

Agata Jurkowska-Gomułka

Dopuszczalność porozumień zakupowych w świetle reguł konkurencji w wybranych systemach prawnych

Kwartalnik Prawa Publicznego 11/3/4, 67-93

2011

Artykuł został zdigitalizowany i opracowany do udostępnienia w internecie przez Muzeum Historii Polski w ramach prac podejmowanych na rzecz zapewnienia otwartego, powszechnego i trwałego dostępu do polskiego dorobku naukowego i kulturalnego. Artykuł jest umieszczony w kolekcji cyfrowej bazhum.muzhp.pl, gromadzącej zawartość polskich czasopism humanistycznych i społecznych.

Tekst jest udostępniony do wykorzystania w ramach dozwolonego użytku.

Agata Jurkowska-Gomułka*

DOPUSZCZALNOŚĆ POROZUMIEŃ ZAKUPOWYCH W ŚWIETLE REGUŁ KONKURENCJI W WYBRANYCH SYSTEMACH PRAWNYCH

I. Wprowadzenie

Porozumieniami zakupowymi (*purchasing agreements/buying agreements*)¹ nazywane są różnorodne formy współpracy przedsiębiorców, których głównym celem pozostaje wspólne nabywanie produktów. Zwykle porozumienia takie mają charakter porozumień horyzontalnych, a uczestnicy porozumień zakupowych – bez względu na formę współpracy – postrzegani są jako tzw. grupy zakupowe (*purchasing/buying groups*).

Porozumienia zakupowe są przedmiotem zainteresowania organów ochrony konkurencji, ponieważ – jak większość porozumień między przedsiębiorcami-konkurentami – generują one pewne ryzyko ograniczenia konkurencji. Cel i sposób realizacji porozumień zakupowych, zwłaszcza tych ustanawiających grupy zakupowe, zbliża je nawet do koncentracji, co nie powinno pozostawać bez wpływu na ocenę antymonopolową².

* Dr Agata Jurkowska-Gomułka – Adiunkt, Samodzielny Zakład Europejskiego Prawa Gospodarczego, Wydział Zarządzania, Uniwersytet Warszawski; sekretarz naukowy Centrum Studiów Antymonopolowych i Regulacyjnych na Wydziale Zarządzania Uniwersytetu Warszawskiego.

¹ Porozumienia zakupowe (*purchasing agreements/buying agreements*) będą określane w niniejszym opracowaniu również jako „porozumienia o wspólnych zakupach” (*joint purchasing agreements/joint buying agreements*).

² Przepisom o kontroli koncentracji podlega kooperacja w zakresie wspólnych zakupów realizowana w formie pełnofunkcyjnego joint venture (*full-function joint venture*).

Specyfika porozumień zakupowych polega również na tym, że mogą one oddziaływać co najmniej na dwa rynki [rynek zakupów (*upstream market*) i rynek sprzedaży (*downstream market*)], stąd analiza antymonopolowa takich porozumień musi być wielopoziomowa; powinna ona uwzględniać również podstawową korzyść z porozumień tego rodzaju – korzyści dla konsumentów.

Mimo potencjalnego zagrożenia dla konkurencji we współczesnej praktyce stosowania prawa konkurencji porozumienia zakupowe są traktowane liberalnie. Dopuszczalność porozumień zakupowych jest oczywiście uzależniona od spełnienia określonych warunków, których istota jest wprost ustanowiona w aktach prawnych (w tym aktach prawa miękkiego) bądź została wypracowana w praktyce decyzyjnej lub orzecznictwie. Celem zilustrowania podejścia współczesnego prawa konkurencji do porozumień zakupowych niniejszy artykuł prezentuje tak rozwiązania prawne, jak i przykłady stosowania prawa konkurencji wobec porozumień zakupowych w obcych porządkach prawnych. U podstaw liberalnych ocen porozumień zakupowych leżą jednak argumenty *stricte* ekonomiczne, które – komplementarnie (w zakresie ściśle powiązanym ze stosowaniem prawa konkurencji) – są również prezentowane w ramach niniejszego artykułu.

Nawet pobieżna analiza dorobku europejskiego i amerykańskiego prawa antymonopolowego wskazuje, że porozumienia zakupowe nie mogą być obecnie oceniane jako zakazane *per se*. Ze względu na generowane przez nie korzyści ekonomiczne kwalifikują się one zazwyczaj do wyłączenia spod zakazu porozumień ograniczających konkurencję bądź też korzyści te w ogóle eliminują potrzebę stosowania zakazu (nie ma również wówczas potrzeby stosowania wyłączeń). Na potencjalny antykonkurencyjny wymiar porozumień zakupowych może mieć głównie wpływ struktura rynków właściwych, na które oddziałuje porozumienie oraz pozycja rynkowa grupy zakupowej³.

II. Porozumienia zakupowe: ekonomiczne za i przeciw

Literatura ekonomiczna poświęcona „za i przeciw” porozumień (grup) zakupowych jest bardzo bogata, choć należy zaznaczyć, że problematyka wspólnych zakupów jest obecna głównie w literaturze amerykańskiej⁴.

³ Por. *Joint ventures and competition*, DAFFE/CLP(2000)33, OECD – Directorate for Financial, Fiscal and Enterprise Affairs Committee on Competition Law and Policy, 2001, s. 104.

⁴ Por. m.in. F. Matthewson, R.A. Winter, *Buyer Groups*, „The International Journal of Industrial Economics” 1996, vol. 15, s. 137–164; Y. Che, I. Gale, *Buyer Alliances and Managed*

Choć prezentacja doktryn ekonomicznych poświęconych wspólnym zakupom nie jest celem samym w sobie niniejszego artykułu, to jednak warto odnotować, że skoro analizy ekonomiczne dotyczące tego zagadnienia powstały także na zamówienie organów ochrony konkurencji (czego najlepszy przykład stanowi raport opracowany na zlecenie brytyjskiego Office of Fair Trading⁵), to analiza regulacji i zastosowania prawa konkurencji wobec grup zakupowych musi być dokonana w kontekście ekonomicznym. Odwołanie do dorobku nauk ekonomicznych jest niezbędne w celu identyfikacji zarówno korzyści wynikających z kooperacji w formie grup zakupowych, jak i potencjalnych szkód dla konkurencji spowodowanych współpracą przedsiębiorców.

Trudność ocen porozumień zakupowych polega na tym, że organy ochrony konkurencji muszą rozróżnić te działania, które wzmacniają „pozytywną” efektywność kooperacji (korzyści dla konsumentów) oraz działania negatywnie wpływające na konkurencję i konsumentów. Raport przygotowany na zlecenie brytyjskiego OFT trafnie stwierdza, że istnieje zasadnicza różnica między horyzontalną kooperacją wzmacniającą siłę rynkową (*market power*), np. w celu pobierania wyższych cen, oraz kooperacją horyzontalną wzmacniającą siłę nabywczą (*buyer power*), np. w celu uzyskania niższych cen⁶. W tym ostatnim przypadku, o ile znaczna część korzyści (np. w postaci niższych cen) jest transferowana do ostatecznych nabywców, konsumentów, „powód do interwencji antymonopolowej jest bardzo słaby”⁷.

Porozumienia zakupowe mogą przyjmować różnorodne formy, biorąc pod uwagę poziom intensywności współpracy (od „luźnych” porozumień „zatomizowanych” przedsiębiorców po pełnofunkcyjne *joint venture*) czy poziom otwartości grup zakupowych (grupy otwarte na nowych członków, którzy mogą przystąpić w każdym czasie oraz grupy zamknięte). W różnoraki sposób kształtują się również relacje między grupami zakupowymi a dostawca-

Competition, „Journal of Economics and Management Strategy” 1997, vol. 6, s. 175–200; R. Tyagi, *Why Do Suppliers Charge Larger Buyers Lower Prices?*, „Journal of Industrial Economics” 2001, vol. 49, s. 45–61; S. Chae, and P. Heidhues, *Buyers’ Alliances for Bargaining Power*, „Journal of Economics and Management Strategy” 2004, vol. 13, s. 731–54.

⁵ *The competitive effects of buyer groups. Economic Discussion Paper*, OFT 2007 – raport przygotowany przez RBB Economics.

⁶ Szerzej na temat oceny siły nabywczej w kontekście antymonopolowych ocen zachowań przedsiębiorców por. Z. Chen, *Buyer Power: Economic Theory and Antitrust Policy*, „Research in Law and Economics” 2007, vol. 22, s. 17–40; R. G. Noll, *Buyer Power and Economic Policy*, „Antitrust Law Journal” 2005, vol. 72, s. 589–624; P. W. Dobson, *Exploiting Buyer Power: Lessons from the British Grocery Trade*, „Antitrust Law Journal” 2005, vol. 72, s. 529–562.

⁷ *The competitive effects...*, pkt 1.38.

mi: z perspektywy grup zakupowych mogą one mieć charakter aktywny (grupa negocjuje np. rabaty na rzecz członków) lub pasywny (samo funkcjonowanie grupy generuje udzielanie rabatów). Wszystkie te czynniki nie pozostają bez wpływu na antymonopolową ocenę porozumień zakupowych.

W literaturze ekonomicznej do zasadniczych korzyści związanych z funkcjonowaniem grup zakupowych zalicza się:

- uzyskanie lepszych warunków dostaw, w tym przede wszystkim cen, przez członków grup zakupowych⁸;
- korzyści łańcucha dostaw (*supply chain efficiencies*), polegające m.in. na zmniejszeniu kosztów transakcyjnych (dla dostawcy bardziej opłacalne jest negocjowanie z grupą niż indywidualnymi przedsiębiorcami) czy osiągnięciu takiej koordynacji popytu, która prowadzi do wystąpienia korzyści skali⁹;
- zintensyfikowanie konkurencji wśród dostawców¹⁰;
- transferowanie korzyści na ostatecznych odbiorców/konsumentów (*pass through*)¹¹.

