

IV

(Upplysningar)

UPPLYSNINGAR FRÅN EUROPEISKA UNIONENS INSTITUTIONER, BYRÅER
OCH ORGAN

EUROPEISKA KOMMISSIONEN

MEDDELANDE FRÅN KOMMISSIONEN

**Riktlinjer för tillämpningen av artikel 101 i fördraget om Europeiska unionens funktionssätt på
horisontella samarbetsavtal**

(Text av betydelse för EES)

(2011/C 11/01)

INNEHÅLLSFÖRTECKNING

1.	Inledning	4
1.1.	Syfte och tillämpningsområde	4
1.2.	Grundläggande principer för bedömningar enligt artikel 101	7
1.2.1.	Artikel 101.1	8
1.2.2.	Artikel 101.3	11
1.3.	Dispositionen i dessa riktlinjer	12
2.	Allmänna principer för en konkurrensrättslig bedömning av informationsutbyte	13
2.1.	Definition och tillämpningsområde	13
2.2.	Bedömning enligt artikel 101.1	15
2.2.1.	De centrala konkurrensproblemen	15
2.2.2.	Avtal som har till syfte att begränsa konkurrensen	16
2.2.3.	Konkurrensbegränsande effekter	16
2.3.	Bedömning enligt artikel 101.3	21
2.3.1.	Effektivitetsvinster	21
2.3.2.	Nödvändighet	22
2.3.3.	Nytta för konsumenterna	22
2.3.4.	Konkurrensen sätts inte ur spel	23
2.4.	Exempel	23
3.	Forsknings- och utvecklingsavtal	26
3.1.	Definition	26
3.2.	De relevanta marknaderna	26

3.3.	Bedömning enligt artikel 101.1	28
3.3.1.	De centrala konkurrensproblemen	28
3.3.2.	Avtal som har till syfte att begränsa konkurrensen	29
3.3.3.	Konkurrensbegränsande effekter	29
3.4.	Bedömning enligt artikel 101.3	31
3.4.1.	Effektivitetsvinster	31
3.4.2.	Nödvändighet	31
3.4.3.	Nytta för konsumenterna	31
3.4.4.	Konkurrensen sätts inte ur spel	31
3.4.5.	Tidpunkt för bedömningen	31
3.5.	Exempel	32
4.	Produktionsavtal	35
4.1.	Definition och tillämpningsområde	35
4.2.	De relevanta marknaderna	36
4.3.	Bedömning enligt artikel 101.1	36
4.3.1.	De centrala konkurrensproblemen	36
4.3.2.	Avtal som har till syfte att begränsa konkurrensen	36
4.3.3.	Konkurrensbegränsande effekter	37
4.4.	Bedömning enligt artikel 101.3	39
4.4.1.	Effektivitetsvinster	39
4.4.2.	Nödvändighet	40
4.4.3.	Nytta för konsumenterna	40
4.4.4.	Konkurrensen sätts inte ur spel	40
4.5.	Exempel	40
5.	Inköpsavtal	44
5.1.	Definition	44
5.2.	De relevanta marknaderna	44
5.3.	Bedömning enligt artikel 101.1	45
5.3.1.	De centrala konkurrensproblemen	45
5.3.2.	Avtal som har till syfte att begränsa konkurrensen	45
5.3.3.	Konkurrensbegränsande effekter	45
5.4.	Bedömning enligt artikel 101.3	46
5.4.1.	Effektivitetsvinster	46
5.4.2.	Nödvändighet	47
5.4.3.	Nytta för konsumenterna	47
5.4.4.	Konkurrensen sätts inte ur spel	47
5.5.	Exempel	47
6.	Saluföringsavtal	49
6.1.	Definition	49
6.2.	De relevanta marknaderna	49

6.3.	Bedömning enligt artikel 101.1	50
6.3.1.	De centrala konkurrensproblemen	50
6.3.2.	Avtal som har till syfte att begränsa konkurrensen	50
6.3.3.	Konkurrensbegränsande effekter	50
6.4.	Bedömning enligt artikel 101.3	52
6.4.1.	Effektivitetsvinster	52
6.4.2.	Nödvändighet	52
6.4.3.	Nytta för konsumenterna	52
6.4.4.	Konkurrensen sätts inte ur spel	52
6.5.	Exempel	52
7.	Standardiseringsavtal	55
7.1.	Definition	55
7.2.	De relevanta marknaderna	56
7.3.	Bedömning enligt artikel 101.1	56
7.3.1.	De centrala konkurrensproblemen	56
7.3.2.	Avtal som har till syfte att begränsa konkurrensen	58
7.3.3.	Konkurrensbegränsande effekter	59
7.4.	Bedömning enligt artikel 101.3	64
7.4.1.	Effektivitetsvinster	64
7.4.2.	Nödvändighet	65
7.4.3.	Nytta för konsumenterna	66
7.4.4.	Konkurrensen sätts inte ur spel	66
7.5.	Exempel	66

1. INLEDNING

1.1 Syfte och tillämpningsområde

1. I dessa riktlinjer anges principerna för en bedömning enligt artikel 101 i fördraget om Europeiska unionens funktionssätt (*) (nedan kallad *artikel 101*) av avtal mellan företag, beslut av företagssammanslutningar och samordnade förfaranden (tillsammans nedan kallade *avtal*) som avser horisontellt samarbete. Ett samarbete är av horisontell natur om ett avtal ingås mellan faktiska eller potentiella konkurrenter. Vidare avser dessa riktlinjer horisontella samarbetsavtal mellan företag som inte konkurrerar med varandra, t.ex. mellan två företag som är verksamma på samma produktmarknader men på olika geografiska marknader utan att vara potentiella konkurrenter.
2. Horisontella samarbetsavtal kan ge betydande ekonomiska fördelar, särskilt om de kombinerar kompletterande verksamheter, kunskaper eller tillgångar. Horisontellt samarbete kan vara ett sätt att dela risker, spara kostnader, öka investeringar, samla know-how, förbättra produktkvalitet och produktutbud samt lansera innovationer snabbare.
3. Å andra sidan kan horisontella samarbetsavtal orsaka konkurrensproblem. Detta är fallet exempelvis om parterna kommer överens om att fastställa priser eller produktion eller dela upp marknader, eller om samarbetet ger parterna möjlighet att upprätthålla eller uppnå marknadsstyrka eller öka den och därmed sannolikt har negativa effekter på marknaden när det gäller priser, produktion, produktkvalitet, produktutbud eller innovation.
4. Kommissionen är medveten om de fördelar som kan uppnås genom horisontella samarbetsavtal, men måste även säkerställa att en effektiv konkurrens upprätthålls. Artikel 101 är den rättsliga ramen för en balanserad bedömning, där såväl konkurrensskadliga som konkurrensfrämjande effekter beaktas.
5. Syftet med dessa riktlinjer är att skapa ett analysunderlag för de vanligaste typerna av horisontella samarbetsavtal. De behandlar forsknings- och utvecklingsavtal, produktionsavtal inklusive underleverantörs- och specialiseringsavtal, inköpsavtal, saluföringsavtal, standardiseringsavtal inklusive standardavtal samt informationsutbyte. Detta underlag grundar sig främst på rättsliga och ekonomiska kriterier med hjälp av vilka ett horisontellt samarbetsavtal och det sammanhang det förekommer i kan undersökas. Ekonomiska kriterier, såsom parternas marknadsstyrka och andra faktorer som har samband med marknadsstrukturen, är avgörande för bedömningen av ett horisontellt samarbetsavtals sannolika marknadseffekt och därmed för en bedömning enligt artikel 101.
6. Dessa riktlinjer är tillämpliga på de flesta vanliga typer av horisontella samarbetsavtal, oavsett vilken grad av integration de medför, med undantag för transaktioner som utgör koncentrationer i den mening som avses i artikel 3 i rådets förordning (EG) nr 139/2004 av den 20 januari 2004 om kontroll av företagskoncentrationer ⁽¹⁾ (nedan *koncentrationsförordningen*) som till exempel är fallet med gemensamma företag som på varaktig basis fyller en självständig ekonomisk enhets samtliga funktioner: *självständigt fungerande gemensamma företag* ⁽²⁾.

(*) Med verkan från och med den 1 december 2009 har artikel 81 i EG-fördraget ersatts av artikel 101 i fördraget om Europeiska unionens funktionssätt (EUF-fördraget). De två artiklarna är dock i sak oförändrade. I dessa riktlinjer bör hänvisningar till artikel 101 i EUF-fördraget i förekommande fall förstås som hänvisningar till artikel 81 i EG-fördraget. Genom EUF-fördraget infördes också vissa ändringar i terminologin, t.ex. ersattes "gemenskapen" med "unionen" och den "gemensamma marknaden" med den "inre marknaden". I dessa riktlinjer används EUF-fördragets terminologi genomgående.

⁽¹⁾ EUT L 24, 29.1.2004, s. 1.

⁽²⁾ Se artikel 3.4 i koncentrationsförordningen. När kommissionen bedömer om det är fråga om ett självständigt fungerande gemensamt företag undersöker den om företaget är självständigt i operativt hänseende. Det betyder inte att det gemensamma företaget är självständigt från sina moderbolag när det gäller att fatta strategiska beslut (se kommissionens konsoliderade tillkännagivande om behörighet enligt rådets förordning (EG) nr 139/2004 om kontroll av företagskoncentrationer, EUT C 95, 16.4.2008, s. 1, punkterna 91–109 (nedan kallat *det konsoliderade tillkännagivandet om behörighet*). Det bör också påpekas att om bildandet av ett gemensamt företag som utgör en koncentration enligt artikel 3 i koncentrationsförordningen har till syfte eller resultat att samordna konkurrensbeteendet hos företag som förblir självständiga, ska samordningen bedömas på grundval av artikel 101 i -fördraget (se artikel 2.4 i koncentrationsförordningen).

7. Med tanke på det potentiellt stora antalet typer och kombinationer av horisontellt samarbete och de marknadsförhållanden under vilka de används, är det svårt att ge entydiga lösningar för varje tänkbart scenario. Dessa riktlinjer kommer dock att vara till hjälp för företagen när de ska bedöma huruvida ett enskilt samarbetsavtal är förenligt med artikel 101. Dessa kriterier är emellertid ingen "checklista" som kan tillämpas mekaniskt. Varje ärende ska bedömas mot bakgrund av sakförhållandena i just det ärendet, vilket kan kräva en flexibel tillämpning av dessa riktlinjer.
8. De kriterier som fastställs i dessa riktlinjer gäller horisontella samarbetsavtal avseende både varor och tjänster (som tillsammans kallas produkter). Dessa riktlinjer kompletterar kommissionens förordning (EU) nr [...] av den [...] om tillämpningen av artikel 101.3 i fördraget om Europeiska unionens funktionssätt på grupper av forsknings- och utvecklingsavtal ⁽¹⁾ (nedan kallad *gruppundantagsförordningen om forskning och utveckling*) och kommissionens förordning (EU) nr [...] av den [...] om tillämpningen av artikel 101.3 i fördraget om Europeiska unionens funktionssätt på grupper av specialiseringsavtal ⁽²⁾ (nedan kallad *gruppundantagsförordningen om specialisering*).
9. Dessa riktlinjer innehåller en del hänvisningar till karteller, men avsikten är inte att ge någon vägledning om vad som utgör en kartell enligt definitionen i kommissionens beslutspraxis och den rättspraxis som Europeiska unionens domstol har utvecklat.
10. Begreppet "konkurrenter" såsom det används i dessa riktlinjer omfattar både faktiska och potentiella konkurrenter. Två företag betraktas som faktiska konkurrenter om de är verksamma på samma relevanta marknad. Ett företag betraktas som en potentiell konkurrent till ett annat företag om det förstnämnda företaget, utan avtal, vid en liten men bestående höjning av relativpriserna på kort tid ⁽³⁾ sannolikt skulle göra de nödvändiga ytterligare investeringarna eller ta på sig andra nödvändiga omställningskostnader för att komma in på den relevanta marknad där det andra företaget är verksamt. Denna bedömning måste ha en realistisk grund; enbart den teoretiska möjligheten till marknadsinträde är inte tillräcklig, se kommissionens tillkännagivande om definitionen av relevant marknad i gemenskapens konkurrenslagstiftning ⁽⁴⁾ (nedan kallat *tillkännagivandet om marknadsdefinition*).
11. Företag som utgör en del av samma "företag" i den mening som avses i artikel 101.1 betraktas inte som konkurrenter i dessa riktlinjer. Artikel 101 gäller endast avtal mellan självständiga företag. Om ett företag utövar ett avgörande inflytande över ett annat företag utgör de en enda ekonomisk enhet och följaktligen en del av samma företag ⁽⁵⁾. Detsamma gäller systerbolag, dvs. företag som samma moderbolag utövar ett avgörande inflytande över. De betraktas följaktligen inte som konkurrenter även om båda är verksamma på samma relevanta produktmarknader och geografiska marknader.
12. Avtal som ingås mellan företag som är verksamma på olika nivåer i produktions- eller distributionskedjan, dvs. vertikala avtal, behandlas i princip i kommissionens förordning (EU) nr 330/2010 av den 20 april 2010 om tillämpningen av artikel 101.3 i fördraget om Europeiska unionens funktionssätt på

⁽¹⁾ EUT L [...], [...], s. [...].

⁽²⁾ EUT L [...], [...], s. [...].

⁽³⁾ Vad som utgör en "kort tid" beror på sakförhållandena i det aktuella ärendet, det rättsliga och ekonomiska sammanhanget och, särskilt, om företaget i fråga är part i avtalet eller tredje part. I det första fallet, dvs. där det undersöks om en part i ett avtal bör betraktas som en potentiell konkurrent till den andra parten, anser kommissionen i normala fall att en längre period är en "kort tid" än i det andra fallet, dvs. där en tredje parts möjligheter att utöva ett konkurrenstryck på parterna i ett avtal analyseras. För att en tredje part ska betraktas som en potentiell konkurrent måste marknadsinträdet ske tillräckligt snabbt så att hotet om ett potentiellt inträde lägger band på parternas och andra marknadsaktörers agerande. Av dessa skäl anses det både i gruppundantagsförordningen om forskning och utveckling och gruppundantagsförordningen om specialisering att en period på mindre än tre år är en "kort tid".

⁽⁴⁾ EGT C 372, 9.12.1997, s. 5, punkt 24; se också kommissionens trettonde rapport om konkurrenspolitiken, punkt 55 och kommissionens beslut i ärende IV/32.009, Elopak/Metal Box-Odin (EGT L 209, 8.8.1990, s. 15).

⁽⁵⁾ Se t.ex. EG-domstolens dom av den 24 oktober 1996 i mål C-73/95, Viho, REG 1996, s. I-5457, punkt 51. Det kan antas att ett moderbolag utövar ett avgörande inflytande över ett dotterbolags agerande när det är fråga om helägda dotterbolag, se t.ex. EG-domstolens dom av den 25 oktober 1983 i mål 107/82, AEG, REG 1983, s. 3151, punkt 50 (svensk specialutgåva s. 00287), EG-domstolens dom av den 16 november 2000 i mål C-286/98, Stora, REG 2000, s. I-9925, punkt 29, eller EG-domstolens dom av den 10 september 2009 i mål C-97/08 P, Akzo, REG 2009, s. I-8237, punkt 60 och följande.

grupper av vertikala avtal och samordnade förfaranden ⁽¹⁾ (nedan kallad *gruppundantagsförordningen om vertikala begränsningar*) och i riktlinjerna om vertikala begränsningar ⁽²⁾. 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. Därför omfattas vertikala avtal mellan konkurrenter av dessa riktlinjer ⁽³⁾. Om sådana avtal också behöver bedömas enligt gruppundantagsförordningen om vertikala begränsningar och riktlinjerna om vertikala begränsningar kommer detta att anges särskilt i relevant kapitel i dessa riktlinjer. Om en sådan hänvisning inte finns är endast dessa riktlinjer tillämpliga på vertikala avtal mellan konkurrenter.

13. Horisontella samarbetsavtal kan kombinera olika stadier av samarbete, t.ex. forskning och utveckling (FoU) och produktion och/eller saluföring av resultaten av denna forskning och utveckling. Sådana avtal omfattas i regel också av dessa riktlinjer. När dessa riktlinjer används för att analysera ett sådant integrerat samarbete är samtliga kapitel som rör de olika delarna av samarbetet i regel relevanta för denna analys. Om de relevanta kapitlen i dessa riktlinjer däremot innehåller graderade budskap t.ex. i fråga om safe harbour-undantag eller om ett visst beteende normalt anses ha till syfte eller resultat att begränsa konkurrensen, gäller det som sägs i det kapitel som rör den del av ett integrerat samarbete som kan betraktas som samarbetets tyngdpunkt för hela samarbetet ⁽⁴⁾.
14. Två faktorer är särskilt relevanta när det ska fastställas var tyngdpunkten i ett integrerat samarbete ligger: för det första utgångspunkten för samarbetet och för det andra graden av integration mellan de olika funktioner som sammanslås. Därför skulle tyngdpunkten t.ex. i ett horisontellt samarbetsavtal som omfattar såväl gemensam forskning och utveckling som gemensam produktion med anledning av resultaten i normala fall vara den gemensamma forskningen och utvecklingen, 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 den senare gemensamma produktionen. Bedömningen av var tyngdpunkten ligger skulle förändras om parterna ändå bedrivit gemensam produktion, dvs. oberoende av den gemensamma forskningen och utvecklingen, eller om syftet med avtalet varit en fullständig integrering på produktionsområdet och endast en partiell integrering av vissa FoU-verksamheter. I det fallet är tyngdpunkten i samarbetet den gemensamma produktionen.
15. Artikel 101 gäller endast sådana horisontella samarbetsavtal som kan påverka handeln mellan medlemsstater. De principer för tillämpningen av artikel 101 som anges i dessa riktlinjer grundar sig därför på antagandet att ett horisontellt samarbetsavtal kan påverka handeln mellan medlemsstater i betydande utsträckning.
16. Den bedömning enligt artikel 101 som beskrivs i dessa riktlinjer påverkar inte en eventuell samtidig tillämpning av artikel 102 i fördraget på horisontella samarbetsavtal ⁽⁵⁾.
17. Dessa riktlinjer påverkar inte den tolkning som Europeiska unionens domstol kan komma att göra om tillämpningen av artikel 101 på horisontella samarbetsavtal.

⁽¹⁾ EUT L 102, 23.4.2010, s. 1.

⁽²⁾ EUT C 130, 19.5.2010, s. 1.

⁽³⁾ Detta gäller inte om konkurrenter ingår ett icke-ömsesidigt vertikalt avtal och i) leverantören är tillverkare och återförsäljare av varor medan köparen är återförsäljare och inte ett konkurrerande företag i tillverkningsledet eller ii) leverantören tillhandahåller tjänster i flera handelsled medan köparen tillhandahåller sina varor och tjänster i detaljistledet och inte tillhandahåller konkurrerande tjänster i det handelsled där denne köper avtalstjänster. Sådana avtal bedöms enbart på grundval av gruppundantagsförordningen och riktlinjerna om vertikala begränsningar (se artikel 2.4 i gruppundantagsförordningen om vertikala begränsningar).

⁽⁴⁾ Det bör noteras att detta test endast gäller de olika kapitlens förhållande till varandra i dessa riktlinjer, inte förhållandet mellan olika gruppundantagsförordningar. Tillämpningsområdet för en gruppundantagsförordning bestäms av dess egna bestämmelser.

⁽⁵⁾ Se mål T-51/89, Tetra Pak I, REG 1990, s. II-309, punkt 25 f, och Vägledning om kommissionens prioriteringar vid tillämpningen av artikel 82 i EG-fördraget på företags missbruk av dominerande ställning genom utestängande åtgärder, EUT C 45, 24.2.2009, s. 7 (nedan kallad *vägledningen om artikel 102*).

18. Dessa riktlinjer ersätter kommissionens riktlinjer för tillämpningen av artikel 81 i EG-fördraget på horisontella samarbetsavtal ⁽¹⁾ som kommissionen offentliggjorde 2001 och är inte tillämpliga om det finns särskilda regler för en viss sektor, vilket är fallet för vissa avtal inom jordbruks- ⁽²⁾, transport- ⁽³⁾ eller försäkringssektorn ⁽⁴⁾. Kommissionen kommer, på grundval av marknadsinformation från berörda aktörer och nationella konkurrensmyndigheter, att fortsätta att övervaka hur gruppundantagsförordningarna om forskning och utveckling respektive specialisering samt dessa riktlinjer tillämpas, och kan komma att se över dessa riktlinjer mot bakgrund av hur situationen utvecklar sig i framtiden.
19. Kommissionens riktlinjer för tillämpningen av artikel 81.3 i fördraget ⁽⁵⁾ (nedan kallade *de allmänna riktlinjerna*) innehåller allmän vägledning om hur artikel 101 ska tolkas. De här riktlinjerna måste därför tolkas i förening med de allmänna riktlinjerna.

1.2 Grundläggande principer för bedömningar enligt artikel 101

20. Bedömningen mot bakgrund av artikel 101 görs i två steg. Det första steget, enligt artikel 101.1, är att bedöma om ett avtal mellan företag som kan påverka handeln mellan medlemsstater har ett konkurrensbegränsande syfte eller faktiska eller potentiella ⁽⁶⁾ konkurrensbegränsande effekter. Det andra steget, enligt artikel 101.3, som blir relevant endast om ett avtal konstateras begränsa konkurrensen i den mening som avses i artikel 101.1, är att fastställa vilka konkurrensfrämjande fördelar det avtalet medför och att bedöma om dessa konkurrensfrämjande effekter uppväger de konkurrensbegränsande effekterna ⁽⁷⁾. Avvägningen av konkurrensbegränsande effekter mot konkurrensfrämjande effekter görs uteslutande inom ramen för artikel 101.3 ⁽⁸⁾. Om de konkurrensfrämjande effekterna inte uppväger en konkurrensbegränsning är ett avtal automatiskt ogiltigt enligt artikel 101.2.
21. Analysen av horisontella samarbetsavtal har vissa inslag som är gemensamma med analysen av horisontella koncentrationer när det gäller eventuella konkurrensbegränsande effekter, särskilt såvitt avser gemensamma företag. Skillnaden är ofta endast härfin mellan självständigt fungerande gemensamma företag som omfattas av koncentrationsförordningen och gemensamma företag som inte är självständigt fungerande, som bedöms enligt artikel 101. Dessa båda typer av gemensamma företag kan därför ha tämligen likartade effekter.
22. I vissa fall uppmanar myndigheterna företag att ingå horisontella samarbetsavtal för att uppnå ett politiskt mål genom självreglering. Företagen förblir emellertid underkastade artikel 101 om nationell lag enbart uppmuntrar dem till eller underlättar för dem att självständigt ägna sig åt ett

⁽¹⁾ EGT C 3, 6.1.2001, s. 2. De nuvarande riktlinjerna innehåller inget sådant särskilt kapitel om "miljöavtal" som fanns i de tidigare riktlinjerna. Fastställande av standarder inom miljösektorn, som var främsta fokus i det gamla kapitlet om miljöavtal, behandlas på ett ändamålsenligare sätt i kapitlet om standardisering i dessa riktlinjer. I allmänhet ska miljöavtal, beroende på vilka konkurrensproblem "miljöavtal" ger upphov till, bedömas på grundval av det relevanta kapitlet i dessa riktlinjer, om det så är fråga om forsknings- och utvecklings-, produktions-, saluförings- eller standardiseringsavtal.

⁽²⁾ Rådets förordning (EG) nr 1184/2006 av den 24 juli 2006 om tillämpning av vissa konkurrensregler på produktion av och handel med jordbruksvaror (EUT L 214, 4.8.2006, s. 7).

⁽³⁾ Rådets förordning (EG) nr 169/2009 av den 26 februari 2009 om tillämpning av konkurrensregler på transporter på järnväg, landsväg och inre vattenvägar (EGT L 61, 5.3.2009, s. 1), rådets förordning (EG) nr 246/2009 av den 26 februari 2009 om tillämpning av artikel 81.3 i fördraget på vissa grupper av avtal, beslut och samordnade förfaranden mellan linjerederier (konsortier), EUT L 79, 25.3.2009, s. 1, kommissionens förordning (EG) nr 823/2000 av den 19 april 2000 om tillämpning av artikel 81.3 i fördraget på vissa grupper av avtal, beslut och samordnade förfaranden mellan linjerederier (konsortier), (EGT L 100, 20.4.2000, s. 24) och riktlinjer för tillämpningen av artikel 81 i EG-fördraget på sjöfartstjänster (EUT C 245, 26.9.2008, s. 2).

⁽⁴⁾ Kommissionens förordning (EU) nr 267/2010 av den 24 mars 2010 om tillämpningen av artikel 101.3 i fördraget om Europeiska unionens funktionssätt på vissa kategorier av avtal, beslut och samordnade förfaranden inom försäkringssektorn (EUT L 83, 31.3.2010, s. 1).

⁽⁵⁾ EUT C 101, 27.4.2004, s. 97.

⁽⁶⁾ Artikel 101.1 förbjuder såväl faktiska som potentiella konkurrensbegränsande effekter; se t.ex. dom av den 28 maj 1998 i mål C-7/95 P, John Deere, REG 1998, s. I-3111, punkt 77, och dom av den 23 november 2006 i mål C-238/05, Asnef-Equifax, REG 2006, s. I-11125, punkt 50.

⁽⁷⁾ Se domen av den 6 oktober 2009 i de förenade målen C-501/06 P m.fl., GlaxoSmithKline, REG 2009, s. I-9291, punkt 95.

⁽⁸⁾ Se förstainstansrättens dom av den 23 oktober 2003 i mål T-65/98, Van den Bergh Foods, REG 2003, s. II-4653, punkt 107, domen av den 18 september 2001 i mål T-112/99, Métropole télévision (M6) m.fl., REG 2001, s. II-2459, punkt 74, domen av den 2 maj 2006 i mål T-328/03, O2, REG 2006, s. II-1231, punkt 69 m.fl., där tribunalen slog fast att en avvägning mellan de konkurrensfrämjande och de konkurrenshämmande aspekterna av en begränsning endast kan göras inom ramen för artikel 101.3 och inget annat.

konkurrensbegränsande agerande⁽¹⁾. Det faktum att myndigheterna uppmuntrar horisontella samarbetsavtal innebär med andra ord inte att de är tillåtna enligt artikel 101⁽²⁾. Det är endast när nationell lag kräver ett konkurrensbegränsande agerande av företagen, eller när denna lag inrättar en rättslig ram som utesluter allt utrymme för konkurrensinriktat agerande från företagets sida som artikel 101 inte är tillämplig⁽³⁾. I en sådan situation kan konkurrensbegränsningen inte, som implicit krävs enligt artikel 101, tillskrivas företagets egna självständiga agerande och de är skyddade från konsekvenserna av en överträdelse av den artikeln⁽⁴⁾. Varje ärende måste bedömas mot bakgrund av sakförhållandena i just det ärendet enligt de allmänna principer som anges dessa riktlinjer.

1.2.1 Artikel 101.1

23. Artikel 101.1 förbjuder avtal som har till syfte eller resultat att begränsa⁽⁵⁾ konkurrensen.

i) Avtal som har till syfte att begränsa konkurrensen

24. Begränsningar som har till syfte att begränsa konkurrensen är sådana som redan i sig är av en sådan art att de kan leda till att konkurrensen begränsas i den mening avses i artikel 101.1⁽⁶⁾. Om det fastställs att ett avtal har ett konkurrensbegränsande syfte behöver dess faktiska eller potentiella effekter på marknaden inte undersökas⁽⁷⁾.

25. Enligt den fasta rättspraxis som Europeiska unionens domstol har utvecklat måste man, för att kunna bedöma om ett avtal har ett konkurrensbegränsande syfte, ta hänsyn till innehållet i avtalet, vilket syfte avtalet har och vilket ekonomiska och rättsliga sammanhang det ingår i. Dessutom kan kommissionen ta hänsyn till parternas avsikter i sin analys, även om det inte är en nödvändig faktor för att avgöra om ett avtal har ett konkurrensbegränsande syfte⁽⁸⁾. Ytterligare vägledning om begreppet avtal som har till syfte att begränsa konkurrensen ges i de allmänna riktlinjerna.

ii) Konkurrensbegränsande effekter

26. Om ett horisontellt samarbetsavtal inte har till syfte att begränsa konkurrensen måste det undersökas om det har väsentligt konkurrensbegränsande effekter. Man måste beakta både faktiska och potentiella effekter på konkurrensen. Med andra ord måste avtalet åtminstone sannolikt ha konkurrenshämmande effekter.

27. För att ett avtal ska ha konkurrensbegränsande effekter i den mening som avses i artikel 101.1 måste det ha eller sannolikt ha en märkbart negativ effekt på minst en av konkurrensparametrarna på marknaden, t.ex. pris, produktion, produktkvalitet, produktutbud eller innovation. Avtal kan ha sådana effekter genom att märkbart minska konkurrensen mellan parterna i avtalet eller mellan någon av dem och tredje man. Det betyder att avtalet måste minska parternas möjligheter att fatta självständiga beslut⁽⁹⁾, antingen på grund av skyldigheter i det avtal som reglerar marknadsbeteendet för minst en av parterna eller genom att påverka marknadsbeteendet för minst en av parterna genom att orsaka en förändring av incitamenten för parten i fråga.

⁽¹⁾ Se domstolens dom av den 14 oktober 2010 i mål C-280/08 P, Deutsche Telekom, ännu ej publicerad i rättsfalls-samlingen, punkt 82 och de rättsfall som citeras i domen.

⁽²⁾ Se EG-domstolens dom av den 9 september 2003 i mål C-198/01, CIF, REG 2003, s. I-8055, punkterna 56-58, förstainstansrättens dom av den 13 december 2006 i de förenade målen T-217/03 och T-245/03, Fédération nationale de la coopération bétail et viande (FNCBV) och Fédération nationale des syndicats d'exploitants agricoles, REG 2006, s. II-4987, punkt 92, förstainstansrättens dom av den 29 juni 1993 i mål T-7/92, Asia Motor France II, REG 1993, s. II-669, punkt 71, svensk specialutgåva, s. II-81, och förstainstansrättens dom av den 6 april 1995 i mål T-148/89, Tréfilunion, REG 1995, s. II-1063, punkt 118.

⁽³⁾ Se mål C-280/08 P, Deutsche Telekom, punkterna 80-81. Denna möjlighet har tolkats snävt, se t.ex. domen av den 29 oktober 1980 i de förenade målen 209/78 m.fl., Van Landewyck, REG 1980, s. 3125, punkterna 130-134, svensk specialutgåva, s. 345, domstolens dom av den 10 december 1985 i de förenade målen 240/82 m.fl., Stichting Sigarettenindustrie, REG 1985, s. 3831, punkterna 27-29 och domstolens dom av den 11 november 1997 i de förenade målen C-359/95 P och C-379/95 P, Ladbroke Racing, REG 1997, s. I-6265, punkt 33 f.

⁽⁴⁾ Åtminstone till dess att ett beslut om att den nationella lagstiftningen inte ska tillämpas har antagits och det beslutet har blivit slutligt, se domstolens dom av den 9 september 2003 i mål C-198/01, CIF, punkt 54 och följande.

⁽⁵⁾ I dessa riktlinjer omfattar begreppet "konkurrensbegränsning" även att konkurrensen hindras eller snedvrids.

⁽⁶⁾ Se t.ex. domen i mål C-209/07, BIDS, REG 2008, s. I-8637, punkt 17.

⁽⁷⁾ Se t.ex. de förenade målen C-501/06 P m.fl., GlaxoSmithKline, punkt 55, mål C-209/07, BIDS, punkt 16; domen av den 4 juni 2009 i mål C-8/08, T-Mobile Netherlands, REG 2009, s. I-4529, punkt 29 och följande och mål C-7/95 P, John Deere, punkt 77.

⁽⁸⁾ Se t.ex. de förenade målen C-501/06 P m.fl., GlaxoSmithKline, punkt 58 och C-209/07, BIDS, punkt 15 och följande.

⁽⁹⁾ Se mål C-7/95 P, John Deere, punkt 88 och mål C-238/05, Asnef-Equifax, punkt 51.

28. Konkurrensbegränsande effekter på den relevanta marknaden är sannolika om det med en rimlig grad av sannolikhet kan förväntas att parterna tack vare avtalet på ett lönsamt sätt kan höja priserna eller sänka nivån på produktion, produktkvalitet, produktutbud eller innovation. Detta är beroende av flera faktorer, t.ex. avtalets art och innehåll, i vilken utsträckning parterna var för sig eller tillsammans har eller får en viss grad av marknadsstyrka och i vilken utsträckning avtalet bidrar till att den marknadsstyrkan uppkommer, upprätthålls eller förstärks eller gör det möjligt för parterna att utnyttja en sådan marknadsstyrka ekonomiskt.
29. Huruvida ett horisontellt samarbetsavtal har konkurrensbegränsande effekter i den mening som avses i artikel 101.1 måste bedömas mot bakgrund av det faktiska rättsliga och ekonomiska sammanhang i vilket konkurrensen skulle äga rum om avtalet med alla dess påstådda restriktioner inte fanns, (dvs. utan avtal sådant det är utformat (om det redan genomförts) eller sådant det planerats (om det ännu inte genomförts) vid tidpunkten för bedömningen). För att de faktiska eller potentiella konkurrensbegränsande effekterna ska kunna bedömas måste därför konkurrensen mellan parterna och konkurrensen från utomstående företag beaktas, i synnerhet den faktiska eller potentiella konkurrens som skulle ha ägt rum utan avtal. Denna jämförelse beaktar inte eventuella effektivitetsvinster som avtalet kan ge upphov till, eftersom de endast bedöms mot bakgrund av artikel 101.3.
30. Horisontella samarbetsavtal mellan konkurrenter som, på grundval av objektiva faktorer, inte på egen hand skulle kunna utföra det projekt eller den verksamhet som samarbetet omfattar (t.ex. på grund av att parterna har begränsad teknisk kapacitet) orsakar därför i regel inte några konkurrensbegränsande effekter i den mening som avses i artikel 101.1, om parterna inte hade kunnat genomföra projektet med mindre kännbara konkurrensbegränsningar ⁽¹⁾.
31. Allmän vägledning om begreppet avtal som har till resultat att begränsa konkurrensen ges i de allmänna riktlinjerna. I de här riktlinjerna ges ytterligare vägledning särskilt för konkurrensbedömning av horisontella samarbetsavtal.

Avtalets art och innehåll

32. Avtalets art och innehåll bestäms av faktorer såsom området för och syftet med samarbetet, konkurrensförhållandet mellan parterna och i vilken omfattning de slår samman sin verksamhet. Dessa faktorer avgör vilka slag av möjliga konkurrensproblem som ett horisontellt samarbetsavtal kan ge upphov till.
33. Horisontella samarbetsavtal kan begränsa konkurrensen på flera olika sätt. Avtalet kan
- vara begränsande i det avseendet att det begränsar parternas möjligheter att konkurrera med varandra eller med tredje man som oberoende ekonomiska aktörer eller som parter i andra, konkurrerande avtal,
 - lägga parterna att bidra med sådana tillgångar att deras möjligheter att fatta självständiga beslut kringskärs väsentligt, eller
 - påverka parternas finansiella intressen på ett sådant sätt att deras möjligheter att fatta självständiga beslut kringskärs väsentligt. Såväl finansiella intressen inom ramen för avtalet som finansiella intressen i andra parter i avtalet är relevanta för bedömningen.
34. Den potentiella effekten av sådana avtal kan vara att konkurrens mellan parterna i avtalet går om intet. Konkurrenter kan också dra nytta av det minskade konkurrensstryck som avtalet leder till och kan därför finna det lönsamt att höja priserna. Om detta konkurrensstryck försvagas kan det leda till prishöjningar på den relevanta marknaden. Olika faktorer, t.ex. om parterna i avtalet har stora marknadsandelar, om de är nära konkurrenter, om kunderna har begränsade möjligheter att byta leverantör, om det är osannolikt att konkurrenterna ökar utbudet om priserna höjs och om en av parterna i avtalet är en viktig konkurrensfaktor, är alla relevanta för en konkurrensrättslig bedömning av avtalet.

⁽¹⁾ Se också punkt 18 i de allmänna riktlinjerna.

35. Ett horisontellt samarbetsavtal kan också

- leda till att strategisk information utlämnas, vilket ökar sannolikheten för samordning mellan parterna inom eller utanför samarbetsområdet,
- leda till en betydande grad av gemensamma kostnader (dvs. den andel av de rörliga kostnaderna som är gemensamma för parterna), så att parterna lättare kan samordna marknadspriser och produktion.

36. En betydande grad av gemensamma kostnader som uppnås genom ett horisontellt samarbetsavtal kan göra det möjligt för parterna att lättare samordna marknadspriser och produktion förutsatt att parterna har marknadsstyrka, marknadens egenskaper främjar sådan samordning, området för samarbetet står för en stor andel av parternas rörliga kostnader på en viss marknad och parterna slår samman sin verksamhet på området för samarbetet i stor omfattning. Detta kan vara fallet exempelvis när de tillsammans tillverkar eller köper in en viktig mellanprodukt eller tillsammans tillverkar eller distribuerar en stor andel av sin totala produktion av en färdigprodukt.

