

TILLKÄNNAGIVANDE FRÅN KOMMISSIONEN

Riktlinjer för tillämpningen av artikel 81 i EG-fördraget på horisontella samarbetsavtal

(2001/C 3/02)

(Text av betydelse för EES)

1. INLEDNING

1.1 Syfte

1. I dessa riktlinjer anges principerna för bedömningen av horisontella samarbetsavtal enligt artikel 81 i fördraget. Ett samarbete är av horisontell natur, om företag som är verksamma på samma marknadsnivå(er) ingår ett avtal eller inleder ett samordnat förfarande. Horisontellt samarbete innebär oftast samarbete mellan konkurrenter. Det omfattar exempelvis områden såsom forskning och utveckling (FoU), tillverkning, inköp eller saluföring.

spektive avtal om forskning och utveckling (FoU). De båda förordningarna har nu ersatts av kommissionens förordning (EG) nr 2658/2000 av den 29 november 2000 om tillämpning av artikel 81.3 i fördraget på vissa grupper av specialiseringsavtal ⁽⁴⁾ (gruppundantagsförordningen om specialisering) och kommissionens förordning (EG) nr 2659/2000 av den 29 november 2000 om tillämpning av artikel 81.3 i fördraget på vissa grupper av avtal om forskning och utveckling ⁽⁵⁾ (gruppundantagsförordningen om FoU). De två tillkännagivandena gav vägledning i fråga om vissa typer av samarbetsavtal som faller utanför artikel 81 ⁽⁶⁾ och i fråga om bedömningen av kooperativa gemensamma företag ⁽⁷⁾.
2. Horisontellt samarbete kan leda till konkurrensproblem. Detta är fallet exempelvis om parterna i ett samarbete kommer överens om att fastställa priser eller produktion eller dela upp marknader, eller om samarbetet ger parterna möjlighet att upprätthålla, uppnå eller utöka ett marknadsinflytande och därmed har negativa effekter på marknaden när det gäller priser, produktion, innovation eller produkters mångfald och kvalitet.
3. Å andra sidan kan horisontellt samarbete ge betydande ekonomiska fördelar. Företagen måste reagera på ett ökande konkurrensstryck och på marknadsförhållanden som är stadda i ständig förändring på grund av globalisering, snabba tekniska framsteg och marknadernas generellt mer dynamiska natur. Samarbete kan vara ett sätt att dela risker, spara på kostnader, samla know-how och lansera innovationer snabbare. Samarbete är framför allt för små och medelstora företag ett viktigt sätt att anpassa sig till marknadsförhållanden stadda i förändring.
4. Kommissionen är medveten om de ekonomiska fördelar som kan skapas genom samarbete, men måste även säkerställa att en effektiv konkurrens upprätthålls. Artikel 81 utgör den rättsliga ramen för en balanserad bedömning, där såväl konkurrenshämmande effekter som ekonomiska fördelar beaktas.
5. Tidigare låg två tillkännagivanden från kommissionen och två gruppundantagsförordningar till grund för bedömningen av horisontellt samarbete enligt artikel 81. I kommissionens förordning (EEG) nr 417/85 ⁽¹⁾, senast ändrad genom förordning (EG) nr 2236/97 ⁽²⁾ och kommissionens förordning (EEG) nr 418/85 ⁽³⁾, senast ändrad genom förordning (EG) nr 2236/97, föreskrevs om undantag för vissa typer av specialiseringsavtal re-
6. De förändrade marknadsförhållandena har gett upphov till en allt mer varierande och omfattande användning av horisontellt samarbete. Det behövs fullständigare och uppdaterade anvisningar för att öka klarheten och transparensen i fråga om tillämpningen av artikel 81 på detta område. Vid bedömningen måste man fästa större vikt vid ekonomiska kriterier, som bättre återspeglar den senaste utvecklingen i rättsskipning och rättspraxis vid Europeiska gemenskapernas domstol och förstainstansrätt.
7. Syftet med dessa riktlinjer är att skapa ett analysunderlag för de vanligaste typerna av horisontellt samarbete. Detta underlag grundar sig främst på kriterier som bidrar till att analysera det ekonomiska sammanhanget kring ett samarbetsavtal. Ekonomiska kriterier, såsom parternas marknadsinflytande och andra faktorer som har samband med marknadsstrukturen, är avgörande för bedömningen av samarbetets sannolika inverkan på marknaden och därmed för en bedömning enligt artikel 81. Med tanke på de otaliga typerna och kombinationerna av horisontellt samarbete och de marknadsförhållanden under vilka dessa typer och kombinationer av horisontellt samarbete används, är det omöjligt att ge entydiga lösningar för varje tänkbart scenario. Det aktuella analysunderlaget, som grundar sig på ekonomiska kriterier, kommer dock att vara till hjälp för företagen när de skall bedöma huruvida ett enskilt samarbetsavtal är förenligt med artikel 81.
8. Riktlinjerna ersätter inte endast de tillkännagivanden som nämns i punkt 5, utan täcker dessutom ett brett spektrum av de vanligaste typerna av horisontella avtal. De kompletterar gruppundantagsförordningen om FoU och gruppundantagsförordningen om specialisering.

1.2 Riktlinjernas tillämpningsområde

9. Dessa riktlinjer omfattar avtal eller samordnade förfaranden (nedan kallade "avtal") mellan två eller flera företag som är verksamma på samma marknadsnivå(er), till exempel på samma produktions- eller distributionsnivå. I det sammanhanget läggs tyngdpunkten på samarbete mellan konkurrenter. Begreppet "konkurrenter", såsom det används i dessa riktlinjer, omfattar både faktiska⁽⁸⁾ och potentiella⁽⁹⁾ konkurrenter.
10. Dessa riktlinjer gäller dock inte alla tänkbara horisontella avtal, utan endast sådana typer av samarbete som kan leda till effektivitetsvinster. Hit hör bland annat avtal om forskning och utveckling, produktion, inköp, saluföring och standardisering samt miljöavtal. Andra typer av horisontella avtal mellan konkurrenter, t.ex. om utbyte av information eller om minoritetsinnehav, kommer att behandlas separat.
11. Avtal som ingås mellan företag som är verksamma på olika nivåer i produktions- eller distributionskedjan, dvs. vertikala avtal, omfattas i princip inte av dessa riktlinjer utan behandlas i kommissionens förordning (EG) nr 2790/99⁽¹⁰⁾ (gruppundantagsförordningen om vertikala begränsningar) och i riktlinjerna om vertikala begränsningar⁽¹¹⁾. I den mån vertikala avtal, exempelvis distributionsavtal, ingås mellan konkurrenter, kan effekterna på marknaden av sådana avtal och de eventuella konkurrensproblemen vara snarlika horisontella avtal. Sådana avtal måste därför bedömas enligt de principer som beskrivs i dessa riktlinjer. Det utesluter inte att man dessutom tillämpar riktlinjerna om vertikala begränsningar på dessa avtal för att bedöma de vertikala begränsningar sådana avtal innehåller⁽¹²⁾.
12. Avtalen kan omfatta olika samarbetsstadier, exempelvis forskning och utveckling samt den produktion som forskningen och utvecklingen leder till. Sådana avtal omfattas av dessa riktlinjer, om de inte omfattas av rådets förordning (EEG) nr 4064/89 av den 21 december 1989 om kontroll av företagskoncentrationer⁽¹³⁾, senast ändrad genom förordning (EG) nr 1310/97⁽¹⁴⁾ ("koncentrationsförordningen"). Tyngdpunkten i samarbetet avgör vilken del av de aktuella riktlinjerna som är tillämplig på avtalet i fråga. När tyngdpunkten fastställs, beaktas särskilt två faktorer: för det första utgångspunkten för samarbetet och för det andra graden av integration mellan de olika funktioner som sammanslås. Ett samarbete som omfattar såväl gemensam forskning och utveckling som gemensam produktion som detta leder till skulle därför normalt omfattas av avsnittet om avtal om forskning och utveckling, eftersom gemensam produktion inleds endast om den gemensamma forskningen och utvecklingen är framgångsrik. Det innebär att resultaten av den gemensamma forskningen och utvecklingen är avgörande för produktionen. Avtalet om forskning och utveckling kan därför ses som utgångspunkten för samarbetet. En sådan bedömning skulle förändras om avtalet skulle avse en fullständig integration i fråga om tillverkning och endast en partiell integration av viss forsknings- och utvecklingsverksamhet. I det fallet skulle samarbetets eventuella konkurrenshämmande effekter och ekonomiska fördelar i stor utsträckning ha anknytning till den gemensamma produktionen, och avtalet skulle därför undersökas enligt de principer som fastställs i avsnittet om produktionsavtal. Mer komplicerade arrangemang, såsom strategiska allianser, där ett antal olika samarbetsområden och samarbetsinstrument kombineras på olika sätt, omfattas inte av riktlinjerna. Bedömningen av varje enskilt samarbetsområde inom en allians kan utföras med hjälp av motsvarande kapitel i riktlinjerna. Komplicerade arrangemang måste dock också analyseras i sin helhet. På grund av den mångfald av områden som kan ingå i en allians är det omöjligt att ge allmänna anvisningar för en sådan övergripande bedömning. Allianser eller andra former av samarbete som främst utgör avsiktsförklaringar är omöjliga att bedöma enligt konkurrensreglerna så länge tillämpningsområdet inte fastställs exakt.
13. De kriterier som fastställs i dessa riktlinjer gäller samarbete i fråga om både varor och tjänster (som kollektivt kallas produkter). Riktlinjerna är dock inte tillämpliga om sektorspecifika regler gäller, vilket är fallet i fråga om jordbruk, transporter och försäkringar⁽¹⁵⁾. Transaktioner för vilka koncentrationsförordningen gäller omfattas inte heller av dessa riktlinjer.
14. Artikel 81 gäller endast horisontella samarbetsavtal som kan påverka handeln mellan medlemsstater. Dessa riktlinjer rör inte bedömningen av huruvida ett visst avtal kan påverka handeln. Följande principer om tillämpligheten av artikel 81 grundar sig därför på antagandet att handeln mellan medlemsstaterna påverkas. I praktiken måste denna fråga dock undersökas från fall till fall.
15. Artikel 81 gäller inte avtal av mindre betydelse eftersom de inte kan ha till syfte eller effekt att märkbart begränsa konkurrensen. Tillämpningen av det gällande eller något eventuellt framtida meddelande om avtal av mindre betydelse påverkas inte av dessa riktlinjer⁽¹⁶⁾.
16. Den bedömning enligt artikel 81 som beskrivs i dessa riktlinjer påverkar inte en eventuell samtidig tillämpning av artikel 82 i fördraget på horisontella samarbetsavtal. Dessutom påverkar den inte förstainstansrättens och EG-domstolens tolkning i fråga om tillämpningen av artikel 81 på horisontella avtal.

1.3 Grundläggande principer för bedömning enligt artikel 81

1.3.1 Artikel 81.1

17. Artikel 81.1 gäller horisontella samarbetsavtal som har till syfte eller resultat att hindra, begränsa eller snedvrída konkurrensen (nedan kallade konkurrensbegränsningar).
18. I vissa fall framgår det redan av samarbetets art att artikel 81.1 är tillämplig. Detta gäller avtal som har till syfte att begränsa konkurrensen genom att priser fastställs, produktionen begränsas eller marknader eller kundunderlag delas upp. Dessa avtal antas ha negativa effekter på marknaden, och därför är det inte nödvändigt att undersöka vilka effekter de verkligen har på konkurrensen och marknaden för att fastställa att de omfattas av artikel 81.1.
19. Många horisontella samarbetsavtal har dock inte till syfte att begränsa konkurrensen. Därför är det nödvändigt att undersöka effekterna av avtalet. För denna undersökning är det inte tillräckligt att avtalet begränsar konkurrensen mellan parterna. Det måste också sannolikt påverka konkurrensen på marknaden i en sådan utsträckning att negativa marknadseffekter i fråga om priser, produktion, innovation eller varors och tjänsters mångfald eller kvalitet kan förväntas.
20. Huruvida ett avtal kan ha sådana negativa effekter på marknaden beror på det ekonomiska sammanhanget. Man bör då ta hänsyn till både avtalets art och parternas gemensamma marknadsinflytande som – tillsammans med andra strukturella faktorer – avgör i vilken utsträckning samarbetet kan påverka konkurrensen som helhet i så stor omfattning.

Avtalets art

21. Avtalets art bestäms av faktorer såsom området för och syftet med samarbetet, konkurrensförhållandet mellan parterna och i vilken omfattning de slår samman sin verksamhet. Dessa faktorer anger sannolikheten för att parterna samordnar sitt beteende på marknaden.
22. Det är mindre sannolikt att vissa avtalstyper, till exempel de flesta FoU-avtal eller samarbete för att fastställa standarder eller förbättra miljöförhållanden, innehåller begränsningar som gäller priser och produktion. Om sådana avtalstyper har negativa effekter överhuvudtaget gäller dessa sannolikt innovation eller produkternas mångfald. De kan också ge upphov till avskärningsproblem.

23. Andra typer av samarbete, såsom produktionsavtal eller inköpsavtal, leder vanligen till en viss grad av gemensamma (total)kostnader. Om de gemensamma kostnaderna är betydande, kan parterna lättare samordna marknadspriser och produktion. En stor del av kostnaderna kan bli gemensamma endast under vissa förhållanden: För det första måste samarbetsområdet, exempelvis produktion och inköp, utgöra en stor del av de totala kostnaderna på en viss marknad. För det andra måste parterna slå samman sin verksamhet på samarbetsområdet i betydande omfattning. Detta är fallet exempelvis när de tillsammans tillverkar eller köper in en viktig mellanprodukt eller en stor andel av sin totala produktion av en färdigprodukt.

Avtal som inte omfattas av artikel 81.1

24. Vissa kategorier av avtal är i sig av en sådan art att de inte omfattas av artikel 81.1. Detta gäller i regel för samarbete som inte innebär en samordning av parternas konkurrensbeteende på marknaden, såsom
- samarbete mellan företag som inte konkurrerar med varandra,
 - samarbete mellan konkurrerande företag som inte självständigt kan genomföra det projekt eller den verksamhet som omfattas av samarbetet,
 - samarbete som gäller en verksamhet som inte påverkar de relevanta konkurrensparametrarna.

Dessa samarbetskategorier omfattas av artikel 81.1 endast om de omfattar företag med ett betydande marknadsinflytande⁽¹⁷⁾ och sannolikt kommer att utestänga tredje parter från marknaden.

Avtal som nästan alltid omfattas av artikel 81.1

25. En annan kategori av avtal kan redan från början i regel anses vara omfattade av artikel 81.1. Det gäller samarbetsavtal som har till syfte att begränsa konkurrensen genom fastställande av priser, begränsning av produktionen eller uppdelning av marknader eller kundunderlag. Sådana begränsningar anses mest skadliga, eftersom de direkt påverkar slutresultatet av konkurrensprocessen. Fastställande av priser och begränsning av produktionen leder direkt till att kunderna betalar högre priser eller inte får de kvantiteter de önskar. Uppdelning av marknader eller kundunderlag minskar det urval som står till buds för kunderna och leder därför till högre priser eller mindre produktion. Det kan därför presumeras att dessa begränsningar har negativa effekter på marknaden, och därför är de nästan alltid förbjudna⁽¹⁸⁾.

Avtal som kan omfattas av artikel 81.1

26. Avtal som inte hör till de ovannämnda kategorierna kräver en närmare undersökning för att man skall kunna avgöra om de omfattas av artikel 81.1. Analysen måste omfatta marknadsrelaterade kriterier såsom parternas marknadsposition och andra strukturella faktorer.

Marknadsinflytande och marknadsstruktur

27. Utgångspunkten för analysen är parternas ställning på de marknader som berörs av samarbetet. Detta avgör om det är sannolikt att de upprätthåller, uppnår eller utökar ett marknadsinflytande genom samarbetet, dvs. om de kan åstadkomma negativa marknadseffekter i fråga om priser, produktion, innovation eller varors och tjänsters mångfald eller kvalitet. För att kunna genomföra undersökningen måste man definiera de relevanta marknaderna enligt den metod som fastställs i kommissionens tillkännagivande om definitionen av relevant marknad⁽¹⁹⁾. Dessa riktlinjer kommer att ge ytterligare vägledning när det gäller särskilda typer av marknader, såsom inköpsmarknader eller teknikmarknader.

28. Om parterna har en liten gemensam marknadsandel⁽²⁰⁾, är det osannolikt att samarbetet får någon konkurrensbegränsande effekt, och det behövs i regel ingen ytterligare undersökning. Om den ena av endast två parter har en obetydlig marknadsandel och saknar större resurser, kan inte ens en stor gemensam marknadsandel i regel anses ha någon begränsande effekt på konkurrensen på marknaden⁽²¹⁾. Med tanke på mångfalden av samarbetsformer och de olika effekter de kan ha i olika marknadsituationer, är det omöjligt att fastställa ett generellt tröskelvärde för marknadsandelar över vilket marknadsinflytandet kan antas vara tillräckligt stort för att samarbetet skall ha konkurrensbegränsande effekter.

29. Förutom parternas marknadsposition och ökningen av marknadsandelar kan det bli nödvändigt att beakta marknadskoncentrationen, dvs. antalet konkurrenter och deras marknadsposition, som en ytterligare faktor för att bedöma samarbetets inverkan på konkurrensen på marknaden. Herfindahl-Hirshman-indexet (HHI), där kvadraterna av de enskilda marknadsandelarna för alla konkurrerande företag på en marknad summeras⁽²²⁾, kan användas som indikator: Med ett HHI under 1 000 kan marknadskoncentrationen betecknas som låg, mellan 1 000 och 1 800 som måttlig och över 1 800 som hög. En annan möjlig indikator är koncentrationsgraden för de ledande företagen, där de enskilda marknadsandelarna för de ledande konkurrerande företagen adderas⁽²³⁾.

30. Beroende på parternas marknadsposition och marknadskoncentrationen måste också andra faktorer beaktas, däribland marknadsandelarnas stabilitet under en viss tid, inträdeshinder och sannolikheten för att nya aktörer

kommer in på marknaden, köparnas eller leverantörernas utjämnande marknadsinflytande eller produkternas art (t.ex. homogenitet, mognadsgrad). Om det är sannolikt att konkurrensen påverkas på innovationsområdet och detta inte kan bedömas tillräckligt på grundval av befintliga marknader, kan det bli nödvändigt att beakta särskilda faktorer för att analysera en sådan inverkan (se kapitel 2, FoU-avtal).

