс має частку ринку не більше 18 % на кожному відповідному (національному) ринку закупівель, а кожен з його членів має частку ринку від 15 % до 20 % на відповідних (місцевих) ринках роздрібної торгівлі у відповідній державі-члені. Члени альянсу не є потенційними конкурентами на ринках продажу один одного. Переговори стосуються, зокрема, додаткової знижки від виробника до роздрібної торгівлі. Обидві сторони ведуть важкий торг, щоб отримати найкращу можливу угоду. У певний момент переговорів альянс роздрібної торгівлі просить своїх членів тимчасово припинити замовлення продукції з двох категорій, щодо яких ведуться переговори з виробником, щоб посилити тиск. Виконуючи це рішення, кожен член альянсу індивідуально вирішує, яку саме продукцію виробника в цих категоріях він припинить замовляти на час тупикової ситуації в переговорах, беручи до уваги місцеві споживчі уподобання на ринках продажу. Зрештою, після чергового раунду переговорів, виробник та альянс домовляються про додаткову знижку, яку виробник надасть окремим членам альянсу, і вони відновлюють замовлення всього асортименту продукції у виробника.

Аналіз: Європейський роздрібний альянс не є картелем покупців і не обмежує конкуренцію за предметом. Він кваліфікується як угода про спільні закупівлі, навіть якщо він лише веде спільні переговори про конкретну знижку в рамках ширшої угоди про закупівлю між виробником та членами роздрібно альянсу, на основі якої вони самостійно закуповують необхідну кількість продукції виробника. Національні торговельні мережі, які є членами альянсу, не працюють на одних і тих самих ринках продажу і не є потенційними конкурентами одна одної. Як наслідок, угода про спільні закупівлі навряд чи матиме обмежувальні наслідки для конкуренції між роздрібними торговельними мережами на ринках продажу нижче. Крім того, роздрібні торговці стикаються з достатнім конкурентним тиском з боку конкуруючих роздрібних торговців, які не беруть участі в угоді про спільні закупівлі. Угода все ще може вимагати оцінки потенційного негативного впливу на конкуренцію на ринках вище внаслідок додаткової знижки (наприклад, з точки зору зниження інноваційної активності постачальників). Однак такі негативні наслідки видаються малоімовірними з огляду на те, що сукупна ринкова частка сторін не перевищує 18 % на кожному відповідному ринку закупівель. Тимчасове призупинення замовлень має оцінюватися разом із загальним впливом угоди про спільні закупівлі. Такий захід стосується лише тих категорій товарів, щодо яких ведуться переговори з виробником, і, як видається, не завдасть прямої чи опосередкованої шкоди споживачам, зокрема, якщо ці роздрібні торговці пропонують товари-замінники або існують інші конкуруючі роздрібні торговці, у яких споживачі можуть придбати ті самі товари, і це може призвести до вигоди для споживачів у вигляді нижчих цін після досягнення домовленості.

313. Спільні закупівлі малих підприємств з помірними сукупними частками на ринку

Приклад 4

Ситуація: 150 малих підприємств роздрібно торгівлі укладають угоду про спільні закупівлі. Вони зобов'язуються закуповувати в рамках угоди мінімальний обсяг, який становить приблизно 50 % від загальних витрат кожного з них. Роздрібні торговці можуть закуповувати більше мінімального обсягу в рамках угоди, а також можуть здійснювати закупівлі поза межами угоди. Сукупна ринкова частка кожної з них становить 23 % як на ринку купівлі, так і на ринку продажу. Суб'єкт господарювання А

та Суб'єкт господарювання Б є двома великими конкурентами учасників угоди про спільні закупівлі. Суб'єкт господарювання А має частку 25 % як на ринку закупівель, так і на ринку продажу, а Суб'єкт господарювання Б - 35 %. Не існує жодних бар'єрів, які б перешкоджали решті менших конкурентів також укласти угоду про спільні закупівлі. 150 підприємств роздрібною торгівлю досягають значної економії витрат, здійснюючи спільні закупівлі через угоду про спільні закупівлі.

Аналіз: Угода про спільні закупівлі не є картелем покупців і не кваліфікується як об'єкт обмеження конкуренції. Сукупна ринкова частка роздрібних торговців-учасників на ринках купівлі та продажу перевищує м'яку «безпечну гавань» у 15 %, але їх обмежують Суб'єкти господарювання А та Б, які мають більші ринкові частки на обох ринках. Ймовірність того, що угода про спільну закупівлю перешкоджатиме інвестиціям чи інноваціям з боку постачальників продукції, залишається низькою з огляду на сукупну частку учасників на ринку закупівель. Однак це також залежить від того, наскільки сильні продавці постачальників на ринку закупівель, а у випадку постачальників, які не мають сили продавців, - від того, чи зробили вони інвестиції, орієнтовані на конкретного клієнта, для учасників угоди про спільні закупівлі. Навіть якщо роздрібні торговці-учасники досягають високого рівня спільності витрат, вони навряд чи матимуть ринкову владу на ринку продажу через присутність на ринку Суб'єктів господарювання А та Б, які є сильнішими окремо, ніж об'єднані роздрібні торговці, що є учасниками угоди про спільну закупівлю. Отже, 150 роздрібних торговців навряд чи зможуть успішно координувати свою поведінку щодо цін продажу та досягти змови на ринку продажу, яка б унеможливила встановлення ними нижчих закупівельних цін або відповідних знижок. Таким чином, угода про спільні закупівлі навряд чи призведе до обмежувального впливу на конкуренцію в розумінні статті 101(1). Крім того, співпраця забезпечує певну ефективність за рахунок ефекту масштабу, що може призвести до подальшого зниження цін продажу та зробити роздрібних торговців більш конкурентоспроможними на ринку продажу порівняно з Суб'єктами господарювання А та Б.

314. Спільність витрат та ринкова влада на ринку продажу

Приклад 5

Ситуація: Дві конкуруючі мережі супермаркетів укладають угоду про спільну закупівлю товарів, на які припадає приблизно 80 % їхніх змінних витрат. На відповідних ринках закупівель для різних категорій товарів сторони мають сукупні ринкові частки від 25 % до 40 %. На відповідному ринку продажу вони мають сукупну ринкову частку 60 %, і є ще чотири значні роздрібні торговельні мережі, кожна з яких має частку ринку 10 %. Вхід на ринок є малоімовірним.

Аналіз: Договір купівлі не є картелем покупців і не кваліфікується як обмеження конкуренції за предметом. Однак, ймовірно, він надає сторонам можливість координувати свою поведінку на ринку продажу, що може призвести до змови. Сторони мають ринкову владу на ринку продажу, зважаючи на нечисленних, набагато менших конкурентів на цьому ринку, а договір купівлі-продажу призводить до значної спільності витрат. Крім того, вхід на ринок є малоімовірним. Стимул для сторін координувати свою поведінку на ринку продажу був би ще сильнішим, якби їхні структури витрат були схожими ще до укладення угоди. Більше того, подібна маржа сторін ще більше підвищила б ризик змови. Ця угода також створює ризик того, що сторони можуть призупинити попит і, як наслідок, в результаті скорочення закупівель, також зменшити

обсяги продажу, що призведе до зростання відпускних цін на кінцевому ринку. Таким чином, угода про закупівлю, ймовірно, призведе до обмежувального впливу на конкуренцію у розумінні статті 101(1). Незважаючи на те, що угода, ймовірно, призведе до підвищення ефективності у вигляді економії витрат, через значну ринкову владу сторін на ринку продажу, вона навряд чи буде передана споживачам у такій мірі, яка переважатиме обмежувальні наслідки для конкуренції. Таким чином, договір купівлі-продажу навряд чи відповідатиме умовам статті 101(3).

315. Сторони, що діють на окремих географічних ринках

Приклад 6

Ситуація: Шість великих роздрібних торговців, кожен з яких базується в іншій державі-члені, укладають угоду про спільну закупівлю для спільного придбання декількох фірмових продуктів на основі борошна з твердих сортів пшениці. Угода дозволяє роздрібним торговцям купувати інші подібні брендові продукти поза межами співпраці. Члени угоди про спільні закупівлі мають сукупну частку ринку приблизно 22 % на відповідному ринку закупівель, який є загальноєвропейським. На ринку закупівель є ще три великі покупці, які за розміром є аналогічними учасникам угоди про спільні закупівлі. Кожен з учасників угоди про спільні закупівлі має ринкову частку від 20 % до 30 % на ринках продажу, на яких вони діють, що є національними ринками. Жодна зі сторін не є активною на ринку продажу держави-члена, де діє інша сторона. Сторони не є потенційними учасниками національних ринків продажу одна одної.

Аналіз: Домовленість про спільні закупівлі не є картелем покупців і не кваліфікується як об'єктивне обмеження конкуренції. Завдяки угоді роздрібні торговці-учасники зможуть конкурувати з іншими існуючими великими покупцями на ринку закупівель та отримати кращі ціни або умови, ніж у випадку, якщо б вони купували продукцію самостійно. Ймовірність того, що угода про спільні закупівлі позбавить постачальників продукції стимулів до інвестицій або інновацій, залишається низькою, зважаючи на сукупну частку ринку учасників на ринку закупівель. Однак це також залежить від того, наскільки постачальники на ринку закупівель мають протилежну силу продавця, а у випадку постачальників, які не мають сили продавця, - від того, чи здійснили вони інвестиції, орієнтовані на конкретного клієнта, для покупців, які є сторонами угоди. Порівняно із загальносоюзним ринком закупівель, національні ринки продажу є набагато меншими (за обсягом обороту та географічним охопленням), і на цих ринках деякі учасники угоди можуть мати певний ступінь ринкової влади. Однак, навіть якщо учасники угоди про спільну закупівлю мають сукупну ринкову частку понад 15 % на ринках закупівель, сторони не можуть успішно координувати свою поведінку на національних ринках продажу, оскільки вони не є ні фактичними, ні потенційними конкурентами на цих ринках переробки та збуту. Отже, угода про спільну закупівлю навряд чи призведе до обмежувального впливу на конкуренцію в розумінні статті 101(1). Однак, навіть якщо угода матиме обмежувальні наслідки для конкуренції, вона, ймовірно, відповідатиме умовам винятку, передбаченого статтею 101(3). Угода про спільні закупівлі призводить до зниження закупівельних витрат, яких учасники не змогли б досягти, якби вони домовлялися про ціни самостійно. З огляду на ринкову позицію окремих учасників, які не присутні на ринках продажу один одного, але стикаються зі значною конкуренцією з боку інших роздрібних торговців (які займають щонайменше 70 % ринку продажу), видається ймовірним, що ці нижчі закупівельні витрати будуть перекладені на плечі споживача. Дійсно, учасники угоди повинні мати

стимул перекласти принаймні частину скорочення змінних витрат на своїх споживачів, збільшуючи обсяги продажів за рахунок зниження цін.

316. Обмін інформацією

Приклад 7

Ситуація: Три конкуруючі виробники А, В та С доручають незалежній організації спільних закупівель закупівлю товару Z, який є проміжним продуктом, що використовується трьома виробниками для виробництва кінцевого продукту Х. Витрати на Z не є суттєвим фактором витрат на виробництво Х. Вся інформація, необхідна для спільних закупівель (наприклад, специфікації якості, кількість, терміни поставки, максимальні закупівельні ціни), розкривається лише організації спільних закупівель і не надається іншим учасникам угоди. Угода про спільні закупівлі узгоджує закупівельні ціни з кожним постачальником товару Z. А, В та С мають сукупну частку ринку 30 % на кожному з ринків купівлі та продажу. Вони мають шість конкурентів на ринках купівлі та продажу, два з яких мають частку ринку по 20 %.

Аналіз: Угода про спільні закупівлі не є картелем покупців і не є обмеженням конкуренції за предметом. Учасники угоди про спільні закупівлі разом мають сукупну частку 30 % як на ринку купівлі, так і на ринку продажу, що значно перевищує м'яку «безпечну гавань» у 15 %. Це може надати їм значний ступінь ринкової влади як на ринку купівлі, так і на ринку продажу. Однак учасники угоди стикаються з конкуренцією як у видобувній, так і в переробній галузі з боку кількох конкурентів. Щонайменше два з цих конкурентів займають значну ринкову позицію (частка ринку кожного з них становить 20 %), що дозволяє їм здійснювати ефективне конкурентне обмеження для учасників угоди. Таким чином, малоімовірно, що учасники угоди про спільну закупівлю володіють значним ступенем ринкової влади на ринках продажу, щоб мати змогу усунути цих конкурентів з ринку закупівель. Більше того, угода обмежується закупівлею товару Z, який не є суттєвим фактором витрат для виробництва товару Х. Це означає, що вона не становить значного внеску в діяльність сторін на ринках продажу і не призведе до високого ступеня спільності витрат. А, В і С все ще купують або виробляють самостійно інші фактори виробництва для продукту Х, які є більш значущими факторами витрат, і вони стикаються з ефективною конкуренцією з боку шести інших конкурентів, а також один з одним на ринку продукту Х.

Таким чином, угода про спільну закупівлю навряд чи обмежуватиме конкуренцію на ринках купівлі або продажу в розумінні статті 101(1) або, в будь-якому випадку, може відповідати чотирьом сукупним умовам статті 101(3).

Більше того, що стосується обміну інформацією, то він також не підпадатиме під заборону статті 101(1), якщо він є об'єктивно необхідним і пропорційним для виконання угоди про спільну закупівлю товару Z, охоплюючи лише ті параметри, які необхідні учасникам угоди для укладення договору з постачальниками. Оскільки інформація передається не між окремими учасниками, а лише в рамках угоди про спільні закупівлі, прямого обміну інформацією між А, В і С не відбувається, а отже, передача інформації навряд чи призведе до змови між ними всупереч статті 101(1).

5. УГОДИ ПРО КОМЕРЦІАЛІЗАЦІЮ

5.1. Вступ

317. Угоди про комерціалізацію передбачають співпрацю між конкурентами у сфері продажу, дистрибуції або просування їхніх товарів-замінників. Цей тип угод може мати широку сферу застосування, залежно від функцій комерціалізації, які охоплює співпраця. З одного боку, угоди про спільний продаж можуть призвести до спільного визначення всіх комерційних аспектів, пов'язаних з продажем продукту, включаючи ціну. З іншого боку, існують більш обмежені угоди, які стосуються лише однієї конкретної функції комерціалізації, наприклад, дистрибуції, післяпродажного обслуговування або реклами.

318. Важливою категорією цих більш обмежених угод є дистриб'юторські угоди. VBER та Вертикальні керівні принципи в цілому охоплюють дистриб'юторські угоди, за винятком випадків, коли сторони угоди є фактичними або потенційними конкурентами. Якщо конкуренти домовляються про розповсюдження своїх товарів-замінників (зокрема, якщо вони роблять це на різних географічних ринках), існує ризик того, що такі угоди можуть мати на меті або призвести до розподілу ринків між сторонами, або що вони призведуть до результатів змови. Це може стосуватися як взаємних, так і невзаємних угод між конкурентами, які, таким чином, повинні бути оцінені, перш за все, відповідно до принципів, викладених у цій Главі. Якщо така оцінка призводить до висновку, що співпраця між конкурентами у сфері дистрибуції в принципі є прийнятною, необхідно провести подальшу оцінку для вивчення будь-яких вертикальних обмежень, що містяться в таких угодах. Цей другий етап оцінки повинен ґрунтуватися на принципах, викладених у Вертикальних керівних принципах.

319. Єдиний виняток з двоетапного процесу, згаданого в попередньому пункті, стосується невзаємних дистриб'юторських угод між конкурентами, коли (а) постачальник є виробником, оптовим продавцем або імпортером і дистриб'ютором товарів, а покупець є дистриб'ютором і не є конкуруючим суб'єктом господарювання на рівні виробництва, оптової торгівлі або імпорту, або (б) постачальник є постачальником послуг на декількох рівнях торгівлі, а покупець надає свої послуги на рівні роздрібною торгівлі і не є конкуруючим суб'єктом господарювання на тому рівні, на якому він закупає послуги за контрактом ⁽²¹⁴⁾. У цих сценаріях дистриб'юторська угода може отримати переваги від VBER, і в цьому випадку ці Керівні принципи не застосовуються ⁽²¹⁵⁾. Параграф 43 містить додаткові вказівки щодо загального взаємозв'язку між цими Керівними принципами та VBER і Вертикальними керівними принципами.

320. Слід також розрізняти угоди, в яких сторони домовляються лише про спільну комерціалізацію, та угоди, в яких комерціалізація пов'язана з іншим видом співпраці на етапі видобутку, наприклад, спільним виробництвом або спільною закупівлею. При аналізі угод про комерціалізацію, що поєднують різні етапи співпраці, необхідно проводити оцінку відповідно до параграфів 6-8.

321. Існують винятки із застосування статті 101(1) до комерціалізації сільськогосподарської продукції, передбачені Регламентом (ЄС) № 1308/2013, що встановлює спільну організацію ринків сільськогосподарської продукції ⁽²¹⁶⁾.

5.2. Оцінка за статтею 101(1)

5.2.1. Основні питання, що стосуються конкуренції

322. Комерційні угоди можуть обмежувати конкуренцію кількома способами. По-перше, і це найбільш очевидно, угоди про комерціалізацію можуть призвести до фіксації цін.

323. По-друге, угоди про комерціалізацію можуть також сприяти обмеженню обсягів виробництва, оскільки сторони можуть приймати рішення щодо обсягів продукції, які будуть випущені на ринок, тим самим зменшуючи пропозицію.

324. По-третє, угоди про комерціалізацію можуть використовуватися сторонами як засіб розподілу ринків або розподілу замовлень чи клієнтів, наприклад, у випадках, коли виробничі потужності сторін розташовані на різних географічних ринках або коли угоди є взаємними.

325. По-четверте, угоди про комерціалізацію можуть також призводити до обміну комерційно важливою інформацією, що стосується аспектів, які входять або не входять до сфери співробітництва, або до спільності витрат - зокрема, у випадку угод, які не передбачають фіксації цін, - що може призвести до змови.

326. З іншого боку, угода про комерціалізацію, як правило, навряд чи викличе занепокоєння щодо конкуренції, якщо вона об'єктивно необхідна для того, щоб дозволити стороні вийти на ринок, на який вона не могла б вийти самостійно або на який вона не могла б вийти з меншою кількістю сторін, ніж ті, що беруть участь у співробітництві, наприклад, через пов'язані з цим витрати. За такого сценарію сторони угоди не є потенційними чи фактичними конкурентами одна одної, а отже, угода не матиме ефекту обмеження конкуренції між ними.

327. Отже, ключовим питанням при оцінці угоди про взаємну комерціалізацію є те, чи є угода об'єктивно необхідною для виходу сторін на ринки одна одної. Якщо так, то угода не створює проблем для конкуренції. Однак, якщо сторона здатна вийти на ринок іншої сторони і без угоди, а угода зменшує незалежність першої сторони у прийнятті рішень щодо можливості виходу на ринок іншої сторони, то вона, швидше за все, призведе до обмежувального впливу на конкуренцію. Той самий принцип застосовується до угод про невзаємну комерціалізацію. Однак ризик обмежувального впливу на конкуренцію є менш вираженим для невзаємних угод, оскільки сторони, швидше за все, не матимуть взаємних стимулів для розподілу ринків або клієнтів.

5.2.2. Обмеження конкуренції за предметом

328. По-перше, угоди про комерціалізацію призводять до обмеження конкуренції за предметом, якщо вони слугують інструментом для участі у прихованій картельній змові. У будь-якому випадку, угоди про комерціалізацію, що передбачають фіксацію цін, обмеження обсягів виробництва або поділ ринку, можуть призвести до обмеження конкуренції за предметом, за винятком випадків, коли ці обмеження є допоміжними для досягнення основної мети угоди і коли ця основна мета не підпадає під заборону, встановлену частиною 1 статті 101.

329. Фіксація цін є однією з основних проблем конкуренції, що виникають у зв'язку з угодами про комерціалізацію між конкурентами. Угоди, що обмежуються спільним продажем, та загалом угоди про комерціалізацію, які передбачають спільне ціноутворення, як правило, призводять до координації цінової політики конкуруючих виробників або постачальників послуг. Такі угоди можуть не лише усунути цінову конкуренцію між сторонами щодо товарів-замінників, але й обмежити загальний обсяг продукції, що поставляється сторонами в рамках системи розподілу замовлень. Таким чином, такі угоди, ймовірно, обмежують конкуренцію за предметом.

330. Ця оцінка не змінюється, якщо угода є невиключною (тобто коли сторони можуть здійснювати індивідуальні продажі поза межами угоди), якщо можна зробити висновок, що угода призведе до координації цін, що стягуються сторонами з усіх або частини їхніх клієнтів.

331. Аналогічно, обмеження обсягів виробництва є серйозною проблемою для конкуренції, яка може виникнути в результаті угод про комерціалізацію. Якщо сторони угоди спільно приймають рішення про кількість продукції, що підлягає реалізації, наявна пропозиція контрактної продукції може скоротитися, що призведе до підвищення її ціни. Кожна сторона угоди, в принципі, повинна мати право самостійно приймати рішення про збільшення або зменшення обсягів виробництва для задоволення ринкового попиту. Ризик обмеження обсягів виробництва є більш обмеженим у випадку невиключних угод про комерціалізацію за умови, що сторони залишаються вільними та дійсно здатними самостійно задовольнити будь-який додатковий попит, а також за умови, що угода не призводить до узгодження політики постачання сторін.

332. Угоди про комерціалізацію між сторонами, що діють на різних географічних ринках або по відношенню до різних категорій споживачів, також можуть використовуватися як інструмент поділу ринку. Якщо сторони використовують угоду про взаємну комерціалізацію для розповсюдження продукції одна одної з метою усунення фактичної або потенційної конкуренції між ними шляхом розподілу ринків або клієнтів, така угода, ймовірно, має на меті обмеження конкуренції. Якщо угода не є взаємною, ризик поділу ринку є менш вираженим. Однак, тим не менш, необхідно оцінити, чи є взаємна угода основою для взаєморозуміння між сторонами щодо утримання від входження на ринки одна одної.

5.2.3. Обмежувальні наслідки для конкуренції

333. Угода про комерціалізацію, яка не є обмежувальною за предметом, все ж може мати обмежувальні наслідки для конкуренції. Для оцінки впливу угод про комерціалізацію на конкуренцію необхідно враховувати фактори, згадані в параграфі 32, а також наведені нижче додаткові рекомендації, що стосуються саме цього типу угод.

334. Для оцінки впливу угоди про комерціалізацію необхідно визначити відповідні товарні та географічні ринки, а також відповідні позиції сторін на цих ринках. Ринки, яких безпосередньо стосується співпраця, - це ринки, до яких належать продукти, що є предметом угоди, і на яких сторони спільно здійснюватимуть комерціалізацію цих продуктів. Однак, оскільки угода про комерціалізацію на одному ринку може також вплинути на конкурентну поведінку сторін на сусідніх ринках, тісно пов'язаних з ринком, безпосередньо зачепленим співпрацею (побічні ринки), необхідно також визначити будь-які такі побічні ринки ⁽²¹⁷⁾.

335. У випадках, коли угоди про комерціалізацію між конкурентами не обмежують конкуренцію за предметом, вони, як правило, матимуть обмежувальні наслідки для конкуренції лише в тому випадку, якщо сторони мають певний ступінь ринкової влади. Щоб оцінити, чи мають сторони таку ринкову владу, необхідно враховувати можливу наявність у їхніх клієнтів протилежної купівельної влади. Якщо сторони спільно володіють ринковою владою, то, як правило, існує ймовірність того, що вони матимуть можливість підвищувати ціни або зменшувати обсяги виробництва, якість продукції, її асортимент або інновації. Крім того, за угодою про комерціалізацію сторони об'єднують (частину) своєї діяльності, пов'язаної з ринком, а саме діяльність, яка має безпосередній

вплив на споживачів. Такий безпосередній вплив на споживачів підвищує ризик того, що угоди про комерціалізацію можуть призвести до антиконкурентних наслідків.

5.2.3.1. Результат змови

336. Угода про спільну комерціалізацію, яка не передбачає фіксування цін, обмеження обсягів виробництва або поділу ринку, може, тим не менш, призвести до обмежувальних наслідків для конкуренції, якщо вона збільшує спільні змінні витрати сторін до рівня, який може призвести до досягнення результату у вигляді змови. Це може статися, якщо до укладення угоди сторони вже мали високу частку спільних змінних витрат. У такому випадку додаткове збільшення частки спільних витрат (а саме витрат на комерціалізацію продукту, що є предметом угоди), навіть якщо воно обмежене, може схилити чашу терезів у бік результату змови. І навпаки, якщо цей приріст є значним, ризик змови може бути високим, навіть якщо початковий рівень спільності витрат є низьким.

337. Ймовірність досягнення результату змови залежить від ринкової влади сторін та характеристик відповідного ринку. Спільність витрат може підвищити ризик результату змови, лише якщо сторони мають ринкову владу і якщо витрати на комерціалізацію становлять значну частку змінних витрат, пов'язаних з відповідною продукцією. Спільність витрат на комерціалізацію підвищує ризик змови, якщо угода про комерціалізацію стосується продуктів, які потребують значних витрат на комерціалізацію, наприклад, високих витрат на дистрибуцію або маркетинг. Отже, навіть угоди, які обмежуються спільною рекламою або спільним просуванням, можуть призвести до обмежувальних наслідків для конкуренції, якщо ці види діяльності становлять значну частку змінних витрат на продукт.

338. Виконання угоди про спільну комерціалізацію може вимагати обміну комерційно чутливою інформацією, зокрема щодо маркетингової стратегії та ціноутворення. Якщо сама угода про комерціалізацію не підпадає під заборону статті 101(1), оскільки вона має нейтральний або позитивний вплив на конкуренцію, обмін інформацією, який є допоміжним для цієї угоди, також не підпадає під цю заборону ⁽²¹⁸⁾. Це стосується випадків, коли обмін інформацією є об'єктивно необхідним для виконання угоди про комерціалізацію і є пропорційним її цілям ⁽²¹⁹⁾. Якщо обмін інформацією виходить за межі того, що є об'єктивно необхідним для виконання угоди про комерціалізацію, або не є пропорційним її цілям, його слід оцінювати, використовуючи вказівки, надані в Главі 6 ⁽²²⁰⁾. Якщо обмін інформацією підпадає під дію статті 101(1), він все одно може відповідати умовам статті 101(3).

5.2.3.2. Співпраця, яка загалом не викликає занепокоєння

339. Як вже зазначалося в параграфі 335, угоди про комерціалізацію між конкурентами, які не обмежують конкуренцію за предметом, як правило, матимуть обмежувальні наслідки для конкуренції лише в тому випадку, якщо сторони мають певний ступінь ринкової влади. У більшості таких випадків малоімовірно, що ринкова влада існує, якщо сторони угоди мають сукупну частку ринку, що не перевищує 15 % на ринку (ринках), на якому (яких) вони спільно здійснюють комерціалізацію продукції за угодою. У будь-якому випадку, якщо сукупна частка сторін на ринку не перевищує 15 %, цілком ймовірно, що умови статті 101(3) виконані.

340. Якщо сукупна частка сторін на ринку перевищує 15 %, неможливо припустити, що їхня угода не матиме обмежувальних наслідків, і тому необхідно оцінити ймовірний вплив угоди про спільну комерціалізацію на відповідний ринок (ринки).

5.3. Оцінка за статтею 101(3)

5.3.1. Підвищення ефективності

341. Угоди про комерціалізацію можуть призвести до значного підвищення ефективності. Ефективність, яку слід брати до уваги при оцінці того, чи відповідає угода про комерціалізацію умовам статті 101(3), залежатиме від характеру співробітництва та сторін, що беруть участь у співробітництві. Фіксація ціни, як правило, не може бути виправдана, якщо тільки вона не є необхідною для інтеграції інших маркетингових функцій і така інтеграція не забезпечує значну ефективність. Спільна дистрибуція може забезпечити значну ефективність завдяки економії на масштабах або обсягах, особливо для невеликих виробників або груп незалежних роздрібних торговців, наприклад, коли вони використовують переваги нових платформ дистрибуції, щоб конкурувати з більшими операторами. Спільна дистрибуція може, зокрема, використовуватися для досягнення екологічних цілей, які можуть становити ефективність у розумінні статті 101(3), за умови, що вони є об'єктивними, конкретними та такими, що можуть бути перевірені ⁽²²¹⁾. Угоди про комерціалізацію можуть також сприяти розвитку стійкого внутрішнього ринку та підвищенню ефективності на користь споживачів шляхом зменшення залежності та/або пом'якшення дефіциту та перебоїв у ланцюгах постачання, наприклад, коли вони дозволяють стороні вийти на ринок, на який вона не змогла б вийти самостійно.

342. Підвищення ефективності має бути результатом інтеграції економічної діяльності сторін. Економія, яка є результатом лише усунення витрат, що є невід'ємною частиною конкуренції, не може братися до уваги. Наприклад, скорочення транспортних витрат, яке є лише результатом розподілу клієнтів, без будь-якої інтеграції логістичних систем сторін, не може розглядатися як підвищення ефективності в розумінні статті 101(3).

343. Підвищення ефективності повинно бути продемонстровано сторонами угоди. Важливим елементом у цьому відношенні буде внесок у спільну комерціалізацію сторонами значного капіталу, технологій або інших активів. Економія витрат, отримана за рахунок зменшення дублювання ресурсів і потужностей, також може бути прийнятною. Однак, якщо спільна комерціалізація складається не більше ніж з торгового агентства без будь-яких інвестицій, вона навряд чи буде відповідати умовам статті 101(3).

5.3.2. Незамінність

344. Обмеження, які виходять за межі того, що є необхідним для досягнення підвищення ефективності, що генерується угодою про комерціалізацію, не відповідатимуть умовам статті 101(3). Питання незамінності є особливо важливим для угод, які передбачають фіксування цін або розподіл ринку, які лише за виняткових обставин можуть вважатися незамінними.

5.3.3. Передача споживачам

345. Підвищення ефективності, досягнуте завдяки неминучим обмеженням, повинно переноситися на споживачів у тій мірі, яка переважає обмежувальні наслідки для конкуренції, спричинені угодою про комерціалізацію. Цей вигравш може мати форму нижчих цін або кращої якості чи різноманітності продукції. Однак, чим більша ринкова влада сторін, тим менша ймовірність того, що вигоди від підвищення ефективності будуть передані споживачам в такій мірі, яка переважає обмежувальні наслідки для конкуренції. Якщо сукупна ринкова частка сторін не перевищує 15 %, більш імовірно, що будь-яке підвищення ефективності, досягнуте завдяки угоді, буде в достатній мірі передано споживачам.

5.3.4. Відсутність усунення конкуренції

346. Умови статті 101(3) не можуть бути виконані, якщо сторони мають можливість усунути конкуренцію щодо значної частини відповідних товарів. Відповідність цій умові повинна оцінюватися щодо всіх відповідних ринків, а саме тих, до яких належать продукти, що є предметом співробітництва, та будь-яких побічних ринків.

5.4. Тендерні консорціуми

347. Термін «тендерний консорціум» стосується ситуації, коли дві або більше сторони співпрацюють для подання спільної заявки на участь у конкурсі публічних або приватних закупівель ⁽²²²⁾.

348. Для цілей цього розділу тендерні консорціуми слід відрізняти від змови на торгах (або тендерної змови), тобто незаконних угод між суб'єктами господарювання, метою яких є спотворення конкуренції під час процедур укладення договорів про закупівлю. Змова на торгах є одним із найсерйозніших обмежень конкуренції, що являє собою обмеження за предметом і може набувати різних форм, таких як попереднє узгодження змісту тендерних пропозицій кожної зі сторін (особливо ціни) з метою впливу на результат процедури присудження контракту, утримання від подання тендерної пропозиції, розподіл ринку за географічною ознакою, замовником або предметом закупівлі, а також створення схем ротації для ряду процедур. Метою всіх цих практик є надання можливості заздалегідь визначеному учаснику виграти контракт, створюючи при цьому враження, що процедура є справді конкурентною ⁽²²³⁾. Згідно з антимонопольним законодавством, змова на торгах є формою картелю, яка полягає в маніпулюванні тендерною процедурою з метою укладення контракту ⁽²²⁴⁾.

349. Змова на торгах, як правило, не передбачає спільної участі в тендерній процедурі. Як правило, воно полягає у прихованій або мовчазній домовленості між потенційними учасниками про узгодження їхніх позірно незалежних рішень щодо участі в тендерній процедурі. Однак у деяких випадках розмежування між зговором на торгах і законними формами спільної участі у торгах не є простим, зокрема, у випадку субпідряду. Наприклад, коли два учасники торгів укладають між собою перехресні субпідрядні договори, це може свідчити про змову, оскільки такі субпідрядні договори зазвичай дозволяють сторонам дізнатися про фінансову пропозицію один одного, що ставить під сумнів незалежність сторін у формулюванні їхніх тендерних пропозицій. Однак не існує загальної презумпції, що укладення субпідрядних договорів між учасниками торгів, які беруть участь в одній процедурі, є змовою між відповідними суб'єктами господарювання ⁽²²⁵⁾.

350. Угоди про створення консорціуму можуть передбачати значний ступінь інтеграції ресурсів та діяльності сторін з метою участі в тендерній процедурі, зокрема, коли форми спільного виробництва включені в діяльність, що є предметом тендеру. У ситуаціях, коли спільна комерціалізація є доповненням до інтеграції виробничої діяльності сторін (спільне виробництво), центр ваги угоди лежить на виробничій діяльності, а конкурентна оцінка повинна здійснюватися з використанням правил та інструкцій, що застосовуються до угод про спільне виробництво. У таких ситуаціях фіксація цін на контрактні продукти або послуги, як правило, не вважається обмеженням за предметом, і необхідно проводити оцінку за наслідками (див. параграф 223 про виробничі угоди).

351. Однак, як правило, угоди про створення консорціуму, які полягають переважно або виключно у спільній комерціалізації, слід розглядати як угоди про комерціалізацію і, отже, оцінювати відповідно до принципів, викладених у цій Главі.

352. Угода про тендерний консорціум - незалежно від її юридичної кваліфікації - не обмежуватиме конкуренцію в розумінні статті 101(1), якщо вона дозволяє сторонам брати участь у проектах, які вони не змогли б реалізувати індивідуально. У цьому випадку сторони угоди про тендерний консорціум не є ні фактичними, ні потенційними конкурентами за реалізацію проекту. Це може бути у випадку, коли учасники тендерного консорціуму надають різні послуги, які є взаємодоповнюючими для цілей участі в тендерній процедурі. Це також може мати місце у випадку, коли учасники угоди про тендерний консорціум, хоча всі вони діють на одному ринку (ринках), не можуть реалізувати проект індивідуально, наприклад, через розмір проекту або його складність.

353. Оцінка того, чи здатні сторони конкурувати в тендерній процедурі індивідуально, а отже, чи є вони конкурентами, залежить насамперед від вимог, що містяться в тендерних правилах. Однак сама лише теоретична можливість здійснення договірної діяльності не робить сторони автоматично конкурентами: необхідно оцінити, чи здатна кожна сторона реально виконати договір самостійно, беручи до уваги конкретні обставини справи, такі як розмір і можливості суб'єкта господарювання, рівень фінансового ризику, спричиненого проектом, а також рівень інвестицій, необхідних для реалізації проекту, а також теперішню та майбутню спроможність суб'єкта господарювання, оцінену у світлі договірних вимог ⁽²²⁶⁾.

354. Якщо тендерні процедури передбачають можливість подання заявок на частини контракту (лоти), підприємства, які мають можливість подати заявку на один або кілька лотів, але, можливо, не на весь контракт, повинні розглядатися як конкуренти, і стаття 101(1) в принципі може бути застосована. У таких ситуаціях підприємства часто виправдовують свою співпрацю в рамках угоди про тендерний консорціум тим, що це дозволяє їм брати участь у торгах на весь контракт і, таким чином, пропонувати комбіновану знижку на весь контракт. Однак це не змінює того факту, що сторони є конкурентами принаймні в частині тендерної процедури, а отже, стаття 101(1) є застосовною. Будь-яка ефективність, заявлена щодо об'єднаної пропозиції на весь контракт, повинна оцінюватися відповідно до умов статті 101(3).

355. Якщо неможливо виключити, що сторони угоди про створення консорціуму можуть брати участь у тендерній процедурі кожна окремо (або якщо угода про тендерний консорціум містить більше сторін, ніж це необхідно), спільна заявка може обмежити конкуренцію в розумінні статті 101(1). Це може мати місце, навіть якщо лише одна сторона угоди може брати участь у торгах індивідуально.

356. Загалом, у випадках, коли стаття 101(1) застосовується до спільних торгів, необхідно провести індивідуальну оцінку угоди про тендерний консорціум, беручи до уваги всі відповідні фактори, включаючи позицію сторін на відповідному ринку, кількість та ринкову позицію інших ймовірних учасників тендерної процедури, зміст угоди про тендерний консорціум, продукти або послуги, про які йдеться, та ринкові умови.

357. Обмеження може кваліфікуватися як обмеження за предметом або за наслідками, залежно від змісту угоди та конкретних обставин справи. Загалом, до тендерних консорціумів, які мають розглядатися як угоди про комерціалізацію, застосовуються зауваження, викладені в параграфах 328-340. Крім того:

(а) За обставин, коли дві (або більше) сторони можуть брати участь у торгах індивідуально і не існує значного ступеня інтеграції ресурсів та діяльності сторін, спільна заявка, в принципі, прирівнюється до обмеження за предметом закупівлі, оскільки вона передбачає встановлення ціни між конкурентами, і це положення не видається допоміжним для справжньої співпраці між сторонами;

(b) у випадку угод про тендерний консорціум, що містять більше учасників, ніж необхідно, якщо є лише один учасник, який може подати заявку на участь у торгах індивідуально, в принципі, сам по собі факт наявності більшої кількості учасників, ніж необхідно, може бути недостатнім для того, щоб вважати, що існує обмеження за предметом, оскільки існує ймовірність того, що учасники можуть не бути фактичними або потенційними конкурентами. Однак можуть існувати й інші причини для того, щоб вважати таку консорціумну угоду обмеженням за предметом, наприклад, якщо учасник, який міг би подати заявку на участь у торгах індивідуально, укладає угоду про спільну участь у торгах з однією або кількома іншими сторонами з конкретною метою випередити конкуруючу спільну заявку від цих інших сторін, навіть спільно з третьою стороною;

(c) Що стосується антиконкурентних наслідків, то за відсутності обмеження за предметом, чи можуть такі види спільних заявок обмежувати конкуренцію, залежить від конкретної оцінки, серед інших факторів, того, як конкуренція могла б найбільш реалістично розвиватися без відповідної угоди про тендерний консорціум;

(d) Між членами консорціуму повинна поширюватися лише та інформація, яка є суворо необхідною для підготовки тендерної пропозиції та виконання контракту. Крім того, доступ до такої інформації повинен обмежуватися відповідним персоналом на основі принципу «службової необхідності».

358. У будь-якому випадку, угода про тендерний консорціум між конкурентами, до якої застосовується стаття 101(1), може відповідати умовам статті 101(3). Можлива економія може виражатися в зниженні цін, а також у кращій якості, більшому виборі або швидшій реалізації товарів чи послуг, що є предметом тендеру. Крім того, повинні бути дотримані інші умови статті 101(3) (незамінність, користь для споживачів і відсутність усунення конкуренції). У тендерних процедурах ці умови часто взаємопов'язані: вигоди від підвищення ефективності спільної заявки через угоду про тендерний консорціум легше передати споживачам - у вигляді нижчих цін або кращої якості пропозиції - якщо конкуренція за присудження контракту не усувається і в тендерній процедурі беруть участь інші ефективні конкуренти.

359. По суті, умови статті 101(3) можуть бути виконані, якщо спільна заявка дозволяє сторонам подати пропозицію, яка є більш конкурентоспроможною, ніж пропозиції, які вони могли б подати самостійно - з точки зору ціни та/або якості - і вигоди, які отримує замовник та кінцеві споживачі, переважають над обмеженнями конкуренції. Ефективність повинна передаватися споживачам і не буде відповідати умовам статті 101(3), якщо вона принесе вигоду лише сторонам угоди про тендерний консорціум.

5.5. Приклади

360. Спільна комерціалізація, необхідна для входу на ринок

Приклад 1

Ситуація: Чотири суб'єкти господарювання, що надають послуги прання у великому місті поблизу кордону з іншою державою-членом, кожен з яких має 3 % частки ринку прання в цьому місті, домовляються про створення спільного маркетингового підрозділу для продажу послуг прання інституційним клієнтам (тобто готелям, лікарням та офісам), зберігаючи при цьому свою незалежність і свободу конкурувати за місцевих, індивідуальних клієнтів. З метою орієнтації на новий сегмент попиту (інституційні клієнти) вони розробляють спільну торгову марку, спільну ціну та спільні стандартні умови, включаючи планові поставки та максимальний час доставки - 24 години. Створюють спільний колл-центр, куди інституційні клієнти можуть звертатися за послугами збору та/або доставки. Вони наймають адміністратора (для колл-центру) та кількох водіїв. Далі вони інвестують у мікроавтобуси для диспетчеризації та в просування бренду, щоб підвищити його впізнаваність. Угода не повністю усуває їхні індивідуальні витрати на інфраструктуру (оскільки вони утримують власні приміщення і все ще конкурують між собою за окремих місцевих клієнтів), але вона збільшує їхню економію на масштабах і дозволяє їм пропонувати більш комплексні послуги новій категорії клієнтів, що вимагає довших годин роботи та ширшого географічного охоплення. Для того, щоб забезпечити життєздатність проекту, необхідно, щоб всі чотири суб'єкти господарювання уклали угоду. Ринок є дуже фрагментованим, жоден з конкурентів не має частки ринку, що перевищує 15%.

Аналіз: Хоча спільна ринкова частка сторін не перевищує 15 %, той факт, що угода передбачає фіксацію цін, означає, що, в принципі, застосовується стаття 101(1). Враховуючи, що сторони здійснюють свою діяльність у великому місті, розташованому поблизу кордону з іншою державою-членом, можна припустити, що це вплине на торгівлю між державами-членами. Однак сторони не змогли б надавати послуги з прання білизни інституційним клієнтам як індивідуально, так і у співпраці з меншою кількістю сторін, ніж чотири, які беруть участь в угоді. Оскільки обмеження щодо фіксування цін можна вважати необхідним для просування спільного бренду та успіху проекту, це обмеження видається допоміжним для досягнення основної мети угоди, яка не є антиконкурентною, і в цілому не створювало б проблем для конкуренції.

361. Угода про комерціалізацію за участю більшої кількості сторін, ніж необхідно для входу на ринок

Приклад 2

Ситуація: Ті самі факти, що й у прикладі 1, параграф 360, з однією головною відмінністю: з метою забезпечення життєздатності проекту, угоду могли б виконувати лише три сторони (замість чотирьох, які фактично беруть участь у співробітництві).

Аналіз: Незважаючи на те, що спільна ринкова частка сторін є меншою за 15 %, стаття 101(1) застосовується з тих самих причин, що викладені вище у Прикладі 1. Угода могла бути укладена меншою кількістю учасників, ніж чотири. Однак, оскільки жодна зі сторін не змогла б реалізувати проект самостійно, факт наявності більшої кількості сторін, ніж необхідно, може бути недостатнім для того, щоб визнати обмеження за предметом, якщо тільки угода не має на меті запобігти конкуруючій ініціативі за участю однієї зі сторін. Що стосується можливих обмежувальних наслідків, то тут необхідний контрфактичний аналіз. У будь-якому випадку, угода може бути оцінена відповідно до статті 101(3). Угода призводить до підвищення ефективності, оскільки сторони тепер можуть пропонувати покращені послуги для нової категорії клієнтів у більших масштабах (які вони не могли б обслуговувати індивідуально). Зважаючи на те, що сукупна ринкова частка сторін не перевищує 15 %, цілком ймовірно, що вони в достатній мірі передадуть будь-яку вигоду від підвищення ефективності споживачам. Далі необхідно розглянути, чи є обмеження, накладені угодою, необхідними для досягнення ефективності, і чи не усуває угода конкуренцію. Враховуючи, що метою угоди є надання більш комплексних послуг (включаючи відправку, яка раніше не пропонувалася) додатковій категорії споживачів під єдиним брендом із загальними стандартними умовами, фіксація ціни може вважатися необхідною для просування спільного бренду, а отже, для успіху проекту та підвищення його ефективності. Крім того, беручи до уваги фрагментацію ринку, угода не усуне конкуренцію. Той факт, що в угоді беруть участь чотири сторони (замість трьох, які були б строго необхідними), дозволяє збільшити пропускну спроможність і сприяє одночасному задоволенню попиту кількох інституційних замовників з дотриманням стандартних умов (тобто з дотриманням максимального терміну поставки). Таким чином, підвищення ефективності, ймовірно, переважає обмежувальні ефекти, що виникають внаслідок зменшення конкуренції між сторонами, і угода, ймовірно, відповідатиме умовам статті 101(3).