37. Ett horisontellt avtal kan därför försämra parternas möjligheter att fatta självständiga beslut och med större sannolikt leda till att de samordnar sitt beteende för att uppnå samverkan, men det kan också göra samordningen lättare, mer stabil eller mer effektiv för parter som samordnade sin verksamhet redan innan, antingen genom att göra samordningen mer stabil eller genom att ge dem möjlighet att höja priserna ytterligare.

38. Vissa horisontella samarbetsavtal, t.ex. produktions- och standardiseringsavtal, kan också orsaka betänkligheter på grund av konkurrenshämmande avskärmning.

Marknadsstyrka och andra marknadsegenskaper

39. Marknadsstyrka är att under en viss tidsperiod på ett lönsamt sätt kunna hålla priserna över den prisnivå som råder vid normala konkurrensförhållanden eller att under en viss tidsperiod på ett lönsamt sätt kunna hålla produktionen under de nivåer som råder vid normala konkurrensförhållanden i fråga om produktionsmängder, produktkvalitet, produktutbud och innovation.

40. På marknader med fasta kostnader måste företag sätta priserna över de rörliga produktionskostnaderna för att säkerställa en konkurrenskraftig avkastning på sin investering. Att företag sätter priserna över sina rörliga kostnader är därför inte i sig ett tecken på att konkurrensen på marknaden inte fungerar väl och att företag har en marknadsstyrka som ger dem möjlighet att sätta priserna på en högre nivå än under normala konkurrensförhållanden. När konkurrenstrycket är för svagt för att hålla priser, produktion, innovation samt produktkvalitet och produktutbud på en nivå som råder under normala konkurrensförhållanden har företagen marknadsstyrka i det sammanhang som är aktualiserat av artikel 101.1.

41. Om marknadsstyrka uppkommer, upprätthålls eller förstärks kan det bero på överlägset kunnande, framsynthet eller innovation. Det kan också vara följden av minskad konkurrens mellan parterna i avtalet eller mellan vilken som helst av parterna och tredje man, till exempel därför att avtalet leder till att konkurrenter utestängs på ett konkurrensbegränsande sätt genom att det ökar deras kostnader och begränsar deras möjligheter att konkurrera effektivt med parterna i avtalet.

42. Marknadsstyrka är en fråga om grad. Den grad av marknadsstyrka som krävs för att en överträdelse enligt artikel 101.1 ska konstateras i fråga om avtal som har till resultat att begränsa konkurrensen är mindre än den grad av marknadsstyrka som krävs för att konstatera en dominerande ställning enligt artikel 102, som kräver en betydande grad av marknadsstyrka.

43. Utgångspunkten för analysen av marknadsstyrkan är parternas ställning på de marknader som berörs av samarbetet. För att analysen ska kunna göras måste de relevanta marknaderna definieras med hjälp av den metod som anges i kommissionens tillkännagivande om definitionen av relevant marknad. Dessa riktlinjer kommer att ge ytterligare vägledning om särskilda typer av marknader, t.ex. inköpsmarknader eller teknikmarknader.

44. Om parterna tillsammans har en liten gemensam marknadsandel är det osannolikt att det horisontella samarbetsavtalet får konkurrensbegränsande effekter i den mening som avses i artikel 101.1, och normalt sett behöver frågan inte undersökas vidare. Vad som anses utgöra en "liten gemensam marknadsandel" beror på vilken typ av avtal det är fråga om och kan räknas ut med hjälp av de "safe harbour"-tröskelvärden som anges i olika kapitel i dessa riktlinjer och mer allmänt med hjälp av tillkännagivandet från kommissionen om avtal av mindre betydelse som inte märkbart begränsar konkurrensen enligt artikel 81.1 i fördraget (*de minimis*) ⁽¹⁾ (tillkännagivandet om avtal av mindre betydelse). Om den ena av bara två parter endast har en obetydlig marknadsandel och saknar större resurser, kan inte ens en stor sammanlagd marknadsandel i regel ses som ett tecken på en sannolik begränsande effekt på konkurrensen på marknaden ⁽²⁾. Med tanke på mångfalden av horisontella samarbetsavtal och de olika effekter de kan ha i olika marknadssituationer, är det inte möjligt att fastställa ett generellt tröskelvärde för marknadsandelar över vilket marknadsstyrkan kan antas vara tillräckligt stort för att samarbetet ska ha konkurrensbegränsande effekter.
45. Beroende på parternas marknadsställning och marknadskoncentrationen måste också andra faktorer beaktas, däribland marknadsandelarnas stabilitet över tid, inträdeshinder och sannolikheten för att nya aktörer kommer in på marknaden samt köparnas eller leverantörernas motverkande marknadsstyrka.
46. I regel använder kommissionen aktuella marknadsandelar i sin konkurrensanalys ⁽³⁾. En rimligt säker framtida utveckling kan emellertid också beaktas, t.ex. mot bakgrund av utträde, inträde eller expansion på den relevanta marknaden. Data för tidigare år kan användas om marknadsandelarna har varit volatila, t.ex. om marknaden kännetecknas av stora, klumpvisa beställningar. Förändringar i tidigare marknadsandelar kan ge nyttig information om konkurrensprocessen och den betydelse som de olika konkurrenterna sannolikt kommer att få i framtiden, t.ex. genom att indikera om företagen har vunnit eller förlorat marknadsandelar. I alla händelser tolkar kommissionen marknadsandelar i ljuset av sannolika marknadsförhållanden, t.ex. om marknaden är starkt dynamisk till sin karaktär och om marknaden har en instabil struktur på grund av innovation eller tillväxt.
47. När det är tillräckligt lätt att komma in på en marknad förväntas ett horisontellt samarbetsavtal i regel inte ha några konkurrensbegränsande effekter. För att ett marknadsinträde ska anses utsätta parterna i ett horisontellt samarbetsavtal för ett tillräckligt konkurrenstryck måste de visas att inträdet är troligt, snabbt och tillräckligt för att hindra eller omintetgöra eventuella konkurrensbegränsande effekter av avtalet. Analysen av ett marknadsinträde kan påverkas av befintliga horisontella samarbetsavtal. Om det är troligt eller möjligt att ett horisontellt samarbetsavtal sägs upp kan det påverka sannolikheten för ett marknadsinträde.

1.2.2. Artikel 101.3

48. Bedömningen enligt artikel 101.1 av avtal som har till syfte eller resultat att begränsa konkurrensen är bara en sida av analysen. Den andra sidan, som återspeglas i artikel 101.3, är bedömningen av de konkurrensfrämjande effekterna av begränsande avtal. Det generella tillvägagångssättet vid tillämpning av artikel 101.3 redovisas i de allmänna riktlinjerna. Om en begränsning av konkurrensen i den mening som avses i artikel 101.1 har påvisats i ett enskilt fall, kan artikel 101.3 åberopas som försvar. Enligt artikel 2 i rådets förordning (EG) nr 1/2003 om tillämpningen av konkurrensreglerna i artiklarna 81 och 82 i fördraget ⁽⁴⁾ åvilar bevisbördan enligt artikel 101.3 det eller de företag som åberopar den bestämmelsen. Därför måste sakargumenten och de bevis som företagen lägger fram kunna övertyga kommissionen om att avtalet i fråga med tillräcklig sannolikhet får konkurrensfrämjande effekter eller att det inte gör det ⁽⁵⁾.

⁽¹⁾ EGT C 368, 22.12.2001, s. 13.

⁽²⁾ Om parterna är fler än två måste den gemensamma andelen för alla samarbetande konkurrenter vara betydligt större än den största enskilda deltagande konkurrentens andel.

⁽³⁾ När det gäller beräkningen av marknadsandelar, se även tillkännagivandet om definition av marknaden, punkterna 54 och 55.

⁽⁴⁾ EGT L 1, 4.1.2003, s. 1.

⁽⁵⁾ Se t.ex. de förenade målen C-501/06 P m.fl., GlaxoSmithKline, punkterna 93–95.

49. För att undantaget i artikel 101.3 ska vara tillämpligt måste fyra villkor, två positiva och två negativa, uppfyllas samtidigt:

- avtalet måste bidra till att förbättra produktionen eller distributionen av produkter eller till att främja tekniska eller ekonomiska framsteg, dvs. medföra effektivitetsvinster,
- begränsningarna måste vara nödvändiga för att uppnå dessa mål, dvs. effektivitetsvinster,
- konsumenterna måste få en skälig andel av den vinst som därigenom uppnås, dvs. de effektivitetsvinster, inklusive kvalitativa effektivitetsvinster, som uppnås genom de nödvändiga begränsningarna måste komma konsumenterna till godo i tillräcklig omfattning så att de åtminstone kompenseras för avtalets begränsande effekter; effektivitetsvinster som endast kommer parterna i avtalet till godo är således inte tillräckliga; i dessa riktlinjer omfattar begreppet "konsumenter" de potentiella och/eller faktiska kunderna till parterna i avtalet ⁽¹⁾, och
- avtalet får inte ge parterna möjlighet att sätta konkurrensen ur spel för en väsentlig del av varorna/produkterna i fråga.

50. Inom området för horisontella samarbetsavtal finns det gruppundantagsförordningar enligt artikel 101.3 för forsknings- och utvecklingsavtal ⁽²⁾ och för specialiseringsavtal (inklusive gemensam produktion) ⁽³⁾. Dessa gruppundantagsförordningar grundas på premissen att betydande effektivitetsvinster kan uppnås genom att kompletterande kunnande eller tillgångar förenas när det gäller specialiseringsavtal och forsknings- och utvecklingsavtal. Detta kan också vara fallet för andra typer av horisontella samarbetsavtal. När effektivitetsvinster av ett enskilt avtal undersöks mot bakgrund av artikel 101.3 handlar det därför i stor utsträckning om att kartlägga i vilken mån var och en av parterna tillför avtalet kompletterande kunnande och tillgångar och att utvärdera om de effektivitetsvinster det resulterar i är sådana att villkoren i artikel 101.3 uppfylls.

51. Horisontella samarbetsavtal kan medföra kompletteringar på olika sätt. Ett forsknings- och utvecklingsavtal kan sammanföra olika forskningskapaciteter som ger parterna möjlighet att tillverka bättre produkter billigare och korta ner tiden för dessa produkter att nå ut på marknaden. Ett produktionsavtal kan ge parterna möjlighet att uppnå stordrifts- eller diversifieringsfördelar som de inte skulle kunna uppnå på egen hand.

52. Horisontella samarbetsavtal som inte omfattar sammanslagning av kompletterande kunnande eller tillgångar medför med mindre sannolikhet effektivitetsvinster som gynnar konsumenterna. Sådana avtal kan minska dubbleringen av vissa kostnader, t.ex. därför att en del fasta kostnader kan elimineras. I regel är det emellertid mindre sannolikt att inbesparingar av fasta kostnader medför fördelar för konsumenterna än t.ex. inbesparingar av rörliga kostnader eller marginalkostnader.

53. Ytterligare vägledning om kommissionens tillämpning av villkoren i artikel 101.3 ges i de allmänna riktlinjerna.

1.3 Dispositionen i dessa riktlinjer

54. I kapitel 2 anges först vissa allmänna principer för bedömning av informationsutbyte som är lika tillämpliga på alla typer av horisontella samarbetsavtal som omfattar informationsutbyte. I vart och ett av de följande kapitlen i dessa riktlinjer behandlas en viss typ av horisontellt samarbetsavtal. I varje kapitel tillämpas det analysunderlag som beskrivs i avsnitt 1.2 samt de allmänna principerna om informationsutbyte på den specifika typ av samarbete det är fråga om.

⁽¹⁾ Konsumentbegreppet utreds närmare i punkt 84 i de allmänna riktlinjerna.

⁽²⁾ Gruppundantagsförordningen om forskning och utveckling.

⁽³⁾ Gruppundantagsförordningen om specialisering.

2. ALLMÄNNA PRINCIPER FÖR EN KONKURRENSRÄTTSLIG BEDÖMNING AV INFORMATIONSUTBYTE

2.1. Definition och tillämpningsområde

55. Syftet med detta kapitel är att ge vägledning inför en konkurrensrättslig bedömning av informationsutbyte. Informationsutbyte kan anta olika former. För det första kan konkurrenter utbyta information direkt. För det andra kan information utbytas indirekt via ett gemensamt organ (t.ex. en branschorganisation) eller via tredje man (t.ex. en marknadsundersökningsorganisation) eller via företagens leverantörer eller återförsäljare.
56. Informationsutbyte äger rum i olika sammanhang. Det finns avtal, beslut av företagssammanslutningar eller samordnade förfaranden enligt vilka information utväxlas vars huvudsakliga ekonomiska funktion är själva informationsutbytet. Vidare kan informationsutbytet utgöra en del av en annan typ av horisontellt samarbetsavtal (t.ex. om parterna i ett produktionsavtal utbyter viss information om kostnader). Bedömningen av den senare typen av informationsutbyte bör göras inom ramen för bedömningen av själva det horisontella samarbetsavtalet.
57. Informationsutbyte är ett vanligt inslag på många konkurrensutsatta marknader och kan ge upphov till olika typer av effektivitetsvinster. Det kan lösa problem med informationsasymmetrier⁽¹⁾ och gör därför marknaderna effektivare. Dessutom förbättrar företagen ofta sin interna effektivitet genom att jämföra sig med varandras bästa metoder. Utbyte av information kan också hjälpa företag att spara kostnader genom att de kan minska lagerhållningen, snabbare leverera färskvaror till konsumenterna eller hantera instabil efterfrågan osv. Dessutom kan informationsutbyte direkt gagna konsumenterna genom att minska deras sökkostnader och förbättra valmöjligheterna.
58. Utbytet av marknadsinformation kan emellertid också leda till en begränsning av konkurrensen särskilt i situationer där det gör det lättare för företagen att få reda på konkurrenternas marknadsstrategier⁽²⁾. Hur informationsutbytet påverkar konkurrensen beror på egenskaperna hos den marknad där informationsutbytet sker (koncentration, öppenhet, stabilitet, symmetri, komplexitet osv.) och på vilken typ av information som byts ut, vilket kan ändra förhållandena på den relevanta marknaden så att de främjar samordning.
59. Dessutom kan spridning av information mellan konkurrenter utgöra ett avtal, ett samordnat förfarande eller ett beslut av en företagssammanslutning i syfte att komma överens, särskilt om priser eller kvantiteter. Dessa typer av informationsutbyte anses normalt utgöra karteller och bötfälls som sådana. Informationsutbyte kan också underlätta genomförandet av en kartell genom att det ger företagen möjlighet att kontrollera om deltagarna uppfyller de överenskomna villkoren. Dessa typer av informationsutbyte kommer att bedömas som en del av kartellen.

Samordnat förfarande

60. Informationsutbyte kan granskas enligt artikel 101 endast om det lägger grunden till eller utgör en del av ett avtal, ett samordnat förfarande eller ett beslut av en företagssammanslutning. Att ett avtal, samordnat förfarande eller beslut av en företagssammanslutning konstateras föreligga föregriper inte bedömningen av huruvida detta ger upphov till en konkurrensbegränsning i den mening som avses i artikel 101.1. I linje med den rättspraxis som Europeiska unionens domstol utvecklat avses med begreppet samordnat förfarande en form av samordning mellan företag genom vilket företagen, utan att ha slutit något avtal i egentlig mening, medvetet har låtit det praktiska samarbetet ersätta de risker som konkurrensen medför⁽³⁾. De kriterier för samordning och samarbete som är nödvändiga för att avgöra om ett samordnat förfarande föreligger innebär inte alls ett krav på att en verklig plan har utarbetats, utan ska förstås mot bakgrund av den egentliga grundtanken bakom

⁽¹⁾ Den ekonomiska teorin om informationsasymmetrier ägnar sig åt studiet av beslutsfattande i transaktioner där den ena parten har mer information än den andra parten.

⁽²⁾ Se mål C-7/95 P, John Deere, punkt 88.

⁽³⁾ Se mål C-8/08, T-Mobile Netherlands, punkt 26, och domstolens dom av den 31 mars 1993 i de förenade målen C-89/85 m.fl., A. Ahlström Osaakeyhtiö m.fl., REG 1993, s. 1307, punkt 63, svensk specialutgåva, s. I-111.

konkurrensreglerna i fördraget. Denna grundtanke är att samtliga företag självständigt ska bestämma den politik de har för avsikt att följa på den inre marknaden och vilka villkor de avser att erbjuda sina kunder ⁽¹⁾.

61. Detta fråntar inte företagen rätten att strategiskt anpassa sig till konkurrenternas faktiska eller förväntade beteende. Det utesluter dock alla direkta eller indirekta kontakter mellan konkurrenter som har till syfte eller resultat att skapa sådana konkurrensförhållanden som inte motsvarar normala konkurrensförhållanden på marknaden i fråga, med hänsyn tagen till de erbjudna produkternas eller tjänsternas art, företagets antal och storlek samt volymen på denna marknad ⁽²⁾. Detta utesluter alla direkta eller indirekta kontakter mellan konkurrenter som har till syfte eller resultat att påverka marknadsbeteendet hos en faktisk eller potentiell konkurrent, eller att för en sådan konkurrent avslöja hur de själva beslutat eller planerat att agera på marknaden, och därmed underlätta samverkan på marknaden ⁽³⁾. Informationsutbyte kan således utgöra ett samordnat förfarande om det minskar den strategiska osäkerheten ⁽⁴⁾ på marknaden och därmed underlättar samverkan, dvs. om den information som utväxlat är strategisk. Därför är det fråga om ett samordnat beteende när konkurrenter utväxlar strategisk information, eftersom det försämrar konkurrenternas möjligheter att agera självständigt på marknaden och försvagar deras incitament att konkurrera.
62. En situation där endast ett företag utlämnar strategisk information till de konkurrenter som accepterar det kan också utgöra ett samordnat förfarande ⁽⁵⁾. Ett sådant utlämnande kan ske genom kontakter i olika former (post, e-post, telefonsamtal, möten osv.). Då är det irrelevant om endast ett företag ensidigt underrättar sina konkurrenter om hur det planerar att agera på marknaden, eller om samtliga deltagande företag underrättar varandra om sina respektive överväganden och avsikter. Om ett enda företag avslöjar strategisk information om sin framtida affärspolicy för sina konkurrenter, minskar den strategiska osäkerheten om den relevanta marknadens framtida funktion för alla berörda konkurrenter och ökar risken för att konkurrensen försvagas och samverkan uppstår ⁽⁶⁾. Blotta deltagandet i ett möte ⁽⁷⁾ där ett företag avslöjar sina prissättningsplaner för sina konkurrenter är t.ex. förmodligen tillräckligt för att artikel 101 ska vara tillämplig. Det behövs således ingen explicit överenskommelse om att höja priserna ⁽⁸⁾. Om ett företag får strategisk information från en konkurrent (under ett möte, per post eller på elektronisk väg), antas företaget ha accepterat informationen och anpassat sitt marknadsbeteende i enlighet därmed om det inte klart uttalar att det inte vill ha sådan information ⁽⁹⁾.
63. Om ett företag ensidigt utfärdar ett tillkännagivande som verkligen är offentligt, t.ex. i en dagstidning, är detta i regel inte fråga om ett samordnat förfarande i den mening som avses i artikel 101 ⁽¹⁰⁾. Beroende på de bakomliggande sakförhållandena i det föreliggande ärendet kan det dock inte uteslutas att ett samordnat förfarande konstateras, t.ex. i en situation där ett sådant tillkännagivande följs av offentliga tillkännagivanden från andra konkurrenter, inte minst därför att konkurrenters strategiska svar på varandras offentliga tillkännagivanden (där de för att nämna ett exempel anpassar sina tidigare tillkännagivanden till konkurrenternas tillkännagivanden) kan visa sig vara en strategi för att nå samförstånd om villkoren för samordning.

⁽¹⁾ Se mål C-7/95 P, John Deere, punkt 86.

⁽²⁾ Mål C-7/95 P, John Deere, punkt 87.

⁽³⁾ Se målen 40/73 m.fl., *Suiker Unie*, REG 1975, s. 1663, punkt 173 och följande.

⁽⁴⁾ Strategisk osäkerhet på marknaden uppstår eftersom det finns flera möjligheter till att samverkan uppstår och eftersom företagen inte har full överblick över konkurrenters och nya marknadsaktörers tidigare och aktuella åtgärder.

⁽⁵⁾ Se t.ex. förstainstansrättens dom av den 15 mars 2000 i de förenade målen T-25/95 osv., *Cimenteries CBR m.fl.*, REG 2000, s. II-491, punkt 1849: "[...] Begreppet samordnat förfarande förutsätter kontakter som kännetecknas av ömsesidighet. Detta villkor om ömsesidighet är uppfyllt när en konkurrent på begäran av en annan konkurrent, eller i vart fall med dennes samtycke, avslöjar sina avsikter eller sitt framtida beteende på marknaden."

⁽⁶⁾ Se generaladvokat Kokotts förslag till avgörande i mål C-8/08, *T-Mobile Netherlands*, REG 2009, s. I-4529, punkt 54.

⁽⁷⁾ Se mål C- 8/08, *T-Mobile Netherlands*, punkt 59: "[...] Beroende på hur marknaden ser ut är det emellertid inte uteslutet att en enda kontakt, såsom är fallet i målet vid den nationella domstolen, i princip kan räcka för att de berörda företagen ska kunna samordna sitt beteende på marknaden och leda till att konkurrensen och riskerna därmed ersätts med ett praktiskt samarbete."

⁽⁸⁾ Se förstainstansrättens dom av den 12 juli 2001 i de förenade målen T-202/98 m.fl., *Tate & Lyle mot kommissionen*, REG 2001, s. II-2035, punkt 54.

⁽⁹⁾ Se mål C-199/92 P, *Hüls*, REG 1999, s. I-4287, punkt 162, och mål C-49/92 P, *Anic Partecipazioni*, REG 1999, s. I-4125, punkt 121.

⁽¹⁰⁾ Detta gäller inte situationer där sådana tillkännagivanden omfattar uppmaningar till samverkan.

2.2. Bedömning enligt artikel 101.1

2.2.1. De centrala konkurrensproblemen ⁽¹⁾

64. När det väl har fastställts att ett avtal, ett samordnat förfarande eller ett beslut av en företagssammanslutning föreligger är det nödvändigt att ta ställning till de centrala konkurrensproblemen rörande informationsutbyte.

Samverkan

65. Genom att på ett konstgjort sätt öka insynen på marknaden kan utbytet av strategisk information underlätta samordning (dvs. anpassning) av företagens konkurrensbeteende och ge konkurrensbegränsande effekter. Detta kan ske på olika sätt:
66. Ett sätt är att företagen genom informationsutbyte kan nå samförstånd om villkoren för samordning, vilket kan leda till samverkan på marknaden. Informationsutbyte kan skapa ömsesidigt överensstämmande förväntningar i fråga om osäkerhetsfaktorer på marknaden. Utifrån detta kan företagen nå samförstånd om villkoren för samordning av sitt konkurrensbeteende, även utan att uttryckligen avtala om samordning. Informationsutbyte om hur de avser att agera i framtiden ger mest sannolikt företag möjlighet att nå ett sådant samförstånd.
67. Informationsutbyte kan ge konkurrensbegränsande effekter också genom att förstärka den interna stabiliteten hos en samverkan på marknaden. Detta kan ske framför allt genom att de berörda företagen ges möjlighet att övervaka avvikelser. Informationsutbyte kan nämligen göra marknaden tillräckligt öppen för att samverkande företag ska ha tillräckliga möjligheter att övervaka om andra företag avviker från samverkan och därmed veta när de ska vidta repressalier. Såväl utbyte av aktuella som tidigare uppgifter kan utgöra en sådan övervakningsmekanism. Detta kan antingen ge företagen möjlighet att uppnå samverkan på marknader där de annars inte skulle ha kunnat det eller det kan göra en samverkan som redan finns på marknaden mer stabil (se exempel 3, punkt 107).
68. Ett tredje sätt på vilket informationsutbyte kan ge konkurrensbegränsande effekter är att samverkan på marknaden som ett resultat av informationsutbyte förstärks genom extern stabilitet. Informationsutbyte som gör marknaden tillräckligt öppen kan ge samverkande företag möjlighet att övervaka om och när andra företag försöker gå in på marknaden, vilket gör det möjligt för de samverkande företagen att utse den nya aktören till måltavla. Detta kan också anknyta till de betänkligheter avseende konkurrenshämmande avskärmning som redovisas i punkterna 69-71. Såväl utbyte av aktuella som tidigare uppgifter kan utgöra en sådan övervakningsmekanism.

Konkurrenshämmande avskärmning

69. Förutom att ett informationsutbyte kan underlätta samverkan kan det också leda till konkurrensbegränsande avskärmning ⁽²⁾.
70. Ett exklusivt informationsutbyte kan leda till konkurrenshämmande avskärmning på samma marknad där utbytet äger rum. Detta kan inträffa om utbytet av kommersiellt känslig information försätter konkurrenter som står utanför systemet i ett betydande underläge ur konkurrenssynpunkt jämfört med de företag som är knutna till varandra inom systemet för informationsutbyte. Denna typ av avskärmning är endast möjlig om den berörda informationen har mycket stor strategisk betydelse för konkurrensen och täcker en betydande del av den relevanta marknaden.
71. Det kan inte uteslutas att informationsutbytet också kan leda till att tredje man avskärmas på ett konkurrenshämmande sätt på en angränsande marknad. Genom att förvärva tillräcklig marknadsstyrka genom ett informationsutbyte kan exempelvis parter som utbyter information i ett föregående marknadsled, t.ex. vertikalt integrerade företag, höja priset på en nyckelkomponent i ett efterföljande marknadsled. Därigenom kan de öka kostnaderna för sina konkurrenter i efterföljande marknadsled, vilket kan leda till konkurrenshämmande avskärmning i efterföljande marknadsled.

⁽¹⁾ Användningen av begreppet "centrala konkurrensproblem" innebär att den beskrivning av olika konkurrensproblem som följer är varken exkluderande eller uttömmande.

⁽²⁾ När det gäller farhågor för avskärmning som vertikala avtal kan ge upphov till, se punkt 100 och följande i riktlinjerna om vertikala begränsningar.

2.2.2. Avtal som har till syfte att begränsa konkurrensen

72. Allt utbyte av information i avsikt att begränsa konkurrensen på marknaden kommer att anses ha till syfte att begränsa konkurrensen. När kommissionen undersöker om ett informationsutbyte har till syfte att begränsa konkurrensen fäster den särskild uppmärksamhet vid det rättsliga och ekonomiska sammanhang där informationsutbytet äger rum⁽¹⁾. I detta syfte kommer kommissionen att ta hänsyn till om informationsutbytet är av den arten att det kan leda till att konkurrensen begränsas⁽²⁾.
73. Om företag individualiserat utbyter information om hur de avser att agera i framtiden i fråga om priser eller kvantiteter⁽³⁾ är det särskilt sannolikt att samverkan uppstår. Genom att underrätta varandra om sådana avsikter kan konkurrenter gemensamt nå upp till en högre prisnivå utan att riskera att förlora marknadsandelar eller utlösa ett priskrig under perioden av anpassning till nya priser (se exempel 1, punkt 105). Dessutom är det mindre sannolikt att informationsutbyte om framtida avsikter sker av konkurrensfrämjande skäl än utbyten i fråga om faktiska data.
74. Utbyte mellan konkurrenter av individualiserade uppgifter om planerade framtida priser eller kvantiteter bör därför betraktas som ett avtal som har till syfte att begränsa konkurrensen⁽⁴⁾ ⁽⁵⁾. Dessutom betraktas privat utbyte av individualiserad information mellan konkurrenter om deras avsikter rörande framtida priser eller kvantiteter i regel som karteller och bötfälls som sådana eftersom de i allmänhet har till syfte att komma överens om priser eller kvantiteter. Informationsutbyten som utgör karteller innebär inte endast en överträdelse av artikel 101.1, utan dessutom är det mycket osannolikt att de uppfyller villkoren i artikel 101.3.

2.2.3. Konkurrensbegränsande effekter

75. De sannolika konkurrens effekterna av ett informationsutbyte måste analyseras från fall till fall eftersom resultaten av bedömningen är beroende av hur olika ärendespecifika faktorer kombineras. I bedömningen av konkurrensbegränsande effekter måste informationsutbytets sannolika effekter jämföras med den konkurrenssituation som skulle råda om just det avtalet om informationsutbyte inte fanns⁽⁶⁾. För att ett informationsutbyte ska ha konkurrensbegränsande effekter i den mening som avses i artikel 101.1 måste det sannolikt ha en märkbart negativ effekt på en (eller flera) av konkurrensparametrarna, t.ex. pris, produktion, produktkvalitet, produktutbud eller innovation. Huruvida ett informationsutbyte kommer att ha konkurrensbegränsande effekter beror på de ekonomiska förhållandena på de relevanta marknaderna och den utbytta informationens egenskaper.
76. Vissa marknadsvillkor kan göra det lättare att uppnå samordning eller att upprätthålla den internt eller externt⁽⁷⁾. Informationsutbyte på sådana marknader kan ha mer konkurrensbegränsande effekter än på marknader där andra villkor råder. Även om marknadsvillkoren är sådana att det kan vara svårt att

⁽¹⁾ Se t.ex. de förenade målen C-501/06 P m.fl., GlaxoSmithKline, punkt 58, mål C-209/07, BIDS, punkt 15 och följande.

⁽²⁾ Se också punkt 22 i de allmänna riktlinjerna.

⁽³⁾ Information om avsedda framtida kvantiteter kan exempelvis omfatta framtida försäljning, marknadsandelar, territorier och försäljning till särskilda konsumentkategorier.

⁽⁴⁾ Begreppet "planerade framtida priser" åskådliggörs i exempel 1. I specifika fall där företag förbundit sig att i framtiden sälja till priser som de tidigare tillkännagivit allmänheten (dvs. de kan inte ändra priserna), skulle sådana offentliga tillkännagivanden av framtida individualiserade priser eller kvantiteter inte betraktas som avsikter, och därmed i regel inte konstateras ha till syfte att begränsa konkurrensen. Detta kan inträffa exempelvis på grund av den återkommande växelverkan och den särskilda typ av förhållande företagen kan ha till sina kunder, t.ex. därför att det är viktigt att kunderna vet om framtida priser på förhand eller därför att de redan kan göra beställningar på förhand till dessa priser. Orsaken är att ett informationsutbyte i sådana situationer vore ett kostsamare sätt att uppnå samverkan på marknaden än utbyta information om framtida avsikter och med större sannolikhet ske av konkurrensfrämjande skäl. Detta innebär dock inte att prisåtaganden gentemot konsumenterna generellt behöver vara konkurrensfrämjande. Tvärtom kan det begränsa möjligheterna att avvika från samverkan och därmed göra samverkan mer stabil.

⁽⁵⁾ Detta påverkar inte det faktum att offentliga tillkännagivanden av planerade individualiserade priser kan ge upphov till effektivitetsvinster och att parterna i ett sådant utbyte skulle ha möjlighet att förlita sig på artikel 101.3.

⁽⁶⁾ Se mål C-7/95 P, John Deere mot kommissionen, punkt 76.

⁽⁷⁾ Ett informationsutbyte kan begränsa konkurrensen på samma sätt som en koncentration om det leder till effektivare, stabilare eller mer sannolik samordning på marknaden, se mål C-413/06 P, Sony, REG 2008, s. I-4951, punkt 123, där EG-domstolen bekräftade de kriterier som förstainstansrätten fastställt i mål T-342/99, Airtours, REG 2002, s. II-2585, punkt 62.

upprätthålla samordningen före informationsutbytet, kan informationsutbytet förändra marknadsvillkoren på ett sådant sätt att det möjliggör samordning t.ex. genom att öka öppenheten på marknaden, minska marknadens komplexitet, skapa en buffert mot instabilitet eller kompensera för asymmetri. Därför är det viktigt att bedöma de konkurrensbegränsande effekterna av informationsutbytet mot bakgrund av de ursprungliga marknadsvillkoren och hur informationsutbytet förändrar dessa villkor. Detta omfattar en bedömning av systemets beskaffenhet, dess syfte, villkoren för tillgång till systemet och villkoren för deltagande i systemet. Det blir också nödvändigt att undersöka hur ofta informationsutbytet sker, vilken typ av information det rör sig om (t.ex. om den är offentlig eller hemlig, sammanställd eller detaljerad och gammal eller aktuell) och dess betydelse för fastställande av priser, volymer eller villkor för tjänsten ⁽¹⁾. Följande faktorer är relevanta för bedömningen.

i) Marknadsegenskaper

77. Det är mer sannolikt att företag uppnår samverkan på marknader som är tillräckligt öppna, koncentrerade, okomplicerade, stabila och symmetriska. På dessa typer av marknader kan företag nå samförstånd om villkoren för samordning och med framgång övervaka och straffa avvikelser. Informationsutbyte kan också ge företag möjlighet att uppnå samverkan i andra marknadssituationer där de inte skulle göra det om informationsutbytet inte fanns. Ett informationsutbyte kan därmed underlätta samverkan genom att öka öppenheten på marknaden, minska marknadens komplexitet, skapa en buffert mot instabilitet eller kompensera för asymmetri. Hur informationsutbytet påverkar konkurrensen beror i detta sammanhang inte endast på de ursprungliga egenskaperna hos den marknad där informationsutbytet äger rum (såsom koncentration, öppenhet, stabilitet, komplexitet osv.) men också på hur den typ av informationsutbyte som tillämpas kan förändra marknadens egenskaper ⁽²⁾.

78. Samverkan är ett mer sannolikt resultat på öppna marknader. Öppenhet kan underlätta samverkan genom att möjliggöra för företagen att nå samförstånd om villkoren för samordning, och/eller genom att göra samverkan mer stabil både internt och externt. Informationsutbyte kan öka öppenheten och därmed minska osäkerheten kring de strategiska konkurrensvariablerna (priser, produktion, efterfrågan, kostnader osv.). Ju mindre öppen marknaden är före informationsutbytet, desto värdefullare kan ett informationsutbyte vara för att uppnå samverkan. Ett informationsutbyte som föga bidrar till öppenheten på en marknad har mindre sannolikt konkurrensbegränsande effekter än ett informationsutbyte som ökar öppenheten väsentligt. Därför är det kombinationen av graden av öppenhet före informationsutbytet och hur denna förändras av informationsutbytet som avgör hur sannolikt det är att informationsutbytet får betydande negativa effekter. Graden av öppenhet före informationsutbytet beror bl.a. på antalet marknadsaktörer och transaktionernas art, som kan vara allt från offentliga transaktioner till hemliga bilaterala förhandlingar mellan köpare och säljare. Den viktiga faktorn vid en bedömning av hur graden av öppenhet på marknaden har förändrats är att fastställa i vilken utsträckning företagen kan använda den information som finns tillgänglig för att kunna avgöra vilka åtgärder konkurrenterna vidtar.

79. Sammansvetsade oligopol kan främja uppkomsten av samverkan på marknaden eftersom det är lättare för färre företag att nå samförstånd om villkoren för samordning och att kontrollera att inga avvikelser görs. Det är också mer sannolikt att samverkan blir hållbar om det är färre företag som samordnar sin verksamhet. Om det är fler företag som samordnar sin verksamhet är fördelarna med att avvika större, eftersom en större marknadsandel kan erövrats genom prisunderskridande. Samtidigt är nyttan av samverkan mindre, eftersom andelen av den vinst som samverkan ger upphov till är mindre då fler företag deltar. Informationsutbyte inom sammansvetsade oligopol har med större sannolikhet begränsande effekter på konkurrensen än inom mindre sammansvetsade oligopol, och har sannolikt inte några konkurrensbegränsande effekter på starkt fragmenterade marknader. Genom att öka öppenheten eller ändra förhållandena på marknaden på något annat sätt så att de blir mer disponerade för samordning, kan informationsutbyte göra det lättare för fler företag att bedriva samordning och övervakning än vad som vore möjligt utan informationsutbyte.

⁽¹⁾ Mål C-238/05, Asnef-Equifax, punkt 54.

⁽²⁾ Det bör noteras att diskussionen i punkterna 78-85 inte är en fullständig förteckning över relevanta marknadsegenskaper. Det kan finnas andra marknadsegenskaper som är viktiga i samband med vissa typer av informationsutbyte.