Grupy zakupowe mogą stanowić dla przedsiębiorców jedyną opcję osiągnięcia „wzrostu organicznego” (*organic growth*), który nie byłby możliwy w innej sytuacji ze względu np. na ograniczone możliwości inwestycyjne. Umacnianie indywidualnej pozycji rynkowej członków grup może przyczynić się z kolei do wzmocnienia konkurencji¹².

Osiągnięcie korzyści, pożądaných także z punktu widzenia kształtowania warunków konkurencji, odbywa się na wiele sposobów, jednak podstawowym narzędziem jest negocjowanie rabatów, których wysokość dla członków grupy może być uzależniona od ilości towaru nabywanego w ramach określonej transakcji lub całości zakupów grupy¹³.

Z kolei podstawowymi zagrożeniami dla konkurencji, identyfikowanymi w literaturze ekonomicznej, są:

- ograniczenie konkurencji na rynku niższego szczebla (np. poprzez pogorszenie pozycji rywali rynkowych),

⁸ R.E. Bloch, S.P. Perlman, J.S. Brown, *An analysis of group purchasing organizations' contracting practices under the antitrust laws: myth and reality*, dostępne na stronie internetowej: <http://www.ftc.gov/ogc/healthcarehearings/docs/030926bloch.pdf>, s. 6.

⁹ *The competitive effects...*, pkt 1.29; pkt 3.4.–3.37.

¹⁰ *Ibidem*, pkt 1.30, pkt 3.38–3.64.

¹¹ *Ibidem*, pkt 4.1.–4.10.

¹² *Ibidem*, pkt 1.50.

¹³ R.E. Bloch, S.P. Perlman, J.S. Brown, *An analysis of group purchasing organizations'...*, s. 10.

- ograniczenie konkurencji na rynku zakupów (jest to zjawisko rzadkie, jako że działanie takie nie leży w interesie samej grupy),
- „efekt łóżka wodnego” (*waterbed effect*) polegający na tym, że grupa zakupowa zabezpiecza dla siebie lepsze ceny zbytu, a w konsekwencji inni nabywcy płacą ceny wyższe¹⁴.

Negatywną stroną działalności grup zakupowych może być nabycie siły rynkowej jej członków na rynku niższego szczebla (*downstream market*) – skutek taki nie jest możliwy, jeśli członkowie grupy jedynie w niezbędnym stopniu rezygnują z konkurencji między sobą lub gdy korzyści wynikające ze wspólnych zakupów są naprawdę bardzo duże¹⁵. W brytyjskim raporcie nt. grup zakupowych podkreśla się jednocześnie, że wpływ na rynek niższego szczebla nie jest większy niż w przypadku, gdyby podmioty połączyły się, przy czym udział tych grup w ograniczaniu konkurencji na rynku niższego szczebla jest co do zasady niewielki ze względu na istnienie potrzeby koordynacji działań na tym rynku¹⁶ (koordynacja tym trudniejsza, im liczniejsza jest grupa zakupowa). Ograniczenie konkurencji na rynku niższego szczebla może mieć postać ograniczenia kontyngentowego, kiedy kwoty zakupowe są w istocie kwotami ustanawiającymi podział rynku¹⁷. Raport brytyjski wskazuje, że ryzyko zмовы kartelowej w ramach grupy wzrasta wówczas, gdy: (1) mechanizm funkcjonowania grupy zakupowej ułatwia wymianę informacji na temat indywidualnych zamówień, (2) członkowie grupy otrzymują identyczne warunki dostaw w odniesieniu do dużej części kosztów zmiennych, jakie członkowie ci ponoszą na rynku niższego szczebla (na którym konkurują), (3) zamknięty charakter grupy¹⁸.

Antykonkurencyjny charakter grup zakupowych może przejawiać się także w „usztynieniu” rynku niższego szczebla, co może mieć miejsce wówczas, gdy większość ogólnego wolumenu zamówień na rynku realizowana jest poprzez grupę (grupy) zakupowe¹⁹.

Funkcjonowanie grup(y) zakupow(ej)(ych) może pogorszyć sytuację rywali rynkowych, którzy – wskutek wyższych kosztów zakupów niż członkowie grupy – stają się mniej konkurencji na rynku niższego szczebla (wobec

¹⁴ *The competitive effects...*, pkt 6.24–6.34.

¹⁵ *Ibidem*, pkt 1.39.

¹⁶ *The competitive effects...*, pkt 1.39., 1.43.

¹⁷ Por. decyzję Komisji Europejskiej w sprawie kartelu tytoniowego w Hiszpanii. Case COMP/C.38.238/B.2 Raw Tobacco Spain, 20 October 2004.

¹⁸ Por. *The competitive effects...*, pkt. 1.47.

¹⁹ *Ibidem*, pkt 1.50

rynku zakupów); w takim przypadku może ujawnić się ograniczenie konkurencji²⁰. Zagrożeniem dla konkurencji są takie umowy między grupą zakupową a dostawcą, które zawierają postanowienia o bezpośredniej lub pośredniej kontroli cen dla nabywców spoza grupy – uznaje się, że w takim przypadku cena rynkowa towaru może wzrosnąć²¹.

W literaturze ekonomicznej wspomina się o antykonkurencyjnych porozumieniach wertykalnych grup zakupowych w kontekście zjawiska podziału zysku (*rent sharing*). Grupa może skłonić dostawcę do stosowania wyższych cen wobec konkurentów członków grupy zakupowej, a dodatkowy zysk dzielony jest między dostawcę a grupę²². Taka praktyka była przedmiotem oceny w amerykańskiej sprawie *Toys 'R' Us*²³.

Brytyjski raport wskazuje sytuacje, w których grupa zakupowa nie wywołuje problemów konkurencyjnych (*competition concerns*)²⁴:

- członkowie grupy działają na różnych rynkach właściwych (także na różnych rynkach właściwych geograficznie),
- łączny udział członków grupy w rynku niższego szczebla jest stosunkowo niski (mieści się w granicach wyznaczonych jako tzw. „bezpieczny port” – *safe harbour*),
- na rynku funkcjonują inni gracze-konkurenci członków grupy zakupowej,
- rynek właściwy, na którym działają członkowie grupy, charakteryzuje się niskimi barierami wejścia,
- ostateczni nabywcy wykazują siłę nabywczą.

W literaturze ekonomicznej spotyka się nawet pogląd, że nie tylko rabaty ilościowe (wynikające z potencjału grupy zakupowej), ale nawet rabaty lojalnościowe udzielane grupom zakupowym mogą przełożyć się na korzyści dla konsumentów²⁵.

Analizy ekonomiczne wskazujące na efektywność porozumień zakupowych znajdują odzwierciedlenie w aktach prawnych, zwłaszcza typu *soft law*, oraz aktach stosowania prawa dotyczących antymonopolowej oceny wspólnych zakupów.

²⁰ Ibidem, pkt 1.55.–1.57.

²¹ S. P. King, *Buyer Groups, Antitrust and Outsiders*, 2009, s. 21 (conference paper), dostępne na stronie internetowej: http://editorialexpress.com/cgi-bin/conference/download.cgi?db_name=ACE10&paper_id=127.

²² *The competitive effects...*, pkt 1.57.

²³ *Toys 'R' Us Inc. v. Federal Trade Commission*, 221 F. 3d 928 (2000).

²⁴ Ibidem, pkt 5.7.

²⁵ H.P. Marvel, H. Yang, *Group Purchasing, Nonlinear Tariffs, and Oligopoly*, „International Journal of Industrial Organization” 2008, vol. 26, s. 1190–1105.

III. Prawo konkurencji wobec porozumień zakupowych

1. Uwagi wstępne

Poszczególne krajowe/międzynarodowe systemy prawa ochrony konkurencji w trojaki sposób podchodzą do oceny porozumień zakupowych:

- 1) porozumienia zakupowe są przedmiotem bezpośredniego wyłączenia spod zakazu porozumień ograniczających konkurencję (zakazu karteli); wyłączenie takie może być zawarte w ustawie (głównym akcie ustanawiającym zasady ochrony konkurencji) lub w akcie niższego rzędu (m.in. rozporządzeniu). Jest to jednak rozwiązanie występujące obecnie rzadko (m.in. Australia), choć w przeszłości wyłączenie takie gwarantowała m.in. niemiecka ustawa kartelowa oraz rozporządzenie duńskie. Z jednej strony model taki zapewnia duży poziom pewności prawnej dla uczestników porozumień, z drugiej jednak – ogranicza kreatywność w ustanawianiu zasad współpracy, nie pozwala uwzględniać wszystkich potencjalnych korzyści z kooperacji;
- 2) porozumienia zakupowe są oceniane przez organy ochrony konkurencji na zasadzie *case-by-case*, ale w oparciu o wytyczne w sprawie oceny porozumień zakupowych przyjęte przez krajowy organ ochrony konkurencji (np. Stany Zjednoczone; Unia Europejska) bądź posilując się wytycznymi w sprawie kooperacji horyzontalnej wydanymi przez Komisję Europejską (np. Wielka Brytania). Model ten jest o tyle atrakcyjny dla potencjalnych beneficjentów „wyłączenia”, że z jednej strony daje przedsiębiorcom pewne minimum bezpieczeństwa prawnego, zaś z drugiej – pozwala na elastyczną ocenę porozumień, uwzględniającą szerokie spektrum korzyści ze wspólnych zakupów;
- 3) porozumienia zakupowe nie są przedmiotem ani regulacji ustawowej (lub niższego szczebla) ani aktów prawa miękkiego (np. Polska); ocena porozumień dokonywana jest na zasadzie *case-by-case*, przy czym przedsiębiorcy nie mają nawet tego minimalnego poziomu bezpieczeństwa prawnego, jaki gwarantują akty niewiążące.