362. Спільний продаж через Інтернет

Приклад 3

Ситуація: Декілька невеликих спеціалізованих магазинів по всій державі-члені створюють електронну інтернет-інфраструктуру для просування, продажу та доставки подарункових фруктових кошиків. Існує ряд конкуруючих інтернет-магазинів з порівнянними і обмеженими частками ринку. Спеціалізовані магазини-учасники поділяють операційні витрати інтернет-магазину та спільно інвестують у просування бренду. Через інтернет-магазин, де пропонується широкий асортимент різних типів подарункових кошиків, клієнти замовляють (і оплачують) той тип подарункового кошика, який вони хочуть, щоб їм доставили або який вони зможуть забрати в магазині. Потім замовлення передається до спеціалізованого магазину, обраного клієнтом, або, за відсутності експрес-вибору, до магазину, розташованого найближче до адреси доставки, або до магазину, який є найбільш зручним для клієнта для отримання замовлення. Кожен спеціалізований магазин індивідуально несе витрати на формування подарункового кошика та доставку його покупцеві або надання можливості забрати його в магазині. Магазин залишає собі 90 % кінцевої ціни, яка встановлюється веб-інфраструктурою і однаково застосовується до всіх спеціалізованих магазинів-учасників, тоді як решта 10 % використовується на загальну промоцію та операційні витрати інтернет-магазину.

Окрім сплати збору, для спеціалізованих магазинів не існує жодних інших обмежень щодо приєднання до веб-інфраструктури на всій території країни. Більше того, спеціалізовані магазини, які мають власний веб-сайт, також можуть продавати (а в деяких випадках і продають) подарункові фруктові кошики в Інтернеті під власним ім'ям і, таким чином, можуть конкурувати між собою поза межами співпраці. Клієнтам, які купують через інтернет-магазин, гарантується доставка або самовивіз фруктових кошиків у той самий день, а також вони можуть вибрати зручний для них час доставки або самовивозу.

Аналіз: Якщо припустити, що спеціалізовані магазини є конкурентами, то застосовується стаття 101(1), і, враховуючи, що угода передбачає фіксацію цін, вона, ймовірно, обмежує конкуренцію за предметом. Таким чином, угоду необхідно оцінити відповідно до статті 101(3). Усі спеціалізовані магазини, які беруть участь у співпраці, є невеликими, і зрозуміло, що вони не зможуть конкурувати на національному рівні з іншими інтернет-магазинами. Таким чином, угода може призвести до підвищення ефективності, наприклад, більшого вибору та вищої якості послуг, а також зменшення витрат на пошук, що принесе користь споживачам і, ймовірно, переважить обмежувальні наслідки для конкуренції, які виникають у результаті угоди. Враховуючи, що спеціалізовані магазини, які беруть участь у співпраці, все ще можуть продавати самостійно і конкурувати один з одним, як через свої магазини, так і через Інтернет, обмеження фіксування цін, обмежене інтернет-магазином, можна вважати необхідним для просування товару (оскільки, купуючи через інтернет-магазин, споживачі не хочуть мати справу з безліччю різних цін) і, як наслідок, підвищення ефективності. За відсутності інших обмежень, угода відповідає умовам статті 101(3). Більше того, оскільки існують інші значні конкуруючі інтернет-магазини і сторони продовжують конкурувати між собою через свої спеціалізовані магазини або через Інтернет, конкуренція не буде усунута.

363. Спільне підприємство з продажу

Приклад 4

Ситуація: Суб'єкти господарювання А та В, розташовані у двох різних державах-членах, виробляють велосипедні шини. Їх сукупна частка на загальноєвропейському ринку велосипедних шин становить 14 %. Вони вирішують створити (неповнофункціональне) спільне підприємство з продажу шин виробникам велосипедів і домовляються продавати всю свою продукцію через спільне підприємство. Виробнича та транспортна інфраструктура залишається окремою для кожної зі сторін. Сторони стверджують, що ця угода забезпечує значне підвищення ефективності. Такі вигоди в основному пов'язані зі збільшенням ефекту масштабу, можливістю задовольнити потреби своїх існуючих і потенційних нових клієнтів, а також кращою конкуренцією з імпортними шинами, виробленими в третіх країнах. Спільне підприємство домовляється про ціни та розподіляє замовлення на найближчому заводі, що дозволяє раціоналізувати транспортні витрати при доставці продукції споживачеві.

Аналіз: Незважаючи на те, що сукупна ринкова частка сторін є меншою за 15 %, угода підпадає під дію статті 101(1). Вона обмежує конкуренцію за предметом, оскільки передбачає розподіл клієнтів та встановлення цін спільним підприємством. Заявлена ефективність, що впливає з угоди, не є результатом інтеграції економічної діяльності або спільного інвестування. Спільне підприємство матиме дуже обмежену сферу діяльності і слугуватиме лише інтерфейсом для розподілу замовлень між виробничими

підприємствами. Тому мало ймовірно, що будь-яке підвищення ефективності буде передано споживачам в такій мірі, що воно переважить обмежувальні наслідки для конкуренції, спричинені угодою. Таким чином, умови статті 101(3) не будуть виконані.

364. Платформа розповсюдження засобів масової інформації

Приклад 5

Ситуація: Телемовник А і телемовник Б, які працюють переважно на ринку безкоштовного ефірного телебачення в державі-члені, створюють спільне підприємство для запуску на тому ж національному ринку онлайн-платформи відео на замовлення, на якій споживачі можуть за певну плату переглядати фільми або серіали, вироблені кожним з двох мовників або третіми сторонами, які мають ліцензію на відповідні аудіовізуальні права одного з них. Група телекомпаній А має частку ринку близько 25 % на ринку безкоштовного ефірного телебачення, а група телекомпаній Б - близько 15 %. Існують ще дві великі телекомпанії з частками ринку від 10 до 15 %, а також низка дрібних мовників. Національний ринок відео на вимогу, на якому СП буде здійснювати основну діяльність, є молодим ринком, який, як очікується, буде значно зростати. Ціна за перегляд відео буде визначатися централізовано спільним підприємством, яке також координуватиме ціни на придбання ліцензій на відео за запитом на висхідному ринку.

Аналіз: Враховуючи їхню частку на національному телевізійному ринку та велику бібліотеку аудіовізуальних прав, як А, так і Б можуть запустити платформу відео на вимогу незалежно один від одного. Таким чином, вони є потенційними конкурентами на споживчому ринку відео на замовлення, що зароджується. Оскільки угода обмежує стимули сторін до самостійного виходу на ринок, застосовується стаття 101(1). Крім того, угода усуває цінову конкуренцію між двома мовниками і передбачає координацію щодо ціноутворення на відео на вимогу. Як наслідок, угода, в принципі, є обмеженням конкуренції за предметом. Що стосується застосування статті 101(3), то вигоди від розширення асортименту відео на замовлення та полегшення навігації по контенту не переважають негативних наслідків для конкуренції, які будуть відчутними, враховуючи діяльність та ринкову позицію залучених суб'єктів господарювання. Більше того, обмеження не видаються необхідними для досягнення згаданої ефективності, оскільки їх можна було б досягти і за допомогою відкритої платформи та суто технічного співробітництва. Таким чином, угода не відповідає умовам статті 101(3).

365. Тендерний консорціум

Приклад 6

Ситуація: Суб'єкти господарювання А та В є конкуруючими постачальниками спеціалізованих медичних виробів для лікарень. Вони вирішують укласти угоду про створення тендерного консорціуму для подання спільних заявок на низку тендерів, організованих національною системою охорони здоров'я в державі-члені ЄС, на поставку набору лікарських засобів, отриманих з плазми крові, до державних лікарень. Критерієм присудження контрактів є найбільш економічно вигідна тендерна пропозиція, враховуючи баланс між ціною та якістю. Зокрема, додаткові бали нараховуються у випадку, якщо пропозиція включає низку додаткових продуктів. Обидва суб'єкти господарювання - і А, і Б - могли б брати участь у тендерах окремо, виходячи з вимог, викладених у тендерних правилах. Насправді, і Суб'єкти господарювання А, і Б вже брали участь індивідуально в одному з відповідних тендерів, рішення щодо якого було

прийнято на користь іншого учасника, оскільки індивідуальні пропозиції Суб'єктів господарювання А та Б були нижчими за ціною та якістю, зокрема, через обмежену пропозицію додаткових продуктів. Загалом, у зазначених тендерних процедурах є щонайменше два інших учасники.

Аналіз: Оскільки Суб'єкти господарювання А і Б можуть брати участь у тендерах окремо, їхня спільна участь може обмежити конкуренцію, а отже, застосовується стаття 101(1). Таким чином, угоду необхідно оцінювати відповідно до статті 101(3). За результатами попередньої тендерної процедури, в якій сторони конкурували окремо, видається, що спільна пропозиція буде більш конкурентоспроможною, ніж індивідуальні пропозиції, з точки зору ціни та асортименту пропонованої продукції, зокрема, додаткової продукції, що є особливо важливим для тендерного органу. Угода про створення тендерного консорціуму є необхідною для того, щоб учасники могли подати дійсно конкурентоспроможну пропозицію в рамках тендерних процедур, порівняно з пропозиціями інших учасників. Зрозуміло, що сторони зможуть продемонструвати, що спільна участь у торгах створює значний ступінь синергії, здатної призвести до підвищення ефективності - у вигляді зниження цін та підвищення якості - що, в свою чергу, призведе до більш конкурентоспроможної пропозиції. Конкуренція в тендерній процедурі не усувається, оскільки щонайменше два інші відповідні конкуренти здатні брати участь у тендерній процедурі незалежно один від одного. Це означає, що підвищення ефективності спільної пропозиції може принести користь замовнику і, зрештою, споживачам. Таким чином, угода, як видається, відповідає умовам статті 101(3).

6. ОБМІН ІНФОРМАЦІЄЮ

6.1. Вступ

366. У цій главі надаються настанови щодо конкурентної оцінки обміну інформацією ⁽²²⁷⁾. Обмін інформацією може набувати різних форм і відбуватися в різних контекстах.

367. Для цілей цієї Глави обмін інформацією включає обмін (i) необробленим, неорганізованим цифровим контентом, який може потребувати обробки для того, щоб зробити його корисним (необроблені дані); (ii) попередньо обробленими даними, які вже підготовлені та перевірені; (iii) даними, які були оброблені з метою отримання змістовної інформації в будь-якій формі, а також (iv) будь-яким іншим типом інформації, включаючи нецифрову інформацію. Це включає обмін фізичною інформацією та обмін цифровими даними між фактичними або потенційними конкурентами ⁽²²⁸⁾. У цій Главі термін «інформація» охоплює всі види даних та інформації, викладені в пунктах (i) - (iv).

368. Обмін інформацією може здійснюватися безпосередньо між конкурентами (у формі одностороннього розкриття інформації або дво- чи багатостороннього обміну) або опосередковано, безпосередньо або через третю сторону (наприклад, постачальника послуг, платформу, онлайн-інструмент чи алгоритм), через спільну установу (наприклад, торговельну асоціацію), через організацію, що займається дослідженням ринку, через постачальників або клієнтів сторін обміну, або через веб-сайт чи прес-реліз. Обмін може відбуватися між суб'єктами господарювання, які конкурують під одним брендом (внутрішньобрендова конкуренція), або між суб'єктами господарювання, які конкурують під різними брендами (міжбрендова конкуренція). Ця Глава застосовується

до прямих і непрямих форм обміну інформацією та обміну інформацією між внутрішньо- та міжбрендовими конкурентами.

369. Обмін інформацією може відбуватися в контексті іншого типу угоди про горизонтальне співробітництво, наприклад, угоди про спільну закупівлю, спільне виробництво або спільну комерціалізацію. Якщо сама угода про співпрацю не підпадає під заборону статті 101(1), оскільки вона має нейтральний або позитивний вплив на конкуренцію, обмін інформацією, який є допоміжним для цієї угоди, також не підпадає під цю заборону. Це стосується випадків, коли обмін інформацією є об'єктивно необхідним для виконання угоди про співробітництво і є пропорційним її цілям (див. також Розділ 1.2.6) ⁽²²⁹⁾. Якщо обмін інформацією виходить за межі того, що є об'єктивно необхідним для виконання угоди про співробітництво, або не є пропорційним її цілям, його слід оцінювати, використовуючи настанови, надані в цій Главі ⁽²³⁰⁾. Якщо обмін інформацією сам по собі є основною метою співробітництва, то для оцінки того, чи не обмежує співробітництво конкуренцію, переважну силу мають настанови, наведені в цій Главі. Якщо обмін інформацією підпадає під дію статті 101(1), він все одно може відповідати умовам статті 101(3).

370. Обмін інформацією в контексті вертикальної угоди, коли інформація обмінюється між постачальником і покупцем, може отримати переваги від блокового виключення, передбаченого VBER ⁽²³¹⁾. Це стосується випадків, коли обмін інформацією безпосередньо пов'язаний з виконанням вертикальної угоди між цими сторонами і є необхідним для покращення виробництва або дистрибуції товарів чи послуг за контрактом.

371. Обмін інформацією може також здійснюватися в контексті процесу придбання. У таких випадках, залежно від обставин, обмін може регулюватися правилами Регламенту про злиття ⁽²³²⁾. Будь-яка поведінка, що обмежує конкуренцію, яка безпосередньо не пов'язана з набуттям контролю і не є необхідною для його здійснення, підпадає під дію статті 101. Таку оцінку необхідно проводити протягом усього процесу придбання, оскільки те, що безпосередньо пов'язане та необхідне для здійснення придбання, може залежати від того, на якому етапі перебуває процес придбання.

372. Обмін інформацією може також відбуватися в контексті регуляторних ініціатив. Якщо закон або державні органи заохочують суб'єктів господарювання обмінюватися інформацією з іншими суб'єктами господарювання, або якщо вони мають право на власний розсуд вирішувати, якою інформацією ділитися з іншими суб'єктами господарювання, стаття 101 продовжує застосовуватися. На практиці це означає, що суб'єкти господарювання, на які поширюються регуляторні вимоги, не повинні використовувати ці вимоги як засіб порушення Статті 101. Вони повинні обмежити обсяг обміну інформацією до того, що вимагається відповідним нормативним актом, і, можливо, їм доведеться взяти запобіжних заходів, якщо відбувається обмін інформацією, що становить комерційну таємницю.

Регламент Союзу може, наприклад, передбачати можливість для суб'єктів господарювання обмінюватися інформацією з метою усунення або зменшення потреби у випробуваннях на тваринах або зменшення витрат на дослідження. Такий обмін підлягає застосуванню статті 101. Таким чином, суб'єкти господарювання, які беруть участь в обміні інформацією, передбаченому цим регламентом, не повинні обмінюватися комерційною інформацією, яка розкриває їхню ринкову стратегію, або технічною інформацією, яка виходить за межі вимог регламенту. Суб'єкти

господарювання можуть зменшити частоту обміну інформацією, щоб зробити її менш комерційно чутливою. Там, де це можливо, слід використовувати агреговану інформацію або діапазони, щоб уникнути обміну детальними даними або даними, які можуть бути віднесені до окремих суб'єктів господарювання. Суб'єкти господарювання можуть також розглянути можливість залучення незалежного стороннього постачальника послуг («довірена особа»), який збиратиме інформацію з кількох джерел на основі угод про нерозголошення, а потім зіставлятиме, перевірятиме та агрегуватиме дані для створення зведеного набору даних для обміну з учасниками, в якому неможливо віднести дані, що можуть бути ідентифіковані, до окремих суб'єктів господарювання.

6.2. Оцінка за статтею 101(1)

6.2.1. Вступ

373. Обмін інформацією є спільною рисою багатьох конкурентних ринків і може генерувати різні види підвищення ефективності. Він може вирішувати проблеми інформаційної асиметрії ⁽²³³⁾, тим самим роблячи ринки більш ефективними. В останні роки обмін даними набуває все більшого значення як засіб для прийняття рішень, наприклад, завдяки використанню методів аналізу великих даних та машинного навчання ⁽²³⁴⁾. Крім того, суб'єкти господарювання можуть підвищити свою внутрішню ефективність, порівнюючи себе з найкращими практиками один одного. Обмін інформацією також може допомогти суб'єктам господарювання заощаджувати витрати, наприклад, зменшуючи запаси та уможливіючи швидшу доставку швидкопсувних продуктів споживачам. Обмін інформацією може дозволити фірмам розробляти нові або кращі продукти чи послуги або навчати алгоритми на ширшій, більш значущій основі. Крім того, обмін інформацією може приносити безпосередню користь споживачам, зменшуючи їхні витрати на пошук і покращуючи вибір.

374. Основний принцип конкуренції полягає в тому, що кожен суб'єкт господарювання самостійно визначає свою економічну поведінку на відповідному ринку. Цей принцип не перешкоджає суб'єктам господарювання розумно пристосовуватися до існуючої чи очікуваної поведінки своїх конкурентів або до звичайних умов, що існують на ринку. Однак він виключає будь-які прями чи опосередковані контакти між суб'єктами господарювання, що мають на меті або вплинути на поведінку на ринку фактичного чи потенційного конкурента, або розкрити такому конкуренту поведінку, якої суб'єкт господарювання вирішив дотримуватися сам чи має намір дотримуватися на ринку, якщо метою чи наслідком таких контактів є створення умов конкуренції, які не відповідають нормальним умовам відповідного ринку ⁽²³⁵⁾.

375. Як зазначено в параграфі 14, обмін інформацією підпадає під дію статті 101(1), тільки якщо він встановлює або є частиною угоди між підприємствами, узгодженої практики або рішення об'єднання підприємств. Поняття узгодженої практики передбачає, окрім того, що суб'єкти господарювання-учасники домовляються між собою, подальшу поведінку на ринку та причинно-наслідковий зв'язок між ними ⁽²³⁶⁾. Якщо обмін комерційно важливою інформацією між конкурентами відбувається під час підготовки антиконкурентної угоди, цього достатньо, щоб довести наявність узгоджених дій у розумінні статті 101(1). У зв'язку з цим немає необхідності доводити, що конкуренти формально зобов'язалися дотримуватися певної лінії поведінки, або що конкуренти змовилися щодо своєї майбутньої поведінки на ринку, або що конкуренти мали комерційний інтерес в обміні ⁽²³⁷⁾. Крім того, для встановлення вищезгаданого

причинно-наслідкового зв'язку існує спростовна презумпція, що суб'єкти господарювання, які беруть участь в узгоджених діях і продовжують діяти на ринку, беруть до уваги інформацію, якою вони обмінюються зі своїми конкурентами, при визначенні своєї поведінки на ринку ⁽²³⁸⁾.

376. Ця Глава має наступну структуру. У Розділі 6.2.2 представлено дві основні проблеми конкуренції, пов'язані з обміном інформацією. Розділ 6.2.3 містить настанови щодо релевантності характеру інформації, якою обмінюються учасники, для проведення оцінки відповідно до статті 101(1). Розділ 6.2.4 містить настанови щодо релевантності характеристик обміну. Розділ 6.2.5 містить настанови щодо релевантності характеристик ринку. Розділ 6.2.6 охоплює обмін інформацією, який обмежує конкуренцію за предметом, а Розділ 6.2.7 охоплює обмін інформацією, який обмежує конкуренцію за наслідками. Розділ 6.3 містить рекомендації щодо застосування статті 101(3) до обміну інформацією, а наприкінці розділу наведено низку прикладів, блок-схему з кроками для самооцінки та табличний огляд різних сценаріїв обміну інформацією в розділі 6.4.

6.2.2. Основні проблеми конкуренції, що виникають у зв'язку з обміном інформацією, що становить комерційну таємницю (²³⁹)

6.2.2.1. Результат змови

377. Штучно підвищуючи прозорість між конкурентами на ринку, обмін комерційною таємницею може сприяти координації поведінки суб'єктів господарювання та призводити до обмеження конкуренції ⁽²⁴⁰⁾. По-перше, обмін інформацією може сприяти змові, якщо він дозволяє суб'єкту господарювання у будь-який спосіб сигналізувати своїм конкурентам про поведінку, яку він вважає бажаною для цих конкурентів, або про поведінку, яку сам суб'єкт господарювання міг би застосувати у відповідь на таку ж поведінку конкурентів ⁽²⁴¹⁾.

378. По-друге, обмін комерційно важливою інформацією сам по собі може дозволити суб'єктам господарювання досягти спільного розуміння щодо умов координації, що може призвести до змови на ринку. Такий обмін може створити взаємно узгоджені очікування щодо невизначеності, яка присутня на ринку. На цій основі суб'єкти господарювання можуть досягти спільного розуміння щодо своєї поведінки на ринку, навіть без прямої угоди про координацію ⁽²⁴²⁾.

379. По-третє, обмін комерційно важливою інформацією може бути використаний як засіб підвищення внутрішньої стабільності антиконкурентної угоди або узгодженої практики. Обмін інформацією може зробити ринок достатньо прозорим, щоб дозволити суб'єктам господарювання, які вступили у змову, відстежувати, чи відхиляються інші суб'єкти господарювання від результату змови, і, таким чином, знати, коли і проти кого слід вжити заходів у відповідь. Для такого моніторингу можна використовувати обмін як поточними, так і минулими даними. Це може або дозволити суб'єктам господарювання досягти спільного результату на ринках, де вони інакше не змогли б вступити у змову, або підвищити стабільність результату змови, що вже існує на ринку.

Наприклад, алгоритми можуть підвищити ефективність. Вони можуть зменшити витрати та бар'єри для входу на ринок. Суб'єкти господарювання можуть, наприклад, самостійно використовувати алгоритми для моніторингу цін конкурентів та встановлення власних цін. Однак алгоритми також можуть використовуватися для

моніторингу (вже існуючих) антиконкурентних угод між конкурентами. У разі використання алгоритмів моніторингу цін у змові алгоритми можуть підвищити прозорість ринку, виявити відхилення цін у режимі реального часу та зробити механізми покарання більш ефективними. Суб'єкти господарювання також можуть використовувати алгоритми координації поведінки для узгодження основних параметрів конкуренції. Тоді алгоритми стають інструментом для полегшення змови (змова за кодом). Змова за кодом щодо істотних параметрів конкуренції зазвичай є картельною змовою, а отже, обмеженням конкуренції за предметом, незалежно від ринкової кон'юнктури.

Ставлення до алгоритмів ціноутворення згідно з конкурентним законодавством ЄС ґрунтується на двох важливих принципах.

По-перше, якщо практика ціноутворення є незаконною, коли вона застосовується в офлайн-режимі, існує висока ймовірність того, що вона буде незаконною і в онлайн-режимі.

По-друге, фірми, залучені до незаконної практики ціноутворення, не можуть уникнути відповідальності на тій підставі, що їхні ціни були визначені за допомогою алгоритмів. Так само, як працівник або зовнішній консультант, що працює під «керівництвом або контролем» фірми, алгоритм залишається під контролем фірми, а отже, фірма несе відповідальність, навіть якщо її дії визначалися алгоритмами.

380. Обмін інформацією може також використовуватися як метод підвищення зовнішньої стійкості антиконкурентної угоди чи узгодженої практики. Обмін інформацією, який робить ринок достатньо прозорим, може дозволити суб'єктам господарювання, що вступили у змову, відслідковувати, де і коли інші суб'єкти господарювання намагаються вийти на ринок, що дозволить суб'єктам господарювання, що вступили у змову, вибрати нового учасника.

6.2.2.2. Антиконкурентне витіснення

381. Окрім сприяння змові, обмін інформацією може також призвести до антиконкурентного витіснення на тому ж ринку, де відбувається обмін, або на суміжному ринку ⁽²⁴³⁾.

382. Витіснення на тому самому ринку може мати місце, коли обмін комерційно важливою інформацією ставить конкурентів, які не беруть участі в обміні, у суттєво не вигідне конкурентне становище порівняно із суб'єктами господарювання, які беруть участь в обміні. Такий вид витіснення можливий, якщо відповідна інформація має стратегічне значення для конкуренції на ринку, а біржа охоплює значну частку відповідного ринку. Це може мати місце, наприклад, в ініціативах з обміну даними, коли дані, якими обмінюються, мають стратегічне значення, охоплюють значну частку ринку, а доступ конкурентів до даних, якими обмінюються, унеможлиблюється ⁽²⁴⁴⁾.

383. Обмін інформацією також може призвести до антиконкурентного витіснення третіх осіб на суміжному ринку. Наприклад, вертикально інтегровані компанії, які обмінюються інформацією на ринку вище, можуть отримати ринкову владу і вступити у змову з метою підвищення ціни на ключовий фактор виробництва для ринку нижче. Таким чином, вони можуть підвищити витрати своїх конкурентів на ринку переробки та збуту, що може призвести до антиконкурентного витіснення на ринку переробки та

збуту. Крім того, суб'єкти господарювання, які застосовують непрозорі та дискримінаційні умови доступу до спільної інформації, можуть обмежувати здатність третіх сторін виявляти тенденції щодо потенційних нових продуктів на суміжних ринках.

Наприклад, деякі суб'єкти господарювання, що надають фінансові послуги споживачам, можуть створити асоціацію зі спільною базою даних, що містить інформацію про клієнтів. Всі члени асоціації вносять інформацію до бази даних і мають доступ до неї, що дозволяє їм краще оцінити ризик надання фінансових послуг новим клієнтам. Обмін інформацією про клієнтів полегшує членам асоціації оцінку ризиків, пов'язаних з цими клієнтами. Це, в свою чергу, може полегшити вихід на ринок і, таким чином, принести користь споживачам. Така база даних не має на меті обмеження конкуренції в розумінні статті 101(1).

Однак бази даних спільного користування, як описано вище, можуть мати ефект обмеження конкуренції залежно від економічних умов на відповідному ринку (ринках) та специфічних характеристик відповідної бази даних. Ці характеристики включають призначення бази даних та умови доступу до неї і участі в ній, а також тип інформації, якою обмінюються (наприклад, чи є вона публічною або конфіденційною, агрегованою або деталізованою, історичною, поточною або майбутньою, частота оновлення бази даних та актуальність інформації для встановлення цін, обсягів або умов надання послуг). База даних, яка охоплює значну частину відповідного ринку і доступ до якої іншим конкурентам відмовлено або затримано, може створити інформаційну асиметрію, ставлячи цих інших конкурентів у невигідне становище порівняно з суб'єктами господарювання, які беруть участь у цій базі даних. Справедливі, об'єктивні, прозорі та недискримінаційні критерії доступу можуть пом'якшити проблеми конкуренції (²⁴⁵).

6.2.3. Характер інформації, якою обмінюються

6.2.3.1. Інформація, що становить комерційну таємницю

384. Стаття 101(1) застосовується, якщо обмін комерційною таємницею може вплинути на комерційну стратегію конкурентів, таким чином створюючи або здатний створити умови конкуренції, які не відповідають нормальним умовам відповідного ринку, беручи до уваги характер пропонованих продуктів або послуг, розмір і кількість задіяних суб'єктів господарювання та обсяг цього ринку (²⁴⁶). Це той випадок, коли обмін інформацією зменшує невизначеність щодо функціонування відповідного ринку (²⁴⁷). Стаття 101(1) застосовується незалежно від того, чи отримують суб'єкти господарювання, які беруть участь в обміні, певну вигоду від своєї співпраці. Вона стосується інформації, яку на ринках з ефективною конкуренцією суб'єкт господарювання повинен захищати, щоб зберегти або покращити свою конкурентну позицію на ринку (ринках).

385. Інформація про ціноутворення, як правило, вважається комерційно чутливою, і стаття 101(1) може застосовуватися, навіть якщо обмін не має прямого впливу на ціни, що сплачуються кінцевими користувачами (²⁴⁸). Інші категорії потенційно комерційно конфіденційної інформації включають інформацію про витрати, потужності, виробництво, обсяги, частки ринку, клієнтів, плани виходу на ринки або виходу з них, а також інші важливі елементи стратегії фірми, які суб'єкти господарювання, що діють на справді конкурентному ринку, не мали б стимулу розкривати один одному. Той факт,

що інформація, якою обмінюються, може бути неправильною або такою, що вводить в оману, сам по собі не усуває ризик того, що вона може вплинути на поведінку конкурентів на ринку ⁽²⁴⁹⁾.

386. Інформація, яка, як правило, не є комерційною таємницею, включає, наприклад, інформацію, що стосується загального функціонування або стану галузі; державної політики або регуляторних питань (які можуть бути використані, наприклад, у загальногалузевих зв'язках з громадськістю або лобістських ініціативах); неконфіденційних технічних питань, що стосуються галузі в цілому, таких як стандарти або питання охорони здоров'я та безпеки; загальних непатентованих технологій та пов'язаних з ними питань, таких як характеристики та придатність конкретного обладнання (але не плани конкретної компанії щодо впровадження конкретного обладнання або технології); загальних рекламних можливостей, що стосуються галузі в цілому (але не рекламні плани конкретної компанії). Сюди також входять нестратегічні освітні, технічні або наукові дані, які призводять до споживчих переваг, а також нестратегічна інформація, необхідна для створення нових ділових партнерств між суб'єктами господарювання ⁽²⁵⁰⁾.

387. Суб'єкти господарювання можуть мати законні підстави інформувати своїх акціонерів, потенційних інвесторів або широку громадськість про стан та результати своєї діяльності. Однак таке бажання інформувати третіх осіб або громадськість не може бути підставою для розкриття конкурентам комерційно важливої інформації, яку на ринку з ефективною конкуренцією суб'єкти господарювання не стали б розкривати своїм конкурентам.

388. Загалом, за нормальних конкурентних умов, суб'єкти господарювання не мають стимулу публікувати інформацію, що становить комерційну таємницю. Якщо вони це роблять, це може поставити під сумнів, чи характеризується даний ринок ефективною конкуренцією. Інформація, яка стала надбанням громадськості з законних причин - і тому стала легкодоступною (з точки зору вартості доступу) для всіх конкурентів і клієнтів ⁽²⁵¹⁾ - зазвичай не є комерційно чутливою ⁽²⁵²⁾.

389. Навіть якщо інформація є легкодоступною (наприклад, інформація, опублікована регуляторами), додатковий обмін інформацією між конкурентами може ще більше зменшити стратегічну невизначеність на ринку. Це може мати місце, наприклад, якщо обмін інформацією відбувається в менш агрегованій або більш деталізованій формі, або якщо обмін інформацією відбувається частіше, ніж вона оприлюднюється, або якщо до інформації додаються коментарі, які можуть сигналізувати конкурентам про бажані спільні дії, які слід здійснити. У такому випадку обмін інформацією може обмежувати конкуренцію в розумінні статті 101(1).

6.2.3.2. Агрегована та індивідуалізована інформація

390. Чи є інформація комерційною таємницею, залежить від її корисності для конкурентів. Загалом, інформація, яка містить багато деталей та дозволяє ідентифікувати суб'єкта (суб'єктів) господарювання, що її надав (надали), є більш комерційно чутливою. Обмін індивідуалізованою інформацією може сприяти спільному розумінню ринку та стратегій покарання, дозволяючи координуючим суб'єктам господарювання легше виокремити девіанта або нового учасника.

391. Обмін агрегованою інформацією, коли віднесення інформації до конкретних суб'єктів господарювання є досить складним або невизначеним, або коли дані агреговані за низкою різних продуктів, особливо якщо продукти мають різні характеристики або належать до різних ринків, з меншою ймовірністю призведе до обмеження конкуренції. Збір та публікація агрегованої ринкової інформації (наприклад, даних про продажі, виробничі потужності та витрати на ресурси і компоненти) торговельною асоціацією чи фірмою, що займається аналізом ринку, може бути корисною як для конкурентів, так і для споживачів, оскільки дозволяє їм заощаджувати витрати та отримувати більш чітку загальну картину економічної ситуації в секторі. Такий збір та публікація інформації може дозволити окремим конкурентам робити більш обґрунтований вибір, щоб ефективно адаптувати свою індивідуальну конкурентну стратегію до ринкових умов. Якщо обмін агрегованою інформацією не відбувається між відносно невеликою кількістю суб'єктів господарювання з достатньо великою часткою відповідного ринку ⁽²⁵³⁾, він навряд чи призведе до обмеження конкуренції. Тим не менш, не можна виключати можливість того, що навіть обмін агрегованою інформацією та даними може сприяти досягненню результату у вигляді змови на ринках з певними характеристиками.

Наприклад, якщо суб'єкти господарювання, які входять до складу дуже тісної та стабільної олігополії, обмінюються агрегованою ціновою інформацією, виявлення ринкової ціни нижче певного рівня може дозволити їм зробити висновок, що один з них відхилився від результатів змови, і вжити відповідних заходів у відповідь на рівні всього ринку. Іншими словами, для збереження стабільності змови суб'єктам господарювання в умовах дуже жорсткої та стабільної олігополії не завжди потрібно знати, хто саме відхилився; може бути достатньо дізнатися, що «хтось» відхилився.

392. Залежно від обставин, обмін необробленими даними може бути менш чутливим з комерційної точки зору, ніж обмін даними, які вже були оброблені в змістовну інформацію. Зокрема, обмін необробленими даними може бути менш комерційно чутливим, якщо кожна сторона використовує свій власний (запатентований) метод обробки необроблених даних.

6.2.3.3. Вік інформації

393. У багатьох галузях інформація відносно швидко стає історичною і, таким чином, втрачає свою комерційну цінність. Обмін історичною інформацією навряд чи призведе до змови, оскільки вона навряд чи може свідчити про заплановану поведінку конкурентів або сприяти досягненню спільного розуміння на ринку ⁽²⁵⁴⁾. В принципі, чим старіша інформація, тим менш корисною вона є для своєчасного виявлення відхилень, а отже, як засіб створення реальної загрози швидкої відплати ⁽²⁵⁵⁾. Однак це вимагає оцінки актуальності інформації в кожному конкретному випадку ⁽²⁵⁶⁾.

394. Те, чи є інформація історичною, залежить від специфічних характеристик відповідного ринку; частоти переговорів про купівлю у цьому секторі та давності інформації, на яку зазвичай покладаються у цьому секторі при прийнятті бізнес-рішень. Наприклад, інформація може вважатися історичною, якщо вона в кілька разів старша за середню тривалість цінових циклів або середню тривалість контрактів у галузі, де останні вказують на частоту цінових (пере)переговорів. І навпаки, обмін поточною інформацією може мати обмежувальні наслідки для конкуренції, особливо якщо такий обмін слугує штучному підвищенню прозорості для конкурентів, а не для споживачів.

Наприклад, якщо суб'єкти господарювання зазвичай покладаються на дані про споживчі вподобання (покупки або інший вибір) за останній рік для оптимізації стратегічних бізнес-рішень для своїх брендів, інформація, що охоплює цей період, як правило, буде більш комерційно чутливою, ніж старіші дані. У такому випадку інформація, що стосується останнього року, не вважається «історичною».

У контексті стабільного, нескладного ринку з високими бар'єрами для входу на нього, обмін нещодавньою інформацією між близькими конкурентами також може призвести до змови. Наприклад, обмін детальною інформацією про нещодавні минулі продажі може зменшити невизначеність щодо майбутньої ринкової поведінки конкурентів і дозволити сторонам відповідно адаптувати власну майбутню ринкову поведінку.

6.2.4. Особливості обміну інформацією, що становить комерційну таємницю

395. Стаття 101(1) застосовується до обмінів, коли конкуренти на двосторонній або багатосторонній основі обмінюються інформацією, що становить комерційну таємницю. Такий обмін включає домовленості про спільне використання даних, згідно з якими два або більше конкурентів вносять дані до спільної бази даних та отримують доступ до деяких або всіх даних, наданих іншими конкурентами. Якщо два або більше конкурентів беруть участь в обміні, може не бути необхідності точно характеризувати обмін як угоду між суб'єктами господарювання, рішення об'єднання суб'єктів господарювання або узгоджену практику ⁽²⁵⁷⁾. Крім того, за певних обставин одностороннє розкриття інформації або непрямий обмін інформацією також може становити узгоджену практику, що підпадає під дію статті 101(1).

6.2.4.1. Одностороннє розкриття інформації

396. Ситуація, в якій один суб'єкт господарювання розкриває комерційно важливу інформацію конкуренту, який запитує її або принаймні приймає її, може становити узгоджену практику, якщо цей конкурент діє після такого розкриття та за умови, що існує причинно-наслідковий зв'язок між розкриттям та подальшою поведінкою конкурента на ринку ⁽²⁵⁸⁾. Якщо один суб'єкт господарювання одноосібно розкриває комерційно важливу інформацію своїм конкурентам, це зменшує стратегічну невизначеність щодо майбутнього функціонування ринку для цих конкурентів і збільшує ймовірність обмеження конкуренції та змови, якщо тільки конкуренти публічно не дистанціюються від розкриття ⁽²⁵⁹⁾. Одностороннє розкриття може відбуватися, наприклад, через повідомлення (чат), електронні листи, телефонні дзвінки, введення даних у спільний алгоритмічний інструмент, зустрічі тощо. Не має значення, чи тільки один суб'єкт господарювання в односторонньому порядку розкриває комерційно важливу інформацію, чи всі суб'єкти господарювання-учасники розкривають таку інформацію.

397. Якщо суб'єкт господарювання отримує комерційно важливу інформацію від конкурента під час зустрічі або іншого контакту, вважається, що цей суб'єкт господарювання бере до уваги таку інформацію і відповідно адаптує свою поведінку на ринку, якщо тільки він публічно не дистанціюється (наприклад, не відповість чіткою заявою про те, що не бажає отримувати таку інформацію ⁽²⁶⁰⁾) або не повідомить про це адміністративним органам.

Наприклад, участь у зустрічі (²⁶¹), на якій один суб'єкт господарювання розкриває свої цінові плани своїм конкурентам - без публічного дистанціювання цих конкурентів - може підпадати під дію статті 101(1), навіть за відсутності прямої домовленості про підвищення цін (²⁶²). Аналогічно, введення правила ціноутворення у спільний алгоритмічний інструмент (наприклад, правило відповідати найнижчій ціні на певній онлайн-платформі чи магазині + 5 %, або відповідати ціні певного конкурента - 5 %), також, ймовірно, підпадає під дію статті 101(1), навіть за відсутності чіткої угоди про узгодження майбутніх цін.

З іншого боку, якщо один суб'єкт господарювання надсилає електронне повідомлення на особисті електронні адреси працівників інших суб'єктів господарювання, це саме по собі не означає, що одержувачі повинні були знати про зміст цього повідомлення (²⁶³). У світлі інших об'єктивних і послідовних ознак це може виправдати презумпцію, що одержувачі знали про зміст і взяли інформацію до уваги, але ці одержувачі все одно повинні мати можливість спростувати цю презумпцію (²⁶⁴).

398. Той факт, що суб'єкт господарювання розкриває комерційно важливу інформацію шляхом публічного оголошення (наприклад, через публікацію на загальнодоступному веб-сайті, заяву на публічному заході або в газеті), сам по собі не виключає можливості того, що таке оголошення може становити узгоджену практику в розумінні статті 101(1). Дійсно, в деяких випадках публічне розкриття інформації може бути частиною каналу зв'язку між конкурентами, який сигналізує про майбутні наміри поводитися на ринку певним чином, або слугувати координаційним центром для координації дій між конкурентами і, таким чином, підпадати під дію статті 101(1). Більше того, той факт, що сторони обміну раніше вже публікували подібну інформацію (наприклад, в газеті або на своїх публічних веб-сайтах), не означає, що подальший непублічний обмін не обмежуватиме конкуренцію в розумінні статті 101(1) (²⁶⁵).

Типовим прикладом одностороннього розкриття інформації у відкритому доступі є реклама операторами автозаправних станцій своїх поточних роздрібних цін (або, наприклад, реклама роздрібними торговцями цін на продукти харчування). За відсутності антиконкурентної угоди чи узгодженої практики така реклама приносить користь споживачам, оскільки допомагає їм порівняти АЗС перед тим, як заправити автомобіль (або порівняти продуктові магазини перед тим, як вирішити, де робити покупки), навіть якщо така реклама також дає змогу конкуруючим АЗС дізнатися про ціни, які встановлюють їхні сусіди-конкуренти.

Інші форми одностороннього розкриття інформації у відкритому доступі можуть включати оголошення, які можуть свідчити про можливі антиконкурентні узгоджені дії, що лежать в їх основі.

Наприклад, у певному секторі може бути загальновідомо, що вартість поставок зростає. На публічних зустрічах, наприклад, засіданнях відповідної торгової асоціації, учасники можуть згадувати про це явище. Хоча конкуренти можуть посилатися на зростання вартості поставок, оскільки це є загальновідомою інформацією, вони не повинні публічно оцінювати свою індивідуальну реакцію на це зростання, оскільки це зменшує невизначеність щодо їхньої поведінки на ринку (²⁶⁶). Таке ж міркування застосовується, коли представники компаній коментують події на ринку через односторонні публічні заяви та розкривають свої стратегії реагування на мінливі ринкові умови. Суб'єкти господарювання повинні самостійно визначати політику, яку вони мають намір проводити на внутрішньому ринку. Це означає, що кожен конкурент

повинен самостійно вирішувати, якою буде його реакція на зростання вартості поставок.

399. Існує також відмінність між, з одного боку, конкурентами, які отримують інформацію самостійно або обговорюють майбутнє ціноутворення з клієнтами чи третіми особами, і, з іншого боку, конкурентами, які обговорюють фактори ціноутворення з іншими конкурентами, перш ніж встановлювати власні ціни ⁽²⁶⁷⁾.

400. Як пояснюється в параграфі 425, оприлюднення певної інформації може допомогти споживачам зробити поінформований вибір при покупці. Однак така ефективність є менш імовірною, якщо інформація стосується майбутніх намірів. Публічна інформація може бути менш ефективною, якщо вона стосується параметрів, які можуть не реалізуватися, і не створює зобов'язань *перед* клієнтами ⁽²⁶⁸⁾.

Наприклад, одностороннє публічне оголошення про наміри щодо майбутнього ціноутворення (на відміну від повідомлення про фактичне рішення змінити ціни з певної дати в найближчому майбутньому) не буде зобов'язувати суб'єкта господарювання, який зробив це оголошення, перед його клієнтами, але може дати сигнали щодо запланованої стратегії суб'єкта господарювання на ринку для його конкурентів. Це буде мати місце, зокрема, якщо інформація є достатньо конкретною. Таким чином, такі оголошення, як правило, не створюють переваг для споживачів і можуть сприяти змовам.

Односторонні публічні заяви можуть свідчити про наявність антиконкурентної угоди або узгодженої практики. Наприклад, на ринку, де є лише кілька конкурентів і високі бар'єри для входу, суб'єкти господарювання, які постійно публікують інформацію, що не надає очевидної вигоди споживачам (наприклад, інформацію про витрати на науково-дослідні роботи, витрати на адаптацію до екологічних вимог тощо), можуть бути причетні до обмеження конкуренції у розумінні статті 101(1). Односторонні публічні повідомлення можуть бути використані для реалізації або моніторингу їхніх змовницьких домовленостей. Чи дійсно буде виявлено таке обмеження, залежатиме від усіх обставин конкретної справи.

6.2.4.2. Непрямий обмін інформацією

401. Обмін комерційною таємницею між конкурентами може відбуватися через третю особу, наприклад, стороннього постачальника послуг (у тому числі оператора платформи або постачальника інструментів оптимізації), спільне агентство (наприклад, торговельну організацію), постачальника або клієнта ⁽²⁶⁹⁾, або спільний алгоритм (разом іменуються «третя особа»). Як і у випадку прямого обміну інформацією, непрямий обмін може також зменшити невизначеність щодо дій конкурентів і призвести до змови на ринку. Змова в таких випадках або полегшується, або забезпечується за допомогою третьої сторони. Залежно від обставин справи, до відповідальності за таку змову можуть бути притягнуті як конкуренти-учасники, так і третя особа. Заборона, викладена у статті 101(1), не спрямована виключно на учасників угод або узгоджених дій, які діють на ринках, що є об'єктом таких угод або дій ⁽²⁷⁰⁾.