80. Företag kan ha svårigheter att uppnå samverkan i en komplicerad marknadsmiljö. Sådana marknadsförhållanden kan dock i viss utsträckning förenklas av att informationsutbyte används. I en komplicerad marknadsmiljö behövs det normalt mer informationsutbyte för att nå samförstånd om villkoren för samordning och för att övervaka avvikelser. Det är t.ex. lättare att uppnå samverkan om ett pris för en enda, homogen produkt än om ett stort antal priser på en marknad med många differentierade produkter. Trots det är det möjligt att företag för att kringgå svårigheterna med att uppnå samverkan om ett stort antal priser kan utbyta information för att fastställa enkla regler för prissättning (t.ex. prispoäng).
81. Samverkan är mer sannolik om förhållandena rörande utbud och efterfrågan är relativt stabila ⁽¹⁾. I en instabil miljö kan det vara svårt för ett företag att veta om dess förlorade försäljning beror på en allmänt svag efterfrågan eller på att en konkurrent erbjuder särskilt låga priser, och därför är det svårt att upprätthålla samverkan. I detta sammanhang kan en instabil efterfrågan, betydande intern tillväxt hos vissa företag på marknaden eller ofta förekommande inträde av nya företag på marknaden tyda på att den rådande situationen inte är tillräckligt stabil för att samordning ska vara sannolik ⁽²⁾. Informationsutbyte kan i vissa fall tjäna syftet att öka stabiliteten på marknaden och därmed möjliggöra samverkan på marknaden. Dessutom kan samordning vara svårare på marknader där innovation är viktigt, eftersom särskilt viktiga innovationer kan göra det möjligt för ett företag att få ett betydande övertag över sina konkurrenter. För att samverkan ska vara hållbar bör reaktionerna hos utomstående, till exempel nuvarande och framtida konkurrenter som inte deltar i samordningen samt kunder, inte få äventyra de förväntade resultaten av samverkan. I detta sammanhang är det mer sannolikt att hållbar samverkan kan uppnås på marknaden om det finns hinder för marknadsinträde.
82. Samverkan är mer sannolik i symmetriska marknadsstrukturer. När företag är homogena i fråga om kostnader, efterfrågan, marknadsandelar, produkturval, kapacitet osv., är det mer sannolikt att de når samförstånd om villkoren för samordning eftersom de har mer liknande motiv. I vissa situationer kan informationsutbyte emellertid också möjliggöra samverkan i mer heterogena marknadsstrukturer. Informationsutbyte kan göra företagen medvetna om skillnaderna mellan dem och hjälpa dem att finna på sätt att utjämna dessa skillnader med tanke på samordningen.
83. Hur stabil samverkan är beror också på hur företagen diskonterar framtida vinster. Ju högre företag värderar vinster de kan göra i dag genom att bjuda under konkurrenterna på bekostnad av alla framtida vinster genom samverkan, desto mindre sannolikt är det att de ska kunna uppnå samverkan.
84. Av samma skäl är samverkan mer sannolik mellan företag som fortsätter att bedriva verksamhet på samma marknad under en lång tid, eftersom de är mer beslutna att samordna sin verksamhet på den marknaden. Om ett företag vet att det kommer att samspela med andra företag under en lång tid har det ett starkare incitament att uppnå samverkan, eftersom de framtida vinster som garanteras av samverkan kommer att vara värda mer än den kortsiktiga vinst företaget kan göra genom att avvika, dvs. innan de övriga företagen upptäcker avvikelserna och vidtar repressalier.
85. Allmänt kan sägas att hotet om tillräckligt trovärdiga och snabba repressalier måste vara sannolikt för att samverkan ska vara hållbar. Samverkan är inte hållbar på marknader där konsekvenserna av en avvikelse inte är tillräckligt kännbara för att övertyga samordnande företag om att det ligger i deras eget intresse att respektera villkoren för samverkan. Exempelvis på marknader som kännetecknas av ojämna, klumpvisa orderingångar kan det vara svårt att fastställa en tillräckligt sträng avskräckningsmekanism, eftersom nyttan av att avvika vid rätt tidpunkt kan vara stor, säker och direkt, medan förlusterna till följd av ett straff kan vara små och osäkra och bli verklighet först efter en tid. Avskräckningsmekanismens trovärdighet är också beroende av om de övriga samordnande företagen har ett incitament att vidta repressalier, vilket avgörs av deras förluster på kort sikt av att utlösa ett

⁽¹⁾ Se förstainstansrättens dom av den 27 oktober 1994 i mål T-35/92, John Deere mot kommissionen, REG 1994, s. II-957, punkt 78, svensk specialutgåva, s. II-129.

⁽²⁾ Se kommissionens beslut i ärende IV/31.370, UK Agricultural Tractor Registration Exchange, EGT L 68, 13.3.1992, s. 19, punkt 51, och mål T-35/92, John Deere mot kommissionen punkt 78. Observera att det inte är nödvändigt att fastställa absolut stabilitet eller utesluta hård konkurrens.

priskrig jämfört med deras vinst på lång sikt om de orsakar en återgång till samverkan. Företag kan exempelvis få bättre möjligheter att vidta repressalier om de också är knutna till varandra via vertikala affärsrelationer som de kan använda som hot om straff för avvikelser.

ii) Informationsutbytets särdrag

Strategisk information

86. Om konkurrenter utbyter strategisk information, dvs. information som minskar den strategiska osäkerheten på marknaden, omfattas det med större sannolikhet av artikel 101 än annat informationsutbyte. Utbytet av strategiska uppgifter kan ge konkurrensbegränsande effekter eftersom det minskar parternas möjlighet att fatta självständiga beslut genom att försvaga deras incitament att konkurrera. Strategisk information kan relateras till priser (t.ex. aktuella priser, avdrag, höjningar, sänkningar eller rabatter), kundförteckningar, produktionskostnader, kvantiteter, omsättningar, försäljning, kapacitet, kvalitet, marknadsföringsplaner, risker, investeringar, teknik samt till FoU-program och resultaten av dessa. I allmänhet är information som avser priser och kvantiteter mest strategisk, följt av information om kostnader och efterfrågan. Om företag konkurrerar med avseende på forskning och utveckling är det emellertid de tekniska uppgifterna som kan vara mest strategiska för konkurrensen. Den strategiska nyttan av information är också beroende av hur aggregerad och gammal den är, vilken marknadskontext det är fråga om och hur ofta information utväxlas.

Marknadstäckning

87. För att ett informationsutbyte sannolikt ska ha konkurrensbegränsande effekter måste de företag som deltar i utbytet täcka en tillräckligt stor del av den relevanta marknaden. Annars kan de konkurrenter som inte deltar i informationsutbytet hindra de berörda företagen från att agera på ett konkurrensbegränsande sätt. Företag som inte är knutna till systemet med informationsutbyte skulle kunna hota den externa stabiliteten i en samverkan t.ex. genom att sätta sina priser lägre än den samordnade prisnivån.
88. Vad som utgör en "tillräckligt stor del av marknaden" kan inte definieras teoretiskt och är beroende av de specifika omständigheterna i varje enskilt fall och vilken typ av informationsutbyte det är fråga om. Om ett informationsutbyte däremot sker inom ramen för en annan typ av horisontellt samarbetsavtal och inte går utöver det som är nödvändigt för dess genomförande, är en marknadstäckning under de tröskelvärden för marknadsandelar som anges i det relevanta kapitlet i dessa riktlinjer, i den relevanta gruppundantagsförordningen ⁽¹⁾ eller i tillkännagivandet om avtal av mindre betydelse avseende avtalstypen i fråga i regel inte tillräckligt stora för att informationsutbytet ska ge upphov till konkurrensbegränsande effekter.

Aggregerade/individualiserade uppgifter

89. Utbyte av uppgifter som är aggregerade i sann bemärkelse, dvs. om det är tillräckligt svårt att känna igen individualiserad information på företagsnivå, ger med mycket mindre sannolikhet konkurrensbegränsande effekter än utbyte av information på företagsnivå. Insamling och offentliggörande av aggregerade uppgifter om marknaden (såsom uppgifter om försäljning, om kapacitet eller om kostnader för insatsvaror eller komponenter) som görs av en branschorganisation eller ett marknadsinformationsföretag kan vara till nytta för både leverantörer och kunder genom att de ges en klarare bild av den ekonomiska situationen i en sektor. Sådan insamling och sådant offentliggörande av uppgifter kan ge marknadsaktörer möjlighet att göra mer välinformerade individuella val för att effektivt anpassa sin strategi till marknadsvillkoren. Generellt sett är det osannolikt att utbyte av aggregerad information ger upphov till konkurrensbegränsande effekter, förutsatt att utbytet inte äger rum inom ett sammansvetsat oligopol. Utbytet av individualiserade uppgifter däremot underlättar samförstånd på marknaden, och gör det lättare för samordnande företag att tillämpa strategier där de väljer ut och straffar ett företag som avviker från villkoren för samordning eller ett företag som är en ny aktör på

⁽¹⁾ Informationsutbyte i samband med ett forsknings- och utvecklingsavtal kan, om det inte går utöver det som är nödvändigt för genomförande av avtalet, omfattas av det safe harbour-undantag på 25 % som anges i gruppundantagsförordningen om forskning och utveckling. För gruppundantagsförordningen om specialisering är det tillämpliga safe harbour-undantaget 20 %.

marknaden. Det kan dock inte uteslutas att utbytet av aggregerade uppgifter kan underlätta samverkan på marknader med specifika egenskaper. Medlemmarna i ett starkt sammansvetsat och stabilt oligopol vilka utbyter aggregerade uppgifter och som gör ett fynd av ett marknadspris under en viss nivå kan nämligen automatiskt utgå från att ett företag har hoppat av samverkan och vidta mått och steg för att utlösa repressalier på hela marknaden. För att samverkan ska vara stabil behöver företagen med andra ord inte alltid veta vem som avviker, det kan räcka med att få reda på att "någon" gjort det.

Uppgifternas ålder

90. Det är osannolikt att utbytet av äldre uppgifter leder till samverkan, eftersom det sannolikt inte ger någon indikation om konkurrenternas framtida agerande eller leder till något samförstånd på marknaden⁽¹⁾. Dessutom är det osannolikt att utbytet av gamla uppgifter gör det lättare att övervaka avvikelser, eftersom det är ett faktum att ju äldre uppgifterna är, till desto mindre nytta är det att avvikelser upptäcks i tid och desto mindre trovärdigt är hotet om snabba repressalier⁽²⁾. Det finns ingen förutbestämd gräns för när uppgifter blir gamla, dvs. tillräckligt gamla för att inte utgöra en risk för konkurrensen. Huruvida uppgifter verkligen är äldre beror på den relevanta marknadens specifika egenskaper, särskilt hur ofta priser omförhandlas i branschen. Uppgifter kan t.ex. anses vara gamla om de är flera gånger äldre än den genomsnittliga löptiden för avtal inom branschen, om dessa ger en indikation om omförhandlingar av priser. Dessutom är gränsen för när uppgifter blir gamla beroende av uppgifternas natur, hur aggregerade de är, hur ofta information utväxlas och vilka egenskaper den relevanta marknaden har (t.ex. dess stabilitet och öppenhet).

Informationsutbyttets frekvens

91. Informationsutbyte med täta intervaller som underlättar ett bättre samförstånd om marknaden och övervakning av avvikelser ökar risken för samverkan. På mer instabila marknader kan det vara nödvändigt att utväxla information oftare än på stabila marknader för att underlätta samverkan. På marknader med långfristiga avtal (vilket är en indikation på att priser omförhandlas mer sällan) skulle ett informationsutbyte med längre intervaller normalt vara tillräckligt för att uppnå samverkan. Ett utbyte med längre intervaller skulle däremot knappast vara tillräckligt för att uppnå samverkan på marknader med kortfristiga avtal som är en indikation på ofta förekommande omförhandlingar av priser⁽³⁾. Tätheten hos informationsutbytet är också beroende av uppgifternas art, hur gamla de är och hur aggregerade de är⁽⁴⁾.

Offentlig/icke-offentlig

92. I allmänhet är det osannolikt att utbyte av information som är offentlig i sann bemärkelse utgör en överträdelse av artikel 101⁽⁵⁾. *Information som är offentlig i sann bemärkelse* är information som i allmänhet är lika tillgänglig för alla konkurrenter och kunder (när det gäller kostnaderna för att få tillgång till den). För att information ska vara offentlig i sann bemärkelse bör det inte vara dyrare för kunder och företag som inte är knutna till systemet med informationsutbyte än för de företag som utbyter information att skaffa sig informationen i fråga. Därför skulle konkurrenter i vanliga fall inte välja att utbyta information som de lika lätt kan samla in på marknaden. Därför är det i praktiken osannolikt att företag utbyter information som är offentlig i sann bemärkelse. Tvärtom gäller att även om den information som konkurrenter utväxlar ligger inom den "offentliga sfären" är den inte offentlig i sann bemärkelse, om kostnaderna för att samla in informationen avhåller andra företag

⁽¹⁾ Insamlingen av äldre uppgifter kan också användas för att förmedla en branschorganisations bidrag till eller analys av en översyn av den offentliga politiken.

⁽²⁾ I tidigare ärenden har kommissionen t.ex. ansett att utbytet av individuell information som är äldre än ett år är gammal och inte begränsar konkurrensen i den mening som avses i artikel 101.1, medan information som är mindre än ett år gammal har betraktats som ny. Se kommissionens beslut i ärende IV/31.370, UK Agricultural Tractor Registration Exchange, punkt 50, och beslut i ärende IV/36.069, Wirtschaftsvereinigung Stahl, EGT L 1, 3.1.1998, s. 10, punkt 17.

⁽³⁾ Avtal som förekommer mer sällan kan dock minska sannolikheten för tillräckligt snabba repressalier.

⁽⁴⁾ Beroende på marknadsstrukturen och bakgrunden till utbytet kan det dock inte uteslutas att ett isolerat informationsutbyte kan utgöra en tillräcklig grund för de deltagande företagen att samordna sitt marknadsbeteende (dvs. nå samförstånd om villkoren för samordning) och därmed på ett framgångsrikt sätt inleda ett praktiskt samarbete som ersätter konkurrensen och de risker den medför; se mål C-8/08, T-Mobile Netherlands, punkt 59.

⁽⁵⁾ Förstainstansrättens dom av den 30 september 2003 i de förenade målen T-191/98 m.fl., Atlantic Container Line AB, REG 2003, s. II-3275, punkt 1154. Detta kanske inte är fallet om informationsutbytet förstärker en kartell.

och kunder från att göra det ⁽¹⁾. En möjlighet att samla in information på marknaden, t.ex. att samla in den från kunder, behöver inte betyda att sådan information utgör marknadsinformation som är lätt tillgänglig för konkurrenter ⁽²⁾.

93. Även om det finns uppgifter som är tillgängliga för allmänheten (t.ex. information som offentliggjorts av lagstiftarna) kan konkurrensen ändå begränsas om det förekommer ett ytterligare informationsutbyte konkurrenter emellan, om detta ytterligare minskar den strategiska osäkerheten på marknaden. I detta fall är det den marginalinformation som informationsutbytet ger som vid en avgörande punkt skulle kunna få jämvikten på marknaden att väga över mot samverkan.

Offentligt/icke-offentligt informationsutbyte

94. Ett informationsutbyte är offentligt i sann bemärkelse om den utväxlade informationen är lika tillgänglig för alla konkurrenter och kunder (när det gäller kostnaderna för att få tillgång till den) ⁽³⁾. Det faktum att informationen utbyts i offentligheten kan minska sannolikheten för samverkan på marknaden i en sådan utsträckning att icke-samordnande företag, potentiella konkurrenter samt kunder kan vara i stånd att hindra eventuella konkurrensbegränsande effekter ⁽⁴⁾. Möjligheten kan emellertid inte helt och hållet uteslutas att t.o.m. ett verkligen offentligt informationsutbyte kan underlätta samverkan på marknaden.

2.3. Bedömning enligt artikel 101.3

2.3.1. Effektivitetsvinster ⁽⁵⁾

95. Informationsutbyte kan medföra effektivitetsvinster. Information om konkurrenternas kostnader kan ge företag möjlighet att bli effektivare om de jämför sitt resultat med de bästa metoderna i branschen som måttstock och utarbetar interna program för att motivera de anställda i enlighet med detta.
96. Dessutom kan informationsutbyte i vissa situationer hjälpa företagen att lägga om sin produktion mot marknader med stor efterfrågan (t.ex. information om efterfrågan) eller till lågkostnadsföretag (t.ex. information om kostnader). Sannolikheten för att dessa typer av effektivitetsvinster uppstår beror på marknadens egenskaper, t.ex. om företag konkurrerar om priser eller kvantiteter och av vilket slag osäkerhetsfaktorer på marknaden är. Vissa former av informationsutbyte kan i detta sammanhang möjliggöra betydande kostnadsbesparingar, t.ex. om de minskar onödig lagerhållning eller möjliggör snabbare leverans av färskvaror till områden med stor efterfrågan och mindre leveranser till områden med liten efterfrågan (se exempel 7, punkt 110).
97. Utbyte av information om konsumenter mellan företag på marknader med asymmetrisk information om konsumenter kan också medföra effektivitetsvinster. Om företagen exempelvis håller reda på kundernas tidigare beteende i fråga om olyckor eller misskötsel av lån sporrar det konsumenterna att minska sin riskexponering. Det gör det också möjligt att upptäcka vilka konsumenter som innebär en mindre risk och därför bör få dra nytta av lägre priser. I detta sammanhang kan informationsutbyte också minska problemet med att konsumenter låses in, vilket medför hårdare konkurrens. Detta beror på att informationen i allmänhet är specifik för en relation, och konsumenterna skulle gå miste om fördelen av denna information om de bytte till ett annat företag. Exempel på sådana effektivitetsvinster kan påträffas inom bank- och försäkringssektorn, som kännetecknas av att man ofta utbyter information om konsumenternas misskötsel av lån och om deras riskprofiler.

⁽¹⁾ Dessutom betyder det faktum att de företag som deltar i informationsutbytet offentliggjort informationen tidigare (t.ex. i en dagstidning eller på sin webbplats) inte att ett senare icke-offentligt informationsutbyte inte skulle utgöra en överträdelse av artikel 101.

⁽²⁾ Se förstainstansrättens dom i de förenade målen T-202/98 m.fl., Tate & Lyle mot kommissionen, punkt 60.

⁽³⁾ Detta utesluter inte att en databas kan erbjudas till ett lägre pris till kunder som själva bidragit med information, eftersom det normalt sett innebär kostnader för dem att göra det.

⁽⁴⁾ Att bedöma inträdeshinder och utjämning "köparstyrka" på marknaden är relevant för att avgöra om företag som står utanför systemet med informationsutbyte kan äventyra de resultat som samordningen väntas medföra. Ökad överblickbarhet för konsumenterna kan dock antingen minska eller öka möjligheterna till samverkan, eftersom ökad överblickbarhet för konsumenterna, då priselasticiteten i efterfrågan blir större, leder till att avvikelser ger bättre utdelning men att repressalierna är desto hårdare.

⁽⁵⁾ Diskussionen om eventuella effektivitetsvinster tack vare informationsutbyte är varken exkluderande eller uttömmande.

98. Utbyte av information om tidigare och aktuella uppgifter om marknadsandelar kan i vissa situationer medföra fördelar såväl för företag som konsumenter genom att företagen ges möjlighet att annonsera detta som en signal om deras produkters kvalitet för konsumenterna. I situationer med bristfällig information om produktkvalitet kan konsumenterna ofta använda indirekta sätt att få information om produkters relativa kvalitet t.ex. i fråga om priser och marknadsandelar (exempel: de anlitar bästsäljarlistor för att välja sin nästa bok).
99. Ett informationsutbyte som är offentligt i sann bemärkelse kan också gagna konsumenterna genom att hjälpa dem att göra ett mer välinformerat val (och minska deras sökkostnader). Det är mest sannolikt att konsumenterna på det här sättet drar nytta av ett offentligt utbyte av aktuell information, som är mest relevant för deras köpbeslut. På samma sätt kan ett offentligt informationsutbyte om marknadspriser på insatsvaror sänka företagets sökkostnader, vilket i regel gagnar konsumenterna tack vare lägre slutpriser. Det är mindre sannolikt att dessa typer av direkta fördelar för konsumenterna uppkommer tack vare utbyte om framtida avsikter i fråga om prissättning, eftersom företag som aviserar sina avsikter i fråga om prissättning sannolikt ändrar dem innan konsumenterna faktiskt köper på grundval av denna information. Konsumenter kan i allmänhet inte lita på företagets framtida avsikter när de planerar sin konsumtion. Företag kan dock i viss mån disciplineras att inte ändra sina aviserade framtida avsikter innan de genomförs t.ex. när de står i återkommande växelverkan med konsumenterna och dessa litar på att de känner till priserna i förväg, eller om konsumenterna t.ex. kan göra förhandsbeställningar. I dessa situationer kan ett utbyte av information som avser framtiden underlätta för kunderna att planera sina utgifter.
100. Såsom anges ovan är det mer sannolikt att effektivitetsvinster uppkommer genom utbyte av aktuella och tidigare uppgifter än genom utbyte av information om framtida avsikter. Under specifika omständigheter kan också tillkännagivandet av framtida avsikter ge effektivitetsvinster. Exempelvis företag som i ett tidigt skede vet vem som kommer att vinna en tävling på FoU-området kan undvika att fördubbla kostsamma ansträngningar och slösa med resurser som inte kan återvinnas⁽¹⁾.

2.3.2. Nödvändighet

101. Begränsningar som går utöver det som är nödvändigt för att uppnå de effektivitetsvinster som ett informationsutbyte för med sig uppfyller inte villkoren i artikel 101.3. För att kravet på nödvändighet ska vara uppfyllt måste parterna bevisa att uppgifternas innehåll, aggregeringsnivå, ålder och konfidentialitet samt informationsutbytets frekvens och täckning är av det slag som medför de lägsta risker som är nödvändiga för att de påstådda effektivitetsvinsterna ska uppnås. Dessutom bör utbytet inte omfatta information som går utöver de variabler som är relevanta för uppnåendet av effektivitetsvinsterna. Exempelvis utbytet av individualiserade uppgifter är i regel inte nödvändigt med tanke på en jämförelse, eftersom information som är aggregerad t.ex. i någon form av branschrankning också kan ge de påstådda effektivitetsvinsterna samtidigt som risken för samverkan är mindre (se exempel 4, punkt 108). Slutligen är det i allmänhet osannolikt att det är nödvändigt att utbyta individualiserade uppgifter om framtida avsikter, särskilt om utbytet avser priser och kvantiteter.
102. På liknande sätt är det också mer sannolikt att ett informationsutbyte som utgör en del av horisontella samarbetsavtal uppfyller villkoren i artikel 101.3 om det inte går utöver det som är nödvändigt för att uppnå det ekonomiska syftet med avtalet (t.ex. att dela teknik som är nödvändig för ett forsknings- och utvecklingsavtal eller utbyte av uppgifter om kostnader inom ramen för ett produktionsavtal.).

2.3.3. Nyttan för konsumenterna

103. Effektivitetsvinster som uppnås genom nödvändiga begränsningar måste komma konsumenterna till godo i en omfattning som uppväger de konkurrensbegränsande effekterna av ett informationsutbyte. Ju mindre marknadsstyrka parterna i informationsutbytet har, desto mer sannolikt är det att effektivitetsvinster kommer konsumenterna till godo i en utsträckning som uppväger de konkurrensbegränsande effekterna.

⁽¹⁾ Sådana effektivitetsvinster måste vägas mot de potentiellt negativa effekterna t.ex. av att konkurrensen begränsas på den marknad som främjar innovation.

2.3.4. Konkurrensen sätts inte ur spel

104. Villkoren i artikel 101.3 kan inte uppfyllas, om de företag som deltar i informationsutbytet ges möjlighet att sätta konkurrensen ur spel med avseende på en väsentlig del av de berörda produkterna.

2.4. Exempel

105. Utbyte av information om framtida prisavsikter med syfte att begränsa konkurrensen

Exempel 1

Situation: En branschorganisation för bussbolag i land X sprider individualiserad information om planerade framtida priser endast till medlemsföretagen. Informationen består av flera delar, t.ex. planerade biljettpriser och den rutt som biljetten gäller, eventuella begränsningar som gäller denna biljett, t.ex. vilka konsumenter som får köpa den, om det krävs förskottsbetalning eller minimiuppehåll, den period under vilken biljetterna kan säljas till det angivna priset (första och sista biljettdatum) och den period under vilken biljetten med det angivna priset kan användas för resor (första och sista resdatum).

Analys: Detta informationsutbyte, som föranleds av ett beslut av en företagssammanslutning, avser konkurrenters avsikter i fråga om prissättning. Detta informationsutbyte är ett mycket effektivt verktyg för att uppnå samverkan och därför har det till syfte att begränsa konkurrensen. Orsaken är att det står företagen fritt att ändra sina inom sammanslutningen kungjorda prisavsikter när som helst om de erfar att deras konkurrenter avser att ta ut högre priser. Det ger företagen möjlighet att gemensamt nå upp till en högre prisnivå utan att riskera att förlora marknadsandelar. Exempelvis bussbolag A kan idag tillkännage en prishöjning på den rutt som går från ort 1 till ort 2 för resor från och med nästa månad. Eftersom denna information är tillgänglig för de övriga bussbolagen, kan bolag A vänta och se hur konkurrenterna reagerar på tillkännagivandet av priset. Om en konkurrent på samma rutt, t.ex. bolag B, även höjer sitt pris, ändrar bolag A inte sitt pris, som sannolikt träder i kraft senare. Om bolag B däremot inte höjde sitt pris skulle bolag A ännu kunna ändra sitt biljettpris. Denna anpassning skulle fortsätta till dess att företagen möts på en höjd prisnivå som är konkurrenshämmande. Det är osannolikt att ett sådant informationsutbyte uppfyller villkoren i artikel 101.3. Informationsutbytet är begränsat till konkurrenter, vilket innebär att bussbolagens kunder inte drar direkt nytta av det.

106. Utbyte av information om aktuella priser med tillräckliga effektivitetsvinster för konsumenterna

Exempel 2

Situation: En nationell turistbyrå och bussbolagen i det lilla landet X kommer överens om att sprida information om aktuella priser på bussbiljetter genom en webbplats som är fritt tillgänglig för allmänheten (till skillnad från exempel 1, punkt 105, kan konsumenterna redan köpa biljetter till de priser och på de villkor som utbyts. Därför är det inte fråga om planerade framtida priser utan aktuella priser på nuvarande och framtida tjänster). Informationen består av flera delar, t.ex. biljettpriset och den rutt som biljetten gäller, eventuella begränsningar som gäller denna biljett, t.ex. vilka konsumenter som får köpa den, om det krävs förskottsbetalning eller minimiuppehåll och den period under vilken biljetten med det bestämda priset kan användas för resor (första och sista resdatum). Bussresor i land X görs inte på samma marknad som tåg- och flygresor. Den relevanta marknaden antas vara koncentrerad, stabil och relativt okomplicerad, och informationsutbytet ger insyn i prissättningen.

Analys: Detta informationsutbyte har inte till syfte att begränsa konkurrensen. Företagen utbyter information om aktuella priser snarare än planerade framtida priser eftersom de i praktiken redan säljer biljetter till dessa priser (till skillnad från exempel 1, punkt 105). Därför är det mindre sannolikt att detta informationsutbyte är en effektiv mekanism för att nå en orienteringspunkt för samordning. Med tanke på marknadsstrukturen och uppgifternas strategiska art är det dock sannolikt att detta informationsutbyte är en effektiv mekanism för att övervaka avvikelser från samverkan, som sannolikt skulle förekomma i en marknadsmiljö av den här typen. Därför

kan informationsutbytet ge konkurrensbegränsande effekter i den mening som avses i artikel 101.1. I den mån vissa konkurrensbegränsande effekter kan vara en följd av att avvikelser kan övervakas är det sannolikt att de effektivitetsvinster som härrör från informationsutbytet skulle komma konsumenterna till godo i en utsträckning som uppväger de konkurrensbegränsande effekterna såväl i fråga om sannolikhet som omfattning. Till skillnad från exempel 1, punkt 105, är informationsutbytet offentligt och konsumenterna kan faktiskt köpa biljetter till de priser och villkor som utbyts. Därför är det sannolikt att detta informationsutbyte direkt gagnar konsumenterna genom att minska deras sökkostnader och förbättra valmöjligheterna och därmed också stimulera priskonkurrensen. Det är följaktligen sannolikt att villkoren i artikel 101.3 är uppfyllda.

107. Aktuella priser härleds från den utbytta informationen

Exempel 3

Situation: Lyxhotell i landet A:s huvudstad bedriver sin verksamhet inom ramen för ett sammansvetsat, okomplicerat och stabilt oligopol, med huvudsakligen homogena kostnadsstrukturer, som utgör en separat relevant marknad i förhållande till andra hotell. De utbyter direkt individuell information om aktuell beläggningsgrad och aktuella intäkter. I detta fall kan parterna direkt härleda de faktiska marknadspriserna från den utbytta informationen.

Analys: Såvida det inte är ett maskerat sätt att utbyta information om framtida avsikter skulle detta informationsutbyte i princip inte ha till syfte att begränsa konkurrensen, eftersom hotellen utbyter aktuella uppgifter och inte information om planerade framtida priser eller kvantiteter. Informationsutbytet skulle dock ge konkurrensbegränsande effekter i den mening som avses i artikel 101.1, eftersom vetskapen om konkurrentens faktiska marknadspriser sannolikt skulle underlätta samordning (dvs. anpassning) av företagets konkurrensbeteende. Det skulle med största sannolikhet användas till att övervaka avvikelser från samverkan i fråga. Informationsutbytet ökar öppenheten på marknaden eftersom hotellen visserligen i regel offentliggör sina listpriser, men också erbjuder olika rabatter på listpriset efter förhandlingar eller för tidiga bokningar eller gruppbokningar osv. Därför är den marginalinformation som hotellen utbyter utan att allmänheten har tillgång till den kommersiellt känslig, dvs. strategiskt användbar. Detta utbyte underlättar sannolikt samverkan på marknaden eftersom de berörda parterna utgör ett sammansvetsat, okomplicerat och stabilt oligopol och är involverade i ett långsiktigt konkurrensförhållande (upprepad växelverkan). Dessutom har hotellen en i stort sett likartad kostnadsstruktur. Slutligen kan varken konsumenter eller nya aktörer hindra de etablerade aktörernas konkurrenshämmande beteende eftersom konsumenter har liten köparstyrka och inträdeshindren är höga. I det här fallet är det osannolikt att parterna ska kunna uppvisa några effektivitetsvinster av informationsutbytet som kommer konsumenterna till godo i en utsträckning som uppväger de konkurrensbegränsande effekterna. Därför är det osannolikt att villkoren i artikel 101.3 är uppfyllda.

108. Fördelar med en jämförande analys – villkoren i artikel 101.3 är inte uppfyllda

Exempel 4

Situation: Tre stora företag med en sammanlagd marknadsandel på 80 % på en stabil, okomplicerad, koncentrerad marknad med höga inträdeshinder utbyter icke-offentligt och ofta information direkt om en betydande del av sina individuella kostnader. Företagen hävdar att de gör det för att jämföra sitt resultat med konkurrenternas i avsikt att bli mer effektiva.

Analys: Detta informationsutbyte har i princip inte till syfte att begränsa konkurrensen. Därför måste man bedöma informationsutbytets effekter på marknaden. På grund av marknadsstrukturen, det faktum att informationsutbytet avser en stor del av företagets rörliga kostnader, det individualiserade sättet att presentera informationen och den omfattande täckningen av den relevanta marknaden är det sannolikt att informationsutbytet underlättar samverkan och därmed ger upphov till konkurrensbegränsande effekter i den mening som avses i artikel 101.1. Det är osannolikt att villkoren i artikel 101.3 är uppfyllda, eftersom det finns mindre konkurrensbegränsande sätt att uppnå de påstådda effektivitetsvinsterna, t.ex. genom att en tredje man samlar in, anonymiserar och

aggregerar uppgifterna i någon form av branschränkning. I det här fallet skulle t.o.m. utbytet av aggregerade uppgifter kunna underlätta samverkan på marknaden, eftersom parterna bildar ett mycket sammansvetsat, okomplicerat och stabilt oligopol. Detta vore dock mycket osannolikt om informationsutbytet ägde rum på en fragmenterad, instabil och komplex marknad utan insyn.

109. Information som är offentlig i sann bemärkelse

Exempel 5

Situation: De fyra företag som äger alla bensinstationer i ett stort land A utbyter information om aktuella bensinpriser per telefon. De hävdar att detta informationsutbyte inte kan ha några konkurrensbegränsande effekter eftersom informationen är allmänt tillgänglig eftersom den visas på stora avläsningstavlor vid varje bensinstation.

Analys: De prisuppgifter som utväxlas per telefon är inte offentliga i sann bemärkelse, eftersom det skulle kräva betydande uppoffringar i tid och transportkostnader för att få samma information på något annat sätt. Man skulle behöva resa ofta och långa sträckor för att samla in de prisuppgifter som visas på tavlorna vid bensinstationer runt om i landet. Kostnaderna för detta kan vara höga, så det i praktiken enda sättet att få sådana upplysningar är genom utbyte av information. Dessutom är utbytet systematiskt och omfattar hela den relevanta marknaden, som utgör ett sammansvetsat, okomplicerat, stabilt oligopol. Därför är det sannolikt att informationsutbytet skapar ett klimat av ömsesidig visshet om konkurrenternas prispolitik och därför sannolikt underlättar samverkan. Det är följaktligen sannolikt att informationsutbytet ger konkurrensbegränsande effekter i den mening som avses i artikel 101.1.

110. Effektivitetsvinst i form av att efterfrågan tillgodoses bättre

Exempel 6

Situation: Det finns fem producenter av färsk morotsjuice på flaska på den relevanta marknaden. Efterfrågan på denna produkt är mycket instabil och varierar från en plats till en annan vid olika tidpunkter. Juicen måste sälja och konsumeras inom en dag efter att ha producerats. Producenterna kommer överens om att bilda ett självständigt marknadsundersökningsföretag som dagligen ska samla in aktuell information om osåld juice på varje försäljningsställe. Denna information ska sedan offentliggöras följande vecka på företagets webbplats i form som är aggregerad per försäljningsställe. Den offentliggjorda statistiken ger producenter och återförsäljare möjlighet att förhandsberäkna efterfrågan och positionera produkten bättre. Innan informationsutbytet infördes hade återförsäljarna rapporterat om stora mängder juice som gått förlorad och därför hade de köpt in mindre mängder juice från producenterna. Marknaden fungerade således inte effektivt. Därför förekom det ofta att efterfrågan inte kunde tillgodoses under vissa perioder och i vissa områden. Systemet med informationsutbyte, som möjliggör bättre prognoser om överutbud och underutbud, minskade märkbart antalet fall där konsumenternas efterfrågan inte kunde tillgodoses och ökade den kvantitet som såldes på marknaden.

Analys: Trots att marknaden är tämligen koncentrerad och den utväxlade informationen aktuell och strategisk, är det inte särskilt sannolikt att informationsutbytet skulle underlätta samverkan eftersom det är osannolikt att samverkan skulle uppstå på en så instabil marknad. Även om utbytet skapar en viss risk för konkurrensbegränsande effekter är det sannolikt att de effektivitetsvinster som härrör från ökande leveranser till platser med stor efterfrågan och minskande leveranser till platser med liten efterfrågan uppväger eventuella konkurrensbegränsande effekter. Informationen utbyts i offentlig och aggregerad form som medför en mindre risk för konkurrenshämmande effekter än om den vore icke-offentlig och individualiserad. Där går informationsutbytet inte utöver vad som är nödvändigt för att rätta till ett marknadsmisslyckande. Därför är det sannolikt att detta informationsutbyte uppfyller villkoren i artikel 101.3.

3. FORSKNINGS- OCH UTVECKLINGSAVTAL

3.1. Definition

111. Forsknings- och utvecklingsavtal kan ha olika form och tillämpningsområden. De sträcker sig från utläggning på entreprenad av vissa FoU-verksamheter 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 kontrollerat företag. Detta kapitel gäller alla former av forsknings- och utvecklingsavtal, även därmed sammanhängande avtal om produktion eller saluföring av resultaten av forskningen och utvecklingen.

3.2. De relevanta marknaderna

112. Vid definitionen av den relevanta marknaden för att bedöma effekterna av ett forsknings- och utvecklingsavtal måste man fastställa vilka produkter, vilken teknik eller vilket FoU-arbete som utsätter parterna för det största konkurrenstrycket. Den ena ytterligheten av alla tänkbara situationer är att innovationen resulterar i en produkt (eller teknik) som konkurrerar på en befintlig produktmarknad (eller teknikmarknad). Detta gäller t.ex. forskning och utveckling som är inriktad på små förbättringar eller variationer, såsom 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 skapar sig själv en ny marknad (t.ex. ett nytt vaccin mot en tidigare obotlig sjukdom). Många fall gäller förmodligen dock situationer mellan dessa båda ytterligheter, dvs. situationer där innovationssatsningar 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 produktmarknader

113. Om samarbetet gäller forskning och utveckling för att förbättra befintliga produkter, är det dessa befintliga produkter och deras närmaste substitut som utgör den relevanta marknad som berörs av samarbetet ⁽¹⁾.
114. Om syftet med FoU-arbetet är att göra betydande ändringar av befintliga produkter eller rentav att skapa en ny produkt som ersätter befintliga produkter, kan utbytbarheten med de befintliga produkterna vara ofullständig eller bli verklighet först på sikt. Det kan konstateras att de gamla och eventuellt framväxande nya produkterna inte hör till samma relevanta marknad ⁽²⁾. Marknaden för befintliga produkter kan emellertid beröras, om sammanslagningen av FoU-verksamheterna sannolikt leder till att parterna samordnar sitt beteende i egenskap av leverantörer av befintliga produkter, t.ex. på grund av utbytet av konkurrenskänslig information som avser marknaden för befintliga produkter.
115. 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 bilmarknaden påverkas av detta samarbete. Marknaden för färdigprodukter är emellertid 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 forsknings- och utvecklingsavtalet har marknadsstyrka när det gäller färdigprodukterna.

Befintliga teknikmarknader

116. 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.

⁽¹⁾ För definition av marknaden, se tillkännagivandet om marknadsdefinition.

⁽²⁾ Se också kommissionens riktlinjer för tillämpningen av artikel 81 i EG-fördraget på avtal om tekniköverföring, EUT C 101, 27.4.2004, s. 2 (nedan kallade *riktlinjerna om tekniköverföring*), punkt 33.