W wydanym w 2001 r. raporcie dotyczącym antymonopolowej oceny wspólnych przedsiębiorców (*joint ventures*) OECD rekomendowało przyjęcie przez państwa członkowskie wytycznych pozwalających przedsiębiorcom lepiej zorientować się, w jaki sposób organy ochrony konkurencji postrzegają porozumienia horyzontalne. W raporcie OECD jednoznacznie podkreślono, że

porozumienia takie (w tym zwłaszcza te ustanawiające wspólnych przedsiębiorców) mogą generować istotne korzyści ekonomiczne, przeważające szkody wywołane ograniczeniami konkurencji²⁶.

2. Unia Europejska

Dla państw członkowskich UE modelowymi wytycznymi w zakresie oceny porozumień o zakupach pozostają wytyczne w sprawie stosowania art. 101 ust. 1 Traktatu o funkcjonowaniu UE do horyzontalnych porozumień kooperacyjnych²⁷ (nawet jeśli krajowe organy ochrony konkurencji nie wydają własnych wytycznych, to dokument UE może stanowić punkt odniesienia ocen antymonopolowych, co potwierdza opinia brytyjskiego OFT w sprawie porozumienia *P&H/Makro*²⁸). Porozumienia o zakupach są jedną z sześciu kategorii porozumień, których ramy analityczne Komisja proponuje w tych wytycznych (pkt 5).

Wytyczne szeroko definiują pojęcie „porozumień zakupowych”, zaliczając do nich w zasadzie wszelkie formy współpracy przedsiębiorców, w tym wspólnie kontrolowane przedsiębiorstwa oraz przedsiębiorstwa, „w których duża liczba innych przedsiębiorstw posiada udziały mniejszościowe” [pkt 5.1(194)]. Komisja Europejska zaleca dwuetapową ocenę funkcjonowania grup zakupowych (określonych w wytycznych jako „alianse”): jako porozumień horyzontalnych i wertykalnych, przy czym w ramach tego drugiego etapu KE wskazuje, że konieczna jest analiza relacji wertykalnych w dwóch wymiarach: po pierwsze, relacji między grupą zakupową a jej członkami, po drugie, relacji między grupą zakupową a dostawcą [pkt 5.1(196)]. Stosunki wertykalne podlegają ocenie na gruncie rozporządzenia o wyłączeniu grupowym dla porozumień wertykalnych (rozporządzenie 330/2010²⁹) i/lub wytycznych w sprawie ograniczeń wertykalnych³⁰.

Za podstawowe zagrożenia dla konkurencji powodowane przez porozumienia zakupowe KE uznaje podwyższone ceny, zmniejszona sprzedaż, ja-

²⁶ *Competition issues in joint ventures* (daffe/clp(2000)33), Directorate for Financial, Fiscal and Enterprise Affairs Committee on Competition Law and Policy, OECD 2001, s. 10.

²⁷ Dz.Urz.UE 2011 C 11/1.

²⁸ Por. analiza tej opinii poniżej – pkt IV(3).

²⁹ Rozporządzenie Komisji (UE) nr 330/2010 z 20.4.2010 r. w sprawie stosowania art. 101 ust. 3 Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej do kategorii porozumień wertykalnych i praktyk uzgodnionych, Dz.Urz.UE 2010 Nr L 102/1.

³⁰ Wytyczne w sprawie ograniczeń wertykalnych, Dz.Urz.UE 2010 Nr C 130/1.

kość i zróżnicowanie produktów, lub innowacje, podział rynku lub antykonkurencyjne zamknięcie dostępu do rynku dla innych możliwych nabywców, zmniejszenie zachęt do konkutowania na rynku zbytu, wskutek czego korzyści ze wspólnych zakupów nie są transferowane do konsumentów [pkt 5.3.1(200)]. Jednocześnie Komisja podkreśla, że porozumienia zakupowe mogą ograniczać konkurencję, jeśli uczestnicy porozumienia wykazują siłę nabywczą (*buyer power*) lub władzę na rynku zbytu (sprzedaży).

Porozumienia o wspólnych zakupów mogą służyć jako „narzędzie udziału w ukrytym kartelu, tj. zabronionym ustalaniu cen, ograniczaniu produkcji lub podziale rynku”. Komisja wyraźnie jednak stwierdza, że znową kartelową nie jest sytuacja, w której uczestnicy porozumienia uzgadniają ceny nabycia, jakie mogą być płacone na rzecz dostawców. Choć KE nie stwierdza tego wprost, to należy przyjąć, że uzgodnienie cenowe tego rodzaju należy traktować jako ograniczenie konkurencji niezbędne dla realizacji porozumienia. Komisja zaleca badanie takiego ograniczenia „w świetle ogólnych skutków porozumienia o zakupach na rynku” [pkt 5.3.2(206)].

Komisja podkreśla, że ograniczenia konkurencji na rynku niższego szczebla (sprzedaży) mają szansę ujawnić się przede wszystkim wówczas, gdy uczestnicy porozumienia mają wysoki poziom tzw. uwspólnienia kosztów (*commonality of costs*), tj. gdy ponoszą takie same koszty wejściowe (*input costs*), czyli koszty zakupów [pkt 5.3.3(214)]. Komisja wskazuje również ryzyko ograniczenia konkurencji wskutek wymiany informacji objętych tajemnicą handlową; w celu zminimalizowania tego ryzyka KE sugeruje, aby informacje w ramach grupy zbierane były np. przez organizację dokonującą wspólnych zakupów. Wymiana informacji niezbędnych do dokonywania wspólnych zakupów, nawet jeśli potencjalnie stanowi ograniczenie konkurencji zakazane w świetle art. 101 ust. 1 TFUE, to może być – zdaniem Komisji – usprawiedliwiona przesłankami wyłączenia spod zakazu porozumień ograniczających konkurencję z art. 101 ust. 3 TFUE [pkt 5.3.3(215–216)].

Ocenę negatywnych skutków wspólnych zakupów na rynku zakupów i rynku zbytu (sprzedaży) ułatwia z całą pewnością przyjęcie domniemania (acz obalnego), że porozumienia zakupowe, w których łączny udział stron w rynku (zarówno zakupów, jak i sprzedaży) nie przekracza 15%, nie powodują ograniczenia konkurencji [pkt 5.3.3(208)].

Warto podkreślić, że autorzy brytyjskiego raportu nt. grup zakupowych sugerują, że brytyjski OFT dla porozumień zakupowych powinien przyjąć dla rynku niższego szczebla (sprzedaży) próg udziału na poziomie 25%. Zdaniem autorów, byłoby to bardziej spójne z analizą koncentracyjną, jako że porozumienia ustanawiające grupy zakupowe nie mogą wywierać gorszego

wpływu na konkurencję niż fuzja ich członków³¹. „W istocie, typowa grupa zakupowa będzie dalece mniej efektywna w naruszeniu konkurencji niż koncentracja ze względu na trudności w koordynowaniu zachowania wszystkich członków”³². Co do progu udziału w rynku wyższego szczebla (rynku zakupów) autorzy brytyjskiego raportu również sugerują, że przyjęty przez Komisję poziom 15% jest zbyt niski, ponieważ „pośredni szkodliwy skutek wynikający ze strategicznego działania grupy zakupowej nie jest prawdopodobny o tyle, o ile grupa zakupowa nie jest „portierem” (*gatekeeper*) całego rynku (lub przynajmniej istotnego kanału sprzedaży tam, gdzie kanały sprzedaży są wysoce zróżnicowane)”³³. Z kolei w Stanach Zjednoczonych jako „bezpieczny port” przyjęto 20% udziału w rynku, zaś w sektorze ochrony zdrowia – 35%³⁴.

Przekroczenie wskazanego w wytycznych Komisji Europejskiej 15% progu udziału w rynku nie powoduje automatycznej nielegalności porozumienia, ale wymaga szczegółowej analizy jego skutków dla rynku. Komisja sugeruje, aby owa analiza obejmowała przede wszystkim poziom koncentracji rynku oraz ewentualną równoważącą pozycję silnych dostawców [pkt 5.3.3(209)]

Zdaniem Komisji siła nabywcza uczestników porozumienia zakupowego może powodować ograniczenie konkurencji, jeśli wspólne zakupy obejmują na tyle istotną część rynku zakupów, że blokują dostęp do tego rynku innym dostawcom. Siła nabywcza wpływa na wielkość i jakość produkcji oraz zróżnicowanie na rynku zbytu. W celu określenia siły nabywczej konieczne jest zbadanie m.in. tego, czy na rynku funkcjonują inne porozumienia zakupowe [pkt 5.3.3(210–211)]. Mało prawdopodobne jest natomiast to, aby ograniczenie konkurencji powodowali uczestnicy porozumienia o wspólnych zakupach działający na różnych rynkach właściwych [pkt 5.3.3(212)].

W wytycznych Komisji odniosła się również do możliwości spełnienia przez porozumienia zakupowe przesłanek wyłączenia spod zakazu porozumień ograniczających konkurencję. Przesłanka wzrostu gospodarczego jest realizowana przez te porozumienia poprzez niższe ceny, niższe koszty transakcyjne, niższe koszty transportu i składowania, korzyści skali. Ponadto, porozumienia zakupowe mogą przyczyniać się do wzrostu wydajności jakościowej – dostawcy wprowadzają na rynek innowacyjne i/lub lepsze jakościowo produkty [pkt 5.4.1(217)]. W odniesieniu do przesłanki niezbędności KE wskazuje,

³¹ *The competitive effects...*, pkt 1.84.

