

IV

(Oplysninger)

OPLYSNINGER FRA DEN EUROPÆISKE UNIONS INSTITUTIONER, ORGANER,
KONTORER OG AGENTURER

EUROPA-KOMMISSIONEN

KOMMISSIONENS MEDDELELSE

Retningslinjer for anvendelsen af artikel 101 i traktaten om Den Europæiske Unions funktionsmåde
på horizontale samarbejdsaftaler

(EØS-relevant tekst)

(2011/C 11/01)

INDHOLDSFORTEGNELSE

1.	Indledning	4
1.1.	Formål og anvendelsesområde	4
1.2.	Grundprincipper for vurderingen efter artikel 101	7
1.2.1.	Artikel 101, stk. 1	8
1.2.2.	Artikel 101, stk. 3	11
1.3.	Retningslinjernes opbygning	12
2.	Generelle principper for den konkurrencemæssige vurdering af informationsudveksling	13
2.1.	Definition og anvendelsesområde	13
2.2.	Vurdering efter artikel 101, stk. 1	15
2.2.1.	De vigtigste konkurrenceproblemer	15
2.2.2.	Konkurrencebegrænsende formål	16
2.2.3.	Konkurrencebegrænsende virkninger	16
2.3.	Vurdering efter artikel 101, stk. 3	21
2.3.1.	Effektivitetsgevinster	21
2.3.2.	Nødvendige begrænsninger	22
2.3.3.	Fordele for forbrugerne	22
2.3.4.	Ingen udelukkelse af konkurrencen	23
2.4.	Eksempler	23
3.	Forsknings- og udviklingsaftaler	26
3.1.	Definition	26
3.2.	Relevante markeder	26

3.3.	Vurdering efter artikel 101, stk. 1	28
3.3.1.	De vigtigste konkurrenceproblemer	28
3.3.2.	Konkurrencebegrænsende formål	29
3.3.3.	Konkurrencebegrænsende virkninger	29
3.4.	Vurdering efter artikel 101, stk. 3	31
3.4.1.	Effektivitetsgevinster	31
3.4.2.	Nødvendige begrænsninger	31
3.4.3.	Fordele for forbrugerne	31
3.4.4.	Ingen udelukkelse af konkurrencen	31
3.4.5.	Tidspunktet for vurderingen	31
3.5.	Eksempler	32
4.	Produktionsaftaler	35
4.1.	Definition og anvendelsesområde	35
4.2.	Relevante markeder	36
4.3.	Vurdering efter artikel 101, stk. 1	36
4.3.1.	De vigtigste konkurrenceproblemer	36
4.3.2.	Konkurrencebegrænsende formål	36
4.3.3.	Konkurrencebegrænsende virkninger	37
4.4.	Vurdering efter artikel 101, stk. 3	39
4.4.1.	Effektivitetsgevinster	39
4.4.2.	Nødvendige begrænsninger	40
4.4.3.	Fordele for forbrugerne	40
4.4.4.	Ingen udelukkelse af konkurrencen	40
4.5.	Eksempler	40
5.	Indkøbsaftaler	44
5.1.	Definition	44
5.2.	Relevante markeder	44
5.3.	Vurdering efter artikel 101, stk. 1	45
5.3.1.	De vigtigste konkurrenceproblemer	45
5.3.2.	Konkurrencebegrænsende formål	45
5.3.3.	Konkurrencebegrænsende virkninger	45
5.4.	Vurdering efter artikel 101, stk. 3	46
5.4.1.	Effektivitetsgevinster	46
5.4.2.	Nødvendige begrænsninger	47
5.4.3.	Fordele for forbrugerne	47
5.4.4.	Ingen udelukkelse af konkurrencen	47
5.5.	Eksempler	47
6.	Markedsføringsaftaler	49
6.1.	Definition	49
6.2.	Relevante markeder	49