1.3.2 Artikel 81.3

31. Avtal som omfattas av artikel 81.1 kan eventuellt undantas under förutsättning att villkoren i artikel 81.3 uppfylls. Detta är fallet om avtalet

— bidrar till att förbättra produktionen eller distributionen av produkter eller till att främja tekniskt eller ekonomiskt framåtskridande,

— tillförsäkrar konsumenterna en skälig andel av den vinst som därigenom uppnås

och inte

— ålägger de berörda företagen begränsningar som inte är nödvändiga för att uppnå dessa mål,

— ger dessa företag möjlighet att sätta konkurrensen ur spel för en väsentlig del av produkterna i fråga.

Ekonomiska fördelar

32. Det första villkoret är att avtalet skall bidra till att förbättra produktionen eller distributionen av produkter eller till att främja tekniska eller ekonomiska framsteg. Eftersom dessa fördelar gäller statiska eller dynamiska effektivitetsvinster, kan de kallas "ekonomiska fördelar". Ekonomiska fördelar kan uppväga konkurrensbegränsande effekter. Ett samarbete kan exempelvis ge företag möjlighet att tillhandahålla varor eller tjänster till lägre priser eller av högre kvalitet eller att lansera innovationer snabbare. De flesta effektivitetsvinster uppstår när kunande eller resurser av olika slag förenas och integreras. Parterna måste visa att effektivitetsvinsterna sannolikt orsakas av samarbetet och att de inte kan uppnås på ett mindre konkurrensbegränsande sätt (se också nedan). Påståenden om effektivitetsvinster måste beläggas. Spekulationer eller allmänna uttalanden om kostnadsbesparingar är inte tillräckliga.

33. Kommissionen beaktar inte kostnadsbesparingar som uppkommer genom begränsning av produktionen eller uppdelning av marknaden, eller som enbart beror på utövande av marknadsinflytande.

En skälig andel till konsumenterna

34. Ekonomiska fördelar måste gagna inte endast avtalsparterna utan också konsumenterna. I vilken utsträckning fördelarna kommer konsumenterna till godo beror i allmänhet på hur intensiv konkurrensen är på den relevanta marknaden. Genom konkurrenstryck kan det normalt säkerställas att kostnadsbesparingarna kommer konsumenterna till godo i form av lägre priser eller att företagen har ett incitament att få ut nya produkter på marknaden så snabbt som möjligt. Om en tillräcklig konkurrens som utsätter avtalsparterna för ett verkligt konkurrenstryck upprätthålls på marknaden, kommer konkurrensen därför i regel att säkerställa att konsumenterna får en skälig andel av de ekonomiska fördelarna.

Nödvändiga begränsningar

35. Konkurrensbegränsningarna måste vara nödvändiga för att de ekonomiska fördelarna skall uppnås. Om motsvarande fördelar kan uppnås med mindre begränsningar, kan de anförda effektivitetsvinster inte åberopas för att motivera konkurrensbegränsningarna. Huruvida enskilda begränsningar är nödvändiga beror på marknadsförhållandena och avtalets löptid. Exklusiva avtal kan till exempel hindra en deltagande part från att åka snålskjuts och därför vara godtagbara. Under vissa omständigheter kan de dock vara onödiga och förvärpa en konkurrensbegränsande effekt.

Konkurrensen sätts inte ur spel

36. Det sista kriteriet, som gäller om konkurrensen sätts ur spel för en väsentlig del av produkterna i fråga, hänger samman med frågan om dominans. Om ett företag är eller blir dominerande till följd av ett horisontellt avtal, kan ett avtal som har en konkurrenshämmande effekt i den mening som avses i artikel 81 i princip inte beviljas undantag.

Gruppundantagsförordningar om forskning och utveckling samt specialisering

37. Vissa grupper av avtal kan under vissa förutsättningar antas uppfylla kriterierna i artikel 81.3. Detta gäller i synnerhet FoU- och produktionsavtal, där betydande effektivitetsvinster kan uppnås genom att kompletterande kunskaper eller tillgångar förenas. Dessa riktlinjer bör ses som ett komplement till gruppundantagsförordningarna om FoU och specialisering. I dessa gruppundantagsförordningar undantas de vanligaste formerna av avtal på områdena för produktion/specialisering upp till ett tröskelvärde för marknadsandelar på 20 % samt på området för forskning och utveckling upp till ett tröskelvärde för marknadsandelar på 25 % under förutsättning att avtalen uppfyller villkoren för tillämpning av gruppundantaget och inte innehåller särskilt allvarliga begränsningar (förbjudna enligt en "svart lista") som medför att gruppundantaget inte är tillämpligt. Enligt gruppundantagsför-

ordningarna kan särskilt allvarliga begränsningar inte behandlas separat. Om en eller flera särskilt allvarliga begränsningar förekommer i ett avtal så faller hela avtalet utanför gruppundantaget i förordningen.

1.4 Strukturen för de följande kapitlen om olika samarbetsformer

38. Riktlinjerna är uppdelade i kapitel enligt typ av avtal. Varje kapitel är strukturerat enligt det analysunderlag som beskrivs ovan i punkt 1.3. Om det är nödvändigt ges särskilda anvisningar för definitionen av de relevanta marknaderna (t.ex. på området för forskning och utveckling eller i fråga om inköpsmarknader).

2. AVTAL OM FORSKNING OCH UTVECKLING

2.1 Definition

39. FoU-avtal kan ha olika form och räckvidd. De sträcker sig från outsourcing av viss FoU-verksamhet till gemensam förbättring av befintlig teknik eller till samarbete inom forskning, utveckling och saluföring av helt nya produkter. Avtalen kan ha formen av ett samarbetsavtal eller ett gemensamt företag. Detta kapitel gäller alla former av FoU-avtal samt därmed förknippade avtal som gäller produktion eller saluföring av resultatet av forskningen och utvecklingen, under förutsättning att tyngdpunkten i samarbetet är förlagd på forskning och utveckling, med undantag för koncentrationer och gemensamma företag som omfattas av koncentrationsförordningen.
40. Samarbete inom forskning och utveckling kan minska dubbla, onödiga kostnader, leda till att företagen i betydande utsträckning överför idéer och erfarenheter till varandra och därigenom resultera i att produkter och teknik utvecklas snabbare än vad som annars vore fallet. En allmän regel är att samarbete inom forskning och utveckling tenderar att öka FoU-verksamheten totalt sett.
41. Små och medelstora företag är en dynamisk och heterogen grupp som ställs inför många utmaningar, däribland de ökande kraven från större företag, som de ofta är underleverantörer till. I FoU-intensiva sektorer har snabbväxande små och medelstora företag (ofta kallade "start-up companies") också som mål att bli marknadsledare inom marknadssegment stadda i snabb utveckling. För att möta dessa utmaningar och förbli konkurrenskraftiga måste små och medelstora företag hela tiden göra innovationer. Genom samarbete inom forskning och utveckling kommer små och medelstora företag sannolikt att öka sin forskning och utveckling totalt sett och kunna konkurrera effektivare med starkare marknadsaktörer.
42. Under vissa omständigheter kan FoU-avtal dock orsaka konkurrensproblem och till exempel ha en begränsande effekt på priser, produktion, innovation eller produkters mångfald eller kvalitet.

2.2 Relevanta marknader

43. Vid definitionen av den relevanta marknaden för att bedöma effekterna av ett FoU-avtal måste man fastställa vilka produkter, vilken teknik eller vilken FoU-verksamhet som begränsar avtalsparternas konkurrensbeteende. Den ena ytterligheten är att innovationen resulterar i en produkt (eller teknik) som konkurrerar på en befintlig produktmarknad (eller teknikmarknad). Detta gäller forskning och utveckling som är inriktad på små förbättringar eller variationer, exempelvis nya modeller av vissa produkter. Eventuella effekter berör då marknaden för befintliga produkter. Den andra ytterligheten är att innovationen leder till en helt ny produkt som själv skapar en ny marknad (t.ex. ett nytt vaccin mot en tidigare obotlig sjukdom). I ett sådant fall är befintliga marknader relevanta endast om de på något sätt har ett samband med innovationen i fråga. Därför måste effekterna av samarbetet i fråga om innovation om möjligt bedömas. De flesta fall gäller förmodligen dock situationer mellan dessa båda ytterligheter, dvs. situationer där innovationsverksamhet kan ge upphov till produkter eller teknik som med tiden ersätter befintliga produkter eller befintlig teknik (t.ex. CD-skivan, som har ersatt LP-skivan). En noggrann analys av sådana situationer måste eventuellt omfatta både befintliga marknader och avtalets påverkan på innovation.

Befintliga marknader

a) Produktmarknader

44. Om samarbetet gäller forskning och utveckling för att förbättra befintliga produkter, är det dessa befintliga produkter samt deras närmaste substitut som utgör den relevanta marknad som berörs av samarbetet ⁽²⁴⁾.
45. Om syftet med FoU-verksamheten är att göra betydande ändringar av en befintlig produkt eller rentav att skapa en ny produkt som ersätter befintliga produkter, kan utbytbarheten med den befintliga produkten vara ofullständig eller bli verklighet först på sikt. Därför är det inte sannolikt att de gamla och eventuellt framväxande nya produkterna hör till samma relevanta marknad. Marknaden för befintliga produkter kan dock beröras, om sammanslagningen av forsknings- och utvecklingsverksamhet sannolikt leder till att parterna samordnar sitt beteende i egenkap av leverantörer av befintliga produkter. En styrkeposition på den befintliga marknaden kan emellertid utnyttjas endast om parterna tillsammans har en stark ställning såväl på den befintliga produktmarknaden som i fråga om FoU-verksamhet.
46. Om forskningen och utvecklingen gäller en viktig komponent till en färdigprodukt, kan det hända att inte endast marknaden för denna komponent utan också den befintliga marknaden för färdigprodukten är relevant för bedömningen. Om exempelvis biltillverkare samarbetar inom forskning och utveckling som gäller en ny typ av motor, kan bilmärknaden påverkas av detta FoU-samarbete. Marknaden för färdigprodukter är dock relevant

för bedömningen endast om den komponent som är syftet med forskningen och utvecklingen har en tekniskt eller ekonomiskt avgörande betydelse för dessa färdigprodukter och om parterna i FoU-avtalet är viktiga konkurrenter i fråga om färdigprodukterna.

b) Teknikmarknader

47. Samarbete inom forskning och utveckling kan också gälla teknik och inte endast produkter. När immateriella rättigheter saluförs separat från de produkter de hänför sig till, måste också den relevanta teknikmarknaden definieras. Teknikmarknader består av de immateriella rättigheter som licensieras och närstående substitut till dessa, det vill säga annan teknik som kunderna skulle kunna använda som substitut.
48. Metoden för att definiera teknikmarknader följer samma principer som definitionen av produktmarknaden ⁽²⁵⁾. Utgångspunkten är den teknik som marknadsförs av parterna, och sedan måste man identifiera de andra tekniska metoder som kunderna skulle kunna gå över till som reaktion på en liten men bestående höjning av de relativa priserna. När dessa tekniska metoder har identifierats, kan marknadsandelarna beräknas genom att man dividerar parternas licensintäkter med de totala licensintäkterna för alla företag som säljer tekniska lösningar som kan användas som substitut.
49. Parternas ställning på marknaden för befintlig teknik är ett relevant bedömningskriterium om FoU-samarbetet gäller en avsevärd förbättring av befintlig teknik eller en ny teknik som sannolikt kommer att ersätta den befintliga tekniken. Parternas marknadsandel kan dock bara användas som utgångspunkt för analysen. På teknikmarknader måste man i särskilt hög grad se till den potentiella konkurrensen. Om företag, som vid den aktuella tidpunkten inte licensierar sin teknik, potentiellt skulle kunna träda in på teknikmarknaden kan detta begränsa parternas möjligheter att höja priset på sin teknik (se exempel 3 nedan).

Konkurrens på innovationsområdet (FoU-verksamhet)

50. Det kan hända att samarbete inom forskning och utveckling inte – eller inte endast påverkar konkurrensen på befintliga marknader, utan också konkurrensen på innovationsområdet. Detta är fallet om samarbetet gäller utveckling av nya produkter eller ny teknik som antingen en dag kommer att ersätta befintliga produkter eller befintlig teknik eller som håller på att utvecklas för ett nytt användningsändamål och därför inte kommer att ersätta befintliga produkter utan skapa en alldeles ny efterfrågan. Effekterna på konkurrensen på innovationsområdet är viktiga i sådana situationer, men kan i vissa fall inte bedömas tillräckligt noggrant genom en analys av den faktiska eller potentiella konkurrensen på befintliga produkt- eller teknikmarknader. I detta avseende kan två scenarier särskiljas, beroende på innovationsprocessen inom en viss bransch.

51. I det första scenariot, som förekommer exempelvis inom läkemedelsindustrin, är innovationsprocessen strukturerad på ett sådant sätt att det är möjligt att på ett tidigt stadium identifiera forsknings- och utvecklingspolar. Forsknings- och utvecklingspolar är forsknings- och utvecklingsverksamhet som är inriktad på en viss ny produkt eller teknik, och substituten för sådan forskning och utveckling, nämligen forskning och utveckling som syftar till att utveckla produkter eller teknik som kan bytas ut mot de produkter eller den teknik som utvecklats genom samarbetet och som har en motsvarande tillgång till resurser och en motsvarande tidsplan. I detta fall kan man undersöka om tillräckligt många forsknings- och utvecklingspolar återstår efter ingåendet av avtalet. Utgångspunkten för analysen är parternas forsknings- och utvecklingsverksamhet. Därefter måste trovärdiga konkurrerande forsknings- och utvecklingspolar identifieras. För att bedöma om konkurrerande polarer är trovärdiga, måste man beakta följande aspekter: eventuella andra forsknings- och utvecklingsverksamheters art, räckvidd och omfattning, deras tillgång till ekonomiska resurser och personalresurser, know-how eller patent eller andra särskilda tillgångar samt tidsplanen för dem och deras möjligheter att utnyttja eventuella resultat. En forsknings- och utvecklingspol är inte en trovärdig konkurrent om den inte kan betraktas som ett närstående substitut till parternas FoU-verksamhet t.ex. med avseende på tidsplan eller tillgången på resurser.

52. I det andra scenariot är innovationen inom en bransch inte så klart strukturerad att det är möjligt att identifiera forsknings- och utvecklingspolar. Om inga exceptionella omständigheter föreligger, försöker kommissionen i denna situation inte bedöma vilka effekter ett visst FoU-samarbete har på innovation, utan begränsar sin bedömning till produkt- och/eller teknikmarknader med anknytning till det ifrågakvarande FoU-samarbetet.

Beräkning av marknadsandelar

53. Beräkningen av marknadsandelar, både för gruppundantagsförordningen om FoU och för dessa riktlinjer, måste ge uttryck för distinktionen mellan befintliga marknader och konkurrensen på innovationsområdet. I början av ett samarbete utgörs referenspunkten av marknaden för de produkter som kan förbättras eller ersättas av de produkter som är under utveckling. Om FoU-avtalet endast syftar till att förbättra eller förädla befintliga produkter, omfattar marknaden de produkter som direkt påverkas av forskningen och utvecklingen. Marknadsandelarna kan alltså beräknas utifrån värdet på försäljningen av de befintliga produkterna. Om syftet med FoU-projektet är att ersätta en befintlig produkt, blir den nya produkten, om projektet lyckas, ett substitut för de befintliga produkterna. För att bedöma parternas konkurrensposition kan man också här beräkna marknadsandelarna utifrån värdet på försäljningen av de befintliga produkterna. I gruppundantagsförordningen om FoU bygger därför undantaget på marknadsandelen på "den relevanta marknaden för de produkter som kan förbättras eller ersättas av de produkter som omfattas av avtalet". För att ett undantag skall

beviljas automatiskt får denna marknadsandel inte vara större än 25 % ⁽²⁶⁾.

54. Om syftet med FoU-projektet är att utveckla en produkt som kommer att skapa en helt ny efterfrågan finns det inte något försäljningsvärde som kan användas vid beräkningen av marknadsandelarna. Man kan endast göra en analys av avtalets effekter på konkurrensen på innovationsområdet. Enligt gruppundantagsförordningen om FoU skall därför sådana avtal, oberoende av marknadsandel, beviljas undantag för en sjuårsperiod från den dag då produkten först släpptes ut på marknaden ⁽²⁷⁾. Gruppundantaget i förordningen kan dock återkallas om avtalet skulle sätta en effektiv konkurrens ur spel på innovationsområdet ⁽²⁸⁾. Efter sjuårsperioden är det möjligt att beräkna marknadsandelar utifrån försäljningsvärde, och tröskelvärdet på 25 % för marknadsandelar gäller ⁽²⁹⁾.

2.3 Bedömning enligt artikel 81.1

2.3.1 Avtalets art

2.3.1.1 Avtal som inte omfattas av artikel 81.1

55. De flesta FoU-avtal omfattas inte av artikel 81.1. För det första kan detta sägas om avtal som anknyter till samarbete inom forskning och utveckling på ett ganska teoretiskt stadium, långt från utnyttjandet av eventuella resultat.

56. Dessutom begränsas konkurrensen i regel inte heller av att företag som inte konkurrerar med varandra samarbetar inom forskning och utveckling ⁽³⁰⁾. Konkurrensförhållandet mellan parterna måste analyseras inom ramen för befintliga marknader som berörs och/eller innovation. Om parterna inte självständigt kan bedriva nödvändig forskning och utveckling, finns det ingen konkurrens som kan begränsas. Detta kan gälla exempelvis företag som sammanför kunskaper, teknik och andra resurser som kompletterar varandra. Frågan om potentiell konkurrens måste bedömas realistiskt. Avtalsparter kan till exempel inte defnieras som potentiella konkurrenter endast därför att samarbetet ger dem möjlighet att bedriva FoU-verksamheten. Den avgörande frågan är huruvida varje part självständigt har de nödvändiga medlen när det gäller tillgångar, know-how och andra resurser.

57. Samarbete inom forskning och utveckling genom outsourcing av forskning och utveckling som företagen tidigare bedrev själva utförs ofta av specialiserade företag, forskningsinstitut eller högskolor, vilkas verksamhet inte omfattar att utnyttja resultaten. Sådana avtal kombineras vanligen med en överföring av know-how och/eller exklusiva leverantörsavtal som gäller eventuella resultat. På grund av att de samarbetande parterna kompletterar varandra i dessa scenarier, är artikel 81.1 inte tillämplig.