³² *Ibidem*, pkt 1.84.

³³ *Ibidem*, pkt 1.85.

³⁴ Por. pkt III(4) poniżej.

że za uzasadnione można uznać zobowiązanie do wyłączności dokonywania zakupów poprzez grupę, o ile wymóg wyłączności uzasadniony jest potrzebą uzyskania odpowiednich wolumenów zamówień [pkt 5.4.1(218)]. Udział konsumentów w zysku powinien przejawiać się przede wszystkim w niższych cenach – KE podkreśla, że transferowanie korzyści ze wspólnych zakupów na konsumentów jest tym mniej prawdopodobne, im większa siła nabywcza i im większa siła rynkowa na rynku sprzedaży [pkt 5.4.1(219)]. Wyłączenie spod zakazu porozumień ograniczających konkurencję nie jest możliwe wówczas, gdy dotyczy ono istotnej części rynku – KE nie ustanawia jednak w tym zakresie żadnego progu ilościowego [pkt 5.4.1(219)].

Wytyczne uzupełnione są czterema przykładami analiz porozumień zakupowych [pkt 5.5.(221–224)]³⁵.

3. Państwa członkowskie Unii Europejskiej

W przeszłości niektóre europejskie porządki prawne ustanawiały specjalne wyłączenia spod zakazów karteli dla porozumień zakupowych. Obecnie jednak w żadnym państwie członkowskim Unii Europejskiej nie funkcjonuje już wyłączenie dla porozumień zakupowych (tj. wyłączenie na podstawie wiążącego aktu prawnego). Sytuacja taka nie oznacza jednak, że porozumienia zakupowe oceniane są bardziej rygorystycznie niż w przeszłości – współczesna praktyka prawa konkurencji, charakteryzująca się tzw. podejściem ekonomicznym (*economic approach*), określanym także jako podejście zorientowane na skutki (*effects-based approach*), odchodzi od wyłączania poszczególnych porozumień na poziomie aktów legislacyjnych, przenosząc wazęnie anty- i prokonkurencyjnych skutków porozumień na etap stosowania prawa konkurencji, co daje możliwość bardziej elastycznej oceny takich porozumień. Nie bez znaczenia jest również fakt, że obecnie dawną rolę wyłączeń krajowych odgrywają w wielu państwach wyłączenia ustanawiane na poziomie Unii Europejskiej (w tym także przyjmowane przez Komisję akty prawa miękkiego).

Porozumienia o wspólnych zakupach mogły w przeszłości korzystać z wyłączenia spod zakazu karteli w niemieckiej ustawie przeciw ograniczeniom konkurencji³⁶. W przeszłości (do 6. noweli z 1998 r.³⁷) ustawa niemiecka

³⁵ Por. poniżej pkt IV(3).

³⁶ Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen (1957).

³⁷ Sechste GWB-Novelle (1998), BGBI. I 1998, s. 2546

przewidywała w par. 5c wyłączenie dla „karteli po stronie popytu”. Kartele te definiowane były jako „umowy i uchwały, których przedmiotem jest wspólny zakup towarów lub wspólne nabycie usług gospodarczych”. Wyłączeniem objęte były jedynie te porozumienia, które nie nakładały na uczestników obowiązku zakupów (warto zaznaczyć, że w aktualnych unijnych wytycznych w sprawie porozumień kooperacji horyzontalnej KE dopuszcza zawieranie w porozumieniach zakupowych postanowień zobowiązujących uczestników do zakupu minimalnych ilości towarów w celu osiągnięcia określonego wolumenu zamówień). Paragraf 5c zastrzegал możliwość wyłączenia tylko dla tych porozumień, które nie naruszały istotnie konkurencji na rynku i które służyły poprawie konkurencyjności drobnych lub średnich przedsiębiorstw.

Po 1998 r. niemiecka ustawa kartelowa ustanawiała dwie kategorie wyłączeń, które mogły znaleźć zastosowanie do porozumień zakupowych. Pierwszą z nich nadal stanowiło wyłączenie dla porozumień zakupowych między małymi i średnimi przedsiębiorstwami [par. 4(2)], odpowiadające paragrafowi 5c sprzed 1998 r. Druga kategoria wyłączenia spod zakazu karteli z par. 1 (zakaz karteli) ustanowiona została w ramach tzw. porozumień racjonalizacyjnych – wyłączenie na podstawie par. 5(2) w związku z par. 5(1) dotyczyło także tych porozumień, w których owa „racjonalizacja” miała związek z ustalaniem cen lub utworzeniem wspólnej organizacji zakupowej lub sprzedażowej. Wyłączenie obowiązywało wówczas, gdy spełnione były następujące określone ustawowo warunki:

- racjonalizacja działań nie mogła być osiągnięta w sposób inny niż zawarcie porozumienia [sekcja 5(2)];
- porozumienie stanowi odpowiedni środek do znaczącego wzrostu efektywności lub poziomu produkcji uczestników porozumienia w kontekście technicznym, handlowym lub organizacyjnym, co z kolei przyczynia się do lepszego zaspokajania popytu [sekcja 5(1 zd. 1)];
- efekt racjonalizacyjny powinien być wystarczająco istotny w porównaniu z powiązaniem z nim ograniczeniem konkurencji [sekcja 5(1 zd. 2)];
- ograniczenie konkurencji wywołane porozumieniem nie powinno skutkować nabyciem lub wzmocnieniem pozycji dominującej [sekcja 5(1 zd. 3)].

Od 2005 r. (7. nowela³⁸) żadne z powyższych wyłączeń nie obowiązuje, w niemieckiej ustawie przyjęto bowiem modelowe rozwiązanie unijnych reguł konkurencji i wprowadzono cztery ogólne przesłanki wyłączenia, odpowiadające treścią art. 101 ust. 3 TFUE.

³⁸ Siebte GWB-Novelle (2005), BGBl. I 2005, s. 2114.

Z kolei w duńskim systemie ochrony konkurencji obowiązywało w przeszłości wyłączenie grupowe dla porozumień o wspólnych zakupach i marketingu dla sieci sprzedawców detalicznych. Z wyłączenia skorzystać mogły sieci sprzedawców, których udział w rynku nie przekraczał 25%. Wyłączenie pozwalało na ustalanie w ramach sieci rekomendowanych cen maksymalnych³⁹.

4. Stany Zjednoczone

Porozumienia o wspólnych zakupach są w Stanach Zjednoczonych przedmiotem dwóch dokumentów z zakresu miękkiego prawa (*soft law*). Pierwszym z nich są wytyczne dotyczące współpracy między konkurentami (*Antitrust Guidelines for Collaboration Among Competitors*⁴⁰). W wytycznych (pkt 3.2.) podkreśla się, że porozumienia przyczyniające się do integracji funkcji gospodarczych podnoszących efektywność i powodujących prokonkurencyjne skutki, oceniane są w oparciu o regułę rozsądku (*rule of reason*), nawet jeśli jest to porozumienie, które w innym przypadku oceniane byłoby jako zakazane *per se*. Wytyczne wymieniają porozumienia o wspólnych zakupach (*buying collaborations*) jako porozumienia ograniczające niezależność decyzyjną przedsiębiorców (pkt 3.31(a) wytycznych). Wytyczne wskazują jednak, że współpraca w zakresie zakupów niekiedy umożliwia uczestnikom centralizację zamówień, czy bardziej efektywne łączenie funkcji składowania i dystrybucji, co postrzega się jako korzyści ekonomiczne. Dla porozumień o wspólnych zakupach wytyczne ustanowiły (jak dla wszystkich rodzajów kooperacji horyzontalnej) „strefę bezpieczeństwa” (*safety zone*) w postaci progu 20% udziału w rynku (pkt 4.2 wytycznych).

Z kolei w obwieszczeniu dotyczącym wdrażania polityki antymonopolowej w sektorze ochrony zdrowia (*Statements of Antitrust Enforcement Policy in Health Care*⁴¹), DOJ i Federalna Komisja Handlu wskazały (*Statement 7: Joint Purchasing Arrangements Among Health Care Providers*), że porozumienia zakupowe między podmiotami świadczącymi usługi ochrony zdrowia

³⁹ P.L. Vesterdorf, *Competition Policy and SMEs: The Case of Denmark Within the European Union*, Kopenhaga 2001, s. 13.

⁴⁰ *Antitrust Guidelines for Collaboration Among Competitors*, Federal Trade Commission/ U.S. Department of Justice, April 2000 – dostępne na stronie internetowej: <http://www.ftc.gov/os/2000/04/ftcdojguidelines.pdf>.

⁴¹ *Statements of Antitrust Enforcement Policy in Health Care*, Federal Trade Commission/ U.S. Department of Justice, August 1996, dostępne na stronie internetowej: <http://www.justice.gov/atr/public/guidelines/0000.htm>.

nie wzbudzają wątpliwości co do ich zgodności z prawem antymonopolowym pod dwoma alternatywnymi warunkami. Pierwszy z nich zakłada, że porozumienie nie obejmuje na tyle dużej części zakupów towarów lub usług, aby za jego pośrednictwem można skutecznie wykonywać siłę rynkową w zakresie zakupów towarów lub usług. Drugi warunek zakłada, że produkty lub usługi objęte wspólnymi zakupami nie mogą stanowić na tyle dużej części całkowitych kosztów usług sprzedawanych przez uczestników wspólnych zakupów, aby porozumienie ułatwiało ustalanie cen lub w jakikolwiek inny sposób umniejszało konkurencję. Ponadto obwieszczenie wskazuje również kryteria ilościowe („bezpieczną strefę” – *safety zone*), poniżej których kooperacja w zakresie wspólnych zakupów nie jest postrzegana jako zagrożenie dla konkurencji. Zgodnie z pierwszym kryterium zakupy objęte porozumieniem mogą stanowić mniej niż 35% całkowitej sprzedaży nabywanych produktów lub usług na rynku właściwym, zgodnie z drugim kryterium – koszty produktów i usług objętych wspólnymi zakupami mogą stanowić mniej niż 20% całkowitych przychodów ze wszystkich produktów lub usług sprzedawanych przez każdą z konkurujących stron uczestniczących w porozumieniu⁴².