117. Metoden för att definiera teknikmarknader följer samma principer som definitionen av produktmarknaden ⁽¹⁾. 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 parternas licensintäkter divideras med de totala licensintäkterna för alla licensgivare.
118. Parternas ställning på marknaden för befintlig teknik är ett relevant bedömningskriterium om forsknings- och utvecklingssamarbetet gäller en avsevärd förbättring av befintlig teknik eller en ny teknik som sannolikt kommer att ersätta den befintliga tekniken. Parternas marknadsandelar kan emellertid 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 på ett lönsamt sätt höja priset på sin teknik. Denna aspekt av analysen kan också beaktas direkt vid beräkningen av marknadsandelar genom att dessa beräknas på grundval av försäljningen av de produkter som innehåller den licensierade tekniken på produktmarknaderna i efterföljande led (se punkterna 123-126).

Konkurrens på innovationsområdet (FoU-arbete)

119. Det kan hända att samarbete inom forskning och utveckling inte endast påverkar konkurrensen på befintliga marknader, utan också konkurrensen inom innovation och på nya produktmarknader. Detta är fallet om FoU-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 innovationsprocessens karaktär inom en viss bransch.
120. 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 konkurrerande forsknings- och utvecklingspooler. Konkurrerande forsknings- och utvecklingspooler är FoU-verksamheter som är inriktade på en viss ny produkt eller teknik och substituten för sådan forskning och utveckling, dvs. forskning och utveckling som har till syfte att utveckla produkter eller teknik som utgör substitut till de produkter och den teknik som utvecklats genom samarbetet och som har en motsvarande tidsplan. I detta fall kan man undersöka om tillräckligt många forsknings- och utvecklingspooler återstår efter ingåendet av avtalet. Utgångspunkten för analysen är parternas forsknings- och utvecklingsverksamhet. Därefter måste trovärdiga konkurrerande forsknings- och utvecklingspooler identifieras. För att bedöma om konkurrerande poler är trovärdiga, måste man beakta följande aspekter: eventuella andra FoU-verksamheters 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 utvecklingspool är inte en trovärdig konkurrent om den inte kan betraktas som ett närstående substitut till parternas FoU-insatser t.ex. med avseende på tidsplan eller tillgången på resurser.
121. Förutom den direkta effekten på själva innovationen kan samarbetet också påverka en ny produktmarknad. Det är ofta svårt att analysera effekterna på en sådan marknad direkt eftersom den kännetecknas av att den ännu inte finns. Analysen av sådana marknader sker därför ofta implicit inom ramen för en analys av konkurrensen på innovationsområdet. Det kan emellertid vara nödvändigt att direkt ta hänsyn till hur en sådan marknad påverkas av sådana aspekter av avtalet som går utöver FoU-stadiet. Ett forsknings- och utvecklingsavtal som omfattar gemensam produktion och gemensam saluföring på den nya produktmarknaden kan exempelvis bedömas på ett annat sätt än ett rent forsknings- och utvecklingsavtal.
122. I det andra scenariot är innovationsinsatserna inom en bransch inte så klart strukturerade att det är möjligt att identifiera forsknings- och utvecklingspooler. Om inga exceptionella omständigheter föreligger försöker kommissionen i denna situation inte bedöma vilka effekter ett visst FoU-samarbete har på innovationen, utan begränsar sin bedömning till befintliga produkt- och/eller teknikmarknader med anknytning till FoU-samarbetet i fråga.

⁽¹⁾ Se tillkännagivandet om definitionen av relevant marknad. Se även riktlinjerna om tekniköverföring, punkt 19 och följande.

Beräkning av marknadsandelar

123. Beräkningen av marknadsandelar, både för gruppundantagsförordningen om forskning och utveckling och för dessa riktlinjer, måste ge uttryck för distinktionen mellan befintliga marknader och konkurrensen på innovationsområdet. I början av ett forsknings- och utvecklingssamarbete utgörs referenspunkten av den befintliga marknaden för de produkter som kan förbättras, substitueras 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.
124. 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 forskning och utveckling bygger därför undantaget på marknadsandelen på den relevanta marknaden för de produkter som kan förbättras, substitueras eller ersättas av de produkter som omfattas av avtalet ⁽¹⁾. För att denna marknadsandel ska omfattas av gruppundantagsförordningen om forskning och utveckling får den inte överstiga 25 % ⁽²⁾.
125. När det gäller teknikmarknaderna är ett sätt att beräkna marknadsandelarna att utgå från varje tekniks andel av de totala intäkterna från licensavgifter. Denna andel utgör den teknikens marknadsandel på den marknad där konkurrerande tekniker har licensierats. Detta är emellertid ofta ett rent teoretiskt och inte särskilt praktiskt sätt att gå tillväga, eftersom det inte finns några klara uppgifter om licensavgifter, användningen av korslicensiering utan licensavgifter osv. Ett alternativt tillvägagångssätt är att beräkna marknadsandelarna på teknikmarknaden med utgångspunkt i försäljningen av de produkter eller tjänster som innehåller den licensierade tekniken på produktmarknaderna i efterföljande led. Med denna metod beaktas all försäljning på den relevanta produktmarknaden, oberoende av om produkten innehåller licensierad teknik ⁽³⁾. Inte heller på denna marknad får marknadsandelen överstiga 25 % (oberoende av vilken beräkningsmetod som används) om gruppundantagsförordningen om forskning och utveckling ska gälla.
126. Om syftet med forskningen och utvecklingen är att utveckla en produkt som kommer att skapa en helt ny efterfrågan, kan marknadsandelarna inte beräknas på grundval av försäljningen. Man kan endast göra en analys av avtalets effekter på konkurrensen på innovationsområdet. I gruppundantagsförordningen om forskning och utveckling betraktas därför sådana avtal som avtal mellan företag som inte konkurrerar med varandra, och oberoende av marknadsandel beviljas de undantag för den tid den gemensamma forskningen och utvecklingen varar plus ytterligare en sjuårsperiod från den dag då produkten först släpptes ut på marknaden ⁽⁴⁾. Gruppundantaget i förordningen kan dock återkallas om avtalet skulle sätta en effektiv konkurrens ur spel på innovationsområdet ⁽⁵⁾. Efter sjuårsperioden är det möjligt att beräkna marknadsandelar utifrån försäljningsvärde, och tröskelvärdet på 25 % för marknadsandelar gäller ⁽⁶⁾.

3.3. Bedömning enligt artikel 101.1

3.3.1. De centrala konkurrensproblemen

127. Forsknings- och utvecklingssamarbete kan begränsa konkurrensen på olika sätt. För det första kan det inskränka eller fördröja innovationsverksamheten, vilket leder till att färre eller sämre produkter kommer ut på marknaden senare än de annars skulle göra. För det andra kan ett sådant samarbete på produkt- eller teknikmarknaderna minska konkurrensen väsentligt mellan de parter som står utanför avtalets tillämpningsområde eller göra det sannolikt att konkurrenshämmande samordning uppkommer på dessa marknader, vilket leder till högre priser. Ett avskärningsproblem kan uppstå endast vid samarbete som berör åtminstone ett företag med en betydande grad av marknadsstyrka (som inte behöver ge en dominerande ställning) i fråga om nyckelteknik och exklusivt utnyttjande av resultaten.

⁽¹⁾ Artikel 1.1 u i gruppundantagsförordningen om forskning och utveckling.

⁽²⁾ Artikel 4.2 i gruppundantagsförordningen om forskning och utveckling.

⁽³⁾ Se också punkt 23 i riktlinjerna om tekniköverföring.

⁽⁴⁾ Artikel 4.1 i gruppundantagsförordningen om forskning och utveckling.

⁽⁵⁾ Se skäl 19, 20 och 21 i gruppundantagsförordningen om forskning och utveckling.

⁽⁶⁾ Artikel 4.3 i gruppundantagsförordningen om forskning och utveckling.

3.3.2. Avtal som har till syfte att begränsa konkurrensen

128. Forsknings- och utvecklingsavtal har till syfte att begränsa konkurrensen om de egentligen inte avser gemensam forskning och utveckling, utan är ett sätt för företagen att delta i en dold kartell, dvs. komma överens om priser, begränsa produktionen eller dela upp marknaden, vilket är förbjudet. Ett forsknings- och utvecklingsavtal som omfattar gemensamt utnyttjande av eventuella framtida resultat är dock inte nödvändigtvis konkurrensbegränsande.

3.3.3. Konkurrensbegränsande effekter

129. De flesta forsknings- och utvecklingsavtal omfattas inte av artikel 101.1. För det första kan detta sägas om många avtal som anknyter till samarbete inom forskning och utveckling på ett ganska tidigt stadium, långt från utnyttjandet av eventuella resultat.
130. Dessutom har forsknings- och utvecklingssamarbete mellan företag som inte konkurrerar med varandra i allmänhet inga konkurrensbegränsande effekter⁽¹⁾. Konkurrensförhållandet mellan parterna måste analyseras inom ramen för befintliga marknader som berörs och/eller innovation. Om parterna på grundval av objektiva faktorer inte självständigt kan genomföra den forskning och utveckling som behövs t.ex. på grund av parternas begränsade tekniska kapacitet ger forsknings- och utvecklingsavtalet i regel inte upphov till några konkurrensbegränsande effekter. Detta kan gälla exempelvis företag som sammanför kunskande, teknik och andra resurser som kompletterar varandra. Frågan om potentiell konkurrens måste bedömas realistiskt. Avtalsparter kan till exempel inte definieras som potentiella konkurrenter endast därför att samarbetet ger dem möjlighet att utföra FoU-verksamheterna. Den avgörande frågan är huruvida varje part var för sig har de nödvändiga medlen när det gäller tillgångar, know-how och andra resurser.
131. Utläggning på entreprenad av forskning och utveckling som företagen tidigare bedrev själva är en särskild form av FoU-samarbete. I ett sådant scenario utförs forskningen och utvecklingen ofta av specialiserade företag, forskningsinstitut eller högsolor, vilkas verksamhet inte omfattar att utnyttja resultaten. I regel kombineras sådana avtal med överföring av know-how och/eller exklusiva leverantörsavtal som gäller eventuella resultat. På grund av att de samarbetande parterna i ett sådant scenario utgör komplement till varandra får detta inga konkurrensbegränsande effekter i den mening som avses i artikel 101.1.
132. Samarbete inom forskning och utveckling som inte omfattar gemensamt utnyttjande av eventuella resultat genom licensiering, produktion och/eller saluföring har sällan konkurrensbegränsande effekter i den mening som avses i artikel 101.1. Dessa rena forsknings- och utvecklingsavtal kan endast orsaka ett konkurrensproblem om konkurrensen på innovationsområdet minskar betydligt på grund av att endast ett fåtal trovärdiga konkurrerande forsknings- och utvecklingspooler återstår.
133. Forsknings- och utvecklingsavtal har sannolikt konkurrensbegränsande effekter endast om samarbetsparterna har marknadsstyrka på de befintliga marknaderna och/eller om konkurrensen på innovationsområdet minskar märkbart.
134. Det finns inget absolut tröskelvärde för när ett forsknings- och utvecklingsavtal kan antas skapa eller upprätthålla marknadsstyrka och således sannolikt få konkurrensbegränsande effekter i den mening som avses i artikel 101.1. Forsknings- och utvecklingsavtal mellan konkurrenter omfattas emellertid av gruppundantag förutsatt att deras gemensamma marknadsandel inte överstiger 25 % och att övriga villkor för tillämpning av gruppundantagsförordningen om forskning och utveckling är uppfyllda.
135. Avtal som faller utanför gruppundantagsförordningen om forskning och utveckling därför att parternas sammanlagda marknadsandel överstiger 25 % behöver inte få konkurrensbegränsande effekter. Ju

⁽¹⁾ Ett forsknings- och utvecklingssamarbete mellan företag som inte konkurrerar med varandra kan dock ha avskärmningseffekter i den mening som avses i artikel 101.1 om det gäller exklusivt utnyttjande av resultat och om det inleds mellan företag av vilka det ena har en betydande grad av marknadsstyrka (som inte nödvändigtvis ger en dominerande ställning) när det gäller nyckelteknik.

starkare ställning parterna har tillsammans på befintliga marknader och/eller ju mer konkurrensen begränsas på innovationsområdet, desto mer sannolikt är det dock att forsknings- och utvecklingsavtalet kan få konkurrensbegränsande effekter ⁽¹⁾.

136. 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, produktkvalitet, produktutbud 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.
137. I allmänhet måste man skilja mellan rena forsknings- och utvecklingsavtal och avtal som förutsätter ett mer omfattande samarbete som omfattar olika stadier av utnyttjande av resultaten (dvs. licensiering, produktion, saluföring). Såsom anges i punkt 132 har rena forsknings- och utvecklingsavtal endast sällan konkurrensbegränsande effekter i den mening som avses i artikel 101.1. 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 till tredje man, 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 samarbetets inverkan på konkurrensen undersökas närmare. Konkurrensbegränsande effekter i form av höjda priser eller minskad produktion på befintliga marknader är mer sannolika om starka konkurrenter är involverade i en sådan situation.
138. 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 utbudet på framtida produkter eller teknik eller innovationshastigheten. Sådana begränsande effekter kan uppkomma om två eller flera av de få företag som är sysselsatta med att utveckla en sådan produkt börjar samarbeta på ett stadium där varje företag självständigt har kommit ganska nära en lansering av produkten. Sådana effekter är i regel ett direkt resultat av avtalet mellan parterna. Innovationen kan begränsas till och med av ett rent forsknings- och utvecklingsavtal. I allmänhet är det dock osannolikt att FoU-samarbete som avser helt nya produkter ger konkurrensbegränsande effekter om det inte är så att det endast finns ett begränsat antal trovärdiga FoU-pooler. Denna princip ändras inte nämnvärt av att samarbetet även omfattar gemensamt utnyttjande eller rentav gemensam saluföring av resultaten. I sådana situationer kan frågan om gemensamt utnyttjande ge upphov till konkurrensbegränsande effekter endast om avskärmningen från nyckelteknik spelar en roll. Dessa problem skulle emellertid inte uppkomma i sådana fall där parterna beviljar licenser som ger tredje man möjlighet att konkurrera effektivt.
139. Många forsknings- och utvecklingsavtal ligger någonstans mittemellan de två situationer som beskrivs i punkterna 137 och 138. 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 marknadsställningar, graden av koncentration, antalet aktörer/innovatörer och villkoren för marknadsinträde. I vissa fall kan det förekomma konkurrensbegränsande effekter i form av höjda priser eller sänkt produktion, produktkvalitet, produktutbud eller innovation på befintliga marknader och i form av negativ påverkan på innovationsverksamheten 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, kan samarbetet fördröja utvecklingen av ny teknik om parterna har marknadsstyrka på den befintliga marknaden och dessutom en stark ställning inom FoU-området. En liknande effekt kan uppstå 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 etablerade aktörens ställning.

⁽¹⁾ Detta påverkar inte analysen av potentiella effektivitetsvinster, inklusive de som alltid förekommer i samband med forskning och utveckling som erhåller offentlig samfinansiering.

140. Avtal kan också falla utanför gruppundantagsförordningen om forskning och utveckling oavsett parternas marknadsstyrka. Detta gäller t.ex. avtal som oskäligt begränsar en parts tillträde till resultaten av FoU-samarbetet ⁽¹⁾. I gruppundantagsförordningen om forskning och utveckling anges ett särskilt undantag från denna allmänna regel för högsolor, forskningsinstitut eller specialiserade företag som tillhandahåller FoU-tjänster och som inte är verksamma inom industriellt utnyttjande av resultaten av forskning och utveckling ⁽²⁾. Avtal som faller utanför gruppundantagsförordningen om FoU och som innehåller exklusiva tillträdesrättigheter för utnyttjande av resultat kan ändå uppfylla kriterierna i artikel 101.3, om de omfattas av artikel 101.1. Detta gäller särskilt om de exklusiva tillträdesrättigheterna är ekonomiskt nödvändiga med tanke på marknaden, riskerna och omfattningen av de investeringar som krävs för att utnyttja resultaten av forskningen och utvecklingen.

3.4. Bedömning enligt artikel 101.3

3.4.1. Effektivitetsvinster

141. Många forsknings- och utvecklingsavtal – med eller utan gemensamt utnyttjande av eventuella resultat – medför effektivitetsvinster genom att de sammanför kunnande och tillgångar som kompletterar varandra, vilket leder till att förbättrade eller nya produkter och tekniker utvecklas och marknadsförs snabbare än vad som annars vore fallet. Forsknings- och utvecklingsavtal kan också leda till ökad spridning av kunskap, vilket kan ge upphov till ytterligare innovation. Forsknings- och utvecklingsavtal kan också medföra kostnadsminskningar.

3.4.2. Nödvändighet

142. Begränsningar som går utöver det som är nödvändigt för att uppnå de effektivitetsvinster som ett forsknings- och utvecklingsavtal för med sig uppfyller inte kriterierna i artikel 101.3. Särskilt de begränsningar som anges i artikel 5 i gruppundantagsförordningen om forskning och utveckling gör det mindre sannolikt att kriterierna i artikel 101.3 kommer att konstateras vara uppfyllda efter en individuell bedömning. Därför är det i allmänhet nödvändigt för parterna i ett forsknings- och utvecklingsavtal att visa att sådana begränsningar är nödvändiga för samarbetet.

3.4.3. Nyttä för konsumenterna

143. Effektivitetsvinster som uppnås genom nödvändiga begränsningar måste komma konsumenterna till godo i en omfattning som uppväger de konkurrensbegränsande effekterna av forsknings- och utvecklingsavtalet. Exempelvis måste införandet av nya eller förbättrade produkter på marknaden uppväga eventuella prishöjningar eller andra konkurrensbegränsande effekter. I allmänhet är det mer sannolikt att ett forsknings- och utvecklingsavtal medför effektivitetsvinster som gagnar konsumenterna om forsknings- och utvecklingsavtalet leder till att kompletterande kunnande och tillgångar kombineras. Parterna i ett avtal kan exempelvis ha olika forskningskapaciteter. Om parterna däremot har väldigt liknande tillgångar och kunnande kan den största effekten av forsknings- och utvecklingsavtalet vara att forskningen och utvecklingen elimineras helt eller delvis för en eller flera av parterna. Detta skulle eliminera (fasta) kostnader för parterna i avtalet men troligen inte medföra fördelar som skulle komma konsumenterna till godo. Dessutom gäller att ju större marknadsstyrka parterna har, desto mindre sannolikt är det att de låter effektivitetsvinsterna komma konsumenterna till godo i en omfattning som uppväger de konkurrensbegränsande effekterna.

3.4.4. Konkurrensen sätts inte ur spel

144. Kriterierna i artikel 101.3 kan inte uppfyllas om parterna ges möjlighet att sätta konkurrensen ur spel med avseende på en väsentlig del av produkterna (eller tekniken) i fråga.

3.4.5. Tidpunkt för bedömningen

145. Bedömningen av begränsande avtal enligt artikel 101.3 görs i det sammanhang där de faktiskt förekommer och på grundval av sakförhållandena vid en viss tidpunkt. Bedömningen kan ändras om det sker betydande förändringar av sakförhållandena. Undantaget enligt artikel 101.3 gäller så länge de fyra villkoren i den artikeln är uppfyllda och upphör att gälla när detta inte längre är fallet. Vid

⁽¹⁾ Se artikel 3.2 i gruppundantagsförordningen om forskning och utveckling.

⁽²⁾ Se artikel 3.2 i gruppundantagsförordningen om forskning och utveckling.

tillämpningen av artikel 101.3 i enlighet med dessa principer måste man ta hänsyn till de icke-återvinningsbara startinvesteringar som någondera parten gjort och hur lång tid och vilka begränsningar som krävs för att göra och ta igen en effektivitetsfrämjande investering. Artikel 101 kan inte tillämpas utan att vederbörlig hänsyn tas till en sådan förhandsinvestering. Den risk som parterna ställs inför och de oåterkalleliga investeringskostnader som krävs för att genomföra avtalet kan således innebära att avtalet inte omfattas av artikel 101.1 eller uppfyller villkoren i artikel 101.3 under den tid som krävs för att ta igen investeringen. Om den uppfinning som investeringen utmynnar i omfattas av någon form av ensamrätt som beviljas parterna enligt de regler som specifikt gäller skydd av immateriella rättigheter är det i regel osannolikt att den tid som krävs för att återvinna en sådan investering är längre än den period för vilken ensamrätt beviljats enligt reglerna i fråga.

146. I vissa fall är det begränsande avtalet oåterkalleligt. När det begränsande avtalet har genomförts kan den situation som rådde före avtalets ingående inte återställas. I sådana fall måste bedömningen göras enbart på grundval av de sakförhållanden som råder vid tidpunkten för genomförandet. Till exempel i fråga om ett forsknings- och utvecklingsavtal genom vilket parterna kommer överens om att överge sitt respektive forskningsprojekt och förena sin kapacitet med en annan parts kapacitet, kan det ur objektiv synvinkel vara tekniskt och ekonomiskt omöjligt att starta ett projekt på nytt om det en gång övergetts. Bedömningen av de konkurrensbegränsande och konkurrensfrämjande effekterna av avtalet om att överge de enskilda forskningsprojekten måste därför göras från och med att genomförandet slutförts. Om avtalet vid den tidpunkten är förenligt med artikel 101, till exempel därför att ett tillräckligt antal tredje parter har konkurrerande forsknings- och utvecklingsprojekt, förblir parternas avtal om att överge sina individuella projekt förenliga med artikel 101, även om de projekt som genomförs av tredje man misslyckas vid en senare tidpunkt. Förbudet i artikel 101 kan dock vara tillämpligt på andra delar av avtalet avseende vilka frågan om oåterkallelighet inte uppstår. Om avtalet inte bara innebär gemensam forskning och utveckling utan också till exempel gemensamt utnyttjande, kan artikel 101 vara tillämplig på denna del av avtalet om avtalet ger konkurrensbegränsande effekter till följd av marknadsutvecklingen och (inte längre) uppfyller villkoren i artikel 101.3 om hänsyn tas till icke-återvinningsbara förhandsinvesteringar.

3.5. Exempel

147. Hur gemensam forskning och utveckling påverkar innovationsmarknader/nya produktmarknader

Exempel 1

Situation: A och B är två stora företag på den hela unionen omfattande marknaden för tillverkning av befintliga elektroniska komponenter. Båda har en marknadsandel på 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 ska slutföra forskningen och utvecklingen och tillverka komponenterna, som ska säljas tillbaka till moderbolagen, som sedan ska 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 forskningspooler 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 förefaller sannolikt att A och B skulle kunna nå ut på marknaden var för sig med separata produkter. Därför minskar avtalet produktutbudet. Det är också sannolikt att den gemensamma produktionen direkt begränsar konkurrensen mellan parterna i avtalet och föranleder dem att komma överens om produktionsnivåer, kvalitet eller andra parametrar som är viktiga ur konkurrenssynpunkt. Detta skulle begränsa konkurrensen även om parterna saluförde produkterna självständigt. Parterna skulle t.ex. kunna begränsa det gemensamma företags produktion jämfört med vad de hade fört in på marknaden om de hade fattat beslut om sin produktion på egen hand. Det gemensamma företaget skulle också kunna ta ut ett högt internpris av parterna och därmed öka deras produktionskostnader, vilket skulle kunna leda till högre priser i efterföljande marknadsled. Parterna har en stor sammanlagd marknadsandel på den befintliga marknaden i efterföljande led, och resten av marknaden är fragmenterad. Denna situation blir sannolikt ännu mer uppenbar på den nya produktmarknaden i efterföljande led eftersom de mindre konkurrenterna inte kan investera i de nya komponenterna. Därför är det fullt sannolikt att den gemensamma produktionen kommer

att begränsa konkurrensen. Dessutom är det sannolikt att marknaden för elektroniska minikomponenter i framtiden kommer att utveckla till ett duopol med en hög grad av gemensamma kostnader och eventuellt utbyte av kommersiellt känslig information mellan parterna. Därför kan det också finnas en stor risk för konkurrenshämmande samordning, vilket leder till samverkan på denna marknad. Därför är det sannolikt att forsknings- och utvecklingsavtalet ger konkurrensbegränsande effekter i den mening som avses i artikel 101.1. Avtalet skulle visserligen kunna medföra effektivitetsvinster i form av ett snabbare införande av ny teknik, men å andra sidan skulle parterna inte möta någon konkurrens på FoU-nivå. Det innebär att deras motivation att i snabb takt driva på den nya tekniken skulle kunna minska mycket kännbart. Även om en del av dessa betänkligheter kan undanröjas genom att parterna åtar sig att på skäliga villkor bevilja tredje parter licenser för know-how som är nödvändig för tillverkning av minikomponenter, förefaller det osannolikt att detta skulle kunna undanröja alla betänkligheter och uppfylla villkoren i artikel 101.3.

Exempel 2

Situation: Ett litet forskningsföretag (företag 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 forsknings- och utvecklingsavtal med ett stort läkemedelsföretag B, som tillverkar produkter som hittills använts för att behandla sjukdomen i fråga. Företag B saknar liknande sakkunskap och ett liknande FoU-program och kan inte bygga upp en sådan sakkunskap inom en relevant tidsram. Företag B har en andel på omkring 75 % i alla medlemsstater på marknaden för befintliga produkter, men vissa patent löper ut under den följande femårsperioden. Det finns två andra forskningspooler med andra företag 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 produkten kan fås ut 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. Det är sannolikt att företag B har en betydande marknadsstyrka på den befintliga marknaden, men den marknadsstyrkan kommer att minska inom kort. B förlorar ingen forskning och forskning på grund av avtalet, eftersom företaget saknar sakkunskap inom detta forskningsområde, och förekomsten av andra forskningspooler eliminerar sannolikt alla incitament att minska FoU-arbetet. 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. Därför är det osannolikt att avtalet ger konkurrensbegränsande effekter i den mening som avses i artikel 101.1. Även om sådana effekter förekom är det sannolikt att villkoren i artikel 101.3 skulle vara uppfyllda.

148. Risk för avskärmning

Exempel 3

Situation: Ett litet forskningsföretag (företag A) som inte har en egen marknadsföringsorganisation har upptäckt och patenterat en ny teknik som kommer att revolutionera marknaden för en viss produkt för vilken det finns en global producent (företag B) som har monopol eftersom inga företag kan konkurrera med företag B:s nuvarande teknik. Det finns två andra forskningspooler med andra företag 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 exklusiv licens att använda tekniken så länge patentet gäller och åtar sig att finansiera endast utvecklingen av företag A:s teknik.

Analys: Det är sannolikt att produkten hör till en ny relevant marknad. Parterna tillför samarbetet kompletterande resurser och kunnande, och sannolikheten för att produkten kommer ut på marknaden ökar betydligt. Att företag B förbinder sig att använda företag A:s nya teknik kan sannolikt föranleda de båda konkurrerande forskningspoolerna att överge sina projekt, eftersom det kan vara svårt att få fortsatt finansiering när de har förlorat den mest sannolika kunden för sin teknik. I en sådan situation kan inga potentiella konkurrenter utmana företag B:s monopolställning i framtiden. Det vore därefter sannolikt att avtalets avskärmande effekt ger konkurrensbegränsande effekter i den mening som avses i artikel 101.1. För att parterna ska kunna omfattas av artikel 101.3 måste de visa att den ensamrätt de beviljats är nödvändig för att få ut den nya tekniken på marknaden.

Exempel 4

Situation: Företag A har marknadsstyrka på den marknad som succéläkemedlet utgör en del av. Ett litet företag (företag B) som bedriver forskning och utveckling på läkemedelsområdet och produktion av aktiva farmaceutiska substanser (API-produktion)) har upptäckt och lämnat in en patentansökan för en ny process som gör det möjligt att producera API till företag A:s succéläkemedel på ett mer ekonomiskt sätt och fortsätter att utveckla processen för industriell produktion. Patentet för den aktiva farmaceutiska substansen i succéläkemedlet upphör att gälla om knappt tre år. Därefter återstår ett antal metodpatent som avser läkemedlet i fråga. Företag B anser att den nya process som det utvecklats inte skulle innebära ett intrång i företag A:s befintliga metodpatent och skulle möjliggöra tillverkning av en generisk version av succéläkemedlet när API-patentet har löpt ut. Företag B skulle antingen kunna tillverka produkten självt eller licensiera processen till intresserade berörda parter, t.ex. generikaföretag eller företag A. Innan företag B slutför sin forskning och utveckling inom detta område ingår det ett avtal med företag A, genom vilket företag A ger ett ekonomiskt bidrag till det FoU-projekt som genomförs av företag B på villkor att det förvärvar en exklusiv licens för något av företag B:s patent som hänger samman med FoU-projektet. Det finns två självständiga forskningspooler för utveckling av en process för tillverkning av succéläkemedlet som inte utgör ett intrång, men det är ännu inte klart om de kommer att utnyttas i industriell produktion.

Analys: Den process som omfattas av företag B:s patentansökan gör det inte möjligt att tillverka en ny produkt. Den förbättrar bara en befintlig produktionsprocess. Företag A har marknadsstyrka på den befintliga marknad som succéläkemedlet utgör en del av. Denna marknadsstyrka skulle försvagas avsevärt när generiska konkurrenter faktiskt kommer ut på marknaden, men den exklusiva licensen gör den process som företag B utvecklat otillgänglig för tredje man och fördröjer sannolikt marknadsinträdet för generiska läkemedel (inte minst eftersom produkten i fråga fortfarande skyddas av flera metodpatent) och begränsar följaktligen konkurrensen i den mening som avses i artikel 101.1. Eftersom företag A och företag B är potentiella konkurrenter är gruppundantagsförordningen om forskning och utveckling inte tillämplig, eftersom företag A:s andel av den marknad som succéläkemedlet utgör en del av är större än 25 %. De kostnadsbesparingar som den nya produktionsprocessen skulle medföra för företag A är inte tillräckliga för att uppväga konkurrensbegränsningen. I alla händelser är en exklusiv licens inte nödvändig för att uppnå besparingar i produktionsprocessen. Därför är det osannolikt att inköpsavtalet uppfyller villkoren i artikel 101.3.

149. Hur FoU-samarbete påverkar dynamiska produkt- och teknikmarknader och miljön

Exempel 5

Situation: Två verkstadsföretag som tillverkar fordonskomponenter kommer överens om att bilda ett gemensamt företag för att slå samman sina FoU-verksamheter för att förbättra produktionen av en befintlig komponent och öka dess prestanda. Tillverkningen av denna komponent skulle också

ha en gynnsam effekt på miljön. Fordon skulle förbruka mindre bränsle och koldioxidutsläppen skulle minska. Företagen slår samman sin licensiering av befintlig teknik inom området, men fortsätter att tillverka och sälja komponenter separat. De båda företagen har marknadsandelar i Europa på 15 % och 20 % på OEM-produktmarknaden. Det finns två andra stora konkurrenter samt flera stora fordonstillverkare med egna forskningsprogram. På världsmarknaden för licensiering av teknik för dessa produkter har parterna andelar på 20 % respektive 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 uppgraderad version.

Analys: Eftersom ingetdera företaget syftar till en helt ny produkt med sitt FoU-arbete, är det marknaderna för befintliga komponenter och för licensiering av relevant teknik som ska beaktas. Parterna har en rätt stor sammanlagd marknadsandel på OEM-marknaden (35 %) och särskilt på teknikmarknaden (45 %). Parterna kommer dock att fortsätta att tillverka och sälja komponenterna separat. Dessutom finns det flera konkurrerande tekniker som förbättras regelbundet. Dessutom är de fordonstillverkare som för närvarande inte licensierar sin teknik också potentiella nya aktörer på teknikmarknaden och begränsar därmed parternas möjligheter att höja priserna på ett lönsamt sätt. I den mån det gemensamma företaget begränsar konkurrensen i den mening som avses i artikel 101.1 är det troligt att det ändå skulle uppfylla villkoren i artikel 101.3. Vid en bedömning enligt artikel 101.3 måste det beaktas att konsumenterna skulle gynnas av en lägre bränsleförbrukning.

4. PRODUKTIONSAVTAL

4.1. Definition och tillämpningsområde

150. Produktionsavtal kan ha olika form och tillämpningsområden. De kan antingen föreskriva att produktionen utförs av endast en part eller att den utförs av två eller flera parter. Företag kan bedriva gemensam produktion inom ramen för ett gemensamt företag (dvs. ett gemensamt kontrollerat företag som driver en eller flera produktionsanläggningar) eller genom lösare former för produktionssamarbete, t.ex. underleverantörsavtal där en part (uppdragsgivaren) anförtror en annan part (underleverantören) produktionen av en vara.
151. Det finns olika typer av underleverantörsavtal. Horisontella underleverantörsavtal ingås mellan företag som är verksamma på samma produktmarknad, oavsett om de är faktiska eller potentiella konkurrenter. Vertikala underleverantörsavtal ingås mellan företag som är verksamma på olika marknadsnivåer.
152. Horisontella underleverantörsavtal omfattar ensidiga och ömsesidiga specialiseringsavtal och underleverantörsavtal som syftar till att öka produktionen. Ensidiga specialiseringsavtal är avtal mellan två parter som båda är verksamma på samma produktmarknad eller -marknader, genom vilka en part åtar sig att helt eller delvis sluta tillverka vissa produkter eller att avhålla sig från att tillverka dessa produkter och åtar sig att köpa dem av den andra parten, som åtar sig att tillverka och leverera dessa produkter. Ömsesidiga specialiseringsavtal är avtal mellan två eller flera parter som båda är verksamma på samma produktmarknad eller -marknader, genom vilka två eller flera parter ömsesidigt åtar sig att helt eller delvis sluta tillverka vissa produkter eller att avhålla sig från att tillverka vissa men olika produkter och åtar sig att köpa dessa produkter från övriga parter, som åtar sig att tillverka och leverera dem. I fråga om underleverantörsavtal som har till syfte att öka produktionen anförtror uppdragsgivaren underleverantören produktionen av en vara, samtidigt som uppdragsgivaren inte upphör med eller minskar sin egen produktion av varan i fråga.
153. Dessa riktlinjer gäller alla former av gemensamma produktionsavtal och horisontella underleverantörsavtal. På vissa villkor kan gemensamma produktionsavtal samt ensidiga och ömsesidiga specialiseringsavtal omfattas av gruppundantagsförordningen om specialisering.

154. Vertikala underleverantörsavtal omfattas inte av dessa riktlinjer. De omfattas av riktlinjerna om vertikala begränsningar och kan på vissa villkor omfattas av gruppundantagsförordningen om vertikala begränsningar. Dessutom kan de omfattas av kommissionens tillkännagivande av den 18 december 1978 om bedömning av vissa underleverantörsavtal med avseende på artikel 85.1 i EEG-fördraget ⁽¹⁾ (*tillkännagivandet om underleverantörsavtal*).

4.2. De relevanta marknaderna

155. För att bedöma konkurrensförhållandet mellan samarbetsparterna, är det nödvändigt att först definiera de relevanta marknader som direkt berörs av produktionssamarbetet (dvs. de marknader som de produkter som tillverkas enligt produktionsavtalet tillhör).
156. Ett produktionsavtal kan också ha spridningseffekter på marknader som gränsar till den marknad som direkt berörs av samarbetet, t.ex. i föregående eller efterföljande marknadsled i förhållande till avtalet (de s.k. spill-over-marknaderna) ⁽²⁾. Det är sannolikt att spill-over-marknaderna är relevanta om marknaderna är beroende av varandra och parterna har en stark ställning på spill-over-marknaden.

4.3. Bedömning enligt artikel 101.1

4.3.1. De centrala konkurrensproblemen

157. Produktionsavtal kan leda till en direkt begränsning av konkurrensen mellan parterna. Produktionsavtal, särskilt gemensamma produktionsföretag, kan föranleda parterna att direkt samordna produktionsnivåer och kvalitet, det pris till vilket det gemensamma företaget ska sälja sina produkter eller andra parametrar som är viktiga ur konkurrenssynpunkt. Detta kan begränsa konkurrensen även om parterna saluför produkterna självständigt.
158. Produktionsavtal kan också leda till att parterna samordnar sitt konkurrensbeteende i egenskap av leverantörer, vilket leder till högre priser eller minskad produktion, sämre produktkvalitet eller produktutbud eller minskad innovation, dvs. samverkan. Detta kan inträffa förutsatt att parterna har marknadsstyrka och marknaden har egenskaper som främjar sådan samordning, särskilt om produktionsavtalet ökar parternas gemensamma kostnader (dvs. andelen rörliga kostnader som är gemensamma för parterna) till en grad som ger dem möjlighet att bedriva samverkan, eller om avtalet omfattar utbyte av kommersiellt känslig information som kan leda till samverkan.
159. Vidare kan produktionsavtal leda till konkurrenshämmande avskärmning av tredje man på en angränsande marknad (t.ex. marknaden i efterföljande led som är beroende av insatsvaror från den marknad som produktionsavtalet avser). Det kan t.ex. hända att parter som bedriver gemensam produktion i ett föregående marknadsled genom att förvärva tillräcklig marknadsstyrka kan höja priset på en nyckelkomponent i ett efterföljande marknadsled. Därigenom kan de använda den gemensamma produktionen till att öka kostnaderna för sina konkurrenter i efterföljande marknadsled och slutligen tränga ut dem från marknaden. Detta skulle i sin tur öka parternas marknadsstyrka i efterföljande led, vilket skulle tillåta dem att hålla priserna över den nivå som råder vid normala konkurrensförhållanden eller skada konsumenterna på något annat sätt. Sådana konkurrensproblem kan bli verklighet oberoende av om parterna i avtalet är konkurrenter på den marknad där samarbetet bedrivs. För att avskärmning av detta slag ska ha konkurrensbegränsande effekter måste minst en av parterna ha en stark ställning på den marknad där riskerna för avskärmning bedöms.