6.3.	Vurdering efter artikel 101, stk. 1	50
6.3.1.	De vigtigste konkurrenceproblemer	50
6.3.2.	Konkurrencebegrænsende formål	50
6.3.3.	Konkurrencebegrænsende virkninger	50
6.4.	Vurdering efter artikel 101, stk. 3	52
6.4.1.	Effektivitetsgevinster	52
6.4.2.	Nødvendige begrænsninger	52
6.4.3.	Fordele for forbrugerne	52
6.4.4.	Ingen udelukkelse af konkurrencen	52
6.5.	Eksempler	52
7.	Standardiseringsaftaler	55
7.1.	Definition	55
7.2.	Relevante markeder	56
7.3.	Vurdering efter artikel 101, stk. 1	56
7.3.1.	De vigtigste konkurrenceproblemer	56
7.3.2.	Konkurrencebegrænsende formål	58
7.3.3.	Konkurrencebegrænsende virkninger	59
7.4.	Vurdering efter artikel 101, stk. 3	64
7.4.1.	Effektivitetsgevinster	64
7.4.2.	Nødvendige begrænsninger	65
7.4.3.	Fordele for forbrugerne	66
7.4.4.	Ingen udelukkelse af konkurrencen	66
7.5.	Eksempler	66

1. INDLEDNING

1.1. Formål og anvendelsesområde

1. I disse retningslinjer fastsættes principperne for, hvordan aftaler mellem virksomheder, vedtagelser inden for sammenslutninger af virksomheder og samordnet praksis (under ét benævnt »aftalerne«) vedrørende horisontalt samarbejde vurderes efter artikel 101 i traktaten om Den Europæiske Unions funktionsmåde (*) (i det følgende benævnt »artikel 101«). En samarbejdsaftale har en horisontal natur, hvis den indgås mellem faktiske eller potentielle konkurrenter. Disse retningslinjer omfatter desuden horisontale samarbejdsaftaler mellem virksomheder, der ikke konkurrerer med hinanden, f.eks. mellem to virksomheder, som opererer på de samme produktmarkeder, men på forskellige geografiske markeder, uden at de er potentielle konkurrenter.
2. Horisontale samarbejdsaftaler kan medføre betydelige økonomiske fordele, især hvis de indebærer sammenlægning af komplementære aktiviteter, viden eller aktiver. Horisontalt samarbejde kan være et middel til risikodeling, omkostningsbesparelser, investeringsforøgelse, fælles udnyttelse af knowhow, forbedring af produkternes kvalitet, udvidelse af produktsortimentet og hurtigere iværksættelse af innovation.
3. På den anden side kan horisontalt samarbejde skabe konkurrencemæssige problemer. Det sker eksempelvis, hvis parterne indgår aftaler om fastsættelse af priser eller produktionsmængder eller om markedsdeling, eller hvis samarbejdet giver parterne mulighed for at opnå markedsstyrke eller for at opretholde eller forøge deres markedsstyrke og derved sandsynligvis skaber negative virkninger på markedet med hensyn til priser, produktion, produktkvalitet, produktsortiment eller innovation.
4. Selv om Kommissionen erkender, at horisontale samarbejdsaftaler kan medføre fordele, må den også sikre, at der opretholdes en effektiv konkurrence. Artikel 101 danner retsgrundlag for en vurdering, der skal afveje de konkurrenceskadelige og de konkurrencefremmende virkninger.
5. Disse retningslinjer tager sigte på at skabe et analysegrundlag for de mest almindelige former for horisontale samarbejdsaftaler. De omfatter aftaler om forskning og udvikling, produktionsaftaler, herunder underleverance- og specialiseringsaftaler, indkøbs- og markedsføringsaftaler, standardiseringsaftaler, herunder standardkontrakter, og aftaler om informationsudveksling. Retningslinjerne bygger hovedsagelig på retlige og økonomiske kriterier, som bidrager til analysen af en horisontal samarbejdsaftale og den sammenhæng, hvori den indgår. Økonomiske kriterier, såsom parternes markedsstyrke og andre faktorer vedrørende markedsstrukturen, er et nøgleelement i vurderingen af en horisontal samarbejdsaftales sandsynlige virkninger på markedet og dermed også i vurderingen efter artikel 101.
6. Disse retningslinjer gælder for de mest almindelige former for horisontale samarbejdsaftaler, uanset hvilket integrationsniveau de medfører, bortset fra transaktioner, der udgør en fusion som omhandlet i artikel 3 i Rådets forordning (EF) nr. 139/2004 af 20. januar 2004 om kontrol med fusioner og virksomhedsovertagelser ⁽¹⁾ (»EF-fusionsforordningen«), hvilket ville være tilfældet med f.eks. for joint venture-selskaber, som på et varigt grundlag varetager en selvstændig erhvervsvirksomheds funktioner »selvstændigt fungerende joint ventures« ⁽²⁾.