402. Якщо обмін комерційно важливою інформацією відбувається опосередковано, необхідно провести індивідуальний аналіз ролі кожного учасника, щоб встановити, чи є такий обмін антиконкурентною угодою або узгодженою практикою, і хто несе відповідальність за змову. Така оцінка, зокрема, повинна враховувати рівень обізнаності

надавачів або одержувачів інформації щодо обміну між іншими надавачами або одержувачами інформації та третьою стороною.

Можна виділити кілька сценаріїв:

Певні опосередковані обміни інформацією називаються угодами типу hub-and-spoke. Наприклад, звичайний виробник або постачальник може діяти як центр для передачі інформації кільком дистриб'юторам або роздрібним торговцям, або дистриб'ютор чи роздрібний торговець може діяти як центр для передачі інформації кільком виробникам або постачальникам. Інтернет-платформа також може виконувати роль центру (hub), коли вона полегшує, координує або забезпечує обмін інформацією між бізнес-користувачами платформи, наприклад, для забезпечення певної маржі або рівня цін. Платформи також можуть використовуватися для запровадження технічних заходів, які перешкоджають користувачам платформи пропонувати нижчі ціни або інші переваги кінцевим споживачам.

Обмін інформацією може також здійснюватися опосередковано через спільний алгоритм оптимізації, який приймає комерційні рішення на основі комерційно чутливих даних, отриманих від конкурентів. Хоча використання загальнодоступних даних для наповнення алгоритмічного програмного забезпечення є законним, об'єднання комерційно важливої інформації в інструмент ціноутворення, пропонуваній однією ІТ-компанією, до якого мають доступ різні конкуренти, може бути прирівняне до горизонтальної змови.

403. Конкуренти, які обмінюються комерційно важливою інформацією опосередковано (через третіх осіб), можуть порушувати статтю 101. Це відбувається тоді, коли суб'єкт господарювання, який обмінюється комерційно важливою інформацією, прямо або мовчазно погоджується з третьою стороною, що третя сторона може поділитися цією інформацією з конкурентами суб'єкта господарювання, або коли цей суб'єкт господарювання має намір через третю сторону розкрити комерційно важливу інформацію своїм конкурентам. Це також може мати місце, коли суб'єкт господарювання, який ділиться комерційно важливою інформацією, міг обґрунтовано передбачити, що третя особа поділиться цією інформацією з конкурентами суб'єкта господарювання, і був готовий прийняти ризик, пов'язаний з цим ⁽²⁷¹⁾. Конкурент, який отримав комерційно важливу інформацію, також братиме участь у порушенні і нестиме за нього відповідальність, якщо він знав про антиконкурентні цілі, які переслідує суб'єкт господарювання, що передає інформацію, та третя особа, і мав намір сприяти досягненню цих цілей своєю поведінкою. З іншого боку, суб'єкт господарювання, який передає інформацію, не вчиняє порушення, якщо третя сторона отримує комерційно важливу інформацію цього суб'єкта господарювання і, не повідомивши про це суб'єкта господарювання, передає її конкурентам цього суб'єкта господарювання, або якщо суб'єкт господарювання не міг обґрунтовано передбачити, що ця інформація буде передана ⁽²⁷²⁾.

404. Аналогічно, третя сторона, яка передає комерційно важливу інформацію суб'єктів господарювання, також може нести відповідальність за порушення, якщо вона має намір своєю поведінкою сприяти спільним цілям, які переслідують учасники обміну, і знала про фактичну поведінку, заплановану або здійснену іншими суб'єктами господарювання для досягнення тих самих антиконкурентних цілей, або могла обґрунтовано передбачити таку поведінку і була готова взяти на себе ризик ⁽²⁷³⁾.

6.2.4.3. Частота обміну інформацією, що становить комерційну таємницю

405. Часті обміни інформацією, які сприяють кращому спільному розумінню ринку та відстеженню відхилень, підвищують ризики досягнення результату змови. На нестабільних ринках може бути необхідним частіший обмін інформацією для сприяння досягненню результату змови, ніж на стабільних ринках. На ринках з довгостроковими контрактами (що свідчить про нечасті переговори про купівлю-продаж) для досягнення результату змови зазвичай достатньо менш частого обміну інформацією. І навпаки, нечастий обмін може бути недостатнім для досягнення результату змови на ринках з короткостроковими контрактами, що свідчить про часті повторні переговори ⁽²⁷⁴⁾. Загалом, частота, з якою необхідно обмінюватися інформацією для досягнення результату змови, також залежить від характеру, давності та ступеня агрегування такої інформації ⁽²⁷⁵⁾. Внаслідок зростаючої важливості даних у режимі реального часу для прийняття бізнес-рішень, найбільшу конкурентну перевагу отримує автоматизований обмін інформацією в режимі реального часу. Те, що являє собою частий або нечастий обмін інформацією, залежить від обставин і ринку, про який йдеться ⁽²⁷⁶⁾.

6.2.4.4. Заходи, спрямовані на зменшення ризику порушення конкурентного законодавства

406. Суб'єктам господарювання, які бажають (або потребують) обмінюватися комерційно важливою інформацією, рекомендується вживати заходів для обмеження доступу до такої інформації або контролю за її використанням ⁽²⁷⁷⁾. Суб'єкти господарювання також повинні розглянути можливість обмежити обмін лише тим, що є необхідним для досягнення поставленої мети.

407. Суб'єкти господарювання можуть, наприклад, використовувати «чисті команди» (clean teams) або довірених осіб для отримання та обробки інформації. Під «чистою командою» зазвичай розуміють обмежену групу осіб у межах суб'єкта господарювання, які не беруть участі в комерційних операціях суб'єкта господарювання та зобов'язані дотримуватися суворих протоколів конфіденційності щодо комерційно важливої інформації ⁽²⁷⁸⁾. Довірена особа - це незалежна третя сторона, яка надає послуги суб'єкту господарювання. Чиста команда або довірена особа можуть також використовуватися з метою реалізації інших форм угод про горизонтальне співробітництво для забезпечення того, щоб обмін інформацією, наданою для цілей такого співробітництва, здійснювався виключно на основі принципу службової необхідності та в узагальненому вигляді.

408. Учасники механізму взаємного обміну даними, такого як пул даних, повинні в принципі мати доступ лише до власної інформації та остаточної, агрегованої інформації інших учасників. Технічні та практичні заходи можуть гарантувати, що учасник не зможе отримати комерційно важливу інформацію від інших учасників індивідуально. Управління пулом даних може бути доручено довірентній особі, яка зобов'язана дотримуватися суворих правил конфіденційності щодо інформації, отриманої від учасників пулу даних. Суб'єкти господарювання, які управляють пулом даних, повинні також забезпечити збір лише тієї інформації, яка необхідна для реалізації законної мети пулу даних.

409. Суб'єкти господарювання можуть вживати додаткових заходів для зменшення ризику обміну комерційно важливою інформацією під час взаємодії з (потенційними) конкурентами. Перед запланованими контактами суб'єкти господарювання повинні ретельно переглянути порядок денний і мету зустрічі або дзвінка, щоб заздалегідь

визначити потенційні ризики, пов'язані з обміном інформацією, що становить комерційну таємницю, і вжити належних заходів для їх уникнення. Суб'єкти господарювання можуть також вирішити взяти участь у зустрічі (зустрічах) або дзвінку (дзвінках) у супроводі юриста, який спеціалізується на конкурентному праві. Під час контактів учасники повинні дотримуватися порядку денного, а у разі розкриття або обміну інформацією, що становить комерційну таємницю, вони повинні висловити заперечення, переконатися, що їхні заперечення зафіксовані в протоколі зустрічі або дзвінка, і публічно дистанціюватися, якщо обмін інформацією відбувається, незважаючи на їхні заперечення (див. пункт 410). Забезпечення складання та розповсюдження точних протоколів незабаром після кожного контакту може дозволити суб'єктам господарювання швидко визначити, чи відбувся ненавмисний обмін комерційно важливою інформацією, і негайно висловити заперечення проти протоколу.

410. Під час контактів суб'єкт господарювання може публічно дистанціюватися від будь-якого антиконкурентного обміну комерційно важливою інформацією, чітко заявивши про свою незгоду іншим учасникам обміну. Для встановлення того, чи дійсно суб'єкт господарювання дистанціювався, важливим є розуміння іншими учасниками обміну намірів суб'єкта господарювання, який дистанціюється, щодо намірів інших учасників обміну. Наприклад, суб'єкт, який бажає дистанціюватися, може негайно і чітко заявити, що він не може брати участь в обговоренні відповідної теми, і попросити негайно змінити тему. Якщо заперечення і прохання ігноруються, суб'єкт господарювання повинен негайно покинути зустріч або дзвінок таким чином, щоб причина його відходу стала очевидною для всіх присутніх. Суб'єкти господарювання повинні переконатися, що їхні заперечення і відхід зафіксовані в загальному протоколі зустрічі або, якщо такого протоколу немає, зафіксувати свій відхід у власних нотатках про контакт.

411. Суб'єкти господарювання можуть також вживати заходів для обмеження ризиків публічного розкриття інформації, що становить комерційну таємницю (див. параграф 398). Перед розкриттям інформації, що становить комерційну таємницю, суб'єкти господарювання повинні перевірити, чи дійсно ця інформація слугує законній меті, і чи необхідний для цього рівень деталізації розкриття. Публічне розкриття комерційно важливої інформації про заплановану поведінку щодо цін та обсягів зменшує стратегічну невизначеність на ринку та може призвести до змови. Агрегована та історична інформація, як правило, є менш стратегічною. Будь-яка оголошена стратегічна інформація повинна також обмежуватися самим суб'єктом господарювання і не поширюватися на сектор чи галузь. Зокрема, суб'єктам господарювання слід уникати публічних оголошень про стратегічні кроки, які залежать від дій їхніх (потенційних) конкурентів. Залежно від контексту, суб'єкти господарювання, які стикаються з публічними заявами конкурентів, що розкривають комерційну таємницю, можуть зменшити ризик порушення конкурентного законодавства, публічно дистанціювавшись від них або повідомивши про ці заяви державні органи.

Наприклад, три суб'єкти господарювання А, В і С конкурують на певному ринку роздрібною торгівлю і стикаються зі зростанням витрат. Суб'єкт господарювання А не повинен робити публічних заяв про те, що до тих пір, поки В і С також перекладатимуть ці зростаючі витрати на споживачів, сектор буде залишатися прибутковим. Воно також не повинно оголошувати, що бажано, щоб В і С перекладали ці витрати на споживачів. Аналогічно, А не повинен публічно заявляти, що він не зможе уникнути перекладання цих зростаючих витрат на споживачів, оскільки В і С мають намір зробити те ж саме.

6.2.5. Характеристики ринку

412. Ймовірність того, що обмін інформацією призведе до змови або витіснення, залежить від характеристик ринку. Сам обмін інформацією також може впливати на ці характеристики ринку. Відповідні характеристики ринку в цьому відношенні включають, серед іншого, рівень прозорості ринку, кількість суб'єктів господарювання, що діють на ринку (концентрація ринку), наявність бар'єрів для входу на ринок, однорідність товару чи послуги, що є предметом обміну, схожість суб'єктів господарювання (складність ринку), а також стабільність умов попиту та пропозиції на ринку (²⁷⁹).

Наведений нижче перелік відповідних ринкових характеристик не є вичерпним, оскільки інші ринкові характеристики також можуть бути важливими для оцінки конкретних інформаційних обмінів.

Прозорість: Чим прозорішим є ринок, тим менше невизначеності, на якому може існувати конкуренція, що робить подальший обмін ще більш проблематичним (²⁸⁰).

Концентрація ринку: На ринках, де присутні лише кілька конкурентів, легше досягти спільного розуміння умов координації та відслідковувати відхилення від них. Якщо ринок є висококонцентрованим, обмін певною інформацією може, залежно, зокрема, від типу інформації, якою обмінюються суб'єкти господарювання, дозволити їм бути обізнаними про ринкову позицію та комерційну стратегію своїх окремих конкурентів, що спотворює конкуренцію на ринку та збільшує ймовірність змови, або навіть сприяє їй. З іншого боку, якщо ринок є фрагментованим, обмін інформацією між конкурентами може бути нейтральним або навіть позитивним для конкурентного характеру ринку (²⁸¹).

Бар'єри для входу на ринок: Існування бар'єрів для входу на ринок ускладнює для аутсайдерів можливість підірвати результат змови шляхом входу на ринок і підриву позицій учасників змови на ринку. Таким чином, бар'єри для входу на ринок підвищують ймовірність того, що результат змови на ринку є можливим і стійким.

Складність ринку: Коли суб'єкти господарювання мають схожі витрати, клієнтів, частки ринку, асортимент продукції, потужності тощо, вони з більшою ймовірністю досягнуть спільного розуміння щодо умов координації, оскільки їхні стимули є більш узгодженими. Аналогічно, може бути легше досягти змови щодо ціни на один однорідний товар, ніж щодо численних цін на ринку з великою кількістю диференційованих товарів, хоча технічний прогрес, наприклад, використання інструментів відстеження цін, може також полегшити змову щодо диференційованих товарів.

Стабільність ринку: Результати змови також більш вірогідні там, де умови попиту та пропозиції на ринку є відносно стабільними. Нестабільний попит, значне внутрішнє зростання деяких суб'єктів господарювання на ринку або часта поява нових суб'єктів господарювання можуть свідчити про те, що ринок не є достатньо стабільним для координації дій (²⁸²) або може вимагати частіших обмінів, щоб вплинути на конкуренцію.

6.2.6. Обмеження конкуренції за предметом

413. Як зазначено в розділі 1.2.4, деякі угоди самі по собі, а також з огляду на зміст їхніх положень, цілі та економічний і правовий контекст, частиною якого вони є, виявляють достатній ступінь шкоди для конкуренції, щоб не було необхідності оцінювати їхні наслідки. Зокрема, обмін інформацією вважатиметься обмеженням конкуренції за предметом, якщо інформація є комерційно чутливою, а обмін здатний усунути невизначеність між учасниками щодо часу, обсягу та деталей змін, які мають бути прийняті відповідними суб'єктами господарювання в їхній поведінці на ринку ⁽²⁸³⁾. Оцінюючи, чи становить обмін інформацією обмеження конкуренції за предметом, Комісія звертатиме особливу увагу на його зміст, цілі та правовий і економічний контекст, в якому відбувається обмін інформацією ⁽²⁸⁴⁾. Оцінюючи цей контекст, необхідно брати до уваги характер товарів чи послуг, на які він впливає, а також реальні умови функціонування та структуру ринку чи ринків, про які йдеться ⁽²⁸⁵⁾.

414. Обмін інформацією щодо майбутньої поведінки суб'єктів господарювання стосовно цін або обсягів ⁽²⁸⁶⁾ особливо ймовірно може призвести до досягнення результату у вигляді змови. Залежно від цілей, яких прагне досягти обмін, а також його правового та економічного контексту, обмін іншими видами інформації також може становити обмеження конкуренції за предметом. Тому необхідно оцінювати обмін інформацією в кожному конкретному випадку окремо.

До обмінів, які в окремих випадках розглядаються як обмеження за предметом - у світлі змісту інформації, якою обмінюються, цілей, що переслідуються, а також правового та економічного контексту - відносяться такі обміни:

(а) Обмін з конкурентами інформацією про поточні та майбутні цінові наміри суб'єкта господарювання ⁽²⁸⁷⁾ ;

(б) обмін з конкурентами інформацією про поточні та майбутні виробничі потужності суб'єкта господарювання ⁽²⁸⁸⁾ ;

(в) обмін з конкурентами інформацією про поточну ⁽²⁸⁹⁾ або майбутню комерційну стратегію суб'єкта господарювання ⁽²⁹⁰⁾;

(д) обмін з конкурентами прогнозами суб'єкта господарювання щодо поточного та майбутнього попиту ⁽²⁹¹⁾ ;

(е) обмін з конкурентами прогнозами суб'єкта господарювання щодо майбутніх даних про продажі ⁽²⁹²⁾ ;

(ф) обмін з конкурентами майбутніми характеристиками продукції, які є важливими для споживачів ⁽²⁹³⁾ ;

У всіх цих випадках обмін інформацією вважався здатним усунути невизначеність між учасниками щодо часу, обсягу та деталей змін, які мають бути прийняті відповідними суб'єктами господарювання в їхній поведінці на ринку.

415. Приклади, наведені в параграфі 414, показують, що не вимагається прямого зв'язку між інформацією, якою обмінюються, та споживчими цінами для того, щоб обмін становив обмеження за предметом ⁽²⁹⁴⁾. Крім того, для того, щоб встановити, чи має місце обмеження конкуренції за предметом, вирішальним критерієм є характер контактів, а не їхня частота ⁽²⁹⁵⁾.

Наприклад: група конкурентів занепокоєна тим, що їхня продукція може підпадати під дедалі суворіші екологічні норми. У контексті спільних лобістських зусиль вони регулярно зустрічаються та обмінюються думками. Для того, щоб досягти спільної позиції щодо майбутніх законодавчих пропозицій, вони обмінюються певною інформацією про екологічні характеристики своєї продукції. Поки ця інформація є історичною і не дозволяє суб'єктам господарювання дізнатися про заплановані ринкові стратегії своїх конкурентів, такий обмін не є обмеженням у розумінні статті 101(1).

Однак, якщо суб'єкти господарювання починають обмінюватися інформацією про розробку поточних або майбутніх продуктів або про те, як вони реагуватимуть на поведінку один одного, існує ризик того, що такий обмін може вплинути на їхню поведінку на ринку. Наприклад, такий обмін може призвести до того, що конкуренти досягнуть спільної домовленості не виводити на ринок продукцію, яка є більш екологічно чистою, ніж того вимагає законодавство. Така координація впливає на поведінку сторін на ринку та обмежує конкуренцію щодо характеристик продукції та споживчого вибору. Тому вона вважатиметься обмеженням конкуренції за предметом.

416. Залежно від правового та економічного контексту, а також від цілей, яких прагне досягти суб'єкт господарювання, публічне розкриття інформації, яке сигналізує про майбутні наміри суб'єкта господарювання щодо ключових параметрів конкуренції, наприклад, цін або обсягів, також може вважатися обмеженням за предметом. Аналогічно, публічне розкриття інформації, яке не приносить явної вигоди споживачам, але сигналізує конкурентам про те, як їм слід діяти, або про наслідки дії чи бездіяльності певним чином, або про те, як суб'єкт господарювання реагуватиме на поведінку конкурентів, вважатиметься обмеженням за предметом.

417. Якщо обмін інформацією являє собою угоду або узгоджену практику між двома чи більше конкурентами, спрямовану на координацію їхньої конкурентної поведінки на ринку або на вплив на відповідні параметри конкуренції, він може вважатися картельною змовою. Це особливо стосується випадків, коли обмін стосується встановлення або координації цін купівлі чи продажу або інших умов торгівлі, в тому числі стосовно прав інтелектуальної власності, розподілу квот на виробництво або продаж, розподілу ринків і клієнтів, включаючи змову на торгах, обмеження імпорту або експорту, або антиконкурентних дій проти інших конкурентів. Обміни інформацією, які є картельними змовами, не лише обмежують конкуренцію за предметом у розумінні статті 101(1), але, крім того, навряд чи відповідають умовам статті 101(3). Обмін інформацією також може сприяти реалізації картельної змови, дозволяючи суб'єктам господарювання контролювати, чи дотримуються учасники узгоджених умов. Такі види обміну інформацією оцінюватимуться як частина картельної змови.

418. Домовленості про обмін даними, до яких різні конкуренти надають дані, як правило, не становлять обмеження конкуренції за предметом, якщо встановлено, що вони мають реальні проконкурентні наслідки, які відповідають вимогам, викладеним у пункті 419.

Наприклад, пул даних, в якому (частково) здійснюється обмін комерційно важливими даними, що вирішує проблему інформаційної асиметрії на неконцентрованому ринку і який принесе вигоди споживачам, навряд чи вважатиметься обмеженням за предметом, якщо учасники гарантують, що будь-які комерційно важливі дані, якими вони обмінюються через пул, є необхідними і пропорційними для досягнення проконкурентної мети. Учасники можуть, наприклад, максимально покладатися на агреговані та історичні дані; зменшити частоту обміну та вжити заходів для

обмеження доступу до інформації, якою обмінюються, та/або для контролю за її використанням. Учасники повинні забезпечити прозорість домовленостей.

419. Нарешті, оцінка того, чи становить обмін інформацією обмеження за предметом, повинна враховувати будь-який аргумент, висунутий сторонами, про те, що обмін має проконкурентний характер. У зв'язку з цим, сама по собі наявність таких проконкурентних наслідків не може виключити кваліфікацію обміну як обмеження за предметом. Такі проконкурентні наслідки повинні бути доведеними, релевантними, безпосередньо пов'язаними з відповідним обміном інформацією та достатньо вагомими, щоб виправдати обґрунтований сумнів у тому, що обмін завдає достатнього ступеня шкоди конкуренції ⁽²⁹⁶⁾. Якщо ці умови дотримані, необхідно провести повну оцінку наслідків обміну інформацією, щоб визначити, чи є він обмеженням конкуренції за наслідками (див. Розділ 6.2.7).

6.2.7. Обмеження конкуренції за наслідками

420. Обмін комерційно важливою інформацією, який сам по собі не виявляє достатнього ступеня шкоди конкуренції у світлі його змісту, цілей та економічного і правового контексту, частиною якого він є, все ж може мати обмежувальні наслідки для конкуренції ⁽²⁹⁷⁾.

421. Як зазначено в Розділі 1.2.5, такі наслідки для конкуренції необхідно аналізувати в кожному конкретному випадку, оскільки результат оцінки залежить від поєднання різних факторів, характерних для кожного конкретного випадку. Під час такої оцінки Комісія порівнює фактичний або потенційний вплив обміну інформацією на ринок із ситуацією, яка склалася б за відсутності такого обміну інформацією ⁽²⁹⁸⁾. Для того, щоб обмін інформацією мав обмежувальні наслідки для конкуренції в розумінні статті 101(1), він повинен мати значний негативний вплив на функціонування відповідного ринку, впливаючи на один (або більше) з параметрів конкуренції на цьому ринку, включаючи, наприклад, ціну, обсяг виробництва, якість продукції, різноманітність продукції або інновації.

422. Для оцінки можливих обмежувальних наслідків важливими є характер інформації, якою обмінюються (див. розділ 6.2.3), характеристики обміну (див. розділ 6.2.4) та характеристики ринку (див. розділ 6.2.5) ⁽²⁹⁹⁾.

423. Для того, щоб обмін інформацією міг мати обмежувальні наслідки для конкуренції, суб'єкти господарювання, які беруть участь в обміні, повинні охоплювати достатньо велику частку відповідного ринку ⁽³⁰⁰⁾. В іншому випадку конкуренти, які не беруть участі в обміні, можуть обмежити будь-яку антиконкурентну поведінку суб'єктів господарювання, що беруть участь в обміні. Те, що становить «достатньо велику частку ринку», не може бути визначено абстрактно і буде залежати від конкретних фактів кожного випадку, структури ринку та типу біржі, про яку йдеться ⁽³⁰¹⁾.

424. Обмін інформацією, який мало сприяє прозорості ринку, з меншою ймовірністю матиме обмежувальні наслідки для конкуренції, ніж обмін інформацією, який значно підвищує прозорість. Таким чином, поєднання попереднього рівня прозорості та того, як обмін інформацією змінює цей рівень, визначатиме ймовірність того, що обмін інформацією матиме обмежувальні наслідки для конкуренції. Обмін інформацією в умовах жорсткої олігополії з більшою ймовірністю може призвести до обмежувальних

наслідків для конкуренції, в той час як на дуже фрагментованих ринках такий обмін навряд чи призведе до таких обмежувальних наслідків.

6.3. Оцінка за статтею 101(3)

6.3.1. Підвищення ефективності (302)

425. Обмін інформацією може призвести до підвищення ефективності, залежно від характеру інформації, якою обмінюються, характеристик обміну та структури ринку. У контексті оцінки згідно зі статтею 101(3) до уваги беруться будь-які проконкурентні ефекти, що виникають у результаті обміну інформацією.

Приклади ефективності, які можуть бути взяті до уваги, включають наступне:

Суб'єкти господарювання можуть стати більш ефективними, порівнюючи свою діяльність з найкращими практиками в галузі.

Обмін інформацією може сприяти підвищенню стійкості ринку, дозволяючи суб'єктам господарювання швидше реагувати на зміни у попиті та пропозиції, а також зменшувати внутрішні та зовнішні ризики збоїв у ланцюгах постачання або вразливості.

Обмін інформацією може принести користь як споживачам, так і суб'єктам господарювання, надаючи їм можливість порівнювати ціни та якість продукції, наприклад, шляхом публікації списків бестселерів або даних про порівняння цін. Таким чином, він може допомогти споживачам і суб'єктам господарювання зробити більш поінформований вибір (і зменшити витрати на пошук).

Обмін інформацією у формі спільного використання даних може мати важливе значення для розробки нових продуктів, послуг і технологій.

Об'єднання даних про виробників, які постачають екологічно чисту продукцію, або виробників, які використовують екологічні виробничі процеси, може допомогти суб'єктам господарювання виконати свої зобов'язання щодо сталого розвитку відповідно до законодавства ЄС або національного законодавства.

Обмін інформацією про споживачів між суб'єктами господарювання, що надають страхові послуги споживачам, може покращити знання про ризики та полегшити оцінювання ризиків окремих компаній. Це, в свою чергу, може принести користь споживачам, надаючи їм доступ до страхових послуг, які були б недоступні за відсутності повного профілю ризиків.

Обмін даними між ринками електронної комерції про онлайн-продавців, які займаються незаконною діяльністю, наприклад, продають підроблену продукцію, може полегшити ідентифікацію підробленої продукції окремими ринками, тим самим захищаючи споживачів від купівлі такої продукції.

Обмін інформацією може також зменшити прихильність споживачів до певного ринку, тим самим стимулюючи сильнішу конкуренцію. Це пов'язано з тим, що інформація, як правило, є специфічною для певних відносин, і в іншому випадку споживачі втрачуть переваги інформації, отриманої під час відносин з одним постачальником, при переході до іншого постачальника.

6.3.2. Незамінність

426. Обмеження, які виходять за межі того, що є необхідним для досягнення підвищення ефективності від обміну інформацією, не відповідають умовам статті 101(3). Щоб виконати умову незамінності, сторони повинні бути в змозі довести, що характер інформації, якою обмінюються, і характеристики обміну є найменш обмежувальними засобами для отримання заявленого підвищення ефективності. Зокрема, обмін не повинен включати інформацію, яка виходить за межі змінних, що мають значення для досягнення підвищення ефективності.

Наприклад, для цілей порівняльного аналізу обмін індивідуалізованими даними, як правило, не є необхідним, оскільки агрегована інформація (наприклад, за допомогою певної форми галузевого рейтингу) також може забезпечити заявлене підвищення ефективності, але з меншим ризиком змови.

6.3.3. Передача споживачам

427. Підвищення ефективності, досягнуте завдяки неминучим обмеженням, повинно передаватися споживачам у тій мірі, в якій воно переважає обмежувальні наслідки для конкуренції, спричинені обміном інформацією. Чим менша ринкова влада суб'єктів господарювання, що беруть участь в обміні інформацією, тим більша ймовірність того, що вигоди від підвищення ефективності будуть передані споживачам в більшій мірі, ніж обмежувальні наслідки для конкуренції.

6.3.4. Відсутність усунення конкуренції

428. Умови статті 101(3) не можуть бути виконані, якщо суб'єкти господарювання, які беруть участь в обміні інформацією, мають можливість усунути конкуренцію щодо значної частини відповідних продуктів.

6.4. Приклади, кроки для самооцінки та таблиця з рекомендаціями щодо відповідальності в різних ситуаціях

429. Порівняльний аналіз

Приклад 1

Ситуація: Три суб'єкти господарювання із сукупною ринковою часткою 80 % на стабільному, нескладному ⁽³⁰³⁾, концентрованому ринку з високими бар'єрами для входу на нього часто обмінюються непублічною інформацією безпосередньо між собою про значну частку своїх індивідуальних змінних витрат. Суб'єкти господарювання стверджують, що вони роблять це для того, щоб порівняти свої показники з показниками конкурентів і стати більш ефективними.

Аналіз: Інформація про витрати може бути комерційною таємницею, і за допомогою обміну сторони можуть усунути або зменшити невизначеність між собою щодо часу, обсягу та деталей змін, які вони мають прийняти у своїй поведінці на ринку. Залежно від оцінки його змісту, цілей, а також правового та економічного контексту, такий обмін може становити порушення за предметом. Що стосується твердження сторін про те, що обмін інформацією має проконкурентну мету, то такі проконкурентні наслідки повинні бути доведеними, релевантними, безпосередньо пов'язаними з відповідним обміном

інформацією та достатньо вагомими, щоб виправдати обґрунтований сумнів у тому, що обмін завдає достатнього ступеня шкоди конкуренції.

Якщо інформація, якою обмінюються, сама по собі не виявляє достатнього ступеня шкоди конкуренції, оскільки вона не усуває невизначеності щодо індивідуальної поведінки учасників на ринку, необхідно оцінити її вплив на ринок. Через структуру ринку, значну частку ринку, яку займають учасники обміну інформацією, той факт, що інформація, якою вони обмінюються, стосується значної частки змінних витрат суб'єктів господарювання, і, зокрема, якщо обмін даними відбувається в індивідуалізованій формі, обмін інформацією може сприяти досягненню результату у вигляді змови. Таким чином, це може призвести до обмежувальних наслідків для конкуренції у розумінні статті 101(1). Малоімовірно, що умови статті 101(3) будуть виконані, оскільки існують менш обмежувальні засоби для досягнення заявленого підвищення ефективності, наприклад, шляхом залучення третьої сторони для збору, анонімізації та узагальнення даних у певній формі галузевого рейтингу. Нарешті, в цьому випадку, оскільки сторони утворюють дуже тісну, нескладну і стабільну олігополію, навіть обмін агрегованими даними може сприяти досягненню змови на ринку.

430. Домовленість про обмін даними для вирішення проблеми дефіциту пропозиції

Приклад 2

Ситуація: На ринку, який часто страждає від дефіциту пропозиції, діють кілька виробників основних медичних продуктів. Для того, щоб покращити пропозицію та збільшити виробництво у найбільш ефективний та доцільний спосіб, галузева асоціація пропонує зібрати та змодельовати дані про попит та пропозицію на відповідні основні лікарські засоби. Крім того, асоціація збиратиме дані для визначення виробничих потужностей, наявних запасів та потенціалу для оптимізації ланцюга постачання. Асоціація ділитиметься результатами збору даних та моделювання зі своїми членами через неpubлічні канали.

Аналіз: Механізм обміну даними має проконкурентну мету і, залежно від оцінки правового та економічного контексту, в принципі не є обмеженням конкуренції за предметом. Отже, необхідно оцінити її вплив на ринок. Оскільки зібрані дані є комерційною таємницею, обмін може призвести до обмеження конкуренції між виробниками-учасниками. Крім того, виробники, які не є членами галузевої асоціації, можуть опинитися в не вигідному конкурентному становищі порівняно з суб'єктами господарювання, які беруть участь у біржовій системі. Для того, щоб уникнути ризику змови, можна вжити декілька заходів. Наприклад, можна призначити консалтингову фірму, яка б допомагала асоціації збирати дані та об'єднувати їх у модель, за умови укладення угоди про нерозголошення з кожним виробником. Агреговані дані можна було б передавати виробникам з метою збалансування та адаптації їхніх індивідуальних показників використання потужностей, виробництва та постачання.

Якщо виробникам буде абсолютно необхідно обмінюватися додатковою комерційною інформацією (окрім даних, які збираються та передаються в агрегованому вигляді галузевою асоціацією та консалтинговою компанією) (наприклад, для спільного визначення найкращого місця для перепрофілювання виробництва або збільшення потужностей), такий додатковий обмін повинен бути суворо обмежений тим, що є необхідним для ефективного досягнення поставлених цілей. Будь-яка інформація та обміни, пов'язані з проектом, повинні бути добре задокументовані, щоб забезпечити

прозорість взаємодії. Учасники повинні взяти на себе зобов'язання уникати будь-якого обговорення цін або будь-якої координації щодо інших параметрів, які не є суворо необхідними для досягнення заявлених проконкурентних цілей. Проект також повинен бути обмежений у часі, щоб обміни негайно припинилися, як тільки ризик дефіциту поставок перестане бути достатньо нагальною загрозою, щоб виправдати співпрацю. Лише консультант отримуватиме комерційно важливі дані та відповідатиме за їх узагальнення. Занепокоєння щодо витіснення можна було б зменшити, якби домовленість про обмін даними була доступною для кожного виробника, який виробляє відповідний продукт, незалежно від того, чи є він членом відповідної галузевої асоціації.

431. Використання публічних оголошень

Приклад 3

Ситуація: Чотири постачальники із сукупною часткою ринку 70 % часто публічно оголошують майбутні ціни, розміщуючи їх на своїх веб-сайтах та публікуючи відповідні заяви для преси. Між датою оголошення цін і датою, коли клієнти можуть розмістити замовлення, як правило, проходить кількамісячний інтервал. Протягом цього інтервалу постачальники часто переглядають оголошені ціни. Керівники постачальників регулярно публічно коментують цінові пропозиції своїх конкурентів, пояснюючи, яким чином конкуренти повинні переглядати свої ціни. Постачальники стверджують, що роблять це для того, щоб поінформувати інвесторів про майбутні результати діяльності їхньої компанії.

Аналіз: Інформація про майбутню поведінку суб'єкта господарювання щодо цін або обсягів, особливо ймовірно, може призвести до змови. Інформація, оголошена публічно, є комерційною таємницею, і разом з коментарями керівництва, біржа здатна усунути невизначеність між учасниками щодо майбутніх цінових намірів. Така публічна комунікація навряд чи принесе користь споживачам, наприклад, дасть їм змогу приймати обґрунтовані рішення про купівлю, оскільки оголошені ціни часто змінюються ще до того, як вони набувають чинності. Таким чином, оголошення цін не є законною спробою інформування споживачів. Більше того, публічні коментарі керівників щодо цін постачальників-конкурентів можуть дозволити постачальникам-учасникам виробити спільне розуміння схеми заохочення та покарання, яка є характерною для змов. Залежно від інших елементів економічного та правового контексту, обмін може усунути невизначеність між учасниками щодо часу, обсягу та деталей змін, які мають бути прийняті відповідними суб'єктами господарювання у їхній поведінці на ринку. Таким чином, обмін, ймовірно, можна розглядати як обмеження за предметом.

432. Односторонні публічні оголошення

Приклад 4

Ситуація: Генеральний директор великого виробника однорідної продукції публічно заявляє про необхідність відреагувати на нещодавнє підвищення цін на сировину та вирішити проблему надмірно низької рентабельності за допомогою загальногалузевого підвищення цін. Вона зазначає, що погодиться з будь-яким підвищенням цін, про яке оголосять конкуренти на ринку. Вона також висловлює переконання, що галузь є «достатньо дисциплінованою», щоб знати, що потрібно зробити, щоб «знову вирівняти

маржу». Зрештою, за її словами, галузь успішно впровадила підвищення цін десять років тому, коли опинилася у схожій ситуації.

Аналіз: Заяви генерального директора в телефонному дзвінку про прибутки можна прочитати як одностороннє запрошення до змови. Той факт, що оголошення відбувається публічно, сам по собі не виключає того, що воно може становити узгоджену практику в розумінні статті 101(1). Заяви можуть стати потенційним центром координації дій між конкурентами. Якщо, наприклад, інші конкуренти роблять сучасні заяви або поведуться на ринку так, що це свідчить про те, що вони взяли до уваги запрошення до змови при визначенні своїх майбутніх дій на ринку, і, залежно від правового та економічного контексту, така поведінка може становити обмеження конкуренції за предметом у розумінні статті 101(1). Інші конкуренти можуть обмежити такий ризик, публічно відмежувавшись від таких заяв або повідомивши про них державні органи.

433. Обмін даними для боротьби з підробками

Приклад 5

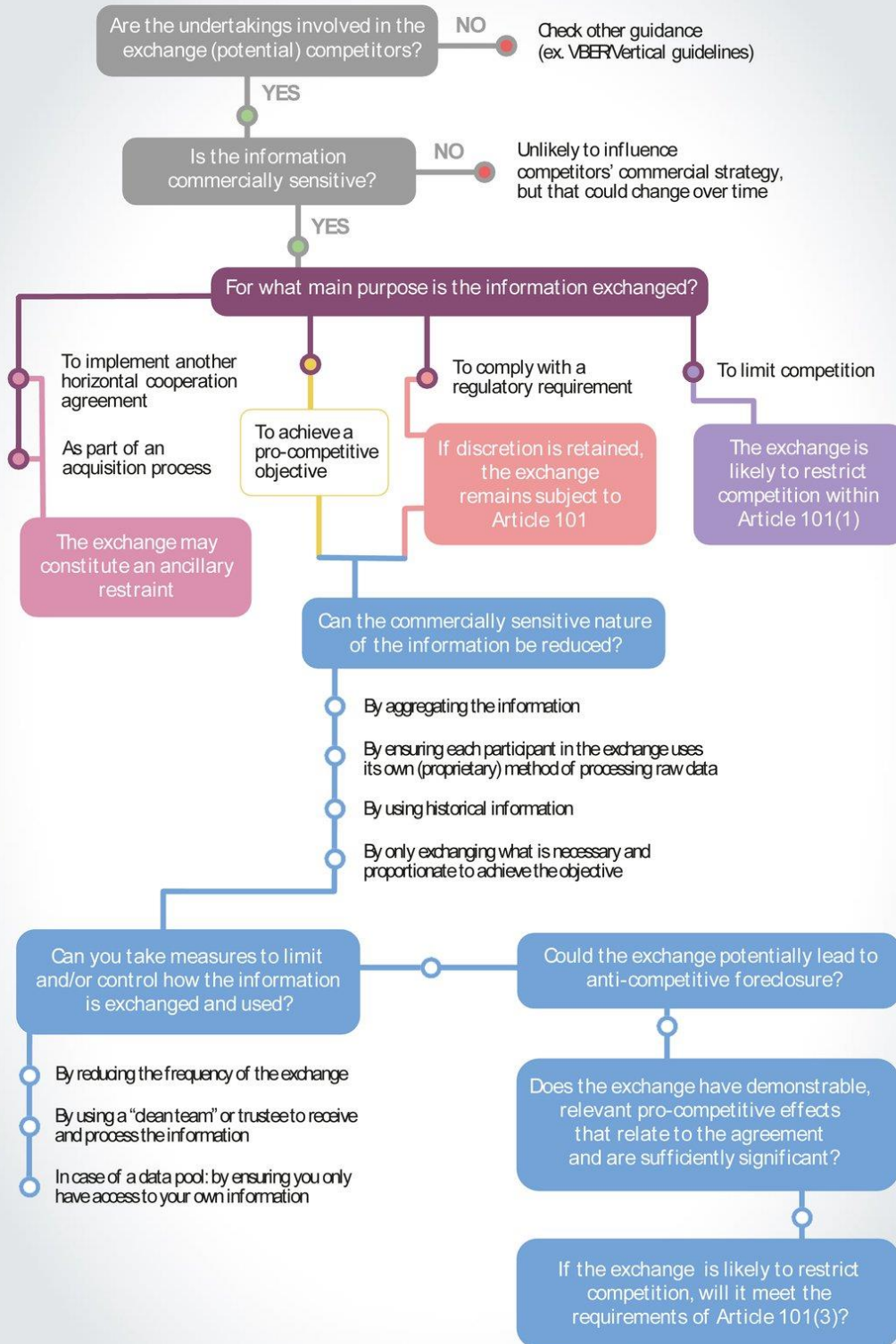
Ситуація: Власник бренду виявляє на кількох соціальних медіа-платформах акаунти, які мають назву, схожу на назву його бренду. Перевіривши відповідні акаунти, власник бренду виявляє, що під його брендом продається контрафактна продукція як у соціальних мережах, так і за допомогою перенаправлення на підроблений веб-сайт. Після цього юридичні представники власника бренду звертаються до однієї з соціальних мереж, щоб (і) видалити обліковий запис і заблокувати користувачеві можливість створювати нові облікові записи в майбутньому, а також (ii) надати платформі інформацію для ідентифікації контрафактної продукції з метою ініціювання судового позову, наприклад, ім'я, адресу, IP-адресу, електронну пошту, тощо. Потім власник бренду просить соціальні медіа-платформи поділитися цією інформацією з іншими посередниками та платформами, щоб уникнути платформного шопінгу з метою просування або продажу незаконно виготовлених товарів, які порушують права інтелектуальної власності.

Аналіз: Обмін інформацією між платформами соціальних мереж спрямований на запобігання продажу контрафактної продукції і, з огляду на цю мету, не є обмеженням конкуренції за предметом. Крім того, з огляду на зміст обміну, інформація, якою обмінюються, навряд чи становить комерційну таємницю. Будь-який обмін інформацією, що становить комерційну таємницю, повинен обмежуватися лише тим, що об'єктивно необхідно для ефективного виявлення підроблених товарів. Для забезпечення прозорості такий обмін повинен бути задокументований.

Інші учасники ринку, яких безпосередньо не зачіпає контрафактна діяльність, не будуть поставлені в невідгідне конкурентне становище в результаті обміну інформацією, оскільки запобігання продажу контрафактної продукції їх не зачіпає. Однак, щоб уникнути ризику змови, можна вжити певних заходів, наприклад, укласти угоди про нерозголошення інформації між сторонами.

434. Кроки для самооцінки

Self-assessment steps for undertakings wishing to engage in an exchange of information*



*These assessment steps are indicative and not intended to be exhaustive. A case-by-case analysis pursuant to Chapter 6 remains necessary to determine whether the exchange of information constitutes a restriction of competition by object or by effect despite the implementation of the measures to reduce the commercially sensitive nature of the information or limit and/or control how the information is used.

435. Відповідальність за обмін інформацією, що становить комерційну таємницю, в різних умовах ⁽³⁰⁴⁾.

Формат обміну	Відповідальність А	Відповідальність В	Відповідальність С
Прямий обмін між А та Б	Так	Так	—
Прямий обмін від А до Б	Так ⁽³⁰⁵⁾	Якщо Б залишається активним на ринку, органи влади можуть покладатися на презумпцію, що Б бере інформацію до уваги, якщо тільки Б публічно не дистанціюється від неї або не повідомить про неї органи влади	—
А оприлюднює інформацію; Б отримує її	Так, якщо розкриття становить узгоджену практику	Можливо, узгоджена практика, якщо органи влади можуть довести, що В запитував інформацію або прийняв її. Органи влади можуть покладатися на презумпцію, що В бере її до уваги, якщо тільки В публічно не дистанціюється або не повідомить про розкриття інформації органам влади.	—

Непрямий обмін від А через С до Б	А несе відповідальність, якщо він прямо або мовчазно погодився з В на розкриття інформації В, або знав про це і був готовий прийняти ризик	В несе відповідальність, якщо він запитував або приймав інформацію та діяв на її основі. Органи влади можуть покладатися на презумпцію, що В бере її до уваги, якщо тільки В публічно не дистанціюється або не повідомить про розкриття інформації органам влади.	С несе відповідальність як посередник, якщо він знав про антиконкурентні цілі А і мав намір сприяти досягненню цих цілей
-----------------------------------	--	---	--

7. УГОДИ ПРО СТАНДАРТИЗАЦІЮ

7.1. Вступ

436. Угоди про стандартизацію мають своєю основною метою визначення технічних вимог або вимог до якості, яким можуть відповідати поточні або майбутні продукти, виробничі процеси, процеси комплексної перевірки ланцюга створення вартості, послуги або методи ⁽³⁰⁶⁾. Угоди про стандартизацію можуть охоплювати різні питання, такі як стандартизація різних марок або розмірів певного товару, або технічні специфікації на ринках товарів чи послуг, де сумісність та інтегрованість з іншими товарами чи послугами є важливими. Умови доступу до певного знаку якості або схвалення регуляторним органом також можна вважати стандартом, так само як і угоди, що встановлюють стандарти сталого розвитку. Хоча стандарти сталого розвитку мають багато спільного з угодами про стандартизацію, що розглядаються в цій главі, вони також мають певні особливості. Тому настанови щодо стандартів сталого розвитку надаються в Главі 9.