4.3.2. Avtal som har till syfte att begränsa konkurrensen

160. I allmänhet har avtal som omfattar fastställande av priser, begränsning av produktionen eller uppdelning av marknader och kundkretsar till syfte att begränsa konkurrensen. Detta gäller dock inte i fråga om produktionsavtal, om

⁽¹⁾ EGT C 1, 3.1.1979, s. 2.

⁽²⁾ Anges också i artikel 2.4 i koncentrationsförordningen.

- 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 entreprenad), förutsatt att övriga konkurrensparametrar inte satts ur spel, eller
- ett produktionsavtal som också omfattar gemensam distribution av de gemensamt tillverkade produkterna föreskriver gemensamt fastställande av försäljningspriserna för dessa produkter, och endast dessa, förutsatt att denna begränsning är nödvändig för gemensam tillverkning. Det innebär att parterna inte annars skulle ha något incitament att ingå produktionsavtalet överhuvudtaget.

161. I dessa två fall måste man bedöma om det är sannolikt att avtalet ger konkurrensbegränsande effekter i den mening som avses i artikel 101.1. I båda fallen granskas avtalet om produktion eller priser inte separat, utan hela produktionsavtalets övergripande effekter på marknaden tas samtidigt med i bedömningen.

4.3.3. Konkurrensbegränsande effekter

162. Huruvida det är sannolikt att de eventuella betänkligheter i konkurrenshänseende som produktionsavtal kan ge upphov till besannas i ett visst fall beror på egenskaperna hos den marknad där avtalet har ingåtts samt samarbetets och den av samarbetet berörda produktens art och marknadstäckning. Dessa variabler avgör hur ett produktionsavtal sannolikt kommer att påverka konkurrensen och därmed om artikel 101.1 är tillämplig.
163. Huruvida det är sannolikt att ett produktionsavtal ger upphov till konkurrensbegränsande effekter beror på den situation som skulle råda om avtalet inte fanns med alla sina påstådda begränsningar. Det är följaktligen inte sannolikt att produktionsavtal mellan företag som konkurrerar på marknader där samarbete förekommer har konkurrensbegränsande effekter, om samarbetet ger upphov till en ny marknad, dvs. om avtalet ger parterna möjlighet att lansera en ny produkt eller tjänst som de, på grundval av objektiva faktorer, annars inte hade kunnat lansera t.ex. på grund av deras tekniska kapacitet.
164. I vissa branscher där tillverkning är den huvudsakliga verksamheten kan även ett rent produktionsavtal i sig sätta viktiga konkurrenskomponenter ur funktion, och därmed direkt begränsa konkurrensen mellan parterna i avtalet.
165. Alternativt kan ett produktionsavtal leda till samverkan eller konkurrenshämmande avskärmning genom att öka företagets marknadsstyrka och deras gemensamma kostnader eller om det omfattar utbyte av kommersiellt känsligt information. Å andra sidan är det inte sannolikt att det förekommer samverkan, konkurrenshämmande avskärmning eller en direkt begränsning av konkurrensen mellan parterna om parterna i ett avtal inte har marknadsstyrka på den marknad där konkurrensproblemen bedöms. Marknadsstyrka är det enda som kan ge dem möjlighet att på ett lönsamt sätt hålla priserna på en högre nivå än under normala konkurrensförhållanden, eller på ett lönsamt sätt hålla produktion, produktkvalitet eller produktutbud på en lägre nivå än vad som dikteras av konkurrensen.
166. I fall där ett företag med marknadsstyrka på en marknad samarbetar med en potentiell ny aktör på marknaden, t.ex. med en leverantör av samma produkt på en angränsande geografisk marknad eller produktmarknad, kan avtalet öka den etablerade aktörens marknadsstyrka. Detta kan ge konkurrensbegränsande effekter om den faktiska konkurrensen på den etablerade aktörens marknad redan är svag och hotet om inträde är en viktig källa till konkurrenstryck.
167. Produktionsavtal som också omfattar saluföringsfunktioner, t.ex. gemensam distribution och/eller marknadsföring, medför en större risk för konkurrensbegränsande effekter än gemensamma produktionsavtal som inte omfattar något annat. Gemensam saluföring för samarbetet närmare konsumenten och omfattar vanligen gemensamt fastställande av priser och försäljning, dvs. metoder som medför de största riskerna för konkurrensen. I regel är det dock mindre sannolikt att avtal om gemensam distribution av produkter som har tillverkats gemensamt begränsar konkurrensen än att fristående avtal om gemensam distribution gör det. Vidare gäller att ett avtal om gemensam distribution som är nödvändigt för att avtalet om gemensam produktion ska kunna genomföras överhuvudtaget mindre sannolikt begränsar konkurrensen än om det inte vore nödvändigt för den gemensamma produktionen.

Marknadsstyrka

168. Det är osannolikt att ett produktionsavtal medför konkurrensbegränsande effekter om parterna i avtalet saknar marknadsstyrka på den marknad där en konkurrensbegränsning bedöms. Utgångspunkten för en analys av marknadsstyrka är parternas marknadsandel. Därefter följer i regel en bedömning av koncentrationsgraden och antalet aktörer på marknaden samt andra dynamiska faktorer, som potentiellt marknadsinträde och föränderliga marknadsandelar.
169. Det är osannolikt att företag har marknadsstyrka under en viss marknadsandel. Därför omfattas ensidiga eller ömsesidiga specialiseringsavtal och även avtal om gemensam produktion inklusive vissa integrerade saluföringsfunktioner såsom gemensam distribution av gruppundantag, om de ingår mellan företag med en sammanlagd marknadsandel på högst 20 % på de relevanta marknaderna, under förutsättning att övriga villkor för tillämpning av gruppundantagsförordningen om specialisering är uppfyllda. Dessutom är det i fråga om horisontella underleverantörsavtal som syftar till ökad produktion i de flesta fall osannolikt att marknadsstyrka föreligger om parterna i avtalet har en sammanlagd marknadsandel som inte överstiger 20 %. Om parternas gemensamma marknadsandel inte överstiger 20 % är det i alla händelser sannolikt att villkoren i artikel 101.3 är uppfyllda.
170. Om parternas gemensamma marknadsandel däremot överstiger 20 % måste de konkurrensbegränsande effekterna analyseras, eftersom avtalet inte omfattas av tillämpningsområdet för gruppundantagsförordningen om specialisering eller det safe harbour-undantag för horisontella underleverantörsavtal som syftar till ökad produktion som avses i tredje och fjärde meningarna punkt 169. En marknadsandel som är måttligt större än vad gruppundantagsförordningen om specialisering eller safe harbour-undantaget som avses i tredje och fjärde meningarna punkt 169 tillåter behöver inte innebära att marknaden är starkt koncentrerad, vilket är en viktig faktor för bedömningen. Parterna kan ha en sammanlagd marknadsandel på något mer än 20 % på en marknad med en måttlig koncentration. Det är i allmänhet mer sannolikt att ett produktionsavtal får konkurrensbegränsande effekter på en koncentrerad marknad än på en marknad som inte är koncentrerad. Likaledes kan ett produktionsavtal på en koncentrerad marknad öka risken för samverkan även om parterna endast har en måttlig sammanlagd marknadsandel.
171. Även om parterna i avtalet har stora marknadsandelar och marknadskoncentrationen är hög kan riskerna för konkurrensbegränsande effekter fortfarande vara låga om det är fråga om en dynamisk marknad, där nya aktörer kommer in på marknaden och företagens marknadsställningar ofta förändras.
172. Relevanta faktorer vid en bedömning av om parterna i ett produktionsavtal har marknadsstyrka är antalet kopplingar (t.ex. andra samarbetsavtal) mellan konkurrenterna på marknaden och hur starka dessa kopplingar är.
173. Olika faktorer, t.ex. om parterna i avtalet har stora marknadsandelar, om de är nära konkurrenter, om kunderna har begränsade möjligheter att byta leverantör, om det är osannolikt att konkurrenterna ökar utbudet om priserna höjs och om en av parterna i avtalet är en viktig konkurrensfaktor, är alla relevanta för en konkurrensrättslig bedömning av avtalet.

Direkt begränsning av konkurrensen mellan parterna

174. Konkurrens mellan parterna i ett produktionsavtal kan begränsas direkt på olika sätt. Parterna i ett produktionsavtal skulle t.ex. kunna begränsa det gemensamma företagets produktion jämfört med vad de hade fört in på marknaden om var och en av dem hade fattat beslut om sin produktion på egen hand. Om de viktigaste egenskaperna avgörs av produktionsavtalet kan det också sätta centrala aspekter av konkurrensen mellan parterna ur spel och slutligen få konkurrensbegränsande effekter. Ett annat exempel är ett gemensamt företag som tar ut ett högt internpris av parterna och därmed öka deras produktionskostnader, vilket skulle kunna leda till högre priser i efterföljande marknadsled. Konkurrenter kan finna det lönsamt att höja priserna som motåtgärd och därmed bidra till pris-höjningar på den relevanta marknaden.

Samverkan

175. Sannolikheten för att samverkan uppstår beror på parternas marknadsstyrka och den relevanta marknadens egenskaper. Samverkan kan framför allt (men inte enbart) bli följden av gemensamma kostnader eller informationsutbyte som produktionsavtalet fört med sig.
176. Ett produktionsavtal mellan parter som har marknadsstyrka kan ha konkurrensbegränsande effekter om det ökar deras gemensamma kostnader (dvs. den andel av de rörliga kostnaderna som är gemensam för parterna) till en nivå som ger dem möjlighet att samverka. De relevanta kostnaderna är de rörliga kostnaderna för den produkt som parterna i produktionsavtalet konkurrerar med.
177. Det är mer sannolikt att ett produktionsavtal ger upphov till samverkan om parterna redan innan avtalet ingås har en stor andel gemensamma rörliga kostnader, eftersom den ytterligare ökningen (dvs. produktionskostnaderna för avtalsprodukten) kan få vågskålen att väga över mot samverkan. Omvänt gäller att om ökningen är stor, kan risken för samverkan vara stor även om parterna har en låg grad av gemensamma kostnader i början.
178. Gemensamma kostnader ökar risken för samverkan endast om produktionskostnaderna utgör en stor andel av de rörliga kostnader som berörs. Detta är inte fallet t.ex. om samarbetsavtalet avser produkter som kräver kostsam saluföring. Ett exempel på detta är nya eller heterogena produkter som kräver kostsam marknadsföring eller höga transportkostnader.
179. Ett annat tänkbart scenario där gemensamma kostnader kan leda till samverkan är om parterna kommer överens om gemensam produktion av en mellanprodukt som utgör en stor andel av de rörliga kostnaderna för den färdigprodukt som parterna konkurrerar med i efterföljande marknadsled. Parterna skulle kunna använda produktionsavtalet till att höja priset på denna viktiga gemensamma insatsvara för sina produkter i det efterföljande marknadsledet. Detta skulle försvaga konkurrensen i efterföljande marknadsled och sannolikt leda till högre slutpriser. Vinsten skulle uppkomma i det föregående i stället för det efterföljande marknadsledet och därefter delas mellan parterna via det gemensamma företaget.
180. Gemensamma kostnader ökar likaså risken för att horisontella underleverantörsavtal ska hämma konkurrensen om den insatsvara som uppdragsgivaren köper av underleverantören utgör en stor andel av de rörliga kostnaderna för den färdigprodukt som parterna konkurrerar med.
181. Eventuella negativa effekter av informationsutbytet kommer inte att bedömas separat utan mot bakgrund av avtalets övergripande effekter. Ett produktionsavtal kan medföra konkurrensbegränsande effekter om det omfattar utbyte av kommersiellt strategisk information som kan leda till samverkan eller konkurrenshämmande avskärmning. Huruvida det är sannolikt att informationsutbytet inom ramen för ett produktionsavtal medför konkurrensbegränsande effekter bör bedömas enligt den vägledning som ges i kapitel 2.
182. Om informationsutbytet inte går utöver det som är nödvändigt för den gemensamma produktionen av de varor som omfattas av produktionsavtalet, är det mer sannolikt att avtalet uppfyller villkoren i artikel 101.3 än om informationsutbytet går utöver det som den gemensamma produktionen kräver, även om det har konkurrensbegränsande effekter i den mening som avses i artikel 101.1. I ett sådant fall är det sannolikt att de effektivitetsvinster som den gemensamma produktionen ger upphov till uppväger de konkurrensbegränsande effekterna av att parterna samordnar sitt beteende. Omvänt gäller i fråga om produktionsavtal att det är mindre sannolikt att sådant utbyte av uppgifter som inte är nödvändigt för gemensam produktion, t.ex. utbyte av information om priser och försäljning, uppfyller villkoren i artikel 101.3.

4.4. Bedömning enligt artikel 101.3**4.4.1. Effektivitetsvinster**

183. Produktionsavtal kan främja konkurrensen om de medför effektivitetsvinster i form av kostnadsbesparingar eller bättre produktionsteknik. Genom att producera tillsammans kan företag spara kostnader som de annars skulle dubblara. De kan också producera till lägre kostnader om samarbetet ger

dem möjlighet att öka produktionen, eftersom marginalkostnaderna minskar vid ökande produktion, dvs. tack vare stordriftsfördelar. Gemensam produktion kan också hjälpa företag att förbättra produktkvaliteten om de slår samman kompletterande kunnande och know-how. Samarbete kan också göra det möjligt för företag att öka produktutbudet på ett sätt som de annars inte hade haft råd med eller kunnat åstadkomma. Om gemensam produktion ger parterna möjlighet att öka antalet olika typer av produkter kan det också medföra kostnadsbesparingar genom diversifieringsfördelar.

4.4.2. Nödvändighet

184. Begränsningar som går utöver det som är nödvändigt för att uppnå de effektivitetsvinster som ett produktionsavtal för med sig uppfyller inte villkoren i artikel 101.3. Exempelvis begränsningar som i ett produktionsavtal åläggs parternas konkurrensbeteende avseende produktion utanför samarbetet betraktas i regel inte som oundgängligt. Gemensamt fastställande av priser anses inte heller oundgängligt om produktionsavtalet inte dessutom omfattar gemensam saluföring.

4.4.3. Nyttä för konsumenterna

185. Effektivitetsvinster som uppnås med hjälp av nödvändiga begränsningar måste komma konsumenterna till godo i form av lägre priser eller bättre produktkvalitet eller produktutbud i en sådan omfattning att det uppväger de konkurrensbegränsande effekterna. Effektivitetsvinster som endast gagnar parterna eller kostnadsbesparingar som orsakas av minskad produktion eller uppdelning av marknaden är inte tillräckligt för att uppfylla villkoren i artikel 101.3. Om parterna i produktionsavtalet uppnår besparingar av sina rörliga kostnader är det mer sannolikt att de låter dem komma konsumenterna till godo än om de sänker sina fasta kostnader. Dessutom gäller att ju större marknadsstyrka parterna har, desto mindre sannolikt är det att de låter effektivitetsvinsterna komma konsumenterna till godo i en omfattning som uppväger de konkurrensbegränsande effekterna.

4.4.4. Konkurrensen sätts inte ur spel

186. Villkoren i artikel 101.3 kan inte uppfyllas, om parterna ges möjlighet att sätta konkurrensen ur spel med avseende på en väsentlig del av produkterna i fråga. Detta måste undersökas på den relevanta marknaden för de produkter som är föremål för samarbetet samt på eventuella spill-over-marknader.

4.5. Exempel

187. Gemensamma kostnader och samverkan

Exempel 1

Situation: Företag A och B, två leverantörer av en produkt X, beslutar att stänga sina befintliga och föråldrade produktionsanläggningar och bygga en större, modern och effektivare produktionsanläggning driven av ett gemensamt företag som kommer att ha större kapacitet än företagen A:s och B:s gamla anläggningar tillsammans. Inga andra sådana investeringar planeras av konkurrenter, som utnyttjar sina anläggningar till full kapacitet. Företagen A och B har en marknadsandel på 20 % respektive 25 %. Deras produkter är de närmaste substituten inom ett specifikt marknadssegment, som är koncentrerat. Marknaden är öppen och ganska stagnerad, inga nya aktörer kommer in på marknaden och marknadsandelarna har varit stabila över tid. Produktionskostnaderna utgör en stor del av företagen A:s och B:s rörliga kostnader för produkt X. Saluföring är en mindre viktig ekonomisk verksamhet i fråga om kostnader och strategisk betydelse jämfört med produktion: kostnaderna för marknadsföring är låga eftersom produkt X är homogen och etablerad och transport inte är en viktig drivkraft för konkurrens.

Analys: Om företagen A och B delar alla eller största delen av sina rörliga kostnader skulle detta produktionsavtal kunna leda till en direkt begränsning av konkurrensen mellan dem. Det kan föranleda parterna att begränsa det gemensamma företagets produktion jämfört med vad de hade fört in på marknaden om de var för sig hade fattat beslut om sin produktion på egen hand. Med tanke på konkurrenternas kapacitetsbegränsningar skulle denna minskning av produktionen kunna leda till högre priser.

Även om företagen A och B inte delade största delen av sina rörliga kostnader utan endast en betydande del av dem skulle detta produktionsavtal kunna leda till samverkan mellan företagen A och B och därmed indirekt sätta konkurrensen ur spel mellan de båda parterna. Sannolikheten för detta är inte endast beroende av frågan om gemensamma kostnader (som är gemensamma i hög grad i det här fallet) utan också på den relevanta marknadens egenskaper, t.ex. öppenhet, stabilitet och koncentrationsnivå.

I någon av de båda situationer som beskrivs ovan är det på grund av marknadsstrukturen i det här exemplet sannolikt att företagen A:s och B:s gemensamma produktionsföretag skulle få konkurrensbegränsande effekter i den mening som avses i artikel 101.1 på marknaden för X.

Att två mindre, gamla produktionsanläggningar ersätts av en större, modern och effektivare anläggning kan föranleda det gemensamma företaget att öka produktionen till lägre priser till fördel för konsumenterna. Produktionsavtalet kan dock uppfylla villkoren i artikel 101.3 endast om parterna kan styrka att effektivitetsvinster skulle komma konsumenterna till godo i en omfattning som uppväger de konkurrensbegränsande effekterna.

188. Kopplingar mellan konkurrenter och samverkan

Exempel 2

Situation: Två leverantörer, företagen A och B, bildar ett gemensamt produktionsföretag för tillverkning av produkten Y. Företagen A och B har vardera en marknadsandel på 15 % på marknaden för Y. Det finns tre andra aktörer på marknaden: Företag C med en marknadsandel på 30 %, företag D med 25 % och företag E med 15 %. Företagen B och D har redan en gemensam produktionsanläggning.

Analys: Marknaden kännetecknas av mycket få aktörer och ganska symmetriska strukturer. Samarbetet mellan företagen A och B skulle skapa en ytterligare koppling på marknaden som i praktiken skulle öka koncentrationen på marknaden, eftersom det också skulle koppla företag D till företagen A och B. Det är sannolikt att detta samarbete ökar risken för samverkan och därmed är det också sannolikt att det ger konkurrensbegränsande effekter i den mening som avses i artikel 101.1. Villkoren i artikel 101.3 kan uppfyllas endast om betydande effektivitetsvinster förekommer som kommer konsumenterna till godo i en utsträckning som uppväger de konkurrensbegränsande effekterna.

189. Konkurrenshämmande avskärmning i ett efterföljande marknadsled

Exempel 3

Situation: Företagen A och B bildar ett gemensamt produktionsföretag för mellanprodukten X som täcker hela deras produktion av den produkten. Produktionskostnaderna för X utgör 70 % av de rörliga kostnaderna för färdigprodukten Y som företagen A och B konkurrerar med i efterföljande marknadsled. Företagen A och B har vardera 20 % av marknaden för Y, nya aktörer kommer in på marknaden i begränsad utsträckning och marknadsandelarna har varit stabila över tid. Förutom att företagen A och B täcker sitt eget behov av X har vardera företaget en marknadsandel på 40 % på marknaden för X. Inträdeshindren är höga på marknaden för X och de befintliga producenterna utnyttjar nästan hela sin kapacitet. På marknaden för Y finns det två andra betydande leverantörer som vardera har en marknadsandel på 15 %, samt flera mindre konkurrenter. Detta avtal medför stordriftsfördelar.

Analys: Tack vare det gemensamma produktionsföretaget skulle företagen A och B i stor utsträckning kunna kontrollera leveranserna av den viktiga insatsvaran X till sina konkurrenter på marknaden för Y. Detta skulle ge företagen A och B möjlighet att öka kostnaderna för konkurrenterna genom att på ett konstgjort sätt höja priset på X eller genom att minska produktionen. Det skulle avskärma konkurrenter till företagen A och B på marknaden för Y. Detta avtal ger troligen upphov till konkurrensbegränsande effekter i den mening som avses i artikel 101.1 eftersom det sannolikt leder till Konkurrenshämmande avskärmning i efterföljande marknadsled. Det är osannolikt att de stordriftsfördelar som det gemensamma produktionsföretaget ger upphov till uppväger de konkurrensbegränsande effekterna och därför är det högst osannolikt att avtalet skulle uppfylla villkoren i artikel 101.3.

190. Specialiseringsavtal som marknadsuppdelning

Exempel 4

Situation: Företagen A och B tillverkar vardera både produkt X och produkt Y. Företag A har 30 % av marknaden för X och 10 % av marknaden för Y. B:s marknadsandel är 10 % för X och 30 % för Y. För att uppnå stordriftsfördelar ingår de ett ömsesidigt specialiseringsavtal enligt vilket företag A endast ska tillverka X och företag B endast ska tillverka Y. De levererar inte varan korsvis till varandra, så företag A säljer enbart X och företag B enbart Y. Parterna hävdar att de sparar kostnader genom att specialisera sig tack vare de stordriftsfördelar det medför, och genom att inrikta sig på en enda produkt förbättrar de sin produktionsteknik vilket leder till produkter av bättre kvalitet.

Analys: Med tanke på hur det påverkar konkurrensen på marknaden ligger det här specialiseringsavtalet nära en särskilt allvarlig kartell där parterna delar upp marknaden mellan sig. Avtalet har därför till syfte att begränsa konkurrensen. Eftersom de påstådda effektivitetsvinsterna i form av stordriftsfördelar och förbättrad produktionsteknik endast sammanhänger med marknadsuppdelningen är det osannolikt att de uppväger de konkurrensbegränsande effekterna, och därför skulle avtalet inte uppfylla villkoren i artikel 101.3. Dessutom kan företagen A eller B i alla händelser, om de tror att det vore mer effektivt att koncentrera sig på en enda produkt, helt enkelt fatta ett ensidigt beslut om att endast producera X eller Y utan att samtidigt avtala om att det andra företaget ska koncentrera sig på att producera den andra produkten.

Detta fall måste analyseras på ett annat sätt om företagen A och B förser varandra med leveranser av den produkt de koncentrerar sig på så att båda företagen fortsätter att sälja X och Y. I ett sådant fall skulle företagen A och B fortfarande kunna konkurrera med priset på bägge marknaderna, särskilt om produktionskostnaderna (som blir gemensamma genom produktionsavtalet) inte utgjorde huvuddelen av de rörliga kostnaderna för deras produkter. De relevanta kostnaderna i det här sammanhanget är kostnaderna för saluföring. Därför är det osannolikt att specialiseringsavtalet begränsar konkurrensen om X och Y är övervägande heterogena produkter med en mycket stor andel kostnader för marknadsföring och distribution (t.ex. 65–70 % eller mer av de totala kostnaderna). I ett sådant scenario är risken för samverkan liten och villkoren i artikel 101.3 kan vara uppfyllda, under förutsättning att effektivitetsvinsterna kommer konsumenterna till godo i en sådan omfattning att de uppväger avtalets konkurrensbegränsande effekter.

191. Potentiella konkurrenter

Exempel 5

Situation: Företag A producerar färdigprodukten X och företag B producerar färdigprodukten Y. X och Y utgör två separata produktmarknader, där A respektive B har stor marknadsstyrka. Båda företagen använder Z som insatsvara för sin produktion av X och Y och båda två producerar Z enbart för egna behov. X är en produkt med lågt mervärde för vilken Z är en viktig insatsvara (X är en tämligen enkel bearbetning av Z). Y är en produkt med stort mervärde, för vilken Z är en av många insatsvaror (Z utgör en liten del av de rörliga kostnaderna för Y). Företagen A och B kommer överens om att gemensamt producera Z, vilket medför måttliga stordriftsfördelar.

Analys: Företagen A och B är inte faktiska konkurrenter när det gäller X, Y eller Z. Eftersom X är en enkel bearbetning av insatsvaran Z är det dock emellertid sannolikt att företag B lätt skulle kunna komma in på marknaden för X och därmed utmana företag A:s ställning på den marknaden. Det gemensamma produktionsavtalet avseende Z kan minska drivfjädern för företag B att göra det eftersom den gemensamma produktionen kan användas till kompensationer och minska sannolikheten för att företag B ska sälja produkten X (eftersom företag A sannolikt har kontroll över den mängd av Z som företag B köper av det gemensamma företaget). Huruvida det är sannolikt att företag B skulle komma in på marknaden för X om avtalet inte fanns beror på hur lönsamt ett sådant marknadsinträde förväntas vara. Eftersom X är en produkt med litet mervärde kan det hända att det inte är lönsamt att komma in på marknaden och därmed skulle företag B sannolikt inte komma in på marknaden om avtalet inte fanns. Eftersom företagen A och B redan har

marknadsstyrka ger avtalet sannolikt konkurrensbegränsande effekter i den mening som avses i artikel 101.1, om avtalet verkligen minskar sannolikheten för att företag B går in på företag A:s marknad, dvs. marknaden för X. Effektivitetsvinster i form av stordriftsfördelar som avtalet medför är måttliga och därför är det osannolikt att de uppväger konkurrensbegränsningarna.

192. Informationsutbyte inom ramen för ett produktionsavtal

Exempel 6

Situation: Företagen A och B med stor marknadsstyrka beslutar att producera tillsammans för att bli mer effektiva. Inom ramen för detta avtal utbyter de i hemlighet information om sina framtida priser. Avtalet omfattar inte gemensam distribution.

Analys: Detta informationsutbyte gör samverkan sannolik och har därför sannolikt till syfte att begränsa konkurrensen i den mening som avses i artikel 101.1. Det är osannolikt att informationsutbytet uppfyller villkoren i artikel 101.3, eftersom parterna inte behöver utbyta information om sina framtida priser för att kunna producera gemensamt och uppnå motsvarande kostnadsbesparingar.

193. Swappar och informationsutbyte

Exempel 7

Situation: Både företagen A och B producerar Z, en insatskemikalie. Z är en homogen produkt som tillverkas enligt en europeisk standard som inte tillåter produktvarianter. Produktionskostnaderna är en betydande kostnadsfaktor när det gäller Z. Företag A har 20 % och företag B 25 % av unionens marknad för Z. Det finns fyra andra tillverkare på marknaden för Z, med marknadsandelar på 20 %, 15 %, 10 % respektive 10 %. Produktionsanläggningen för företag A är belägen i medlemsstat X i norra Europa medan produktionsanläggningen för företag B är belägen i medlemsstat Y i södra Europa. Företag A har flertalet av sina kunder i norra Europa, men har också en del kunder i södra Europa. Företag B har flertalet av sina kunder i södra Europa men också en del kunder i norra Europa. För närvarande förser företag A sina sydeuropeiska kunder med Z, som tillverkas i A:s produktionsanläggning i X, och som transporteras till Sydeuropa med långtradare. Företag B förser sina nordeuropeiska kunder med Z som tillverkas i Y och transporteras till Nordeuropa, också med långtradare. Transportkostnaderna är ganska höga, men inte så höga att det är olönsamt för företag A att leverera till Sydeuropa och för företag B att leverera till Nordeuropa. Transportkostnaderna från X till Sydeuropa är lägre än från Y till Nordeuropa.

Företagen A och B beslutar att det vore mer effektivt om A slutade transportera Z från X till Sydeuropa och om B slutade transportera Z från Y till Nordeuropa, samtidigt som de är måna om att behålla sina kunder. Företagen A och B avser att ingår ett swapavtal som ger dem möjlighet att köpa in en överenskommen årlig mängd av Z från den andra partens anläggning för att sälja denna mängd till de av sina kunder som ligger närmare den andra partens anläggning. De kommer överens om att lämna ut information till varandra om sina huvudsakliga kostnader för Z (dvs. produktionskostnader och transportkostnader) för att kunna beräkna ett inköpspris som inte gynnar den ena parten på den andra partens bekostnad och som tar hänsyn till att parterna har olika stora produktionskostnader och olika stora besparingar av transportkostnaderna, och för att garantera att bägge parter kan uppnå en skäligen marginal.

Analys: Det faktum att företagen A och B – som är konkurrenter – bedriver byteshandel med delar av sin produktion orsakar inte i sig några betänkligheter i konkurrenshänseende. Enligt det planerade swapavtalet ska företagen A och B utbyta information om såväl produktions- som transportkostnader rörande Z. Dessutom har företagen A och B tillsammans en stark ställning på en ganska koncentrerad marknad för en homogen stapelvara. På grund av det omfattande informationsutbytet om en viktig konkurrensparameter rörande Z är det därför sannolikt att swapavtalet mellan A och B ger konkurrensbegränsande effekter i den mening som avses i artikel 101.1, eftersom det kan leda till samverkan. Avtalet kan visserligen medföra betydande effektivitetsvinster i form av

kostnadsbesparingar för parterna, men de konkurrensbegränsningar som avtalet ger upphov till är inte nödvändiga för att uppnå effektivitetsvinster. Parterna skulle kunna uppnå motsvarande kostnadsbesparingar genom att komma överens om en prisformel som inte kräver att de lämnar ut information om sina produktions- och transportkostnader. Därför uppfyller swappavtalet inte villkoren i artikel 101.3 i dess nuvarande form.

5. INKÖPSAVTAL

5.1. Definition

194. Detta kapitel avser avtal om gemensamma inköp av produkter. Gemensamma inköp kan genomföras genom ett företag som parterna kontrollerar gemensamt eller ett företag där många andra företag äger minoritetsandelar, genom ett avtalsarrangemang eller genom ännu lösare samarbetsformer (här utan åtskillnad kallade *överenskommelser om gemensamma inköp*). Överenskommelser om gemensamma inköp har vanligen till syfte att skapa köparstyrka, vilket kan leda till lägre priser eller produkter av bättre kvalitet för konsumenterna. Under vissa omständigheter kan köparstyrka dock ge upphov till konkurrensproblem.
195. Överenskommelser om gemensamma inköp kan omfatta såväl horisontella som vertikala avtal. I sådana fall måste en tvåstegsanalys göras. Först måste de horisontella avtalen mellan de företag som gör gemensamma inköp bedömas enligt de principer som beskrivs i dessa riktlinjer. Om denna bedömning utmynnar i slutsatsen att överenskommelsen om gemensamma inköp inte orsakar konkurrensproblem måste en ny bedömning göras av de vertikala avtal som ingåtts senare. Denna senare bedömning följer bestämmelserna i gruppundantagsförordningen om vertikala begränsningar och i riktlinjerna om vertikala begränsningar.
196. En vanlig form av överenskommelse är en "allians", dvs. en sammanslutning av företag som en grupp av återförsäljare bildat för gemensamma inköp av produkter. De horisontella avtal som ingås mellan medlemmarna i alliansen eller de beslut alliansen fattar måste först bedömas som ett horisontellt samarbetsavtal enligt dessa riktlinjer. Endast om denna bedömning inte avslöjar några konkurrensproblem blir det relevant att bedöma de vertikala avtal av intresse som ingåtts mellan alliansen och en enskild alliansmedlem samt mellan alliansen och leverantörerna. Dessa avtal omfattas – på vissa villkor – av gruppundantagsförordningen om vertikala begränsningar. Vertikala avtal som inte omfattas av denna gruppundantagsförordning antas inte vara olagliga men de måste undersökas individuellt.

5.2. De relevanta marknaderna

197. Det finns två marknader som kan påverkas av överenskommelser om gemensamma inköp. För det första den marknad eller de marknader som direkt berörs av överenskommelsen om gemensamma inköp, dvs. de relevanta inköpsmarknaderna. För det andra försäljningsmarknaden eller -marknaderna, dvs. de marknader i efterföljande led där parterna i överenskommelsen om gemensamma inköp är verksamma som säljare.
198. Definitionen av relevanta inköpsmarknader följer de principer som beskrivs i tillkännagivandet om definitionen av relevant marknad och grundar sig på begreppet substituerbarhet för att fastställa konkurrensbegränsningar. Den enda skillnaden jämfört med definitionen av "försäljningsmarknader" är att substituerbarheten 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 alternativ skulle kunna analyseras exempelvis genom att man undersöker leverantörernas reaktion på en liten men varaktig prissänkning. När marknaden har definierats kan marknadsandelen anges som den procentuella andel som parternas inköp utgör av den totala försäljningen av de köpta produkterna på den relevanta marknaden.
199. Om parterna dessutom är konkurrenter på en eller flera försäljningsmarknader, är också dessa marknader relevanta för bedömningen. Försäljningsmarknaderna måste definieras genom tillämpning av den metod som beskrivs i tillkännagivandet om definitionen av relevant marknad.

5.3. Bedömning enligt artikel 101.1

5.3.1. De centrala konkurrensproblemen

200. Överenskommelser om gemensamma inköp kan ge konkurrensbegränsande effekter på inköpsmarknaden och/eller på försäljningsmarknaden i efterföljande led. Exempel på sådana effekter är höjda priser, minskad produktion, sämre produktkvalitet eller produktutbud, minskad innovation, marknadsuppdelning eller konkurrenshämmande avskärmning av andra potentiella köpare.
201. Om konkurrenter i efterföljande marknadsled köper en betydande del av sina produkter tillsammans kan deras incitament att priskonkurrera på försäljningsmarknaderna minska betydligt. Om parterna har en betydande grad av marknadsstyrka (som inte behöver ge en dominerande ställning) på försäljningsmarknaderna, är det sannolikt att de lägre inköpspriser som överenskommelsen om gemensamma inköp medför inte kommer konsumenterna till godo.
202. Om parterna har en betydande grad av marknadsstyrka på inköpsmarknaden (köparstyrka) finns det en risk för att de kan tvinga leverantörerna att minska utbudet eller kvaliteten på de produkter de producerar. Detta kan ge konkurrensbegränsande effekter såsom sämre kvalitet, mindre satsningar på innovation eller slutligen att utbudet inte når upp till en optimal nivå.
203. Parterna i överenskommelsen om gemensamma inköp skulle kunna använda sin köparstyrka till att avskärma konkurrerande köpare genom att begränsa deras tillgång till effektiva leverantörer. Detta är mest sannolikt om antalet leverantörer är begränsat och det finns inträdeshinder på utbudssidan i det föregående marknadsledet.
204. I allmänhet är de dock mindre sannolikt att överenskommelser om gemensamma inköp medför konkurrensproblem när parterna inte har någon marknadsstyrka på försäljningsmarknaderna.

5.3.2. Avtal som har till syfte att begränsa konkurrensen

205. Överenskommelser om gemensamma inköp har till syfte att begränsa konkurrensen om de egentligen inte avser gemensamma inköp, utan är ett sätt för företagen att delta i en dold kartell, dvs. komma överens om priser, begränsa produktionen eller dela upp marknaden, vilket är förbjudet.
206. Avtal som omfattar fastställande av inköpspriser kan ha till syfte att begränsa konkurrensen i den mening som avses i artikel 101.1 ⁽¹⁾. Detta gäller dock inte om parterna i en överenskommelse om gemensamma inköp kommer överens om vilka inköpspriser de får betala till sina leverantörer för de produkter som omfattas av leveransavtalet. I detta fall måste bedömas om avtalet sannolikt ger konkurrensbegränsande effekter i den mening som avses i artikel 101.1. I båda fallen granskas avtalet om inköpspriser inte separat, utan inköpsavtalets övergripande effekter på marknaden tas samtidigt med i bedömningen.

5.3.3. Konkurrensbegränsande effekter

207. Överenskommelser om gemensamma inköp som inte har till syfte att begränsa konkurrensen måste analyseras i sitt rättsliga och ekonomiska sammanhang med avseende på deras faktiska och sannolika effekter på konkurrensen. Analysen av de konkurrensbegränsande effekter som en överenskommelse om gemensamma inköp orsakar måste omfatta de negativa effekterna både på inköps- och försäljningsmarknaderna.

Marknadsstyrka

208. Det finns inget absolut tröskelvärde ovanför vilket parterna i en överenskommelse om gemensamma inköp kan antas besitta marknadsstyrka och överenskommelsen därför sannolikt får konkurrensbegränsande effekter i den mening som avses i artikel 101.1. I de flesta fall är det emellertid osannolikt att det finns någon marknadsstyrka om parterna i överenskommelsen har en sammanlagd marknadsandel som vare sig på inköps- eller försäljningsmarknaderna överstiger 15 %. I alla händelser är det sannolikt att villkoren i artikel 101.3 uppfylls, om parternas sammanlagda marknadsandelar inte överstiger 15 % på inköps- eller försäljningsmarknaderna.