5. Australia

Australijska ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów z 2010 r.⁴³ zawiera w części IV przepis 44ZZRV ustanawiający wyłączenie spod zakazu karteli⁴⁴ dla porozumień o wspólnych zakupach, określanych w ustawie jako „wspólne nabywanie towarów lub usług przez strony umowy, postanowienia lub praktyki” (*collective acquisition of goods or services by the parties to a contract, arrangement or understanding*). Wyłączenie to dotyczy tych postanowień, które potencjalnie mają na celu lub mogą wywołać skutek ograniczenia konkurencji, również jeśli są to postanowienia odnoszące się do

⁴² Szerzej na temat porozumień zakupowych w sektorze ochrony zdrowia w USA por. raporty przygotowane przez wybitnych amerykańskich prawników na rzecz The Health Industry Group Purchasing Association: H. Hovenkamp, *Competitive Effects Of Group Purchasing Organizations' (GPO) Purchasing and Product Selection Practices in The Health Care Industry*, April 2002, dostępne na stronie internetowej: https://www.novationco.com/pressroom/industry_info/HovenkampGPOStudy.pdf; oraz W. Kolasky, *Group Purchasing Organization: Contracting Practices and Antitrust Law*, November 2009, dostępne na stronie internetowej: http://higpa.site-ym.com/resource/resmgr/research/kolasky_gpo_practices.pdf.

⁴³ Tytuł „Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów” zastąpił od 1.1.2010 r. poprzedni tytuł regulacji z zakresu ochrony konkurencji – *Trade Practices Act* z 1974 r. (z licznymi zmianami).

⁴⁴ Zgodnie z australijskim prawem zmowa kartelowa jest przestępstwem.

cen towarów lub usług nabywanych zbiorowo (pośrednio lub bezpośrednio); ponadto wyłączenie obejmuje postanowienia o charakterze (potencjalnie) kartelowym dla wspólnej reklamy cenowej w przypadku ponownej dostawy towarów lub usług nabytych zbiorowo. W uzupełnieniu przepisów ustanawiających powyższe wyłączenie australijski organ ochrony konkurencji wydał wytyczne dotyczące notyfikacji porozumień o zbiorowym negocjowaniu (collective bargaining)⁴⁵. Istota takich porozumień jest tożsama z porozumieniami o wspólnych zakupach i/lub o wspólnej sprzedaży – zbiorowe negocjowanie definiowane jest jako porozumienie, poprzez które dwóch lub więcej konkurentów łączy się w celu negocjowania warunków umów (w tym warunków cenowych) z dostawcami lub klientami (odbiorcami)⁴⁶. Australijski organ ochrony konkurencji może zezwolić na realizację notyfikowanego mu porozumienia o wspólnych zakupach, nawet jeśli potencjalnie jest ono sprzeczne z przepisami ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów z 2010 r., o ile tylko korzyści dla konkurencji przewyższają szkody wywoływane porozumieniem. Dodatkowo, organ ochrony konkurencji wydał przewodnik poświęcony „szybkiej ścieżce” notyfikacji porozumień o wspólnych negocjacjach zawieranych przez małe i średnie przedsiębiorstwa⁴⁷ (szybka ścieżka przewiduje możliwość uzyskania wstępnej decyzji w ciągu 28 dni, a ostatecznej – w ciągu 3 miesięcy).

IV. Stosowanie prawa konkurencji wobec porozumień zakupowych – przykłady decyzji i orzeczeń

1. Uwagi wstępne

W stosunku do działalności grup zakupowych prawo konkurencji może być stosowane w dwóch aspektach: w odniesieniu do relacji ho-

⁴⁵ Guide to Collective Bargaining Power, Australian Competition and Consumer Commission, Canberra 2011 (przewodnik wydany został w 2007 r. i zaktualizowany w 2011 r.), dostępne na stronie internetowej: <http://www.accc.gov.au/content/item.phtml?itemId=776297&nodeId=146dc7da282c04acc1e927806d9ea9138fn=Guide%20to%20collective%20bargaining%20notifications.pdf>.

⁴⁶ Guide to collective bargaining power, Australian Competition and Consumer Commission, Canberra 2011, s. 3.

⁴⁷ *Streamlined collective bargaining for small business*, Australian Competition and Consumer Commission, Canberra 2011, dostępne na stronie internetowej: <http://www.accc.gov.au/content/item.phtml?itemId=752551&nodeId=c1d9eacfa055d47a797ca926503ff24f6fn=Streamlined%20Collective%20Bargaining.pdf>.

ryzontalnych między członkami grupy (horyzontalne porozumienie zakupowe) oraz w odniesieniu do relacji wertykalnych między grupą zakupową a jej dostawcami (porozumienia wertykalne).

Opisane (możliwe do zidentyfikowania) w literaturze przedmiotu decyzje i orzeczenia odnoszące się do grup zakupowych dotyczyły w większości porozumień zakupowych o charakterze kooperacji horyzontalnej; natomiast wśród poddanych antymonopolowej ocenie porozumień wertykalnych z udziałem grup zakupowych zidentyfikowano porozumienia prowadzące do monopolizacji rynku przez grupy zakupowe. W wyniku przeprowadzonych badań literatury przedmiotu nie zidentyfikowano żadnej decyzji organu antymonopolowego, której przedmiotem byłoby wertykalne ustalanie cen odsprzedaży w stosunkach między grupą zakupową a dostawcą (taki wynik analizy poddyktowany jest prawdopodobnie tym, że ustalanie cen sprzedaży członkom grupy zakupowej jest co do zasady postrzegane przez organy ochrony konkurencji jako immanentny element umowy).

Poniżej zaprezentowane zostaną decyzje organów ochrony konkurencji odnoszące się do horyzontalnych aspektów porozumień zakupowych.

2. Unia Europejska

Porozumienia zakupowe rzadko były przedmiotem oceny antymonopolowej w decyzjach Komisji Europejskiej. Starsze przykłady takich ocen, jak choćby w decyzji w sprawie Rennet, są już dziś niemiarodajne, ponieważ w ostatnich latach KE znacząco zmieniła podejście do ograniczeń konkurencji związanych ze wspólnymi zakupami. W tym miejscu należy jednak odnieść się do najważniejszych elementów z przykładów ocen porozumień zakupowych przedstawionych w wytycznych Komisji w sprawie stosowania art. 101 ust. 1 Traktatu o funkcjonowaniu UE do horyzontalnych porozumień kooperacyjnych [pkt 5.5(221–224)].

Komisja uznała udział w rynku uczestników porozumienia zakupowego na poziomie 23% za „umiarkowany”. Przy takiej sile rynkowej/nabywczej (pozostali konkurencji rynkowi legitymują się 25% i 35% udziałem w rynku) nawet 50% poziom uwspólnienia kosztów nadal nie uzasadnia zastosowania zakazu porozumień ograniczających konkurencję.

Za zagrażające konkurencji (a zatem podlegające zakazowi z art. 101 ust. 1 TFUE) KE uznała porozumienie zakupowe między dwiema sieciami supermarketów, których łączny udział w rynku zakupów wahał się – w zależności od produktu – od 25% do 40%, a udział w rynku sprzedaży wynosił 60%.

Jako dopuszczalne KE oceniła porozumienie sześciu dużych detalistów działających na różnych rynkach geograficznych (w różnych państwach członkowskich) i legitymujących się 22% udziałem w rynku unijnym.

Brak możliwości wymiany informacji między przedsiębiorcami powierzającymi dokonywanie wspólnych zakupów niezależnemu przedsiębiorcy wyklucza zdaniem Komisji możliwość zastosowania zakazu z art. 101 ust. 1 TFUE, przy czym produkt objęty wspólnymi zakupami stanowi jedynie komponent do wytwarzania produktu ostatecznego, koszty tego komponentu nie stanowią jednak znaczącej części kosztów produktu ostatecznego. Udział w rynku zakupów/sprzedaży przedsiębiorców dokonujących wspólnych wynosi łącznie 30%, a na rynku aktywnych jest również sześciu konkurentów, z których dwóch posiada 20% udział w rynku.

3. Wielka Brytania

Porozumienie o wspólnych zakupach zawarte między P&H oraz MAKRO, a dotyczące zakupów hurtowych na rynku produktów spożywczych, oceniane było przez brytyjski Office of Fair Trading (OFT) w procedurze tzw. krótkich opinii (Short-form Opinion)⁴⁸. Porozumienie dotyczyło wybranych produktów i miało być wdrożone poprzez wspólnego przedsiębiorcę PalMak, który miał być wspierany przez pracowników i fundusze pochodzące od stron porozumienia. Za pośrednictwem PalMak strony miały wspólnie negocjować z określonymi dostawcami warunki zakupu produktów żywnościowych i innych, przy czym wspólne negocjacje miały dotyczyć również rabatów i udziału dostawców w promocjach. Każda ze stron ma możliwość prowadzenia dodatkowych negocjacji z wybranymi dostawcami co do kwestii poza zakresem porozumienia oraz prowadzeniami negocjacji zakupowych z innymi dostawcami, niezależnie od działalności PalMak.