58. Samarbete inom forskning och utveckling som inte omfattar gemensamt utnyttjande av eventuella resultat genom licensiering, produktion och/eller saluföring omfattas sällan av artikel 81.1. Sådana "renodlade" FoU-avtal kan orsaka konkurrensproblem endast om den effektiva konkurrensen minskar avsevärt på innovationsområdet.
- 2.3.1.2 Avtal som nästan alltid omfattas av artikel 81.1
59. Om det verkliga syftet med ett avtal inte är forskning och utveckling utan att bilda en dold kartell, dvs. fastställa priser, begränsa produktionen eller dela upp marknader, vilket är förbjudet, omfattas avtalet i fråga av artikel 81.1. Ett avtal om forskning och utveckling som omfattar gemensamt utnyttjande av eventuella framtida resultat är dock inte nödvändigtvis konkurrensbegränsande.
- 2.3.1.3 Avtal som kan omfattas av artikel 81.1
60. FoU-avtal som inte utan vidare kan anses klart icke-begränsande, kan omfattas av artikel 81.1⁽³¹⁾ och måste analyseras i sitt ekonomiska sammanhang. Detta gäller FoU-samarbete som inleds på ett stadium som ligger ganska nära utsläppandet av en produkt på marknaden och som har överenskommit mellan företagen som är konkurrenter antingen på befintliga produkt- eller teknikmarknader eller på innovationsområdet.
- 2.3.2 *Marknadsinflytande och marknadsstrukturer*
61. Samarbete inom forskning och utveckling kan ha negativa effekter på marknaden i tre avseenden: För det första kan det begränsa innovationsverksamheten, för det andra kan det leda till att parterna samordnar sitt beteende på befintliga marknader och för det tredje kan avskärmningseffekter uppkomma när eventuella resultat av forskningen och utvecklingen skall utnyttjas. Det är dock sannolikt att dessa typer av negativa effekter förekommer endast om samarbetsparterna har ett stort inflytande på de befintliga marknaderna och/eller konkurrensen på innovationsområdet har minskat avsevärt. Saknar parterna marknadsinflytande har de inget incitament att samordna sitt beteende på befintliga marknader eller att inskränka eller fördröja innovationsverksamheten. Ett avskärmningsproblem kan uppkomma endast vid samarbete som berör åtminstone ett företag med ett betydande marknadsinflytande i fråga om nyckelteknik och exklusivt utnyttjande av resultaten.
62. Det finns inget absolut tröskelvärde för marknadsandelar som kan användas som indikation på att ett FoU-avtal skapar en viss grad av marknadsinflytande och därför omfattas av artikel 81.1. Undantaget omfattar dock FoU-avtal, under förutsättning att de ingås mellan parter med en sammanlagd marknadsandel på högst 25 % och att övriga villkor för tillämpning av gruppundantagsförordningen om FoU uppfylls. För de flesta FoU-avtal gäller därför att de eventuella konkurrensbegränsande effekterna måste analyseras endast om parterna har en sammanlagd marknadsandel som överstiger 25 %.
63. Avtal som inte omfattas av gruppundantagsförordningen om FoU på grund av att parterna har en starkare ställning på marknaden begränsar inte nödvändigtvis konkurrensen. Ju starkare ställning parterna har tillsammans på befintliga marknader och/eller ju mer konkurrensen begränsas på innovationsområdet, desto mer sannolikt är det dock att artikel 81.1. tillämpas och att bedömningen kräver en noggrannare undersökning.
64. Om forskningen och utvecklingen är inriktad på att förbättra eller förädla befintliga produkter och befintlig teknik, är det de relevanta marknaderna för dessa befintliga produkter och denna befintliga teknik som berörs av de eventuella effekterna av samarbetet. Effekter på priser, produktion och/eller innovation på befintliga marknader är dock sannolika endast om parterna tillsammans har en stark ställning, om det är svårt att komma in på marknaden och om få andra innovationsverksamheter kan identifieras. Om forskningen och utvecklingen dessutom gäller endast ett relativt litet bidrag till en färdigprodukt är effekterna på konkurrensen mycket små eller obefintliga för dessa färdigprodukter. I allmänhet måste man skilja mellan rena FoU-avtal och ett mer omfattande samarbete som omfattar olika stadier av utnyttjande av resultaten (dvs. licensiering, produktion, saluföring). Rena FoU-avtal omfattas sällan av artikel 81.1. Det gäller särskilt forskning och utveckling som är inriktad på en begränsad förbättring av befintliga produkter eller befintlig teknik. Om FoU-samarbetet i ett sådant scenario omfattar gemensamt utnyttjande endast genom licensiering, är det osannolikt att konkurrensbegränsande effekter, exempelvis avskärmning, uppkommer. Om samarbetet däremot även omfattar gemensam produktion och/eller saluföring av de produkter eller den teknik som förbättrats något, måste samarbetet undersökas närmare. För det första är negativa effekter i fråga om priser och produktion på befintliga marknader mer sannolika om en sådan situation inbegriper starka konkurrenter. För det andra kan samarbetet närma sig ett produktionsavtal eftersom forskningen och utvecklingen i praktiken inte utgör tyngdpunkten i ett sådant samarbete.
65. Om forskningen och utvecklingen syftar till en helt ny produkt (eller teknik) som skapar en egen ny marknad, är det ganska osannolikt att priser och produktion på befintliga marknader påverkas. Analysen måste inriktas på eventuella begränsningar av innovationsverksamhet som gäller exempelvis kvaliteten och mångfalden för framtida produkter eller teknik eller innovationshastigheten. Sådana begränsande effekter kan uppkomma om två eller flera av de fåtal företag som är sysselsatta med att ut-

veckla en sådan produkt börjar samarbeta på ett stadium där varje företag självständigt har kommit ganska nära en lansering av produkten. I ett sådant fall kan innovationsverksamheten begränsas till och med av ett renodlat FoU-avtal. I allmänhet är dock FoU-samarbete som gäller helt nya produkter konkurrensfrämjande. Denna princip ändras inte nämnvärt av att samarbetet även omfattar gemensamt utnyttjande eller rentav gemensam saluföring av resultaten. Frågan om gemensamt utnyttjande i dessa situationer är relevant endast om avskärmningen från nyckelteknik spelar en roll. De problemen skulle emellertid inte uppkomma i sådana fall där parterna beviljar licenser till tredje man.

66. De flesta FoU-avtal ligger någonstans mittemellan de båda ovan beskrivna situationerna. De kan därför ha effekter på innovationsområdet samt återverkningar för befintliga marknader. Både den befintliga marknaden och effekterna på innovationsområdet kan följaktligen vara relevanta för bedömningen med avseende på parternas gemensamma marknadspositioner, graden av koncentration, antalet aktörer/innovatörer och villkoren för marknadsinträde. I vissa fall kan det förekomma begränsande effekter på priser eller produktion på befintliga marknader, och innovationsverksamheten kan påverkas negativt genom att utvecklingen går i en långsammare takt. Om exempelvis stora konkurrerande företag på en befintlig teknikmarknad samarbetar för att utveckla en ny teknik som en dag kan komma att ersätta befintliga produkter, är det sannolikt att samarbetet har konkurrensbegränsande effekter om parterna har ett betydande marknadsinflytande på den befintliga marknaden (vilket ger dem ett incitament att utnyttja sin position), och om de också har en stark ställning på FoU-området. En liknande effekt kan uppkomma om den största aktören på en befintlig marknad samarbetar med en mycket mindre eller rentav potentiell konkurrent som håller på att komma ut med en ny produkt eller teknik som kan äventyra den större aktörens ställning.

67. Avtal kan också falla utanför gruppundantaget oavsett parternas marknadsinflytande. Detta gäller till exempel avtal som begränsar tillgången till resultaten av arbetet för en part eftersom avtalen i regel inte främjar tekniskt och ekonomiskt framåtskridande genom att öka spridningen av teknisk know-how mellan parterna⁽³²⁾. I gruppundantagsförordningen anges ett särskilt undantag från denna allmänna regel för högskolor, forskningsinstitut eller specialiserade företag som tillhandahåller FoU-tjänster och som inte är verksamma inom industriellt utnyttjande av resultaten av forskning och utveckling⁽³³⁾. Det bör dock noteras att avtal som innehåller exklusiva tillträdesrättigheter kan uppfylla kriterierna för undantag enligt artikel 81.3, om de omfattas av artikel 81.1. Det gäller särskilt om de exklusiva rättigheterna är ekonomiskt nödvändiga med tanke på marknaden, riskerna och omfattningen av de investeringar som krävs för att utnyttja resultaten av forskningen och utvecklingen.

2.4 Bedömning enligt artikel 81.3

2.4.1 Ekonomiska fördelar

68. De flesta FoU-avtal – med eller utan gemensamt utnyttjande av eventuella resultat – medför ekonomiska fördelar genom kostnadsbesparingar och ömsesidigt utbyte av idéer och erfarenheter, vilket leder till förbättrade eller nya produkter och att teknik utvecklas snabbare än vad som annars vore fallet. Med hänsyn till detta förefaller det rimligt att bevilja ett undantag för sådana avtal som kan resultera i en begränsning av konkurrensen upp till ett tröskelvärde för marknadsandelar under vilket det för tillämpningen av artikel 81.3 generellt kan antas att de gynnsamma effekterna av FoU-avtal uppväger eventuella negativa konkurrens effekter. Enligt gruppundantagsförordningen om FoU skall därför undantag beviljas för de FoU-avtal som uppfyller vissa villkor (se artikel 3) och som inte innehåller några särskilt allvarliga begränsningar (se artikel 5) under förutsättning att parternas sammanlagda marknadsandel på den eller de befintliga marknader som påverkas inte överstiger 25 %.

69. Om ett betydande marknadsinflytande skapas eller förstärks på grund av samarbetet, måste parterna kunna visa på betydande fördelar av FoU-verksamhet, en snabbare lansering av nya produkter eller ny teknik eller andra effektivitetsvinster.

2.4.2 Nödvändiga begränsningar

70. Ett FoU-avtal kan inte undantas om det medför begränsningar som inte är nödvändiga för att de ovannämnda fördelarna skall uppnås. De enskilda klausuler som räknas upp i artikel 5 i gruppundantagsförordningen om FoU omöjliggör i de flesta fall ett undantag även efter en individuell bedömning, och kan därför betraktas som ett tydligt tecken på att det föreligger begränsningar som inte är nödvändiga för samarbetet.

2.4.3 Konkurrensen sätts inte ur spel

71. Ett undantag är inte möjligt om avtalet gör det möjligt för parterna att sätta konkurrensen ur spel för en betydande del av produkterna (eller tekniken) i fråga. Om ett företag på grund av ett FoU-avtal är eller blir dominerande antingen på en befintlig marknad eller på innovationsområdet, kan ett sådant avtal, som har konkurrens-hämmande effekter i den mening som avses i artikel 81, i princip inte undantas. På innovationsområdet gäller det här exempelvis om avtalet innebär en sammanslagning av de två enda forskningspoler som finns.

Bedömningsfrist och undantagets varaktighet

72. FoU-avtal som även omfattar gemensam produktion och saluföring av nya produkter eller ny teknik kräver särskild uppmärksamhet vad bedömningsfristen beträffar.

73. I början av ett FoU-samarbete vet man inte om det är framgångsrikt, och faktorer såsom parternas framtida marknadsposition samt framtida produkt- eller teknikmarknaders utveckling är ofta okända. Därför är bedömningen på det stadium när samarbetet inleds begränsat till de (då) befintliga produkt- eller teknikmarknaderna och/eller innovationsmarknaderna på det sätt som beskrivs i detta kapitel. Om det på grundval av denna analys verkar osannolikt att konkurrensen sätts ur spel, kan FoU-avtalet beviljas ett undantag. Undantaget täcker vanligen FoU-fasen samt, när det gäller den gemensamma produktionen och saluföringen av de eventuella resultaten, en ytterligare fas för en eventuell lansering och introduktion på marknaden. Orsaken till denna ytterligare undantagsfas är att de företag som först når ut på marknaden med en ny produkt eller teknik ofta uppnår mycket stora marknadsandelar i början, och att framgångsrik forskning och utveckling ofta belönas med skydd för immateriell egendom. En stark marknadsposition genom den fördel företagen har i egenskap av "pilotaktörer" kan normalt inte tolkas som att konkurrensen satts ur spel. Därför omfattar gruppundantaget FoU-avtal under en ytterligare sjuårsperiod (dvs. utöver forsknings- och utvecklingsfasen) oavsett om parterna uppnår en stor marknadsandel eller inte med sina nya produkter eller sin nya teknik under denna period. Detta gäller även den individuella bedömningen av ärenden som inte omfattas av gruppundantaget, under förutsättning att kriterierna i artikel 81.3 uppfylls i övriga hänseenden. Detta utesluter inte möjligheten att en period som är längre än sju år också uppfyller kriterierna i artikel 81.3 om det kan påvisas att det är den minimiperiod som krävs för att säkerställa en rimlig avkastning på det investerade kapitalet.

74. Om en ny bedömning av ett FoU-samarbete görs efter den perioden – exempelvis till följd av ett klagomål – måste analysen grunda sig på det (då) rådande marknadsläget. Gruppundantaget fortsätter att gälla om parternas andel på den (då) relevanta marknaden inte överstiger 25 %. På samma sätt fortsätter artikel 81.3 att gälla FoU-avtal som inte omfattas av gruppundantaget, under förutsättning att kriterierna för ett undantag uppfylls.

2.5 Exempel

75. Exempel 1

Situation: Det finns två stora företag på den europeiska marknaden för tillverkning av befintliga elektroniska komponenter: A (30 %) och B (30 %). De har båda gjort betydande investeringar i forskning och utveckling som är nödvändig för att utveckla elektroniska minikomponenter och de har utvecklat tidiga prototyper. De kommer nu överens om att slå samman sina FoU-verksamheter genom att bilda ett gemensamt företag som skall slutföra forskningen och

utvecklingen och tillverka komponenterna, vilka skall säljas tillbaka till moderbolagen, som sedan skall saluföra dem separat. Resten av marknaden består av små företag utan tillräckliga resurser för att göra de nödvändiga investeringarna.

Analys: Även om elektroniska minikomponenter sannolikt konkurrerar med befintliga komponenter på vissa områden är det i huvudsak fråga om ny teknik, och en analys måste göras av de forskningspolar som är avsedda för denna framtida marknad. Om det gemensamma företaget fortsätter kommer det att finnas endast en väg till den nödvändiga tillverkningstekniken, medan det verkar sannolikt att A och B skulle kunna nå marknaden var för sig med separata produkter. Medan avtalet skulle kunna ha fördelar genom att en ny teknik kan tas fram snabbare, minskar det också mångfalden och leder till gemensamma kostnader för parterna. Dessutom måste parternas möjligheter att utnyttja sin starka ställning på den befintliga marknaden beaktas. Eftersom de inte skulle möta konkurrens på FoU-nivå, skulle incitamenten för dem att i snabb takt bedriva forskning och utveckling för att ta fram ny teknik kunna bli allvarligt försvagade. Även om en del av dessa farhågor kan undanröjas genom att parterna åläggs att på skäliga villkor bevilja tredje parter licenser för know-how som är nödvändig för tillverkning av minikomponenter, kan det hända att det inte är möjligt att undanröja alla betänkligheter och uppfylla villkoren för ett undantag.

76. Exempel 2

Situation: Ett litet forskningsföretag A som inte har en egen marknadsföringsorganisation har upptäckt och patenterat en läkemedelssubstans baserad på ny teknik som kommer att revolutionera behandlingen av en viss sjukdom. Företag A ingår ett FoU-avtal med ett stort läkemedelsföretag B, som tillverkar produkter som hittills använts för att behandla sjukdomen i fråga. Företag B saknar ett liknande forsknings- och utvecklingsprogram. Företag B har en andel på omkring 75 % i alla medlemsstaterna på marknaden för befintliga produkter, men vissa patent löper ut under den följande femårsperioden. Det finns två andra forskningspolar på ungefär samma utvecklingsstadium som använder samma grundläggande nya teknik. Företag B kommer att tillhandahålla betydande finansiering och know-how för produktutveckling samt framtida tillträde till marknaden. Företag B beviljas en licens för ensamrätt till tillverkning och distribution av den nya produkten så länge patentet gäller. Det förväntas att parterna tillsammans skulle kunna få ut produkten på marknaden inom fem till sju år.

Analys: Det är sannolikt att produkten hör till en ny relevant marknad. Parterna tillför samarbetet kompletterande resurser och kunskaper, och sannolikheten för att produkten kommer ut på marknaden ökar betydligt. Även om företag B sannolikt har ett betydande inflytande på den befintliga marknaden, kommer detta inflytande att minska inom kort och förekomsten av andra forskningspoler eliminerar sannolikt alla incitament att minska forsknings- och utvecklingsverksamheten. Det är sannolikt att företag B behöver utnyttjanderätten under resten av patentperioden för att kunna göra de betydande investeringar som behövs, och företag A har inga egna saluföringsresurser. Det är därför osannolikt att avtalet begränsar konkurrensen.

77. Exempel 3

Situation: Två verkstadsföretag som tillverkar fordonskomponenter träffar avtal om att bilda ett gemensamt företag för att slå samman sina FoU-verksamheter för att förbättra produktionen av en viss befintlig komponent och öka dess prestanda. De slår också samman sin licensiering av teknik inom detta område, men de kommer att fortsätta ha separat tillverkning. De båda företagen har marknadsandelar i Europa på 15 % och 20 % på OEM-produktmarknaden. Det finns två andra stora konkurrenter samt flera stora fordons-tillverkare med egna forskningsprogram. På världsmarknaden för licensiering av teknik för dessa produkter har de andelar på 20 % och 25 %, mätt enligt intäkter, och det finns två andra stora tekniker. Livscykeln för komponenten i fråga är vanligen två till tre år. Under vart och ett av de fem senaste åren har ett av de stora företagen infört en ny eller förbättrad version.

Analys: Eftersom ingetdera företaget strävar efter en helt ny produkt med sin FoU-verksamhet, är det marknaderna för befintliga komponenter och för licensiering av relevant teknik som skall beaktas. Även om företagens FoU-program i stor utsträckning överlappar varandra, skulle det minskade dubbelarbetet genom samarbetet kunna göra det möjligt för dem att satsa mer på forskning och utveckling än de skulle kunna var för sig. Flera andra tekniker finns och parternas sammanlagda marknadsandel på OEM-marknaden ger dem inte en dominerande ställning. Även om deras marknadsandel på teknikmarknaden, som uppgår till 45 %, är mycket hög, finns det konkurrerande teknik. Dessutom är de fordons-tillverkare som för närvarande inte licensierar sin teknik också potentiella nya aktörer på denna marknad och begränsar därmed parternas möjligheter att höja priserna. Det gemensamma företaget skulle således kunna beviljas ett undantag.