⁽¹⁾ Se artikel 101.1 a; dom i de förenade målen T-217/03 och T-245/03, Fédération nationale de la coopération détail et viande (FNCBV), punkt 83 och följande, mål C-8/08, T-Mobile Netherlands, punkt 37.

209. En marknadsandel som överstiger det tröskelvärdet innebär inte automatiskt att överenskommelsen om gemensamma inköp sannolikt ger upphov till konkurrensbegränsande effekter. En överenskommelse om gemensamma inköp som inte omfattas av detta safe harbour-undantag kräver en mer ingående bedömning av vilken inverkan den har på marknaden, varvid bl.a. men inte enbart faktorer såsom marknadskoncentration och stora leverantörers eventuellt motverkande marknadsstyrka ska beaktas.
210. Köparstyrka kan under vissa omständigheter ge upphov till konkurrensbegränsande effekter. Konkurrenshämmande köparstyrka uppkommer sannolikt om en överenskommelse om gemensamma inköp omfattar en tillräckligt stor andel av den totala volymen på en inköpsmarknad så att konkurrerande köpare kanske utestängs från marknaden. En hög grad av köparstyrka kan indirekt påverka produktion, produktkvalitet och produktutbud på försäljningsmarknaden.
211. Relevanta faktorer vid en bedömning av om parterna i en överenskommelse om gemensamma inköp har köparstyrka är antalet kopplingar (t.ex. andra inköpsavtal) mellan konkurrenterna på marknaden och hur starka dessa kopplingar är.
212. Vid samarbete mellan konkurrerande inköpare som inte är verksamma på samma relevanta försäljningsmarknad (t.ex. återförsäljare som är verksamma på olika geografiska marknader och inte kan betraktas som potentiella konkurrenter) är det emellertid osannolikt att överenskommelsen om gemensamma inköp får konkurrensbegränsande effekter om inte parterna har en sådan ställning på inköpsmarknaderna som sannolikt skulle kunna användas till att skada andra företags konkurrensposition på deras respektive försäljningsmarknader.

Samverkan

213. Överenskommelser om gemensamma inköp kan leda till samverkan om det gör det lättare för parterna att samordna sitt beteende på försäljningsmarknaden. Detta kan vara fallet om parterna uppnår en hög grad av gemensamma kostnader genom gemensamma inköp, förutsatt att de har marknadsstyrka och marknaden har sådana egenskaper som främjar samordning.
214. Konkurrensbegränsande effekter är mer sannolika om en betydande andel av de rörliga kostnaderna på den relevanta marknaden i efterföljande led är gemensamma för parterna i det gemensamma inköpsavtalet. 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.
215. Genomförandet av en överenskommelse om gemensamma inköp kan kräva utbyte av kommersiellt känslig information, t.ex. om inköspriser och inköpsvolym. Utbytet av sådan information kan underlätta samordning av försäljningspriser och produktion och följaktligen leda till samverkan på försäljningsmarknaderna. Spridningseffekterna av utbyte av kommersiellt känslig information kan t.ex. minimeras om uppgifterna sammanställs av en inköpsgrupp som inte vidarebefordrar informationen till sina medlemmar.
216. Eventuella negativa effekter av informationsutbytet kommer inte att bedömas separat utan mot bakgrund av avtalets övergripande effekter. Huruvida det är sannolikt att informationsutbytet inom ramen för en överenskommelse om gemensamma inköp medför konkurrensbegränsande effekter bör bedömas enligt den vägledning som ges i kapitel 2. Om informationsutbytet inte går utöver det som är nödvändigt för det gemensamma inköpet av de produkter som omfattas av överenskommelsen om gemensamma inköp, är det mer sannolikt att avtalet uppfyller villkoren i artikel 101.3 än om informationsutbytet går utöver det som det gemensamma inköpet kräver, även om det har konkurrensbegränsande effekter i den mening som avses i artikel 101.1.

5.4. Bedömning enligt artikel 101.3

5.4.1. Effektivitetsvinster

217. Överenskommelser om gemensamma inköp kan medföra betydande effektivitetsvinster. De kan framför allt leda till kostnadsbesparingar t.ex. i form av lägre inköspriser eller lägre transaktions-, transport- och lagringskostnader, vilket gör det lättare att uppnå stordriftsfördelar. Dessutom kan överenskommelser om gemensamma inköp ge upphov till kvalitativa effektivitetsvinster genom att de föranleder leverantörer att innovera och introducera nya eller förbättrade produkter på marknaderna.

5.4.2. Nödvändighet

218. Begränsningar som går utöver det som är nödvändigt för att uppnå de effektivitetsvinster som ett inköpsavtal för med sig uppfyller inte villkoren i artikel 101.3. En skyldighet att uteslutande göra inköp via samarbetet kan i vissa fall vara nödvändig för att uppnå den volym som behövs för att stordriftsfördelar ska kunna uppnås. En sådan skyldighet måste dock bedömas från fall till fall.

5.4.3. Nyttan för konsumenterna

219. Effektivitetsvinster, t.ex. kostnadsbesparingar eller kvalitativa effektivitetsvinster i form av införandet av nya eller förbättrade produkter på marknaden, som uppnås genom nödvändiga begränsningar måste komma konsumenterna till godo i en omfattning som uppväger de konkurrensbegränsande effekterna av det gemensamma inköpsavtalet. Kostnadsbesparingar eller andra effektivitetsvinster som endast gagnar parterna i det gemensamma inköpsavtalet är följaktligen inte tillräckliga. Kostnadsbesparingar måste komma konsumenterna – dvs. parternas kunder – till godo. För att ta ett tydligt exempel kan denna vidarebefordran av nytta äga rum genom lägre priser på försäljningsmarknaderna. Lägre inköpspriser som enbart är en följd av att köparstyrka utövas kommer sannolikt inte konsumenterna till godo om köparna tillsammans har marknadsstyrka på försäljningsmarknaderna och uppfyller således inte villkoren i artikel 101.3. Dessutom gäller att ju större marknadsstyrka parterna har på försäljningsmarknaderna, desto mindre sannolikt är det att de låter effektivitetsvinsterna komma konsumenterna till godo i en omfattning som uppväger de konkurrensbegränsande effekterna.

5.4.4. Konkurrensen sätts inte ur spel

220. Villkoren i artikel 101.3 kan inte uppfyllas, om parterna ges möjlighet att sätta konkurrensen ur spel med avseende på en väsentlig del av produkterna i fråga. Denna bedömning måste omfatta inköps- och försäljningsmarknaderna.

5.5. Exempel

221. Gemensamma inköp som görs av små företag med måttliga sammanlagda marknadsandelar

Exempel 1

Situation: 150 små återförsäljare ingår ett avtal om att bilda en gemensam inköpsorganisation. De är skyldiga att köpa in en minimivolym via organisationen, som utgör 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 23 % både på inköps- och försäljningsmarknaderna. Företag A och företag B är deras två stora konkurrenter. Företag A har en andel på 25 % både på inköps- och försäljningsmarknaderna medan företag B har en andel på 35 %. Det finns inga hinder för att de återstående mindre konkurrenterna också bildar en inköpsgrupp. De 150 återförsäljarna uppnår betydande kostnadsbesparingar genom att göra inköp tillsammans via inköpsorganisationen.

Analys: Återförsäljarna har en måttlig marknadsställning på inköps- och försäljningsmarknaderna. Dessutom medför samarbetet vissa stordriftsfördelar. Återförsäljarna uppnår visserligen en hög grad av gemensamma kostnader men det är osannolikt att de har marknadsstyrka på försäljningsmarknaden eftersom företagen A och B, som var för sig är större än den gemensamma inköpsorganisationen, är verksamma på marknaden. Därför är det osannolikt att återförsäljarna samordnar sitt beteende och uppnår samverkan. Därför är det osannolikt att bildandet av den gemensamma inköpsorganisationen ger konkurrensbegränsande effekter i den mening som avses i artikel 101.1.

222. Gemensamma kostnader och marknadsstyrka på försäljningsmarknaden

Exempel 2

Situation: Två snabbköpskedjor ingår ett avtal om att gemensamt köpa in produkter som utgör omkring 80 % av deras rörliga kostnader. Parterna har sammanlagda marknadsandelar på 25–40 % på de relevanta inköpsmarknaderna för de olika produktkategorierna. På den relevanta

försäljningsmarknaden har de en sammanlagd marknadsandel på 60 %. Det finns fyra andra betydande återförsäljare med en marknadsandel på 10 % var. Ett marknadsinträde är osannolikt.

Analys: Det är sannolikt att detta inköpsavtal skulle ge parterna möjlighet att samordna sitt beteende på försäljningsmarknaden och därmed leda till samverkan. Parterna har marknadsstyrka på försäljningsmarknaden, och inköpsavtalet ger upphov till en avsevärd grad av gemensamma kostnader. Dessutom är ett marknadsinträde osannolikt. Incitamentet för parterna att samordna sitt beteende skulle förstärkas om de hade liknande kostnadsstrukturer redan innan de ingår avtalet. Dessutom skulle risken för samverkan öka om parterna hade liknande marginaler. Detta avtal ökar också risken för att försäljningspriserna i efterföljande marknadsled stiger till därför att parterna håller tillbaka efterfrågan och följaktligen därför att kvantiteten minskar. Det är följaktligen sannolikt att inköpsavtalet ger upphov till konkurrensbegränsande effekter i den mening som avses i artikel 101.1. Även om det är mycket sannolikt att avtalet medför effektivitetsvinster i form av kostnadsbesparingar är det på grund av parternas betydande marknadsstyrka på försäljningsmarknaden osannolikt att de kommer konsumenterna till godo i en omfattning som uppväger de konkurrensbegränsande effekterna. Därför är det osannolikt att inköpsavtalet uppfyller villkoren i artikel 101.3.

223. Parter som är verksamma på olika geografiska marknader

Exempel 3

Situation: Sex stora återförsäljare, samtliga baserade i olika medlemsstater, bildar en inköpsgrupp för gemensamma inköp av flera olika märkesprodukter som framställts på grundval av durumvete. Parterna tillåts köpa andra liknande märkesprodukter utanför samarbetet. Dessutom erbjuder fem av dem dessutom liknande egna märkesprodukter. Medlemmarna i inköpsgruppen har en sammanlagd marknadsandel på omkring 22 % av den relevanta inköpsmarknaden, som omfatta hela unionen. På inköpsmarknaden finns det tre andra viktiga aktörer av ungefär samma storlek. Var och en av parterna i inköpsgruppen har en marknadsandel på 20–30 % på de nationella försäljningsmarknader där de är verksamma. Ingen av dem är verksam i en medlemsstat där en annan gruppmedlem är verksam. Parterna är inte potentiella nya aktörer på varandras marknader.

Analys: Inköpsgruppen kommer att kunna konkurrera med övriga befintliga stora aktörer på inköpsmarknaden. Försäljningsmarknaderna är mycket mindre (mätt i omsättning och geografisk omfattning) än inköpsmarknaden som omfattar hela unionen, och på dessa marknader kan en del av medlemmarna i gruppen ha marknadsstyrka. Även om medlemmarna i inköpsgruppen har en sammanlagd marknadsandel på mer än 20 % på inköpsmarknaden är det osannolikt att parterna ska samordna sitt beteende och samverka på försäljningsmarknaderna, eftersom de är varken faktiska eller potentiella konkurrenter i efterföljande marknadsled. Det är följaktligen osannolikt att inköpsgruppen ger konkurrensbegränsande effekter i den mening som avses i artikel 101.1.

224. Informationsutbyte

Exempel 4

Situation: Tre konkurrerande tillverkare, A, B och C ger en självständig gemensam inköpsorganisation i uppdrag att köpa in produkten Z, som är en mellanprodukt som de tre parterna använder för att tillverka färdigprodukten X. Kostnaderna för Z är inte en betydande kostnadsfaktor vid tillverkningen av X. Den gemensamma inköpsorganisationen konkurrerar inte med parterna på försäljningsmarknaden för X. All den information som krävs för inköpen (t.ex. kvalitetsspecifikationer, kvantiteter, leveransdatum, högsta inköpspriser) lämnas inte ut till övriga parter utan endast till den gemensamma inköpsorganisationen. Den gemensamma inköpsorganisationen kommer överens om inköpspriserna med leverantörerna. A, B och C har en sammanlagd marknadsandel på 30 % på var och en av inköps- och försäljningsmarknaderna. De har sex konkurrenter på inköps- och försäljningsmarknaderna, varav två har en marknadsandel på 20 %.

Analys: Eftersom det inte förekommer något direkt informationsutbyte mellan parterna är det osannolikt att överföringen av den information som den gemensamma inköpsorganisationen behöver för att kunna göra inköpen ska ge upphov till samverkan. Det är följaktligen osannolikt att informationsutbytet ger konkurrensbegränsande effekter i den mening som avses i artikel 101.1.

6. SALUFÖRINGSAVTAL

6.1. Definition

225. Saluföringsavtal omfattar samarbete mellan konkurrenter vid försäljning, distribution eller marknadsföring av deras substitutprodukter. Denna typ av avtal kan ha ett mycket varierande tillämpningsområde, 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 produkten, inklusive pris. I den andra änden förekommer mer begränsade avtal som endast gäller en särskild saluföringsfunktion, såsom distribution, efterservice eller reklam.
226. En viktig kategori av dessa mer begränsade avtal är distributionsavtalen. Gruppundantagsförordningen om vertikala begränsningar och riktlinjerna om vertikala begränsningar omfattar generellt distributionsavtal om inte parterna i avtalet är faktiska eller potentiella konkurrenter. Om parterna är konkurrenter omfattar gruppundantagsförordningen om vertikala begränsningar endast icke-ömsesidiga vertikala avtal mellan konkurrenter, om a) leverantören är tillverkare och återförsäljare av varor medan köparen endast är återförsäljare och inte ett konkurrerande företag i tillverkningsledet eller b) leverantören tillhandahåller tjänster i flera handelsled medan köparen tillhandahåller varor eller tjänster i detaljistledet och inte tillhandahåller konkurrerande tjänster i det handelsled där denne köper avtals-tjänster ⁽¹⁾.
227. Om konkurrenter kommer överens om att ömsesidigt distribuera sina substitutprodukter (särskilt om de gör det på olika geografiska marknader), 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 samverkan. Detsamma kan gälla för icke-ömsesidiga avtal mellan konkurrenter. Ömsesidiga och icke-ömsesidiga avtal mellan konkurrenter måste således först bedömas enligt de principer som anges i det här kapitlet. Om denna bedömning leder till slutsatsen att ett samarbete mellan konkurrenter inom distributionsområdet i princip skulle kunna godtas, är en ytterligare bedömning nödvändig för att granska de vertikala begränsningar som ingår i sådana avtal. Detta andra steg i bedömningen bör grunda sig på de principer som anges i riktlinjerna om vertikala begränsningar.
228. 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 typ av samarbete i föregående marknadsled, t.ex. gemensam produktion eller gemensamma inköp. Vid en analys av saluföringsavtal som kombinerar olika stadier av samarbete är det nödvändigt att fastställa var tyngdpunkten i samarbetet ligger i enlighet med punkterna 13 och 14.

6.2. De relevanta marknaderna

229. För att bedöma konkurrensförhållandet mellan parterna måste man först definiera de relevanta produktmarknader och geografiska marknader som direkt berörs av samarbetet (dvs. den marknad eller de marknader som omfattar de produkter som är föremål för avtalet). Eftersom ett saluföringsavtal på en marknad också kan påverka parternas konkurrensbeteende på en angränsande marknad med nära anknytning till den marknad som direkt berörs av samarbetet, måste också den angränsande marknaden avgränsas, om det finns en sådan. En angränsande marknad kan vara horisontellt eller vertikalt relaterad till den marknad där samarbetet äger rum.

⁽¹⁾ Artikel 2.4 i gruppundantagsförordningen om vertikala begränsningar.

6.3. Bedömning enligt artikel 101.1

6.3.1. De centrala konkurrensproblemen

230. Saluföringsavtal kan leda till konkurrensbegränsningar på flera olika sätt. Det första och mest uppenbara är att saluföringsavtal kan leda till prisöverenskommelser.
231. För det andra kan saluföringsavtal också göra det lättare att begränsa produktionen, eftersom parterna med hjälp av avtalet kan bestämma vilka produktionsvolymerna som ska släppas ut på marknaden, och därför begränsar de utbudet.
232. För det tredje kan saluföringsavtal bli ett sätt för parterna att dela upp marknader eller fördela beställningar eller kunder, t.ex. i sådana fall där parternas produktionsanläggningar finns på olika geografiska marknader eller om avtalen är ömsesidiga.
233. Slutligen kan saluföringsavtal också leda till ett informationsutbyte som avser aspekter inom eller utanför samarbetet eller som avser gemensamma kostnader – särskilt såvitt avtal som inte omfattar prisöverenskommelser – vilket kan leda till samverkan.

6.3.2. Avtal som har till syfte att begränsa konkurrensen

234. Prisöverenskommelser är ett av de största konkurrensproblemen till följd av saluföringsavtal mellan konkurrenter. Avtal som är begränsade till gemensam försäljning har i regel till syfte att samordna konkurrerande tillverkares eller tjänsteleverantörers prispolitik. Sådana avtal kan inte endast sätta priskonkurrensen mellan parterna ur spel när det gäller substitutprodukter, utan kan också begränsa den totala produktvolym som parterna ska leverera inom ramen för ett system med fördelning av beställningar. Sådana avtal har därför sannolikt till syfte att begränsa konkurrensen i den mening som avses i artikel 101.1.
235. Denna bedömning förändras inte av att avtalet är icke-exklusivt, dvs. om parterna fritt får sälja utanför avtalet individuellt, så länge man kan anta att avtalet leder till en övergripande samordning av de priser som parterna tar ut.
236. Ett annat specifikt konkurrensproblem som gäller distributionsavtal mellan parter som är verksamma på olika geografiska marknader är att de kan vara ett instrument för marknadsuppdelning. Om parterna använder ett ömsesidigt distributionsavtal till att distribuera varandras produkter för att sätta den faktiska eller potentiella konkurrensen mellan sig ur spel genom att med avsikt dela upp marknader eller kundkretsar är det sannolikt att avtalet har till syfte att begränsa konkurrensen. Om avtalet inte är ömsesidigt är risken för marknadsuppdelning mindre uttalad. Det måste dock bedömas om det icke-ömsesidiga avtalet utgör grund för en ömsesidig överenskommelse mellan parterna att inte gå in på varandras marknader.

6.3.3. Konkurrensbegränsande effekter

237. I regel skapar ett saluföringsavtal sannolikt inga konkurrensproblem, om det av välgrundade skäl är nödvändigt för att en part ska kunna gå in på en marknad som den, t.ex. på grund av de kostnader det innebär, inte hade kunnat komma in på ensamma eller tillsammans med ett mindre antal parter än de som faktiskt deltar i samarbetet. Denna princip kan tillämpas exempelvis på konsortieavtal som ger de berörda avtalen möjlighet att delta i projekt som de inte skulle kunna åta sig ensamma. Eftersom parterna i konsortieavtalet därför inte är potentiella konkurrenter om genomförandet av projektet föreligger det ingen konkurrensbegränsning i den mening som avses i artikel 101.1.
238. Alla ömsesidiga distributionsavtal har inte heller till syfte att begränsa konkurrensen. Beroende på sakförhållandena i det aktuella ärendet kan dock vissa ömsesidiga distributionsavtal ha konkurrensbegränsande effekter. Den avgörande frågan vid bedömningen av ett avtal av denna typ är om avtalet av välgrundade skäl är nödvändigt för att parterna ska kunna komma in på varandras marknader.

Är detta fallet, orsakar avtalet inte konkurrensproblem av horisontell natur. Om avtalet minskar möjligheterna att fatta självständiga beslut för en av parterna när det gäller att gå in på de övriga parternas marknad genom att begränsa den partens incitament att göra det, medför det sannolikt konkurrensbegränsande effekter. Samma resonemang gäller avtal som inte är ömsesidiga, men där är risken för konkurrensbegränsande effekter mindre uttalad.

239. Dessutom kan distributionsavtalet ha konkurrensbegränsande effekter om det innehåller vertikala begränsningar, såsom begränsningar av passiv försäljning, prisbindning osv.

Marknadsstyrka

240. Saluföringsavtal mellan konkurrenter kan ha konkurrensbegränsande effekter endast om parterna har en viss grad av marknadsstyrka. Oftast är det osannolikt att marknadsstyrka föreligger om avtalsparterna har en sammanlagd marknadsandel som inte överstiger 15 %. Om parternas sammanlagda marknadsandel inte överstiger 15 % är det i alla händelser sannolikt att villkoren i artikel 101.3 är uppfyllda.
241. Om parternas sammanlagda marknadsandel är större än 15 % omfattas deras avtal inte av safe harbour-undantaget i punkt 240, och då måste man bedöma hur avtalet om gemensam saluföring sannolikt påverkar marknaden.

Samverkan

242. Ett avtal om gemensam saluföring som inte omfattar prisöverenskommelser ger sannolikt också upphov till konkurrensbegränsande effekter, om det ökar parterna gemensamma kostnader upp till en nivå som sannolikt leder till samverkan. Detta gäller sannolikt avtal om gemensam saluföring, om parterna redan innan avtalet ingås har en stor andel gemensamma rörliga kostnader, eftersom den ytterligare ökningen (dvs. kostnaderna för att saluföra avtalsprodukten) kan få vågskålen att väga över mot samverkan. Omvänt kan risken för samverkan vara stor om ökningen är avsevärd, även om parterna har en låg grad av gemensamma kostnader i början.
243. Sannolikheten för att samverkan uppstår beror på parternas marknadsstyrka och den relevanta marknadens egenskaper. Gemensamma kostnader kan öka risken för samverkan endast om parterna har marknadsstyrka och om saluföringskostnaderna utgör en stor andel av de rörliga kostnaderna för den berörda produkten. Detta gäller t.ex. inte homogena produkter för vilka den största kostnadsfaktorn är produktionskostnaderna. Däremot ökar gemensamma kostnader för saluföring risken för samverkan om saluföringsavtalet avser produkter som innebär en kostsam saluföring, t.ex. höga kostnader för distribution eller marknadsföring. Avtal om gemensam reklam eller gemensamma säljfrämjande åtgärder kan följaktligen också ge konkurrensbegränsande effekter om dessa kostnader utgör en betydande kostnadsfaktor.
244. Gemensam saluföring omfattar vanligen utbyte av kommersiellt känslig information, särskilt om marknadsföringsstrategi och prissättning. De flesta saluföringsavtal kräver en viss grad av informationsutbyte för att kunna genomföras. Därför måste man kontrollera om informationsutbytet kan ge upphov till samverkan såvitt avser parternas verksamhet inom och utanför samarbetet. Eventuella negativa effekter av informationsutbytet kommer inte att bedömas separat utan mot bakgrund av avtalets övergripande effekter.
245. Exempelvis om parterna i ett avtal om gemensam saluföring utbyter prisinformation kan det leda till samverkan rörande försäljningen av de produkter som omfattas av de gemensamma reklamåtgärderna. I alla händelser går utbytet av sådan information i samband med ett avtal om gemensam reklam utöver det som krävs för att genomföra avtalet. De sannolika konkurrensbegränsande effekterna av informationsutbyte i samband med saluföringsavtal beror på marknaden och de utbytta uppgifternas egenskaper och bör bedömas enligt den vägledning som ges i kapitel 2.

6.4. Bedömning enligt artikel 101.3

6.4.1. Effektivitetsvinster

246. Saluföringsavtal kan medföra betydande effektivitetsvinster. Vilka effektivitetsvinster som ska beaktas vid bedömningen av om ett saluföringsavtal uppfyller villkoren i artikel 101.3 beror på verksamhetens och samarbetsparternas art. Prisöverenskommelser kan i regel inte godkännas, om det inte är nödvändigt för integreringen av andra marknadsföringsfunktioner och denna integrering medför betydande effektivitetsvinster. Gemensam distribution kan ge upphov till betydande effektivitetsvinster som har sin grund i stordrifts- och diversifieringsfördelar, särskilt för mindre producenter.
247. Dessutom får effektivitetsvinsterna inte utgöras av inbesparingar enbart till följd av eliminerade kostnader som i sig är en del av konkurrensen, utan de måste vara resultatet av att ekonomiska verksamheter integreras. En minskning av transportkostnaderna enbart till följd av att kundkretsar delas upp utan att logistiksystemet integreras kan därför inte betraktas som en effektivitetsvinst i den mening som avses i artikel 101.3.
248. Parterna i avtalet måste kunna styrka att effektivitetsvinster uppstått. En viktig faktor i detta avseende är att parterna bidrar med kapital, teknik eller andra tillgångar i betydande utsträckning. Kostnadsbesparingar genom minskad dubbling 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 som i så fall sannolikt inte uppfyller villkoren i artikel 101.3.

6.4.2. Nödvändighet

249. Begränsningar som går utöver det som är nödvändigt för att uppnå de effektivitetsvinster som ett saluföringsavtal för med sig uppfyller inte villkoren i artikel 101.3. Frågan om begränsningars nödvändighet är särskilt viktig för de avtal som omfattar prisöverenskommelser eller marknadsuppdelning, som endast i undantagsfall kan betraktas som nödvändiga.

6.4.3. Nyttå för konsumenterna

250. Effektivitetsvinster som uppnås genom nödvändiga begränsningar måste komma konsumenterna till godo i en omfattning som uppväger de konkurrensbegränsande effekterna av saluföringsavtalet. Detta kan ske i form av lägre priser eller bättre produktkvalitet eller produktutbud. Ju större marknadsstyrka parterna har desto mindre sannolikt är det dock att effektivitetsvinster kommer konsumenterna till godo i en omfattning som uppväger de konkurrensbegränsande effekterna. Om parterna har en sammanlagd marknadsandel på mindre än 15 % är det sannolikt att effektivitetsvinster som avtalet bevisligen fört med sig kommer konsumenterna till godo i tillräcklig omfattning.

6.4.4. Konkurrensen sätts inte ur spel

251. Villkoren i artikel 101.3 kan inte uppfyllas, om parterna ges möjlighet att sätta konkurrensen ur spel med avseende på en väsentlig del av produkterna i fråga. Detta måste undersökas på den relevanta marknaden för de produkter som är föremål för samarbetet samt på eventuella spill-over-marknader.

6.5. Exempel

252. Gemensam saluföring som är nödvändig för att komma in på en marknad

Exempel 1

Situation: Fyra företag som tillhandahåller tvättjänster i en stor stad invid gränsen till en annan medlemsstat, samtliga med en marknadsandel på 3 % av hela tvättmarknaden i den staden, kommer överens om att bilda en gemensam marknadsföringsgren för försäljning av tvättjänster till institutionella kunder (dvs. hotell, sjukhus, kontor), samtidigt som de har kvar sin självständighet och frihet att konkurrera om lokala, individuella kunder. Med tanke på det nya efterfrågesegmentet (institutionella kunder) utvecklar de ett gemensamt varumärke och fastställer ett gemensamt pris och gemensamma standardvillkor som bl.a. omfattar leveranstidtabeller (bl.a. tvätt och leverans inom 24 timmar). De upprättar en egen teletjänstcentral där institutionella kunder kan beställa

insamlings- och/eller leveranstjänster. De anställer en receptionist (för teletjänstcentralen) och flera chaufförer. Vidare investerar de i skåpbilar och varumärkesreklam för att öka sin synlighet. Avtalet minskar inte optimalt deras individuella infrastrukturkostnader (eftersom de behåller sina egna lokaler och fortfarande konkurrerar med varandra om individuella lokala kunder), men det ökar deras stordriftsfördelar och ger dem möjlighet att erbjuda en mer omfattande tjänst till andra typer av kunder, bl.a. genom att hålla öppet längre och leverera inom ett större geografiskt område. För att garantera projektets lönsamhet är det nödvändigt att samtliga fyra företag ingår avtalet. Marknaden är mycket fragmenterad, och ingen enskild konkurrent har en marknadsandel som överstiger 15 %.

Analys: Parterna har visserligen en gemensam marknadsandel på mindre än 15 %, men eftersom avtalet omfattar prisöverenskommelser kan artikel 101.1 ändå vara tillämplig. Parterna skulle dock inte ha kunnat komma in på marknaden för tillhandahållande av tvättjänster till institutionella kunder, varken individuellt eller i samarbete med färre parter än de fyra som för närvarande deltar i samarbetet. Avtalet skapar inga konkurrensproblem i sig, trots prisöverenskommelsen, som i det här fallet kan anses vara en nödvändig begränsning för att främja det gemensamma varumärket och projektets framgång.

253. Saluföringsavtal som ingåtts av fler parter än vad som behövs för att komma in på marknaden

Exempel 2

Situation: Samma sakförhållanden som i exempel 1, punkt 252, gäller med en viktig skillnad: För att garantera projektets bärkraft skulle det ha räckt om tre parter hade genomfört avtalet (i stället för de fyra som faktiskt deltar i samarbetet).

Analys: Parterna har visserligen en sammanlagd marknadsandel på mindre än 15 %, men eftersom avtalet omfattar prisöverenskommelser och skulle ha kunnat genomföras av färre än fyra parter är artikel 101.1 tillämplig. Därför måste avtalet bedömas enligt artikel 101.3. Avtalet medför effektivitetsvinster eftersom parterna nu kan erbjuda förbättrade tjänster i större skala för en ny kundkategori (som de inte hade kunnat erbjuda sina tjänster individuellt). Mot bakgrund av att parterna har en sammanlagd marknadsandel på mindre än 15 % är det sannolikt att eventuella effektivitetsvinster kommer att komma konsumenterna till godo i tillräcklig omfattning. Dessutom måste man överväga om de begränsande villkoren i avtalet är nödvändiga för att uppnå effektivitetsvinsterna och om avtalet sätter konkurrensen ur spel. Med tanke på att syftet med avtalet är att tillhandahålla en mångsidigare tjänst (som inkluderar utkörsel, som inte erbjöds tidigare) till en ny kundkategori under ett gemensamt varumärke med gemensamma standardvillkor, kan prisöverenskommelserna anses vara nödvändiga för att främja det gemensamma varumärket och följaktligen projektets framgång och åtföljande effektivitetsvinster. Dessutom kommer avtalet inte att sätta konkurrensen ur spel eftersom marknaden är fragmenterad. Att det finns fyra avtalsparter (i stället för tre, vilket hade varit minimikravet) möjliggör ökad kapacitet och bidrar till att efterfrågan från flera institutionella kunder kan tillgodoses samtidigt i enlighet med standardvillkoren (dvs. leveransfristerna kan hållas). Det är sannolikt att effektivitetsvinsterna i sig uppväger de konkurrensbegränsande effekter som den minskade konkurrensen mellan parterna ger upphov till och att avtalet uppfyller villkoren i artikel 101.3.

254. Gemensam Internetplattform

Exempel 3

Situation: Ett antal små specialaffärer på olika håll i ett visst land går med i en elektronisk nätbaserad plattform för marknadsföring, försäljning och leverans av presentfruktkorgar. Det finns flera konkurrerande nätbaserade plattformar. Genom en månadsavgift delar de plattformens driftskostnader och investerar gemensamt i märkesreklam. På webbplatsen erbjuds ett stort urval olika typer av presentkorgar, och kunderna beställer (och betalar) den typ av korg de vill ha levererad.

Därefter går beställningen till den specialaffär som ligger närmast leveransadressen. Specialaffären i fråga betalar själv kostnaderna för att komponera presentkorgen och leverera den till kunden. Den återvinner 90 % av det slutliga priset, som fastställs av den nätbaserade plattformen och gäller för samtliga deltagande specialaffärer, medan resterande 10 % anslås för gemensam marknadsföring och nätplattformens driftskostnader. Bortsett från att de måste betala en månadsavgift finns det inget annat som hindrar specialaffärer från att ansluta sig till plattformen var som helst i landet. Dessutom kan specialaffärer som har en egen företagswebbplats sälja presentfruktkorgar på nätet under eget namn (vilket de i vissa fall gör) och således fortfarande konkurrera sinsemellan utanför samarbetet. Kunder som köper via nätplattformen garanteras leverans fruktkorgarna samma dag och de kan också välja en leveranstidpunkt som passar dem.

Analys: Även om avtalet är av begränsad art eftersom det endast omfattar gemensam försäljning av en viss typ av produkt via en specifik marknadsföringskanal (nätplattformen) är det ändå sannolikt att det syftar till att begränsa konkurrensen eftersom det omfattar fastställande av priser. Därför måste avtalet bedömas enligt artikel 101.3. Avtalet medför effektivitetsvinster som t.ex. större utbud och tjänster av högre kvalitet och lägre sökkostnader, vilket gagnar konsumenterna och sannolikt uppväger avtalets konkurrensbegränsande effekter. Med tanke på att de specialaffärer som deltar i samarbetet fortfarande kan agera individuellt och konkurrera med varandra, såväl i sina butiker som på Internet, kan prisöverenskommelserna anses vara oundgängliga för att marknadsföra produkten (eftersom konsumenterna, när de köper via nätplattformen, inte vet av vem de köper presentkorgen och inte vill handskas med en mångfald priser) och för att effektivitetsvinster ska uppstå. Då det inte finns några andra begränsningar uppfyller avtalet villkoren i artikel 101.3. Dessutom kommer konkurrensen inte att sättas ur spel eftersom det finns andra konkurrerande nätbaserade plattformar och parterna fortsätter att konkurrera med varandra.

255. Gemensamt försäljningsföretag

Exempel 4

Situation: Företagen A och B, som är verksamma i två olika medlemsstater, tillverkar cykeldäck. De har en sammanlagd andel på 14 % av hela unionens marknad för cykeldäck. De beslutar att bilda ett gemensamt försäljningsföretag (som inte fungerar självständigt) som ska marknadsföra däckerna till cykeltillverkare och kommer överens om att sälja hela sin produktion via det gemensamma företaget. Parterna fortsätter dock att ha var sin egen infrastruktur för produktion och transporter. Parterna hävdar att avtalet medför betydande effektivitetsvinster. Sådana effektivitetsvinster hänger främst samman med ökade stordriftsfördelar, kapaciteten att tillgodose efterfrågan från såväl befintliga som potentiella nya kunder och bättre möjligheter att konkurrera med importerade däck som tillverkats i tredjeland. Det gemensamma företaget förhandlar om priser och fördelar beställningar till den produktionsanläggning som ligger närmast för att rationalisera transportkostnaderna vid vidareleverans till kunden.

Analys: Trots att parternas sammanlagda marknadsandel är mindre än 15 % omfattas avtalet av artikel 101.1. Det har till syfte att begränsa konkurrensen eftersom det innebär att det gemensamma företaget tilldelar kunder och fastställer priser. De effektivitetsvinster som avtalet påstås ge upphov till är inte ett resultat av gemensamma investeringar eller av att ekonomiska aktiviteter integreras. Det gemensamma företaget skulle ha en mycket begränsad spännvidd och endast utgöra förbindelselänk för fördelning av beställningar till produktionsanläggningarna. Därför är det osannolikt att några effektivitetsvinster skulle komma konsumenterna till godo i en sådan omfattning att de skulle uppväga avtalets konkurrensbegränsande effekter. Villkoren i artikel 101.3 är således inte uppfyllda.

256. "Non-poaching-klausul" i avtal om att lägga ut tjänster på entreprenad

Exempel 5

Situation: Företagen A och B är konkurrerande tillhandahållare av städtjänster för affärslokaler. Båda har en marknadsandel på 15 %. Det finns flera andra konkurrenter med marknadsandelar på 10–15 %. A har fattat det (ensidiga) beslutet att enbart inrikta sig på stora kunder i framtiden eftersom det har visat sig att arbetet måste läggas upp på något olika sätt beroende på om tjänsterna tillhandahålls stora eller små kunder. Företaget A har följaktligen beslutat att inte längre ingå nya avtal med små kunder. Dessutom ingår företagen A och B ett underleverantörsavtal genom vilket B skulle tillhandahålla städtjänster direkt till A:s befintliga små kunder (som utgör en tredjedel av dess kundkrets). Samtidigt är A mån om att inte förlora sitt kundförhållande till dessa småkunder. Företag A behåller följaktligen sitt avtalsförhållande med de små kunderna, men företag B sköter det direkta tillhandahållandet av städtjänsterna. För att kunna genomföra underleverantörsavtalet måste företag A underrätta B om identiteten på sina små kunder som omfattas av avtalet. Eftersom företag A befärar att företag B kan försöka ta dessa kunder genom att erbjuda billigare direkttjänster (och därmed förbigå A) insisterar A på att underleverantörsavtalet ska innehålla en "non-poaching-klausul". Enligt en sådan klausul får företag B inte kontakta de små kunder som omfattas av underleverantörsavtalen i syfte att tillhandahålla direkttjänster. Dessutom kommer företagen A och B överens om att B inte får tillhandahålla dessa kunder direkttjänster ens i det fallet att kunderna vänder sig till B. Företag A skulle inte ingå ett underleverantörsavtal med B eller något annat företag om "non-poaching-klausulen" inte fanns.