W ramach przedstawionej opinii OFT odnosił się do trzech zagadnień: (1) identyfikacja poziomu udziału w rynku niższego szczebla ocenianego jako „bezpieczny port”, (2) poziom przejrzystości kosztów wejścia (input costs), który spowodowałby negatywny wpływ na konkurencję na rynku niższego szczebla, (3) wspólne negocjacje udziału w promocji. Uczestnicy ocenianego poro-

⁴⁸ P&H/MAKRO JOINT PURCHASING AGREEMENT: Short-form Opinion of the Office of Fair Trading – guidance to facilitate self-assessment under the Chapter I prohibition of the Competition Act 1998 and/or Article 101 of the Treaty on the Functioning of the European Union, 27 April 2010.

zumienia mieli udział w rynku wyższego szczebla poniżej 10%, natomiast w rynku niższego szczebla – wyższy niż 15%, co jednak zdaniem OFT nie oznacza automatycznego podlegania zakazowi porozumień ograniczających konkurencję (art. 2 brytyjskiej Competition Act i/lub art. 101 ust. 1 TFUE). Analiza porozumienia, w której OFT często powołuje się na wytyczne Komisji Europejskiej, doprowadziła OFT do wniosku, że w braku równoległych sieci podobnych porozumień na rynku właściwym porozumienia o wspólnych zakupach nie mogą powodować szkody dla konkurencji, jeśli uczestnicy nie posiadają siły rynkowej na rynku niższego szczebla.

Immanentną cechą działalności grup zakupowych jest pewien poziom uwspólnienia kosztów (commonality of costs), który może prowadzić do uzyskania pewnych korzyści ekonomicznych. Uwspólnienie kosztów byłoby problematyczne, jeśli doszłoby do takiego poziomu, że pełna koordynacja między stronami porozumienia o wspólnych zakupach znacząco zmniejszyłaby konkurencję na rynku niższego szczebla lub gdyby wzrosła możliwość koordynacji na rynku niższego szczebla (np. poprzez zwiększenie symetrii kosztów między grupą zakupową a jej konkurentami). W opinii OFT w innym przypadku (tzn. gdy wspólne zakupy nie prowadzą do osiągnięcia siły rynkowej na rynku niższego szczebla) to sama struktura konkurencji chroni rynek przed „skoordynowanymi efektami cenowymi” (pkt 6.15). Uczestnicy porozumienia wskazali ponadto, że poziom uwspólnienia ich kosztów i związanej z nimi przejrzystości jest ograniczony ze względu na to, że działają oni w różnych modelach biznesowych, przy czym P&H ponosi wyższe koszty zmienne (variable costs) z powodu usług dostawy (pkt 6.13); niemniej jednak koszty, na które oddziaływało to porozumienie, opiewały na ok. 45–55% całkowitych kosztów zmiennych ponoszonych przez strony.

Częstą praktyką wspólnych zakupów jest udział dostawcy w akcjach promocyjnych lub wspólne organizowanie takich akcji. Oceniane porozumienie przewidywało, że PalMak będzie negocjował corocznie udział dostawcy w działaniach promocyjnych w formie procentowego rabatu; następnie uczestnicy porozumienia mają już indywidualnie decydować o tym, w jaki sposób ów rabat będzie spożytkowany dla celów promocyjnych każdego z nich (liczba promocji, rodzaj promocji, czas trwania). Wszystkie kwestie szczegółowe będą uzgadniane między dostawcą a indywidualnym nabywcą (pkt 6.18). Oceniając tak zaprogramowane postanowienie porozumienia, OFT uznał, że udział w promocji nie powoduje problemów dla konkurencji ze względu na fakt, że informacje wymieniane w ramach grupy są zagregowane (znana jest wysokość rabatu, nie są znane szczegóły indywidualnego wykorzystania tego rabatu), co czyni koordynację między stronami mniej prawdopodobną. Ponadto, nawet jeśli uczestnicy porozumienia byłiby w stanie się zmówić, sku-

teczna konkurencja na rynku niższego szczebla zapewnia, że wpływ takiej koordynacji na konkurencję jest minimalny⁴⁹.

OFT stwierdził ponadto, że fakt, iż indywidualny dostawca jest w znacznym stopniu zależny od grupy zakupowej (tj. grupa zakupowa jest jego znaczącym odbiorcą) nie powoduje sam w sobie problemów konkurencyjnych, o tyle, o ile nie jest to dostawca, który jest szczególnie ważny (np. ze względu na to, że sprzedaje najpopularniejsze marki), co mogłoby wywołać istotne skutki rynkowe na rynku niższego szczebla po stronie sprzedaży (pkt 7.3).

OFT odniósł się również do problemu wymiany informacji w porozumieniach zakupowych. Porozumienie zakładało początkowo, że płatności między stronami porozumienia dokonywane będą na podstawie kalkulacji dokonanych samodzielnie przez same strony w oparciu o kwartalne zakupy u wskazanych indywidualnie dostawców (w sposób niezagregowany) (pkt 7.7). OFT uznał, że taki system pozwala na regularne monitorowanie poziomu zakupów u danego dostawcy, co z kolei może skłaniać do zawarcia porozumienia kontyngentowego (pkt 7.8). Takie stanowisko organu ochrony konkurencji skłoniło uczestników porozumienia do zmiany systemu rozliczeń w taki sposób, że płatności będą wyliczane przez niezależnego konsultanta, aby w ten sposób zapewnić, że wszystkie informacje wymieniane między stronami będą zagregowane dla wszystkich dostawców (pkt 7.9).

Należy podkreślić, że OFT nie tyle wyłącza porozumienie o wspólnych zakupach ile stosuje doktrynę koniecznych ograniczeń (ancillary restraints doctrine), co wskazuje na liberalne podejście do wspólnych zakupów. Według OFT fakt, że strony porozumienia nie legitymują się siłą rynkową (market power) na rynku niższego szczebla, powoduje, że pewien poziom uwspólnienia kosztów (czyli tego, że skutek wspólnych zakupów strony mają – częściowo, w odniesieniu do towarów objętych wspólnymi zakupami – identyczne koszty wejścia – input costs) oraz pewien poziom przejrzystości działań nie może powodować problemów konkurencyjnych w świetle brytyjskiego prawa konkurencji oraz art. 101 ust. 1 TFUE, w związku z czym nie ma potrzeby rozpatrywania, czy spełnione zostały kryteria wyłączenia określone w sekcji 9 brytyjskiego Competition Act i w art. 101 ust. 3 TFUE.

4. Stany Zjednoczone

Orzecznictwo amerykańskie dostarcza szczególnie wielu przykładów monopolizacji rynku przez grupy zakupowe: przykładowo w sprawie

⁴⁹ Por. pkt 1.6 i pkt 6.20 SFO.

Kinetic Concepts, Inc. v. Hillenbrand Indus., Inc.⁵⁰ uznano, że producent łóżek szpitalnych wykorzystywał relacje z grupami zakupowymi w celu wykluczenia z rynku konkurenta; w sprawie Retractable Technologies, Inc. v. Becton Dickinson, et al.⁵¹ producent strzykawek oskarżył dwóch innych dużych producentów strzykawek oraz dwie największe grupy zakupowe aktywne na rynku właściwym o znowę w celu monopolizacji rynku strzykawek i igieł. Na potrzeby niniejszego artykułu wybrane zostały jednak dwie sprawy, w których problem konkurencyjny dotyczył wpływu na rynek sprzedaży (nie bez znaczenia jest przy tym aktualność przedstawianych spraw)⁵².

W sprawie National Cable Television Cooperative, Inc. (NCTC), ocena porozumień zakupowych dokonywana była przez amerykański Departament Sprawiedliwości za pomocą tzw. business review letters. Jeden z nich dotyczył wspólnych zakupów dokonywanych za pośrednictwem National Cable Television Cooperative, Inc. (NCTC)⁵³. Członkami NCTC były systemy telewizji kablowej dostarczające konsumentom różne kanały za pośrednictwem sieci naziemnej. Większość programów oferowanych przez telewizje kablowe jest zapewniana przez sieci o wymiarze krajowym. Członkowie NCTC obsługują w sumie ok. 15,8% tych gospodarstw domowych w USA, które korzystają z usług telewizji kablowych, zaś członkowie uczestniczący we wspólnych zakupach – 10,2% tych gospodarstw. Członkami NCTC są zarówno firmy małe, obsługujące mniej niż 100 abonentów, jak i większe, obsługujące do 190 tys. abonentów. NCTC powstało w 1985 r., a jego głównym celem było pozyskiwanie korzyści dla członków poprzez wspólne zakupy programów sieci kablowych. Istotą działania NCTC było negocjowanie kontraktów-matek (master contract), do których mogli przystąpić indywidualni członkowie.

Oceniając działanie NCTC w 1985 r. Departament Sprawiedliwości (Department of Justice – DOJ) uznał, że porozumienie o wspólnych zakupach nie może powodować zagrożenia dla konkurencji właśnie ze względu na to, że członkowie NCTC mają swobodę co do indywidualnego uczestnictwa w wynegocjowanym kontrakcie. Taki system funkcjonowania systemu wspólnych zakupów nie dawał jednak możliwości negocjowania rabatów ilościowych,

⁵⁰ *Kinetic Concepts, Inc. v. Hillenbrand Indus., Inc.*, 95-CV-0755 (W.D. Tex., Aug. 31, 2000).

⁵¹ *Retractable Tech., Inc. v. Becton Dickinson and Co.*, 01-CV-036 (E.D. Tex.).

⁵² Inne przykłady z praktyki amerykańskiej: ABA Section of Antitrust Law, *Antitrust Law Developments*, wyd. 6, Chicago 2007, s. 455–457.