437. Підготовка та випуск технічних стандартів як частина здійснення державних повноважень не охоплюються цими Керівними принципами ⁽³⁰⁷⁾. Європейські організації зі стандартизації, визнані відповідно до Регламенту (ЄС) № 1025/2012 Європейського Парламенту та Ради ⁽³⁰⁸⁾, підпадають під дію конкурентного законодавства тією мірою, якою їх можна вважати суб'єктом господарювання або об'єднанням суб'єктів господарювання у розумінні статей 101 та 102 ⁽³⁰⁹⁾. Стандарти, що стосуються надання професійних послуг, такі як правила допуску до вільної професії, не охоплюються цими Настановами.

7.2. Відповідні ринки

438. Угоди про стандартизацію можуть мати вплив на чотири можливі ринки, які мають бути визначені відповідно до Повідомлення про визначення ринку. По-перше, розроблення стандарту може мати вплив на ринки товарів чи послуг, яких стосується стандарт. По-друге, якщо розроблення стандарту передбачає розроблення або вибір

технології, або якщо права інтелектуальної власності продаються окремо від продуктів, яких вони стосуються, стандарт може мати вплив на відповідний ринок технологій ⁽³¹⁰⁾. По-третє, на ринок розробки стандартів може вплинути наявність декількох органів з розробки стандартів або угод зі стандартизації. По-четверте, де це доречно, розроблення стандартів може впливати на окремий ринок випробувань та сертифікації.

7.3. Оцінка згідно зі статтею 101(1)

7.3.1. Основні питання, що стосуються конкуренції

439. Угоди про стандартизацію, як правило, мають значні позитивні економічні ефекти ⁽³¹¹⁾, наприклад, сприяючи економічному взаємопроникненню на внутрішньому ринку та заохочуючи розробку нових і вдосконалених продуктів або ринків, а також покращення умов постачання. Таким чином, стандарти, як правило, підвищують конкуренцію та знижують витрати на виробництво і збут, що приносить користь економіці в цілому. Стандарти можуть підтримувати та підвищувати якість і безпеку продукції, надавати інформацію та забезпечувати інтеперабельність і сумісність (таким чином підвищуючи цінність для споживачів).

440. У контексті стандартів, пов'язаних з правами інтелектуальної власності («ПІВ») ⁽³¹²⁾, можна виокремити три основні групи суб'єктів господарювання, які мають різні інтереси в процесі розроблення стандартів.

(а) По-перше, існують суб'єкти господарювання, які займаються виключно розробкою та просуванням технологій на ринок. Сюди також входять суб'єкти господарювання, які купують технологію з метою її ліцензування. Їхнім єдиним джерелом доходу є ліцензійні надходження, і їхнім стимулом є максимізація роялті.

(б) По-друге, існують суб'єкти господарювання, які займаються лише переробкою та збутом, тобто виробляють продукцію або надають послуги на основі технологій, розроблених іншими, і не володіють відповідними правами інтелектуальної власності. Для них роялті є витратами, а не джерелом доходу, і їхнім стимулом є зменшення розміру роялті.

(в) Нарешті, існують інтегровані суб'єкти господарювання, які одночасно розробляють технологію, захищену ПІВ, і виробляють продукцію, на яку вони потребують ліцензії. Такі суб'єкти господарювання мають змішані стимули. З одного боку, вони можуть отримувати ліцензійні доходи від власних ПІВ. З іншого боку, їм, можливо, доведеться платити роялті іншим суб'єктам, що володіють ПІВ, які є важливими для стандарту, що застосовується до їхньої власної продукції. Тому вони можуть видавати перехресні ліцензії на свої основні ПІВ в обмін на основні ПІВ, що належать іншим суб'єктам господарювання, або використовувати свої ПІВ у захисних цілях. Крім того, суб'єкти господарювання можуть також монетизувати свої ПІВ за допомогою інших методів, окрім роялті. На практиці багато суб'єктів господарювання використовують поєднання цих бізнес-моделей.

441. Учасники стандартизації не обов'язково є конкурентами. Однак, за певних обставин, коли в розробці стандартів беруть участь конкуренти, розробка стандартів може також спричинити обмежувальні наслідки для конкуренції, обмежуючи цінову конкуренцію та обмежуючи або контролюючи виробництво, ринки, інновації або технічний розвиток. Як пояснюється нижче, це може відбуватися трьома основними

способами, а саме: (а) обмеження цінової конкуренції, (б) позбавлення права власності на інноваційні технології та (в) виключення або дискримінація певних суб'єктів господарювання шляхом перешкоджання ефективному доступу до стандарту.

442. По-перше, якщо суб'єкти господарювання беруть участь в антиконкурентному обміні інформацією в контексті розробки стандарту, це може зменшити або усунути цінову конкуренцію на відповідних ринках, обмежити або контролювати виробництво, сприяючи таким чином досягненню результату змови на ринку ⁽³¹³⁾.

443. По-друге, стандарти, які встановлюють детальні технічні характеристики продукту чи послуги, можуть обмежувати технічний розвиток та інновації. Поки стандарт розробляється, альтернативні технології можуть конкурувати за включення до нього. Після того, як одна технологія буде обрана для включення в стандарт і стандарт буде встановлений, деякі технології та суб'єкти господарювання можуть зіткнутися з бар'єром для входу на ринок і потенційно можуть бути витіснені з нього. Крім того, стандарти, що вимагають ексклюзивного використання певної технології, можуть перешкоджати розвитку та поширенню інших технологій. До такого ж ефекту може призвести запобігання розвитку інших технологій шляхом зобов'язання членів організації з розробки стандартів («ОПС») використовувати виключно певний стандарт. Ризик обмеження інновацій зростає, якщо одне або кілька суб'єктів господарювання необґрунтовано виключаються з процесу розробки стандартів.

444. По-третє, стандартизація може призвести до антиконкурентних результатів, якщо певні суб'єкти господарювання не матимуть ефективного доступу до результатів процесу розробки стандарту (тобто до специфікації та/або важливих ПІВ, необхідних для впровадження стандарту). Якщо суб'єкт господарювання або повністю позбавлений доступу до результатів розробки стандарту, або має доступ лише на заборонних чи дискримінаційних умовах, існує ризик антиконкурентного ефекту. Система, в якій потенційно релевантні ПІВ розкриваються заздалегідь, може підвищити ймовірність надання ефективного доступу до стандарту ⁽³¹⁴⁾, оскільки вона дозволяє учасникам визначити, які технології підпадають під дію ПІВ, а які ні. Закони про інтелектуальну власність і закони про конкуренцію мають однакові цілі ⁽³¹⁵⁾ - сприяти добробуту споживачів та інноваціям, а також ефективному розподілу ресурсів. ПІВ сприяють динамічній конкуренції, заохочуючи суб'єктів господарювання інвестувати в розробку нових або вдосконалених продуктів і процесів. Таким чином, ПІВ загалом сприяють розвитку конкуренції. Однак, в силу своїх ПІВ, учасник, який володіє ПІВ, необхідними для впровадження стандарту, може, в конкретному контексті розробки стандарту, також отримати контроль над використанням стандарту. Коли стандарт є бар'єром для входу на ринок, суб'єкт господарювання може таким чином контролювати ринок товарів чи послуг, якого стосується стандарт. Це, у свою чергу, може дозволити суб'єктам господарювання діяти в антиконкурентний спосіб, наприклад, відмовляючись ліцензувати необхідні права інтелектуальної власності або отримуючи надлишкову ренту за допомогою дискримінаційних або надмірних ⁽³¹⁶⁾ роялті, тим самим перешкоджаючи ефективному доступу до стандарту («утримуючи»). Зворотна ситуація може також виникнути, якщо переговори про ліцензування затягуються з причин, що залежать виключно від користувача стандарту. Це може включати, наприклад, відмову платити роялті на справедливих, розумних і недискримінаційних умовах («FRAND») або використання стратегій затягування («hold-out») ⁽³¹⁷⁾.

445. Навіть якщо встановлення стандарту може створити або збільшити ринкову владу власників ПІВ, які володіють ПІВ, що мають істотне значення для стандарту, не існує

презумпції, що володіння або здійснення ПІВ, що мають істотне значення для стандарту, прирівнюється до володіння або здійснення ринкової влади. Питання ринкової влади можна оцінювати лише в кожному конкретному випадку ⁽³¹⁸⁾.

7.3.2. Обмеження конкуренції за предметом

446. Угоди, які використовують стандарт як частину більш широкої обмежувальної угоди, спрямованої на усунення фактичних або потенційних конкурентів, обмежують конкуренцію за предметом. Наприклад, угода, згідно з якою національна асоціація виробників встановлює стандарт і чинить тиск на третіх осіб, щоб ті не випускали на ринок продукцію, яка не відповідає стандарту, або коли виробники існуючого продукту вступають у змову, щоб виключити нову технологію з уже існуючого стандарту ⁽³¹⁹⁾, підпадає під цю категорію.

447. Угоди, спрямовані на зменшення конкуренції шляхом використання розкриття найбільш обмежувальних ліцензійних умов до прийняття стандарту як прикриття для спільного встановлення цін або на продукти подальшого перероблення, або на замітники прав інтелектуальної власності чи технології, становитимуть обмеження конкуренції за предметом ⁽³²⁰⁾.

7.3.3. Обмежувальні наслідки для конкуренції

7.3.3.1. Угоди, які загалом не обмежують конкуренцію

448. Угоди про стандартизацію, які не обмежують конкуренцію за предметом, повинні аналізуватися в їхньому правовому та економічному контексті, в тому числі з урахуванням характеру товарів, послуг чи технологій, яких вони стосуються, реальних умов функціонування та структури ринку чи ринків, що розглядаються, з огляду на їхній фактичний та ймовірний вплив на конкуренцію. За відсутності ринкової влади ⁽³²¹⁾ угода про стандартизацію не може мати обмежувальних наслідків для конкуренції. Тому обмежувальні наслідки є малоімовірними в ситуації, коли існує ефективна конкуренція між кількома добровільними стандартами.

449. Для угод про розробку стандартів, які можуть створювати ринкову владу, параграфи 451-457 визначають умови, за яких такі угоди, як правило, не підпадають під дію статті 101(1).

450. Недотримання будь-якого або всіх принципів, викладених у цьому розділі, не призведе до виникнення презумпції обмеження конкуренції у значенні статті 101(1). Однак, необхідно буде провести самооцінку, щоб встановити, чи підпадає угода під дію статті 101(1), і якщо так, то чи виконуються умови статті 101(3). У цьому контексті визнається, що існують різні моделі розробки стандартів і що конкуренція в межах таких моделей та між ними є позитивним аспектом ринкової економіки. Таким чином, ОРС залишаються повністю вільними у запровадженні правил та процедур, які не порушують правила конкуренції, але відрізняються від тих, що описані в параграфах 451-457.

451. Якщо участь у розробці стандартів є необмеженою, а процедура ухвалення відповідного стандарту є прозорою, угоди про стандартизацію, які не містять зобов'язання дотримуватися ⁽³²²⁾ стандарту та забезпечують ефективний доступ до стандарту на умовах FRAND, як правило, не обмежують конкуренцію в розумінні статті 101(1).

452. Зокрема, щоб забезпечити необмежену участь, правила ОРС повинні передбачати, що всі конкуренти на ринку або ринках, на які впливає стандарт, можуть брати участь у процесі, що веде до вибору стандарту ⁽³²³⁾. ОРС також має забезпечити об'єктивні та недискримінаційні процедури розподілу прав голосу, а також, якщо це доречно, об'єктивні критерії для вибору технології, яку буде включено до стандарту.

453. Що стосується прозорості, то відповідна ОРС повинна мати процедури, які дозволяють зацікавленим сторонам ефективно інформувати себе про майбутню, поточну та завершену роботу зі стандартизації вчасно на кожному етапі розроблення стандарту.

454. Крім того, правила ОРС повинні забезпечувати ефективний доступ до стандарту на умовах FRAND ⁽³²⁴⁾.

455. Якщо ОРС розробляє стандарти, пов'язані з ПІВ, чітка та збалансована політика щодо ПІВ ⁽³²⁵⁾, адаптована до конкретної галузі та потреб відповідної організації, підвищує ймовірність того, що виконавцям стандартів буде надано ефективний доступ до них.

456. Щоб забезпечити ефективний доступ до стандарту, політика щодо ПІВ повинна вимагати від учасників, які бажають, щоб їхні ПІВ були включені до стандарту, надати безвідкличне зобов'язання в письмовій формі запропонувати ліцензування їхніх основних ПІВ усім третім сторонам на умовах FRAND («зобов'язання FRAND») ⁽³²⁶⁾. Таке зобов'язання має бути надане до прийняття стандарту. Водночас, політика у сфері ПІВ повинна дозволяти власникам ПІВ виключати певну технологію з процесу розробки стандарту і, таким чином, із зобов'язання FRAND, за умови, що таке виключення відбувається на ранній стадії розробки стандарту. Щоб забезпечити ефективність зобов'язання FRAND, слід також передбачити вимогу до всіх власників ПІВ, які надають таке зобов'язання, гарантувати, що будь-який суб'єкт господарювання, якому власник ПІВ передає своє ПІВ (включаючи право на ліцензування цього ПІВ), буде пов'язане цим зобов'язанням, наприклад, за допомогою договірної положення між покупцем і продавцем. Слід зазначити, що FRAND може також охоплювати безоплатне ліцензування.

457. Крім того, політика щодо ПІВ повинна вимагати добросовісного розкриття учасниками своїх ПІВ, які можуть бути важливими для впровадження стандарту, що розробляється ⁽³²⁷⁾. Це важливо для того, щоб (а) дати можливість галузі зробити обґрунтований вибір технології, яка буде включена до стандарту ⁽³²⁸⁾, і (б) досягти мети ефективного доступу до стандарту. У міру розробки стандарту розкриття інформації може оновлюватися на основі обґрунтованих зусиль, спрямованих на те, щоб визначити, як ПІВ буде сприйматися (майбутнім) стандартом. Що стосується патентів, розкриття інформації про ПІВ повинно включати принаймні номер патенту або номер патентної заявки. Якщо ця інформація ще не є загальнодоступною, то достатньо, якщо учасник заявить, що він, ймовірно, має права ПІВ на певну технологію, не вказуючи конкретні права ПІВ або заявки на ПІВ (так зване загальне розкриття) ⁽³²⁹⁾. Учасників також слід заохочувати оновлювати свої розкриття на момент прийняття стандарту, зокрема, якщо відбуваються будь-які зміни, які можуть вплинути на сутність або чинність їхніх ПІВ. Оскільки ризики, пов'язані з ефективним доступом, не є однаковими у випадку ОРС з політикою безоплатних стандартів ⁽³³⁰⁾, розкриття інформації про ПІВ не буде доречним у цьому контексті.

458. Зобов'язання FRAND призначені для забезпечення того, щоб основна технологія, захищена ПІВ, включена до стандарту, була доступною для користувачів цього стандарту на справедливих, розумних і недискримінаційних умовах. Зокрема, зобов'язання FRAND можуть запобігти тому, щоб власники ПІВ ускладнювали впровадження стандарту, відмовляючись надавати ліцензію або вимагаючи несправедливі чи необґрунтовані платежі (іншими словами, надмірні платежі) після того, як галузь вже пристосувалася до стандарту, або стягуючи дискримінаційні роялті ⁽³³¹⁾. Водночас, зобов'язання FRAND дозволяють власникам ПІВ монетизувати свої технології за допомогою роялті FRAND і, відповідно до принципів, викладених у наступних параграфах, отримувати розумну віддачу від своїх інвестицій у НДДКР, які за своєю природою є ризикованими. Це може забезпечити постійні стимули для внесення найкращих доступних технологій до стандарту.

459. Дотримання OPC статті 101 не вимагає від нього перевірки того, чи відповідають ліцензійні умови учасників зобов'язанням FRAND ⁽³³²⁾. Учасники повинні самі оцінити, чи відповідають їхні ліцензійні умови і, зокрема, збори, які вони стягують, зобов'язанням FRAND. Тому, приймаючи рішення про те, чи брати на себе зобов'язання FRAND щодо певного ПІВ, учасники повинні передбачити наслідки зобов'язань FRAND, зокрема, щодо їхньої здатності вільно встановлювати рівень своїх зборів.

460. У разі виникнення спору, оцінка того, чи є плата, що стягується за доступ до ПІВ у контексті розробки стандартів, несправедливою або необґрунтованою, повинна ґрунтуватися на тому, чи має плата розумний зв'язок з економічною цінністю ПІВ ⁽³³³⁾. Економічна цінність ПІВ може базуватися на поточній доданій вартості захищеного ПІВ і не повинна залежати від ринкового успіху продукції, який не пов'язаний із запатентованою технологією ⁽³³⁴⁾. Загалом, існують різні методи проведення оцінки ⁽³³⁵⁾, і на практиці часто використовується більше одного методу, щоб компенсувати недоліки конкретного методу та перехресну перевірку результату ⁽³³⁶⁾. Можна порівняти ліцензійні платежі, що стягуються відповідним суб'єктом господарювання за відповідні ПІВ у конкурентному середовищі до того, як галузь розробила стандарт (*ex ante*); з вартістю/роялті наступної найкращої доступної альтернативи (*ex-ante*), або з вартістю/роялті, що стягуються після того, як галузь була замкнена (*ex post*). При цьому передбачається, що порівняння може бути здійснене у послідовний і надійний спосіб ⁽³³⁷⁾.

461. Можна також отримати незалежну експертну оцінку об'єктивної центральності та суттєвості відповідного ПІВ для стандарту, що розглядається. У відповідних випадках можна також звернутися до *попереднього* розкриття умов ліцензування, включаючи індивідуальні або сукупні роялті за відповідні ПІВ, у контексті конкретного процесу розробки стандарту. Аналогічно, можна порівняти ліцензійні умови в угодах власника ПІВ з іншими впроваджувачами того ж самого стандарту. Ставки роялті, що стягуються за той самий об'єкт ПІВ в інших порівнянних стандартах, також можуть слугувати орієнтиром для визначення ставок роялті FRAND. Ці методи припускають, що порівняння може бути здійснене у послідовний і надійний спосіб, а рівень ставок роялті не є результатом неправомірного використання ринкової влади. Інший метод полягає у визначенні, по-перше, відповідної загальної вартості для всіх відповідних ПІВ і, по-друге, частки, що припадає на конкретного власника ПІВ. Ці Керівні принципи не мають на меті надати вичерпний перелік відповідних методів для оцінки того, чи є роялті надмірними або дискримінаційними згідно зі статтею 102.

462. Однак слід підкреслити, що ніщо в цих Керівних принципах не впливає на можливість сторін вирішувати свої спори щодо рівня ставок роялті FRAND шляхом звернення до компетентних цивільних або господарських судів або альтернативних методів вирішення спорів⁽³³⁸⁾.

7.3.3.2. Оцінка угод про стандартизацію на основі ефекту

463. Оцінка угоди про стандартизацію повинна враховувати ймовірний вплив стандарту на відповідні ринки. При аналізі угод про стандартизацію необхідно брати до уваги характеристики сектору та галузі. Наступні міркування застосовуються до всіх угод про стандартизацію, які відрізняються від принципів, викладених у параграфах 451-457.

(а) Добровільний характер стандарту

464. Чи можуть угоди про стандартизацію призвести до обмежувальних наслідків для конкуренції, може залежати від того, чи залишаються члени ОРС вільними у розробці альтернативних стандартів або продуктів, які не відповідають узгодженому стандарту⁽³³⁹⁾. Наприклад, якщо угода про стандартизацію зобов'язує учасників виробляти продукцію лише відповідно до стандарту, ризик ймовірних негативних наслідків для конкуренції значно зростає і за певних обставин може призвести до обмеження конкуренції за предметом⁽³⁴⁰⁾. Аналогічно, стандарти, які охоплюють лише незначні характеристики кінцевого продукту, з меншою ймовірністю призведуть до проблем конкуренції, ніж більш всеохоплюючі стандарти, зокрема, якщо стандарт не стосується жодних суттєвих прав інтелектуальної власності.

(b) Доступ до стандарту

465. Оцінка того, чи обмежує угода конкуренцію, також зосереджуватиметься на доступі до стандарту. Якщо результат стандарту (тобто специфікація того, як дотримуватися стандарту, і, якщо це доречно, суттєві ПІВ для впровадження стандарту) взагалі недоступний для всіх членів або третіх сторін (тобто не членів відповідної ОРС), це може призвести до витіснення або сегментації ринків і, таким чином, може обмежити конкуренцію. Конкуренція також може бути обмежена, якщо результат стандарту доступний лише на дискримінаційних або надмірних умовах для певних членів або третіх сторін. Однак, якщо існує кілька конкуруючих стандартів або якщо існує ефективна конкуренція між стандартизованим рішенням та нестандартними рішеннями, обмеження доступу може не мати обмежувальних наслідків для конкуренції.

466. Що стосується угод про розробку стандартів з моделями розкриття ПІВ, які відрізняються від тих, що описані в параграфі 457, необхідно оцінювати в кожному конкретному випадку, чи гарантує відповідна модель розкриття (наприклад, модель розкриття, яка не вимагає, а лише заохочує розкриття ПІВ) ефективний доступ до стандарту. Угоди про розробку стандартів, які передбачають розкриття інформації про характеристики та додану вартість кожного ПІВ, що належить до стандарту, і які таким чином підвищують прозорість для сторін, що беруть участь у розробці стандарту, в принципі, не обмежуватимуть конкуренцію в розумінні статті 101(1).

(c) Участь у розробці стандарту

467. Позбавлення певних суб'єктів господарювання можливості впливати на вибір та визначення стандарту (за винятком випадків, описаних у параграфі 470), ймовірно,

призведе до обмежувальних наслідків для конкуренції. І навпаки, якщо участь у процесі розроблення стандарту є відкритою, ризики обмежувального впливу на конкуренцію є нижчими. ⁽³⁴¹⁾

468. Відкритої участі можна досягти, дозволивши всім конкурентам та/або відповідним заінтересованим сторонам на ринку, на який впливає стандарт, брати участь у розробці та виборі стандарту.

469. Чим більшим є ймовірний вплив стандарту на ринок і чим ширшими є його потенційні сфери застосування, тим важливіше забезпечити рівний доступ до процесу розроблення стандарту.

470. Однак у певних ситуаціях обмеження участі може не мати обмежувальних наслідків для конкуренції в розумінні статті 101(1), наприклад (а) якщо існує конкуренція між кількома стандартами та ОРС, (b) якщо за відсутності обмеження кількості учасників ⁽³⁴²⁾ ухвалення стандарту було б неможливим або малоімовірним, або (c) якщо обмеження кількості учасників обмежене в часі та з метою швидкого прогресу (наприклад, на початку роботи зі стандартизації), а також за умови, що на основних етапах всі учасники мають можливість брати участь у продовженні розроблення стандарту.

471. У певних ситуаціях потенційні негативні наслідки обмеженої участі можна усунути або принаймні зменшити, забезпечивши інформування зацікавлених сторін та проведення з ними консультацій щодо поточної роботи ⁽³⁴³⁾. Цього можна досягти шляхом встановлення процедур колективного представництва зацікавлених сторін. Чим більше заінтересованих сторін можуть впливати на процес вибору стандарту і чим прозорішою є процедура прийняття стандарту, тим більша ймовірність того, що прийнятий стандарт враховуватиме інтереси всіх заінтересованих сторін.

(г) Частки ринку

472. Для оцінки впливу угоди про розробку стандарту слід враховувати частки ринку товарів, послуг або технологій, які базуються на цьому стандарті. Не завжди можливо ⁽³⁴⁴⁾ з упевненістю оцінити на ранній стадії, чи буде стандарт на практиці прийнятий значною, чи лише незначною часткою відповідної галузі. У випадках, коли суб'єкти господарювання, які надають технології для стандарту, є вертикально інтегрованими, відповідні ринкові частки суб'єктів господарювання, які брали участь у розробці стандарту, можуть бути використані як проксі для оцінки ймовірної ринкової частки стандарту (оскільки суб'єкти господарювання, які брали участь у розробці стандарту, у більшості випадків будуть зацікавлені у впровадженні стандарту) ⁽³⁴⁵⁾. Однак, оскільки ефективність угод про стандартизацію часто пропорційна частці галузі, що бере участь у розробці та/або застосуванні стандарту, висока частка ринку, що належить сторонам на ринку або ринках, на які впливає стандарт, не обов'язково призведе до висновку про те, що стандарт, ймовірно, призведе до обмежувальних наслідків для конкуренції.

(д) Дискримінація

473. Будь-яка угода про розробку стандарту, яка явно дискримінує будь-кого з учасників або потенційних учасників, може призвести до обмеження конкуренції. Наприклад, якщо ОРС прямо виключає суб'єктів господарювання, які займаються лише видобутком

(тобто суб'єктів господарювання, які не є активними на ринку переробки та збуту), це може призвести до виключення потенційно кращих технологій видобутку та збуту.

(f) Попереднє розкриття ставок роялті

474. Стандартні угоди про розробку, які передбачають завчасне розкриття найбільш обмежувальних ліцензійних умов для стандартних основних патентів окремими власниками ППВ або максимальної накопиченої ⁽³⁴⁶⁾ ставки роялті всіма власниками ППВ, в принципі, не будуть обмежувати конкуренцію в розумінні статті 101(1). У зв'язку з цим важливо, щоб сторони, які беруть участь у виборі стандарту, були повністю поінформовані не лише про наявні технічні можливості та пов'язані з ними ППВ, але й про ймовірну вартість цих ППВ. Таким чином, якщо політика ОРС щодо ППВ передбачає, що власники ППВ повинні розкрити до прийняття стандарту свої найбільш обмежувальні ліцензійні умови, включаючи максимальні ставки роялті або максимальну накопичену ставку роялті, це, як правило, не призведе до обмеження конкуренції в розумінні статті 101(1) ⁽³⁴⁷⁾. Таке *завчасне* одностороннє розкриття найбільш обмежувальних ліцензійних умов або максимальної сукупної ставки роялті буде одним із способів надати сторонам, які беруть участь у розробці стандарту, можливість прийняти обґрунтоване рішення, що базується на перевагах та недоліках різних альтернативних технологій.

7.4. Оцінка згідно зі статтею 101(3)

7.4.1. Підвищення ефективності

475. Угоди про стандартизацію часто призводять до значного підвищення ефективності. Наприклад, загальносоюзні стандарти можуть сприяти ринковій інтеграції та дозволяти суб'єктам господарювання продавати свої товари та послуги в усіх державах-членах, що призводить до розширення споживчого вибору та зниження цін. Стандарти, які встановлюють технічну взаємодію та сумісність, часто заохочують конкуренцію по суті між технологіями різних суб'єктів господарювання та допомагають запобігти прив'язці до конкретного постачальника. Крім того, стандарти можуть зменшити транзакційні витрати для продавців і покупців. Стандарти, що стосуються, наприклад, якості, безпеки та екологічних аспектів продукту, також можуть полегшити вибір споживача і призвести до підвищення якості продукції. Стандарти також відіграють важливу роль в інноваціях: вони можуть скоротити час, необхідний для виведення нової технології на ринок, і сприяти інноваціям, дозволяючи суб'єктам господарювання спиратися на узгоджені рішення. Таке підвищення ефективності може сприяти стійкості внутрішнього ринку.

476. Для того, щоб угоди зі стандартизації сприяли підвищенню ефективності, інформація, необхідна для застосування стандарту, повинна бути доступною для тих, хто бажає вийти на ринок товарів/послуг, якого стосується стандарт ⁽³⁴⁸⁾.

477. Поширенню стандарту можуть сприяти знаки або логотипи, що засвідчують відповідність стандарту, надаючи таким чином впевненість споживачам. Угоди про випробування та сертифікацію виходять за межі основної мети визначення стандарту і, як правило, впливають на окремий ринок.

478. Хоча вплив на інновації необхідно аналізувати в кожному конкретному випадку, стандарти, що створюють сумісність на горизонтальному рівні між різними технологіями, ймовірно, призведуть до підвищення ефективності.

7.4.2. Незамінність

479. Обмеження, які виходять за межі того, що є необхідним для досягнення підвищення ефективності, яке може бути забезпечене угодою про стандартизацію, не відповідають умовам статті 101(3).

480. Оцінка угоди про стандартизацію повинна враховувати її ймовірний вплив на відповідні ринки, з одного боку, та обсяг обмежень, які, можливо, виходять за межі мети досягнення ефективності, з іншого ⁽³⁴⁹⁾.

481. Участь у розробці стандарту, як правило, повинна бути відкритою для всіх конкурентів на ринку чи ринках, на які впливає стандарт, якщо тільки така участь не призведе до значної неефективності, наприклад, до тривалих затримок у процесі ухвалення ⁽³⁵⁰⁾. Якщо участь у розробленні стандарту обмежена, будь-які обмежувальні наслідки такої обмеженої участі слід усунути або зменшити ⁽³⁵¹⁾, щоб таке обмеження для учасників переважало над ефективністю згідно зі статтею 101(3).

482. Як правило, угоди про стандартизацію повинні охоплювати не більше, ніж це необхідно для забезпечення їхніх цілей, будь то технічна інтероперабельність та сумісність або певний рівень якості. У випадках, коли наявність лише одного технологічного рішення принесе користь споживачам або економіці в цілому, цей стандарт повинен встановлюватися на недискримінаційній основі. Технологічно нейтральні стандарти можуть, за певних обставин, призвести до більшого підвищення ефективності. Включення заміників ПІВ ⁽³⁵²⁾ як невід'ємної частини стандарту і водночас примушення користувачів стандарту платити за більшу кількість ПІВ, ніж це технічно необхідно, вийде за межі того, що необхідно для досягнення будь-якого визначеного підвищення ефективності. Аналогічно, включення заміників ПІВ як невід'ємних частин стандарту та обмеження використання цієї технології цим конкретним стандартом (тобто ексклюзивне використання) може обмежити міжтехнологічну конкуренцію і не буде необхідним для досягнення визначеної ефективності.

483. Обмеження в угоді про стандартизацію, що робить стандарт обов'язковим для галузі, в принципі не є необхідними.

484. Аналогічним чином, угоди про стандартизацію, які надають певним органам виключне право перевіряти відповідність стандарту, виходять за рамки основної мети визначення стандарту і можуть також обмежувати конкуренцію. Однак така виключність може бути виправдана протягом певного періоду часу, наприклад, необхідністю відшкодування значних початкових витрат ⁽³⁵³⁾. У такому випадку угода про стандартизацію повинна включати адекватні гарантії для зменшення можливих ризиків для конкуренції, пов'язаних з ексклюзивністю. Це стосується, серед іншого, плати за сертифікацію, яка повинна бути обґрунтованою та пропорційною до вартості перевірки на відповідність.

7.4.3. Передача споживачам

485. Підвищення ефективності, досягнуте завдяки неминучим обмеженням, повинно бути передане споживачам у тій мірі, яка переважає обмежувальні наслідки для конкуренції, спричинені угодою про стандартизацію. З метою оцінки ймовірності передачі переваг споживачам необхідно брати до уваги процедури, які застосовуються

для гарантування захисту інтересів користувачів стандартів та кінцевих споживачів. Крім того, якщо стандарти сприяють технічній інтероперабельності та сумісності або конкуренції між новими та існуючими продуктами, послугами та процесами, можна припустити, що стандарт принесе користь споживачам.

7.4.4. Не усунення конкуренції

486. Чи надає угода про стандартизацію сторонам можливість усунення конкуренції, залежить від різних джерел конкуренції на ринку, рівня конкурентних обмежень, які вони накладають на сторони, та впливу угоди на ці конкурентні обмеження. Хоча ринкові частки є важливими для цього аналізу, величина решти джерел фактичної конкуренції не може бути оцінена виключно на основі ринкової частки, за винятком випадків, коли стандарт стає *де-факто* галузевим стандартом ⁽³⁵⁴⁾. В останньому випадку конкуренція може бути усунута, якщо треті сторони будуть позбавлені ефективного доступу до стандарту.

7.5. Приклади

487. Встановлення стандартів, яких не можуть задовольнити конкуренти

Приклад 1

Ситуація: ОРС встановлює та публікує стандарти безпеки, які широко використовуються у відповідній галузі. Більшість конкурентів у галузі беруть участь у розробці стандарту. До прийняття стандарту новий учасник розробив продукт, який є технічно еквівалентним з точки зору продуктивності та функціональних вимог, і який визнаний технічним комітетом ОРС. Однак технічні умови стандарту безпеки без будь-якого об'єктивного обґрунтування складені таким чином, що не дозволяють цьому або іншим новим продуктам відповідати стандарту.

Аналіз У цьому випадку участь у розробці стандарту не є необмеженою, а процес прийняття стандарту не виглядає прозорим. Ця угода про стандартизацію може призвести до обмежувальних наслідків для конкуренції в розумінні статті 101(1) і навряд чи відповідатиме умовам статті 101(3). Члени ОРС без будь-якого об'єктивного обґрунтування встановили стандарт таким чином, що продукція їхніх конкурентів, яка базується на інших технологічних рішеннях, не може йому відповідати, навіть якщо вона має еквівалентні характеристики. Таким чином, цей стандарт, який не був встановлений на недискримінаційній основі, зменшить або унеможливить інновації та різноманітність продукції. Малоімовірно, що розроблений таким чином стандарт призведе до більшого підвищення ефективності, ніж нейтральний стандарт.

488. Необов'язковий і прозорий стандарт, що охоплює велику частку ринку

Приклад 2

Ситуація Декілька виробників побутової електроніки зі значними частками ринку погоджуються розробити новий стандарт для продукту, який прийде на зміну DVD.

Аналіз: За умови, що (а) виробники залишаються вільними виробляти інші нові продукти, які не відповідають новому стандарту, (б) участь у розробці стандарту є необмеженою і прозорою, і (в) угода про стандартизацію не обмежує конкуренцію

іншим чином, угода навряд чи обмежуватиме конкуренцію в розумінні статті 101(1). З іншого боку, якщо сторони домовилися виробляти лише продукцію, яка відповідає новому стандарту, угода, ймовірно, обмежуватиме конкуренцію в розумінні статті 101(1), обмежуючи різноманітність продукції та технічні інновації.

489. Угода про стандартизацію без розкриття ПІВ

Приклад 3

Ситуація: Приватна ОРС, що займається стандартизацією в секторі ІКТ (інформаційно-комунікаційних технологій), має політику щодо ПІВ, яка не вимагає і не заохочує розкриття інформації про ПІВ, що може мати важливе значення для будь-якого майбутнього стандарту. ОРС прийняла свідоме рішення не включати таке зобов'язання, зокрема з огляду на те, що загалом усі технології, які потенційно можуть мати відношення до майбутнього стандарту, захищені багатьма правами інтелектуальної власності. Тому ОРС вирішила, що зобов'язання щодо розкриття інформації про ПІВ, з одного боку, не принесе користі, оскільки не дозволить учасникам вибрати рішення з незначним обсягом ПІВ або взагалі без нього, а з іншого боку, призведе до додаткових витрат на аналіз того, чи буде ПІВ потенційно важливим для майбутнього стандарту. Однак політика ОРС щодо ПІВ вимагає від усіх учасників взяти на себе зобов'язання ліцензувати будь-які ПІВ, які можуть бути використані в майбутньому стандарті, на умовах FRAND. Політика щодо ПІВ дозволяє відмовитися від ліцензування, якщо є конкретні ПІВ, які власник ПІВ бажає винести за межі загального ліцензійного зобов'язання. У цій конкретній галузі існує кілька конкуруючих приватних ОРС. Участь в ОРС відкрита для всіх, хто активно працює в галузі.

Аналіз У багатьох випадках зобов'язання щодо розкриття інформації про ПІВ буде проконкурентним, оскільки воно збільшить конкуренцію між технологіями ex ante. Загалом, таке зобов'язання дозволяє членам ОРС враховувати обсяг ПІВ на конкретну технологію при виборі між конкуруючими технологіями (або навіть, де це можливо, вибирати технологію, яка не захищена ПІВ). Кількість показів ПІВ на технологію часто має прямий вплив на вартість доступу до стандарту. Однак у цьому конкретному контексті всі доступні технології, схоже, захищені ПІВ, і навіть багато ПІВ. Тому будь-яке розкриття інформації про ПІВ не матиме позитивного ефекту у вигляді надання можливості членам організації враховувати обсяг ПІВ при виборі технології, оскільки незалежно від того, яку технологію буде обрано, можна припустити, що на цю технологію поширюються права ПІВ. Угода навряд чи призведе до будь-яких негативних наслідків для конкуренції у розумінні статті 101(1).

8. СТАНДАРТНІ УМОВИ

8.1. Визначення

490. У деяких галузях суб'єкти господарювання використовують стандартні умови купівлі-продажу, розроблені торговельною асоціацією або безпосередньо конкуруючими суб'єктами господарювання («стандартні умови») ⁽³⁵⁵⁾. Такі стандартні умови охоплюються цими Керівними принципами в тій мірі, в якій вони встановлюють стандартні умови продажу або придбання товарів чи послуг конкуруючими суб'єктами господарювання третім особам або від третіх осіб-постачальників (а не умови купівлі-продажу між самими суб'єктами господарювання). Коли такі стандартні умови широко використовуються в галузі, умови купівлі-продажу, що застосовуються в галузі, можуть

de facto зрівнятися ⁽³⁵⁶⁾. Прикладами галузей, в яких стандартні умови відіграють важливу роль, є банківська справа (наприклад, умови банківського рахунку) та страхування.

491. Стандартні умови, встановлені суб'єктом господарювання самостійно виключно для власного використання при укладанні договорів зі своїми постачальниками або клієнтами, не є горизонтальними угодами і, отже, не охоплюються цими Керівними принципами.

8.2. Відповідні ринки

492. Загалом, стандартні умови впливають на ринок переробки та збуту, де суб'єкти господарювання, що використовують стандартні умови, конкурують між собою, продаючи свою продукцію своїм клієнтам.

8.3. Оцінка за статтею 101(1)

8.3.1. Основні проблеми конкуренції

493. Стандартні умови можуть мати обмежувальні наслідки для конкуренції, обмежуючи вибір продукції та інновації. Якщо значна частина галузі приймає стандартні умови і вирішує не відхилитися від них в окремих випадках (або відхиляється від них лише у виняткових випадках сильної влади покупця), у споживачів може не залишитися іншого вибору, окрім як прийняти умови, викладені в стандартних умовах. Однак ризик обмеження вибору та інновацій є ймовірним лише у випадках, коли стандартні умови визначають сферу застосування кінцевого продукту. Що стосується споживчих товарів, стандартні умови продажу, як правило, не обмежують інноваційність самого товару, його якості або різноманітності.

494. Крім того, залежно від їхнього змісту, стандартні умови можуть впливати на комерційні умови продажу кінцевого продукту. Зокрема, існує серйозний ризик того, що стандартні умови, які стосуються ціни, можуть обмежувати цінову конкуренцію.

495. Більше того, якщо стандартні умови широко застосовуються в галузі, доступ до них може бути життєво важливим для входу на ринок. У таких випадках відмова у доступі до стандартних умов може призвести до антиконкурентного витіснення. За умови, що стандартні умови залишаються фактично відкритими для використання будь-яким суб'єктом господарювання, який бажає отримати до них доступ, вони навряд чи призведуть до антиконкурентного витіснення.

8.3.2. Обмеження конкуренції за предметом

496. Угоди, які використовують стандартні умови як частину більш широкої обмежувальної угоди, спрямованої на виключення фактичних або потенційних конкурентів, обмежують конкуренцію за предметом. Прикладом може бути ситуація, коли торговельна асоціація не дозволяє новому учаснику отримати доступ до своїх стандартних умов, використання яких є життєво важливим для забезпечення входу на ринок.

497. Стандартні умови, що містять положення, які безпосередньо впливають на ціни⁽³⁵⁷⁾, що стягуються з клієнтів (тобто рекомендовані ціни, знижки тощо), як правило, становлять обмеження конкуренції за предметом.

8.3.3. Обмежувальні наслідки для конкуренції

498. Встановлення та використання стандартних умов необхідно оцінювати в їхньому економічному контексті та у світлі ситуації на відповідному ринку, щоб визначити, чи можуть стандартні умови призвести до обмежувальних наслідків для конкуренції.

499. Якщо участь у встановленні стандартних умов є необмеженою для конкурентів на відповідному ринку (або через участь у торговельному об'єднанні, або безпосередньо) і за умови, що використання стандартних умов не є обов'язковим і вони фактично доступні для використання будь-яким суб'єктом господарювання, угоди, що стосуються стандартних умов, навряд чи призведуть до негативних наслідків для якості продукції, різноманітності продукції або інновацій, а отже, навряд чи призведуть до обмежувального впливу на конкуренцію (за умови, що стандартні умови не впливають на ціну та з урахуванням застережень, викладених у параграфах 501-505).

500. Однак є два загальних винятки, коли необхідна більш поглиблена оцінка.

501. По-перше, стандартні умови продажу споживчих товарів або послуг, коли стандартні умови визначають характеристики кінцевого продукту, що продається споживачеві, і, отже, ризик обмеження вибору продукту є більш значним, можуть призвести до обмежувальних наслідків для конкуренції в розумінні статті 101(1), якщо їхнє спільне застосування може призвести до *фактичного* вирівнювання. Це може статися, коли широке використання стандартних умов *de facto* призводить до обмеження інновацій та розмаїття товарів на ринку. Наприклад, це може статися, коли стандартні умови в договорах страхування обмежують вибір клієнта щодо ключових елементів договору, таких як типи ризиків, що покриваються. Навіть якщо використання стандартних умов не є обов'язковим, вони можуть підірвати стимули конкуруючих страховиків до диверсифікації продуктів. Цю проблему можна вирішити, дозволивши страховикам включати до договорів страхування ризику, відмінні від стандартних.

502. При оцінці того, чи можуть стандартні умови мати обмежувальні наслідки у вигляді обмеження різноманітності продуктів, слід брати до уваги такі фактори, як існуюча конкуренція на ринку. Наприклад, за наявності великої кількості дрібних конкурентів ризик обмеження різноманітності продукції, як правило, менший, ніж за наявності лише кількох великих конкурентів⁽³⁵⁸⁾. Ринкові частки суб'єктів господарювання, які беруть участь у створенні стандартних умов, також можуть вказувати на ймовірність прийняття стандартних умов або на ймовірність того, що стандартні умови будуть використовуватися великою часткою ринку. Однак у цьому відношенні важливо проаналізувати не тільки те, чи будуть стандартні умови використовуватися значною часткою ринку, але й те, чи охоплюють стандартні умови весь товар або тільки його частину (чим менша сфера застосування стандартних умов, тим менша ймовірність того, що вони призведуть до обмеження різноманітності товару). Більше того, у випадках, коли за відсутності стандартних умов неможливо було б запропонувати певний товар, навряд чи матиме місце будь-які обмежувальні наслідки для конкуренції у розумінні статті 101(1). За такого сценарію, встановлення стандартних умов збільшує, а не зменшує різноманітність товарів.

503. По-друге, навіть якщо стандартні умови не визначають характеристик кінцевого продукту, вони можуть мати значний вплив на рішення клієнтів щодо укладення угод з інших причин. Прикладом може слугувати інтернет-торгівля, де довіра клієнтів має важливе значення (наприклад, у використанні безпечних платіжних систем, належному описі товарів, чітких та прозорих правилах ціноутворення, гнучкості політики повернення товарів тощо). Оскільки клієнтам важко зробити чітку оцінку всіх цих параметрів, вони схильні надавати перевагу практикам, які є широко розповсюдженими. У цьому контексті стандартні умови щодо цих параметрів можуть стати *фактичним* стандартом, якого повинні дотримуватися суб'єкти господарювання для того, щоб продавати на ринку. Навіть якщо їх використання не є обов'язковим, такі стандартні умови можуть стати стандартом *де-факто*, наслідки якого дуже близькі до обов'язкового стандарту і потребують відповідного аналізу.

504. Якщо використання стандартних умов є обов'язковим, необхідно оцінити їхній вплив на якість продукції, різноманітність продукції та інновації (зокрема, якщо використання стандартних умов є обов'язковим для всього ринку).

505. Крім того, якщо стандартні умови (незалежно від того, чи є їх використання обов'язковим, чи ні) містять умови, які можуть мати негативний вплив на конкуренцію, пов'язану з цінами (³⁵⁹) (наприклад, умови, що опосередковано впливають на види знижок, які надаються), вони, ймовірно, призведуть до обмежувальних наслідків для конкуренції в розумінні статті 101(1).