3. PRODUKTIONSAVTAL (INKLUSIVE SPECIALISERINGS-AVTAL)

3.1 Definition

78. Produktionsavtal kan ha olika form och räckvidd. De kan gälla gemensam produktion via ett gemensamt företag⁽³⁴⁾, dvs. ett av parterna gemensamt kontrollerat företag som driver en eller flera produktionsanläggningar, eller bedrivs i form av specialiserings- eller underleverantörsavtal genom vilka den ena parten åtar sig att sköta produktionen av en viss produkt.
79. Generellt kan man särskilja tre olika grupper av produktionsavtal: För det första gemensamma produktionsavtal, där parterna kommer överens om att tillverka vissa produkter gemensamt, för det andra (ensidiga eller ömsesidiga) specialiseringsavtal, där parterna ensidigt åtar sig eller ömsesidigt kommer överens om att sluta tillverka en produkt och att köpa den av den andra parten, och för det tredje underleverantörsavtal, där en part (uppdragsgivaren) anförtror en annan part (underleverantören) tillverkningen av en produkt.
80. Underleverantörsavtal är vertikala avtal. Därför omfattas de av gruppundantagsförordningen och riktlinjerna om vertikala begränsningar, i den mån de innehåller konkurrensbegränsningar. Det finns dock två undantag från denna regel: Dels underleverantörsavtal mellan konkurrenter⁽³⁵⁾, dels underleverantörsavtal mellan företag som inte konkurrerar med varandra, om de omfattar överföring av know-how till underleverantören⁽³⁶⁾.
81. Underleverantörsavtal mellan konkurrenter omfattas av dessa riktlinjer⁽³⁷⁾. I ett särskilt tillkännagivande⁽³⁸⁾ ges anvisningar för bedömningen av sådana underleverantörsavtal mellan icke konkurrerande företag som omfattar överföring av know-how till underleverantören.

3.2 Relevanta marknader

82. För att bedöma konkurrensförhållandet mellan samarbetsparterna, måste man först definiera de relevanta produktmarknader och de relevanta geografiska marknader som direkt berörs av samarbetet (dvs. de marknader som de produkter som omfattas av avtalet tillhör). För det andra kan ett produktionsavtal på en marknad också påverka parternas konkurrensbeteende på en marknad i ett föregående eller efterföljande marknadsled eller på en angränsande marknad med nära anknytning till den marknad som direkt berörs av samarbetet⁽³⁹⁾ (s.k. spill-over-marknader). Spillover-effekter förekommer dock endast om samarbetet på en marknad av nödvändighet leder till en samordning av konkurrensbeteendet på en annan marknad, dvs. om marknaderna står i ett ömsesidigt beroendeförhållande och om parterna har en stark ställning på spill-over-marknaden.

3.3 Bedömning enligt artikel 81.1

3.3.1 Avtalets art

83. Den främsta källan till konkurrensproblem som kan uppkomma till följd av produktionsavtal är att parterna samordnar sitt konkurrensbeteende i egenskap av leverantörer. Denna typ av konkurrensproblem uppkommer när samarbetsparterna är faktiska eller potentiella konkurrenter på åtminstone en av dessa relevanta marknader, nämligen på de marknader som direkt berörs av samarbetet och/eller på eventuella spill-over-marknader.

84. Att parterna är konkurrenter medför inte automatiskt en samordning av deras beteende. Dessutom måste parterna vanligen samarbeta i fråga om en betydande andel av sin verksamhet för att uppnå en betydande grad av gemensamma kostnader. Ju högre grad av gemensamma kostnader, desto större potential för en begränsning av pris-konkurrensen, särskilt i fråga om homogena produkter.

85. Utöver riskerna för samordnade förfaranden kan produktionsavtal även skapa avskärningsproblem och få andra negativa effekter i förhållande till tredje man. De orsakas inte av ett konkurrensförhållande mellan parterna, utan av att åtminstone en av parterna har en stark marknadsposition (t.ex. i ett föregående marknadsled för en nyckelkomponent, vilket gör det möjligt för parterna att höja kostnaderna för sina konkurrenter i ett efterföljande marknadsled), när förhållandet mellan samarbetsparterna snarare är mer vertikalt eller kompletterande. Det är därför närmast vid gemensam produktion av en viktig komponent eller vid underleverantörsavtal som en eventuell avskärning behöver undersökas (se nedan).

3.3.1.1 Avtal som inte omfattas av artikel 81.1

86. Produktionsavtal mellan företag som inte är konkurrenter omfattas i regel inte av artikel 81.1, om inga avskärningsproblem uppstår. Detta gäller också avtal genom vilka insatsvaror eller komponenter som hittills har tillverkats för eget bruk köps in från en tredje part genom underleverantörsavtal eller ensidig specialisering, om det inte finns tecken som tyder på att det företag som hittills endast har tillverkat för eget bruk skulle ha kunnat träda in på marknaden för att sälja till tredje part utan att utsätta sig för betydande tilläggs-kostnader eller risker som svar på små, bestående förändringar av de relativa marknadspriserna.

87. Inte ens produktionsavtal mellan konkurrenter omfattas nödvändigtvis av artikel 81.1. För det första kan samarbete mellan företag som konkurrerar på marknader med nära anknytning till den marknad som direkt berörs av samarbetet inte anses begränsa konkurrensen, om

samarbetet är det enda kommersiellt försvarbara sättet att komma in på en ny marknad, lansera en ny vara eller tjänst eller genomföra ett visst projekt.

88. För det andra är det högst osannolikt att parternas konkurrensbeteende som leverantörer påverkas, om de delar endast en liten del av sina totala kostnader. Man kan till exempel anta att endast en liten del av de totala kostnaderna är gemensam, om två eller flera företag kommer överens om specialisering eller gemensam produktion av en mellanprodukt som utgör endast en liten andel av produktionskostnaderna för färdigprodukten och följaktligen av totala kostnaderna. Samma gäller för underleverantörsavtal, när den insatsvara som en konkurrent köper av en annan endast utgör en liten del av produktionskostnaderna för färdigprodukten. Man kan anta att endast en liten del av de totala kostnaderna är gemensam även i det fallet att parterna gemensamt tillverkar en färdigprodukt, men endast en liten andel jämfört med deras totala produktion av färdigprodukten i fråga. Även om en stor del av produktionen är gemensam, kan de gemensamma kostnadernas andel av de totala kostnaderna ändå vara liten eller måttlig, om samarbetet gäller heterogena produkter som kräver en kostsam saluföring.

89. För det tredje omfattas underleverantörsavtal mellan konkurrenter inte av artikel 81.1 om de är begränsade till enskilda transaktioner på försäljnings- och inköpsmarknaden som inte medför några ytterligare skyldigheter och som inte ingår i en mer omfattande affärsrelation mellan parterna⁽⁴⁰⁾.

3.3.1.2 Avtal som nästan alltid omfattas av artikel 81.1

90. Avtal om att fastställa priserna för parternas leveranser till marknaden, begränsa produktionen eller dela upp marknader eller kundunderlag har till syfte att begränsa konkurrensen och omfattas nästan alltid av artikel 81.1. Detta gäller dock inte

— om parterna kommer överens om den produktion som direkt berörs av produktionsavtalet (t.ex. kapacitet och produktionsvolym för ett gemensamt företag eller den överenskomna mängden produkter som lagts ut på underleverantörer), eller

— om ett gemensamt företag inom tillverkningssektorn, som också distribuerar de tillverkade produkterna, fastställer försäljningspriserna för dessa produkter, förutsatt att detta sker till följd av att de olika funktionerna integreras⁽⁴¹⁾.

I båda fallen granskas avtalet om produktion eller priser inte separat, utan det gemensamma företagens övergripande effekter på marknaden tas samtidigt med i bedömningen av om artikel 81.1 är tillämplig.

3.3.1.3 Avtal som kan omfattas av artikel 81.1

91. Produktionsavtal som på grundval av ovannämnda faktorer inte kan sägas kännetecknas av att de klart begränsar eller inte begränsar konkurrensen, kan omfattas av artikel 81.1⁽⁴²⁾ och måste undersökas i sitt ekonomiska sammanhang. Detta gäller samarbetsavtal mellan konkurrenter som leder till en stor andel gemensamma kostnader, men som inte omfattar särskilt allvarliga begränsningar enligt beskrivningen ovan.

3.3.2 Marknadsinflytande och marknadsstrukturer

92. Utgångspunkten för analysen är parternas ställning på den berörda marknaden eller de berörda marknaderna. Detta beror på att om parterna i ett produktionsavtal saknar marknadsinflytande, har de inget incitament att samordna sitt konkurrensbeteende i egenskap av leverantörer. För det andra påverkas inte konkurrensen på marknaden om parterna saknar marknadsinflytande, även om parterna skulle samordna sitt beteende.
93. Det finns inget absolut tröskelvärde för marknadsandelar som är en indikation på att ett produktionsavtal skapar en viss grad av marknadsinflytande och därför omfattas av artikel 81.1. Avtal om ensidig eller ömsesidig specialisering och även avtal om gemensam produktion omfattas dock av gruppundantag, under förutsättning att de ingås mellan företag med en sammanlagd marknadsandel på högst 20 % på de relevanta marknaderna och att övriga villkor för en tillämpning av gruppundantagsförordningen om specialisering uppfylls. Därför är det endast om parternas sammanlagda marknadsandel överstiger 20 % som de eventuella konkurrensbegränsande effekterna av ett avtal som omfattas av gruppundantaget behöver analyseras.
94. Avtal som inte omfattas av gruppundantagsförordningen kräver en mer ingående analys. Utgångspunkten för denna är parternas marknadsposition. Därefter följer i regel en bedömning av koncentrationsgraden och antalet aktörer samt andra faktorer som beskrivs i kapitel 1.
95. Analysen omfattar vanligen endast den eller de relevanta marknader som direkt berörs av samarbetet. Under vissa omständigheter, t.ex. om parterna tillsammans har en mycket stark ställning i föregående eller efterföljande marknadsled eller på marknader som på något annat sätt har nära anknytning till de marknader som direkt berörs av samarbetet, kan det emellertid hända att också dessa spill-over-marknader måste analyseras. Detta gäller

särskilt samarbete i föregående marknadsled, om det utövas av företag som också tillsammans har en stark marknadsposition i efterföljande marknadsled. På samma sätt kan eventuella avskärmningseffekter behöva analyseras om parterna var för sig har en stark ställning som antingen leverantörer eller köpare av en insatsvara.

Parternas marknadsposition, koncentrationsgrad, antal aktörer och andra strukturella faktorer

96. Om parternas sammanlagda marknadsandel är större än 20 %, måste produktionsavtalets sannolika inverkan på marknaden bedömas. I detta avseende är både marknads-koncentration och marknadsandelar viktiga faktorer. Ju större marknadsandel parterna har tillsammans, desto större är koncentrationen på den berörda marknaden. En måttligt högre marknadsandel än vad som tillåts i gruppundantagsförordningen innebär dock inte nödvändigtvis en hög koncentrationsgrad. Parterna kan till exempel ha en sammanlagd marknadsandel på något mer än 20 % på en marknad med en måttlig koncentration (HHI under 1 800). I ett sådant scenario är en begränsande effekt osannolik. På en mer koncentrerad marknad kan dock en marknadsandel på mer än 20 %, parallellt med andra faktorer, leda till en konkurrensbegränsning (se också exempel 1 nedan). Bilden kan dock förändras om det är fråga om en mycket dynamisk marknad, där nya aktörer kommer in på marknaden och företagens marknadspositioner ofta förändras.
97. Vid gemensam produktion kan näteffekter, det vill säga kopplingar mellan ett stort antal konkurrenter, också spela en viktig roll. På en koncentrerad marknad kan skapandet av ytterligare en koppling få vågskålen att väga över och göra hemligt samförstånd på denna marknad sannolikt, trots att parterna har en betydande men fortfarande måttlig sammanlagd marknadsandel (se exempel 2 nedan).
98. Under särskilda omständigheter kan också samarbete mellan potentiella konkurrenter orsaka betänkligheter i konkurrensförhållanden. Detta är dock begränsat till fall där en stark aktör på en marknad samarbetar med en realistiskt sett potentiell ny aktör, exempelvis med en stark leverantör av samma vara eller tjänst på en angränsande geografisk marknad. Minskningen av den potentiella konkurrensen skapar särskilda problem om den faktiska konkurrensen redan är svag och hotet om marknadsinträde är en viktig källa till konkurrens.

Samarbete i föregående marknadsled

99. Den gemensamma produktionen av en komponent eller annan insatsvara som är viktig för parternas färdigprodukt kan få negativa marknadseffekter under vissa omständigheter:

- Avskärningsproblem (se exempel 3 nedan), om parterna har en stark ställning på den relevanta marknaden för insatsvaror (produktion för försäljning) och det inte förekommer någon växling mellan produktion för eget bruk och produktion för försäljning vid en liten men bestående relativ prishöjning för produkten i fråga.
- Spill-over-effekter (se exempel 4 nedan), om insatsvaran är en viktig kostnadskomponent och parterna har en stark ställning i det efterföljande marknadsledet för färdigprodukten.

Underleverantörsavtal mellan konkurrerande företag

100. Liknande problem kan uppstå om ett konkurrerande företag anlitar en konkurrent som underleverantör av en viktig komponent eller annan insatsvara för tillverkningen av färdigprodukten. Detta kan också leda till följande:

- Avskärningsproblem, om parterna har starka positioner, som leverantörer eller köpare, på den relevanta produktmarknaden för insatsvaror (produktion för försäljning). Underleverantörsavtalet kan då leda till antingen att de andra konkurrerande företagen inte kan komma över insatsvaran i fråga till ett konkurrenskraftigt pris eller att de andra leverantörerna inte kan bedriva konkurrerande försäljning av insatsvaran om de förlorar en stor del av efterfrågan på produkten.
- Spill-over-effekter, om insatsvaran är en viktig kostnadskomponent och parterna har en stark ställning i det efterföljande marknadsledet för färdigprodukten.

Specialiseringsavtal

101. Ömsesidiga specialiseringsavtal med marknadsandelar som överstiger tröskelvärdet för gruppundantag omfattas nästan alltid av artikel 81.1 och skall undersökas noggrant på grund av risken för marknadsuppdelning (se exempel 5 nedan).

3.4 Bedömning enligt artikel 81.3

3.4.1 Ekonomiska fördelar

102. De oftast förekommande typerna av produktionsavtal kan antas medföra vissa ekonomiska fördelar i form av skal- eller samproduktionsfördelar eller förbättringar av produktionstekniken, så länge som de inte utgör verktyg för att fastställa priser, begränsa produktionen eller dela upp marknader och kundunderlag. Med hänsyn till detta förefaller det rimligt att bevilja ett undantag för sådana avtal som kan resultera i en begränsning av konkurrensen upp till ett tröskelvärde för marknadsandelar under vilket det i regel kan antas att de positiva effekterna av avtal om forskning och utveckling uppväger eventuella negativa konkurrenseffekter. Avtal om ensidig eller ömsesidig specialisering samt gemensam produktion omfattas därför av gruppundantag (enligt gruppundantagsförordningen om

specialisering), förutsatt att de inte innehåller några särskilt allvarliga konkurrensbegränsningar (se artikel 5) och att parternas sammanlagda marknadsandel på den eller de relevanta marknaderna inte överstiger 20 %.

103. I fråga om de avtal som inte omfattas av gruppundantaget måste parterna kunna påvisa produktionsförbättringar eller andra effektivitetsvinster. Effektivitetsvinster som endast gagnar parterna eller kostnadsbesparingar som orsakas av minskad produktion eller uppdelning av marknaden kan inte beaktas.

3.4.2 Nödvändiga begränsningar

104. Begränsningar som går utöver det som är nödvändigt för att uppnå de ekonomiska fördelar som beskrivs ovan kan inte godtas. Parterna bör till exempel inte begränsas i sitt konkurrensbeteende i fråga om produktion som inte omfattas av samarbetet.

3.4.3 Konkurrensen sätts inte ur spel

105. Inget undantag kommer att vara möjligt, om parterna ges möjlighet att sätta konkurrensen ur spel med avseende på en betydande del av produkterna i fråga. Om ett företag är eller blir dominerande till följd av ett produktionsavtal, kan ett sådant avtal, som har konkurrenshämmande effekter i den mening som avses i artikel 81, i princip inte undantas. Detta måste undersökas på den relevanta marknaden för de produkter som är föremål för samarbetet samt på eventuella angränsande marknader som påverkas.

3.5 Exempel

Gemensam produktion

106. Följande två exempel gäller hypotetiska fall som orsakar konkurrensproblem på den relevanta marknaden för de gemensamt tillverkade produkterna.

107. Exempel 1

Situation: Två leverantörer, A och B, av den kemiska basprodukten X beslutar att uppföra en ny produktionsanläggning som kontrolleras av ett gemensamt företag. Anläggningen skall producera omkring 50 % av deras totala produktion. X är en homogen produkt och inte utbytbar mot andra produkter, dvs. den utgör en egen relevant marknad. Marknaden är ganska stagnerad. Parterna ökar inte den totala produktionen i någon betydande utsträckning, utan lägger ned två gamla fabriker och för över kapacitet till den nya anläggningen. A och B har vardera en marknadsandel på 20 %. Det finns tre andra betydande leverantörer med en marknadsandel på 10–15 % vardera och flera mindre aktörer.

Analys: Det är sannolikt att det gemensamma företaget skulle påverka parternas konkurrensbeteende eftersom samordningen skulle ge dem ett betydande marknadsinflytande, om inte rentav en dominerande ställning. Allvarliga konkurrensbegränsande effekter på marknaden är sannolika. Stora effektivitetsvinster som kan uppväga dessa effekter är osannolika i ett sådant scenario, där man inte kan vänta sig någon betydande ökning av produktionen.

108. Exempel 2

Situation: Två leverantörer, A och B, bildar ett gemensamt företag inriktat på produktion på samma relevanta marknad som i exempel 1. Det gemensamma företaget tillverkar också 50 % av parternas totala produktion. A och B har vardera en marknadsandel på 15 %. Det finns tre andra aktörer: C med en marknadsandel på 30 %, D med 25 % och E med 15 %. B och E har redan en gemensam produktionsanläggning.

Analys: Här kännetecknas marknaden av mycket få aktörer och ganska symmetriska strukturer. Det gemensamma företaget skapar en ytterligare koppling mellan aktörerna. En samordning mellan A och B skulle de facto ytterligare öka koncentrationen och dessutom koppla ihop E med A och B. Detta samarbete har sannolikt allvarliga konkurrensbegränsande effekter och lika litet som i exempel 1 kan några stora effektivitetsvinster förväntas.

109. Exempel 3 gäller också den relevanta marknaden som de gemensamt tillverkade produkterna tillhör, men åskådliggör betydelsen av andra kriterier än marknadsandel (här: växling mellan produktion för eget bruk och produktion för försäljning).

110. Exempel 3

Situation: A och B bildar ett gemensamt företag som skall tillverka en mellanprodukt X genom att omstrukturera befintliga anläggningar. Det gemensamma företaget säljer X enbart till A och B. Det tillverkar 40 % av A:s totala produktion av X och 50 % av B:s totala produktion. A och B täcker själva sitt eget behov av X och levererar dessutom till tredje man. A:s andel av den totala produktionen av X inom branschen är 10 %, B:s andel uppgår till 20 % och det gemensamma företags andel till 14 %. På den konkurren utsatta marknaden har A och B dock marknadsandelar på 25 % respektive 35 %.