⁵³ U.S. Department of Justice (2003) Business Review Letter re: The National Cable Television Cooperative, Inc, Antitrust Division, Washington, 4 September 2003, dostępne na stronie internetowej: <http://www.justice.gov/atr/public/busreview/201379.htm>.

wskutek czego członkowie NCTC nie mogli liczyć na takie warunki umów, jakie mogli uzyskać ich duzi konkurenci. NCTC postanowił więc zmienić sposób działania, który ponownie musiał być zaaprobowany przez DOJ. Członkowie NCTC, którzy chcą uczestniczyć w nowym kontrakcie-matce muszą zastrzec swoją cenę zanim zostaną podjęte negocjacje. Jeśli cena wynegocjowana w kontrakcie jest równa bądź niższa niż cena zastrzeżona przez określonego przedsiębiorcę, jest on zmuszony przystąpić do umowy. Jeśli nie osiągnięto zastrzeżonej ceny, przedsiębiorca może spróbować negocjować na własną rękę, może również mimo wszystko przystąpić do umowy wynegocjowanej przez grupę. Jeśli NCTC nie zdoła wynegocjować kontraktu-matki z dostawcą programu, każdy członek grupy może negocjować własną umowę z ceną równą lub niższą od ceny zastrzeżonej. Jeśli przedsiębiorca nie zdoła tego zrobić, musi wycofać się z utrzymywania danego programu przez określony czas (o długości decyduje NCTC, przy czym zastrzega się, że okres ten będzie nie dłuższy niż dwa lata). Komunikacja między NCTC a indywidualnymi członkami odnosząca się do negocjacji określonych kontraktów-matek będzie objęta tajemnicą i nie będzie znana innym członkom grupy.

Oceniając nowe procedury wspólnych zakupów, DOJ uznał, że nie ma ryzyka antykonkurencyjnych skutków porozumienia, przede wszystkim ze względu na niski udział w rynku członków grupy (15,8%). Zdaniem DOJ procedury nie niosą ze sobą ryzyka zмовы cenowej, głównie dlatego, że członkowie NCTC bezpośrednio nie konkurują ze sobą (97% aktywnych abonentów członków NCTC mieszka na terenach obsługiwanych tylko przez jednego członka NCTC). Wśród innych czynników przemawiających za dopuszczalnością działalności grupy DOJ wymienia fakt, że członkowie grupy nie wiedzą nawzajem, jakie programy kupują, oraz okoliczność, że na rynku działają również konkurenci niezrzeszeni w grupie.

Interesującego przykładu dostarcza także sprawa Memorial/St. Joseph's/Candler⁵⁴. W Stanach Zjednoczonych porozumienia o wspólnych zakupach spotykane są szczególnie często w sektorze opieki zdrowotnej. Przykładem takiego porozumienia jest uzgodnienie między Memorial Health, Inc oraz St. Joseph's/Candler Health System – organizacjami typu non-profit, aktywnymi w zakresie zapewniania usług opieki medycznej. Porozumienie zakładało, że każda z organizacji wyznaczy członków komitetu zakupowego, który będzie

⁵⁴ U.S. Department of Justice, Business Review Letter re: Memorial Health, Inc and St. Joseph's/Candler Health System, Antitrust Division, Washington, 17 October 2009, dostępne na stronie internetowej: <http://www.justice.gov/atr/public/busreview/249766.htm>.

oceniał niektóre produkty medyczne i chirurgiczne, implanty oraz sprzęt w celu zdecydowania, które towary będą objęte porozumieniem o wspólnych zakupach. Komitet zakupowy wyznaczy jednego lub więcej sprzedawców każdego produktu. Memorial Health oraz St. Joseph's/Candler będą zobowiązane dokonywać zakupów wyłącznie od wskazanych sprzedawców i zgodnie z warunkami, także cenowymi, ustalonymi przez komitet zakupowy. Porozumienie o wspólnych zakupach przewidywało również zobowiązanie stron do zakupu określonej ilości danego produktu w celu osiągnięcia rabatu ilościowych lub innych sprzyjających warunków dostaw u określonego sprzedawcy. Porozumienie wykluczało możliwość zakupienia przez strony porozumienia towarów, które mogą być uznane za substytuty produktów objętych porozumieniem, od sprzedawców innych niż wskazani przez komitet zakupowy. Koszt zakupów produktów objętych porozumieniem miał nie być większy niż 20% całkowitych przychodów ze wszystkich produktów sprzedawanych odpowiednio przez Memorial i St. Joseph's/Candler. Porozumienie nie przewiduje uzgadniania cen lub innych warunków, które każda ze stron ma zamiar stosować w odniesieniu do produktów objętych porozumieniem.

Departament Sprawiedliwości uznał to porozumienie za dopuszczalne, jako że pozwala ono na istotne oszczędności, które generują korzyści dla konsumentów (obniżenie kosztów usług). Porozumienie spełniało warunki legalności porozumień o wspólnych zakupach określone w wytycznych. Za kluczowe argumenty DOJ uznał fakt, że wspólne zakupu będą obejmować mniej niż 35% sprzedaży stron porozumienia na rynku właściwym, a koszt wszystkich zakupów dokonanych zgodnie z porozumieniem będzie mniejszy niż 20% przychodów.

5. Australia

W 2008 r. australijskiemu organowi ochrony konkurencji (Australian Competition and Consumer Commission – ACCC) notyfikowano porozumienie o wspólnych negocjacjach, na mocy którego ClubNSW⁵⁵ miał w imieniu 332 członków negocjować ze Sky Channel oraz Tabcorp Holdings warunki (także cenowe) dostaw usług transmisji wyścigów konnych⁵⁶. Za pozytywną

⁵⁵ ClubNSW zrzeszał ok. 1400 klubów oferujących szeroki zakres usług rekreacyjnych (*hospitality services*), w tym m.in. bowling, futbol, golf, jak również usługi związane z hazardem.

⁵⁶ ClubNSW – Collective bargaining notification, CB0057 i CB0058, 4.12.2008 r.; Public Register no. C2008/1843, dostępne na stronie internetowej: <http://www.accc.gov.au/content/index.phtml/itemId/849255/fromItemId/809136/display/acccDecision>.

(tj. wyłączającą spod zakazu karteli) oceną tego porozumienia przez ACCC przemawiał fakt, że kooperacja nie generowała znaczącego ograniczenia konkurencji, ponieważ nie wpływała ona znacząco na konkurencję między klubami takimi jak NSW, przystąpienie do wspólnych negocjacji było dobrowolne, porozumienie nie przewidywało działań polegających na zbiorowym bojkocie, a Sky Channel i TabCorps dysponowały również innymi możliwościami dystrybucji. ACCC uznał również, że porozumienie może generować pewne korzyści publiczne (public benefits) poprzez zapewnienie większych możliwości osiągania bardziej wydajnych wyników gospodarczych przez uczestników porozumienia (dzięki zapewnieniu równoważącej siły negocjacyjnej) oraz możliwość oferowania lepszego poziomu usług konsumentom (klientom klubu). W ocenie ACCC nie bez znaczenia był również fakt, że w ramach porozumienia o wspólnych negocjacjach kluby zrzeszone w ClubNSW mogły korzystać z usług eksperckich (prawniczych i księgowych). Wyłączenie dla kooperacji zostało udzielone na trzy lata.

W 2009 r. Australijska Federacja Sprzedawców Prasy (Australian Newsagents Federation) w imieniu członków własnych, członków West Australian Distribution Association (WADA) oraz kilku niezależnych sprzedawców notyfikowała porozumienie ustanawiające grupę dla celów wspólnych negocjacji (collective bargaining) umów dystrybucyjnych z wydawcą gazet West Australian Newspapers⁵⁷. Wspólne negocjacje miały dotyczyć takich kwestii jak m.in. opłaty za dostawy prasy do domów (home delivery fees), opłaty za „zwykłą” dostawę prasy (delivery fees), systemów motywacyjnych dla dostawców prasy (incentive schemes), opłat za dodatki do gazet (insert charges). ACCC uznał, że porozumienie pozwoli na częściowe wyrównanie siły negocjacyjnej sprzedawców prasy, którzy zazwyczaj są małymi przedsiębiorcami, wobec potentata prasowego. Organ ochrony konkurencji podkreślił przy tym, że korzyści z porozumienia będą obustronne, odnoszone nie tylko przez sprzedawców, ale też wydawcę prasy. Porozumienie ma przyczynić się do obniżenia kosztów transakcyjnych, m.in. dzięki temu, że sprzedawcy uzyskają wskutek uczestnictwa w porozumieniu informacje pozwalające im dokonywać lepszych wyborów biznesowych. Ograniczenie konkurencji powodowane porozumieniem jest zdaniem ACCC przeważone przez korzyść polegającą na samej możliwości wpływu sprzedawców na wyniki negocjacji w ramach negocjacji gru-

⁵⁷ Australian Newsagents' Federation – Collective bargaining notification, CB0072, 27.5.2009 r.; Public Register no. C2009/890, dostępne na stronie internetowej: <http://www.accc.gov.au/content/index.phtml/itemId/874046>.

powych – w normalnych warunkach wydawca prasowy oferuje im standardowe umowy dystrybucyjne, a indywidualni sprzedawcy nie mają niemal żadnego wpływu na oferowane im warunki i są typowymi „odbiorcami cen” (price takers). Również w tym przypadku wyłączenie udzielone zostało na trzy lata.