8.4. Оцінка за статтею 101(3)

8.4.1. Ефективність

506. Використання стандартних умов може створювати економічні вигоди, наприклад, полегшуючи клієнтам порівняння запропонованих умов, що сприяє переходу від одного постачальника до іншого. Стандартні умови також можуть призвести до підвищення ефективності у вигляді економії трансакційних витрат, а в деяких секторах (зокрема, де контракти мають складну юридичну структуру) - полегшити вхід на ринок. Стандартні умови можуть також підвищити правову визначеність для сторін контракту. Таке підвищення ефективності може сприяти створенню стійкого внутрішнього ринку.

507. Чим більша кількість конкурентів на ринку, тим більший вираш в ефективності від полегшення порівняння пропонованих умов.

8.4.2. Незамінність

508. Обмеження, які виходять за межі того, що є необхідним для досягнення підвищення ефективності, яке може бути забезпечене стандартними умовами, не відповідають умовам статті 101(3). Наприклад, зазвичай немає необхідності робити стандартні умови обов'язковими для галузі. Однак не можна виключати, що в окремих випадках може бути необхідним зробити використання стандартних умов обов'язковим для того, щоб досягти певного підвищення ефективності.

8.4.3. Передача споживачам

509. Як ризик обмежувальних наслідків для конкуренції, так і ймовірність підвищення ефективності зростають зі збільшенням ринкових часток суб'єктів господарювання, що

беруть участь, та ступенем використання стандартних умов. Таким чином, неможливо створити якусь загальну «безпечну гавань», в межах якої відсутній ризик обмежувальних наслідків для конкуренції, або яка б дозволяла припустити, що вигоди від підвищення ефективності будуть передані споживачам в обсязі, що переважає будь-які обмежувальні наслідки для конкуренції.

510. Однак, певні вигоди від підвищення ефективності, що генеруються стандартними умовами, такі як підвищення порівнянності пропозицій на ринку, полегшення переходу від одного постачальника до іншого та правова визначеність, обов'язково є корисними для споживачів. Що стосується інших можливих підвищень ефективності, таких як зниження трансакційних витрат, необхідно оцінювати в кожному конкретному випадку та у відповідному економічному контексті, чи можуть вони бути передані споживачам.

8.4.4. Відсутність усунення конкуренції

511. Стандартні умови, що використовуються більшістю підприємств галузі, можуть створити *де-факто* галузевий стандарт. У такому випадку конкуренція може бути усунута, якщо треті сторони будуть позбавлені ефективного доступу до стандарту. Однак, якщо стандартні умови стосуються лише незначних характеристик товару чи послуги, конкуренція навряд чи буде усунута.

8.5. Приклади

512. Необов'язкові та відкриті стандартні умови, що використовуються в контрактах з кінцевими споживачами

Приклад 1

Ситуація: Торгова асоціація дистриб'юторів електроенергії встановлює обов'язкові стандартні умови для постачання електроенергії кінцевим споживачам. Стандартні умови були встановлені у прозорий та недискримінаційний спосіб. Стандартні умови охоплюють такі питання, як визначення точки споживання, розташування точки підключення та напруги підключення, положення щодо надійності послуг, а також порядок розрахунків між сторонами договору (наприклад, що відбувається, якщо споживач не надає постачальнику показання вимірювальних приладів). Стандартні умови не стосуються цін, тобто вони не містять рекомендованих цін або інших положень, пов'язаних з ціною. Будь-який суб'єкт господарювання, що працює в секторі, може вільно використовувати стандартні умови на власний розсуд. Близько 80 % договорів, укладених з кінцевими споживачами на відповідному ринку, ґрунтуються на цих стандартних умовах.

Аналіз: Малоімовірно, що стандартні умови обмежують конкуренцію в розумінні статті 101(1). Навіть якщо вони стали галузевою практикою, вони навряд чи матимуть помітний негативний вплив на ціни, якість або різноманітність продукції.

513. Стандартні умови, що використовуються в договорах між суб'єктами господарювання

Приклад 2

Ситуація: Будівельні суб'єкти господарювання в певній державі-члені об'єднуються для встановлення необов'язкових і відкритих стандартних умов для використання підрядником при поданні цінової пропозиції на виконання будівельних робіт замовнику. До них додається форма цінової пропозиції, а також умови, придатні для будівництва або спорудження. Разом ці документи утворюють договір будівельного підряду. Положення охоплюють такі питання, як укладання договору, загальні обов'язки підрядника і замовника та умови оплати, не пов'язані з ціною (наприклад, положення про право підрядника направити повідомлення про призупинення робіт у разі несплати), страхування, тривалість, передача та дефекти, обмеження відповідальності, розірвання договору тощо. Ці стандартні умови часто використовуються між суб'єктами господарювання, один з яких працює у видобувній галузі, а інший - у сфері переробки та збуту.

Аналіз: Малоімовірно, що стандартні умови обмежуватимуть конкуренцію в розумінні статті 101(1). Вони, як правило, не призведуть до значного обмеження вибору замовником кінцевого продукту, а саме будівельних робіт. Інші обмежувальні наслідки для конкуренції видаються малоімовірними. Дійсно, деякі з наведених вище положень (передача та дефекти, розірвання договору тощо) часто регулюються законодавством.

514. Стандартні умови, що полегшують порівняння продукції різних суб'єктів господарювання

Приклад 3

Ситуація: Національна асоціація страхового сектору розповсюджує необов'язкові стандартні умови полісів для договорів страхування житла. Умови не містять жодних вказівок на рівень страхових премій, розмір страхового покриття або франшизи, що підлягають сплаті страхувальником. Вони не передбачають комплексного покриття, включаючи ризики, на які не наражається одночасно значна кількість страхувальників, і не вимагають, щоб страхувальники отримували покриття від одного страховика для різних ризиків. Хоча більшість страхових компаній використовують стандартні умови договорів, не всі їхні договори містять однакові умови, оскільки вони адаптуються до індивідуальних потреб кожного клієнта, а отже, стандартизація страхових продуктів, що пропонуються споживачам, де-факто відсутня. Стандартні умови договорів дозволяють споживачам та організаціям споживачів порівнювати поліси, що пропонуються різними страховиками. Асоціація споживачів бере участь у процесі створення стандартних умов страхування. Вони також доступні для використання новими учасниками ринку на недискримінаційній основі.

Аналіз: Стандартні умови страхування стосуються складу кінцевого страхового продукту. Якщо ринкові умови та інші фактори свідчать про те, що існує ризик обмеження різноманітності продуктів внаслідок використання страховими компаніями стандартних умов, то таке обмеження, ймовірно, буде переважати переваги, такі як полегшення порівняння споживачами умов, пропонованих страховими компаніями, що, в свою чергу, полегшує порівняння умов, пропонованих страховими компаніями. Таке порівняння, в свою чергу, полегшує перехід від однієї страхової компанії до іншої і, таким чином, посилює конкуренцію. Крім того, можливість переходу від одного постачальника до іншого, а також вихід на ринок конкурентів є перевагою для споживачів. Той факт, що асоціація споживачів бере участь у цьому процесі, може підвищити ймовірність того, що ці переваги будуть передані далі. Стандартні умови полісів також, ймовірно, зменшують транзакційні витрати та полегшують вихід

страховиків на різні географічні та/або продуктові ринки. Крім того, обмеження, схоже, не виходять за рамки того, що є необхідним для досягнення визначеної ефективності, і конкуренція не буде усунута. Отже, умови статті 101(3), ймовірно, будуть виконані.

9. УГОДИ ПРО СТАЛИЙ РОЗВИТОК

9.1. Вступ

515. Ця Глава містить загальні рекомендації щодо конкурентної оцінки угод між конкурентами, які переслідують цілі сталого розвитку («угоди про сталий розвиток»). На додаток до цих загальних рекомендацій, Комісія зобов'язується надавати неофіційні рекомендації щодо нових або невирішених питань, пов'язаних з окремими угодами про сталий розвиток, у своєму Повідомленні про неофіційні рекомендації ⁽³⁶⁰⁾.

516. Сталий розвиток є основним принципом Договору про Європейський Союз і пріоритетною метою політики Союзу ⁽³⁶¹⁾. Комісія взяла на себе зобов'язання впроваджувати цілі сталого розвитку Організації Об'єднаних Націй ⁽³⁶²⁾. Відповідно до цього зобов'язання, Європейський зелений курс визначає стратегію зростання, спрямовану на перетворення Союзу на справедливе і процвітаюче суспільство з сучасною, ресурсоефективною і конкурентоспроможною економікою, в якому з 2050 року не буде чистих викидів парникових газів і де економічне зростання буде відокремлене від використання ресурсів ⁽³⁶³⁾.

517. У широкому розумінні сталий розвиток означає здатність суспільства споживати і використовувати наявні сьогодні ресурси, не ставлячи під загрозу здатність майбутніх поколінь задовольняти свої власні потреби. Він охоплює діяльність, яка підтримує економічний, екологічний та соціальний (у тому числі трудові права та права людини) розвиток ⁽³⁶⁴⁾. Таким чином, поняття цілей сталого розвитку включає, зокрема, боротьбу зі зміною клімату (наприклад, шляхом скорочення викидів парникових газів), зменшення забруднення, обмеження використання природних ресурсів, дотримання прав людини, забезпечення прожиткового мінімуму, сприяння розвитку стійкої інфраструктури та інновацій, зменшення харчових відходів, сприяння переходу на здорову та поживну їжу, забезпечення добробуту тварин тощо ⁽³⁶⁵⁾.

518. Правозастосування конкурентного законодавства сприяє сталому розвитку шляхом забезпечення ефективної конкуренції, яка стимулює інновації, підвищує якість і розширює вибір продукції, забезпечує ефективний розподіл ресурсів, знижує витрати виробництва і тим самим сприяє підвищенню добробуту споживачів.

519. Однак одна з проблем, пов'язаних зі сталим розвитком, полягає в тому, що окремі виробничі та споживчі рішення можуть мати негативні наслідки («негативні зовнішні ефекти»), наприклад, для довкілля, які недостатньо враховуються економічними суб'єктами або споживачами, що їх спричиняють. Цей тип ринкової неспроможності можна пом'якшити або вилікувати колективними діями, насамперед через державну політику або (галузеве) регулювання, а по-друге - через угоди про співпрацю між суб'єктами господарювання, які сприяють сталому виробництву чи споживанню.

520. Якщо такі ринкові невдачі вирішуються відповідним регулюванням, наприклад, обов'язковими стандартами забруднення Союзу, механізмами ціноутворення, такими як Система торгівлі квотами на викиди (ETS), або податками, додаткові заходи з боку суб'єктів господарювання, наприклад, через угоди про співробітництво, можуть бути

непотрібними. Однак, угоди про співпрацю можуть вирішити залишкові проблеми ринку, які не вирішуються або не повністю вирішуються державною політикою та регулюванням.

521. У цих Керівних Принципах термін «угода про сталий розвиток» означає будь-яку горизонтальну угоду про співробітництво, яка переслідує мету сталого розвитку, незалежно від форми співробітництва. Угоди про сталий розвиток можуть викликати занепокоєння з точки зору конкуренції згідно зі статтею 101, лише якщо вони тягнуть за собою обмеження конкуренції за предметом або призводять до відчутного фактичного чи ймовірного негативного впливу на конкуренцію. Угоди, які обмежують конкуренцію, не можуть уникнути заборони, викладеної у статті 101(1), просто посиляючись на мету сталого розвитку ⁽³⁶⁶⁾.

522. Якщо угоди про сталий розвиток обмежують конкуренцію в розумінні статті 101(1), вони все одно можуть бути сумісними зі статтею 101, якщо вони відповідають чотирьом умовам винятку, передбаченого статтею 101(3). Детальні настанови щодо застосування цих умов викладені в Керівних принципах Комісії щодо застосування статті 101(3) ⁽³⁶⁷⁾.

523. Угоди про сталий розвиток не є окремою категорією угод про горизонтальне співробітництво для цілей застосування статті 101. Тому, якщо угода про горизонтальне співробітництво відповідає одному з типів горизонтальних угод, охоплених попередніми главами цих Керівних принципів, і ця угода також переслідує мету сталого розвитку, її слід оцінювати на основі вказівок, що містяться у відповідній попередній главі (попередніх главах), а також на основі вказівок, наданих у цій главі.

524. На практиці це означає, що угода про НДДКР або угода про спеціалізацію, яка переслідує мету сталого розвитку (наприклад, угода між конкурентами про спільну розробку технології виробництва, яка зменшує споживання енергії, або угода про спільне використання інфраструктури з метою зменшення впливу виробничого процесу на навколишнє середовище), і яка, таким чином, також кваліфікується як угода про сталий розвиток, може отримати вигоду від положень про блокові винятки, що застосовуються до угод про НДДКР або угод про спеціалізацію, за умови, що умови цих положень виконані. Якщо умови відповідного положення про блокові винятки не виконуються, необхідно провести повну оцінку згідно зі статтею 101, керуючись настановами, викладеними в Главі 2 (у випадку угод про НДДКР), та настановами, викладеними в Главі 3 (у випадку виробничих угод, включаючи угоди про спільне використання інфраструктури мобільних телекомунікацій), при цьому для обох типів угод слід також брати до уваги настанови, викладені в цій Главі. Аналогічно, угода між конкурентами про спільну закупівлю в якості сировини для свого виробництва лише продукції, яка має обмежений вплив на навколишнє середовище, або про закупівлю виключно у постачальників, які дотримуються певних стандартів сталості, повинна оцінюватися відповідно до вказівок Глави 4 (Угоди про закупівлю) ⁽³⁶⁸⁾, а також з урахуванням вказівок, наданих у цій Главі.

525. У разі будь-якої невідповідності між настановами, наданими в цій Главі, та настановами, наданими у відповідних попередніх Главах щодо оцінки конкретної угоди про сталий розвиток (Глави 2-8), сторони угоди можуть покладатися на настанови Глави, яка є більш сприятливою для них. З огляду на їхні відмінні характеристики (див. параграфи 540-544), угоди про стандартизацію сталого розвитку слід оцінювати відповідно до вказівок, наданих у Розділі 9.3 ⁽³⁶⁹⁾, тоді як Глава 7 (Угоди про

стандартизацію) лише надає додаткову інформацію щодо умов, які є спільними для обох глав.

526. Ця Глава має таку структуру: У підрозділі 9.2 наведено приклади угод про сталий розвиток, які навряд чи обмежуватимуть конкуренцію в розумінні статті 101(1); підрозділ 9.3 містить рекомендації щодо конкретних аспектів оцінки угод про сталий розвиток відповідно до статті 101(1) і зосереджується на найбільш поширених угодах про сталий розвиток, а саме тих, які встановлюють стандарти сталого розвитку; підрозділ 9.4 охоплює конкретні аспекти оцінки угод про сталий розвиток згідно зі статтею 101(3); підрозділ 9.5 обговорює наслідки залучення органів державної влади до укладення угод про сталий розвиток. Нарешті, Розділ 9.6 містить оцінку гіпотетичних прикладів угод про сталий розвиток.

9.2. Угоди про сталий розвиток, які навряд чи викличуть занепокоєння щодо конкуренції

527. Не всі угоди про сталий розвиток між конкурентами підпадають під дію статті 101. Якщо такі угоди не впливають негативно на параметри конкуренції, такі як ціна, кількість, якість, вибір або інновації, вони не можуть викликати занепокоєння з точки зору конкурентного права. Нижче наведено приклади угод про сталий розвиток, які не підпадають під дію статті 101. Ці приклади є ілюстративними і не є вичерпними.

528. По-перше, угоди, які спрямовані виключно на забезпечення дотримання достатньо точних вимог або заборон, що містяться в юридично обов'язкових міжнародних договорах, угодах або конвенціях, незалежно від того, чи були вони імплементовані в національне законодавство (наприклад, дотримання основних соціальних прав або заборони на використання дитячої праці, заготівлю певних видів тропічної деревини або використання певних забруднювачів), і які не повністю імплементовані або не забезпечуються державою, що їх підписала, виходять за межі сфери застосування статті 101. Це виключення зі статті 101 застосовується лише в тому випадку, якщо угода передбачає, що суб'єкти господарювання-учасники, їхні постачальники та/або дистриб'ютори повинні дотримуватися таких вимог або заборон, наприклад, шляхом запобігання, скорочення або припинення виробництва чи імпорту в ЄС продукції, що суперечить таким вимогам або заборонам. Такі угоди можуть бути належним заходом, що дозволяє суб'єктам господарювання виконувати свої зобов'язання щодо належної обачності у сфері сталого розвитку відповідно до національного законодавства або законодавства ЄС, а також можуть бути частиною ширших схем галузевого співробітництва або багатосторонніх ініціатив, спрямованих на виявлення, пом'якшення та запобігання несприятливому впливу на сталий розвиток у їхніх ланцюжках створення вартості або в їхньому секторі.

529. По-друге, угоди, які стосуються не економічної діяльності суб'єктів господарювання, а їхньої внутрішньокорпоративної поведінки, як правило, не підпадають під дію статті 101. Суб'єкти господарювання-конкуренти можуть прагнути підвищити репутацію своєї галузі як екологічно відповідальної і з цією метою домовитися, наприклад, про заходи щодо усунення одноразових пластикових виробів зі своїх виробничих приміщень; не перевищувати певну температуру навколишнього середовища в своїх будівлях або обмежити обсяг внутрішніх документів, які вони друкують.

530. По-третє, угоди про створення бази даних, що містить загальну інформацію про постачальників, які мають (не)сталі ланцюги доданої вартості (наприклад, постачальників, які поважають трудові права або платять прожитковий мінімум); використовують (не)сталі виробничі процеси або постачають (не)сталі виробничі ресурси, або інформацію про дистриб'юторів, які продають продукцію в (не)сталий спосіб, але які не забороняють і не зобов'язують сторони купувати продукцію в таких постачальників або продавати її таким дистриб'юторам, як правило, не обмежуватимуть конкуренцію і не підпадають під дію статті 101 ⁽³⁷⁰⁾. Такі обмежені форми обміну інформацією можуть знову ж таки допомогти суб'єктам господарювання виконувати свої зобов'язання щодо належної обачності у сфері сталого розвитку згідно з національним законодавством або законодавством ЄС.

531. По-четверте, угоди між конкурентами, що стосуються організації загальногалузевих інформаційних кампаній або кампаній з підвищення обізнаності споживачів про вплив на навколишнє середовище чи інші негативні зовнішні наслідки їхнього споживання, за умови, що вони не є спільною рекламою конкретних товарів, також, як правило, не обмежують конкуренцію і не підпадають під сферу дії статті 101.

9.3. Оцінка угод про сталий розвиток відповідно до статті 101(1)

9.3.1. Загальні принципи

532. Якщо угоди про сталий розвиток негативно впливають на один або більше параметрів конкуренції, вони повинні оцінюватися відповідно до статті 101(1).

533. Якщо угода про співпрацю між конкурентами (незалежно від того, чи охоплюється вона будь-якою з попередніх глав цих Керівних Принципів, чи ні) переслідує мету сталого розвитку, це має бути враховано з метою визначення того, чи обмежує угода конкуренцію за предметом у розумінні статті 101(1) ⁽³⁷¹⁾.

534. Якщо сторони угоди обґрунтовують, що основною метою угоди є досягнення мети сталого розвитку, і якщо це викликає обґрунтовані сумніви щодо того, чи виявляє угода за своїм характером, з огляду на зміст її положень, цілі та економічний і правовий контекст, достатній ступінь шкоди для конкуренції, щоб вважатися обмеженням за предметом ⁽³⁷²⁾, необхідно оцінити вплив угоди на конкуренцію. Це не стосується випадків, коли угода використовується для маскування обмеження конкуренції за предметом, такого як фіксація цін, поділ ринку або розподіл клієнтів, або обмеження обсягів виробництва чи інновацій.

535. Будь-яка оцінка наслідків здійснюється відповідно до принципів, викладених у Розділі 1.2.5 та у Розділах «Обмежувальні наслідки для конкуренції» попередньої Глави цих Настанов, що відповідають конкретному типу горизонтальної угоди ⁽³⁷³⁾. При оцінці впливу угоди про сталий розвиток слід, зокрема, враховувати такі фактори: ринкова влада сторін, що беруть участь в угоді; ступінь, до якого угода обмежує незалежність сторін у прийнятті рішень щодо основних параметрів конкуренції; охоплення ринку, на який поширюється угода; ступінь обміну комерційно важливою інформацією в контексті угоди; а також те, чи призводить угода до значного підвищення цін або значного скорочення обсягів виробництва, різноманітності, якості або інновацій.

536. Угоди про сталий розвиток, які обмежують конкуренцію в розумінні статті 101(1) як за предметом, так і за наслідками, все ще можуть скористатися винятком,

передбаченим статтею 101(3), якщо сторони зможуть продемонструвати, що чотири сукупні умови цього положення виконані (див. Розділ 9.4).

9.3.2. Угоди про стандартизацію сталого розвитку

537. Угоди про стандартизацію сталого розвитку є підкатегорією угод про сталий розвиток. Їх відповідність статті 101 оцінюється відповідно до таких принципів.

9.3.2.1. Визначення та характеристики

538. З метою сприяння сталому розвитку конкуренти можуть домовитися про поступову відмову, припинення або, в деяких випадках, заміну несталих продуктів (наприклад, пластмас або викопних видів палива, таких як нафта та вугілля) та процесів (наприклад, виплавки сталі на вугіллі) на сталі. Конкуренти також можуть домовитися про гармонізацію пакувальних матеріалів, щоб полегшити переробку, або гармонізувати розміри упаковки (а отже, і вміст продукту), щоб зменшити кількість відходів. Вони можуть домовитися про закупівлю лише тих виробничих ресурсів, які були вироблені у сталий спосіб. Аналогічно, вони можуть домовитися про певні стандарти для покращення добробуту тварин (наприклад, стандарти, що передбачають надання тваринам більшого простору та кращих умов утримання). З цією метою конкуренти можуть домовитися про прийняття та дотримання певних стандартів сталого розвитку. У цій Главі такі угоди називаються «угодами про стандартизацію сталого розвитку» або «стандартами сталого розвитку». Однак, для цілей цих Керівних Принципів, угоди між конкурентами, які обмежують обсяги виробництва продукції, що є предметом угоди, не вважаються угодами про стандартизацію сталого розвитку.

539. Угоди про стандартизацію сталого розвитку використовуються для визначення вимог, яким повинні відповідати виробники, переробники, дистриб'ютори, роздрібні торговці або постачальники послуг у ланцюгу постачання щодо широкого спектру показників сталого розвитку, таких як вплив виробництва на навколишнє середовище ⁽³⁷⁴⁾. Угоди про стандартизацію сталого розвитку зазвичай містять правила, настанови або характеристики для продуктів і процесів щодо таких показників сталого розвитку, а іноді їх називають системами сталого розвитку. Вони часто є приватними ініціативами і можуть варіюватися від кодексів поведінки, прийнятих суб'єктами господарювання, до стандартів, розроблених організаціями громадянського суспільства та багатосторонніми ініціативами, до яких залучені суб'єкти господарювання по всьому ланцюгу створення вартості ⁽³⁷⁵⁾. Ці Керівні принципи охоплюють лише стандарти сталого розвитку, розроблені конкурентами або в яких конкуренти беруть участь, у тому числі знаки якості або етикетки.

540. Угоди про стандартизацію сталого розвитку мають схожість з угодами про стандартизацію, що розглядаються в Главі 7, а настанови, надані в цій Главі, містять додаткові пояснення деяких умов, викладених у Розділі 9.3.2.4. Однак угоди про стандартизацію сталого розвитку також мають певні особливості.

541. По-перше, прийняття стандарту сталості може призвести до створення етикетки, логотипу або торгової марки для продукції, яка відповідає певним мінімальним вимогам. Використання таких етикеток, логотипів чи фірмових найменувань в принципі зобов'язує тих, хто прийняв стандарт, дотримуватися цих вимог, і якщо вони перестають цього робити, то втрачають право на використання етикетки, логотипу чи фірмового найменування.

542. По-друге, вартість дотримання стандарту сталого розвитку може бути високою, особливо якщо це вимагає внесення змін до існуючих процесів виробництва чи дистрибуції. Тому дотримання стандарту сталого розвитку може призвести до збільшення витрат на виробництво або дистрибуцію і, відповідно, до збільшення ціни на продукцію, що продається сторонами.

543. По-третє, на відміну від технічних стандартів, які забезпечують сумісність та заохочують конкуренцію між технологіями, розробленими різними суб'єктами у процесі розробки стандартів, питання сумісності та взаємозамінності між технологіями, як правило, менш актуальні для стандартів сталого розвитку.

544. По-четверте, багато стандартів сталого розвитку базуються на процесах, управлінні або результатах діяльності. Це означає, що, на відміну від багатьох технічних стандартів, стандарти сталого розвитку часто просто визначають мету, якої потрібно досягти, не нав'язуючи конкретну технологію або метод виробництва для досягнення цієї мети. Ті, хто приймає такі стандарти сталого розвитку, можуть взяти на себе зобов'язання щодо досягнення мети, але залишаються вільними у прийнятті рішення про використання конкретної технології або методу виробництва для досягнення мети.

9.3.2.2. Основні проблеми конкуренції

545. Угоди про стандартизацію сталого розвитку часто мають позитивний вплив на конкуренцію. Вони можуть сприяти сталому розвитку, дозволяючи розробляти нові продукти або ринки, підвищувати якість продукції або покращувати умови постачання чи дистрибуції. Зокрема, надаючи інформацію про питання сталого розвитку (наприклад, через маркування), стандарти сталого розвитку дають можливість споживачам приймати обґрунтовані рішення про покупку, а отже, відіграють певну роль у розвитку ринків сталої продукції. Нарешті, стандарти сталого розвитку можуть також вирівнювати умови конкуренції між виробниками, які підпадають під різні регуляторні вимоги.

546. Однак за певних обставин стандарти сталості можуть обмежувати конкуренцію. Це може відбуватися, зокрема, трьома способами: через координацію цін, заборону застосування альтернативних стандартів, а також виключення або дискримінацію певних конкурентів ⁽³⁷⁶⁾.

9.3.2.3. Обмеження конкуренції за предметом

547. Стандарти сталого розвитку, які використовуються для приховування фіксування цін, розподілу ринку чи клієнтів, обмеження обсягів виробництва, якості чи інновацій, обмежують конкуренцію за предметом.

548. Зокрема, угода між конкурентами про те, як перекласти на споживачів підвищені витрати, спричинені прийняттям стандарту сталого розвитку, у вигляді підвищених відпускних цін, або про фіксацію цін на продукцію, що включає цей стандарт, обмежує конкуренцію за предметом. Аналогічно, угода між сторонами стандарту сталого розвитку чинити тиск безпосередньо на конкуруючих третіх осіб з метою утримання від збуту продукції, яка не відповідає стандарту, обмежує конкуренцію за предметом. Те саме стосується угод між конкурентами про обмеження технологічного розвитку до мінімальних стандартів сталості, передбачених законодавством, замість того, щоб співпрацювати для досягнення більш амбітних екологічних цілей ⁽³⁷⁷⁾.

9.3.2.4. Обмежувальні наслідки для конкуренції

(а) М'яка безпечна гавань

549. Угоди про стандартизацію сталого розвитку навряд чи матимуть помітний негативний вплив на конкуренцію, якщо будуть виконані наступні шість сукупних умов ⁽³⁷⁸⁾:

По-перше, процедура розробки стандарту сталого розвитку має бути прозорою, і всі зацікавлені конкуренти повинні мати можливість брати участь у процесі, що веде до вибору стандарту (³⁷⁹).

По-друге, стандарт сталого розвитку не повинен накладати на суб'єктів господарювання, які не бажають брати участь у розробці стандарту, жодних прямих чи непрямих зобов'язань щодо дотримання стандарту (³⁸⁰).

По-третє, щоб забезпечити дотримання стандарту, на суб'єктів господарювання-учасників можуть бути накладені обов'язкові вимоги, але вони повинні залишатися вільними у застосуванні більш високих стандартів сталого розвитку.

По-четверте, сторони стандарту сталого розвитку не повинні обмінюватися комерційно важливою інформацією, яка не є об'єктивно необхідною і пропорційною для розробки, впровадження, прийняття або модифікації стандарту (³⁸¹).

По-п'яте, необхідно забезпечити ефективний і недискримінаційний доступ до результатів процесу встановлення стандартів. Це включає надання ефективного та недискримінаційного доступу до вимог та умов використання узгодженої етикетки, логотипу або торгової марки, а також надання можливості суб'єктам господарювання, які не брали участі в процесі розробки стандарту, прийняти стандарт на більш пізньому етапі (³⁸²).

По-шосте, стандарт сталого розвитку повинен відповідати принаймні одній з наступних двох умов:

(а) Стандарт не повинен призводити до значного підвищення ціни (³⁸³) або значного зниження якості відповідної продукції;

(б) сукупна ринкова частка суб'єктів господарювання-учасників (³⁸⁴) не повинна перевищувати 20 % на будь-якому відповідному ринку, на який впливає стандарт (³⁸⁵).

550. Ці умови гарантують, що стандарт сталого розвитку не призведе до помітного обмеження конкуренції (наприклад, шляхом усунення з ринку менш дорогих варіантів продукції). Крім того, умови гарантують, що стандарт не витісняє альтернативні стандарти, не виключає і не дискримінує інші суб'єкти господарювання, а також забезпечує ефективний доступ до стандарту. Умова не обмінюватися непотрібною комерційно чутливою інформацією гарантує, що обмін інформацією обмежується тим, що є необхідним і пропорційним процедурі розроблення стандарту, і що він не використовується для сприяння змові або обмеження конкуренції між сторонами.

551. Як зазначено в параграфі 542, стандарти сталого розвитку часто призводять до підвищення цін. Однак, якщо стандарт приймається суб'єктами господарювання, які представляють значну частку ринку, він може дозволити суб'єктам господарювання

зберегти попередній рівень цін або застосувати лише незначне підвищення цін. Це буде особливо актуально, якщо продукт, на який поширюється дія стандарту сталого розвитку, становить лише невелику частку витрат на виробництво.

552. Невиконання однієї або декількох умов м'якої безпечної гавані не створює презумпції того, що угода про стандартизацію сталості обмежує конкуренцію у значенні статті 101(1). Однак, якщо одна або декілька з цих умов не виконуються, необхідно провести індивідуальну оцінку угоди відповідно до статті 101. Існують різні моделі встановлення стандартів, і суб'єкти господарювання можуть вільно погоджувати правила та процедури, які не порушують правила конкуренції, навіть якщо вони можуть відрізнитися від тих, що описані в параграфі 549 вище.

553. Угода про стандартизацію сталого розвитку з більшою ймовірністю сприятиме досягненню мети сталого розвитку, якщо вона передбачає механізм або систему моніторингу для забезпечення того, щоб суб'єкти господарювання, які приймають стандарт сталого розвитку, дотримувалися вимог цього стандарту ⁽³⁸⁶⁾.

в) Оцінка за статтею 101(1) за межами «м'якої» безпечної гавані

554. Для оцінки впливу угод про стандартизацію сталого розвитку, які не відповідають умовам «м'якої безпечної гавані», слід брати до уваги фактори, перелічені в параграфі 549, а також можливість участі в угоді третіх сторін.

555. Стандарт сталого розвитку може все ще не мати помітного антиконкурентного впливу, оскільки існує достатня конкуренція з боку альтернативних маркувань або стандартів сталого розвитку та/або продукції, виробленої та розповсюджуваної поза будь-яким маркуванням або стандартом сталого розвитку. Навіть якщо ринок, на який поширюється дія угоди про стандартизацію сталого розвитку, є значним, обмеження, спричинене потенційною конкуренцією, все одно може бути достатнім, зокрема, у випадках, коли угода про стандартизацію сталого розвитку обмежується створенням маркування, залишаючи фірмам-учасникам свободу діяти і поза межами маркування. У такому випадку споживачі мають вибір між продукцією, яка має таке маркування, та іншою продукцією, можливо, виробленою тими ж суб'єктами господарювання, яка не відповідає цьому маркуванню, а отже, конкуренція навряд чи буде обмежена ⁽³⁸⁷⁾. У випадках, коли угода про стандартизацію сталого розвитку може призвести до значного підвищення цін або скорочення обсягів виробництва, асортименту, якості чи інновацій, угода, тим не менш, може відповідати умовам статті 101(3).

9.4. Оцінка угод про сталий розвиток згідно зі статтею 101(3)

556. Угода про сталий розвиток, яка обмежує конкуренцію в розумінні статті 101(1), може скористатися винятком, передбаченим статтею 101(3), якщо сторони угоди зможуть довести, що виконано чотири сукупні умови цього положення.

9.4.1. Підвищення ефективності

557. Перша умова статті 101(3) вимагає, щоб угода сприяла вдосконаленню виробництва чи розподілу товарів або сприяла технічному чи економічному прогресу. По суті, вона вимагає, щоб угода сприяла об'єктивному підвищенню ефективності, що розуміється в широкому сенсі і охоплює не лише скорочення витрат на виробництво та розподіл, але й розширення асортименту та підвищення якості продукції, вдосконалення виробничих

або дистрибуційних процесів, а також підвищення рівня інновацій ⁽³⁸⁸⁾. Таким чином, це дозволяє врахувати широкий спектр переваг сталого розвитку, що виникають внаслідок використання певних інгредієнтів, технологій і виробничих процесів.

558. Прикладами ефективності, яку можуть забезпечити угоди про сталий розвиток, є використання менш забруднюючих технологій виробництва або дистрибуції, покращення умов виробництва та дистрибуції, більш стійка інфраструктура, краща якість продукції. Угоди про сталий розвиток також можуть зменшити кількість перебоїв у ланцюгах постачання, скоротити час, необхідний для виведення екологічно чистої продукції на ринок, і дати можливість споживачам приймати поінформовані рішення про покупку, полегшуючи порівняння продуктів. Таке підвищення ефективності може сприяти стійкості внутрішнього ринку.

559. Така ефективність не може бути просто припущенням; вона повинна мати можливість бути обґрунтованою ⁽³⁸⁹⁾. Вона також має бути об'єктивною, конкретною і такою, що піддається перевірці ⁽³⁹⁰⁾. Наприклад, якщо заявлена ефективність полягає в поліпшенні продукту, сторони повинні бути в змозі продемонструвати точні характеристики поліпшення продукту. Якщо заявлена ефективність полягає у зменшенні забруднення води, сторони повинні бути в змозі пояснити, як саме угода сприяє зменшенню забруднення води, та надати оцінку величини заявленої вигоди ⁽³⁹¹⁾.

9.4.2. Незамінність

560. Для цілей цих Керівних принципів доцільно розглянути третю умову статті 101(3) (незамінність) перед другою умовою (справедлива частка для споживачів). Це пов'язано з тим, що аналіз справедливої частки для споживачів не повинен включати наслідки будь-яких обмежень, які не відповідають умові незамінності і, отже, заборонені статтею 101 ⁽³⁹²⁾.

561. Згідно з третьою умовою статті 101(3), обмежувальна угода не повинна накладати обмеження конкуренції, які не є необхідними для досягнення переваг, передбачених угодою. Щоб задовольнити цю умову, сторони повинні бути в змозі продемонструвати, що їхня угода як така і кожне з обмежень конкуренції, які вона тягне за собою, є обґрунтовано необхідними для досягнення заявлених вигод для сталого розвитку, і що не існує інших економічно доцільних і менш обмежувальних засобів досягнення цих вигод ⁽³⁹³⁾.

562. В принципі, кожен суб'єкт господарювання повинен сам вирішувати, як досягти вигод від сталого розвитку, і якщо споживачі цінують такі вигоди, то ринок буде винагороджувати хороші рішення і карати погані. Там, де є попит на екологічно чисту продукцію, угоди про співпрацю не є обов'язковими для досягнення переваг сталого розвитку. Однак вони можуть бути необхідними для того, щоб досягти мети сталого розвитку в більш економічно ефективний або швидкий спосіб ⁽³⁹⁴⁾.

563. Угода про сталий розвиток може бути необхідною у випадках, коли сторони можуть довести, що споживачам на відповідному ринку важко, наприклад, через відсутність достатніх знань чи інформації про продукт або наслідки його використання, об'єктивно оцінити, чи переваги, які вони отримують від угоди про сталий розвиток, переважають шкоду, якої вони зазнають від угоди, і що, як наслідок, вони переоцінюють величину безпосередніх негативних наслідків. Наприклад, виробники швидкозростаючих споживчих товарів часто використовують велику упаковку, оскільки споживачі

сприймають великий розмір як кращий. Якщо виробники зменшать надлишкову упаковку, зберігши той самий вміст, споживачі не зазнають жодної шкоди, однак вони можуть сприйняти меншу упаковку як зменшення кількості (див. приклад 1 у параграфі 599). Аналогічно, споживачі можуть не оцінити цінність майбутніх вигод у вигляді поліпшення якості або інновацій, якщо безпосереднім наслідком угоди є підвищення ціни на товар ⁽³⁹⁵⁾.

564. Негативні зовнішні ефекти або інші невдачі ринку часто вирішуються за допомогою державної політики та регулювання. Ці державні заходи, як правило, вимагають дій від усіх зацікавлених сторін, щоб забезпечити ефективні ринкові результати, покладаючи на громадян і суб'єктів господарювання відповідальність за наслідки для сталого розвитку від їхнього індивідуального вибору/дій ⁽³⁹⁶⁾. Таким чином, якщо законодавство ЄС або національне законодавство вимагає від суб'єктів господарювання дотримання конкретних зобов'язань, які мають на меті забезпечення сталого розвитку, угоди про співпрацю та обмеження, які вони тягнуть за собою, не можуть вважатися необхідними для забезпечення дотримання накладених зобов'язань, оскільки законодавець вже вирішив, що кожен суб'єкт господарювання повинен індивідуально дотримуватися відповідного зобов'язання ⁽³⁹⁷⁾.

565. Однак, навіть за наявності регулювання, угоди можуть бути незамінними для досягнення переваг сталого розвитку в конкретних ситуаціях. По-перше, це може статися, якщо не всі аспекти ринкової неспроможності охоплені регулюванням, залишаючи залишкову сферу для угод про співпрацю. Наприклад, коли суб'єкти господарювання укладають угоду про сталий розвиток з метою досягнення значно вищих стандартів сталого розвитку, ніж ті, що встановлені нормативно-правовими актами. По-друге, угоди про співпрацю можуть бути необхідними для досягнення мети в більш економічно ефективний спосіб або швидше, за умови, що відповідний нормативно-правовий акт залишає компаніям можливість домовитися про це і, роблячи це, вони дотримуються всіх вимог нормативно-правового акта.

566. Можуть бути й інші випадки, коли через негативні зовнішні ефекти або інші неспроможності ринку вигоди від сталого розвитку не можуть бути досягнуті через вільну взаємодію ринкових сил або можуть бути досягнуті більш економічно ефективно через співпрацю між суб'єктами господарювання. Наприклад, угода про сталий розвиток може бути необхідною на початковому етапі, щоб уникнути вільного використання інвестицій, необхідних для просування сталого продукту та надання інформації споживачам (подолання так званої «переваги першопрохідця») ⁽³⁹⁸⁾.

567. У цьому контексті обмежувальна угода також може бути необхідною для досягнення економії від масштабу, зокрема, для досягнення достатнього масштабу, щоб покрити фіксовані витрати на створення, функціонування та моніторинг маркування або стандарту сталого розвитку. Обмеження також можуть бути необхідними для того, щоб вирівняти стимули сторін і забезпечити концентрацію їхніх зусиль на виконанні угоди ⁽³⁹⁹⁾. Якщо угода зобов'язує сторони не діяти поза межами маркування або стандарту, вони повинні бути в змозі показати, чому простого встановлення маркування або стандарту недостатньо для досягнення ефективності. Загалом, достатньо, щоб угода визначала стандарт сталого розвитку як загальний мінімальний стандарт, тим самим залишаючи суб'єктам господарювання-учасникам свободу індивідуального застосування більш високих стандартів сталого розвитку.

568. Як правило, зобов'язання, що накладаються угодами про сталий розвиток, не повинні виходити за межі того, що є необхідним для досягнення мети угоди.

9.4.3. Передача споживачам

569. Друга умова статті 101(3) вимагає, щоб споживачі отримували справедливу частку заявлених вигод. Поняття «споживачі» охоплює всіх прямих і непрямих покупців продукції, на яку поширюється дія угоди ⁽⁴⁰⁰⁾. Споживачі отримують справедливу частку вигод, коли вигоди від угоди перевищують шкоду, завдану угодою, так що загальний вплив на споживачів на відповідному ринку є щонайменше нейтральним ⁽⁴⁰¹⁾. Отже, вигоди від сталого розвитку, які є результатом угоди, повинні надходити до споживачів продукції, на яку поширюється ця угода.

570. Можуть бути випадки, коли шкода конкуренції є явно незначною порівняно з потенційними вигодами для споживачів на відповідному ринку, що позбавляє потреби в детальній оцінці. І навпаки, у багатьох випадках може бути очевидно, що заявлені вигоди від сталого розвитку не отримують споживачі на відповідному ринку або що вони не будуть достатньо значними, щоб компенсувати шкоду, якої зазнають ці споживачі. Однак можуть бути випадки, коли детальної оцінки неможливо уникнути.

9.4.3.1. Вигоди від індивідуальної споживчої вартості

571. Споживчі вигоди, як правило, випливають із споживання або використання продуктів, охоплених оцінюваною угодою. Ці вигоди можуть мати форму поліпшення якості або розширення асортименту продукції в результаті підвищення якості або зниження ціни в результаті зниження витрат. Такі вигоди також можуть бути результатом споживання сталого продукту так само, як і споживання будь-якого іншого продукту. Ці вигоди можна назвати «вигодами індивідуальної споживчої вартості», оскільки вони є результатом використання продукту і безпосередньо покращують досвід споживача щодо даного продукту.

572. Наприклад, овочі, вирощені з використанням органічних добрив, можуть мати кращий смак та/або бути кориснішими для споживачів, ніж овочі, вирощені з використанням неорганічних добрив. Аналогічно, заміна пластику в певних продуктах на більш довговічні матеріали може збільшити довговічність цих продуктів. За таких обставин споживачі отримують вищу якість, просто споживаючи відповідний продукт. Це типова якісна ефективність, яка може бути досягнута завдяки обмежувальній угоді і може переважати шкоду, спричинену підвищенням ціни (наприклад, через узгоджене використання більш дорогих екологічно чистих матеріалів) або зменшенням вибору (наприклад, через домовленість не використовувати не екологічно чисті ресурси). Якщо вигоди є достатньо значними, щоб переважати шкоду, спричинену підвищенням ціни або звуженням вибору, вони компенсують споживачам, які постраждали від угоди, і, таким чином, виконують другу умову статті 101(3).

573. У наведених вище прикладах, на додаток до індивідуальних переваг у вигляді споживчої вартості, угоди, про які йдеться, можуть створювати позитивні ефекти, які є зовнішніми для споживачів (позитивні зовнішні ефекти). Позитивні зовнішні ефекти виникають тоді, коли зменшуються негативні зовнішні ефекти, такі як забруднення, ерозія ґрунту тощо. Ці позитивні зовнішні ефекти, які можуть принести користь суспільству сьогодні або в майбутньому, могли б бути неможливими за відсутності обмежувальної угоди, про яку йдеться. Такі позитивні зовнішні ефекти відрізняються

від індивідуальної споживчої вартості, яку отримують споживачі на відповідному ринку (див. розділ 9.4.3.3).

574. Угоди про зменшення кількості упаковки можуть також зменшити витрати на виробництво та дистрибуцію і, зрештою, знизити ціну товару. Наприклад, угода між конкурентами про постачання миючого засобу в концентрованому вигляді в пляшках меншого об'єму може зменшити витрати на матеріали, транспортування та зберігання. Аналогічно, угоди про спільне використання інфраструктури або розподіл транспортних послуг між конкурентами можуть знизити витрати сторін, а отже, і ціну кінцевого продукту. Шкода від таких угод може полягати у зменшенні вибору для споживачів або зниженні якості продукції, але вигода від нижчої ціни може переважати таку шкоду ⁽⁴⁰²⁾. Ці ж угоди можуть мати і позитивні зовнішні ефекти, що полягають у зменшенні негативного впливу на навколишнє середовище (див. Розділ 9.4.3.3 нижче).