Analys: Trots parternas starka ställning på den konkurren utsatta marknaden kan det hända att samarbetet inte sätter en effektiv konkurrens ur spel på marknaden för X, om kostnaderna för växling mellan produktion för egna behov och produktion för försäljning är små. Dock skulle endast

en mycket snabb växling utjämna den stora marknadsandelen på 60 %. Annars orsakar detta gemensamma företag allvarliga konkurrensproblem, som inte kan uppvägas ens av betydande ekonomiska fördelar.

111. Exempel 4 gäller samarbete avseende en viktig mellanprodukt med spill-over-effekter i efterföljande marknadsled.

112. Exempel 4

Situation: A och B bildar ett gemensamt företag för tillverkning av en mellanprodukt X. De kommer att lägga ned sina egna fabriker, som har tillverkat X, och täcka sitt behov av X uteslutande med det gemensamma företags produktion. Mellanprodukten utgör 50 % av totalkostnaderna för färdigprodukten Y. A och B har vardera en andel på 20 % på marknaden för Y. Det finns två andra betydande leverantörer av Y som vardera har en marknadsandel på 15 %, samt flera mindre konkurrenter.

Analys: Här är en stor del av kostnaderna gemensamma, och dessutom skulle parterna vinna marknadsinflytande genom att samordna sitt beteende på marknaden Y. Detta fall orsakar konkurrensproblem, och bedömningen är nästan densamma som i exempel 1 även om samarbetet i detta fall äger rum i ett föregående marknadsled.

Ömsesidig specialisering

113. Exempel 5

Situation: Både A och B tillverkar och levererar de homogena produkterna X och Y som tillhör olika marknader. A:s marknadsandelar är 28 % för X och 10 % för Y. B:s andel är 10 % för X och 30 % för Y. På grund av skalfördelar ingår de ett avtal om ömsesidig specialisering, enligt vilket A i framtiden kommer att tillverka endast X och B endast Y. Båda kommer överens om korsvisa leveranser så att båda företagen kvarstår som leverantörer på marknaderna. På grund av produkternas homogena karaktär är distributionskostnaderna små. Det finns två andra tillverkare som levererar X och Y, med marknadsandelar på omkring 15 % vardera. De övriga leverantörerna har marknadsandelar på 5–10 %.

Analys: Kostnaderna är i extremt hög grad gemensamma, och endast de relativt små distributionskostnaderna förblir separata. Utrymmet för konkurrens är därför mycket litet. Parterna skulle uppnå marknadsinflytande genom att samordna sitt beteende på marknaderna för X och Y. Dessutom

är det ganska sannolikt att leveranserna av Y från A och av X från B kommer att minska med tiden. Detta fall orsakar konkurrensproblem som skalfördelarna sannolikt inte kan uppväga.

Scenariot kan förändras om X och Y är heterogena produkter där kostnaderna är mycket höga för marknadsföring och distribution (t.ex. 65–70 % av totalkostnaderna). Om företagen dessutom måste kunna erbjuda ett tämligen fullständigt sortiment av de differentierade produkterna för att kunna konkurrera framgångsrikt, är det ganska osannolikt att en eller flera av parterna drar sig bort från marknaden i egenkap av leverantörer av X och/eller Y. I ett sådant scenario kan kriteriet för undantag uppfyllas (om fördelarna är betydande) trots de stora marknadsandelarna.

Underleverantörsavtal mellan konkurrenter

114. Exempel 6

Situation: A och B är konkurrenter på marknaden för färdigprodukten X. A:s marknadsandel är 15 %, B:s 20 %. Båda tillverkar även insatsvaran Y, som används vid produktionen av X men också av andra produkter. Den står för 10 % av produktionskostnaden för X. A producerar Y utslutande för eget bruk, medan B också säljer Y till tredje part. B:s marknadsandel för Y är 10 %. A och B ingår ett underleverantörsavtal, enligt vilket A skall köpa 60 % av sitt behov av Y från B, men fortsätta att producera 40 % av behovet företagsinternt för att inte förlora sitt know-how inom produktionen av Y.

Analys: Eftersom A tidigare bara har producerat Y för intern användning, måste man först undersöka om det är realistiskt att tänka sig att A skulle ha kunnat ta sig in på marknaden för försäljning av Y till tredje part. Om så inte är fallet, begränsar avtalet inte konkurrensen när det gäller Y. Spill-over-effekter på marknaden för X är också osannolika eftersom avtalet i så liten omfattning leder till gemensamma kostnader.

Om A skulle kunna ses som en realistisk ny operatör på marknaden för försäljning av Y till tredje part, måste B:s position på marknaden för Y tas med i bedömningen. Eftersom B:s marknadsandel är relativt liten, skulle resultatet av bedömningen inte ändras.

många företag äger en liten andel eller genom ett avtalsarrangemang eller en ännu lösare samarbetsform.

116. Inköpsavtal ingås ofta av små och medelstora företag som vill komma upp i volymer och rabattmöjligheter som är jämförbara med deras större konkurrenter. Dessa avtal mellan små och medelstora företag är därför i regel konkurrensfrämjande. Även om ett måttligt marknadsinflytande skapas, kan detta uppvägas av skalfördelar under förutsättning att parterna faktiskt slår ihop sina inköpsvolymer.

117. Gemensamma inköp kan omfatta både horisontella och vertikala avtal. I sådana fall måste en tvåstegsanalys göras. Först måste de horisontella avtalen bedömas enligt de principer som beskrivs i dessa riktlinjer. Om bedömningen leder till slutsatsen att ett samarbete mellan konkurrenter i fråga om inköp kan godtas, behövs det en ytterligare bedömning för att undersöka de vertikala avtal som ingåtts med leverantörer eller enskilda försäljare. Denna senare bedömning följer bestämmelserna i gruppundantagsförordningen och i riktlinjerna om vertikala begränsningar ⁽⁴³⁾.

118. Som exempel kan tas en sammanslutning av återförsäljare för gemensamma inköp av varor. De horisontella avtal som ingås mellan medlemmarna i sammanslutningen eller de beslut sammanslutningen fattar måste först bedömas som sådana enligt dessa riktlinjer. Först om denna bedömning motiverar det, blir det relevant att bedöma de åtföljande vertikala avtalen, mellan sammanslutningen och enskilda medlemmar eller mellan sammanslutningen och dess leverantörer. Dessa avtal omfattas upp till en viss gräns av gruppundantaget för vertikala begränsningar ⁽⁴⁴⁾. De avtal som faller utanför gruppundantagsförordningen om vertikala begränsningar presumeras inte vara olagliga, men de måste kanske undersökas individuellt.

4. INKÖPSAVTAL

4.1 Definition

115. Detta kapitel avser avtal om gemensamt inköp av varor. Gemensamma inköp kan genomföras av ett företag som parterna kontrollerar gemensamt eller av ett företag där

4.2 Relevanta marknader

119. Det finns två marknader som kan påverkas av gemensamma inköp: För det första de marknader som direkt berörs av samarbetet, dvs. de relevanta inköpsmarknaderna. För det andra försäljningsmarknaderna, dvs. de marknader i efterföljande marknadsled där deltagarna i det gemensamma inköpsavtalet är verksamma som försäljare.

120. Definitionen av relevanta inköpsmarknader följer de principer som beskrivs i kommissionens tillkännagivande om definitionen av relevant marknad och grundar sig på begreppet utbytbarhet för att fastställa konkurrensbegränsningar. Den enda skillnaden jämfört med definitionen av "försäljningsmarknader" är att utbytbarheten måste fastställas med utgångspunkt i utbud och inte i efterfrågan. Med andra ord är leverantörernas alternativ avgörande för att fastställa i vilken utsträckning köparna är utsatta för konkurrensbegränsningar. Dessa skulle kunna analyseras exempelvis genom att man undersöker leverantörernas reaktion på en liten men varaktig prissänkning. Om marknaden har definierats, kan marknadsandelen anges som den procentuella andel de berörda parternas inköp utgör av den totala försäljningen av den köpta varan eller tjänsten på den relevanta marknaden.

121. Exempel 1

En grupp av biltillverkare kommer överens om att gemensamt köpa in produkten X. De köper tillsammans in 15 enheter. Den totala försäljningen av X till biltillverkare uppgår till 50 enheter. X säljs dock också till tillverkare av andra produkter än bilar. Den totala försäljningen av X uppgår till 100 enheter. Gruppens andel av (inköps)marknaden är således 15 %.

122. Om parterna dessutom är konkurrenter på en eller flera försäljningsmarknader, är också dessa marknader relevanta för bedömningen. Begränsningar av konkurrensen på dessa marknader är mer sannolika om parterna uppnår marknadsinflytande genom att samordna sitt beteende och om parterna har en betydande andel gemensamma totala kostnader. Detta gäller till exempel om återförsäljare som är verksamma på samma relevanta detaljhandelsmarknader tillsammans köper en stor mängd av de produkter de erbjuder till återförsäljning. Det kan också vara fallet om konkurrerande tillverkare och försäljare av en färdigprodukt gemensamt köper in en stor andel av sin sammanlagda produktion. Försäljningsmarknaderna måste definieras genom att man tillämpar de metoder som beskrivs i kommissionens tillkännagivande om definitionen av relevant marknad.

4.3 Bedömning enligt artikel 81.1

4.3.1 Aftalets art

4.3.1.1 Aftal som inte omfattas av artikel 81.1

123. Gemensamma inköpsavtal är till sin natur sådana att de ingås mellan företag som är konkurrenter åtminstone på inköpsmarknaderna. Vid samarbete mellan konkurrerande inköpare som inte är verksamma på samma relevanta marknad i efterföljande marknadsled (t.ex. återförsäljare som är verksamma på olika geografiska marknader och

realistiskt sett inte kan betraktas som potentiella konkurrenter) är artikel 81.1 emellertid sällan tillämplig om inte parterna har en mycket stark ställning på inköpsmarknaderna, vilken skulle kunna användas till att skada andra företags konkurrensposition på deras respektive försäljningsmarknader.

4.3.1.2 Aftal som nästan alltid omfattas av artikel 81.1

124. Inköpsavtal som sådana omfattas av artikel 81.1 endast om samarbetet egentligen inte gäller gemensamma inköp, utan är ett sätt för företagen att delta i en dold kartell, dvs. fastställa priser, begränsa produktionen eller dela upp marknaden, vilket är förbjudet.

4.3.1.3 Aftal som kan omfattas av artikel 81.1

125. De flesta inköpsavtal måste undersökas i sitt juridiska och ekonomiska sammanhang. Undersökningen måste omfatta såväl inköps- som försäljningsmarknaderna.

4.3.2 Marknadsinflytande och marknadsstrukturer

126. Utgångspunkten för analysen är en undersökning av parternas ställning som köpare. Man kan anta att parterna har en stark ställning som köpare om ett inköpsavtal omfattar en tillräckligt stor andel av den totala volymen på en inköpsmarknad så att priserna kan pressas ner under en konkurrenskraftig nivå eller konkurrerande köpare utestängas från marknaden. Om en köpare har en stark ställning i förhållande till leverantörerna på en marknad kan detta medföra effektivitetsförluster, såsom sämre kvalitet, mindre satsningar på innovation eller slutligen att utbudet inte når upp till en optimal nivå. De främsta betänkligheterna i fråga om parternas ställning som köpare är dock att lägre priser kanske inte kommer kunderna till godo i efterföljande marknadsled och att de kan orsaka ökade kostnader för köparnas konkurrenter på försäljningsmarknaderna, antingen för att leverantörerna försöker kompensera prissänkningar för en kundgrupp genom att höja priserna för andra kunder, eller för att konkurrenterna har sämre tillgång till effektiva leverantörer. Därför kännetecknas inköpsmarknader och försäljningsmarknader av ömsesidiga beroendeförhållanden på det sätt som beskrivs nedan.

Ömsesidigt beroende mellan inköps- och försäljningsmarknader

127. Samarbetet mellan konkurrerande köpare kan begränsa konkurrensen avsevärt genom att de uppnår en stark ställning som köpare. Även om en sådan styrkeposition kan leda till lägre priser för kunderna, är den dock inte alltid konkurrensfrämjande och kan under vissa omständigheter till och med ha allvarliga negativa effekter på konkurrensen.

128. För det första kan lägre inköpskostnader till följd av utövandet av en stark ställning som köpare inte anses konkurrensfrämjande om köparna tillsammans har en stark ställning på försäljningsmarknaderna. I det fallet kommer kostnadsbesparingarna sannolikt inte konsumenterna till godo. Ju starkare ställning parterna har tillsammans på sina försäljningsmarknader, desto större är incitamentet för dem att samordna sitt beteende som säljare. Detta kan underlätas av att parterna uppnår en hög grad av gemensamma kostnader genom gemensamma inköp. Om exempelvis en grupp av stora återförsäljare köper en stor andel av sina varor tillsammans, kommer en stor andel av deras totala kostnader att vara gemensamma. De negativa effekterna av gemensamma inköp kan därför vara ungefär desamma som vid gemensam produktion.

129. För det andra kan en stark ställning på försäljningsmarknaderna skapas eller förstärkas genom en stark ställning som köpare, som används till att utestänga konkurrenter eller öka kostnaderna för konkurrerande företag. Om en kundgrupp har en stark ställning som köpare kan det leda till att konkurrerande köpare avskämmas genom att deras tillgång till effektiva leverantörer begränsas. Det kan också orsaka ökade kostnader för konkurrenterna, eftersom leverantörerna kommer att försöka kompensera pris-sänkningar för en kundgrupp genom att höja priserna för andra kunder (t.ex. leverantörer som diskriminerar återförsäljare i fråga om rabatter). Detta är möjligt endast om de företag som levererar till inköpsmarknaderna också har en viss grad av marknadsinflytande. I bägge fallen kan konkurrensen på försäljningsmarknaderna begränsas ytterligare av att en kundgrupp har en stark ställning som köpare.

130. Det finns inget absolut tröskelvärde som anger att ett inköps-samarbete skapar en viss grad av marknadsinflytande och därigenom omfattas av artikel 81.1. I de flesta fall är dock ett marknadsinflytande osannolikt, om avtalsparterna har en sammanlagd marknadsandel på mindre än 15 % både på inköpsmarknaden eller -marknaderna och på försäljningsmarknaden eller -marknaderna. Med en sådan marknadsandel är det i alla händelser sannolikt att avtalet i fråga uppfyller de villkor i artikel 81.3 som förklaras nedan.

131. En marknadsandel som överstiger detta tröskelvärde innebär inte automatiskt att samarbetet har negativa marknadseffekter, men det krävs en mer ingående bedömning av vilken inverkan ett gemensamt inköpsavtal har på marknaden, varvid faktorer som marknads-koncentration och stora leverantörers eventuellt utjämnande marknadsinflytande skall beaktas. Gemensamma inköp som omfattar parter med en sammanlagd marknadsandel som är betydligt större än 15 % på en koncentrerad marknad omfattas sannolikt av artikel 81.1, och effektivitetsvinster som kan uppväga de konkurrensbegränsande effekterna måste påvisas av parterna.

4.4 Bedömning enligt artikel 81.3

4.4.1 Ekonomiska fördelar

132. Inköpsavtal kan medföra ekonomiska fördelar såsom skal-fördelar vid beställningar eller transporter, vilka kan uppväga de konkurrensbegränsande effekterna. Om parterna tillsammans har en stark ställning som köpare eller säljare, måste frågan om effektivitetsvinster undersökas noggrant. Kostnadsbesparingar som enbart orsakas av utövandet av en stark marknadsposition och som inte gagnar konsumenterna kan inte beaktas.

4.4.2 Nödvändiga begränsningar

133. Inköpsavtal kan inte undantas om de medför begränsningar som inte är nödvändiga för att de ovannämnda fördelarna skall uppnås. En skyldighet att uteslutande göra inköp via samarbetet kan i vissa fall vara nödvändig för att åstadkomma den volym som behövs för att skal-fördelar skall kunna uppnås. En sådan skyldighet måste dock bedömas från fall till fall.

4.4.3 Konkurrensen sätts inte ur spel

134. Ett undantag är inte möjligt, om parterna ges möjlighet att sätta konkurrensen ur spel i fråga om en betydande del av varorna i fråga. Denna bedömning måste omfatta inköps- och försäljningsmarknaderna. Parternas sammanlagda marknadsandelar kan anses som en utgångspunkt. Det måste därefter bedömas om dessa marknadsandelar tyder på en dominerande marknadsposition och om det finns några förmildrande omständigheter, t.ex. att leverantörerna har ett utjämnande marknadsinflytande på inköpsmarknaderna eller möjlighet att komma in på försäljningsmarknaderna. Om ett företag är eller blir dominerande antingen på inköps- eller försäljningsmarknaden till följd av ett inköpsavtal, kan ett sådant avtal, som har konkurrenshämmande effekter i den mening som avses i artikel 81, i princip inte undantas.

4.5 Exempel

135. Exempel 2

Situation: Två tillverkare, A och B, beslutar sig för att gemensamt köpa in komponent X. De är konkurrenter på försäljningsmarknaden. Tillsammans utgör deras inköp 35 % av den totala försäljningen av X inom EES, som antas vara den relevanta geografiska marknaden. Det finns sex andra tillverkare (konkurrenter till A och B på försäljningsmarknaden) som står för resterande 65 % av inköpsmarknaden; en av dem har 25 %, medan övriga står för betydligt mindre marknadsandelar. Utbudssidan är ganska koncentrerad med sex leverantörer av komponent X, varav två med en marknadsandel på 30 % vardera, medan de övriga har mellan 10 och 15 % (HHI 2 300–2 500). På försäljningsmarknaden uppnår A och B en sammanlagd marknadsandel på 35 %.

Analys: På grund av det marknadsinflytande parterna har på försäljningsmarknaden kan det hända att fördelarna med eventuella kostnadsbesparingar inte kommer slutkonsumenterna till godo. Dessutom ökar de gemensamma inköpen sannolikt kostnaderna för parternas mindre konkurrenter eftersom de två starka leverantörerna sannolikt kompenserar prissänkningar för gruppen genom att höja priserna för mindre kunder. Det kan leda till en ökad koncentration i efterföljande marknadsled. Vidare kan samarbetet leda till en ytterligare koncentration hos leverantörerna, eftersom mindre leverantörer, som redan bedriver en verksamhet som ligger nära eller under en lägsta optimal storlek, kan tvingas lämna branschen om de inte kan sänka priserna ytterligare. En sådan situation orsakar troligen en betydande konkurrensbegränsning, som kanske inte kan uppvägas av eventuella effektivitetsvinster genom sammanslagning av volymer.

betydande återförsäljare med en marknadsandel på 10–15 % vardera. Ett marknadsinträde är osannolikt.