Analys: Underleverantörsavtalet avlägsnar företag B som oberoende leverantör av städtjänster till företag A:s små kunder, eftersom de inte längre kan ingå ett direkt avtalsförhållande med B. Dessa kunder utgör dock endast en tredjedel av företag A:s kundkrets, dvs. 5 % av marknaden. De kommer fortfarande att kunna vända sig till företagen A:s och B:s konkurrenter, som har 70 % av marknaden. Därför ger underleverantörsavtalet inte företag A någon möjlighet att på ett lönsamt sätt ta ut högre priser av de kunder som omfattas av avtalet. Vidare är det osannolikt att underleverantörsavtalet ska ge upphov till samverkan, eftersom företagen A och B har en sammanlagd marknadsandel på endast 30 % och utsätts för konkurrens från flera konkurrenter som har lika stora marknadsandelar som A och B var för sig. Risken för att underleverantörsavtalet ska få spridningseffekter på företagen A:s och B:s beteende när de konkurrerar om stora kunder minskas dessutom av att tjänsterna ska tillhandahållas på något olika sätt beroende på om det är fråga om stora eller små kunder. Det är följaktligen osannolikt att underleverantörsavtalet ger konkurrensbegränsande effekter i den mening som avses i artikel 101.1.

7. STANDARDISERINGSAVTAL

7.1. Definition

Standardiseringsavtal

257. Det främsta syftet med standardiseringsavtal är att fastställa tekniska krav eller kvalitetskrav som befintliga eller framtida produkter, produktionsprocesser, tjänster eller metoder kan uppfylla⁽¹⁾. Standardiseringsavtal kan omfatta olika områden, såsom standardisering av olika grader eller storlekar av en viss produkt eller tekniska specifikationer på produkt- eller tjänstemarknader 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 tillsynsmyndighet kan också betraktas som en standard. Avtal om fastställande av standarder för produkters eller produktionsprocessers miljöprestanda omfattas också av detta kapitel.

⁽¹⁾ Standardisering kan ske i olika former, från fastställande av standarder i samförstånd genom erkända europeiska eller nationella standardiseringsorgan, genom konsortier och fora, till avtal mellan självständiga företag.

258. Dessa riktlinjer omfattar inte förberedandet och utarbetandet av tekniska standarder som ett led i myndighetsutövning ⁽¹⁾. De europeiska standardiseringsorgan som erkänns i Europaparlamentets och rådets direktiv 98/34/EG av den 22 juni 1998 om ett informationsförfarande beträffande tekniska standarder och föreskrifter och beträffande föreskrifter för informationssamhällets tjänster ⁽²⁾ omfattas av konkurrenslagstiftningen i den utsträckning de kan betraktas som företag eller företagssammanslutningar i den mening som avses i artiklarna 101 och 102 ⁽³⁾. Dessa riktlinjer omfattar inte standarder som gäller tillhandahållande av professionella tjänster, såsom regler för att få utöva ett fritt yrke.

Standardvillkor

259. I vissa branscher använder företag standardvillkor för försäljning eller inköp som utarbetats av en branschorganisation eller direkt av konkurrerande företag (standardvillkor) ⁽⁴⁾. Sådana standardvillkor omfattas av dessa riktlinjer om de fastställer standardvillkor för försäljning eller köp av varor eller tjänster mellan konkurrenter och konsumenter (och inte försäljnings- och inköpsvillkoren mellan konkurrenter) för substitutprodukter. Om sådana standardvillkor används allmänt i en bransch kan de inköps- och försäljningsvillkor som används i branschen i praktiken anpassas till varandra ⁽⁵⁾. Exempel på branscher där standardvillkor spelar en viktig roll är banksektorn (t.ex. kontovillkor) och försäkringssektorn.
260. Standardvillkor som ett företag utarbetar individuellt enbart för eget bruk när det ingår avtal med leverantörer eller kunder är inga horisontella avtal och omfattas därför inte av dessa riktlinjer.

7.2. De relevanta marknaderna

261. Standardiseringsavtal kan ha effekter på fyra möjliga marknader, som definieras enligt tillkännagivandet om definitionen av relevant marknad. För det första kan fastställandet av standarder påverka de produkt- eller tjänstemarknader som standarderna avser. För det andra kan fastställandet av standarder få effekter på den relevanta teknikmarknaden, om det omfattar val av teknik och om de immateriella rättigheterna marknadsförs separat från de produkter de avser ⁽⁶⁾. För det tredje kan marknaden för fastställande av standarder påverkas om det finns olika organ eller avtal för fastställande av standarder. För det fjärde, om det är relevant, kan fastställandet av standarder påverka den särskilda marknaden för provning och certifiering.
262. Effekterna av standardvillkor känns i regel av i det efterföljande marknadsledet, där företag som använder standardvillkor konkurrerar genom att sälja sin produkt till sina kunder.

7.3. Bedömning enligt artikel 101.1

7.3.1. De centrala konkurrensproblemen

Standardiseringsavtal

263. Standardiseringsavtal har i regel en betydande gynnsam ekonomisk effekt ⁽⁷⁾, t.ex. genom att de främjar ekonomisk interpenetration på den inre marknaden och utvecklingen av nya och förbättrade produkter eller marknader och bättre utbudsvillkor. Standarder ökar således i regel konkurrensen och

⁽¹⁾ Se domstolens dom av den 26 mars 2009 i mål C-113/07, SELEX, REG 2009, s. I-2207, punkt 92.

⁽²⁾ EGT L 204, 21.7.1998, s. 37.

⁽³⁾ Se tribunalens dom av den 12 maj 2010 i mål T-432/05, EMC Development AB mot kommissionen, ännu inte publicerad i rättsfallssamlingen.

⁽⁴⁾ Sådana standardvillkor kan omfatta endast en mycket liten del av klausulerna i det slutliga avtalet eller en stor del av dem.

⁽⁵⁾ Detta avser en situation där standardvillor (som inte är rättsligt bindande) i praktiken används av största delen av branschen och/eller för de flesta aspekter av produkten eller tjänsten och därmed leder till färre eller rentav inga valmöjligheter för konsumenterna.

⁽⁶⁾ Se kapitel 3 om forsknings- och utvecklingsavtal.

⁽⁷⁾ Se även punkt 308.

minskar kostnaderna för produktion och försäljning, vilket gagnar ekonomierna som helhet. Standarder kan upprätthålla och förbättra kvaliteten, ge information och garantera interoperabilitet och kompatibilitet (vilket ökar värdet för konsumenterna).

264. Fastställandet av standarder kan dock ge under vissa förhållanden också upphov till konkurrensbegränsande effekter eftersom det kan begränsa priskonkurrensen och begränsa eller kontrollera produktion, marknader, innovation eller teknisk utveckling. Detta kan ske på tre olika sätt, nämligen genom att priskonkurrensen försvagas, innovativ teknik utestängs och vissa företag utesluts eller diskrimineras genom att de hindras från att verkligen få tillgång till standarden.
265. För det första skulle priskonkurrensen på den berörda marknaden försvagas eller elimineras om företag förde konkurrensbegränsande diskussioner i samband med fastställandet av standarder, vilket skulle underlätta samverkan på marknaden ⁽¹⁾.
266. För det andra kan standarder som anger detaljerade tekniska specifikationer för en produkt eller tjänst begränsa teknisk utveckling och innovation. Medan standarden är i utvecklingsskedet är det öppet för konkurrens om att få in olika alternativa tekniker i den. När en teknik väl har valts och standarden fastställts kan de konkurrerande teknikerna och företagen möta ett inträdeshinder och potentiellt utestängas från marknaden. Dessutom kan effekten bli densamma av standarder som kräver att en viss teknik används enbart för en viss standard eller som hindrar utveckling av annan teknik genom att medlemmarna i standardiseringsorganet åläggs att enbart använda en viss standard. Risken för att innovationen begränsas ökar om ett eller flera företag obefogat utesluts från standardiseringsprocessen.
267. När det gäller standarder som omfattar immateriella rättigheter ⁽²⁾ kan tre huvudkategorier av företag med olika intressen i samband med fastställande av standarder urskiljas ⁽³⁾. För det första finns det företag som endast är verksamma i föregående marknadsled och som enbart ägnar sig åt att utveckla och marknadsföra teknik. Licensintäkter är deras enda inkomstkälla och deras incitament är att maximera licensavgifterna. För det andra finns det företag som endast är verksamma i efterföljande marknadsled och enbart tillverkar produkter eller tillhandahåller tjänster som grundar sig på teknik som utvecklats av andra och inte har några relevanta immateriella rättigheter. Licensavgifter innebär en kostnad och inte en inkomstkälla för dem, och deras incitament är att minska eller undvika licensavgifter. Slutligen finns det vertikalt integrerade företag som både utvecklar teknik och säljer produkter. De har blandade motiv. Å ena sidan kan deras immateriella rättigheter ge dem licensintäkter. Å andra sidan måste de kanske betala licensavgifter till andra företag som har immateriella rättigheter som är väsentliga för standarden. Därför kan det hända att de korslicensierar sina egna väsentliga immateriella rättigheter i utbyte mot väsentliga immateriella rättigheter som innehas av andra företag.
268. För det tredje kan standardisering leda till att konkurrensen begränsas genom att vissa företag hindras från att faktiskt få tillgång till resultaten av standardiseringsprocessen (dvs. den specifikation och/eller de väsentliga immateriella rättigheterna för genomförande av standarden). Om ett företag helt hindras från att få tillgång till resultaten av standarden, eller endast ges tillgång till resultaten på oöverkomliga eller diskriminerande villkor, finns det en risk för konkurrensbegränsande effekter. Ett system där potentiellt relevanta immateriella rättigheter avslöjas på förhand kan öka sannolikheten för att tillgång till standarden faktiskt beviljas eftersom deltagarna tack vare det kan fastställa vilken teknik som täcks av immateriella rättigheter. Detta ger parterna möjlighet att väga in den potentiella effekten av det slutliga priset på resultatet av standarden (exempel: om en teknik utan immateriella rättigheter väljs har det sannolikt en gynnsam inverkan på det slutliga priset) och att få det bekräftat av dem som innehar de immateriella rättigheterna att de är villiga att bevilja licens om deras teknik tas med i standarden.

⁽¹⁾ Beroende på kretsen av deltagare i standardiseringsprocessen kan begränsningar uppstå antingen på leverantörs- eller köparsidan på marknaden för den standardiserade produkten.

⁽²⁾ I samband med detta kapitel avser immateriella rättigheter framför allt patent (utom patentansökningar som inte offentliggjorts). Om någon annan typ av immateriella rättigheter i praktiken ger den som innehar immateriella rättigheter kontroll över hur standarden används bör dock samma principer tillämpas.

⁽³⁾ I praktiken tillämpar många företag en mix av dessa affärsmodeller.

269. Lagstiftning om immateriella rättigheter och konkurrenslagstiftning har samma syfte ⁽¹⁾, dvs. att främja innovation och konsumenternas bästa. Immateriella rättigheter främjar dynamisk konkurrens genom att uppmuntra företag till att investera i utveckling av nya eller förbättrade produkter och processer. Därför är immateriella rättigheter i regel konkurrensfrämjande. Tack vare sina immateriella rättigheter kan en deltagare som har immateriella rättigheter som är väsentliga för genomförande av standarden i samband med fastställande av standarder emellertid också förvärva kontroll över hur standarden används. Om standarden utgör ett hinder för marknadsinträde kan företaget kontrollera den produkt- eller tjänstemarknad som standarden avser. Detta kan i sin tur ge företag möjlighet att agera på ett konkurrensbegränsande sätt, t.ex. genom att "uppehålla" (holding-up) användare när standarden antagits antingen genom att vägra licensiera de nödvändiga immateriella rättigheterna eller genom att ta ut alltför höga ⁽²⁾ licensavgifter och därmed hindra användare att faktiskt få tillgång till standarden. Även om fastställandet av en standard kan skapa eller öka marknadsstyrkan för sådana innehavare av immateriella rättigheter som har immateriella rättigheter som är väsentliga för standarden i fråga, finns det ingen presumtion om att innehav eller utövande av immateriella rättigheter som är väsentliga för en standard är liktydigt med att ha eller utöva marknadsstyrka. Frågan om marknadsstyrka kan endast bedömas från fall till fall.

Standardvillkor

270. Standardvillkor kan ge upphov till konkurrensbegränsande effekter genom att begränsa produktutbud och innovation. Om en stor del av en bransch inför standardvillkor och väljer att inte avvika från dem i enskilda fall (eller endast avviker från dem i undantagsfall när stor köparstyrka föreligger), kan det hända att kunderna inte har något annat val än att godta standardvillkoren. Risker för att utbud och innovation ska begränsas är dock sannolik endast i fall där standardvillkoren fastställer slutproduktens räckvidd. Vad gäller klassiska konsumtionsvaror begränsar standardvillkor för försäljning i regel inte innovationen i fråga om själva produkten eller produktkvalitet och produktutbud.
271. Dessutom kan det finnas en risk för att standardvillkor, beroende på sitt innehåll, påverkar de kommersiella villkoren för färdigprodukten. Det finns särskilt en allvarlig risk för att standardvillkor som avser priser kan begränsa priskonkurrensen.
272. Om standardvillkoren blir branschpraxis kan det dessutom vara ytterst viktigt att ha tillgång till dem för att komma in på marknaden. I sådana fall kan förvägrad tillgång till standardvillkoren leda till konkurrenshämmande avskärmning. Så länge standardvillkoren i praktiken står öppna för alla som vill ha tillgång till dem är det osannolikt att de ger upphov till konkurrensbegränsande avskärmning.

7.3.2. Avtal som har till syfte att begränsa konkurrensen

Standardiseringsavtal

273. Avtal i vilka en standard används som en del av ett mer omfattande konkurrensbegränsande avtal i syfte att utestänga faktiska eller potentiella konkurrenter, har till syfte att begränsa konkurrensen. Denna kategori omfattar t.ex. avtal genom vilka en nationell sammanslutning av tillverkare fastställer en standard och utövar påtryckningar på tredje parter för att dessa inte ska saluföra produkter som inte motsvarar standarden eller genom vilka tillverkarna av den etablerade produkten samverkar för att utesluta ny teknik från en standard som redan finns ⁽³⁾.

⁽¹⁾ Se punkt 7 i riktlinjerna om tekniköverföring.

⁽²⁾ Höga licensavgifter kan klassificeras som alltför höga endast om kriterierna för missbruk av en dominerande ställning i artikel 102 i fördraget och i domstolens och tribunalens rättspraxis är uppfyllda, se t.ex. mål 27/76, United Brands, REG 1978, s. 207.

⁽³⁾ Se t.ex. kommissionens beslut i ärende IV/35.691, förisolerade rör, EGT L 24, 30.1.1999, s. 1, där en del av överträdelsen av artikel 101 bestod av att "använda normer och standarder för att förhindra eller försena införandet av ny teknik som skulle resultera i prisminskningar" (punkt 147).

274. Alla avtal om att minska konkurrensen genom att lämna ut de mest restriktiva licensvillkoren innan en standard införs för att dölja ett gemensamt fastställande av priser antingen på produkter i efterföljande led eller på ersättande immateriella rättigheter eller ersättande teknik har till syfte att begränsa konkurrensen ⁽¹⁾.

Standardvillkor

275. Avtal i vilka standardvillkor används som en del av ett mer omfattande konkurrensbegränsande avtal i syfte att utestänga faktiska eller potentiella konkurrenter, har till syfte att begränsa konkurrensen. Ett exempel är om en branschorganisation inte ger en ny aktör tillgång till sina standardvillkor, som absolut måste användas för att garantera marknadsinträde.
276. Alla standardvillkor som innehåller bestämmelser som direkt påverkar de priser som kunderna betalar (dvs. rekommenderade priser, rabatter osv.) har till syfte att begränsa konkurrensen.

7.3.3. Konkurrensbegränsande effekter

Standardiseringsavtal

Avtal som i regel inte begränsar konkurrensen

277. Standardiseringsavtal som inte har till syfte att begränsa konkurrensen måste analyseras i sitt rättsliga och ekonomiska sammanhang med avseende på deras faktiska och sannolika inverkan på konkurrensen. Om marknadsstyrka inte föreligger ⁽²⁾ kan ett standardiseringsavtal inte få några konkurrensbegränsande effekter. Därför är konkurrensbegränsande effekter högst osannolika i en situation där det råder effektiv konkurrens mellan ett antal frivilliga standarder.
278. I fråga om de avtal om fastställande av standarder som riskerar att skapa marknadsstyrka anges i följande punkter (280–286) under vilka förhållanden sådana avtal i normalt faller utanför tillämpningsområdet för artikel 101.1.
279. Det faktum att någon av eller alla de principer som anges i detta avsnitt inte följs leder inte till någon presumption för att konkurrensen begränsas i den mening som avses i artikel 101.1. Däremot måste en självbedömning göras för att avgöra om avtalet omfattas av artikel 101.1 och, om så är fallet, om villkoren i artikel 101.3 är uppfyllda. Det konstateras i det här sammanhanget att det finns olika modeller för fastställande av standarder och att konkurrens inom och mellan dessa modeller är en positiv aspekt av en marknadsekonomi. Standardiseringsorgan är därför i sin fulla rätt att införa regler och förfaranden som inte bryter mot konkurrensreglerna men som samtidigt är annorlunda än de som beskrivs i punkterna 280–286.
280. Standardiseringsavtal som inte **ålägger någon skyldighet** ⁽³⁾ att följa standarden och som ger **tillgång till standarden på rättvisa, rimliga och icke-diskriminerande villkor** begränsar i regel inte konkurrensen i den mening som avses i artikel 101.1, om deltagandet i fastställandet av standarden är **utan begränsningar** och förfarandet för att införa den är **öppet**.
281. För att säkerställa att deltagandet i fastställandet av en standard är **utan begränsningar** måste standardiseringsorganets regler framför allt garantera att samtliga konkurrenter på den eller de marknader som berörs av standarden kan delta i den process som utmynnar i att standarden väljs. Standardiseringsorganen måste också ha objektiva och icke-diskriminerande rutiner för tilldelning av rösträtt samt vid behov objektiva kriterier för valet av den teknik som ska tas med i standarden.

⁽¹⁾ Denna punkt torde inte hindra ensidigt utlämnande av de mest begränsande licensvillkoren enligt beskrivningen i punkt 299. Den hindrar inte heller patentpooler som skapats enligt principerna i riktlinjerna för tekniköverföring eller beslutet om att licensiera immateriella rättigheter som är nödvändiga för en standard på avgiftsfria villkor i enlighet med detta kapitel.

⁽²⁾ Se analogivis punkt 39 och följande. Vad gäller marknadsandelar se även punkt 296.

⁽³⁾ Se även punkt 293 i detta avseende.

282. När det gäller **öppenhet** måste det berörda standardiseringsorganet ha rutiner som ger berörda aktörer möjlighet att faktiskt informera sig om kommande, pågående och slutfört standardiseringsarbete i god tid under varje fas medan standarden utvecklas.
283. Vidare måste standardiseringsorganets regler faktiskt garantera **tillgång till standarden på lika, rimliga och icke-diskriminerande villkor** ⁽¹⁾.
284. Om det är fråga om en standard som omfattar immateriella rättigheter ökar sannolikheten för att de som genomför standarden faktiskt beviljas tillgång till den eller de standarder som det standardiseringsorganet utarbetat, om **en tydlig och välavvägd politik tillämpas på området immateriella rättigheter** ⁽²⁾, **anpassad till branschen i fråga** och till det berörda standardiseringsorganets behov.
285. För att politiken på immateriella rättigheter ska säkerställa faktiskt tillgång till standarden måste den kräva att deltagare som vill att deras immateriella rättigheter ska tas med i standarden skriftligen oåterkalleligen åtar sig att licensiera sina väsentliga immateriella rättigheter till alla tredje parter på lika, rimliga och icke-diskriminerande villkor (nedan kallat **FRAND-åtagande** (*fair, reasonable and non-discriminatory terms*)) ⁽³⁾. Detta åtagande bör göras innan standarden antas. Samtidigt bör politiken på området immateriella rättigheter ge innehavare av immateriella rättigheter möjlighet att utesluta viss teknik från standardiseringsprocessen och därmed från åtagandet om licensiering, förutsatt att det sker i ett tidigt skede av utvecklingen av standarden. För att garantera att FRAND-åtagandet blir verkningsfullt måste det också finnas ett krav på att samtliga deltagande innehavare av immateriella rättigheter som gör ett sådant åtagande ska se till att alla företag till vilka innehavaren av de immateriella rättigheterna överför dessa (inklusive rätten att licensiera dessa immateriella rättigheter) är bunden av det åtagandet, t.ex. genom en avtalsklausul mellan köpare och säljare.
286. Dessutom måste politiken på området immateriella rättigheter kräva att deltagare i god tro lämnar ut sådana rättigheter som kan vara väsentliga för genomförandet av den standard som håller på att utvecklas. Detta skulle ge branschen möjlighet att välja teknik på ett välinformerat sätt och därmed bidra till att målet om faktisk tillgång till standarden kan uppnås. En sådan skyldighet att lämna ut immateriella rättigheter skulle kunna grunda sig på ett fortlöpande utlämnande i takt med att standarden utvecklas och på rimliga insatser för att identifiera immateriella rättigheter som är väsentliga för den potentiella standarden ⁽⁴⁾. Det är också tillräckligt om deltagaren förklarar att man sannolikt har krav som gäller immateriella rättigheter avseende en viss teknik (utan att precisera krav eller ansökningar som gäller immateriella rättigheter). Med beaktande av att riskerna rörande tillgång till standarden inte är desamma i fråga om ett standardiseringsorgan som tillämpar en policy med standarder utan licensavgifter, är utlämnandet av immateriella rättigheter inte relevant i det här sammanhanget.

FRAND-åtaganden

287. FRAND-åtaganden ska garantera att väsentlig immaterialrättsligt skyddad teknik som införlivats i en standard är tillgänglig för dem som använder den standarden på lika, rimliga och icke-diskriminerande villkor. FRAND-åtaganden kan framför allt hindra innehavare av immateriella rättigheter från att försvåra genomförandet av en standard genom att vägra licensiera eller genom att ta ut orättvisa eller orimliga avgifter (m.a.o. alltför höga avgifter) efter det att branschen har låsts vid standarden och/eller ta ut diskriminerande avgifter.
288. Standardiseringsorganet behöver inte försäkra sig om att deltagarnas licensvillkor uppfyller FRAND-åtagandet för att anses uppfylla villkoren i artikel 101. Deltagarna måste själva bedöma om licensvillkoren och i synnerhet de avgifter de tar ut uppfyller FRAND-åtagandet. När deltagarna beslutar om huruvida de ska förbinda sig till FRAND för vissa immateriella rättigheter måste de förutse konsekvenserna av FRAND-åtagandet, framför allt vad gäller deras möjligheter att fritt fastställa nivån på sina avgifter.

⁽¹⁾ De bör t.ex. garantera faktisk tillgång till specifikationen av standarden.

⁽²⁾ Såsom anges i punkterna 283 och 283.

⁽³⁾ Det bör noteras att FRAND också kan omfatta licensiering utan licensavgifter.

⁽⁴⁾ För att det önskade resultatet ska uppnås behöver ett utlämnande i god tro inte gå så långt att man kräver att deltagarna ska jämföra sina immateriella rättigheter med den potentiella standarden och bestämt meddelar att de inte har några immateriella rättigheter som är väsentliga för den potentiella standarden.

289. I händelse av en tvist bör bedömningen av om avgifter för tillgång till immateriella rättigheter i samband med fastställande av standarder är orättvisa eller orimliga grunda sig på huruvida avgifterna står i rimlig relation till det ekonomiska värdet på patenten ⁽¹⁾. I allmänhet finns det olika metoder för att göra denna bedömning. I princip är kostnadsbaserade metoder inte så väl lämpade i detta sammanhang, eftersom det är svårt att bedöma vilka kostnader som kan tillskrivas utvecklandet av ett visst patent eller vissa grupper av patent. Däremot kan det hända att de licensavgifter som företaget i fråga tar ut för de relevanta patenten i en konkurren utsatt miljö, innan branschen har låsts vid standarden, kan jämföras med dem som tas ut efter det att branschen har låsts in. Detta förutsätter att jämförelsen kan göras på ett konsekvent och tillförlitligt sätt ⁽²⁾.
290. En annan tänkbar metod är att införskaffa ett oberoende expertutlåtande om den relevanta immaterialrättsliga portföljens vikt och betydelse för standarden i fråga. Det kan i lämpliga fall också vara möjligt att hänvisa till utlämnanden på förhand av licensvillkor i samband med en specifik standardiseringsprocess. Detta förutsätter också att jämförelsen kan göras på ett konsekvent och tillförlitligt sätt. De avgifter som tas ut för samma immateriella rättigheter i andra jämförbara standarder kan också ge en indikation om FRAND-avgifterna. Syftet med dessa riktlinjer är inte att ge en uttömmande förteckning över lämpliga metoder för att bedöma om avgifterna är alltför höga.
291. Det bör dock framhållas att ingenting i dessa riktlinjer föregriper parternas möjligheter att lösa sina tvister om nivån på FRAND-avgifter genom att vända sig till behöriga tvistemålsdomstolar och handelsdomstolar.

Effektbaserad bedömning för standardiseringsavtal

292. Bedömningen av varje enskilt standardiseringsavtal måste ta hänsyn till standardens sannolika effekter på de berörda marknaderna. Följande överväganden gäller alla standardiseringsavtal som avviker från de principer som anges i punkterna 280–286.
293. Huruvida standardiseringsavtal kan ge konkurrensbegränsande effekter kan bland annat bero på huruvida medlemmarna i ett standardiseringsorgan har möjlighet att **fritt utveckla alternativa standarder eller produkter** som inte är förenliga med den överenskomna standarden ⁽³⁾. T.ex. om avtalet om fastställande av standarder ålägger medlemmarna att endast tillverka produkter i enlighet med standarden ökar risken för en sannolik negativ effekt på konkurrensen avsevärt och kan under vissa omständigheter ha till syfte att begränsa konkurrensen ⁽⁴⁾. Enligt samma resonemang orsakar standarder som endast täcker mindre väsentliga aspekter/delar av slutprodukten mindre sannolikt konkurrensproblem än mer omfattande standarder.
294. Bedömningen av om avtalet begränsar konkurrensen fokuserar också på **tillgången till standarden**. Om resultatet av en standard (dvs. specifikationen av hur en standard ska följas och, i tillämpliga fall, de immateriella rättigheter som är väsentliga för genomförande av standarden) inte alls är tillgängliga, eller endast är tillgängliga på diskriminerande villkor, för medlemmar eller tredje parter (dvs. företag som inte är medlemmar av det berörda standardiseringsorganet) kan det diskriminera eller avskärma eller segmentera marknader enligt deras geografiska tillämpningsområde och därmed sannolikt begränsa konkurrensen. Om det finns flera konkurrerande standarder eller om konkurrensen mellan den standardiserade lösningen och den icke-standardiserade lösningen är effektiv, kan det hända att en begränsad tillgång till resultaten inte får några begränsande effekter på konkurrensen.

⁽¹⁾ Se mål 27/76, United Brands, punkt 250, se även domstolens dom av den 16 juli 2009 i mål C-385/07 P, Der Grüne Punkt – Duales System Deutschland GmbH, REG 2009, s. I-6155, punkt 142.

⁽²⁾ Se domstolens dom av den 13 juli 1989 i mål 395/87, Ministère public mot Jean-Louis Tournier, REG 1989, s. 2521, punkt 38, svensk specialutgåva, s. 113, och domstolens dom av den 13 juli 1989 i de förenade målen 110/88, 241/88 och 242/88, François Lucazeau mot SACEM, REG 1989, s. 2811, punkt 33.

⁽³⁾ Se kommissionens beslut i ärende IV/29/151, Philips/VCR, EGT L 47, 18.2.1978, s. 42, punkt 23: "Eftersom dessa standarder var avsedda för tillverkning av videoutrustning var parterna skyldiga att endast tillverka och distribuera kassetter och videobandspelare som var förenliga med det VCR-system som licensieras av Philips. De förbjöds att gå över till att tillverka och distribuera andra videokassettsystem. Detta utgjorde en konkurrensbegränsning enligt artikel 85.1 b."

⁽⁴⁾ Se kommissionens beslut i ärende IV/29/151, Philips/VCR, punkt 23.

295. Om **deltagandet i standardiseringsprocessen** är öppen i det avseendet att alla konkurrenter (och/eller berörda aktörer) på den marknad som påverkas av standarden kan delta i valet och utarbetandet av standarden, minskar risken för en sannolik konkurrensbegränsande effekt, eftersom inga företag utesluts och fräntas möjligheten att påverka vilken standard som väljs och hur den utarbetas ⁽¹⁾. Ju större sannolika marknadseffekter en standard har och ju mer omfattande de potentiella tillämpningsområdena av en standard är, desto viktigare är det att ge tillträde till standardiseringsprocessen på lika villkor. Om tillgängliga fakta visar att det råder konkurrens mellan flera sådana standarder och standardiseringsorgan (och det inte är nödvändigt att hela branschen tillämpar samma standarder) kan det hända att inga betydande konkurrensbegränsande effekter uppstår. Likaså gäller att avtalet sannolikt inte skulle få någon konkurrensbegränsande effekt enligt artikel 101.1 om det varit omöjligt att anta standarden utan att begränsa antalet deltagare ⁽²⁾. I vissa situationer kan de potentiellt negativa effekterna av en begränsning av deltagandet elimineras eller åtminstone lindras om berörda aktörer **hålls informerade och konsulteras** om det pågående arbetet ⁽³⁾. Ju öppnare standardiseringsförfarandet är desto mer sannolikt är det att alla berörda parter intressen beaktas i den standard som antas.
296. **Marknadsandelarna för de varor eller tjänster som grundar sig på standarden** bör beaktas för att effekterna av ett standardiseringsavtal ska kunna bedömas. Det är kanske inte alltid möjligt att med en någon grad av säkerhet kunna avgöra i ett tidigt skede om en stor del eller endast en obetydlig del av den berörda branschen kommer att använda standarden i praktiken. I många fall skulle de relevanta marknadsandelarna för de företag som deltagit i arbetet med att utveckla standarden kunna användas som måttstock för att beräkna standardens sannolika marknadsandel (eftersom de företag som deltar i fastställandet av standarden i de flesta fall skulle ha intresse av att standarden genomförs) ⁽⁴⁾. Eftersom standardiseringsavtalens effekter ofta står i proportion till hur stor andel av branschen som deltar i att utarbeta och/eller tillämpa standarden, behöver det faktum att parterna har stora marknadsandelar på de marknader som berörs av standarden emellertid inte nödvändigtvis leda till slutsatsen att standarden sannolikt ger konkurrensbegränsande effekter.
297. Alla standardiseringsavtal som klart **diskriminerar** någon av de deltagande eller potentiella medlemmarna skulle kunna leda till en begränsning av konkurrensen. T.ex. om ett standardiseringsorgan uttryckligen utesluter företag som endast är verksamma i föregående marknadsled (dvs. företag som inte är verksamma på marknaden i senare produktionsled) kan det leda till att potentiellt bättre teknik utesluts.
298. Vad gäller standardiseringsavtal med **andra modeller för utlämnande av immateriella rättigheter** än de som redovisas i punkt 286 måste det avgöras från fall till fall om modellen i fråga (t.ex. en modell som inte kräver utan endast uppmuntrar till utlämnande av immateriella rättigheter) faktiskt garanterar tillgång till standarden. Det måste med andra ord undersökas om den aktuella modellen för utlämnande av immateriella rättigheter under de särskilda omständigheter som råder i praktiken hindrar ett välinformerat val mellan olika tekniker och därmed sammanhängande immateriella rättigheter.
299. Standardiseringsavtal som förutsätter att **de mest begränsande licensvillkoren lämnas ut på förhand** begränsar i princip inte konkurrensen i den mening som avses i artikel 101.1. I detta avseende är det viktigt att de parter som deltar i valet av standard är välinformerade inte bara om de tekniska alternativ och åtföljande immateriella rättigheter som står till buds, utan också om de sannolika kostnaderna för dessa immateriella rättigheter. Om den policy som ett standardiseringsorgan har när det gäller immateriella rättigheter förutsätter att innehavare av immateriella rättigheter individuellt lämnar ut sina mest restriktiva licensvillkor, inklusive de högsta avgifter de skulle ta ut innan standarden godkänns, ger det i regel inga konkurrensbegränsande effekter i den mening som avses

⁽¹⁾ I kommissionens beslut i ärende IV/31.458, X/Open Group (EGT L 35, 6.2.1987, s. 36) ansåg kommissionen att även om de antagna standarderna offentliggjordes, hade policyn med ett begränsat medlemskap den effekten att icke-medlemmar hindrades från att påverka resultaten av gruppens arbete och från att få den know-how och den tekniska kunskap som avsåg de standarder som medlemmarna skulle förvärva. Dessutom kunde icke-medlemmar, till skillnad från medlemmar, inte genomföra standarden innan den antogs (se punkt 32). Under dessa omständigheter ansågs avtalet därför utgöra en överträdelse enligt artikel 101.1.

⁽²⁾ Eller, om antagandet av standarden försenats kraftigt på grund av ett ineffektivt förfarande, kan en begränsning i inledningsfasen uppvägas av effektivitetsvinster, som dock måste bedömas mot bakgrund av artikel 101.3.

⁽³⁾ Se kommissionens beslut av den 14 oktober 2009 i ärende 39.416, fartygsklassificering. Beslutet finns på följande adress: http://ec.europa.eu/competition/antitrust/cases/index/by_nr_78.html#i39_416

⁽⁴⁾ Se punkt 261.

i artikel 101.1 ⁽¹⁾. Sådant ensidigt utlämnande av de mest restriktiva licensvillkoren vore ett sätt att ge standardiseringsorganet möjlighet att fatta ett välunderbyggt beslut på grundval av fördelar och nackdelar med olika teknikalternativ, inte endast ur ett tekniskt perspektiv utan också vad gäller prissättning.

Standardvillkor

300. Fastställandet och användningen av standardvillkor måste bedömas i ett lämpligt ekonomiskt sammanhang och mot bakgrund av situationen på den relevanta marknaden för att man ska kunna avgöra om standardvillkoren i fråga sannolikt ger upphov till konkurrensbegränsande effekter.
301. Så länge deltagandet i det faktiska arbetet med att fastställa standardvillkor är **obegränsat** för konkurrenterna på den relevanta marknaden (antingen direkt eller genom deltagande i branschorganisationen), och de fastställda standardvillkoren är **icke-bindande och i praktiken tillgängliga** för alla är det osannolikt att sådana avtal (under de förbehåll som anges i punkterna 303, 304, 305 och 307) ger upphov till konkurrensbegränsande effekter.
302. Faktiskt tillgängliga och icke-bindande standardvillkor för försäljning av konsumtionsvaror eller tjänster (om man antar att de inte har någon priseffekt) har således i allmänhet ingen konkurrensbegränsande effekt eftersom de sannolikt inte leder till någon negativ effekt på produktkvalitet, produktutbud eller innovation. Det finns emellertid två generella undantag som kräver en mer ingående bedömning.
303. För det första, standardvillkor för försäljning av konsumtionsvaror eller konsumenttjänster, där standardvillkoren anger användningsområdet för den produkt som säljs till kunden, och där risken för att produktutbudet ska minska därför är större, skulle kunna ge upphov till konkurrensbegränsande effekter i den mening som avses i artikel 101.1, om det är sannolikt att den gemensamma tillämpningen av dem i praktiken leder till att de anpassas till varandra. Detta kan vara fallet om en vida spridd användning av standardvillkoren i praktiken leder till att innovation och produktutbud minskar. Detta kan inträffa t.ex. om standardvillkor i försäkringsavtal i praktiken begränsar kundens möjligheter att välja de viktiga beståndsdelarna i avtalet, t.ex. vilka standardrisker som försäkringen täcker. Även om det inte är obligatoriskt att använda standardvillkoren kan de försvaga konkurrenternas incitament att konkurrera med produktdiversifiering.
304. Vid bedömningen av om det finns risk för att standardvillkoren sannolikt får konkurrensbegränsande effekter genom en begränsning av produktutbudet bör hänsyn tas till faktorer av typen befintlig konkurrens på marknaden. Risken för att produktutbudet ska begränsas verkar t.ex. mindre om det finns många mindre konkurrenter än om det endast finns ett fåtal större konkurrenter ⁽²⁾. Marknadsandelarna för företag som deltar i arbetet med att fastställa standardvillkoren kan också ge en viss indikation på sannolikheten för att standardvillkoren införs eller för att de kommer att användas av en stor del av marknaden. I det här avseendet är det emellertid inte endast relevant att undersöka om de standardvillkor som utarbetats sannolikt kommer att användas av en stor del av marknaden, utan också om standardvillkoren täcker endast en del av produkten eller hela produkten (ju mindre omfattande standardvillkor, desto mindre sannolikhet för att produktutbudet begränsas generellt sett). Dessutom skulle det sannolikt inte uppstå några konkurrensbegränsande effekter i den mening som avses i artikel 101.1 i fall där det inte hade varit möjligt att erbjuda en viss produkt om inga standardvillkor fastställts. I detta scenario snarare ökar än minskar produktutbudet som följd av att standardvillkor fastställs.

⁽¹⁾ Ensidigt utlämnande av de mest restriktiva licensvillkoren får inte tjäna som täckmantel för ett gemensamt fastställande av priser antingen på produkter i efterföljande led eller på ersättande immateriella rättigheter eller ersättande teknik, vilket som påpekats i punkt 274 utgör avsiktlig konkurrensbegränsning.