9.4.3.2. Індивідуальні неспоживчі вигоди

575. Вигоди споживачів від угод про сталий розвиток можуть складатися не тільки з прямих вигод від використання сталого продукту, але й з непрямих вигод, що виникають внаслідок усвідомлення споживачами впливу їхнього сталого споживання на інших. Зокрема, деякі споживачі можуть цінувати споживання сталого продукту вище, ніж споживання несталого продукту, оскільки сталий продукт має менший негативний вплив на інших.

576. Наприклад, споживачі можуть обирати певний пральний засіб не тому, що він краще очищає, а тому, що він менше забруднює воду. Так само споживачі можуть бути готові платити вищу ціну за меблі, виготовлені з деревини, вирощеної на засадах сталого розвитку, не тому, що вони кращої якості, а тому, що вони хочуть зупинити вирубку лісів і втрату природних середовищ існування. Так само і водії можуть обирати дорожче паливо не тому, що воно якісніше і краще для їхніх автомобілів, а тому, що воно менше забруднює навколишнє середовище.

577. У цих випадках досвід споживача від продукту безпосередньо не покращується. Тим не менш, споживачі можуть бути готові платити вищу ціну за сталий продукт або обмежити свій вибір (не купуючи несталі варіанти), щоб принести користь суспільству або майбутнім поколінням. Таким чином, непрямі, неспоживчі вигоди отримують споживачі на відповідному ринку через їхню індивідуальну оцінку впливу на інших, у тому числі на неспоживачів за межами відповідного ринку.

578. Споживачі, які готові платити більше за такі товари, можуть сприймати їх як більш якісні саме через вигоди, які вони приносять іншим. З економічної точки зору, такі непрямі якісні вигоди нічим не відрізняються від вигод від підвищення якості, які збільшують пряму споживчу вартість товару, про що йшлося в Розділі 9.4.3.1. Такі непрямі вигоди, що не стосуються споживчої вартості, в деяких випадках можна виміряти, досліджуючи готовність споживачів платити, наприклад, за допомогою опитувань споживачів ⁽⁴⁰³⁾.

579. Може існувати різниця між тим, що споживачі декларують як свої вподобання, і тим, що їхня купівельна поведінка свідчить про їхні фактичні вподобання. Це може свідчити про те, що задекларовані споживачами вподобання або переоцінюють, або недооцінюють їхні справжні вподобання. Щоб зменшити такі упередження, які часто виникають через гіпотетичні запитання в опитуваннях споживачів, такі опитування

повинні забезпечувати відповідний контекст. Крім того, поставлені запитання повинні враховувати суспільні норми, знання та звички споживачів, а також очікування щодо поведінки інших людей.

580. У більш загальному плані, щоб виконати свій обов'язок доведення відповідно до статті 101(3), сторони угоди повинні бути в змозі надати докази фактичних уподобань споживачів. Сторони повинні уникати проєктування власних уподобань на споживачів.

581. З метою оцінки готовності споживачів платити не обов'язково оцінювати готовність платити кожного споживача на відповідному ринку. Достатньо, щоб оцінка ґрунтувалася на загальному впливі на споживачів на відповідному ринку ⁽⁴⁰⁴⁾.

9.4.3.3. Колективні вигоди

582. У підрозділі 9.4.3.2 йдеться про індивідуальні неспоживчі вигоди, які обмежуються добровільним (альтруїстичним) вибором окремих споживачів. Однак, не всі негативні зовнішні ефекти можна усунути за допомогою добровільних індивідуальних дій споживачів. Оскільки вплив на сталий розвиток від індивідуального споживання припадає не обов'язково на окремого споживача, а на більшу групу, може знадобитися спільна ініціатива, наприклад, угода про співпрацю, щоб інтерналізувати негативні зовнішні ефекти та забезпечити вигоди від сталого розвитку для ширшої частини суспільства ⁽⁴⁰⁵⁾. Наприклад, споживачі можуть не бажати платити вищу ціну за продукт, вироблений за екологічно чистою, але дорогою технологією. Щоб забезпечити матеріалізацію вигод, отриманих від використання цієї технології, може знадобитися угода про поступову відмову від забруднюючої технології. Ці вигоди називаються «колективними», оскільки вони виникають незалежно від індивідуальної оцінки продукту споживачами і приносять користь ширшим верствам суспільства, ніж просто споживачам на відповідному ринку.

583. Хоча зважування позитивних і негативних наслідків обмежувальних угод зазвичай здійснюється в межах відповідного ринку, якого стосується угода, якщо два ринки пов'язані між собою, можна брати до уваги ефективність, отриману на окремих ринках, за умови, що група споживачів, на яку впливає обмеження і яка отримує вигоду від ефективності, є по суті однаковою ⁽⁴⁰⁶⁾.

584. За аналогією, якщо споживачі на відповідному ринку значною мірою перетинаються з групою бенефіціарів за межами відповідного ринку або є частиною групи бенефіціарів, колективні вигоди для споживачів на відповідному ринку, які виникають за межами цього ринку, можуть бути враховані, якщо вони є достатньо значними, щоб компенсувати споживачам на відповідному ринку шкоду, якої вони зазнають ⁽⁴⁰⁷⁾.

585. Наприклад, водії, які купують менш забруднююче паливо, також є громадянами, які могли б отримати вигоду від більш чистого повітря, якби використовували менш забруднююче паливо. Якщо можна встановити, що споживачі (у цьому прикладі - водії) і ширші бенефіціари (громадяни) суттєво перетинаються, то вигоди для сталого розвитку від чистого повітря можуть бути враховані за умови, що вони компенсують споживачам на відповідному ринку завдану шкоду. І навпаки, споживачі можуть купувати одяг, виготовлений з екологічно чистої бавовни, що зменшує використання добрив і води на землі, де вирощується бавовна. Такі екологічні вигоди в принципі можуть бути враховані як колективні вигоди. Однак у цьому випадку навряд чи буде

суттєвий збіг між споживачами одягу та бенефіціарами екологічних вигод, оскільки вони виникають лише на території, де вирощується бавовна. Тому малоймовірно, що ці колективні вигоди отримають споживачі на відповідному ринку. Тому вони можуть бути враховані лише в тому випадку, якщо і в тій мірі, в якій споживачі одягу готові платити більше за одяг, виготовлений з бавовни, вирощеної в умовах сталого розвитку (індивідуальна невартісна вигода, див. Розділ 9.4.3.2).

586. Для того, щоб колективні вигоди матеріалізувалися, ринок, на який поширюється угода, часто повинен бути значним. Якщо, наприклад, лише два з десяти виробників пральних машин погодяться відмовитися від своїх більш забруднюючих моделей, то навряд чи угода зможе запобігти фрірайдингу (коли виробники пральних машин продовжуватимуть пропонувати більш забруднюючі моделі), а отже, навряд чи зможе достатньо зменшити забруднення, оскільки споживачі, які мають власні інтереси, можуть переключитися на більш забруднюючі моделі, вироблені рештою постачальників ⁽⁴⁰⁸⁾.

587. Для того, щоб колективні вигоди були враховані, сторони угоди повинні мати можливість:

(а) чітко описати заявлені вигоди та надати докази того, що вони вже відбулися або можуть відбутися ⁽⁴⁰⁹⁾;

(б) чітко визначити бенефіціарів;

(с) продемонструвати, що споживачі на відповідному ринку значною мірою перетинаються з бенефіціарами або є їх частиною ⁽⁴¹⁰⁾; та

(д) продемонструвати, що частка колективних вигод, які отримують споживачі на відповідному ринку, можливо, разом з індивідуальними споживчими та неспоживчими вигодами, які отримують ці споживачі, переважає шкоду, якої зазнають ці споживачі в результаті обмеження.

588. Докази колективних вигод, що містяться у звітах органів державної влади або у звітах, підготовлених визнаними науковими організаціями, можуть мати особливу цінність для такої оцінки.

589. За відсутності даних, що дозволяють провести кількісний аналіз переваг угоди, можна розглянути інші докази, за умови, що вони свідчать про чітко визначений позитивний вплив на споживачів на відповідному ринку, а не про маргінальний. Оскільки наразі існує незначний досвід вимірювання та кількісної оцінки колективних вигод, Комісія має намір надати більше рекомендацій з цього питання, коли вона набуде достатнього досвіду розгляду конкретних справ, що може дозволити їй розробити методологію оцінки.

9.4.3.4. Будь-які або всі види вигод

590. Сторони угод про сталий розвиток можуть покладатися на будь-який або всі три типи вигод для споживачів, щоб обґрунтувати свою угоду відповідно до статті 101(3). Вибір переваг, на які вони посилаються, може залежати від фактів справи та переконливості наявних доказів. У деяких випадках для виконання умов статті 101(3) достатньо продемонструвати лише індивідуальну вигоду у вигляді споживчої вартості.

В інших випадках може бути достатньо доказів індивідуальних неспоживчих вигод або колективних вигод. А в деяких випадках сторони можуть продемонструвати поєднання двох або всіх трьох типів вигод.

591. У деяких випадках може знадобитися певний період часу, перш ніж вигоди матеріалізуються. До цього часу угода може мати лише негативні наслідки. Той факт, що передача прав споживачам відбувається з певним часовим лагом, сам по собі не виключає застосування статті 101(3). Однак, чим більший часовий лаг, тим більшою має бути ефективність, щоб компенсувати втрати споживачів протягом періоду, що передував передачі прав. При проведенні такої оцінки вартість майбутніх вигод повинна бути належним чином дисконтована ⁽⁴¹¹⁾.

9.4.4. Відсутність усунення конкуренції

592. Згідно з четвертою умовою статті 101(3), угода не повинна надавати сторонам можливості усунути конкуренцію щодо значної частини відповідних товарів. По суті, ця умова гарантує, що на відповідному ринку (ринках) залишається певний рівень залишкової конкуренції, незалежно від обсягу переваг.

593. Ця остання умова може бути виконана, навіть якщо угода, що обмежує конкуренцію, охоплює всю галузь, за умови, що сторони угоди продовжують активно конкурувати принаймні за одним важливим параметром конкуренції. Наприклад, якщо угода усуває конкуренцію щодо якості або різноманітності, але ціна також є важливим параметром конкуренції у відповідній галузі, і ціни не обмежуються, ця умова все одно може бути виконана.

594. Більше того, якщо конкуренти конкурують з цілою низкою диференційованих продуктів на одному і тому ж відповідному ринку, усунення конкуренції щодо одного або декількох варіантів продукту не обов'язково означає усунення конкуренції на відповідному ринку.

595. Так само, якщо конкуренти вирішують не використовувати певну забруднюючу технологію або певний нестійкий інгредієнт у виробництві своєї продукції, конкуренція не буде усунута, якщо вони продовжуватимуть конкурувати за ціною та/або якістю кінцевого продукту.

596. Нарешті, усунення конкуренції на обмежений період часу, якщо це не впливає на розвиток конкуренції після закінчення цього періоду, не є перешкодою для виконання цієї умови. Наприклад, угода між конкурентами про тимчасове обмеження виробництва одного з варіантів продукту, що містить нестійкий інгредієнт, для того, щоб представити на ринку стійкий замітник цього продукту, з метою підвищення обізнаності споживачів про характеристики нового продукту, в цілому буде відповідати останній умові статті 101(3).

9.5. Залучення органів державної влади

597. Залучення національних або місцевих органів державної влади до процесу укладення угод про сталий розвиток або знання цими органами про існування таких угод саме по собі не перешкоджає застосуванню статті 101 до таких угод. Аналогічно, якщо дії органів державної влади лише заохочують або полегшують участь суб'єктів господарювання в антиконкурентних угодах зі сталого розвитку, не позбавляючи

суб'єктів господарювання їхньої автономії, такі угоди залишаються об'єктом застосування статті 101 ⁽⁴¹²⁾.

598. Однак сторони антиконкурентної угоди про сталий розвиток не нестимуть відповідальності за статтею 101, якщо органи державної влади змусили або вимагали від них укласти таку угоду, або якщо органи державної влади посилюють дію угоди ⁽⁴¹³⁾.

9.6. Приклади

599. Угода, яка користується перевагами м'якої безпечної гавані

Приклад 1

Ситуація: Сухі сніданки продаються в привабливих барвистих картонних коробках. З роками ці коробки стали більшими, але не тому, що збільшився вміст, а лише для того, щоб вони виглядали привабливішими та багатообіцяючими для споживачів. Це вигідна маркетингова стратегія, адже споживачі часто купують сухі сніданки спонтанно, а більший розмір створює враження, що це краща покупка. Оскільки всі виробники дотримувалися цієї стратегії, вона не мала значного впливу на їхні ринкові частки. Однак це призвело до перевитрати близько 15 % пакувального матеріалу, що використовується для їхньої продукції.

Неурядова організація Prevent Waste розкритикувала стратегію «порожньої коробки» виробників сухих сніданків як марнотратну та шкідливу для довкілля, оскільки вона використовує більше природних ресурсів, ніж необхідно для ефективного виробництва та дистрибуції цієї продукції. У відповідь на це виробники сухих сніданків, об'єднавшись у торговельну організацію, домовилися обмежити надлишкову упаковку своєї продукції. Вони колективно узгодили стандарт упаковки, обмеживши надлишок пакувального матеріалу до 3 %, щоб забезпечити зручність використання коробок із сухими сніданками, і оприлюднили своє рішення. Виробники сухих сніданків впроваджують цю угоду з початку року, і вона охоплює 100 % ринку. В результаті витрати на упаковку, які становлять 6 % від оптової ціни, знизилися приблизно на 10 %. Це призвело до зниження оптово-відпускної ціни на сухі сніданки приблизно на 0,5 %, а роздрібною ціни - на 0-0,5 %.

Аналіз: Конкуренти домовляються про стандарт, який впливає на маркетинг продукту, але роблять це прозоро, дозволяючи кожному прийняти цей підхід, не накладаючи на себе зобов'язань. Обмін конфіденційною інформацією не відбувається. Крім того, виробники зернових залишаються вільними і надалі зменшувати власну упаковку, якщо вони цього бажають. Більше того, угода про стандартизацію щодо обмеження надмірного пакування має дуже незначний і навіть знижувальний вплив на ціну сухих сніданків, не впливає на конкуренцію між виробниками сухих сніданків за основними параметрами ціни, якості та інновацій, і лише в обмеженій мірі впливає на конкуренцію у сфері маркетингу (з огляду на очевидно обмежений вплив стратегії «великих» коробок). Таким чином, угода відповідає умовам «безпечної гавані» і навряд чи матиме відчутний негативний вплив на конкуренцію. Угода фактично покращує результат для споживачів, усуваючи дорогі стратегії надмірного пакування, які мають незначний вплив на конкуренцію.

600. Угода, яка отримує вигоду від м'якої безпечної гавані

Приклад 2

Ситуація: Неурядова організація «Справедливі тропічні фрукти» разом з низкою торговців фруктами створили маркування для тропічних фруктів, що продаються за принципами справедливої торгівлі (маркування «FTF»). Для того, щоб використовувати це маркування, фірми, які торгують тропічними фруктами, повинні гарантувати, що фрукти, про які йдеться, походять від виробників, які забезпечують справедливу заробітну плату своїм працівникам і не використовують дитячу працю. Ці торговці фруктами можуть продавати фрукти під іншими етикетками або без етикеток. Fair Tropical Fruits створила систему моніторингу, щоб засвідчити, що продукція, яка продається під етикеткою FTF, відповідає мінімальним умовам. Умови участі, методологія та результати системи моніторингу доступні на веб-сайті Fair Tropical Fruits. Фрукти, що продаються під маркуванням FTF, коштують дорожче, ніж інші тропічні фрукти.

Маркування FTF було запроваджено по всьому ЄС, і низка великих трейдерів використовують це маркування та підписали угоду про дотримання мінімальних умов маркування. Маркування швидко стало популярним серед певних споживачів. Залежно від виду тропічних фруктів та географічного ринку, частка ринку цих торговців коливається від 12 % для ананасів до 20 % для манго. Ці ж торговці діють і поза межами етикетки.

Аналіз: Маркування FTF навряд чи призведе до помітного негативного впливу на конкуренцію в розумінні статті 101(1) і може отримати вигоду від м'якої «безпечної гавані» для стандартів сталості з огляду на те, що (i) скромні ринкові частки сторін угоди на різних відповідних ринках купівлі-продажу, (ii) значні ринкові частки інших маркувань та звичайних продуктів, а також конкуренцію з боку інших маркувань та звичайних продуктів, той факт, що (iii) участь у маркуванні FTF є добровільною та невиключною, (iv) угода про стандартизацію не передбачає жодного обміну інформацією про закупівельні ціни, інші витрати, обсяги виробництва або маржу, а також те, що (v) ліцензія на використання етикетки залежить лише від дотримання певних мінімальних умов, без узгодження жодних обов'язкових мінімальних цін та націнки. Такі угоди можуть фактично розширити вибір, доступний споживачам, дозволяючи їм ідентифікувати продукти, які мають характеристики «справедливої торгівлі».

601. Угода, що не має помітного впливу на конкуренцію

Приклад 3

Ситуація: Fair-Clothing.Com - дуже успішна неурядова організація, яка за допомогою державних субсидій та ефективної кампанії в засобах масової інформації змогла переконати переважну більшість фірм, що продають одяг в ЄС, у тому числі всі основні бренди та низку мереж роздрібною торгівлі одягом, купувати одяг лише у виробників з країн, що розвиваються, які дотримуються певного рівня мінімальної заробітної плати. Кампанія, яка була широко підтримана та скоординована з національними та європейськими організаціями споживачів, мала величезний успіх: наразі 85% всього одягу, що продається в ЄС, продається під знаком «Справедливий одяг». Щоб отримати ліцензію на використання етикетки, фірми-учасниці погодилися дотримуватися стандартів мінімальної заробітної плати і не продавати одяг, який не відповідає цим стандартам, де б він не був вироблений. В результаті кампанії заробітна плата

працівників текстильної промисловості в країнах, що розвиваються, зросла в середньому на 20 %.

Опитування споживачів та дослідження показують, що середня ціна на одяг в ЄС помітно не зросла внаслідок запровадження етикетки «Справедливий одяг»: оцінки впливу на ціну коливаються від - 0,5 % до + 0,8 % і статистично значуще не відрізняються від нуля. Найбільш вірогідними поясненнями відсутності зростання цін є, по-перше, відносна незначність виробничої заробітної плати як складової кінцевої ціни швейних виробів і, по-друге, можливе підвищення продуктивності праці, яке може бути результатом підвищення заробітної плати. Наприклад, складова заробітної плати у виробництві бавовняних сорочок становить близько 30 % місцевих виробничих витрат. Таким чином, можна очікувати, що підвищення заробітної плати на 20 % призведе до зростання ціни сорочки на фабриці в країнах, що розвиваються, щонайбільше на 6 %.

Аналіз: Враховуючи, що сторони Угоди про справедливий одяг (західні власники брендів та мережі роздрібної торгівлі одягом) додають до закупівельної ціни в середньому 200-300 % націнки, щоб покрити транспортні, імпорتنі та інші витрати на дистрибуцію та пакування, вплив на ціну, за якою сторони продають сорочку, вже з цієї причини становить щонайбільше 1,5-2 %. Крім того, є ознаки того, що, надаючи працівникам доступ до більш поживної їжі та кращого медичного обслуговування, 20-відсоткове підвищення заробітної плати позитивно впливає на продуктивність праці в текстильному секторі в країнах, що розвиваються. Зважаючи на інтенсивну конкуренцію в секторі виробництва одягу, можна очікувати, що таке підвищення продуктивності матиме ефект зниження цін.

Виходячи з оцінок впливу на ціну, можна зробити висновок, що угоди про справедливий одяг навряд чи матимуть відчутні негативні наслідки для споживачів сторін угод, а отже, не підпадають під дію статті 101(1).

602. Угода, яка навряд чи обмежуватиме конкуренцію згідно зі статтею 101(1) та/або, ймовірно, задовольнятиме умову, передбачену статтею 101(3)

Приклад 4

Ситуація: У відповідь на результати дослідження рекомендованих рівнів жирів у певних перероблених продуктах харчування, проведеного аналітичним центром, що фінансується урядом держави-члена, кілька великих виробників перероблених продуктів харчування в тій самій державі-члені домовляються шляхом офіційних обговорень у галузевій торговельній асоціації встановити рекомендовані рівні жирів у продуктах харчування. Разом сторони представляють 70 % продажів продуктів харчування в країні-члені. Ініціатива партій буде підтримана національною рекламною кампанією, що фінансується аналітичним центром, яка підкреслює небезпеку високого вмісту жирів у перероблених харчових продуктах.

Аналіз: Хоча рівні вмісту жирів є рекомендаційними, а отже, добровільними, завдяки широкому розголосу в результаті національної рекламної кампанії, рекомендовані рівні вмісту жирів, ймовірно, будуть впроваджені всіма виробниками перероблених харчових продуктів в державі-члені ЄС. Таким чином, він, ймовірно, стане де-факто максимальним рівнем жиру в перероблених харчових продуктах. Таким чином, споживчий вибір на продуктових ринках може зменшитися. Однак сторони зможуть продовжувати конкурувати за низкою інших характеристик продуктів, таких як ціна,

розмір продукту, якість, смак, інші поживні речовини та вміст солі, баланс інгредієнтів та брендинг. Більше того, конкуренція щодо вмісту жирів у продуктах може посилитися, якщо сторони намагатимуться пропонувати продукти з найнижчим вмістом жирів. Таким чином, угода навряд чи призведе до обмежувальних наслідків для конкуренції у розумінні статті 101(1). Однак, навіть якщо буде встановлено, що угода має відчутний негативний вплив на конкуренцію згідно зі статтею 101(1) - через те, що споживачі позбавлені можливості вибору продуктів з високим вмістом жирів - вигоди для споживачів з точки зору цінності отриманої інформації та корисного впливу на здоров'я, ймовірно, переважають шкоду, і угода, ймовірно, відповідатиме умовам статті 101(3).

603. Угода, що обмежує конкуренцію згідно зі статтею 101(1) і задовольняє умови статті 101(3).

Приклад 5

Ситуація: Виробники пральних машин наразі виробляють цілий ряд машин, від найновіших моделей, які є технічно більш досконалими та енергоефективними, до старіших моделей, які є технічно менш досконалими. Хоча старі, менш досконалі моделі споживають більше електроенергії та води, вони дешевші у виробництві і продаються за нижчими цінами, ніж новіші та технічно досконаліші моделі. Відповідно до регламенту ЄС, всі моделі поділяються на вісім категорій енергоефективності, від А до Н, і мають відповідне маркування.

Інновації в галузі спрямовані на подальше підвищення енергоефективності нових моделей. Однак виробники пральних машин також вважають, що вони несуть відповідальність за зменшення енергоспоживання своїх машин в інші способи. Тому вони домовилися поступово припинити виробництво та продаж пральних машин категорій F - H, найстаріших і найменш енергоефективних моделей. Ці старі моделі також є найменш водоефективними.

Угода охоплює всіх виробників і, таким чином, покриває майже 100 % ринку. Вона передбачає, що виробництво та продаж пральних машин категорій від F до H буде поступово припинено протягом двох років. Ці моделі наразі складають близько 35 % усіх продажів на ринку. Хоча всі виробники-учасники вже виробляють деякі моделі в категоріях від A до E, і тому жоден з них не втратить всі свої поточні продажі, кожен виробник постраждає по-різному, залежно від свого поточного асортименту моделей. Таким чином, цілком ймовірно, що це вплине на конкуренцію між виробниками. Крім того, поступове скасування категорій від F до H зменшить вибір машин, доступних для споживачів, і збільшить середню вартість покупки. Для середньостатистичного покупця, який раніше купував пральну машину категорій F-H, ціна машини зросте щонайменше на 40-70 євро.

До впровадження угоди про поступову відмову від категорій F - H промисловість намагалася відвернути попит від цих категорій за допомогою рекламних кампаній. Дослідження показали, що недостатній успіх цих кампаній пояснюється тим, що багатьом споживачам важко збалансувати позитивний вплив майбутнього скорочення рахунків за електроенергію та воду з негативним впливом негайного збільшення ціни на покупку машини, приймаючи рішення про покупку.

Ці дослідження також показують, що покупці пральних машин насправді отримують значну вигоду від поетапної відміни категорій F - H. Середньостатистичний покупець

пральної машини окупить підвищення ціни протягом одного-двох років у вигляді нижчих витрат на електроенергію та воду. Переважна більшість споживачів, включаючи тих, хто користується пральною машиною рідше, окупить підвищення ціни протягом чотирьох років. Враховуючи, що середня тривалість життя машин категорій А-Е становить щонайменше п'ять років, споживачі пральних машин як група отримують вигоду від угоди. Ця чиста вигода для всіх користувачів пральних машин ще більше збільшується за рахунок екологічних переваг, що виникають внаслідок колективного скорочення використання електроенергії та води. Зменшення споживання електроенергії призводить до зменшення забруднення від виробництва електроенергії, що також приносить вигоду споживачам пральних машин, якщо тільки провал ринку, пов'язаний із забрудненням, не буде вирішено іншими регуляторними інструментами (наприклад, Європейською системою торгівлі квотами на викиди, яка обмежує викиди вуглецю). Зменшення споживання води призводить до меншого її забруднення. Оскільки споживачі пральних машин становлять переважну більшість населення, частка цих екологічних вигод припадає на споживачів відповідного ринку, на який поширюється дія угоди.

Аналіз: Хоча угода, ймовірно, матиме значні негативні наслідки і підпадатиме під дію статті 101(1), вона також, ймовірно, відповідатиме умовам статті 101(3). Зокрема: (i) в результаті угоди середньостатистична пральна машина стає більш енерго- та водоефективною, (ii) цього не можна було б досягти за допомогою менш обмежувальної угоди, наприклад, за допомогою колективної рекламної кампанії або маркування сталого розвитку, (iii) споживачі на відповідному ринку отримують чисту вигоду в результаті індивідуальної вигоди від споживчої вартості та колективної екологічної вигоди, та (iv) конкуренція не усувається, оскільки угода впливає лише на обсяг асортименту моделей, що є одним з параметрів конкуренції, але не на інші параметри, такі як ціна або інновації, за якими конкуренція може мати і має місце.

СПИСОК ДЖЕРЕЛ:

⁽¹⁾ ОВ С 11, 14.1.2011, с. 1.

⁽²⁾ Див. також Повідомлення Комісії Європейському Парламенту, Європейській Раді, Раді, Європейському економічному і соціальному комітету та Комітету регіонів «Оновлення Нової промислової стратегії до 2020 року: Створення сильнішого єдиного ринку для відновлення Європи», COM (2021) 350 final.

⁽³⁾ Регламент Комісії (ЄС) 2023/1066 від 1 червня 2023 року про застосування статті 101(3) Договору про функціонування Європейського Союзу до певних категорій угод про НДДКР (ОВ L 143, 2.6.2023, с. 9).

⁽⁴⁾ Регламент Комісії (ЄС) 2023/1067 від 1 червня 2023 року про застосування статті 101(3) Договору про функціонування Європейського Союзу до певних категорій угод про спеціалізацію (ОВ L 143, 2.6.2023, с. 20).

⁽⁵⁾ Комунікація Комісії до Європейського Парламенту, Європейської Ради, Ради, Європейського економічного і соціального комітету та Комітету регіонів, «Європейська зелена угода», COM (2019) 640 final.

(⁶) Див., наприклад, рішення від 25 березня 2021 року у справі «*Deutsche Telekom* проти *Комісії*» (*Deutsche Telekom v Commission*), С-152/19 Р, ЕУ:С:2021:238, п. 72 та наведену в ньому прецедентну практику.

(⁷) У розумінні рішення від 11 вересня 2014 року, *MasterCard* проти *Комісії*, С-382/12 Р, ЕУ:С:2014:2201, п. 76, та Висновку Генерального адвоката Léger від 10 липня 2001 року, *Wouters*, С-309/99, ЕУ:С:2001:390, п. 61.

(⁸) Див., наприклад, рішення від 24 жовтня 1996 року у справі «*Bixio*» (*Viho*), С-73/95 Р, ЕУ:С:1996:405, п. 51. Здійснення вирішального впливу материнською компанією на поведінку дочірнього підприємства може презюмуватися у випадку дочірніх підприємств, що перебувають у повній власності, або коли материнська компанія володіє всіма правами голосу, пов'язаними з акціями дочірніх підприємств; див., наприклад, рішення від 10 вересня 2009 року у справі «*Акзо*» (*Akzo*), С-97/08 Р, ЕУ:С:2009:536, п. 60 і далі, рішення від 27 січня 2021 року у справі «*Голдман Сакс Груп Інк*» (*Goldman Sachs Group Inc.*) проти Європейської *Комісії*, С-595/18 Р, ЕУ:С:2021:73, п. 36.

(⁹) Рішення від 26 вересня 2013 року, *EI du Pont de Nemours and Company*, С-172/12 Р, ЕУ:С:2013:601, п. 47 та рішення від 14 вересня 2017 року, *LG Electronics Inc. та Koninklijke Philips Electronics NV*, С-588/15 Р та С-622/15 Р, ЕУ:С:2017:679, п. 71 та 76.

(¹⁰) Рішення від 14 вересня 2017 року, *LG Electronics Inc. та Koninklijke Philips Electronics NV*, С-588/15 Р та С-622/15 Р, ЕУ:С:2017:679, п. 79.

(¹¹) Див., наприклад, рішення від 13 липня 2006 року, *Комісія* проти *Volkswagen*, С-74/04 Р, ЕУ:С:2006:460, п. 37.

(¹²) Див., наприклад, рішення від 4 червня 2009 року, *T-Mobile Netherlands та інші*, С-8/08, ЕУ:С:2009:343, п. 26; рішення від 31 березня 1993 року, *Wood Pulp*, С-89/85, С-104/85, С-114/85, С-116/85, С-117/85 та С-125/85 до С-129/85, ЕУ:С:1993:120, п. 63.

(¹³) Рішення від 19 березня 2015 року, *Dole Food та Dole Fresh Fruit Europe* проти *Комісії*, С-286/13 Р, ЕУ:С:2015:184, п. 126 та прецедентне право, наведене в ньому.

(¹⁴) Те, що становить «короткий проміжок часу», залежить від правового та економічного контексту і фактів справи, що розглядається, і, зокрема, від того, чи є відповідний суб'єкт господарювання стороною угоди про горизонтальне співробітництво, чи третьою стороною. Коли Комісія застосовує поняття «короткий період часу» для оцінки того, чи слід вважати сторону угоди потенційним конкурентом іншої сторони, вона, як правило, розглядає більш тривалий період часу, ніж коли вона застосовує це поняття для оцінки здатності третьої сторони діяти як конкурентне обмеження для сторін угоди. Для того, щоб третя сторона вважалася потенційним конкурентом, її вихід на ринок повинен відбутися досить швидко, щоб загроза потенційного входу на ринок стала обмежувачем поведінки сторін та інших учасників ринку. З цих причин, як Регламент про блокові виключення про НДДКР, так і Регламент про блокові виключення про спеціалізацію вважають період, що не перевищує трьох років, «коротким періодом часу».

(¹⁵) Рішення від 30 січня 2020 року, *Generics (UK)*, С-307/18, ЕУ:С:2020:52, пп. 37 і 38.

(¹⁶) Існування патенту саме по собі не може вважатися таким нездоланим бар'єром. Рішення від 25 березня 2021 року, *Лундбек*, С-591/16 Р, ЕУ:С:2021:243, пункти 38 і 58-59.

(¹⁷) Див., наприклад, рішення від 30 січня 2020 року у справі «*Generics (UK)*», С-307/18, ЕУ:С:2020:52, пп. 36-58.

(¹⁸) Стаття 101(1) забороняє як фактичні, так і потенційні антиконкурентні наслідки; див., наприклад, рішення від 28 травня 1998 року у справі *John Deere*, С-7/95 Р, ЕУ:С:1998:256, п. 77; рішення від 23 листопада 2006 року у справі *Asnef-Equifax*, С-238/05, ЕУ:С:2006:734, п. 50.

(¹⁹) Див. рішення від 6 жовтня 2009 року, *GlaxoSmithKline*, С-501/06 Р, С-513/06 Р, С-515/06 Р і С-519/06 Р, ЕУ:С:2009:610, п. 95.

(²⁰) Див. рішення від 23 жовтня 2003 року у справі «*Van den Bergh Foods проти Комісії*», Т-65/98, ЕУ:Т:2003:281, п. 107; рішення від 18 вересня 2001 року у справі «*Métropole télévision (M6) та інші проти Комісії*», Т-112/99, ЕУ:Т:2001:215, п. 74; рішення від 2 травня 2006 року у справі «*O2 проти Комісії*», Т-328/03, ЕУ:Т:2006:116, п. 69, та інші рішення. Врахування проконкурентних наслідків дозволяє оцінити об'єктивну серйозність тієї чи іншої практики. Це не є «правилом розуму», відповідно до якого слід зважувати проконкурентні та антиконкурентні наслідки угоди, коли вона кваліфікується як «обмеження конкуренції» згідно зі статтею 101(1), див. рішення від 30 січня 2020 року у справі «*Generics (UK)*», С-307/18, ЕУ:С:2020:52, п. 104.

(²¹) Див. рішення від 14 жовтня 2010 року, *Deutsche Telekom*, С-280/08 Р, ЕУ:С:2010:603, пп. 80-81. Ця можливість тлумачилася вузько; див., наприклад, рішення від 29 жовтня 1980 року у справі «*Van Landewyck*», об'єднані справи 209-215 і 218/78, ЕУ:С:1980:248, пп. 130-134; рішення від 11 листопада 1997 року у справі «*Ladbroke Racing*», С-359/95 Р і С-379/95 Р, ЕУ:С:1997:531, п. 33 і далі.

(²²) Рішення від 9 вересня 2003 року, *CIF*, С-198/01, ЕУ:С:2003:430, п. 54 і далі.

(²³) Див., наприклад, рішення від 13 грудня 2006 року, *FNCBV та інші проти Комісії (Французька яловичина)*, Т-217/03 і Т-245/03, ЕУ:Т:2006:391, п. 92.

(²⁴) Див., наприклад, рішення від 11 вересня 2014 року, *СВ проти Комісії*, С-67/13 Р, ЕУ:С:2014:2204, пп. 49-50.

(²⁵) Див., наприклад, рішення від 6 жовтня 2009 року у справі «*GlaxoSmithKline*», С-501/06 Р, С-513/06 Р, С-515/06 Р і С-519/06 Р, ЕУ:С:2009:610, п. 55; рішення від 20 листопада 2008 року у справі *BIDS*, С-209/07, ЕУ:С:2008: 643, п. 16; рішення від 4 червня 2009 року, *T-Mobile Netherlands та інші*, С-8/08, ЕУ:С:2009:343, п. 29 і далі; рішення від 28 травня 1998 року, *John Deere*, С-7/95 Р, ЕУ:С:1998:256, п. 77.

(²⁶) Рішення від 30 січня 2020 року, *Generics (UK) Ltd та інші*, С-307/18, ЕУ:С:2020:52, п. 67 та наведена в ньому прецедентна практика.

(²⁷) Рішення від 2 квітня 2020 року, *Gazdasági Versenyhivatal проти Budapest Bank Nyrt. та інші*, С-228/18, ЕУ:С:2020:265, пункти 76 і 79.

(²⁸) Див. рішення від 25 березня 2021 року у справі «*Lundbeck*», С-591/16 Р, ЕУ:С:2021:243, пп. 130-131, та рішення від 25 березня 2021 року у справі «*Sun проти Комісії*», С-586/16 Р, ЕУ:С:2021:241, п. 86. Той факт, що Комісія раніше не вважала, що угода, подібна до угоди, про яку йдеться, є обмежувальною «за предметом», сам по собі не перешкоджає їй зробити це в майбутньому.

(²⁹) Ціна є одним з параметрів конкуренції, на додаток до таких параметрів, як обсяг виробництва, якість продукції, різноманітність продукції або інновації.

(³⁰) Рішення від 4 червня 2009 року, *T-Mobile Netherlands та інші*, С-8/08, ЕУ:С:2009:343, пп. 38-39; рішення від 19 березня 2015 року, *Dole Food та Dole Fresh Fruit Europe проти Комісії*, С-286/13 Р, ЕУ:С:2015:184, п. 125. Рішення від 12 січня 2023 року, *HSBC проти Комісії*, С-883/19 Р, ЕУ:С:2023:11, п. 121.

(³¹) Обмеження, які визначені як жорсткі обмеження в регламентах про блокові виключення, керівних принципах та повідомленнях, Комісія вважає, що вони, як правило, є обмеженнями за предметом.

(³²) Для угод, щодо яких Суд Європейського Союзу вже постановив, що вони становлять особливо серйозні порушення правил конкуренції, аналіз правового та економічного контексту може бути обмежений тим, що є суворо необхідним для встановлення наявності обмеження за предметом, див. рішення від 20 січня 2016 року у справі *Toshiba*, С-373/14 Р, ЕУ:С:2016:26, п. 29.

(³³) Див. рішення від 11 вересня 2014 року, *СВ проти Комісії*, С-67/13 Р, ЕУ:С:2014:2204, п. 53; рішення від 19 березня 2015 року, *Dole Food та Dole Fresh Fruit Europe проти Комісії*, С-286/13 Р, ЕУ:С:2015:184, п. 117 та рішення від 2 квітня 2020 року, *Budapest Bank та інші*, С-228/18, ЕУ:С:2020:265, п. 51.

(³⁴) Рішення від 30 січня 2020 року у справі «*Generics (UK)*», С-307/18, ЕУ:С:2020:52, пп. 103-107 та рішення від 12 січня 2023 року у справі «*HSBC проти Комісії*», С-883/19 Р, ЕУ:С:2023:11, п. 139.

(³⁵) Рішення від 30 січня 2020 року, «*Generics (UK)*», С-307/18, ЕУ:С:2020:52, п. 107.

(³⁶) Див., наприклад, рішення від 14 березня 2013 року, *Allianz Hungária Biztosító та інші*, С-32/11, ЕУ:С:2013:160, п. 37; рішення від 11 вересня 2014 року, *СВ проти Комісії*, С-67/13 Р, ЕУ:С:2014:2204, п. 54; та рішення від 19 березня 2015 року, *Dole Food та Dole Fresh Fruit Europe проти Комісії*, С-286/13 Р, ЕУ:С:2015:184, п. 118.

(³⁷) Рішення від 30 січня 2020 року, «*Generics (UK)*», С-307/18, ЕУ:С:2020:52, п. 118; рішення від 12 грудня 2018 року, «*Krka проти Комісії*», Т-684/14, ЕУ:Т:2018:918, п. 315; та рішення від 11 вересня 2014 року, «*MasterCard проти Комісії*», С-382/12 Р, ЕУ:С:2014:2201, п. 166.

(³⁸) Рішення від 28 травня 1998 року у справі «*John Deere*», С-7/95 Р, ЕУ:С:1998:256, п. 88; рішення від 23 листопада 2006 року у справі «*Asnef-Equifax*», С-238/05, ЕУ:С:2006:734, п. 51.

(³⁹) Рішення від 30 січня 2020 року, *Generics (UK)*, С-307/18, ЕУ:С:2020:52, п. 116, та наведені в ньому прецеденти. Фактичний контекст співпраці може включати такі

фактори, як наявність достатніх можливостей для клієнтів змінити постачальника; ймовірність того, що конкуренти збільшать пропозицію в разі підвищення цін; чи сприяють характеристики ринку координації; чи припадає на діяльність, що охоплюється співпрацею, велика частка змінних витрат сторін на відповідному ринку тощо. Також може бути доречно оцінити, чи значною мірою сторони об'єднують свою діяльність, що охоплюється співпрацею, в рамках співробітництва. Це може мати місце, наприклад, якщо вони спільно виробляють або закупають проміжний продукт, який є важливим ресурсом для виробництва подальшої продукції, або якщо вони спільно виробляють або розподіляють значну частку загального обсягу кінцевого продукту.

(⁴⁰) Ринкова влада - це здатність прибутково утримувати ціни на рівні, вищому за конкурентний, протягом певного періоду часу або прибутково утримувати обсяги виробництва з точки зору кількості, якості, різноманітності чи інноваційності продукції на рівні, нижчому за конкурентний, протягом певного періоду часу. Ступінь ринкової влади, зазвичай необхідний для встановлення порушення за статтею 101(1), є меншим, ніж ступінь ринкової влади, необхідний для встановлення домінування за статтею 102.

(⁴¹) Рішення від 11 вересня 2014 року у справі «*СВ проти Комісії*», С-67/13 Р, ЕУ:С:2014:2204, п. 52.

(⁴²) Див. також п. 18 Керівних принципів Комісії щодо застосування статті 81(3) Договору (ОВ С 101, 27.4.2004, с. 97) («Керівні принципи щодо статті 101(3)»).

(⁴³) Рішення від 11 вересня 2014 року, *MasterCard* проти *Комісії*, С-382/12 Р, ЕУ:С:2014:2201, п. 89; рішення від 11 липня 1985 року, *Remia та інші* проти *Комісії*, справа 42/84, ЕУ:С:1985:327, пп. 19-20; рішення від 28 січня 1986 року, *Pronuptia*, справа 161/84, ЕУ: С:1986:41, пп. 15-17; рішення від 15 грудня 1994 року у справі «*Gøttrup-Klim*», С-250/92, ЕУ:С:1994:413, п. 35, та рішення від 12 грудня 1995 року у справі «*Oude Luttikhuis and Others*», С-399/93, ЕУ:С:1995:434, пп. 12-15.

(⁴⁴) Рішення від 11 вересня 2014 року, *MasterCard* проти *Комісії*, С-382/12 Р, ЕУ:С:2014:2201, п. 91.

(⁴⁵) Загальний підхід до застосування статті 101(3) викладено в Керівних принципах щодо застосування статті 101(3).

(⁴⁶) Див. статтю 2 Регламенту Ради (ЄС) № 1/2003 від 16 грудня 2002 року про імплементацію правил конкуренції, викладених у статтях 81 і 82 Договору (ОВ L 1, 4.1.2003, с. 1).

(⁴⁷) Див. пп. 51-58 Керівних принципів до статті 101(3).

(⁴⁸) Більш детальна інформація про поняття «споживачі» міститься в п. 84 Керівних принципів статті 101(3).

(⁴⁹) Див. рішення від 13 грудня 2012 року, *Expedia*, С-226/11, ЕУ:С:2012:795, пп. 16-17 та наведену в ньому прецедентну практику.

(⁵⁰) ОВ С 101, 27.4.2004, с. 81.

(⁵¹) ОВС С 291, 30.8.2014, с. 1.

(⁵²) Згідно з визначенням, наведеним у Додатку до Рекомендації Комісії від 6 травня 2003 року щодо визначення мікро-, малих та середніх підприємств (ОВ L 124, 20.5.2003, с. 36).

(⁵³) Вплив на торговельні домовленості, п. 50.

(⁵⁴) Вплив на торгівлю, п. 52.

(⁵⁵) Повідомлення *De Minimis*, п. 8.

(⁵⁶) Рішення від 13 грудня 2012 року, *Expedia*, C-226/11, EU:C:2012:795, п. 37.

(⁵⁷) Повідомлення *De Minimis*, п. 10.

(⁵⁸) Рішення від 8 червня 1995 року, *Langnese-Iglo v Commission*, T-7/93, EU:T:1995:98, п. 98.

(⁵⁹) Регламент Комісії (ЄС) 2022/720 від 10 травня 2022 року про застосування статті 101(3) Договору про функціонування Європейського Союзу до категорій вертикальних угод та узгоджених практик (ОВС L 134, 11.5.2022, с. 4).

(⁶⁰) ОВ С 248, 30.6.2022, с. 1.

(⁶¹) Як виняток з цього правила, вертикальні угоди між конкурентами можуть отримати переваги від VBER, якщо угода є невзасмною і або (i) постачальник діє на висхідному рівні як виробник, імпортер або оптовий продавець і на низхідному рівні як імпортер, оптовий продавець або роздрібний продавець товарів, тоді як покупець є імпортером, оптовим продавцем, або роздрібним торговцем на рівні переробки та збуту і не є конкуруючим суб'єктом на ринку вище, де він купує контрактні товари, або (ii) постачальник є постачальником послуг на декількох рівнях торгівлі, тоді як покупець надає свої послуги на рівні роздрібною торгівлі і не є конкуруючим суб'єктом на рівні торгівлі, де він купує контрактні послуги (див. VBER, ст. 2(4)).

(⁶²) Повідомлення Комісії про визначення відповідного ринку для цілей законодавства Співтовариства про конкуренцію (ОВ С 372, 9.12.1997, с. 5).