Analys: Det är sannolikt att detta inköpsavtal skulle påverka parternas konkurrensbeteende eftersom samordningen skulle ge dem ett betydande marknadsinflytande. Detta gäller i synnerhet om marknadsinträde förekommer endast i obetydlig omfattning. Incitamentet att samordna beteendet är starkare om kostnaderna är desamma. Liknande marginaler ger parterna ett ytterligare incitament att tillämpa samma priser. Även om samarbetet medför effektivitetsvinster är det osannolikt att det undantas, eftersom marknadsinflytandet är så stort.

136. Exempel 3

Situation: 150 små återförsäljare ingår ett avtal om att bilda en gemensam inköpsorganisation. De är skyldiga att köpa in en minimivolym via organisationen, som står för omkring 50 % av varje återförsäljares totala kostnader. Återförsäljarna kan köpa in mer än minimivolumen via organisationen, och de kan också göra inköp utanför samarbetet. De har en sammanlagd marknadsandel på 20 % på inköps- respektive försäljningsmarknaden/marknaderna. A och B är deras två stora konkurrenter. A har en andel på 25 % på var och en av de berörda marknaderna, medan B har 35 %. De återstående mindre konkurrenterna har också bildat en inköpsgrupp. De 150 återförsäljarna uppnår skalfördelar genom att i betydande omfattning sammanslå volymer och åligganden i samband med inköpen.

Analys: Återförsäljarna kan dela en stor del av sina kostnader om de slutligen tillsammans köper in mer än den avtalade volymen. Tillsammans har de dock endast en måttlig marknadsposition på inköps- och försäljningsmarknaden. Dessutom medför samarbetet vissa skalfördelar. Detta samarbete kommer sannolikt att undantas.

138. Exempel 5

Situation: Fem små kooperativ ingår ett avtal om att bilda en gemensam inköpsorganisation. De är skyldiga att köpa in en minimivolym via organisationen. Parterna kan köpa in mer än minimivolumen via organisationen, men de kan också göra inköp utanför samarbetet. Parterna har en total marknadsandel på 5 % var på inköps- och försäljningsmarknaderna, vilket ger dem en sammanlagd marknadsandel på 25 %. Det finns två andra betydande återförsäljare med en marknadsandel på 20–25 % vardera och ett antal mindre återförsäljare med marknadsandelar under 5 %.

Analys: Bildandet av en gemensam inköpsorganisation ger sannolikt parterna en marknadsposition både på inköps- och försäljningsmarknaderna som gör det möjligt för dem att konkurrera med de två största återförsäljarna. Då det finns två andra aktörer med en jämförbar marknadsposition är det dessutom sannolikt att effektivitetsvinsterna av avtalet kommer konsumenterna till godo. I ett sådant scenario är det sannolikt att avtalet kommer att undantas.

137. Exempel 4

Situation: Två snabbköpskedjor ingår ett avtal om att gemensamt köpa in produkter som utgör omkring 50 % av deras totala kostnader. På de relevanta inköpsmarknaderna för de olika produktkategorierna har parterna andelar på mellan 25 % och 40 %, på den relevanta försäljningsmarknaden (om man antar att det finns endast en relevant geografisk marknad) har de en andel på 40 %. Det finns fem andra

5. SALUFÖRINGSAVTAL

5.1 Definition

139. De avtal som omfattas av detta avsnitt gäller samarbete mellan konkurrenter vid försäljning, distribution eller marknadsföring av deras produkter. Avtalen kan ha en mycket varierande räckvidd, beroende på vilka marknadsfunktioner som omfattas av samarbetet. I den ena änden av skalan förekommer gemensam försäljning som leder till ett gemensamt fastställande av alla kommersiella aspekter som är förknippade med försäljningen av varan, inklusive pris. I den andra änden förekommer mer be-

gränsade avtal som endast gäller en särskild marknadsfunktion, såsom distribution, service eller reklam.

140. De viktigaste av dessa mer begränsade avtal verkar vara distributionsavtalen. Dessa avtal omfattas i regel av gruppundantagsförordningen och riktlinjerna om vertikala begränsningar, såvida parterna inte är faktiska eller potentiella konkurrenter. I så fall omfattar gruppundantagsförordningen endast icke-ömsesidiga vertikala avtal mellan konkurrenter, om (a) köparen, tillsammans med anknutna företag, har en årlig omsättning på högst 100 miljoner euro, eller (b) leverantören är en tillverkare och varudistributör och köparen en distributör som inte själv tillverkar produkter som konkurrerar med de produkter som omfattas av avtalet, eller c) leverantören tillhandahåller tjänster i flera olika handelsled, medan köparen inte tillhandahåller konkurrerande tjänster i det handelsled där han köper de tjänster som omfattas av avtalet⁽⁴⁵⁾. Om konkurrenter kommer överens om att ömsesidigt distribuera sina produkter, finns det i vissa fall en möjlighet att avtalen har till syfte eller effekt att dela upp marknaderna mellan parterna eller att de leder till hemligt samförstånd. Detsamma gäller icke-ömsesidiga avtal mellan konkurrenter som överskrider en viss storlek. Dessa avtal måste således först bedömas enligt de principer som fastställs nedan. Om denna bedömning leder till slutsatsen att ett samarbete mellan konkurrenter på distributionsområdet i princip skulle kunna godtas, är en ytterligare bedömning nödvändig för att undersöka de vertikala begränsningar som ingår i sådana avtal. Bedömningen bör grunda sig på de principer som fastställs i riktlinjerna om vertikala begränsningar.
141. En ytterligare distinktion bör göras mellan å ena sidan avtal där parterna endast kommer överens om gemensam saluföring och å andra sidan avtal där saluföringen är förknippad med någon annan form av samarbete. Detta kan vara fallet till exempel i fråga om gemensam produktion eller gemensamma inköp. Dessa avtal kommer att behandlas på samma sätt som de typerna av samarbete.

5.2 Relevanta marknader

142. För att bedöma konkurrensförhållandet mellan samarbetsparterna, måste man först definiera de relevanta produktmarknader och geografiska marknader som direkt berörs av samarbetet (dvs. de marknader som omfattar de varor som är föremål för avtalet). För det andra kan ett avtal om saluföring på en marknad också påverka parternas konkurrensbeteende på en angränsande marknad med nära anknytning till den marknad som direkt berörs av samarbetet.

5.3 Bedömning enligt artikel 81.1

5.3.1 Avtalets art

5.3.1.1 Avtal som inte omfattas av artikel 81.1

143. De avtal om saluföring som omfattas av detta avsnitt omfattas av konkurrensreglerna endast om avtalsparterna

konkurrerar med varandra. Om det står klart att parterna inte är konkurrenter med avseende på de varor eller tjänster som omfattas av avtalet, kan avtalet inte orsaka konkurrensproblem av horisontell art. Avtalet kan dock omfattas av artikel 81.1 om det innehåller vertikala begränsningar, såsom begränsningar av passiv försäljning eller prisbindning. Detta gäller också om ett saluförings-samarbete av välgrundade skäl är nödvändigt för att en part skall kunna komma in på en marknad som den, till exempel på grund av de kostnader det innebär, inte skulle ha kunnat komma in på ensam. Denna princip kan tillämpas exempelvis på konsortieavtal som ger de berörda företagen en möjlighet att lämna ett trovärdigt anbud för projekt som de inte skulle kunna genomföra eller lämna anbud på ensamma. Eftersom de därmed inte är potentiella konkurrenter om anbudet, föreligger det ingen konkurrensbegränsning.

5.3.1.2 Avtal som nästan alltid omfattas av artikel 81.1

144. Ett avtal om saluföring mellan konkurrenter orsakar konkurrensproblem främst när det gäller fastställande av priser. Avtal som endast avser gemensam försäljning har i regel till syfte och effekt att samordna konkurrerande tillverkares prissättningspolicy. I detta fall sätter de inte endast priskonkurrensen mellan parterna ur spel, utan begränsar också den varuvolym som deltagarna skall leverera inom ramen för systemet att fördela beställningar. De begränsar därför konkurrensen mellan parterna på utbudssidan och begränsar köparnas valmöjligheter och omfattas således av artikel 81.1.

145. Denna bedömning ändras inte av att avtalet är icke-exklusivt. Artikel 81.1 är tillämplig även om parterna fritt kan sälja utanför avtalet, så länge man kan anta att avtalet leder till en övergripande samordning av de priser som parterna tar ut.

5.3.1.3 Avtal som kan omfattas av artikel 81.1

146. Avtal om saluföring som inte omfattar gemensam försäljning orsakar allvarliga betänkligheter i två avseenden. För det första ger den gemensamma saluföringen goda möjligheter till utbyte av känslig företagsinformation, särskilt om försäljningsstrategi och prissättning. För det andra

kan, beroende på saluföringens kostnadsstruktur, en betydande del av parternas slutliga kostnader vara gemensamma. Följden är att det faktiska utrymmet för priskonkurrens vid den slutliga försäljningen kan vara begränsad. Avtal om gemensam saluföring kan därför omfattas av artikel 81.1, om de möjliggör utbyte av känslig företagsinformation eller påverkar en betydande del av parternas slutliga kostnader.

147. Distributionsavtal mellan konkurrenter som är verk samma på olika geografiska marknader föranleder betänkligheter i det specifika avseendet att de kan leda till eller vara ett instrument för marknadsuppdelning. I fråga om ömsesidiga avtal om att distribuera varandras varor delar parterna upp marknader eller kundunderlag och sätter konkurrensen mellan sig själva ur spel. Den avgörande frågan vid bedömningen av ett avtal av denna typ är om avtalet av välgrundade skäl är nödvändigt för att parterna skall kunna komma in på varandras marknader. Är detta fallet, orsakar avtalet inte konkurrensproblem av horisontell natur. Distributionsavtalet kan dock omfattas av artikel 81.1 om det innehåller vertikala begränsningar, såsom begränsningar av passiv försäljning, prisbindning osv. Om avtalet inte av välgrundade skäl är nödvändigt för att parterna skall kunna komma in på varandras marknader, omfattas det av artikel 81.1. Om avtalet inte är ömsesidigt, är risken för marknadsuppdelning mindre. Det måste dock bedömas om det icke-ömsesidiga avtalet utgör en grund för en ömsesidig överenskommelse mellan parterna att inte träda in på varandras marknader eller är ett sätt att kontrollera tillträdet till eller konkurrensen på "importmarknaden".

5.3.2 Marknadsinflytande och marknadsstruktur

148. Avtal som omfattar fastställande av priser omfattas alltid av artikel 81.1, oberoende av parternas marknadsinflytande. Sådana avtal kan dock undantas enligt artikel 81.3 på de villkor som beskrivs nedan.
149. Saluföringsavtal mellan konkurrenter som inte inbegriper fastställande av priser omfattas av artikel 81.1 endast om avtalsparterna har ett visst marknadsinflytande. Oftast är det osannolikt att ett marknadsinflytande föreligger om avtalsparterna har en sammanlagd marknadsandel som är mindre än 15 %. Med en sådan marknadsandel är det i alla händelser sannolikt att det ifrågavarande avtalet uppfyller de nedan beskrivna villkoren i artikel 81.3.
150. Om parternas sammanlagda marknadsandel är större än 15 %, måste man bedöma vilken inverkan avtalet om gemensam saluföring sannolikt har på marknaden. I det avseendet är marknadskoncentration och marknadsande-

lar betydelsefulla faktorer. Ju mer koncentrerad marknaden är, desto användbarare blir information om priser eller marknadsföringsstrategi för att minska osäkerheten och desto större är incitamentet för parterna att utbyta sådan information⁽⁴⁶⁾.

5.4 Bedömning enligt artikel 81.3

5.4.1 Ekonomiska fördelar

151. De effektivitetsvinster som skall beaktas vid bedömningen av om ett avtal om gemensam saluföring kan undantas beror på av vilket slag verksamheten är. Fastställande av priser kan i regel inte godkännas, om det inte är nödvändigt för integreringen av andra försäljningsfunktioner och denna integrering medför betydande effektivitetsvinster. Hur stora effektivitetsvinsterna blir beror bland annat på hur viktig den gemensamma försäljningsverksamheten är för den totala kostnadsstrukturen för produkten i fråga. Effektivitetsvinster är därför mer sannolika för tillverkare av konsumentprodukter med stor spridning än för tillverkare av industriprodukter som köps endast av ett litet antal användare.

152. Dessutom bör de påstådda effektivitetsvinsterna inte utgöras av inbesparingar enbart till följd av eliminering av kostnader som i sig är en del av konkurrensen, utan de måste vara resultatet av att ekonomiska aktiviteter integreras. En minskning av transportkostnaderna enbart till följd av att kundunderlag delas upp utan att logistiksystemet integreras kan därför inte betraktas som en effektivitetsvinst som skulle göra avtalet berättigat till ett undantag.

153. Påstådda effektivitetsfördelar måste bevisas. En viktig faktor i detta avseende är att båda parterna bidrar med betydande mängder kapital, teknik eller andra tillgångar. Kostnadsbesparingar genom minskad dubblering av resurser och anläggningar kan också godtas. Om den gemensamma saluföringen däremot endast består av en försäljningsagentur utan investeringar, är det sannolikt fråga om en dold kartell och i så fall uppfylls inte villkoren i artikel 81.3.

5.4.2 Nödvändiga begränsningar

154. Ett avtal om saluföring kan inte undantas om det uppställer begränsningar som inte är nödvändiga för att de ovannämnda fördelarna skall uppnås. Som diskuteras ovan, är frågan om huruvida begränsningarna är nödvändiga särskilt viktig för de avtal som omfattar fastställande av priser eller uppdelning av marknader.

5.4.3 Konkurrensen sätts inte ur spel

155. Inget undantag kommer att vara möjligt, om parterna ges möjlighet att sätta konkurrensen ur spel med avseende på en väsentlig del av varorna i fråga. När denna bedömning görs, kan parternas sammanlagda marknadsandelar ses som en utgångspunkt. Man måste då bedöma huruvida dessa marknadsandelar är ett tecken på en dominerande ställning och huruvida det finns förmildrande omständigheter, såsom möjligheter till marknadsinträde. Om ett företag är eller blir dominerande till följd av ett saluföringsavtal, kan ett sådant avtal, som har konkurrenshämmande effekter i den mening som avses i artikel 81, i princip inte undantas.

5.5 Exempel

156. Exempel 1

Situation: Fem små livsmedelsproducenter, var och en med en andel på 2 % av den totala livsmedelsmarknaden, kommer överens om att slå samman sina distributionsanläggningar, saluföra sina produkter under ett gemensamt varumärke och sälja sina produkter till ett gemensamt pris. Detta innebär betydande investeringar i lagerhållning, transporter, reklam, saluföring och försäljningspersonal. Det minskar betydligt deras kostnadsbas, som i regel utgör 50 % av försäljningspriset och ger dem en möjlighet att erbjuda ett snabbare och effektivare distributionssystem. Livsmedelsproducenternas kunder består av stora detaljhandelskedjor.

Tre stora multinationella livsmedelskoncerner dominerar marknaden, med en marknadsandel på 20 % var. Resten av marknaden består av små självständiga producenter. Avtalsparternas produktsortiment överlappar varandra på vissa viktiga områden. Deras sammanlagda marknadsandel överstiger dock inte 15 % på någon produktmarknad.

Analys: Avtalet inbegriper fastställande av priser och omfattas således av artikel 81.1, även om avtalsparterna inte kan anses ha något marknadsinflytande. Integreringen av saluföring och distribution verkar dock medföra betydande effektivitetsvinster som är till gagn för kunderna både i fråga om bättre service och lägre kostnader. Frågan är därför om avtalet kan undantas enligt artikel 81.3. För att denna fråga skall kunna besvaras måste man avgöra om det är nödvändigt att fastställa priser för att integrera övriga saluföringsfunktioner och uppnå ekonomiska fördelar. I detta fall kan fastställandet av priser betraktas som nödvändigt, eftersom kunderna – dvs. stora detaljhandelskedjor – inte vill handskas med en mångfald priser. Det är nödvändigt också därför att målet – ett gemensamt varumärke – kan uppnås på ett trovärdigt sätt endast om alla saluföringsaspekter, inklusive pris, standardiseras. Eftersom parterna saknar marknadsinflytande och avtalet medför betydande effektivitetsvinster är det förenligt med artikel 81.

157. Exempel 2

Situation: Två kullagertillverkare, vardera med en marknadsandel på 5 %, bildar ett gemensamt företag som skall saluföra produkterna, fastställa priser och fördela beställningar till moderbolagen. De har rätt att sälja utanför denna struktur. Moderbolagens fabriker fortsätter att leverera direkt till kunderna. De hävdar att detta kommer att medföra effektivitetsvinster eftersom den gemensamma försäljningspersonalen kan demonstrera parternas produkter samtidigt för samma kund. Därmed undviker man onödigt dubbelarbete i försäljningsverksamheten. Dessutom skulle det gemensamma företaget om möjligt fördela beställningar till den närmaste möjliga fabriken, vilket minskar transportkostnaderna.

Analys: Avtalet inbegriper fastställande av priser och omfattas således av artikel 81.1, även om avtalsparterna inte kan anses ha något marknadsinflytande. Det kan inte undantas enligt artikel 81.3, eftersom de påstådda effektivitetsvinsterna endast är kostnadsminskningar som beror på att konkurrensen mellan parterna satts ur spel.

158. Exempel 3

Situation: Två läskedryckstillverkare är verksamma i två olika, angränsande medlemsstater. Båda har en andel på 20 % av sin respektive hemmamarknad. De kommer överens om att ömsesidigt distribuera varandras produkter inom sin respektive geografiska marknad.

Båda marknaderna domineras av en stor multinationell läskedryckstillverkare, som har en andel som överstiger 50 % på var och en av marknaderna.

Analys: Avtalet omfattas av artikel 81.1 om parterna kan antas vara potentiella konkurrenter. Att besvara denna fråga skulle därför kräva en analys av hindren för inträde på de respektive geografiska marknaderna. Om parterna hade kunnat träda in på varandras marknader självständigt, skulle avtalet ha satt konkurrensen mellan dem ur spel. Även om parternas marknadsandelar tyder på att de skulle kunna ha ett visst marknadsinflytande, visar en analys av marknadsstrukturen dock att så inte är fallet. Dessutom gagnar det ömsesidiga distributionsavtalet kunderna eftersom det ökar de till buds stående valmöjligheterna på de geografiska marknaderna i fråga. Avtalet skulle således kunna undantas även om det ansågs begränsa konkurrensen.