(*) Med virkning fra den 1. december 2009 er EF-traktatens artikel 81 blevet til artikel 101 i traktaten om Den Europæiske Unions funktionsmåde (TEUF). De to bestemmelser er indholdsmæssigt identiske. I disse retningslinjer skal henvisninger til artikel 101 i traktaten om Den Europæiske Unions funktionsmåde efter omstændighederne forstås som henvisninger til EF-traktatens artikel 81. I TEUF blev der også foretaget visse terminologiske ændringer, bl.a. blev »Fællesskabet« erstattet af »Unionen«, og »fællesmarkedet« af »det indre marked«. I disse retningslinjer vil TEUF-terminologien blive brugt overalt.

⁽¹⁾ EUT L 24 af 29.1.2004, s. 1.

⁽²⁾ Jf. fusionsforordningens artikel 3, stk. 4, vedrørende begrebet selvstændigt fungerende joint ventures. Når Kommissionen skal vurdere, om der er tale om et selvstændigt fungerende joint venture, undersøger den dog, om det driftsmæssigt set er uafhængigt. Det betyder ikke, at det kan træffe sine strategiske beslutninger uafhængigt af sine moderselskaber (se Kommissionens konsoliderede meddelelse om jurisdiktion, Rådets forordning (EF) nr. 139/2004 om kontrol med fusioner og virksomhedsovertagelser, EUT C 95 af 16.4.2008, s. 1, punkt 91-109 (»den konsoliderede jurisdiktionsmeddelelse«)). Desuden skal det erindres, at i det omfang, hvor etableringen af et joint venture, som udgør en fusion efter fusionsforordningens artikel 3, har til formål eller til følge at samordne fortsat uafhængige virksomheders konkurrenceadfærd, vurderes denne samordning efter kriterierne i traktatens artikel 101 (se fusionsforordningens artikel 2, stk. 4).