(⁶³) Регламент Ради (ЄС) № 139/2004 від 20 січня 2004 року про контроль за концентраціями між підприємствами (ОВ L 24, 29.1.2004, с. 1).

(⁶⁴) Див. статтю 3(4) Регламенту про злиття. Оцінюючи, чи існує повнофункціональне спільне підприємство, Комісія перевіряє, чи є спільне підприємство автономним в операційному сенсі. Це не означає, що воно користується автономією від своїх материнських компаній щодо прийняття стратегічних рішень (див. Зведене юрисдикційне повідомлення Комісії відповідно до Регламенту Ради (ЄС) № 139/2004 про контроль за концентраціями між суб'єктами господарювання (ОВ С 95, 16.4.2008, с. 1), пп. 91-109 («Зведене юрисдикційне повідомлення»)). Слід також нагадати, що якщо створення спільного підприємства, що становить концентрацію згідно зі статтею 3 Регламенту про злиття, має на меті або наслідком координацію конкурентної поведінки суб'єктів господарювання, які залишаються незалежними, то така координація повинна оцінюватися відповідно до статті 101 Договору (див. статтю 2(4) Регламенту про злиття).

(⁶⁵) Регламент (ЄС) № 1308/2013 Європейського Парламенту та Ради від 17 грудня 2013 року про створення спільної організації ринків сільськогосподарської продукції та скасування Регламентів Ради (ЄЕС) № 922/72, (ЄЕС) № 234/79, (ЄС) № 1037/2001 та (ЄС) № 1234/2007, (ОВ L 347, 20.12.2013, с. 671). Щодо спільної організації ринків рибальства див. статтю 41 Регламенту (ЄС) № 1379/2013 Європейського Парламенту та Ради від 11 грудня 2013 року про спільну організацію ринків рибальства та продуктів аквакультури, що вносить зміни до Регламентів Ради (ЄС) № 1184/2006 та (ЄС) № 1224/2009 і скасовує Регламент Ради (ЄС) № 104/2000 (ОВ L 354, 28.12.2013, с. 1).

(⁶⁶) Див. рішення від 10 липня 1990 року, *Tetra Pak I*, T-51/89, EU:T:1990:41, п. 25 і далі.

(⁶⁷) Регламент Ради (ЄС) № 1184/2006 від 24 липня 2006 року про застосування певних правил конкуренції до виробництва та торгівлі сільськогосподарською продукцією (ОВ L 214, 4.8.2006, с. 7).

(⁶⁸) Регламент Ради (ЄС) № 169/2009 від 26 лютого 2009 року про застосування правил конкуренції до перевезень залізничним, автомобільним та внутрішнім водним транспортом (ОВ L 61, 5.3.2009, с. 1); та Регламент Комісії (ЄС) № 906/2009 від 28 вересня 2009 року про застосування статті 81(3) Договору до певних категорій угод, рішень та узгоджених дій між лінійними судноплавними компаніями (консорціумами) (ОВ L 256, 29.9.2009, с. 31).

(⁶⁹) У цій Главі посилання на «технології» включають технології та процеси.

(⁷⁰) Ці Настанови застосовуються до найпоширеніших типів угод про горизонтальне співробітництво, незалежно від рівня інтеграції, який вони передбачають, за винятком операцій, що становлять концентрацію в розумінні статті 3 Регламенту (ЄС) № 139/2004, таких як створення повнофункціонального спільного підприємства. Див. також п. 46.

(⁷¹) Згідно з визначенням, наведеним у Додатку до Рекомендації Комісії від 6 травня 2003 року щодо визначення мікро-, малих та середніх підприємств (ОВ L 124, 20.5.2003, с. 36).

(⁷²) Регламент Комісії (ЄС) 2023/1066 від 1 червня 2023 року про застосування статті 101(3) Договору про функціонування Європейського Союзу до певних категорій угод про НДДКР (ОВ L 143, 2.6.2023, с. 9).

(⁷³) Якщо і до тих пір, поки Комісія або НКВ не відкличе перевагу блокового виключення в індивідуальному випадку (див. Розділ 2.2.6).

(⁷⁴) Щодо оцінки угод про науково-дослідні та дослідно-конструкторські роботи відповідно до статті 101(1), див. Розділ 2.3.

(⁷⁵) Див. статтю 1(1), пункт (3) РБВ НДДКР.

(⁷⁶) Див. статтю 1(1), пункт (1) РБВ НДДКР.

(⁷⁷) Див. статтю 1(1), пункт (6) РБВ НДДКР.

(⁷⁸) Див. статтю 1(1), пункт (4) РБВ НДДКР.

(⁷⁹) Див. статтю 1(1), пункт (5) РБВ НДДКР.

(⁸⁰) Див. статтю 1(1), пункт (10) РБВ НДДКР.

(⁸¹) Це можна відрізнити від оплачуваних НДДКР, за якими НДДКР здійснюються однією або кількома сторонами угоди про НДДКР.

(⁸²) Див. статтю 1(1), пункт (11) РБВ НДДКР.

(⁸³) Див. статтю 1(1), пункт (7) РБВ НДДКР.

(⁸⁴) Див. статтю 5(1) РБВ НДДКР. Додаткові умови, пов'язані зі спільним використанням результатів НДДКР, описані в розділі 2.2.3.3.

(⁸⁵) Як передбачено статтею 1(1), пунктами (1)(с) та (d) РБВ НДДКР.

(⁸⁶) Див. статтю 1(1), пункт (10) РБВ НДДКР.

(⁸⁷) Угода з третьою стороною вимагає окремої оцінки відповідно до статті 101.

(⁸⁸) Див. статтю 1(1), пункт (12) РБВ НДДКР.

(⁸⁹) Див. статтю 2(3) РБВ НДДКР.

(⁹⁰) Регламент Комісії (ЄС) № 316/2014 від 21 березня 2014 року про застосування статті 101(3) Договору про функціонування Європейського Союзу до категорій угод про передачу технологій (ОВ L 93, 28.3.2014, с. 17). Див. також Настанови Комісії щодо застосування статті 101 Договору про функціонування Європейського Союзу до угод про передачу технологій (ОВ С 89, 28.3.2014, с. 3), пп. 73 і 74 («Керівні принципи щодо трансферу технологій»).

(⁹¹) Див. Керівні принципи щодо трансферу технологій, пункт 74.

(⁹²) Див. статтю 3(2) РБВ НДДКР.

(⁹³) Див. статтю 3(3), пункт (a) РБВ НДДКР.

(⁹⁴) Див. статтю 3(3), пункт (b) РБВ НДДКР.

(⁹⁵) Це можуть бути, наприклад, малі та середні підприємства, основною комерційною діяльністю яких є надання науково-дослідних послуг третім особам.

(⁹⁶) Див. статтю 3(4) РБВ НДДКР.

(⁹⁷) Див. статтю 4(2) ЗРБВ НДДКР.

(⁹⁸) Див. статтю 4(3) РБВ НДДКР.

(⁹⁹) Див. статтю 5(2) РБВ НДДКР.

(¹⁰⁰) Див. статтю 5(2) РБВ НДДКР.

(¹⁰¹) Див. пункт 5 РБВ НДДКР.

(¹⁰²) У решті тексту цієї Глави посилання на технологію або технології включають процеси, якщо не зазначено інше.

(¹⁰³) Див. також Розділ 1.2.1.

(¹⁰⁴) Див. п. 44 та *Повідомлення* Комісії про визначення ринку для отримання настанов щодо визначення відповідного ринку. Див. також Розділ 2.3.1.

(¹⁰⁵) Див. п. 44 та *Повідомлення* Комісії про визначення ринку для отримання настанов щодо визначення відповідного ринку. Див. також Розділ 2.3.1.

(¹⁰⁶) Див. п. 87 та 88.

(¹⁰⁷) Див. розділ 2.2.2.1 про різницю між спільними НДДКР та оплачуваними НДДКР. Див. також статтю 1(1), пункт (1) РБВ НДДКР.

(¹⁰⁸) Див. статтю 6(1), пункт (а) РБВ НДДКР.

(¹⁰⁹) Див. статтю 6(1), пункт (b) РБВ НДДКР. Не обов'язково, щоб усі угоди сторони, що фінансує, у сфері НДДКР, які стосуються тих самих контрактних продуктів або контрактних технологій, підпадали під сферу застосування РБВ НДДКР.

(¹¹⁰) Див. п. 44 та *Повідомлення* Комісії про визначення ринку для отримання настанов щодо визначення відповідного ринку. Див. також Розділ 2.3.1.

(¹¹¹) Див. статтю 7(2) РБВ НДДКР.

(¹¹²) Див. статтю 7(3) РБВ НДДКР.

(¹¹³) Див. статтю 7(3) РБВ НДДКР.

(¹¹⁴) Див. також РБВ щодо трансферу технології, стаття 8(d) та Керівні принципи щодо трансферу технології, пп. 25 та 86-88.

(¹¹⁵) Див. пп. 87 і 88.

(¹¹⁶) Стаття 6(2) не застосовується, якщо дві або більше сторін є фактичними або потенційними конкурентами на ринку існуючих продуктів або технологій, які можуть бути вдосконалені, замінені або замінені контрактними продуктами або контрактними технологіями; в такому випадку застосовується стаття 6(1) (поріг ринкової частки).

(¹¹⁷) Це не обмежує повноваження Комісії або НКВ відкликати переваги від блокового виключення в окремих випадках. Див. розділ 2.2.6.

(¹¹⁸) Як зазначено в п. 68, попередня угода про спільну або оплачувану НДДКР також повинна відповідати умовам РБВ НДДКР.

(¹¹⁹) Див. статтю 6(5) РБВ НДДКР.

(¹²⁰) Див. статтю 8(b), пункт (i) РБВ НДДКР.

(¹²¹) Див. статтю 8(b), пункт (ii) РБВ НДДКР.

(¹²²) Див. статтю 8(b), пункт (iii) РБВ НДДКР.

(¹²³) Див. статтю 8(b), пункт (iv) РБВ НДДКР.

(¹²⁴) Див. статтю 8(c) РБВ НДДКР.

(¹²⁵) Див. статтю 1(1), пункт (19) РБВ НДДКР.

(¹²⁶) Див. статтю 1(1), пункт (18) РБВ НДДКР.

(¹²⁷) Див. статтю 8(g) РБВ НДДКР.

(¹²⁸) Див. статтю 9(1), пункт (a)(i) РБВ НДДКР.

(¹²⁹) Див. статтю 9(1), пункт (a)(ii) РБВ НДР.

(¹³⁰) Відповідно до статті 41(2) Хартії основних прав ЄС, особи, на яких може негативно вплинути індивідуальне рішення, прийняте на підставі права ЄС, мають право бути вислуханими до ухвалення рішення.

(¹³¹) Відповідно до статті 7(1) Регламенту (ЄС) № 1/2003. Комісія використала своє право відкликати перевагу регламенту про блокові виключення у своєму рішенні від 25 березня 1992 року (тимчасові заходи) щодо провадження за статтею 85 Договору про заснування ЄЕС у справі IV/34.072 - *Mars/Langnese and Schöller*, підтриманому рішенням від 1 жовтня 1998 року, *Langnese-Iglo* проти *Komiciі*, C-279/95 P, EU:C:1998:447; та у своєму рішенні від 4 грудня 1991 року (тимчасові заходи) щодо провадження за статтею 85 Договору про заснування ЄЕС у справі IV/33.157 - *Eco System/Peugeot*.

(¹³²) Якщо це не так, стаття 101 не застосовується і подальша оцінка не потрібна.

(¹³³) РБВ НДДКР містить конкретні визначення, які є важливими для застосування порогової частки ринку в РБВ НДДКР. Див. розділ 2.2.3.4.

(¹³⁴) Цей термін використовується в певних секторах для позначення продуктів, які ще не були виведені на ринок, але для яких існує достатня прозорість процесу НДДКР, щоб визначити, до якого ринку вони, ймовірно, належатимуть, якщо процес НДДКР буде успішним.

(¹³⁵) Деякі угоди про НДДКР стосуються розробки продуктів, які не покращують, не замінюють і не витісняють існуючі продукти, а задовольняють абсолютно новий попит. Трубопровідна продукція також може підпадати під цю категорію продуктів.

(¹³⁶) Див. також Керівні принципи щодо трансферу технологій, п. 19-26.

(¹³⁷) Див. також п. 16 щодо потенційної конкуренції.

(¹³⁸) Див., наприклад, рішення Комісії від 8 липня 2021 року «*Викиди автомобілів*» (справа AT.40178), яке стосувалося картельної змови між п'ятьма автовиробниками в контексті об'єднання підприємств. Очевидною метою співпраці була розробка компонентів для нової системи очищення викидів. Однак у контексті цієї співпраці автовиробники також домовилися не підвищувати ефективність системи понад те, що

вимагалось законодавством, тим самим обмежуючи технічний розвиток технології очищення викидів.

⁽¹³⁹⁾ Це не заважає оцінці можливого підвищення ефективності, включаючи ті, що регулярно відбуваються в рамках НДДКР, які спільно фінансуються державою. Див. розділ 2.4.1.

⁽¹⁴⁰⁾ Рішення від 11 вересня 2014 року, *MasterCard проти Комісії*, С-382/12 Р, ЕУ:С:2014:2201, п. 89.

⁽¹⁴¹⁾ Див. також Розділ 1.2.6 та п. 369.

⁽¹⁴²⁾ Див. також п. 6.

⁽¹⁴³⁾ Див. пункт 49 Настанов щодо статті 101(3).

⁽¹⁴⁴⁾ Див. розділ 2.2.4.1.

⁽¹⁴⁵⁾ Див. пункт 44 Настанов щодо застосування статті 101(3). Щодо відповідного часу для оцінки застосовності РБВ НДДКР див. Розділ 2.2.5.

⁽¹⁴⁶⁾ Див. пункт (15) статті 1(1) РБВ НДДКР.

⁽¹⁴⁷⁾ Щодо підготовки послуг, див., зокрема, п. 200.

⁽¹⁴⁸⁾ Див. пп. 12 та 46. Ці Керівні принципи не охоплюють операції, що становлять концентрацію в розумінні статті 3 Регламенту про злиття; це включає створення повнофункціонального спільного підприємства.

⁽¹⁴⁹⁾ Ці Керівні принципи не поширюються на вертикальні угоди субпідряду. Вертикальні угоди про субпідряд укладаються між компаніями, що діють на різних рівнях виробничого або дистрибуторського ланцюга. Ці угоди можуть підпадати під сферу дії Настанов щодо вертикальних обмежень і, за певних умов, можуть отримати переваги від VBER. Крім того, ці угоди можуть підпадати під дію Повідомлення Комісії від 18 грудня 1978 року щодо оцінки певних угод субпідряду у зв'язку зі статтею 85(1) Договору про заснування ЄЕС (ОВ С 1, 3.1.1979, с. 2) («Повідомлення про субпідряд»).

⁽¹⁵⁰⁾ Регламент Комісії (ЄС) 2023/1067 від 1 червня 2023 року про застосування статті 101(3) Договору про функціонування Європейського Союзу до певних категорій угод про спеціалізацію (ОВ L 143, 2.6.2023, с. 20).

⁽¹⁵¹⁾ Якщо і до тих пір, поки Комісія або НКВ не відкличе вигоду від блокового винятку в індивідуальному випадку (див. Розділ 3.3.7).

⁽¹⁵²⁾ Див. перший абзац статті 2(5) Регламенту Ради (ЄС) № 139/2004.

⁽¹⁵³⁾ Регламент (ЄЕС) № 2821/71 уповноважує Комісію, відповідно до статті 101(3), звільняти від блокування на підставі регламенту угоди, які мають на меті спеціалізацію, включаючи угоди, необхідні для її досягнення.

⁽¹⁵⁴⁾ Якщо і до тих пір, поки Комісія або НЦА не відкличе вигоду від блокування в окремому випадку (див. Розділ 3.3.7).

(¹⁵⁵) Щодо оцінки угод про спеціалізацію відповідно до статті 101(1), див. Розділ 3.4.

(¹⁵⁶) Див. розділ 6 та пункт (5) частини 1 статті 1(1) РБВ про спеціалізації.

(¹⁵⁷) Слід зазначити, що односторонні та взаємні угоди про спеціалізацію повинні включати зобов'язання з постачання та купівлі, щоб підпадати під визначення цих угод, викладені у статті 1 РБВ про спеціалізацію (див. пп. 188 та 190).

(¹⁵⁸) Регламент Комісії (ЄС) № 1218/2010 від 14 грудня 2010 року про застосування статті 101(3) Договору про функціонування Європейського Союзу до певних категорій угод про спеціалізацію (ОВ L 335, 18.12.2010, с. 43).

(¹⁵⁹) Якщо це не так, стаття 101 не застосовується і подальша оцінка не потрібна.

(¹⁶⁰) Див. розділ 3.5.

(¹⁶¹) Див. п. 46 («повнофункціональні спільні підприємства») та п. 12 («відповідальність за порушення статті 101»).

(¹⁶²) Виробничі угоди можуть також призводити до координації поведінки сторін як покупців. У такому випадку, як пояснюється в параграфі 6, можуть застосовуватися настанови, викладені в Главі 4 (Угоди про закупівлю), на додаток до настанов, викладених у цій Главі 3.

(¹⁶³) Див. параграф 34.

(¹⁶⁴) Див. параграф 34.

(¹⁶⁵) Див. параграф 16.

(¹⁶⁶) Див. розділ 3.4.3.2.

(¹⁶⁷) Див. п. 41. У багатьох випадках виробничі угоди між МСП підпадають під сферу дії Повідомлення *De Minimis*. Однак, це Повідомлення не застосовується до угод, які містять обмеження конкуренції за предметом.

(¹⁶⁸) Див. статтю 2(1) спеціалізованого Договору.

(¹⁶⁹) Див. розділ 3.3.5.1.

(¹⁷⁰) У тому числі шляхом підвищення ціни, яку сторони стягують за проміжний продукт з третіх сторін-конкурентів на ринку переробки та збуту, які покладаються на сторони у постачанні проміжного продукту.

(¹⁷¹) Рішення від 11 вересня 2014 року, *MasterCard проти Комісії*, С-382/12 Р, ЕУ:С:2014:2201, п. 89.

(¹⁷²) Див. також Розділ 1.2.6 та п. 369.

(¹⁷³) Див. також п. 6.

(¹⁷⁴) Див. розділ 3.4.

(¹⁷⁵) Див. розділ 3.3.

(¹⁷⁶) Див. п. 98 Керівних принципів щодо застосування статті 101(3).

(¹⁷⁷) Слід зазначити, що термін «мобільна інфраструктура» в цьому розділі стосується використання інфраструктури не тільки для мобільних телекомунікаційних послуг, таких як мобільний широкопasmовий зв'язок, але й для надання бездротового доступу до фіксованого місця, такого як фіксований бездротовий доступ («FWA»), який використовується як альтернатива дротовому зв'язку.

(¹⁷⁸) Настанови цього Розділу охоплюють угоди, що стосуються спільного розгортання інфраструктури операторами мобільних телекомунікаційних мереж. Цей Розділ не охоплює угоди, що стосуються надання продуктів оптового доступу до мобільних телекомунікацій.

(¹⁷⁹) Оператори рухомого (мобільного) зв'язку можуть також брати участь в інших видах спільного використання: окрім спільного використання частини своєї мережі RAN, вони можуть також спільно використовувати певні вузли своєї основної мережі, такі як центри комутації рухомого (мобільного) зв'язку та органи управління рухомих (мобільних) зв'язком.

(¹⁸⁰) Наприклад, спільне використання інфраструктури мобільного зв'язку може дозволити конкуренцію на роздрібному рівні, яка не існувала б за відсутності угоди. За аналогією див. рішення від 2 травня 2006 року у справі *O2 (Німеччина)* проти *Комісії*, T-328/03, EU:T:2006:116, пункти 77-79. Це рішення стосується національних угод про роумінг, однак його принципи можуть бути застосовані *mutatis mutandis* до угод про спільне використання інфраструктури мобільного зв'язку.

(¹⁸¹) Регуляторна база електронних комунікацій дозволяє органам влади держав-членів нав'язувати операторам мереж спільне використання інфраструктури за певних обставин, наприклад, у географічних зонах, де існують непереборні економічні або фізичні бар'єри для відтворення інфраструктури, а кінцеві користувачі ризикують бути позбавленими цифрового зв'язку. Див. статтю 61(4) Директиви (ЄС) 2018/1972 Європейського Парламенту та Ради від 11 грудня 2018 року про встановлення Європейського кодексу електронних комунікацій (нова редакція) («Європейський кодекс електронних комунікацій») (ОВ L 321, 17.12.2018, с. 36). Див. також Рекомендацію Комісії (ЄС) 2020/1307 від 18 вересня 2020 року щодо спільного інструментарію ЄС для зниження вартості розгортання мереж дуже високої пропускної здатності та забезпечення своєчасного та інвестиційно привабливого доступу до радіочастотного спектру 5G з метою сприяння розвитку зв'язку для підтримки економічного відновлення після кризи, спричиненої COVID-19 в Союзі. У рекомендації підкреслюється, що *«мережі 5G вимагають значно більш цільного розгортання стільників у більш високих частотних діапазонах порівняно з попередніми технологічними поколіннями. Спільне використання пасивної та активної інфраструктури і спільне розгортання бездротової інфраструктури може знизити вартість такого розгортання (включаючи додаткові витрати), [...] і тим самим прискорити його темпи, підтримати збільшення покриття мережі і дозволити більш ефективно і раціонально використовувати радіочастотний спектр на користь споживачів. Тому компетентні органи повинні позитивно ставитися до цього, особливо у сферах з обмеженою економічною віддачею»*, див. пункт 26 та пункт 20(f) (ОВ L 305, 21.9.2020, с. 33).

(¹⁸²) Конкуренцію, про яку йдеться, слід розуміти в тому контексті, в якому вона відбувалася б за відсутності угоди; втручання в конкуренцію може, зокрема, викликати сумніви, якщо угода необхідна для проникнення суб'єкта господарювання в нову сферу. Рішення від 2 травня 2006 року у справі «O2 (Німеччина) проти Комісії» (*O2 (Germany) v Commission*), T-328/03, п. 68.

(¹⁸³) Транзитні з'єднання з'єднують магістральну мережу з більш периферійними частинами мережі.

(¹⁸⁴) Обмеження на встановлену пропускну здатність разом з обмеженнями, зумовленими спільною транзитною мережею, можуть, наприклад, мати прямий вплив на постачання оптових послуг для операторів мобільних віртуальних мереж («MVNO») та послуг (міжнародного та національного) роумінгу.

(¹⁸⁵) Рішення Комісії від 11 липня 2022 року, «Спільне використання мережі - Чеська Республіка», АТ.40305, пункт 89.

(¹⁸⁶) Рішення Комісії від 11 липня 2022 року, «Спільне використання мереж - Чеська Республіка», АТ.40305, пункт 89.

(¹⁸⁷) Угоди про спільне використання інфраструктури мобільного зв'язку можуть призвести до ситуацій, коли одна сторона стримує іншу сторону: наприклад, коли інфраструктура мобільної мережі, що експлуатується однією стороною в певній місцевості, не підтримує певну технологію, яку інша сторона, що використовує цю інфраструктуру в цій місцевості, хотіла б розгорнути. Див. також рішення Комісії від 11 липня 2022 року, «Спільне використання мережі - Чеська Республіка», АТ.40305, розділ 4.4.1, пункти 91 і 106.

(¹⁸⁸) Наприклад, якщо дві сторони домовляються про географічний поділ (згідно з яким (i) сторона А є оператором мережі для географічної зони А, а сторона В є оператором мережі для зони В; (ii) обидві сторони продовжують працювати і конкурувати на території одна одної; при цьому (iii) оператор мережі для певної території відповідає за інвестиційні рішення від імені обох операторів для цієї території), і угода надає оператору мережі право відмовити у розширенні мережі на вимогу іншої сторони.

(¹⁸⁹) Наприклад, у випадку географічного поділу, коли одна сторона виставляє іншій стороні рахунок за модернізацію мережі за ціною, вищою за відповідні додаткові витрати.

(¹⁹⁰) Рішення від 2 травня 2006 року, *O2 (Німеччина) проти Комісії*, T-328/03, ЕУ:Т:2006:116, пп. 65-71.

(¹⁹¹) Рішення Комісії від 16 липня 2003 року, *T-Mobile Deutschland/O2 Germany: Network Sharing Rahmenvertrag*, COMP/38.369, п. 12; Рішення Комісії від 30 квітня 2003 року, *O2 UK Limited / T-Mobile UK Limited («Угода про спільне використання мережі у Великобританії»)*, COMP/38.370, п. 11.

(¹⁹²) Див. спільну позицію Органу європейських регуляторних органів у сфері електронних комунікацій (BEREC) щодо спільного використання мобільної інфраструктури від 13 червня 2019 року, розділ 4.2. Активне спільне використання.

(¹⁹³) Такі як, наприклад, незалежне придбання спектру; незалежне прийняття рішень про те, як використовувати такий спектр і в яких діапазонах, а також про те, чи ділитися спектром після його придбання, чи ні.

(¹⁹⁴) Залежно від розвитку відповідної технології (RAN) з часом, ця відмінність між пасивним, активним і спільним використанням спектра може стати менш актуальною для майбутніх НКВ. Однак принципи, викладені в цьому параграфі, ймовірно, залишаться актуальними для оцінки майбутніх НКВ, залежно від ролі, яку апаратні компоненти технології (RAN) відіграватимуть у майбутньому з точки зору диференціації. Наприклад, у майбутньому може бути менша диференціація на рівні апаратних компонентів RAN, але більша диференціація може бути можлива на рівні програмного забезпечення.

(¹⁹⁵) Див. п. 259.

(¹⁹⁶) Див. п. 259.

(¹⁹⁷) Слід зазначити, що термін «спільне використання спектра» в цьому розділі стосується лише типу угоди про спільне використання інфраструктури, в якій два або більше конкуруючих операторів мобільних телекомунікаційних мереж використовують як спільний ресурс («тобто об'єднують») свої відповідні запаси спектра в одній або декількох смугах спектра. Настанови цього розділу, що стосуються спільного використання спектра, не стосуються інших видів спільного використання спектра, наприклад, між неконкурентами (у тому числі між операторами мобільних телекомунікаційних мереж та операторами немобільних телекомунікаційних мереж), які динамічно використовують ті самі смуги спектра, сприяючи таким чином ефективному використанню цього обмеженого ресурсу та відкриваючи нові можливості для розгортання 5G. Крім того, термін «спільне використання спектра» в цьому розділі не слід плутати з так званим «динамічним розподілом спектра», який є технологією, що дозволяє динамічно розподіляти ресурси пропускної здатності оператора мобільного зв'язку в певній смузі спектра, щоб забезпечити одночасну роботу більш ніж одного покоління мобільних технологій, таких як 3G, 4G і 5G, у цій смузі спектра.

(¹⁹⁸) Стаття 47(2) Європейського кодексу електронних комунікацій. Крім того, компетентні органи, встановлюючи умови для індивідуальних прав користування радіочастотним спектром, можуть передбачити такі можливості: (а) спільне використання пасивної або активної інфраструктури, яка покладається на радіочастотний спектр, або спільне використання радіочастотного спектра; (б) угоди про доступ до комерційного роумінгу; (с) спільне розгортання інфраструктури для надання мереж або послуг, які покладаються на використання радіочастотного спектра.

(¹⁹⁹) Наприклад, угода про спільне використання інфраструктури мобільного зв'язку між двома мобільними операторами, що мають високу сукупну частку ринку і охоплюють значну частину території держави-члена, а також спільне використання спектра, швидше за все, вимагатиме поглибленого розслідування. Однак, за певних обставин (наприклад, якщо угода обмежується лише малонаселеними районами), такі угоди можуть не мати обмежувальних наслідків.

(²⁰⁰) Див. Z., Daskalova, V., Nes, K., *Retail alliances in the agricultural and food supply chain*, EUR 30206 EN, European Commission, 2020, ISBN 978-92-76-18585-7, doi:10.2760/33720, JRC120271. Цей звіт JRC, зокрема, містить типологію роздрібних альянсів (див. Розділ

2.3), в якій розрізняються (i) групи незалежних роздрібних торговців, (ii) національні роздрібні альянси та (iii) міжнародні або європейські роздрібні альянси. На відміну від груп незалежних роздрібних торговців, національні та міжнародні роздрібні альянси, як правило, не здійснюють спільних закупівель товарів у постачальників, а лише домовляються про певні умови закупівлі з виробниками брендovаних товарів, такі як, наприклад, надання виробником додаткових знижок в обмін на надання певних послуг з боку роздрібних торговців. Ці умови застосовуються на додаток до умов, узгоджених з окремими членами альянсу.

(²⁰¹) Рішення від 7 листопада 2019 року у справі «*Campine*», T-240/17, EU:T:2019:778, п. 297; див. також рішення від 4 червня 2009 року у справі «*T-Mobile Netherlands and Others*», C-8/08, EU:C:2009:343, п. 37; рішення від 13 грудня 2006 року у справі «*Французька яловичина*», об'єднані справи T-217/03 і T-245/03, EU:T:2006:391, п. 83 та наступні.

(²⁰²) Див. главу 6 про обмін інформацією і, зокрема, розділ 6.2.6, який також застосовується до обміну комерційно важливою інформацією між покупцями.

(²⁰³) Будь-які можливі проконкурентні наслідки угоди повинні бути належним чином враховані як елементи контексту для цілей класифікації її як обмеження за предметом, якщо вони здатні поставити під сумнів загальну оцінку того, чи є угода достатньо шкідливою для конкуренції; див. п. 28.

(²⁰⁴) Комісія накладала санкції на картелі покупців, які не діяли повністю таємно, але принаймні розпочали свою діяльність у відносно прозорий спосіб. Рішення Комісії 2003/600/ЄС від 2 квітня 2003 року «*Французька яловичина*» (ОВ L 209, 19.8.2003, с. 12).

(²⁰⁵) Рішення від 15 грудня 1994 року, *Gøttrup-Klim*, C-250/92, EU:C:1994:413, п. 34. Див. також Розділ 1.2.6 про допоміжні засоби обмеження свободи.

(²⁰⁶) Див. розділ 6.2.4.2.

(²⁰⁷) Рішення від 11 вересня 2014 року, *MasterCard проти Комісії*, C-382/12 P, EU:C:2014:2201, п. 89.

(²⁰⁸) Див. п. 369.

(²⁰⁹) Див. також п. 6.

(²¹⁰) Наприклад, національне законодавство, що транспонує Директиву (ЄС) 2019/633 Європейського Парламенту та Ради від 17 квітня 2019 року про недобросовісну торговельну практику у відносинах між суб'єктами господарювання в ланцюгу постачання сільськогосподарської продукції та продуктів харчування (ОВ L 111, 25.4.2019, с. 59), або яке є більш суворим, ніж стаття 102, шляхом заборони або накладення санкцій за неправомірну поведінку щодо економічно залежних суб'єктів господарювання, див. статтю 3(2) та п. 8 Регламенту (ЄС) № 1/2003.

(²¹¹) Див. п. 278.

(²¹²) Такі погрози можуть бути невід'ємною частиною ефективного торгу для досягнення більш конкурентних цін. З іншого боку, такі загрози можуть також виникати в контексті

угод про спільні закупівлі, які мають наслідком обмеження конкуренції. Таким чином, саме по собі виявлення таких загроз не є свідченням шкоди конкуренції або її відсутності.

(²¹³) Наприклад, хоча знижка може мати договірну форму одноразового платежу, вона може фактично залежати від досягнення покупцем певних очікуваних показників продажів при перегляді договору в наступному році. Аналогічно, платіж може залежати від надання певних послуг.

(²¹⁴) Стаття 2(4) VBER.

(²¹⁵) Виключення, передбачене статтею 2(4) VBER, не поширюється на (i) обмін інформацією між постачальником і покупцем, який або не пов'язаний безпосередньо з виконанням вертикальної угоди, або не є необхідним для покращення виробництва або розподілу товарів чи послуг за контрактом, або не відповідає жодній з цих двох умов (стаття 2(5) VBER), або до (ii) вертикальних угод, пов'язаних з наданням послуг онлайн-посередництва, коли постачальник послуг онлайн-посередництва є конкуруючим суб'єктом господарювання на відповідному ринку продажу товарів або послуг, що є об'єктом посередництва (стаття 2(6) VBER). У цих випадках ці Настанови застосовуються разом із Вертикальними настановами. Такі обміни інформацією та угоди вимагають індивідуальної оцінки відповідно до статті 101. Вертикальні настанови можуть мати відношення до оцінки будь-яких вертикальних обмежень, тоді як ці Вертикальні Керівні принципи можуть надавати відповідні вказівки для оцінки можливих наслідків змови.

(²¹⁶) Див. також п. 47.

(²¹⁷) Наприклад, у випадку угоди про комерціалізацію на певному географічному ринку, інші географічні ринки, на яких також діють сторони угоди; або ринки для постачання ресурсів, придбаних спільно для комерціалізації продукції за договором.

(²¹⁸) Рішення від 11 вересня 2014 року, *MasterCard проти Комісії*, С-382/12 Р, ЕУ:С:2014:2201, п. 89.

(²¹⁹) Див. також Розділ 1.2.6 щодо допоміжних обмежувальних заходів.

(²²⁰) Див. також п. 6.

(²²¹) Див. зокрема Главу 9, п. 559 щодо угод про сталий розвиток.

(²²²) Співпраця в торгах може здійснюватися або через субпідряд, коли офіційний учасник торгів погоджується, що в разі присудження йому контракту він передасть частину діяльності в субпідряд одній або кільком іншим сторонам, або через консорціум, коли всі партнери консорціуму беруть спільну участь у тендерній процедурі, як правило, через юридичну особу, створену спеціально для цієї процедури. З точки зору державних закупівель, різниця між субпідрядом і консорціумом полягає в тому, що в першому випадку головний підрядник може не розкривати одразу імена своїх субпідрядників, тоді як у випадку консорціуму імена учасників консорціуму одразу оголошуються тендерному органу. З точки зору конкурентного права, субпідряд і консорціум є спільними торгами. У цьому розділі для простоти замість терміну «спільні торги» використовуватиметься термін «тендерний консорціум». Крім того, слід розрізняти

ситуації, коли i) субпідряд узгоджується до участі в торгах, та ii) субпідряд узгоджується та укладається після присудження контракту. Загалом, лише в першій ситуації субпідряд привірюється до спільної участі в торгах, а в деяких ситуаціях - до певної форми змови на торгах.

(²²³) Повідомлення Комісії про інструменти боротьби зі змовами у сфері публічних закупівель та про вказівки щодо застосування відповідної підстави для виключення (ОВ С 91, 18.3.2021, с. 1).

(²²⁴) Рішення від 14 січня 2021 року, *Kilpailu- ja kuluttajavirasto*, С-450/19, ЕУ:С:2021:10, п. 35.

(²²⁵) Повідомлення Комісії про інструменти боротьби зі змовами у сфері публічних закупівель та про настанови щодо застосування відповідної підстави для виключення, розділ 5.6.

(²²⁶) Рішення від 30 січня 2020 року, *Generics (UK) Ltd та інші проти Органу з питань конкуренції та ринків*, С-307/18, ЕУ:С:2020:52, п. 39.

(²²⁷) Оскільки інформація, якою обмінюються, повністю або частково становить персональні дані, ці Настанови не порушують законодавства ЄС про захист даних, зокрема Регламенту (ЄС) 2016/679 Європейського Парламенту та Ради від 27 квітня 2016 року про захист фізичних осіб у зв'язку з обробкою персональних даних і про вільний рух таких даних та про скасування Директиви 95/46/ЄС (Загальний регламент про захист даних) (ОВ L 119, 4.5.2016, с. 1). Жодне положення цих Настанов не повинно застосовуватися або тлумачитися таким чином, щоб зменшувати або обмежувати право на захист персональних даних.

(²²⁸) Термін «обмін даними» використовується для опису всіх можливих форм і моделей доступу до даних та їх передачі між суб'єктами господарювання. Він включає в себе пули даних, де власники даних об'єднуються для спільного використання даних.

(²²⁹) Рішення від 11 вересня 2014 року, *MasterCard проти Комісії*, С-382/12 Р, ЕУ:С:2014:2201, п. 89.

(²³⁰) Див. також п. 6.

(²³¹) Див. статтю 2(1) та (5) Регламенту (ЄС) 2022/720 від 10 травня 2022 року про застосування статті 101(3) Договору про функціонування Європейського Союзу до категорій вертикальних угод та узгоджених практик (ОВ L 134, 11.5.2022, с. 4). Невичерпний перелік прикладів інформації, яка може, залежно від конкретних обставин, бути безпосередньо пов'язана з реалізацією вертикальної угоди та необхідна для покращення виробництва або розподілу товарів чи послуг за договором, див. у пункті 99 Повідомлення Комісії про Керівні принципи щодо вертикальних обмежень (ОВ С 248, 30.6.2022, с. 1). Якщо сторони вертикальної угоди, яка відповідає умовам пункту (а) або (б) статті 2(4) Регламенту (ЄС) 2022/720, обмінюються інформацією, яка або не має прямого відношення до виконання їхньої вертикальної угоди, або не є необхідною для покращення виробництва чи розподілу контрактних товарів чи послуг, або не відповідає жодній з цих двох умов, обмін інформацією повинен оцінюватися індивідуально відповідно до статті 101 Договору та за допомогою цих Керівних принципів.

(²³²) Стаття 4(1) та стаття 7(1) Регламенту Ради (ЄС) № 139/2004 від 20 січня 2004 року про контроль за концентраціями між суб'єктами господарювання (Регламент ЄС про злиття) (ОВ L 24, 29.1.2004, с. 1). Див. також Повідомлення Комісії про обмеження, безпосередньо пов'язані та необхідні для концентрацій (ОВ С 56, 5.3.2005, с. 24). Див. також рішення від 22 вересня 2021 року у справі «*Altis Europa проти Комісії*», T-425/18, EU:T:2021:607, п. 239.

(²³³) Економічна теорія інформаційної асиметрії займається вивченням рішень у сценаріях, коли одна сторона має більше інформації, ніж інша.

(²³⁴) Обмін даними також заохочується Європейською стратегією щодо даних.

(²³⁵) Рішення від 21 січня 2016 року у справі «*Eturas та інші*», C-74/14, EU:C:2016:42, п. 27, та рішення від 4 червня 2009 року у справі «*T-Mobile Netherlands та інші*», C-8/08, EU:C:2009:343, пп. 32-33.

(²³⁶) Рішення від 21 січня 2016 року у справі «*Eturas та інші*» (*Eturas and Others*), C-74/14, EU:C:2016:42, пп. 39-40; рішення від 19 березня 2015 року у справі «*Dole Food and Dole Fresh Fruit Europe проти Комісії*» (*Dole Food and Dole Fresh Fruit Europe v. Commission*), C-286/13 P, EU:C:2015:184, п. 126.

(²³⁷) Рішення від 26 січня 2017 року, *Duravit та інші* проти *Комісії*, C-609/13 P, EU:C:2017:46, п. 135. та рішення від 12 січня 2023 року, *HSBC Holdings та інші проти Комісії*, C-883/19 P, EU:C:2023:11, п. 123.

(²³⁸) Рішення від 10 листопада 2017 року, *ICAP та інші* проти *Комісії*, T-180/15, EU:T:2017:795, п. 57; рішення від 4 червня 2009 року, *T-Mobile Netherlands та інші*, C-8/08, EU:C:2009: 343, п. 51; рішення від 19 березня 2015 року, «*Dole Food та Dole Fresh Fruit Europe проти Комісії*», C-286/13 P, EU:C:2015:184, п. 127 та рішення від 8 липня 1999 року, «*Hüls проти Комісії*», C-199/92 P, EU:C:1999:358, пп. 161-163.

(²³⁹) Використання терміну «основні проблеми конкуренції» означає, що подальший опис проблем конкуренції не є ні винятковим, ні вичерпним.

(²⁴⁰) Це стосується, зокрема, випадків, коли обмін лежить в основі іншої антиконкурентної домовленості. Рішення від 26 січня 2017 року у справі «*Duravit та інші* проти *Комісії*», C-609/13 P, EU:C:2017:46, п. 134; рішення від 7 січня 2004 року у справі «*Aalborg Portland та інші* проти *Комісії*», C-204/00 P, C-205/00 P, C-211/00 P, C-213/00 P, C-217/00 P і C-219/00 P, EU:C:2004:6, п. 281.

(²⁴¹) Таким чином, обмін інформацією може сприяти змові, сприяючи взаємному розумінню схеми винагороди і покарання, яка є характерною для змовницьких угод. Такий обмін інформацією може бути як приватним, так і публічним. Наприклад, якщо суб'єкт господарювання приватно повідомляє своїм конкурентам про те, що всі вони повинні підвищити ціни, зменшити обсяги продажів або потужності, або спільно ухвалювати бізнес-рішення, антиконкурентні наміри, безперечно, будуть наявні. Ефект, ймовірно, буде аналогічним, якщо суб'єкт господарювання натомість публічно повідомить про цей план, якщо тільки не буде доведено, що від такої інформації виграють споживачі, а не лише сам суб'єкт господарювання, його конкуренти чи інвестори. Це пов'язано з тим, що суб'єкти господарювання, їхні конкуренти та

інвестори, як правило, отримують вигоду від вищих прибутків у результаті змови, тоді як клієнти втрачають.

(²⁴²) Див., наприклад, рішення від 7 листопада 2019 року у справі «*Campine and Campine Recycling проти Комісії*», T-240/17, EU:T:2019:778, п. 305.

(²⁴³) Щодо проблем витіснення, які виникають з вертикальних угод, див. пп. 18-22 Керівних принципів щодо вертикальних обмежень.

(²⁴⁴) Рішення від 23 листопада 2006 року у справі *Asnef-Equifax*, C-238/05, EU:C:2006:734, пп. 57-58, підкреслює важливість аналізу базової структури ринку для встановлення того, чи є ризик витіснення ймовірним. Див. також Рішення Комісії від 30 червня 2022 року у справі AT.40511, *Insurance Ireland*, де учасники біржі становили 98 % відповідного ринку.

(²⁴⁵) Це не вимагає, щоб доступ був безкоштовним. Може стягуватися плата, якщо вона є справедливою, прозорою та недискримінаційною. Крім того, треті сторони можуть бути зобов'язані самостійно вносити дані до бази даних. Див. також: рішення від 23 листопада 2006 року, *Asnef-Equifax*, C-238/05, EU:C:2006:734, п. 60.

(²⁴⁶) Доступ до власних даних суб'єкта господарювання, наприклад, до даних користувачів, створених за допомогою платформи, не вважається обміном комерційно чутливою інформацією.

(²⁴⁷) Рішення від 19 березня 2015 року, *Dole Food та Dole Fresh Fruit Europe проти Комісії*, C-286/13 P, EU:C:2015:184, пункт 121 та рішення від 12 січня 2023 року, *HSBC Holdings та інші проти Комісії*, справа C-883/19 P, EU:C:2023:11, пункт 115

(²⁴⁸) Рішення від 19 березня 2015 року, *Dole Food та Dole Fresh Fruit Europe проти Комісії*, C-286/13 P, EU:C:2015:184, п. 123 та рішення від 4 червня 2009 року, *T-Mobile Netherlands та інші*, C-8/08, EU:C:2009:343, п. 36.

(²⁴⁹) Рішення від 15 грудня 2016 року у справі «*Philips та Philips France проти Комісії*», T-762/14, EU:T:2016:738, п. 91.

(²⁵⁰) Цей перелік не є вичерпним.

(²⁵¹) Рішення від 8 липня 2008 року, *BPB проти Комісії*, T-53/03, EU:T:2008:254, п. 236 та рішення від 2 лютого 2022 року, *Scania проти Комісії*, T-799/17, EU:T:2022:48, п. 347. Інформація є суспільним надбанням, якщо вона доступна з загальнодоступних джерел. Інформація не є публічною, якщо витрати, пов'язані зі збором інформації, утримують інші підприємства та клієнтів від цього. Той факт, що певну інформацію можна зібрати на ринку, наприклад, отримавши її від клієнтів, не обов'язково означає, що така інформація становить ринкові дані, які є легкодоступними для конкурентів. Рішення від 12 липня 2001 року у справі «*Tate & Lyle та інші проти Комісії*», T-202/98, T-204/98 та T-207/98, EU:T:2001:185, п. 60.