6. STANDARDISERINGSAVTAL

6.1 Definition

159. Det främsta syftet med standardiseringsavtal är att definiera tekniska krav eller kvalitetskrav som befintliga eller framtida produkter, tillverkningsprocesser eller metoder skall uppfylla⁽⁴⁷⁾. Standardiseringsavtal kan omfatta olika områden, såsom standardisering av olika grader eller storlekar av en viss produkt eller tekniska specifikationer på marknader där det är nödvändigt med kompatibilitet och interoperabilitet med andra produkter eller system. Villkoren för tillträde till ett visst kvalitetsmärke eller för godkännande från en regleringsmyndighet kan också betraktas som en standard.
160. Dessa riktlinjer omfattar inte standarder som gäller tillhandahållande av professionella tjänster, såsom regler för att få utöva ett fritt yrke.

6.2 Relevanta marknader

161. Standardiseringsavtal har effekter på tre möjliga marknader, som definieras enligt kommissionens tillkännagivande om definitionen av relevant marknad. För det första har de effekter på den produktmarknad eller de produktmarknader standarden eller standarderna gäller. Standarder för helt nya produkter kan väcka liknande frågor som i fråga om FoU-avtal vad definitionen av marknaden beträffar (se punkt 2.2). För det andra påverkas tjänstemarknaden för fastställande av standarder, om det finns olika organ eller avtal för fastställande av standarder. För det tredje, om det är relevant, påverkas den särskilda marknaden för provning och certifiering.

6.3 Bedömning enligt artikel 81.1

162. Avtal om att fastställa standarder⁽⁴⁸⁾ kan antingen ingås mellan privata företag eller fastställas under beskydd av offentliga organ eller organ som anförtrotts tillhandahållandet av tjänster av allmänt ekonomiskt intresse, såsom standardiseringsorgan som erkänns i direktiv 98/34/EG⁽⁴⁹⁾. Ingripanden från sådana organ omfattas av medlemsstaternas skyldigheter i fråga om att upprätthålla en sund konkurrens inom gemenskapen.

6.3.1 Avtalets art

6.3.1.1 Avtal som inte omfattas av artikel 81.1

163. Om deltagandet i standardisering är obegränsat och öppet, begränsas konkurrensen inte av ovan definierade standardiseringsavtal, som inte innehåller någon skyldighet att följa standarden eller som är en del av ett mer omfattande avtal för att säkerställa produkters kompatibilitet. Detta gäller i regel standarder som antagits av er-

kända standardiseringsorgan och som grundar sig på icke-diskriminerande, öppna och transparenta förfaranden.

164. Det föreligger ingen väsentlig begränsning för de standarder som täcker en obetydlig del av den relevanta marknaden, så länge det förblir så. Detta gäller också för avtal mellan små och medelstora företag om standardisering av former eller villkor för tillgång till gemensamma anbud och avtal om standardisering av mindre betydelsefulla produkttegenskaper, blanketter och rapporter, som endast har en obetydlig inverkan på de huvudfaktorer som påverkar konkurrensen på de relevanta marknaderna.

6.3.1.2 Avtal som nästan alltid omfattas av artikel 81.1

165. Avtal i vilka en standard används som ett av flera sätt inom ett mer omfattande konkurrensbegränsande avtal i syfte att utestänga befintliga eller potentiella konkurrenter, omfattas nästan alltid av artikel 81.1. Exempelvis avtal, genom vilka en nationell sammanslutning av tillverkare fastställer en standard och utövar påtryckningar på tredje parter för att dessa inte skall saluföra produkter som inte motsvarar standarden, hör till denna kategori.

6.3.1.3 Avtal som kan omfattas av artikel 81.1

166. Standardiseringsavtal kan omfattas av artikel 81.1 om de ger parterna gemensam kontroll över produktion och/eller innovation, och därmed begränsar deras möjligheter att konkurrera med produkttegenskaper, samtidigt som de påverkar tredje parter, såsom leverantörer eller köpare av de standardiserade produkterna. Bedömningen av varje enskilt avtal måste ta hänsyn till av vilket slag standarderna är och dess sannolika effekter på de berörda marknaderna å ena sidan och omfattningen av eventuella begränsningar som går utöver det främsta syftet med standardiseringen, såsom detta definieras ovan, å andra sidan.
167. Förekomsten av en konkurrensbegränsning i standardiseringsavtal beror på i vilken utsträckning parterna har möjlighet att fritt utveckla alternativa standarder eller produkter som inte är förenliga med den överenskomna standarden. Standardiseringsavtal kan begränsa konkurrensen om de hindrar parterna från att antingen utveckla alternativa standarder eller saluföra produkter som inte är förenliga med standarden. Avtal genom vilka vissa organ ges ensamrätt att pröva förenligheten med standarden går utöver det primära syftet med att definiera standarden och kan också begränsa konkurrensen. Avtal som medför begränsningar i fråga om fastställandet av förenligheten med standarder kan också begränsa konkurrensen, om inte begränsningarna tillkommit genom offentlig reglering.

6.3.2 Marknadsinflytande och marknadsstrukturer

168. Att parterna har stora marknadsandelar på de berörda marknaderna är inte nödvändigtvis ett problem i samband med standardiseringsavtal. Avtalens effektivitet står ofta i proportion till hur stor del av branschen som deltar i att fastställa och/eller tillämpa standarden. Å andra sidan kan standarder som inte är tillgängliga för tredje parter diskriminera eller utestänga dessa eller dela upp marknaden enligt den geografiska räckvidden för deras tillämpning. Bedömningen av om avtalet begränsar konkurrensen är därför inriktad på hur stor sannolikheten är för att sådana inträdes hinder kommer att kunna övervinnas. Det är nödvändigt att denna bedömning görs från fall till fall.

6.4 Bedömning enligt artikel 81.3

6.4.1 Ekonomiska fördelar

169. Kommissionen förhåller sig i regel positiv till avtal som främjar ekonomisk integration på den gemensamma marknaden eller som stimulerar utvecklingen av nya marknader och bättre leveransvillkor. För att dessa ekonomiska fördelar skall uppnås, måste den nödvändiga informationen för att tillämpa standarden finnas tillgänglig för dem som vill komma in på marknaden, och en stor del av branschen måste engagera sig i att fastställa standarden på ett öppet sätt. Det ankommer på parterna att visa att eventuella begränsningar av fastställandet, användningen eller tillgången till standarden medför ekonomiska fördelar.

170. För att tekniska eller ekonomiska fördelar skall kunna uppnås, bör standarderna inte begränsa innovationsverksamheten. Detta beror främst på de berörda produkternas livslängd, i förbindelse med marknadsutvecklingen (snabbväxande, växande, stagnerande osv.). Effekterna på innovationsverksamheten måste analyseras från fall till fall. Parterna måste kanske också bevisa att gemensam standardisering är effektivitetsfrämjande för konsumenterna, eftersom en ny standard kan leda till att befintliga produkter föråldras onödigt snabbt, utan att det medför några objektiva ytterligare fördelar.

6.4.2 Nödvändiga begränsningar

171. Standarder är av en sådan art att de inte innehåller alla tänkbara specifikationer eller all tänkbar teknik. I vissa fall skulle det vara nödvändigt att ha en enda teknisk lösning, till gagn för konsumenterna eller för ekonomin som helhet. Denna standard måste dock fastställas på en icke-diskriminerande grundval. Idealet är att standarderna är tekniskt neutrala. I alla händelser måste det kunna motiveras varför en viss standard har valts framför en annan.

172. Alla konkurrenter på den eller de marknader som påverkas av standarden bör ha en möjlighet att delta i diskussionerna. Därför bör alla ha möjlighet att delta i fastställandet av standarder, om inte parterna kan visa att ett

sådant deltagande är påtagligt ineffektivt eller om man inte inför erkända förfaranden för gemensam intressebevakning, såsom i formella standardiseringsorgan.

173. Som allmän regel bör man göra en tydlig skillnad mellan fastställandet av en standard och, om nödvändigt, den därmed förknippade forskningen och utvecklingen å ena sidan och det kommersiella utnyttjandet av denna standard å andra sidan. Avtal om standarder bör inte omfatta mer än vad som är nödvändigt för att syftet med dem skall uppnås, oavsett om syftet är teknisk kompatibilitet eller en viss kvalitetsnivå. Det bör till exempel visas mycket tydligt varför det är nödvändigt, med tanke på uppnåendet av de ekonomiska fördelarna, att i ett avtal om spridning av en standard inom en bransch där endast en konkurrent tillhandahåller ett alternativ ålägga parterna i avtalet att bojkotta detta alternativ.

6.4.3 Konkurrensen sätts inte ur spel

174. Om en företagsgrupp som tillsammans har en dominerande ställning fastställer en privat standard, kommer detta utan tvekan att vid en viss tidpunkt i praktiken sannolikt leda till att det upprättas en standard för hela branschen. Det viktigaste blir då att säkerställa att dessa standarder är så öppna som möjligt och tillämpas på ett tydligt, icke-diskriminerande sätt. För att undvika att konkurrensen sätts ur spel på de relevanta marknaderna, måste tredje parter ha tillgång till standarden på lika, rimliga och icke-diskriminerande villkor.

175. I den mån privata organisationer eller grupper av företag fastställer en standard eller deras egen teknik i praktiken blir en standard, kommer konkurrensen att sättas ur spel om tredje parter avskämmas från tillgången till denna standard.

6.5 Exempel

176. Exempel 1

Situation: I standard EN 60603-7:1993 fastställs de krav som gäller vid sammankopplingen av TV-apparater och videoanläggningar, såsom videobandspelare och videospel. Även om standarden inte är juridiskt bindande, använder både tillverkare av TV-apparater och tillverkare av videospel standarden i praktiken, eftersom marknaden kräver det.

Analys: Det föreligger ingen överträdelse av artikel 81.1. Standarden har antagits av auktoriserade standardiseringsorgan på nationell, europeisk och internationell nivå genom öppna förfaranden och den grundar sig på ett nationellt samförstånd som återspeglar tillverkarnas och konsumenternas ståndpunkt. Alla tillverkare får använda standarden.

177. Exempel 2

Situation: Ett antal tillverkare av videokassetter kommer överens om att utveckla ett kvalitetsmärke eller en kvalitetsstandard för att ange att en videokassett uppfyller vissa tekniska minimispecifikationer. Tillverkarna har full frihet att tillverka videokassetter som inte motsvarar standarden, och andra utvecklare har fri tillgång till standarden.

Analys: Under förutsättning att avtalet inte i övrigt begränsar konkurrensen, föreligger ingen överträdelse av artikel 81.1, eftersom deltagandet i standardiseringen är öppet och obegränsat och standardiseringsavtalet inte föreskriver någon skyldighet att följa standarden. Om parterna skulle avtala om att endast tillverka videokassetter som motsvarar den nya standarden, skulle avtalet begränsa den tekniska utvecklingen och hindra parterna från att sälja olika produkter, vilket skulle utgöra en överträdelse av artikel 81.1.

178. Exempel 3

Situation: En grupp konkurrenter som är verksamma på olika, av varandra beroende marknader för produkter vilka måste vara kompatibla och som har över 80 % av de relevanta marknaderna, kommer överens om att tillsammans utveckla en ny standard som skall införas i konkurrens med andra standarder som redan finns på marknaden, och som deras konkurrenter redan tillämpar i stor omfattning. De olika produkter som motsvarar den nya standarden kommer inte att motsvara befintliga standarder. På grund av de betydande investeringar som krävs för att ställa om och upprätthålla produktionen enligt den nya standarden, kommer parterna överens om att avsätta en viss försäljningsvolym för produkter som motsvarar den nya standarden för att skapa en "kritisk massa" på marknaden. De kommer också överens om att begränsa sin individuella produktionsvolym till den nivå som uppnåddes året innan i fråga om produkter som inte motsvarar standarden.

Analys: På grund av parternas marknadsinflytande och produktionsbegränsningarna omfattas detta avtal av artikel 81.1, och det är osannolikt att det uppfyller villkoren i artikel 81.3, om inte andra leverantörer som vill konkurrera ges tillgång till teknisk information på icke-diskriminerande grund och skäligena villkor.

7. MILJÖAVTAL

7.1 Definition

179. Miljöavtal⁽⁵⁰⁾ är avtal genom vilka parterna åtar sig att minska nedsmutsningen på det sätt som fastställs i miljölagstiftningen eller att uppnå miljömål, särskilt dem

som anges i artikel 174 i fördraget. Därför måste det mål eller de åtgärder som överenskommit ha ett direkt samband med minskningen av ett miljöskadligt ämne eller en typ av avfall som identifierats som ett sådant i relevanta förordningar⁽⁵¹⁾. Detta utesluter avtal som leder till minskad nedsmutsning som en biprodukt till andra åtgärder.

180. Genom miljöavtal kan man fastställa standarder för miljöprestanda för produkter (insatsvaror eller tillverkade produkter), eller produktionsprocesser⁽⁵²⁾. Andra tänkbara kategorier kan omfatta avtal inom samma handelsled, varvid parterna svarar för det gemensamma uppnåendet av ett miljömål, såsom återvinning av vissa material, minskade utsläpp eller förbättrad energieffektivitet.
181. Omfattande program för hela branscher utarbetas i många medlemsstater för att man skall kunna uppfylla miljökrav som gäller återtagande eller materialåtervinning. Sådana program omfattar vanligtvis en komplicerad uppsättning avtal, av vilka några är av horisontell, andra av vertikal art. I den mån avtalen innehåller vertikala begränsningar omfattas de inte av dessa riktlinjer.

7.2 Relevanta marknader

182. Effekterna skall bedömas på de marknader avtalet gäller, och dessa skall definieras enligt tillkännagivandet om definitionen av relevant marknad. Om det miljöskadliga ämnet inte i sig är en produkt, utgörs den relevanta marknaden av marknaden för den produkt som det miljöskadliga ämnet ingår i. I fråga om avtal om insamling eller återvinning måste man inte endast beakta deras effekter på den eller de marknader där parterna är verksamma som tillverkare eller distributörer, utan också deras effekter på marknaden för hämtningstjänster som eventuellt omfattar varan i fråga.

7.3 Bedömning enligt artikel 81.1

183. Vissa miljöavtal kan uppmuntras eller göras obligatoriska av statliga myndigheter, när dessa utövar sina offentliga privilegier. I dessa riktlinjer behandlas inte frågan om huruvida sådana statliga ingripanden är förenliga med medlemsstaternas skyldigheter enligt fördraget. De handlar endast om den bedömning som måste göras med avseende på avtalets förenlighet med artikel 81.

7.3.1 Avtalets art

7.3.1.1 Avtal som inte omfattas av artikel 81.1

184. Vissa miljöavtal omfattas sannolikt inte av förbudet i artikel 81.1, oberoende av parternas sammanlagda marknadsandel.

185. En sådan situation kan uppkomma, om parterna inte ålagts någon särskild individuell skyldighet eller om de allmänt har åtagit sig att bidra till uppnåendet av ett miljömål för en viss sektor. I det sistnämnda fallet är bedömningen inriktad på de tekniska och ekonomiska medel som parterna har till sitt förfogande för att uppnå det överenskomna miljömålet. Ju mer varierade metoderna är, desto mindre betydande är de potentiellt konkurrensbegränsande effekterna.
186. Artikel 81.1 omfattar inte heller avtal om fastställande av miljöprestanda för produkter eller processer som inte i väsentlig grad påverkar produkt- och produktionsdiversiteten på den relevanta marknaden eller som endast marginellt påverkar inköpsbesluten. Om vissa kategorier av en produkt är förbjudna eller håller på att fasas ut från marknaden, kan begränsningarna inte anses betydande, om dessa produktkategorier har en liten marknadsandel på den relevanta geografiska marknaden eller, om marknaderna omfattar hela gemenskapen, i alla medlemsstater.
187. Slutligen kan det konstateras att avtal som leder till att det faktiskt skapas nya marknader, till exempel avtal om återvinning, i regel inte begränsar konkurrensen under förutsättning att, och så länge som, parterna inte kan utöva sin verksamhet ensamma eftersom det saknas andra alternativ och/eller konkurrenter.

7.3.1.2 Avtal som nästan alltid omfattas av artikel 81.1

188. Miljöavtal omfattas av artikel 81.1 på grund av sin art, om samarbetet egentligen inte gäller uppnående av miljömål utan är ett sätt att delta i en dold kartell, dvs. fastställa priser, begränsa produktionen eller dela upp marknader på ett sätt som är förbjudet, eller om samarbetet används inom ramen för ett mer omfattande konkurrensbegränsande avtal som syftar till att utestänga faktiska och potentiella konkurrenter.

7.3.1.3 Avtal som kan omfattas av artikel 81.1

189. Miljöavtal som omfattar en stor andel av en bransch i enskilda medlemsstater eller på gemenskapsnivå omfattas sannolikt av artikel 81.1, om de i betydande utsträckning begränsar parternas möjligheter att fastställa sina produkters egenskaper eller det sätt på vilket de tillverkar dessa och därmed ger dem inflytande över varandras produktion eller försäljning. Förutom att ett miljöavtal kan medföra begränsningar mellan parterna kan det också minska eller i väsentlig grad påverka produktionen för tredje parter, antingen leverantörer eller köpare.

190. Exempelvis miljöavtal som fasar ut eller väsentligt påverkar en stor del av parternas försäljning med avseende på deras produkter eller produktionsprocesser kan omfattas av artikel 81.1 om parterna har en betydande andel av marknaden. Detsamma gäller avtal genom vilka parterna fördelar individuella nedsmutningskvoter.

191. På samma sätt kan konkurrensen begränsas väsentligt av avtal genom vilka parter som har betydande marknadsandelar inom en väsentlig del av den gemensamma marknaden utser ett företag till enda tillhandahållare av insamlings- och/eller återvinningstjänster för deras produkter. Detta förutsätter dock att det faktiskt finns andra, eller realistiskt sett potentiella, tillhandahållare av dessa tjänster.

7.4 Bedömning enligt artikel 81.3

7.4.1 Ekonomiska fördelar

192. Kommissionen förhåller sig positiv till att miljöavtal används som ett politiskt instrument för att nå de mål som uppställs i artikel 2 och artikel 174 i fördraget samt i gemenskapens åtgärdsprogram för miljön⁽⁵³⁾, under förutsättning att sådana avtal är förenliga med konkurrensreglerna⁽⁵⁴⁾.

193. Miljöavtal som omfattas av artikel 81.1 kan medföra ekonomiska fördelar som, antingen för enskilda konsumenter eller konsumentkollektivet, uppväger de negativa effekter de har på konkurrensen. För att miljöavtalen skall uppfylla detta villkor, måste de medföra nettofördelar i fråga om mindre miljöbelastning till följd av avtalet, jämfört med ett utgångsläge där inga åtgärder vidtas. De förväntade ekonomiska fördelarna måste med andra ord väga tyngre än kostnaderna⁽⁵⁵⁾.