6. Włochy

Trzej przedsiębiorcy (Generale Supermercati (GS) Spa, Standa Spa oraz Il Gigante Spa) prowadzący sieć sklepów sprzedaży detalicznej podpisali porozumienie ustanawiające wspólne przedsiębiorstwo o nazwie Supercentrale, którego zadaniem było negocjowanie warunków zakupów w imieniu przedsiębiorców-założycieli⁵⁸. Supercentrale nie dokonywało natomiast bezpośrednio zakupów. Postępowanie prowadzone przez włoski organ ochrony konkurencji obejmowało ocenę wpływu tego porozumienia na konkurencję między istniejącymi dużymi sprzedawcami detalicznymi oraz między dostawcami produktów dla tychże sprzedawców. Postępowanie antymonopolowe wykazało, że Supercentrale miało jedynie niewielki udział w rynku zakupów, podobny do tego, jaki miała podobna aktywna grupa zakupowa, dostawcy byli zazwyczaj dużymi podmiotami o znaczącej sile przetargowej (bargaining power). W toku postępowania wykazano również, że porozumienie o wspólnych zakupów nie doprowadzi do zwiększenia poziomu homogeniczności polityki handlowej ani do ujednoczenia cen przez członków grupy – porozumienie przewidywało mechanizmy przeciwdziałania wymianie wrażliwych informacji przez członków grupy. W konsekwencji włoski organ ochrony konkurencji uznał, że porozumienie nie doprowadzi do odczuwalnego ograniczenia konkurencji na rynku właściwym.

7. Holandia

Trzej przedsiębiorcy zawarli porozumienie o wspólnym imporcie drewna sosnowego. Porozumienie zostało poddane ocenie przez holenderski organ ochrony konkurencji, który uznał, że nie ogranicza ono odczuwalnie konkurencji ani na rynku importu drewna sosnowego, ani na rynku hurtowej sprzedaży drewna sosnowego. Taka ocena antymonopolowa została ukształtowana pod wpływem następujących faktów: udział członków poro-

⁵⁸ Competition Issues in Joint Ventures, OECD 2000, s. 79-80.

zumienia w wyżej wymienionych rynkach wynosił mniej niż 10%, na rynkach tych nie istniały znaczące bariery wejścia i ekspansji, nabywcy produktu, którego dotyczyło porozumienie, dysponowali istotną siłą negocjacyjną; elementy te przekonały holenderski organ antymonopolowych o wysokim poziomie intensywności konkurencji na rynku właściwym, a w konsekwencji o braku zastrzeżeń wobec porozumienia⁵⁹.

Dziesięć firm oferujących prywatne ubezpieczenia w zakresie opieki zrzeszonych było w spółdzielni zakupowej Multizorg. Spółdzielnia dokonywała zakupów takich produktów jak m.in. aparaty słuchowe, respiratory, produkty dla cukrzyków, itp. Członkowie spółdzielni działali na poziomie krajowym i mogli zaopatrywać się również poza spółdzielnią. Również w tym wypadku dokonywane zakupy stanowiły jedynie niewielką część rynku właściwego. W rezultacie holenderski organ ochrony konkurencji uznał, że wspólne zakupy dokonywane za pośrednictwem spółdzielni nie powodowały odczuwalnego ograniczenia konkurencji na rynkach zakupów określonych artykułów medycznych i pielęgnacyjnych, nie ograniczały możliwości sprzedaży przez dostawców tych towarów ani też konkurencji między tymi dostawcami. Ograniczenia konkurencji nie powodowało również postanowienie o obciążeniu członków spółdzielni kosztami wycofania się z niej⁶⁰.

V. Podsumowanie

Brak regulacji prawnych (poza Australią) wprost wykluczających stosowanie zakazu porozumień ograniczających konkurencję wobec porozumień o wspólnych zakupach nie przesądza o bezwzględnie zakazanym charakterze tych porozumień. Warunki dopuszczalności porozumień zakupowych mogą być natomiast odtworzone z aktów prawa miękkiego oraz praktyki decyzyjnej/orzeczniczej. Za zasadnicze zidentyfikowane warunki dopuszczalności porozumień zakupowych należy uznać:

- cel porozumienia, którym jest realizacja wspólnych zakupów, a nie zmowa kartelowa;
- brak siły nabywczej (buyer power) na rynku wyższego szczebla (rynku zakupów);
- brak siły rynkowej (market power) na rynku niższego szczebla (rynku sprzedaży).

⁵⁹ Competition Issues in Joint Ventures, OECD 2000, s. 104-105.

⁶⁰ Competition Issues in Joint Ventures, OECD 2000, s. 105.

Siła rynkowa/nabywcza wyznaczana jest za pomocą udziału w rynkach, o dopuszczalności porozumienia decyduje to, czy porozumienie mieści się w tzw. bezpiecznym porcie, który KE wyznaczyła na poziomie 15%, Departament Sprawiedliwości w USA na poziomie 20%, a ekonomiści zasugerowali brytyjskiemu OFT poziom 25%. OFT w opinii w sprawie P&H/Makro stwierdził nawet, że jeśli nie ma ryzyka koordynacji cenowej, wyłączenie dla wspólnych zakupów stosuje się bez względu na 15% próg udziału w rynku wskazany w wytycznych (pkt 6.15 opinii).

Inaczej niż ma to miejsce w innych typach porozumień, dla porozumień zakupowych trudno stworzyć listę czarnych (bezwzględnie zakazanych) klauzul. Postanowienia, które w innych warunkach byłyby uznane za zakazane (a nawet zakazane *per se*), w przypadku porozumień zakupowych często stanowią narzędzie kooperacji: dotyczy to nawet uzgodnień cenowych (jeśli chodzi o ustalanie cen dostaw, a nie minimalnych lub sztywnych cen odsprzedaży ostatecznym odbiorcom/konsumentom), uzgodnień ilościowych (możliwe jest zobowiązanie do nabywania określonej ilości minimalnej poprzez grupę), czy postanowień o wyłączności zaopatrywania się poprzez grupę. Podstawowy sposób odróżnienia legalnej grupy zakupowej od kartelu zakupowego wymaga skupienia się na celach funkcjonalnych poszczególnych postanowień⁶¹.

W świetle zanalizowanych dokumentów za niedopuszczalne w porozumieniach zakupowych należy uznać:

- klauzule ustalające ceny (minimalne lub sztywne) odsprzedaży na rynku niższego szczebla (ryнку sprzedaży);
- klauzule terytorialne (ustalające podział rynku sprzedaży między uczestników porozumienia, o ile uzgodnienia takie nie są dokonywane w ramach dopuszczalnych (w świetle aktów odnoszących się do porozumień wertykalnych) systemów dystrybucji).

Wytyczne i decyzje antymonopolowe dotyczące grup zakupowych wskazują, że porozumienia mogą generować dwa rodzaje antykonkurencyjnych skutków:

- (1) grupy zakupowe powodują znowę kartelową na rynku niższego szczebla (należy jednak pamiętać, że zgodnie z wytycznymi Komisji Europejskiej – ustalanie ceny nabycia w ramach grupy zakupowej jest neutralne dla konkurencji, tak również należy postrzegać ustalanie ceny

⁶¹ P.C. Carstensen, *Buyer Cartels Versus Buying Groups: Legal Distinctions, Competitive Realities, and Antitrust Policy*, „William & Mary Business Law Review” 2010, vol. 1(1), s. 14.

między dostawcą a grupą zakupową. W literaturze podkreśla się, że typowa grupa zakupowa nie uzgadnia cen odsprzedaży stosowanych przez członków. Grupa zakupowa istnieje w celu osiągnięcia korzyści ekonomicznych (czyli głównie wynegocjowania atrakcyjnych cen), a sposób „spożytkowania” tych korzyści zależy tylko od członków grupy⁶²).

- (2) grupy zakupowe dysponują siłą przetargową/nabywczą wobec dostawców, skutkującą ograniczeniem konkurencji na rynku zakupów⁶³.

Liberalne podejście do kooperacji horyzontalnej w postaci grup zakupowych jest wyraźnie widoczne zwłaszcza w systemach prawnych operujących regułą rozsądku (*rule of reason*). Systemy ochrony konkurencji w UE również idą w tym kierunku – organy ochrony konkurencji dzięki „normatywnej” regule rozsądku (przesłanki wyłączeń) aplikowanej w duchu podejścia ekonomicznego (*economic approach*) mają możliwość takiej oceny kooperacji horyzontalnej w postaci grup zakupowych, która uwzględnia rzeczywisty wpływ porozumień na konkurencję na rynkach właściwych (rynkach dwóch szczebli), jak również badanie wzajemnych relacji efektów antykonkurencyjnych i prokonkurencyjnych porozumień o wspólnych zakupach. Uzgodnianie cen, postrzegane jako immanentny element wspólnych negocjacji towarzyszących wspólnym zakupom, czy ustalanie minimalnych kontyngentów indywidualnych dostaw mają wręcz charakter niezbędnych (koniecznych) ograniczeń konkurencji (*ancillary restraints*), wobec których nie dokonuje się analizy przesłanek wyłączenia, ale wobec których z góry zakłada się brak zastosowania zakazu porozumień ograniczających konkurencję. Również UNCTAD w dokumencie poświęconym modelowemu prawu konkurencji zaleca poddanie porozumień o wspólnych zakupach regule rozsądku⁶⁴. Zastosowanie reguły rozsądku w antymonopolowej ocenie porozumień zakupowych oznacza konieczność przeprowadzenia dwuwymiarowej analizy (relacje horyzontalne między uczestnikami grupy oraz relacje między grupą a dostawcami), uwzględniającej gospodarczy cel funkcjonowania grupy.

⁶² M. Lindsay, *Antitrust and Group Purchasing*, Antitrust 2009, vol. 23(3), s. 69.

⁶³ Ibidem, s. 66.

⁶⁴ Manual on the formulation and application of competition law, UNCTAD, New York-Geneva 2004, s. 9.