(²⁵²) Див. рішення від 5 жовтня 2020 року у справі «*Casino, Guichard-Perrachon та АМС проти Комісії*», T-249/17, EU:T:2020:458, пп. 263-267, та рішення від 30 вересня 2003 року у справі «*Atlantic Container Line та інші проти Комісії*», T-191/98, T-212/98 - T-214/98, EU:T:2003:245, п. 1 154. Див. також п. 398, де пояснюється, що публічне

розкриття інформації може в деяких випадках бути частиною каналу зв'язку між конкурентами, який сигналізує про майбутні наміри поводитися на ринку певним чином або слугує координаційним центром для координації дій між конкурентами, а отже, може підпадати під дію статті 101(1).

(²⁵³) Наприклад, у випадку жорсткої олігополії.

(²⁵⁴) Торговельні асоціації можуть збирати історичні дані для того, щоб зробити свій внесок в огляд державної політики або проаналізувати результати такого огляду.

(²⁵⁵) Наприклад, у минулих справах Комісія розглядала обмін даними про *суб'єктів господарювання*, яким більше одного року, як історичні та такі, що не обмежують конкуренцію в розумінні статті 101(1), тоді як інформація, якій менше одного року, вважалася нещодавньою; Рішення Комісії у справі IV/31.370, *Британська біржа реєстрації сільськогосподарських тракторів (UK Agricultural Tractor Registration Exchange)*, п. 50; Рішення Комісії у справі IV/36.069, *Об'єднання підприємців «Сталь» (OB L 1, 3.1.1998, с. 10)*, п. 17).

(²⁵⁶) У своєму рішенні від 12 липня 2019 року у справі «*Sony та Sony Electronics проти Комісії*», T-762/15, EU:T:2019:515, п. 127, Загальний суд визнав, що за обставин цієї справи знання результатів минулих аукціонів є дуже важливою інформацією для конкурентів як для цілей моніторингу, так і з метою укладення майбутніх контрактів.

(²⁵⁷) Див. рішення від 23 листопада 2006 року у справі «*Asnef-Equifax*», C-238/05, EU:C:2006:734, пп. 31-32.

(²⁵⁸) Див. рішення від 15 березня 2000 року, *Cimenteries CBR проти Комісії*, T-25/95 та інші, EU:T:2000:77, п. 1849 та рішення від 4 червня 2009 року, *T-Mobile Netherlands та інші*, C-8/08, EU:C:2009:343, п. 51.

(²⁵⁹) Див. висновок Генерального адвоката Kokott від 19 лютого 2009 року, *T-Mobile Netherlands та інші*, справа C-8/08, EU:C:2009:110, п. 54. Щодо дистанціювання: див. рішення від 20 січня 2016 року, *Toshiba Corporation проти Комісії*, C-373/14 P, пп. 62-63. Див. далі, пункт 410.

(²⁶⁰) Див. рішення від 21 січня 2016 року у справі «*Етурас та інші*» (*Eturas and Others*), C-74/14, EU:C:2016:42, п. 48; рішення від 8 липня 1999 року у справі «*Хюльс проти Комісії*» (*Hüls v Commission*), C-199/92 P, EU:C:1999:358, п. 162; рішення від 8 липня 1999 року у справі «*Комісія проти Анік Партесіпаціони*» (*Anic Partecipazioni*), C-49/92 P, EU:C:1999:356, п. 121.

(²⁶¹) Див. рішення від 4 червня 2009 року, *T-Mobile Netherlands та інші*, C-8/08, EU:C:2009:343, п. 59.

(²⁶²) Див. рішення від 12 липня 2001 року, *Tate & Lyle та інші проти Комісії*, T-202/98, T-204/98 і T-207/98, EU:T:2001:185, п. 54.

(²⁶³) Рішення від 21 січня 2016 року у справі «*Етурас та інші*» (*Eturas and Others*), C-74/14, EU:C:2016:42, пп. 39-40.

(²⁶⁴) У своєму рішенні від 21 січня 2016 року у справі «*Етурас та інші*» (*Eturas and Others*), C-74/14, EU:C:2016:42, п. 41, Суд ЄС навів приклади засобів спростування цієї

презумпції: шляхом доведення того, що адресат не отримав повідомлення, або що він не переглядав відповідний розділ, або що він не переглядав повідомлення, поки не минув певний час після його відправлення.

(²⁶⁵) Див. також п. 389.

(²⁶⁶) Див., наприклад, рішення від 14 березня 2013 року у справі «*Dole Food Company та Dole Germany проти Комісії*», T-588/08, EU:T:2013:130, пп. 291-295.

(²⁶⁷) Рішення від 24 вересня 2019 року, *HSBC Holdings та інші проти Комісії*, T-105/17, EU:T:2019:675, п. 144.

(²⁶⁸) Див., наприклад, Рішення Комісії від 7 липня 2016 року, справа AT.39850 *Container Shipping*, пп. 40-43.

(²⁶⁹) Конкурентне законодавство не забороняє клієнтам самостійно розкривати цінову пропозицію одного постачальника іншому постачальнику з метою отримання кращих комерційних умов, наприклад, нижчої ціни. Такі випадки слід відрізняти від ситуацій, коли замовник знає про антиконкурентну домовленість між постачальниками та обмінюється інформацією з метою реалізації такої домовленості.

(²⁷⁰) Рішення від 10 листопада 2017 року у справі *ICAP та інші проти Комісії*, T-180/15, EU:T:2017:795, п. 103; рішення від 22 жовтня 2015 року у справі *AC-Treuhand проти Комісії*, C-194/14 P, EU:C:2015:717, пп. 27, 34-35. Див. також рішення від 30 березня 2022 року у справі «*Air Canada проти Комісії*», T-326/17, EU:T:2022:177, пп. 370-371, в якому Загальний суд встановив, що відповідальність таких третіх осіб не залежить від того, чи відігравали вони роль посередника та модератора, який отримував винагороду в домовленості. Див. також п. 454.

(²⁷¹) Рішення від 21 липня 2016 року, *В.М. Ремонтс та інші*, C-542/14, EU:C:2016:578, п. 31.

(²⁷²) Рішення від 21 липня 2016 року, *В.М. Ремонтс та інші*, C-542/14, EU:C:2016:578, п. 30. Див. також п. 406, в якому пояснюється, що одержувач комерційно важливої інформації вважається таким, що взяв її до уваги, якщо тільки він не дистанціюється, чітко заявивши, що не бажає отримувати таку інформацію, або не повідомивши про обмін адміністративним органам.

(²⁷³) Рішення від 10 листопада 2017 року, *ICAP та інші проти Комісії*, T-180/15, EU:T:2017:795, п. 100.

(²⁷⁴) Наприклад, нечасті контракти можуть зменшити можливість помсти.

(²⁷⁵) Залежно від структури ринку та загального контексту обміну, не можна виключати можливість того, що ізольований обмін може становити достатню підставу для узгодження суб'єктами господарювання своєї поведінки на ринку; див. рішення від 4 червня 2009 року у справі «*T-Mobile Netherlands та інші*» (*T-Mobile Netherlands and Others*), C-8/08, EU:C:2009:343, п. 59.

(²⁷⁶) Наприклад, на деяких ринках, таких як онлайнві ринки або роздрібна торгівля бензином, рішення про ціноутворення приймаються кілька разів на день. На інших ринках фірми переглядають свої ціни лише кілька разів на рік. Щоквартальний обмін

інформацією може не вважатися частим на перших ринках, тоді як на других він може вважатися таким. На деяких фінансових ринках торгівля відбувається з такою високою частотою, що інформація, яка публікується з щоденною періодичністю, може вважатися нечастою.

(²⁷⁷) Такі заходи вже можуть бути необхідними для дотримання Загального регламенту захисту даних, якщо обмін включає персональні дані.

(²⁷⁸) Див. рішення Комісії від 24 квітня 2018 року у справі M.7993, *Altice/PT Португалія*, п. 53.

(²⁷⁹) Цей перелік характеристик не є вичерпним; інші характеристики ринку також можуть мати значення для оцінки конкретних обмінів інформацією.

(²⁸⁰) Див. також пункт 389.

(²⁸¹) Див. рішення від 23 листопада 2006 року у справі *Asnef-Equifax*, C-238/05, EU:C:2006:734, п. 58 та наведену в ньому прецедентну практику.

(²⁸²) Рішення Комісії у справах IV/31.370 та 31.446, *Британська біржа реєстрації сільськогосподарських тракторів* (ОВ L 68, 13.3.1992, с. 19), п. 51 та рішення від 27 жовтня 1994 року, *Дір проти Комісії*, T-35/92, EU:T:1994:259, п. 78.

(²⁸³) Рішення від 19 березня 2015 року, *Dole Food та Dole Fresh Fruit Europe проти Комісії*, C-286/13 P, EU:C:2015:184, п. 122; рішення від 4 червня 2009 року, *T-Mobile Netherlands та інші*, C-8/08, EU:C:2009:343, п. 41; рішення від 12 січня 2023 року, *HSBC Holdings та інші проти Комісії*, C-883/19, EU:C:2023:11, пп. 115-116; рішення від 8 липня 2020 року, *Infineon Technologies проти Комісії*, T-758/14 RENV, EU:T:2020:307, п. 100.

(²⁸⁴) Див., наприклад, рішення від 6 жовтня 2009 року у справі «*GlaxoSmithKline*», C-501/06 P, C-513/06 P, C-515/06 P і C-519/06 P, EU:C:2009:610, п. 58; рішення від 20 листопада 2008 року у справі *BIDS*, C-209/07, EU:C:2008:643, п. 15 і далі.

(²⁸⁵) Рішення від 26 вересня 2018 року, *Philips та Philips France проти Комісії*, C-98/17 P, EU:C:2018:774, п. 35.

(²⁸⁶) Інформація щодо запланованих майбутніх обсягів може, наприклад, включати заплановані майбутні продажі, частки ринку, продажі на певних територіях або продажі певним групам споживачів.

(²⁸⁷) Див., наприклад, рішення від 8 липня 2020 року у справі «*Infineon Technologies проти Комісії*», T-758/14 RENV, EU:T:2020:307, п. 96; рішення від 15 грудня 2016 року у справі «*Philips та Philips France проти Комісії*» (*Philips and Philips France v Commission*), T-762/14, EU:T:2016:738, п. 134-136. Не обов'язково, щоб інформація безпосередньо стосувалася цін. Обмін інформацією, яка формує вирішальний елемент ціни, що сплачується кінцевим споживачем, також може становити обмеження за предметом. Рішення від 4 червня 2009 року, *T-Mobile Netherlands та інші*, C-8/08, EU:C:2009:343, п. 37.

(²⁸⁸) Рішення від 8 липня 2020 року, *Infineon Technologies* проти *Комісії*, T-758/14 RENV, EU:T:2020:307, пп. 85 і 96; рішення від 15 грудня 2016 року, *Philips та Philips France* проти *Комісії*, T-762/14, EU:T:2016:738, п. 104.

(²⁸⁹) Рішення від 8 липня 2020 року, *Infineon Technologies* проти *Комісії*, T-758/14 RENV, EU:T:2020:307, п. 70.

(²⁹⁰) Рішення від 8 липня 2020 року, *Infineon Technologies* проти *Комісії*, T-758/14 RENV, EU:T:2020:307, п. 98.

(²⁹¹) Рішення від 9 вересня 2015 року, *Samsung SDI та інші* проти *Комісії*, T-84/13, EU:T:2015:611, п. 51.

(²⁹²) Рішення від 8 липня 2020 року, *Infineon Technologies* проти *Комісії*, T-758/14 RENV, EU:T:2020:307, п. 96.

(²⁹³) Рішення Комісії від 8 липня 2021 року у справі AT.40178 «*Автомобільні викиди*», пп. 84, 107 та 124-126.

(²⁹⁴) Див. рішення від 12 січня 2023 року у справі «*HSBC Holdings та інші проти Комісії*», C-883/19 P, EU:C:2023:11, пункти 120-121, в якому роз'яснюється, що стаття 101 покликана захищати не лише безпосередні інтереси окремих конкурентів або споживачів, але й захищати структуру ринку, а отже, конкуренцію як таку.

(²⁹⁵) Рішення від 7 листопада 2019 року у справі «*Campine and Campine Recycling проти Комісії*», T-240/17, EU:T:2019:778, п. 308.

(²⁹⁶) Рішення від 12 січня 2023 року, *HSBC Holdings та інші проти Комісії*, C-883/19 P, EU:C:2023:11, пп. 195-205.

(²⁹⁷) Настанови, викладені в решті частини цього Розділу 6.2.7, застосовуються лише до обміну інформацією, який не обмежує конкуренцію за предметом.

(²⁹⁸) Рішення від 28 травня 1998 року, *John Deere*, C-7/95 P, EU:C:1998:256, п. 76.

(²⁹⁹) Рішення від 23 листопада 2006 року, *Asnef-Equifax*, C-238/05, EU:C:2006:734, п. 54.

(³⁰⁰) У певних випадках обмін інформацією може принести вигоду лише тоді, коли він охоплює достатньо велику частку ринку. Це може, наприклад, стосуватися збору інформації у секторі фінансових послуг, де використання необов'язкових кредитних реєстрів та спільних збірок може покращити знання про ризики та полегшити ранжування ризиків для окремих компаній.

(³⁰¹) У своєму рішенні від 30 червня 2022 року у справі AT.40511, *Insurance Ireland*, Комісія встановила, що біржа охоплює значну частину відповідного ринку. У цій справі учасники біржі становили 98 % відповідного ринку.

(³⁰²) Обговорення потенційного підвищення ефективності від обміну інформацією не є вичерпним.

(³⁰³) Див. п. 412.

(³⁰⁴) У цій таблиці наведено огляд відповідних міркувань при оцінці відповідальності за обмін комерційною таємницею в різних контекстах. Таблиця є орієнтовною і не є вичерпною.

(³⁰⁵) Якщо Б публічно дистанціюється або повідомляє про обмін органам влади, відповідальність А залежатиме від того, чи вдасться встановити наявність узгодженої практики.

(³⁰⁶) Стандартизація може відбуватися різними способами, починаючи від прийняття стандартів на основі консенсусу визнаними міжнародними, європейськими або національними органами стандартизації, через технічні специфікації на основі консенсусу, розроблені консорціумами та форумами, до угод між незалежними суб'єктами господарювання.

(³⁰⁷) Див. рішення від 26 березня 2009 року, *Selex Sistemi Integrati* проти *Комісії*, C-113/07 P, EU:C:2009:191, п. 92.

(³⁰⁸) Регламент (ЄС) № 1025/2012 Європейського Парламенту та Ради від 25 жовтня 2012 року про європейську стандартизацію, що вносить зміни до Директив Ради 89/686/ЄЕС та 93/15/ЄЕС і Директив Європейського Парламенту та Ради 94/9/ЄС, 94/25/ЄС, 95/16/ЄС, 97/23/ЄС, 98/34/ЄС, 2004/22/ЄС, 2007/23/ЄС, 2009/23/ЄС і 2009/105/ЄС та скасовує Рішення Ради 87/95/ЄЕС і Рішення Європейського Парламенту та Ради № 1673/2006/ЄС (ОВ L 316, 14. 11.2012, р. 12).

(³⁰⁹) Див. рішення від 12 травня 2010 року, *EMC Development* проти *Комісії*, T-432/05, EU:T:2010:189.

(³¹⁰) Див. главу 2 про угоди про НДДКР, а також Настанови щодо застосування статті 101 Договору про функціонування Європейського Союзу до угод про передачу технологій (ОВ С 89, 28.3.2014, с. 3), пп. 20-26) («Керівні принципи щодо трансферу технологій»), в яких розглядаються аспекти визначення ринку, що мають особливе значення у сфері ліцензування прав на технологію. Приклад визначення ринку на основі цих Керівних принципів див. у Рішенні Комісії у справі AT.39985, *Motorola - Правозастосування щодо основних патентів на стандарту GPRS*, пп. 184-220.

(³¹¹) Див. також п. 475.

(³¹²) У цій главі ПІВ стосується, зокрема, патенту(ів) (за винятком неопублікованих патентних заявок). Однак, якщо інші види ПІВ надають власникові ПІВ ефективний контроль над використанням стандарту, слід застосовувати ті самі принципи.

(³¹³) Залежно від учасників процесу розробки стандарту, обмеження можуть виникати або на стороні постачальника, або на стороні покупця на ринку стандартизованого продукту.

(³¹⁴) Якщо також супроводжується зобов'язанням FRAND. Див. пп. 451 - 457.

(³¹⁵) Див. настанови з питань трансферу технологій, параграф 7.

(³¹⁶) Високі роялті можуть бути кваліфіковані як надмірні лише за умови дотримання умов зловживання домінуючим становищем, викладених у статті 102 Договору та

прецедентному праві Суду Європейського Союзу. наприклад, рішення від 14 лютого 1978 року у справі «*United Brands*», справа 27/76, EU:C:1978:22.

(³¹⁷) Хоча занепокоєння щодо призупинення та утримання мають, як правило, односторонній характер, занепокоєння щодо призупинення зазвичай впливають із самої угоди про стандартизацію, тоді як занепокоєння щодо утримання притаманні нематеріальній природі ПІВ. Іншими словами, під час процесу стандартизації учасники розробки стандарту домовляються про конкретне технологічне рішення серед (потенційно) конкуруючих технологій, що може створити ринкову владу, яку власник ПІВ, необхідного для стандарту, може використати для «утримання» виконавців. На відміну від цього, утримання виконавця, який не бажає брати ліцензію, не є результатом стандартизації, а впливає з того факту, що власники ПІВ можуть, зрештою, запобігти неліцензійному використанню лише за допомогою судових позовів. Вимоги, накладені Судом ЄС у справі *Huawei проти ZTE* на реалізаторів основних стандартних ПІВ, щоб уникнути судової заборони з боку національного суду, як правило, забезпечують достатній захист від тактики утримання в межах Європейського Союзу; див. рішення від 16 липня 2015 року у справі *Huawei Technologies Co. Ltd проти ZTE Corp. та ZTE Deutschland GmbH*, C-170/13, EU:C:2015:477, зокрема пп. 65-67.

(³¹⁸) Див. рішення Комісії у справі AT.39985, *Motorola* - Правозастосування щодо основних патентів на стандарту GPRS, пп. 221-270.

(³¹⁹) Див., наприклад, Рішення Комісії у справі IV/35.691, *Попередньо ізольовані труби*, п. 147, де частина порушення статті 101 полягала у «використанні норм і стандартів з метою запобігання або затримки впровадження нової технології, яка б призвела до зниження цін».

(³²⁰) Цей параграф не повинен перешкоджати завчасному розкриттю найбільш обмежувальних ліцензійних умов для стандартних основних патентів окремими власниками ПІВ або максимальної сукупної ставки роялті всіма власниками ПІВ, як це описано в параграфі 474. Це також не перешкоджає створенню патентних пулів відповідно до принципів, викладених у Розділі IV.4 Керівних принципів передачі технології, або прийняттю рішення про ліцензування ПІВ, які є суттєвими для стандарту, на умовах безоплатного використання, як це викладено в цій Главі.

(³²¹) Див. також Главу 1 «Вступ». Щодо ринкових часток, див. також параграф 472.

(³²²) Див. також параграф 464 з цього приводу.

(³²³) Необмежена участь повинна охоплювати участь на всіх етапах процесу, включаючи участь на підготовчому етапі до процесу стандартизації в рамках ОРС, наприклад, у контексті груп спеціальних інтересів, створених в рамках ОРС.

(³²⁴) Наприклад, повинен бути наданий ефективний доступ до специфікації стандарту.

(³²⁵) Як зазначено в параграфах 456 та 457. Див. також Повідомлення Комісії Європейському Парламенту, Раді та Європейському економічному і соціальному комітету з викладенням підходу ЄС до стандартних основних патентів («Повідомлення про стандартні основні патенти») (COM/2017/0712 final).

(³²⁶) Див. рішення від 16 липня 2015 року у справі *Huawei Technologies Co. Ltd* проти *ZTE Corp. та ZTE Deutschland GmbH*, C-170/13, EU:C:2015:477, п. 53: «За таких обставин та з огляду на той факт, що зобов'язання надавати ліцензії на умовах FRAND створює законні очікування з боку третіх сторін щодо того, що власник SEP дійсно надасть ліцензії на таких умовах, відмова власника SEP надати ліцензію на таких умовах може, в принципі, становити зловживання у розумінні статті 102 ДФЄС». Див. також Рішення Комісії у справі AT.39985 - *Motorola* - *Захист основних патентів на стандарт GPRS*, п. 417: «З огляду на процес стандартизації, який призвів до прийняття стандарту GPRS, і добровільне зобов'язання компанії *Motorola* надати ліцензію на *Cudak SEP* на умовах FRAND, впроваджувачі стандарту GPRS мають законні очікування, що *Motorola* надасть їм ліцензію на цей SEP, за умови, що вони не відмовляться від укладення ліцензії на умовах FRAND».

(³²⁷) Для досягнення бажаного результату добросовісне розкриття не обов'язково заходить так далеко, щоб вимагати від учасників порівнювати свої ПІВ з потенційним стандартом і видавати заяву з позитивним висновком про те, що вони не мають жодних ПІВ, які б відповідали потенційному стандарту.

(³²⁸) І навпаки, «патентна засідка» виникає тоді, коли суб'єкт господарювання, який бере участь у процесі розробки стандарту, навмисно приховує той факт, що він володіє важливими патентами на стандарт, який розробляється, і починає заявляти про такі патенти лише після того, як стандарт було погоджено, а інші суб'єкти господарювання, таким чином, «прив'язані» до його використання. Коли «патентна засідка» виникає під час процесу розробки стандарту, це підриває довіру до цього процесу, оскільки ефективний процес розробки стандартів є передумовою технічного розвитку та розвитку ринку в цілому на користь споживачів. наприклад, Рішення Комісії від 9 грудня 2009 року у справі COMP/38.636 - *RAMBUS* (ОВ С 30, 6.2.2010, с. 17).

(³²⁹) Учасників слід заохочувати до завершення попереднього повного розкриття із зазначенням номера патенту та/або номерів патентних заявок, коли ця інформація стає загальнодоступною.

(³³⁰) Те саме стосується випадків, коли організація застосовує політику ліцензування, що базується на одноразовій номінальній оплаті.

(³³¹) Див. також рішення від 16 липня 2015 року, *Huawei Technologies Co. Ltd* проти *ZTE Corp. та ZTE Deutschland GmbH*, C-170/13, EU:C:2015:477, пункт 71, згідно з яким позов про порушення може становити зловживання домінуючим становищем у розумінні статті 102, якщо його подано проти добровільного ліцензіата без дотримання процесуальних кроків, викладених Судом ЄС у своєму рішенні.

(³³²) Організації з розробки стандартів не беруть участі в переговорах щодо ліцензування або в угодах, що укладаються в результаті.

(³³³) Див. рішення від 14 лютого 1978 року, *United Brands*, справа 27/76, EU:C:1978:22, п. 250; див. також рішення від 16 липня 2009 року, *Der Grüne Punkt - Duales System Deutschland v Commission*, C-385/07 P, EU:C:2009:456, п. 142.

(³³⁴) Повідомлення про стандартні основні патенти, с. 7.

(³³⁵) В принципі, методи, засновані на витратах, можуть бути не найкращими, не в останню чергу тому, що вони пов'язані з труднощами оцінки витрат, пов'язаних з розробкою конкретного патенту або групи патентів, і можуть спотворювати стимули до інновацій.

(³³⁶) Описані тут методи не є виключними, і для визначення ставок FRAND можуть використовуватися інші методи, що відображають дух описаних методів. Див. також Chryssoula Pentheroudakis, Justus A. Baron (2017) Ліцензійні умови стандартних основних патентів. Комплексний аналіз випадків. Звіт JRC «Наука для політики». EUR 28302 EN; doi:10.2791/193948.

(³³⁷) Див. рішення від 13 липня 1989 року у справі *Tournier*, C-395/87, EU:C:1989:319, пункт 38; рішення від 13 липня 1989 року у справі *Lucazeau та інші* проти *SACEM та інші*, справи 110/88, 241/88 і 242/88, EU:C:1989:326, пункт 33.

(³³⁸) За згодою обох сторін, спори щодо того, що є умовами FRAND для SEP, можуть також вирішуватися незалежною третьою стороною, наприклад, арбітром. Наприклад, рішення від 16 липня 2015 року у справі *Huawei Technologies Co. Ltd* проти *ZTE Corp. та ZTE Deutschland GmbH*, C-170/13, EU:C:2015:477, пункт 68 та Рішення Комісії від 29 квітня 2014 року у справі AT. 39939, *Samsung - Забезпечення дотримання основних патентів на стандарт UMTS*, пункт 78.

(³³⁹) Див. рішення Комісії у справі IV/29/151, *Philips/VCR*, п. 23: «Оскільки ці стандарти стосувалися виробництва відеомагнітофонів, сторони були зобов'язані виробляти та розповсюджувати лише касети та відеомагнітофони, що відповідали системі відеомагнітофонів, ліцензованій компанією Philips. Їм було заборонено переходити на виробництво та розповсюдження інших відеокасетних систем... Це становило обмеження конкуренції згідно зі статтею 85(1)(b)».

(³⁴⁰) Див. рішення Комісії у справі IV/29/151, *Philips/VCR*, п. 23.

(³⁴¹) У Рішенні Комісії у справі IV/31.458, *X/Open Group*, Комісія вважала, що навіть якщо прийняті стандарти будуть оприлюднені, політика обмеженого членства призведе до того, що нечлени групи не зможуть впливати на результати роботи групи і не зможуть отримати ноу-хау і технічне розуміння стандартів, які, ймовірно, набудуть члени групи. Крім того, не члени групи не могли, на відміну від членів, впроваджувати стандарт до його прийняття (див. параграф 32). Тому було вирішено, що угода обмежує конкуренцію в розумінні статті 101(1).

(³⁴²) Таке обмеження може матеріалізуватися через виключення зацікавлених сторін з угоди про стандартизацію або через більш обмежений статус учасника.

(³⁴³) Див. рішення Комісії від 14 жовтня 2009 року у справі 39.416, *Класифікація суден*.

(³⁴⁴) Зокрема, коли впровадження стандарту може призвести до появи нового відповідного ринку.

(³⁴⁵) Див. п. 438.

(³⁴⁶) З метою підвищення прозорості потенційних витрат на впровадження стандарту, ОРС можуть відігравати активну роль у розкритті загальної максимальної суми роялті

за стандарт. Подібно до концепції патентного пулу, власники ПІВ можуть ділити загальну суму роялті.

(³⁴⁷) Будь-яке одностороннє або спільне завчасне розкриття найбільш обмежувальних ліцензійних умов не повинно слугувати прикриттям для спільного встановлення цін на продукти переробки або на замітники ПІВ/технологій, що є обмеженням конкуренції за предметом.

(³⁴⁸) Див. рішення Комісії від 15 грудня 1986 року у справі IV/31.458, *X/Open Group*, пункт 42: «Комісія вважає, що готовність Групи надати результати якнайшвидше є важливим елементом її рішення про надання винятку».

(³⁴⁹) У рішенні Комісії у справі IV/29/151, *Philips/VCR*, дотримання стандартів відеомагнітофонів призвело до виключення інших, можливо, кращих систем. Таке виключення було особливо серйозним з огляду на провідну позицію на ринку, яку займала компанія Philips»...на сторони були накладені обмеження, які не були необхідними для досягнення цих удосконалень. Сумісність відеокасет відеомагнітофонів з апаратурою інших виробників була б забезпечена, навіть якщо б останнім довелося прийняти не більше, ніж зобов'язання дотримуватися стандартів відеомагнітофонів при виробництві обладнання для відеомагнітофонів» (пункт 31).

(³⁵⁰) Див. рішення Комісії від 15 грудня 1986 року у справі IV/31.458, *X/Open Group*, п. 45: «Цілі Групи не могли б бути досягнуті, якби будь-яка компанія, що бажає взяти на себе зобов'язання дотримуватися цілей Групи, мала право стати її членом. Це створило б практичні та логістичні труднощі для управління роботою і, можливо, завадило б прийняттю відповідних пропозицій». Див. також Рішення Комісії у справі 39.416, *Класифікація суден*, п. 36: "Зобов'язання забезпечують належний баланс між збереженням вимогливих критеріїв для членства в IACS, з одного боку, і усуненням непотрібних бар'єрів для членства в IACS, з іншого боку. Нові критерії гарантуватимуть, що лише технічно компетентні CS матимуть право стати членами IACS, таким чином запобігаючи надмірному зниженню ефективності та якості роботи IACS через надто м'які вимоги до участі в IACS. Водночас, нові критерії не перешкоджатимуть CS, які є технічно компетентними та бажають приєднатися до IACS, приєднатися до IACS».

(³⁵¹) Див. п. 471 вище щодо забезпечення інформування зацікавлених сторін та проведення консультацій з ними щодо поточної роботи, якщо участь обмежена.

(³⁵²) Замінний ПІВ означає технологію, яка розглядається користувачами або ліцензіатами як взаємозамінна з іншою технологією або як така, що може бути замінена іншою технологією, з огляду на характеристики та цільове використання цих технологій.

(³⁵³) У цьому контексті див. Рішення Комісії від 29 листопада 1995 року у справі IV/34.179, 34.202, 216, *Голландські крани (SCK та FNK)*, пункт 23: «Заборона залучати фірми, не сертифіковані SCK, в якості субпідрядників обмежує свободу дій сертифікованих фірм. Питання про те, чи можна вважати заборону такою, що перешкоджає, обмежує чи спотворює конкуренцію в розумінні статті 85(1), має вирішуватися в правовому та економічному контексті. Якщо така заборона пов'язана з системою сертифікації, яка є повністю відкритою, незалежною та прозорою і передбачає прийняття еквівалентних гарантій від інших систем, можна

стверджувати, що вона не має обмежувального впливу на конкуренцію, а просто спрямована на повне гарантування якості сертифікованих товарів чи послуг».

(³⁵⁴) Стандартизація *de facto* означає ситуацію, коли (юридично необов'язковий) стандарт на практиці використовується більшою частиною галузі.

(³⁵⁵) Такі стандартні умови можуть охоплювати лише дуже малу або значну частину положень, що містяться в остаточному контракті.

(³⁵⁶) Це стосується ситуації, коли (необов'язкові) стандартні умови на практиці використовуються більшою частиною галузі та/або для більшості аспектів товару/послуги, що призводить до обмеження або навіть відсутності вибору споживача.

(³⁵⁷) Див. також виноски 32. На ринках, де нецінові параметри є важливими параметрами конкуренції, стандартні умови, що стосуються таких параметрів, також можуть становити обмеження конкуренції за предметом.

(³⁵⁸) Якщо попередній досвід застосування стандартних умов на відповідному ринку показує, що стандартні умови не призвели до зменшення конкуренції щодо диференціації товару, це також може свідчити про те, що використання такого ж типу стандартних умов у суміжному товарі не призведе до обмежувальних наслідків для конкуренції.

(³⁵⁹) На ринках, де нецінові параметри є важливими параметрами конкуренції, стандартні умови, що стосуються таких параметрів, також можуть мати обмежувальні наслідки для конкуренції.

(³⁶⁰) Повідомлення Комісії про неофіційні вказівки щодо нових або невирішених питань стосовно статей 101 і 102 Договору про функціонування Європейського Союзу, які виникають в окремих випадках (керівні листи) (ОВ С 381, 4.10.2022, с. 9).

(³⁶¹) Стаття 3 Договору про функціонування Європейського Союзу.

(³⁶²) Порядок денний у сфері сталого розвитку на період до 2030 року, ухвалений усіма державами-членами Організації Об'єднаних Націй у 2015 році.

(³⁶³) Повідомлення Комісії Європейському Парламенту, Європейській Раді, Раді, Європейському економічному і соціальному комітету та Комітету регіонів «Європейський зелений курс» (COM/2019/640 final).

(³⁶⁴) Див. наприклад, Резолюцію ООН 66/288, прийняту Генеральною Асамблеєю 27 липня 2012 року.

(³⁶⁵) Порядок денний ООН у сфері сталого розвитку на період до 2030 року визначає 17 Цілей сталого розвитку (включаючи, наприклад, Ціль 2: подолання голоду, досягнення продовольчої безпеки та поліпшення харчування і сприяння сталому розвитку сільського господарства; Ціль 7: забезпечення доступу до недорогих, надійних, стійких і сучасних джерел енергії; Ціль 9: розбудова стійкої інфраструктури, сприяння всеохоплюючій і стійкій індустріалізації та заохочення інновацій; Ціль 13: вжиття невідкладних заходів для боротьби зі зміною клімату та її наслідками); а також 169 завдань (включаючи, наприклад, Завдання 9. 1: розвивати якісну, надійну, стійку та життєздатну інфраструктуру, включаючи регіональну та транскордонну

інфраструктуру, для підтримки економічного розвитку та добробуту людей, з акцентом на доступному та справедливому доступі для всіх; та Завдання 13.1: посилити стійкість та здатність до адаптації до пов'язаних зі зміною клімату небезпек та стихійних лих в усіх країнах).

(³⁶⁶) Див. вище Розділ 1.2.6. Суд ЄС визнав, що обмеження конкуренції, які впливають з угод або рішень об'єднань суб'єктів господарювання, можуть виходити за межі сфери дії статті 101(1), якщо вони пов'язані з досягненням законної мети і є пропорційними їй (див., серед іншого, рішення від 21 вересня 1999 року у справі *Albany International*, C-67/96, EU: C:1999:430; від 19 лютого 2002 року, *Wouters та інші*, C-309/99, EU:C:2002:98; та від 16 липня 2006 року, *Meca-Medina та Majcen* проти *Комісії*, C-519/04 P, EU:C:2006:492).

(³⁶⁷) Керівні принципи Комісії щодо застосування статті 81(3) Договору («Керівні принципи щодо статті 101(3)») (ОВ С 101, 27.4.2004, с. 97).

(³⁶⁸) Див. п. 284.

(³⁶⁹) Оскільки угоди про стандартизацію сталого розвитку є підкатегорією угод про стандартизацію.

(³⁷⁰) До тих пір, поки база даних не зменшує невизначеність щодо нещодавніх або майбутніх дій конкурентів на ринку, це не буде обміном комерційно важливою інформацією. Іншими словами, суб'єкти господарювання, які надають інформацію до бази даних, не повинні вказувати, хто є їхніми теперішніми або майбутніми постачальниками.

(³⁷¹) Див. пп. 23 і 28.

(³⁷²) В принципі, докази, що демонструють досягнення мети сталого розвитку, повинні бути такими, щоб виправдати обґрунтований сумнів щодо антиконкурентного характеру угоди. Однак досягнення мети сталого розвитку не повинно бути невизначеним. Див. за аналогією рішення від 30 січня 2020 року у справі «*Generics (UK)*», C-307/18, EU:C:2020:52, пп. 107-108.

(³⁷³) Див. також пп. 24-27 Керівних принципів щодо застосування ст. 101(3).

(³⁷⁴) Див. наприклад, Форум Організації Об'єднаних Націй зі стандартів сталого розвитку, <https://unfss.org/home/objective-of-unfss>.

(³⁷⁵) Див. наприклад, Конференція Організації Об'єднаних Націй з торгівлі та розвитку, Рамки добровільних стандартів сталого розвитку (ДСР), https://unctad.org/system/files/official-document/ditctabinf2020d5_en.pdf.

(³⁷⁶) Див. пп. 442-444 для більш детального опису основних способів, якими угоди про стандартизацію можуть обмежувати конкуренцію.

(³⁷⁷) Рішення Комісії у справі АТ.40178, *Викиди автомобілів* від 8 липня 2021 року.

(³⁷⁸) Як зазначено в параграфі 538, угоди між конкурентами, які обмежують обсяги виробництва відповідної продукції суб'єктами господарювання-учасниками, не

кваліфікуються як угоди про стандартизацію в галузі сталого розвитку. Тому такі угоди потребують індивідуальної оцінки згідно зі статтею 101.

(³⁷⁹) Пояснення поняття «прозорість» у процесі встановлення стандартів див. у п. 453.

(³⁸⁰) Див. п. 464. Іншими словами, суб'єкти господарювання, які не бажають брати участь у стандарті, не повинні бути позбавлені можливості продовжувати постачати на ринок і споживачам продукцію, яка відповідає законодавчим вимогам, але не відповідає додатковим вимогам, встановленим новим стандартом сталого розвитку.

(³⁸¹) Див. розділ 6.1 про обмін інформацією, зокрема п. 369.

(³⁸²) Див. п. 465 і далі в Розділі 7.3.3.2 про умови доступу до стандарту.

(³⁸³) Значущість підвищення ціни залежатиме від характеристик товару та відповідного ринку.

(³⁸⁴) Сукупна ринкова частка суб'єктів господарювання-учасників стосується ринкової частки продукції суб'єктів господарювання загалом на відповідних ринках, на які поширюється дія стандарту, і не обмежується продукцією, на яку конкретно поширюється дія угоди про стандартизацію в галузі сталого розвитку.

(³⁸⁵) М'яка безпечна гавань не перешкоджає Комісії або національному конкурентному відомству втручатися в окремих випадках, коли угода про стандартизацію сталого розвитку може призвести до значного обмеження конкуренції на ринку, наприклад, через кумулятивний ефект угод про стандартизацію сталого розвитку, укладених різними суб'єктами господарювання, що призводить до значного підвищення цін або значного зниження якості.

(³⁸⁶) Наявність такої системи моніторингу та правозастосування для забезпечення дотримання стандарту сталості є фактором, який враховується при оцінці того, чи має угода основною метою досягнення мети сталості відповідно до параграфу 534.

(³⁸⁷) Угоди між конкурентами, які не містять обмежень конкуренції за предметом, також можуть отримати вигоду від повідомлення *De Minimis*, якщо сукупна ринкова частка сторін угоди не перевищує 10 % на будь-якому відповідному ринку, на який впливає угода - див. параграф 41.

(³⁸⁸) Див. також параграфи 48-72 Керівних принципів відповідно щодо застосування статті 101(3). Зокрема, в параграфі 70 зазначено, що *«співпрацюючи, суб'єкти господарювання можуть досягти ефективності, яка була б неможливою без обмежувальної угоди або була б можливою лише зі значною затримкою або з більшими витратами»*.

(³⁸⁹) Див. також параграфи 50-58 Керівних принципів щодо застосування статті 101(3). Зокрема, параграф 58 роз'яснює, що *«у випадках, коли угода ще не виконана в повному обсязі, сторони повинні обґрунтувати будь-які прогнози щодо дати, з якої заходи з підвищення ефективності почнуть діяти, щоб мати значний позитивний вплив на ринок»*.

(³⁹⁰) Див. параграф 56 Керівних принципів щодо застосування статті 101(3): «Надані дані повинні піддаватися перевірці, щоб можна було з достатнім ступенем впевненості стверджувати, що економія коштів була досягнута або може бути досягнута».

(³⁹¹) Див. наприклад, Рекомендацію Комісії (ЄС) 2021/2279 від 15 грудня 2021 року про використання методів екологічного сліду для вимірювання та інформування про екологічні показники життєвого циклу продуктів та організацій (ОВ L 471, 30.12.2021, с. 1).

(³⁹²) Див. зокрема параграф 39 Керівних принципів щодо застосування статті 101(3).

(³⁹³) Див. зокрема параграфи 73-82 Керівних принципів щодо застосування статті 101(3).

(³⁹⁴) Див., зокрема, пункти 76 і 89 Керівних принципів щодо застосування статті 101(3) щодо часу, протягом якого досягається ефективність.

(³⁹⁵) У цьому випадку можливі вигоди для споживачів можуть бути продемонстровані за допомогою доказів їхньої «готовності платити», див. Розділ 9.4.3.2.

(³⁹⁶) Наприклад, екологічне регулювання досягає цього за допомогою податків, заборон або субсидій.

(³⁹⁷) Якщо підприємства пов'язані системою торгівлі квотами, такою як система ETS ЄС, необхідно враховувати, що будь-яке зменшення забруднення і відповідне зменшення використання квот на викиди певним підприємством або сектором вивільнить ці квоти, що призведе до нульового чистого ефекту на забруднення без скорочення квот на викиди (waterbed effect).

(³⁹⁸) Наприклад, це може статися, коли компанія інвестує в маркетинг сталого продукту, щоб забезпечити обізнаність споживачів про якість нового продукту. Якщо конкуренти також починають виробляти екологічні версії своїх продуктів, на які вже сформувався споживчий попит, ці конкуренти не повинні нести витрати, пов'язані з початковим випуском екологічно чистого продукту, і можуть вільно користуватися інвестиціями, зробленими першою компанією, яка випустила екологічно чистий продукт.

(³⁹⁹) Див. зокрема, параграф 80 Керівних принципів щодо застосування статті 101(3).

(⁴⁰⁰) Сюди входять виробники, які використовують продукцію як сировину, оптовики, роздрібні торговці та кінцеві споживачі, тобто фізичні особи, які діють для цілей, що виходять за межі їхньої торгівлі або професії. Див. параграф 84 Керівних принципів щодо застосування статті 101(3).

(⁴⁰¹) Див. п. 85 Керівних принципів щодо застосування статті 101(3), див. також рішення від 23 листопада 2006 року, *Asnef-Equifax*, C-238/05, EU:C:2006:734, п. 72.

(⁴⁰²) Скорочення граничних або змінних витрат, швидше за все, є більш важливим для оцінки ефективності, ніж скорочення постійних витрат; перші, в принципі, з більшою ймовірністю призведуть до зниження цін для споживачів.

(⁴⁰³) Готовність споживачів платити є одним з елементів, який може допомогти визначити тип вигоди, на яку можуть претендувати сторони угоди. Той факт, що споживачі готові платити, тобто існує попит на екологічно чисту продукцію, не

обов'язково означає, що угода не є необхідною. Навіть якщо споживачі можуть бути готові платити за екологічно чистий продукт, обмежувальна угода все одно може бути необхідною, наприклад, для подолання недоліків «першопрохідців» або для досягнення економії на масштабах виробництва, що зменшує витрати.

(⁴⁰⁴) Рішення від 23 листопада 2006 року у справі *Asnef-Equifax*, C-238/05, EU:C:2006:734, п. 72.

(⁴⁰⁵) Провал ринку в таких ситуаціях зазвичай полягає в тому, що нестале споживання спричиняє негативні зовнішні ефекти для інших. Ці негативні зовнішні ефекти (такі як викиди) не повністю інтерналізуються (враховуються) окремими споживачами, що призводить до надмірного споживання несталого продукту. Аналогічно, провал ринку може складатися з позитивних зовнішніх ефектів (таких як скорочення викидів) від сталого споживання. У такому випадку ринок не забезпечує достатньої кількості сталої продукції з тієї ж самої причини, а саме тому, що споживачі не беруть до уваги вплив свого споживання на інших.

(⁴⁰⁶) Пункт 43 Керівних принципів щодо застосування статті 101(3); див. також рішення від 27 вересня 2006 року, *GlaxoSmithKline Services та інші* проти *Комісії*, T-168/01, EU:T:2006:265, пункти 248 і 251; рішення від 11 вересня 2014 року, *MasterCard Inc*, C-382/12 P, EU:C:2014:2201, пункт 242; рішення Комісії від 23 травня 2013 року у справі AT.39595 *Air Canada/United Airlines/Lufthansa* («альянс STAR»).

(⁴⁰⁷) Споживачі можуть отримати компенсацію через один вид вигод сталого розвитку або через поєднання індивідуальних та колективних вигод, див. Розділ 9.4.3.4.

(⁴⁰⁸) Однак у цьому прикладі обмежується не лише потенційна вигода від угоди через недостатнє покриття, але й потенційна шкода для конкуренції (по суті, з тих самих причин).

(⁴⁰⁹) Вигоди, які матеріалізуються в майбутньому, можуть братися до уваги в тій мірі, в якій вони будуть отримані споживачами на відповідному ринку.

(⁴¹⁰) У випадках, коли колективні вигоди розпорошені серед великої частини суспільства, менш імовірно, що покриття зі споживачами на відповідному ринку буде суттєвим.

(⁴¹¹) Див. Керівні принципи щодо застосування статті 101(3), с. 87.

(⁴¹²) Рішення від 9 вересня 2003 року, *CIF*, C-198/01, EU:C:2003:430, п. 56. Див. також главу 1, п. 19.

(⁴¹³) Рішення від 12 грудня 2013 року, *Soa Nazionale Costruttori*, C-327/12, EU:C:2013:827, п. 38; рішення від 5 грудня 2006 року, *Cipolla та інші*, C-94/04, EU:C:2006:758, п. 47.