194. Sådana kostnader omfattar effekterna av minskad konkurrens jämte ekonomiska operatörers kostnader för att uppfylla miljökraven och/eller effekter på tredje parter. Fördelarna kan bedömas i två steg. Om avtalet medför en nettofördel för enskilda konsumenter under en rimlig period, finns det inget behov av att objektivt fastställa de totala miljöfördelarna. I annat fall kan en nyttokostnadsanalys vara nödvändig för att bedöma om nettofördelar för konsumenterna i allmänhet är sannolika under rimliga förutsättningar.

7.4.2 Nödvändiga begränsningar

195. Ju objektivare det kan visas att ett miljöavtal är ekonomiskt effektivt, desto tydligare kan varje bestämmelse anses nödvändig för att miljömålet skall kunna uppnås inom ramen för de ekonomiska förutsättningarna.

196. En objektiv bedömning av bestämmelser som vid första anblicken inte skulle anses nödvändiga måste stödjas av en effektivitetsberäkning som visar att alternativa sätt att uppnå de väntade miljöfördelarna skulle vara ekonomiskt och finansiellt kostsammare, under rimliga förutsättningar. Det bör till exempel visas mycket tydligt att en enhetlig avgift, som tas ut oberoende av individuella kostnader för avfallsinsamling, är en absolut förutsättning för ett fungerande insamlingsystem för hela branschen.

7.4.3 Konkurrensen sätts inte ur spel

197. Oavsett fördelarna för miljön och ekonomin samt nödvändigheten av de planerade bestämmelserna, får avtalet inte sätta konkurrensen ur spel i fråga om differentieringen av produkter eller metoder, teknisk innovation eller marknadsinträde på kort sikt, eller om det är relevant, på medellång sikt. Till exempel i fråga om ensamrätt till insamling som beviljats ett insamlings- eller återvinningsföretag som har potentiella konkurrenter, bör den eventuella uppkomsten av ett alternativ till detta företag beaktas när giltighetstiden för sådana rättigheter fastställs.

7.5 Exempel

198. Exempel

Situation: Nästan alla tillverkare och importörer inom EU av en viss hushållsapparat (t.ex. tvättmaskiner) ingår på uppmaning av en offentlig myndighet avtal om att inte längre tillverka och importera produkter som inte uppfyller vissa miljökriterier (t.ex. energieffektivitet). Tillsammans har parterna 90 % av EU-marknaden. De produkter som där-

med kommer att tas ur produktion utgör en avsevärd del av den totala försäljningen. De kommer att ersättas med miljövänligare, men också dyrare, produkter. Dessutom minskar avtalet indirekt tredje parters produktion (t.ex. elförsörjningsbolag och leverantörer av komponenter som ingår i de produkter som tas ur produktion).

Analys: Avtalet ger parterna kontrollen över sin individuella produktion och import och omfattar en betydande del av deras försäljning och totalproduktion, samtidigt som det också minskar tredje parters produktion. Konsumenternas valmöjligheter, som delvis är inriktade på produktens miljöegenskaper, minskar och priserna kommer troligen att stiga. Därför omfattas avtalet av artikel 81.1. Att den offentliga myndigheten är involverad saknar relevans för bedömningen.

Nyare produkter är dock tekniskt mer avancerade och genom att de minskar det miljöproblem som indirekt avses (utsläpp från elproduktion), kommer de inte nödvändigtvis att skapa eller förvärra ett annat miljöproblem (t.ex. vattenförbrukning, användning av tvättmedel). Nettobidraget till en förbättring av miljösituationen totalt sett uppväger ökade kostnader. Dessutom kompenseras enskilda köpare av dyrare produkter snabbt för kostnadsökningen eftersom de miljövänligare produkterna har lägre driftskostnader. Andra alternativ till avtalet visar sig vara mer osäkra och mindre kostnadseffektiva när det gäller att uppnå samma nettofördelar. Olika tekniska hjälpmedel är ekonomiskt överkomliga för parterna så att dessa kan tillverka produkter som uppfyller de överenskomna miljöegenskaper, och konkurrens förekommer fortfarande i fråga om övriga produkttegenskaper. Därför uppfylls villkoren för ett undantag enligt artikel 81.3.

- (¹) EGT L 53, 22.2.1985, s. 1.
- (²) EGT L 306, 11.11.1997, s. 12.
- (³) EGT L 53, 22.2.1985, s. 5.
- (⁴) EGT L 304, 5.12.2000, s. 3.
- (⁵) EGT L 304, 5.12.2000, s. 7.
- (⁶) EGT C 75, 29.7.1968, s. 3.
- (⁷) EGT C 43, 16.2.1993, s. 2.
- (⁸) Ett företag betraktas som en faktisk konkurrent om det antingen är verksamt på samma relevanta marknad eller om det, i avsaknad av ett avtal, kan lägga om produktionen och börja tillverka de relevanta produkterna och saluföra dem på kort tid utan att utsätta sig för väsentliga tilläggskostnader eller risker som svar på en liten men bestående höjning av de relativa priserna (omedelbar utbytbart på utbudssidan). Samma resonemang kan leda till en uppdelning i olika geografiska områden. Om utbytbart på utbudssidan medför ett behov av att väsentligt anpassa befintliga materiella och immateriella tillgångar, göra nyinvesteringar, fatta strategiska beslut och tåla förseningar, kommer ett företag dock inte att betraktas som en faktisk konkurrent utan som en potentiell konkurrent (se nedan). Se kommissionens tillkännagivande om definitionen av relevant marknad i gemenskapens konkurrenslagstiftning (EGT C 372, 9.12.1997, punkterna 20–23).
- (⁹) Ett företag betraktas som en potentiell konkurrent om det fums tecken som tyder på att företaget utan ett avtal skulle kunna och sannolikt skulle göra de nödvändiga ytterligare investeringarna eller ta på sig andra nödvändiga omställningskostnader för att kunna träda in på den relevanta marknaden som svar på en liten och bestående höjning av de relativa priserna. Denna bedömning måste ha en realistisk grund – en rent teoretisk möjlighet till marknadsinträde är inte tillräcklig (se kommissionens tillkännagivande om definitionen av relevant marknad i gemenskapens konkurrenslagstiftning, punkt 24; se också kommissionens trettonde rapport om konkurrenspolitiken, punkt 55 och kommissionens beslut 90/410/EEG (IV/32.009 – Elopak/Metal Box-Odin), (EGT L 209, 8.8.1990, s. 15). Marknadsinträdet måste äga rum tillräckligt snabbt för att hotet om potentiella nya operatörers inträde på marknaden skall sätta press på de befintliga marknadsaktörerna. Normalt innebär detta att inträdet måste genomföras på kort tid. Enligt punkt 26 i riktlinjerna om vertikala begränsningar (EGT C 291, 13.10.2000, s. 1) skall marknadsinträdet ske inom ett år för att gruppundantagsförordningen om vertikala begränsningar skall kunna tillämpas (se fotnot 11). I enskilda fall kan dock längre tidsperioder komma i fråga. För att fastställa periodens längd kan man utgå från den tid de företag som redan är aktiva på marknaden behöver för att anpassa sin kapacitet.
- (¹⁰) EGT L 336, 29.12.1999, s. 21.
- (¹¹) EGT C 291, 13.10.2000, s. 1.
- (¹²) Gränsdragningen mellan horisontella och vertikala avtal kommer att vidareutvecklas i kapitlet om gemensamma inköp (kapitel 4) och gemensam saluföring (kapitel 5). Se även punkterna 26 och 29 i riktlinjerna om vertikala begränsningar.
- (¹³) EGT L 395, 30.12.1989, s. 1, rättad version i EGT L 257, 21.9.1990, s. 13.
- (¹⁴) EGT L 180, 9.7.1997, s. 1. Rättelse i EGT L 40, 13.2.1998, s. 17.
- (¹⁵) Rådets förordning nr 26/62, EGT 30, 20.4.1962, s. 993 (jordbruk); rådets förordning nr (EEG) 1017/68, EGT L 175, 23.7.1968, s. 1 (transporter på järnväg, landsväg och inre vattenvägar); rådets förordning nr (EEG) 4056/86, EGT L 378, 31.12.1986, s. 4 (sjötransporter); rådets förordning nr (EEG) 3975/87, EGT L 374, 14.12.1987, s. 1 (lufttransporter); rådets förordning (EEG) nr 3976/87, EGT L 374, 31.12.1987, s. 9 (lufttransporter); kommissionens förordning (EEG) nr 1617/93, EGT L 155, 26.6.1993, s. 18 (gruppundantag avseende gemensam planering och samordning av tidtabeller, gemensam drift, samråd om passagerar- och frakttaxor i regelbunden luftfart samt fördelning av avgångs- och ankomsttider på flygplatser); rådets förordning (EEG) nr 479/92, EGT L 55, 29.2.1992, s. 3 (linjerederier); kommissionens förordning (EG) nr 870/95, EGT L 89, 21.4.1995, s. 7 (gruppundantag som omfattar vissa avtal mellan linjerederier); rådets förordning (EEG) nr 1534/91, EGT L 143, 7.6.1991, s. 1 (försäkringssektorn); kommissionens förordning (EEG) nr 3932/92, EGT L 398, 31.12.1992, s. 7 (gruppundantag som omfattar vissa avtal inom försäkringssektorn).
- (¹⁶) Se meddelandet om avtal av mindre betydelse, EGT C 372, 9.12.1997, s. 13.
- (¹⁷) Ett företag kan ha ett betydande marknadsinflytande redan under den nivå där en dominerande ställning uppkommer, vilket är tröskeln för att artikel 82 skall tillämpas.
- (¹⁸) Detta gäller dock undantagsvis inte gemensamma företag inriktade på produktion. Det är kännetecknande för verksamheten vid sådana företag att beslut som gäller produktionen fattas gemensamt av parterna. Om det gemensamma företaget i fråga också marknadsför de gemensamt tillverkade varorna, måste beslut som gäller priserna fattas gemensamt av parterna i ett sådant avtal. I det fallet leder införandet av bestämmelser om priser eller produktion inte automatiskt till att avtalet omfattas av artikel 81.1. Bestämmelserna om priser eller produktion måste bedömas tillsammans med det gemensamma företagens övriga inverkan på marknaden för att det skall kunna fastställas om artikel 81.1 är tillämplig (se punkt 90).
- (¹⁹) Se kommissionens tillkännagivande om definitionen av relevant marknad i gemenskapens konkurrenslagstiftning (EGT C 372, 9.12.1997, s. 5).
- (²⁰) Marknadsandelar skall normalt beräknas på grundval av marknadsvärdet av försäljningen (se artikel 6 i gruppundantagsförordningen om FoU och artikel 6 i gruppundantagsförordningen om specialisering). När man fastställer hur stor andel en part har av en viss marknad, måste man beakta de företag som har anknytning till parterna (se artikel 2.2 i gruppundantagsförordningen om FoU och artikel 2.2 i gruppundantagsförordningen om specialisering).
- (²¹) Om parterna är fler än två, måste den gemensamma andelen för alla samarbetande konkurrenter vara betydligt större än den största enskilda deltagande konkurrentens andel.
- (²²) En marknad som består av fyra företag med andelar på 30 %, 25 %, 25 % respektive 20 % har ett HHI på 2 550 (900+625+625+400) innan samarbetet inleds. Om de två första marknadsledande företagen inleder samarbete, ökar HHI till 4 050 (3 025+625+400) efter det att samarbetet inletts. HHI efter det att samarbetet inletts är relevant för bedömningen av de eventuella marknadseffekterna av ett samarbete.

- (²³) T.ex. CR3, koncentrationsgraden för tre företag, är summan av marknadsandelarna för de tre ledande konkurrerande företagen på en marknad.
- (²⁴) För definition av marknaden, se kommissionens tillkännagivande om definitionen av relevant marknad.
- (²⁵) Se kommissionens tillkännagivande om definitionen av relevant marknad; se också t.ex. kommissionens beslut 94/811/EG av den 8 juni 1994 i ärende nr IV/M269, Shell/Montecatini, (EGT L 332, 22.12.1994, s. 48).
- (²⁶) Artikel 4.2 i gruppundantagsförordningen om FoU.
- (²⁷) Artikel 4.1 i gruppundantagsförordningen om FoU.
- (²⁸) Artikel 7 e i gruppundantagsförordningen om FoU.
- (²⁹) Artikel 4.3 i gruppundantagsförordningen om FoU.
- (³⁰) Ett FoU-samarbete mellan företag som inte konkurrerar med varandra kan dock ha avskärningseffekter i den mening som avses i artikel 81.1 om det gäller exklusivt utnyttjande av resultat och om det inleds mellan företag av vilka det ena har ett betydande marknadsinflytande när det gäller nyckelteknik.
- (³¹) Enligt artikel 4.2 (3) i rådets förordning nr 17 kan, men måste inte, avtal som endast syftar till gemensam forskning och utveckling anmälas till kommissionen.
- (³²) Se artikel 3.2 i gruppundantagsförordningen om FoU.
- (³³) Se artikel 3.2 i gruppundantagsförordningen om FoU.
- (³⁴) Såsom konstateras ovan, gäller dessa riktlinjer inte gemensamma företag som omfattas av koncentrationsförordningen. I regel är det konkurrensmyndigheterna i medlemsstaterna som sköter ärenden som gäller självständigt fungerande gemensamma företag som saknar en gemenskapsdimension. En tillämpning av förordning nr 17 är relevant endast om ett sådant självständigt fungerande gemensamt företag leder till en begränsning av konkurrensen till följd av en samordning av moderbolagen utanför det gemensamma företaget (spill-over-effekt). Vad detta beträffar har kommissionen tillkännagivit att den i mån av möjlighet kommer att överlåta bedömningen av sådana transaktioner till medlemsstaterna (se uttalande i rådets protokoll över förordning nr 1310/97, punkt 4).
- (³⁵) Artikel 2.4 i gruppundantagsförordningen om vertikala begränsningar.
- (³⁶) Artikel 2.3 i gruppundantagsförordningen om vertikala begränsningar. Se också riktlinjerna om vertikala begränsningar, punkt 33, där det konstateras att underleverantörsavtal mellan företag som inte konkurrerar med varandra, enligt vilka köparen endast tillhandahåller leverantörens specifikationer som beskriver de varor eller tjänster som skall levereras, omfattas av gruppundantagsförordningen om vertikala begränsningar.
- (³⁷) Om det i ett underleverantörsavtal mellan konkurrenter anges att uppdragsgivaren skall sluta tillverka en produkt som berörs av avtalet, är avtalet ett ensidigt avtal om specialisering som på vissa villkor omfattas av gruppundantagsförordningen om specialisering.
- (³⁸) Tillkännagivande om bedömning av vissa underleverantörsavtal med avseende på artikel 85.1 i EEG-fördraget (EGT C 1, 3.1.1979, s. 2).
- (³⁹) Anges också i artikel 2.4 i koncentrationsförordningen.
- (⁴⁰) I likhet med övriga underleverantörsavtal kan ett sådant avtal dock omfattas av artikel 81.1 om det innehåller vertikala begränsningar, t.ex. begränsningar av passiv försäljning eller prisbindning.
- (⁴¹) Ett gemensamt företag inriktat på produktion, som också utför gemensam distribution, är dock oftast ett självständigt fungerande gemensamt företag.
- (⁴²) Enligt artikel 4.2 (3) i rådets förordning nr 17 behöver avtal som endast syftar till specialisering inom tillverkning av produkter under vissa förhållanden inte anmälas till kommissionen. De får dock anmälas.
- (⁴³) Se riktlinjerna om vertikala begränsningar, punkt 29.
- (⁴⁴) Artikel 2.2 i gruppundantagsförordningen om vertikala begränsningar.
- (⁴⁵) Artikel 2.4 i gruppundantagsförordningen om vertikala begränsningar.
- (⁴⁶) Utbyte av känslig och detaljerad information som äger rum på en oligopolistisk marknad kan i sig omfattas av artikel 81.1. Domarna av den 28 maj 1998 i "traktormälen" (C-8/958 P: New Holland Ford och C-7/95 P: John Deere) och av den 11 mars 1999 i "stålbalkmälen" (T-134/94, T-136/94, T-137/94, T-138/94, T-141/94, T-145/94, T-147/94, T-148/94, T-151/94, T-156/94 och T-157/94) ger nyttig vägledning i detta avseende.
- (⁴⁷) Standardisering kan ske i olika former, från nationellt fastställande av standarder i samförstånd genom erkända europeiska eller nationella standardiseringsorgan, genom konsortier och fora, till avtal mellan enskilda företag. Även om standarder definieras på ett snävt sätt i gemenskapslagstiftningen, betraktas de avtal som definieras i denna punkt som standarder enligt dessa riktlinjer.
- (⁴⁸) Enligt artikel 4.2 (3) i rådets förordning nr 17 behöver avtal som endast syftar till utarbetande eller enhetlig tillämpning av normer eller typer inte anmälas till kommissionen. De får dock anmälas.
- (⁴⁹) Europaparlamentets och rådets direktiv 98/34/EG av den 22 juni 1998 om ett informationsförfarande beträffande tekniska standarder och föreskrifter (EGT L 204, 21.7.1998, s. 37).
- (⁵⁰) Termen "avtal" används på det sätt som den definierats av EG-domstolen och förstainstansrätten i deras rättspraxis vid tillämpning av artikel 81. Den behöver inte nödvändigtvis motsvara definitionen av ett "avtal" i kommissionsdokument som gäller miljöfrågor, t.ex. meddelandet om miljöavtal, KOM (96)561 slutlig, 27.11.1996.
- (⁵¹) Exempelvis får ett nationellt avtal om att reducera ett miljöskadligt ämne eller avfall som identifierats som sådant i relevanta EG-direktiv inte likställas med en gemensam bojkott av en produkt som rör sig fritt inom gemenskapen.
- (⁵²) I den mån vissa miljöavtal skulle kunna jämföras med standardisering, är samma bedömningsprinciper tillämpliga på dem.
- (⁵³) Femte miljöhandlingsprogrammet (EGT C 138, 17.5.1993, s. 1); Europaparlamentets och rådets beslut 2179/98/EG av den 24 september 1998 (EGT L 275, 10.10.1998, s. 1).
- (⁵⁴) Meddelandet om miljöavtal, KOM (96) 561 slutlig, 27.11.1996, punkterna 27–29 och artikel 3.1 f i Europaparlamentets och rådets ovannämnda beslut. Meddelandet omfattar en checklista för miljöavtal, i vilken fastställs vilka beståndsdelar ett sådant avtal i allmänhet skall omfatta.
- (⁵⁵) Detta är förenligt med kravet enligt artikel 174.3 i fördraget och artikel 7 d i ovannämnda beslut på att man skall beakta potentiella fördelar och kostnader som är förenade med att åtgärder vidtas eller inte vidtas.