⁽²⁾ Om tidigare erfarenheter av standardvillkor på den relevanta marknaden visar att standardvillkor inte försvagade konkurrensen på området produktdifferentiering, kan det också vara en indikation på att samma typ av standardvillkor som utarbetats för en närliggande produkt inte kommer att ge någon konkurrensbegränsande effekt.

305. För det andra gäller att även om standardvillkoren inte anger det faktiska användningsområdet för slutprodukten, kan de utgöra en avgörande del av transaktionen med kunden av andra orsaker. Ett exempel på detta är näthandel, där kundens förtroende är väsentligt (t.ex. vid användning av säkra betalningssystem, en korrekt produktbeskrivning, öppna och tydliga regler för prissättning, en flexibel återlämningspolicy osv.). Eftersom det är svårt för kunderna att göra en klar bedömning av alla dessa faktorer har de en tendens att gynna sådan praxis som är allmänt spridd, och därför kan standardvillkor som avser sådana faktorer bli en *de facto*-standard som företagen måste följa för att kunna sälja på marknaden. Även om dessa standardvillkor inte är bindande skulle de bli en *de facto*-standard och ligga mycket nära en bindande standard, och skulle då behöva analyseras som en sådan.
306. Om användningen av standardvillkor är bindande, måste man bedöma hur de påverkar produktkvalitet, produktutbud och innovation (särskilt om standardvillkoren är bindande för hela marknaden).
307. Dessutom gäller att om (de bindande eller icke-bindande) standardvillkoren innehåller villkor som sannolikt har en negativ effekt på konkurrensen i fråga om priser (t.ex. villkor som anger vilken typ av rabatter som ska beviljas) skulle de sannolikt ge upphov till konkurrensbegränsande effekter i den mening som avses i artikel 101.1.

7.4. Bedömning enligt artikel 101.3

7.4.1. Effektivitetsvinster

Standardiseringsavtal

308. Standardiseringsavtal medför ofta betydande effektivitetsvinster. Standarder som omfattar hela unionen kan t.ex. underlätta marknadsintegration och ge företag möjlighet att saluföra sina varor och tjänster i samtliga medlemsstater, vilket ökar konsumenternas valmöjligheter och sänker priserna. Standarder som inför teknisk interoperabilitet och kompatibilitet främjar ofta kvalifikationsgrundad konkurrens mellan teknik från olika företag och bidrar till att förhindra att en viss leverantör blir inlåst. Vidare kan standarder minska transaktionskostnaderna för säljare och köpare. Standarder om t.ex. kvalitet, säkerhet och miljöaspekter av en produkt kan dessutom underlätta konsumenternas val och leda till bättre produktkvalitet. Standarder kan också spela en viktig roll för innovationen. De kan förkorta den tid det tar att få ut en ny teknik på marknaden och underlätta innovation genom att göra det möjligt för företag att bygga vidare på överenskomna lösningar.
309. För att dessa effektivitetsvinster ska uppnås när det gäller standardiseringsavtal måste den information som behövs för att tillämpa standarden finnas tillgänglig i praktiken för dem som vill komma in på marknaden ⁽¹⁾.
310. Spridningen av en standard kan främjas med hjälp av varumärken eller logotyper som certifierar att kraven är uppfyllda och ger kunderna en garanti. Avtal om provning och certifiering går längre än det primära syftet att fastställa standarden och utgör normalt sett ett separat avtal och en separat marknad.
311. Medan effekterna på innovationsverksamheten måste analyseras från fall till fall anses standarder som skapar kompatibilitet på horisontell nivå mellan olika teknikplattformar sannolikt ge upphov till effektivitetsvinster.

Standardvillkor

312. Användningen av standardvillkor kan innebära ekonomiska fördelar: kunderna kan t.ex. lättare jämföra de villkor som erbjuds och därmed lättare kunna byta företag. Standardvillkor kan också leda till effektivitetsvinster i form av inbesparade transaktionskostnader och dessutom underlätta marknadsinträde i vissa sektorer (särskilt om avtalen har en komplicerad juridisk struktur). Standardvillkor kan också öka den rättsliga säkerheten för parterna i avtalet.
313. Ju fler konkurrenterna är på marknaden desto större är effektivitetsvinsten av att en jämförelse av de erbjudna villkoren underlättas.

⁽¹⁾ Se kommissionens beslut i ärende IV/31.458, X/Open Group, punkt 42: "Kommissionen anser att gruppens beredvillighet att göra resultaten tillgängliga så snabbt som möjligt är en väsentlig faktor när den beslutar att bevilja ett undantag."

7.4.2. Nödvändighet

314. Begränsningar som går utöver det som är nödvändigt för att uppnå de effektivitetsvinster som ett standardiseringsavtal eller standardvillkor kan föra med sig uppfyller inte villkoren i artikel 101.3.

Standardiseringsavtal

315. Bedömningen av varje enskilt standardiseringsavtal måste ta hänsyn till avtalets sannolika effekter på de berörda marknaderna å ena sidan och omfattningen av begränsningar som eventuellt går utöver syftet att uppnå effektivitetsvinster å andra sidan ⁽¹⁾.
316. I regel bör alla konkurrenter på den eller de marknader som berörs av standarden ha möjlighet att delta i fastställandet av den, om inte parterna kan visa att ett sådant deltagande är påtagligt ineffektivt eller om man inte inför erkända förfaranden för gemensam intressebevakning ⁽²⁾.
317. I regel bör standardiseringsavtal inte omfatta mer än det som är nödvändigt för att syftet med dem ska uppnås, oavsett om syftet är teknisk interoperabilitet och kompatibilitet eller en viss kvalitetsnivå. I sådana fall där det gagnar konsumenterna eller ekonomin i stort att det finns en enda teknisk lösning bör denna standard fastställas på icke-diskriminerande villkor. Tekniskt neutrala standarder kan under vissa omständigheter leda till större effektivitetsvinster. Att inkludera ersättande immateriella rättigheter ⁽³⁾ som väsentliga delar av en standard samtidigt som de som använder standarden tvingas betala för mer immateriella rättigheter än vad som är tekniskt nödvändigt går utöver det som är nödvändigt för att eventuella effektivitetsvinster ska uppnås. Enligt samma resonemang skulle konkurrensen mellan olika slags teknik kunna begränsas om ersättande immateriella rättigheter införlivades som väsentliga delar av en standard och användningen av den tekniken begränsades till den standarden (dvs. exklusiv användning), och det skulle inte vara nödvändigt för att uppnå de identifierade effektivitetsvinsterna.
318. Begränsningar i standardiseringsavtal som gör en standard bindande och obligatorisk för en bransch är i princip inte oundgängliga.
319. Enligt samma tankegång går standardiseringsavtal genom vilka vissa organ ges ensamrätt att pröva förenligheten med standarden utöver det primära syftet med att fastställa standarden och kan också begränsa konkurrensen. Det kan emellertid vara berättigat att bevilja ensamrätt under en viss period t.ex. på grund av behovet av att ta igen betydande startkostnader ⁽⁴⁾. I det här fallet bör standardiseringsavtalet innehålla tillräckliga garantier för att minska den risk för konkurrensen som ensamrätten kan ge upphov till. Detta gäller bl.a. certifieringsavgiften, som måste vara skälig och stå i proportion till kostnaderna för att pröva förenligheten.

⁽¹⁾ I ärende IV/29/151, Philips/VCR ledde uppfyllandet av VCR-standarderna till att andra system som kanske var bättre uteslöts. Att så skedde var särskilt allvarligt med tanke på den överlägsna marknadsställning som Philips hade. "... Parterna ålades begränsningar som inte var nödvändiga för att uppnå dessa förbättringar. Videokassetternas kompatibilitet med andra tillverkares apparater skulle ha garanterats om andra tillverkare inte hade behövt iakttä mer än en skyldighet att följa VCR-standarder vid tillverkning av VCR-utrustning" (punkt 31).

⁽²⁾ Se kommissionens beslut i ärende IV/31.458, X/Open Group, punkt 45: *Gruppen skulle inte ha kunnat uppnå sina syften om alla företag som är villiga att förbinda sig till gruppens mål hade rätt att bli medlem. Detta skulle skapa praktiska och logistiska svårigheter för ledningen av arbetet och eventuellt hindra att lämpliga förslag går igenom.* Se också kommissionens beslut av den 14 oktober 2009 i ärende 39.416, fartygsklassificering, punkt 36: "När det gäller de föreslagna kriterierna för medlemskap i IACS innehåller åtagandena en lämplig avvägning mellan behovet av att bibehålla stränga kriterier för medlemskap och behovet av att undanröja onödiga hinder för medlemskap i IACS. Enligt de nya kriterierna kan endast sådana klassificeringssällskap som har tillräcklig expertis få medlemskap i IACS, vilket innebär att IACS verksamhet inte kommer att försämrats på grund av alltför låga krav för medlemskap i IACS. De nya kriterierna hindrar dock inte att klassificeringssällskap som har tillräcklig expertis, och som så önskar, från att bli medlemmar i IACS".

⁽³⁾ Teknik som användare eller licenstagare anser vara utbytbar eller substituerbar med annan teknik, på grund av teknikens egenskaper och avsedda ändamål.

⁽⁴⁾ Se kommissionens beslut i ärendena IV/34.179, 34.202, 216, nederländska kranföretag (Stichting Certificatie Kraanverhuurbedrijf och Federatie van Nederlandse Kraanverhuurbedrijven, EGT L 312, 23.12.1995, s. 79, punkt 23: "Förbudet mot att anlita företag som inte är certifierade av SCK som underentreprenörer, begränsar de certifierade företagens handlingsfrihet. Om ett förbud kan anses hindra, begränsa eller snedvräta konkurrensen enligt artikel 85.1 måste bedömas i sitt rättsliga och ekonomiska sammanhang. Om ett sådant förbud är förenat med ett certifieringssystem som är fullständigt öppet, oberoende och genomblickbart och genom vilket likvärdiga garantier godtas från andra system, kan man invända att det inte har några hämmande effekter på konkurrensen men att det genom systemet endast strävas efter att fullständigt garantera kvaliteten på godkända varor och tjänster."

Standardvillkor

320. Det kan i regel inte godkännas att standardvillkor görs bindande och obligatoriska för branschen eller för medlemmarna i den branschorganisation som fastställde dem. Det är emellertid inte uteslutet att bindande standardvillkor i ett visst fall kan vara oundgängliga för att de effektivitetsvinster de medför ska kunna uppnås.

7.4.3. *Nytta för konsumenterna***Standardiseringsavtal**

321. Effektivitetsvinster som uppnås genom nödvändiga begränsningar måste komma konsumenterna till godo i en omfattning som uppväger de konkurrensbegränsande effekterna av ett standardiseringsavtal eller standardvillkor. En väsentlig del av analysen av om effektivitetsvinster sannolikt kommer konsumenterna till godo är vilka rutiner som används för att garantera att standardanvändarnas och slutkonsumenternas intressen skyddas. Om standarder underlättar teknisk interoperabilitet och kompatibilitet och/eller konkurrens mellan nya och befintliga produkter, tjänster och processer kan man anta att standarden gynnar konsumenterna.

Standardvillkor

322. Både risken för konkurrensbegränsande effekter och sannolikheten för effektivitetsvinster ökar i proportion till företagens marknadsandelar och i vilken utsträckning standardvillkor används. Därför är det inte möjligt att erbjuda något särskilt safe harbour-undantag inom vilken det inte finns någon risk för konkurrensbegränsande effekter eller som skulle göra det möjligt att anta att effektivitetsvinsterna kommer att komma konsumenterna till godo i en omfattning som uppväger de konkurrensbegränsande effekterna.
323. Vissa effektivitetsvinster som standardvillkor medför är dock med säkerhet till fördel för konsumenterna, det blir lättare att jämföra utbudet på marknaden och att byta leverantör och den rättsliga säkerheten kring klausulerna i standardvillkoren ökar. Vad gäller eventuella andra effektivitetsvinster, såsom lägre transaktionskostnader, måste det bedömas från fall till fall och i ett relevant ekonomiskt sammanhang om de sannolikt kommer konsumenterna till godo.

7.4.4. *Konkurrensen sätts inte ur spel*

324. Om ett standardiseringsavtal ger parterna möjlighet att sätta konkurrensen ur spel beror på de olika konkurrenskällorna på marknaden, hur starkt konkurrenstryck de utsätter parterna för och hur avtalet påverkar detta konkurrenstryck. Marknadsandelar är relevanta för denna analys, men omfattningen av den konkurrens som faktiskt återstår kan inte bedömas enbart på grundval av marknadsandelar, utom i fall där en standard i praktiken blir branschstandard⁽¹⁾. I det senare fallet kan konkurrensen sättas ur spel om tredje parter hindras från att verkligen få tillgång till standarden. Standardvillkor som används av de flesta företag i branschen kan skapa en *de facto*-branschstandard och följaktligen orsaka samma betänkligheter. Om standarden eller standardvillkoren däremot endast avser en liten del av produkten eller tjänsten är det osannolikt att konkurrensen sätts ur spel.

7.5. Exempel

325. Fastställande av standarder som konkurrenterna inte kan uppfylla

Exempel 1

Situation: Ett standardiseringsorgan fastställer och offentliggör säkerhetsstandarder som används allmänt inom den berörda branschen. De flesta branschmedlemmar deltar i fastställandet av standarden. Innan standarden införs har en ny aktör utvecklat en produkt som är en teknisk motsvarighet när det gäller prestanda och funktionskrav, och detta erkänns av standardiseringsorganets tekniska kommitté. De tekniska specifikationerna i säkerhetsstandarderna har dock, utan objektiva skäl, utformats på ett sådant sätt att denna eller andra nya produkter inte kan uppfylla villkoren i standarden.

⁽¹⁾ Med *de facto*-standardisering avses en situation där en standard (som inte är rättsligt bindande) i praktiken används inom den största delen av branschen.

Analys: Detta standardiseringsavtal ger sannolikt upphov till konkurrensbegränsande effekter i den mening som avses i artikel 101.1 och uppfyller sannolikt inte villkoren i artikel 101.3. Medlemmarna i standardiseringsorganet har, utan objektiva skäl, utarbetat standarden på ett sådant sätt att konkurrerande produkter som bygger på andra tekniska lösningar inte kan uppfylla villkoren, trots att de har motsvarande prestanda. Denna standard, som inte har ingåtts på en icke-diskriminerande grundval, minskar eller hindrar innovation och produktutbud. Det är osannolikt att det sätt på vilket standarden har utformats leder till större effektivitetsvinster än om den hade utformats neutralt.

326. Icke-bindande och öppen standard som täcker en stor del av marknaden

Exempel 2

Situation: Några tillverkare av hemelektronik som har betydande marknadsandelar kommer överens om att utveckla en ny standard för en produkt som en uppföljare till dvd.

Analys: Under förutsättning att a) tillverkarna även i fortsättning fritt kan producera nya produkter som inte uppfyller villkoren i den nya standarden, b) deltagandet i fastställandet av standarden är öppet och utan restriktioner och c) standardiseringsavtalet inte i övrigt begränsar konkurrensen föreligger sannolikt ingen överträdelse av artikel 101.1. Om parterna kom överens om att endast tillverka produkter som är förenliga med den nya standarden skulle avtalet begränsa den tekniska utvecklingen, minska innovationen och hindra parterna från att sälja olika produkter, och därmed ge upphov till konkurrensbegränsande effekter i den mening som avses i artikel 101.1.

327. Standardiseringsavtal utan utlämnande av immateriella rättigheter

Exempel 3

Situation: Ett privat standardiseringsorgan som är verksamt inom standardisering inom IKT-sektorn (IKT = informations- och kommunikationsteknik) har en policy när det gäller immateriella rättigheter som varken kräver eller uppmuntrar till att lämna ut immateriella rättigheter som skulle kunna vara väsentliga för den framtida standarden. Standardiseringsorganet fattade medvetet beslutet att inte införa en sådan skyldighet, särskilt med hänsyn till att all teknik som kan vara relevant för en framtida standard i allmänhet omfattas av många immateriella rättigheter. Därför ansåg standardiseringsorganet att en skyldighet att lämna ut immateriella rättigheter å ena sidan inte skulle medföra fördelen att deltagarna skulle kunna välja en lösning med föga eller inga immateriella rättigheter och å andra sidan skulle medföra extra kostnader då det måste undersökas om de immateriella rättigheterna kan vara väsentliga för den framtida standarden. Standardiseringsorganets policy när det gäller immateriella rättigheter kräver dock att alla deltagare åtar sig att licensiera sådana immateriella tillgångar som kan vara väsentliga för den framtida standarden på FRAND-villkor. Policyn för immateriella rättigheter möjliggör undantag om det finns vissa immateriella rättigheter som en innehavare av sådana rättigheter vill utesluta ur det generella åtagandet om licensiering. Just i den här branschen finns det flera konkurrerande privata standardiseringsorgan. Standardiseringsorganet står öppet för alla som är verksamma i branschen.

Analys: I många fall skulle en skyldighet att lämna ut immateriella rättigheter vara konkurrensfrämjande eftersom det ökar konkurrensen mellan olika slag av teknik på förhand. I regel ger en sådan skyldighet medlemmarna i ett standardiseringsorgan möjlighet att väga in den mängd immateriella rättigheter som är väsentlig för en viss teknik när de väljer mellan konkurrerande teknik (eller om möjligt att välja en teknik som inte belastas av immateriella rättigheter). Mängden immateriella rättigheter som är väsentlig för en teknik påverkar ofta direkt kostnaderna för att få tillgång till standarden. I detta specifika sammanhang förefaller dock all tillgänglig teknik omfattas av immateriella rättigheter, till och med många sådana. Därför skulle utlämnande av immateriella rättigheter inte ha den positiva effekten att det ger medlemmarna möjlighet att väga in mängden immateriella rättigheter när de väljer teknik, eftersom man kan anta det finns immateriella rättigheter som är väsentliga oavsett vilken teknik som väljs. Det är osannolikt att utlämnande av immateriella rättigheter skulle bidra till att garantera faktisk tillgång till standarden, vilket i det här fallet garanteras tillräckligt av det generella åtagandet att licensiera alla immateriella rättigheter som kan vara

väsentliga för den framtida standarden på FRAND-villkor. Tvärtom kan en skyldighet att lämna ut immateriella rättigheter i det här sammanhanget medföra extra kostnader för deltagarna. Om inga immateriella tillgångar lämnas ut kan det också under dessa omständigheter leda till att standarden antas snabbare, vilket kan vara viktigt om det finns flera konkurrerande standardiseringsorgan. Av detta följer att avtalet sannolikt inte ger upphov till några negativa konkurrenseffekter i den mening som avses i artikel 101.1.

328. Standarder inom försäkringssektorn

Exempel 4

Situation: En grupp av försäkringsbolag träffas för att komma överens om icke-bindande standarder för installation av vissa säkerhetsanordningar (dvs. komponenter och utrustning som konstrueras för att förhindra eller minska förluster samt system som bildats av sådana beståndsdelar). De icke-bindande standarder som försäkringsbolagen fastställer a) införs för att tillgodose ett specifikt behov och för att hjälpa försäkringsgivare att hantera risk och erbjuda riskanpassade premier, b) diskuteras med installationsföretagen (eller deras företrädare), och deras synpunkter beaktas innan standarderna färdigställs, c) offentliggörs av de berörda sammanslutningarna av försäkringsbolag i en särskild del av deras webbplatser så att alla installationsföretag eller andra intresserade parter lätt kan komma åt dem.

Analys: Förfarandet för att fastställa dessa standarder är öppet och ger intresserade parter möjlighet att delta. Dessutom är resultatet lätt tillgängligt på rimliga och icke-diskriminerande grundval för alla som så önskar. Under förutsättning att standarden inte har negativa effekter i efterföljande marknadsled (t.ex. genom att utesluta vissa installationsföretag genom mycket specifika och omotiverade installationskrav) är det osannolikt att den får någon konkurrensbegränsande effekt. Även om standarderna ger upphov till en konkurrensbegränsande effekt, förefaller villkoren i artikel 101.3 emellertid ändå vara uppfyllda. Standarderna skulle hjälpa försäkringsgivare att analysera i vilken utsträckning sådana installationssystem minskar den relevanta risken och hindrar förluster så att de kan hantera risker och erbjuda riskanpassade premier. De skulle också, så länge de ovannämnda förbehållet avseende efterföljande marknadsled beaktas, vara mer effektiva för installationsföretagen och ge dem möjlighet att följa en enda uppsättning standarder som gäller för alla försäkringsbolag i stället för att varje försäkringsbolag ska testa dem var för sig. De skulle också göra det lättare för konsumenterna att byta till ett annat försäkringsbolag. Dessutom skulle de vara till fördel för mindre försäkringsgivare, som kanske inte har kapacitet för separat testning. Vad gäller övriga villkor i artikel 101.3 ser det ut som att de icke-bindande standarderna inte går utöver det som är nödvändigt för att uppnå effektivitetsvinster i fråga, att fördelarna kommer konsumenterna till godo (en del av standarderna skulle t.o.m. gagna konsumenterna direkt) och att begränsningarna inte leder till att konkurrensen sätts ur spel.

329. Miljönormer

Exempel 5

Situation: Nästan alla tvättmaskinstillverkare kommer på inrådan av ett offentligt organ överens om att inte längre tillverka produkter som inte uppfyller vissa miljökrav (t.ex. energieffektivitet). Tillsammans har parterna 90 % av marknaden. De produkter som därmed 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). Utan avtalet skulle parterna inte ha lagt om sin produktion och sina marknadsföringsinsatser i riktning mot miljövänligare produkter.

Analys: Avtalet ger parterna kontrollen över sin egen produktion och omfattar en betydande del av deras försäljning och totalproduktion, samtidigt som det också minskar tredje parters produktion. Produktutbudet, som delvis är inriktat på produktens miljöegenskaper, minskar och priserna kommer troligen att stiga. Därför är det sannolikt att avtalet ger upphov till konkurrensbegränsande effekter i den mening som avses i artikel 101.1. Att den offentliga myndigheten är inblandad saknar relevans för bedömningen. Nyare, miljövänligare produkter är dock mer avancerade i tekniskt

hänseende, och erbjuder kvalitativa effektivitetsvinster i form av fler tvättprogram som konsumenterna kan använda. Dessutom gör de som köper tvättmaskinerna inbesparingar tack vare lägre driftskostnader i form av lägre förbrukning av vatten, el och tvättmedel. Kostnadsbesparingarna uppnås på andra marknader är den marknad som är relevant för avtalet. Dessa effektivitetsvinster kan dock beaktas, eftersom de marknader där de konkurrensbegränsande effekterna uppkommer och de marknader där effektivitetsvinsterna uppkommer hänger samman med varandra och eftersom det i stort sett är samma konsumentkategori som påverkas av begränsningen och som påverkas av effektivitetsvinsterna. Effektivitetsvinsterna uppväger de konkurrensbegränsande effekterna i form av högre kostnader. 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 tvättmaskiner som uppfyller de överenskomna miljöegenskaperna, och konkurrens förekommer fortfarande i fråga om övriga produkttegenskaper. Därför förefaller villkoren i artikel 101.3 vara uppfyllda.

330. Standardisering som uppmuntras av staten

Exempel 6

Situation: Med anledning av resultaten av den forskning kring rekommenderade fetthalter i vissa bearbetade livsmedel som en statligt finansierad tankesmedja i en annan medlemsstat utfört kommer flera stora tillverkare av bearbetade livsmedel under formella diskussioner vid en branschorganisation överens om att fastställa rekommenderade fetthalter för produkterna i fråga. Tillsammans har parterna 70 % av försäljningen av produkterna i den berörda medlemsstaten. Parternas initiativ kommer att stödas av en riksomfattande reklamkampanj finansierad av tankesmedjan som framhäver riskerna med höga fetthalter i bearbetade livsmedel.

Analys: Fetthalterna är visserligen rekommendationer och därför frivilliga, men på grund av den publicitet som den riksomfattande reklamkampanjen får, kommer de rekommenderade fetthalterna sannolikt att införas av alla företag som tillverkare bearbetade livsmedel i medlemsstaten i fråga. Därför är det sannolikt att rekommendationen i praktiken blir högsta tillåtna fetthalt i bearbetade livsmedel. Därför kan konsumenternas valmöjligheter på produktmarknaderna försämrats. Parterna kommer dock att kunna fortsätta att konkurrera när det gäller flera andra produkttegenskaper, såsom pris, produktstorlek, kvalitet, smak, annat näringsinnehåll, salthalt, balans mellan ingredienserna samt varumärke. Dessutom kan konkurrensen öka när det gäller fetthalterna i produktutbudet, eftersom parterna bemödar sig om att erbjuda produkter med lägst fetthalt. Därför är det osannolikt att avtalet ger konkurrensbegränsande effekter i den mening som avses i artikel 101.1.

331. Öppen standardisering av produktförpackningar

Exempel 7

Situation: De största tillverkarna av en snabbbrörlig konsumentprodukt på en konkurrensutsatt marknad i en medlemsstat och tillverkare och distributörer i andra medlemsstater som säljer produkten i fråga till den medlemsstaten (importörer) ingår ett avtal med de största förpackningsleverantörerna om att utveckla och genomföra ett frivilligt initiativ för att standardisera förpackningen till den produkt som säljs i den medlemsstaten när det gäller förpackningens form och storlek. I dagens läge är variationerna stora när det gäller förpackningsstorlekar och förpackningsmaterial inom och mellan medlemsstaterna. Detta återspeglar det faktum att förpackningen inte utgör någon stor andel av de totala produktionskostnaderna och att omställningskostnaderna för förpackningstillverkare inte är betydande. Det finns ingen europeisk standard för förpackningen och ingen sådan är heller på gång. Parterna har ingått avtalet frivilligt eftersom myndigheterna i medlemsstaten i fråga har satt press på dem att uppfylla miljömål. Tillsammans har tillverkarna och importörerna 85 % av försäljningen av produkten inom den berörda medlemsstaten. Det frivilliga initiativet kommer att resultera i en produkt med enhetlig storlek för försäljning i medlemsstaten i fråga. Produkten förbrukar mindre förpackningsmaterial, tar upp mindre hyllutrymme, har lägre transport- och förpackningskostnader och är miljövänligare tack vare mindre förpackningsavfall. Det leder också till lägre återvinningskostnader för tillverkarna. Standarden anger inte att särskilda typer av förpackningsmaterial måste användas. Tillverkarna och importörerna har kommit överens

om specifikationerna i standarden på ett öppet och transparent sätt, och förslagen till specifikationer har offentliggjorts för öppet samråd på en branschwebbplats i god tid innan de antas. De slutliga specifikationer som antas offentliggörs också på en branschorganisations webbplats som är fritt tillgänglig för alla potentiella nya aktörer, även om de inte är medlemmar i branschorganisationen i fråga.

Analys: Trots att avtalet är frivilligt är det troligt att standarden blir *de facto*-standard i branschen eftersom parterna tillsammans har en stor andel av marknaden för produkten i fråga i den berörda medlemsstaten och eftersom myndigheterna dessutom uppmanar återförsäljare att minska förpackningsavfallet. Teoretiskt sett skulle avtalet som sådant kunna skapa inträdeshinder och eventuellt ge upphov till konkurrensbegränsande avskärmningseffekter på marknaden i den berörda medlemsstaten. Detta skulle utgöra en risk framför allt för importörerna av produkten i fråga, vilka kan tvingas att förpacka om produkten för att uppfylla *de facto*-standarden för att kunna sälja i den berörda medlemsstaten, om den förpackningsstorlek som används i andra medlemsstater inte uppfyller standarden. Det är dock osannolikt att betydande inträdeshinder och avskärmning förekommer i praktiken, eftersom a) avtalet är frivilligt, b) standarden har överenskommit med viktiga importörer på ett öppet och transparent sätt, c) omställningskostnaderna är låga och d) de tekniska detaljerna rörande standarden är tillgängliga för alla nya aktörer, importörer och alla förpackningsleverantörer. Framför allt kommer importörerna att ha varit medvetna om eventuella ändringar av förpackningarna i ett tidigt skede av utvecklingsarbetet och genom det öppna samrådet om förslagen till standarder ha kunnat lägga fram sina synpunkter innan standarden slutligen antogs. Därför kan det hända att avtalet inte ger några betydande konkurrensbegränsande effekter i den mening som avses i artikel 101.1.

I alla händelser är det sannolikt att villkoren i artikel 101.3 kommer att uppfyllas i det här fallet: i) avtalet kommer att ge upphov till kvantitativa effektivitetsvinster genom lägre transport- och förpackningskostnader, ii) de rådande konkurrensförhållandena på marknaden är sådana att dessa kostnadsminskningar sannolikt kommer konsumenterna till godo, iii) avtalet omfattar endast de begränsningar som är absolut nödvändiga för att uppnå förpackningsstandarderna och det är osannolikt att det får betydande avskärmande effekter, och iv) konkurrensen kommer inte att sättas ur spel för en betydande del av produkterna i fråga.

332. Sluten standardisering av produktförpackningar

Exempel 8

Situation: Situationen är densamma som i exempel 7, punkt 331, utom att standarden endast överenskommit mellan sådana tillverkare av den snabbbrörliga konsumentprodukten som är belägna i den berörda medlemsstaten (vilka har 65 % av försäljningen av produkten i den medlemsstaten), det förekom inget öppet samråd om de specifikationer som antogs (som omfattar detaljerade standarder för den typ av förpackningsmaterial som måste användas) och specifikationer av den frivilliga standarden offentliggörs inte. Detta ledde till högre omställningskostnader för tillverkare i andra medlemsstater än för inhemska tillverkare.

Analys: På samma sätt som i exempel 7 är det, trots att avtalet är frivilligt, mycket sannolikt att standarden blir *de facto*-standardpraxis i branschen eftersom återförsäljare också uppmanas av myndigheterna att minska förpackningsavfallet och de inhemska tillverkarna har 65 % av försäljningen av produkten inom den berörda medlemsstaten. Det faktum att relevanta tillverkare i andra medlemsstater inte rådfrågades ledde till att man antog en standard som medför högre omställningskostnader för dem jämfört med inhemska tillverkare. Därför kan avtalet skapa inträdeshinder och eventuellt ge upphov till konkurrensbegränsande avskärmningseffekter som drabbar förpackningsleverantörer, nya aktörer och importörer – av vilka ingen deltog i standardiseringsprocessen – eftersom de kan tvingas förpacka om produkten för att uppfylla *de facto*-standarden för att kunna sälja i den berörda medlemsstaten, om den förpackningsstorlek som används i andra medlemsstater inte uppfyller standarden.

Till skillnad från i exempel 7, punkt 331, har standardiseringsprocessen inte förlöpt på ett öppet och transparent sätt. Framför allt har nya aktörer, importörer och förpackningsleverantörer inte getts tillfälle att lägga fram synpunkter på den föreslagna standarden och kanske inte ens är medvetna om den förrän i ett sent skede, vilket kan leda till att de inte kan lägga om sina tillverkningsmetoder

eller byta leverantörer snabbt och effektivt. Dessutom kan det hända att nya aktörer, importörer och förpackningsleverantörer inte kan konkurrera om standarden är okänd eller svår att uppfylla. Det har särskild relevans i det här fallet att standarden innehåller detaljerade specifikationer om de förpackningsmaterial som ska användas vilket, till följd av samrådets och standardens slutenhet, importörer och nya aktörer kommer att få svårigheter med att uppfylla. Avtalet kan därför begränsa konkurrensen i den mening som avses i artikel 101.1. Denna slutsats påverkas inte av det faktum att avtalet har ingåtts för att uppfylla bakomliggande miljömål som överenskommits med myndigheterna i den berörda medlemsstaten.

Det är osannolikt att villkoren i artikel 101.3 kommer att uppfyllas i det här fallet. Även om avtalet kommer att ge upphov till liknande kvantitativa effektivitetsvinster som i exempel 7, punkt 331, är det osannolikt att standardiseringsavtalets slutenhet och privata karaktär och den icke-offentliggjorda detaljerade standarden om vilken typ av förpackningsmaterial som måste användas är nödvändiga för att de effektivitetsvinster som avses i avtalet ska uppnås.

333. Icke-bindande och öppna standardvillkor som används för avtal med slutanvändare

Exempel 9

Situation: En branschorganisation för eldistributörer fastställer icke-bindande standardvillkor för leverans av el till slutanvändare (standardvillkor för elförsäljning). Standardvillkoren har fastställts på ett öppet och icke-diskriminerande sätt. Standardvillkoren omfattar bl.a. uppgifter om förbrukningsställe, anslutningspunktens geografiska läge och spänningstal, bestämmelser om leveranssäkerhet samt förfarandet för avräkning mellan parterna i avtalet (vad händer t.ex. om kunden inte förser leverantören med uppgifter om den avlästa förbrukningen). Standardvillkoren omfattar inga frågor som avser pris, dvs. de innehåller inga rekommenderade priser eller andra prisrelaterade klausuler. Alla företag som är verksamma inom denna sektor kan fritt använda standardvillkoren som de finner lämpligt. Omkring 80 % av de avtal som ingås med slutanvändare på den relevanta marknaden grundar sig på dessa standardvillkor.

Analys: Dessa standardvillkor ger sannolikt inte upphov till några konkurrensbegränsande effekter i den mening som avses i artikel 101.1. De har visserligen blivit branschpraxis, men de verkar inte ha någon märkbar negativ inverkan på priser, produktkvalitet eller produktutbud.

334. Standardvillkor som används i avtal mellan företag

Exempel 10

Situation: Byggnadsföretag i en viss medlemsstat träffas för att fastställa icke-bindande och öppna standardvillkor som en entreprenör ska använda när han lämnar en offert på ett byggnadsarbete till en kund. Ett formulär för kostnadsförslaget bifogas jämte villkor som lämpar sig för byggbranschen. Tillsammans utgör detta underlag byggavtalet. Klausulerna täcker sådana aspekter som utarbetandet av avtalet, entreprenörens och kundens allmänna skyldigheter samt betalningsvillkor som inte är prisrelaterade (t.ex. en bestämmelse om att entreprenören har rätt att inställa arbetet på grund av utebliven betalning), försäkring, varaktighet, överlämnande och brister, ansvarsbegränsning, uppsägning av avtalet osv. Till skillnad från exempel 9, punkt 333, skulle dessa standardvillkor ofta användas mellan företag av vilka ett är verksamt i föregående och ett i efterföljande marknadsled.

Analys: Dessa standardvillkor har sannolikt inga konkurrensbegränsande effekter i den mening som avses i artikel 101.1. I normala fall skulle kundens valmöjligheter inte begränsas väsentligt när det gäller färdigprodukten, dvs. byggnadsarbetet. Andra konkurrensbegränsande effekter förefaller osannolika. I själva verket regleras flera av de ovannämnda klausulerna (överlämnande och brister, uppsägning av avtalet osv.) i lag.

335. Standardvillkor som underlättar en jämförelse av produkter från olika företag

Exempel 11

Situation: En riksomfattande sammanslutning inom försäkringssektorn distribuerar icke-bindande standardvillkor för avtal om husförsäkringar. Dessa villkor ger ingen indikation om försäkringspremiernas nivå, försäkringsbeloppet eller de självrisker som den försäkrade ska betala. De föreskriver inte ett omfattande försäkringsskydd som även omfattar risker som ett betydande antal försäkringstagare inte är utsatta för samtidigt och kräver inte att försäkringstagaren ska försäkra sig mot olika risker hos en och samma försäkringsgivare. De flesta försäkringsbolag använder standardiserade försäkringsvillkor, men alla deras avtal innehåller inte samma villkor eftersom de anpassas till kundernas individuella behov och därför finns det ingen *de facto*-standard för försäkringsprodukter. Standardvillkoren för försäkringsavtal ger konsumenter och konsumentorganisationer möjlighet att jämföra de försäkringar som olika försäkringsgivare erbjuder. En konsumentorganisation deltar i fastställandet av standardvillkor för försäkringsavtal. De är tillgängliga för alla nya aktörer på lika villkor.

Analys: Dessa standardvillkor för försäkringsavtal avser den slutliga försäkringsproduktens sammansättning. Om marknadsförhållanden och andra faktorer visar att det kan finnas en risk för att produktutbudet minskar om försäkringsbolag använder sådana standardvillkor för försäkringsavtal, är det sannolikt att en sådan eventuell minskning uppvägs av effektivitetsvinster, t.ex. genom att konsumenterna lättare kan jämföra de villkor som försäkringsbolag erbjuder. Dessa jämförelser gör det i sin tur lättare att byta försäkringsbolag, vilket främjar konkurrensen. Dessutom gynnar det konsumenterna att de kan byta leverantör och att konkurrenter kommer in på marknaden. Det faktum att konsumentorganisationen i fråga har deltagit i processen kan i vissa fall öka sannolikheten för att de effektivitetsvinster som inte automatiskt kommer konsumenterna till godo ändå gör det. Standardvillkoren minskar sannolikt också transaktionskostnaderna och gör det lättare för försäkringsgivare att komma in på andra geografiska marknader och/eller produktmarknader. Dessutom förefaller begränsningarna inte gå utöver det som är nödvändigt för att uppnå de identifierade effektivitetsvinsterna och konkurrensen skulle inte sättas ur spel. Det är följaktligen sannolikt att villkoren i artikel 101.3 är uppfyllda.