7. I betragtning af de mange forskellige typer horisontalt samarbejde og kombinationer af horisontalt samarbejde og de varierende markedsforhold, hvorunder de anvendes, er det vanskeligt at finde en specifik løsning for hvert enkelt muligt scenario. Disseretningslinjer, vil ikke desto mindre være en hjælp for virksomhederne, når de skal vurdere, om en individuel samarbejdsaftale er forenelig med artikel 101. Disse kriterier skal dog ikke betragtes som en »checkliste«, der kan anvendes mekanisk. Hver enkelt sag skal vurderes på grundlag af de forhold, der kendetegner den, hvilket kan nødvendiggøre en fleksibel anvendelse af disse retningslinjer.
8. De kriterier, der er fastsat i disse retningslinjer, gælder for horisontale samarbejdsaftaler om både varer og tjenester (under ét benævnt »produkter«). Disse retningslinjer supplerer Kommissionens forordning (EF) nr. [...] af [...] om anvendelse af artikel 101, stk. 3, i TEUF på kategorier af forsknings- og udviklingsaftaler⁽¹⁾ (»gruppefritagelsesforordningen for F&U-aftaler«) og Kommissionens forordning (EF) nr. [...] af [...] om anvendelse af artikel 101, stk. 3, i TEUF på kategorier af specialiseringsaftaler⁽²⁾ (»gruppefritagelsesforordningen for specialiseringsaftaler«).
9. Selv om retningslinjerne indeholder en række henvisninger til karteller, tager de ikke sigte på at give nogen vejledning med hensyn til, hvad der udgør eller ikke udgør et kartel, som defineret i Kommissionens beslutningspraksis og EU-domstolens retspraksis.
10. Udtrykket »konkurrenter« i disse retningslinjer omfatter både faktiske og potentielle konkurrenter. To virksomheder behandles som faktiske konkurrenter, hvis de opererer på det samme relevante marked. En virksomhed behandles som en potentiel konkurrent til en anden virksomhed, hvis det uden aftalen er sandsynligt, at førstnævnte virksomhed, i tilfælde af en beskeden, men varig stigning i de relative priser, inden for en kort periode⁽³⁾ vil foretage de nødvendige supplerende investeringer eller afholde andre nødvendige omstillingsomkostninger for at komme ind på det relevante marked, hvor sidstnævnte virksomhed opererer. Denne vurdering skal bygge på realistiske forhold, og det er ikke tilstrækkeligt, at der blot foreligger en teoretisk mulighed for, at virksomheden kommer ind på markedet. Se Kommissionens meddelelse om afgrænsning af det relevante marked i forbindelse med Fællesskabets konkurrenceret⁽⁴⁾ (»meddelelse om markedsdefinition«).
11. Virksomheder, der indgår i samme »virksomhed«, som omhandlet i artikel 101, stk. 1, betragtes ikke som konkurrenter i disse retningslinjers forstand. Artikel 101 gælder kun for aftaler mellem uafhængige virksomheder. Når en virksomhed udøver afgørende indflydelse på en anden virksomhed, udgør de en enkelt økonomisk enhed og indgår derfor i samme virksomhed⁽⁵⁾. Det samme gælder søsterselskaber, dvs. selskaber, som det samme moderselskab har afgørende indflydelse på. De betragtes derfor ikke som konkurrenter, selv om de begge opererer på de samme relevante produktmarkeder og geografiske markeder.
12. Aftaler, der indgås mellem virksomheder i forskellige produktions- eller distributionsled, dvs. vertikale aftaler, behandles principielt i Kommissionens forordning (EU) nr. 330/2010 af 20. april 2010 om anvendelse af artikel 101, stk. 3, i traktaten om Den Europæiske Unions funktionsmåde på kategorier

⁽¹⁾ EUT L [...] af [...], s. [...].

⁽²⁾ EUT L [...] af [...], s. [...].

⁽³⁾ Hvad der skal betragtes som »en kort periode«, afhænger af forholdene i den pågældende sag, den retlige og økonomiske sammenhæng, hvori den indgår, og af spørgsmålet om, hvorvidt den pågældende virksomhed er part i aftalen eller tredjemand. I første tilfælde, dvs. hvor det undersøges, om en aftalepart skal betragtes som en potentiel konkurrent, vil Kommissionen normalt anse en længere periode for at være en »kort periode« end i andet tilfælde, dvs. hvor det undersøges, om tredjemand kan udsætte aftaleparterne for et konkurrencepres. For at tredjemand kan betragtes som en potentiel konkurrent, skal markedsadgangen finde sted tilstrækkelig hurtigt, så truslen om potentiel markedsadgang lægger pres på parternes og andre markedsdeltageres adfærd. Af disse årsager betragter både gruppefritagelsesforordningen for F&U- og specialiseringsaftaler, en periode på højst tre år som »en kort periode«.

⁽⁴⁾ EFT C 372 af 9.12.1997, s. 5, punkt 24. Se også Kommissionens 13. beretning om konkurrencepolitikken, nr. 55, og Kommissionens beslutning i sag IV/32.009 vedrørende *Elopak/Metal Box-Odin*, EFT L 209 af 8.8.1990, s. 15.

⁽⁵⁾ Se f.eks. sag C-73/95, *Viho*, Sml. 1996 I, s. 5457, præmis 51. I forbindelse med helejede datterselskaber kan det formodes, at moderselskabet udøver afgørende indflydelse på datterselskabets adfærd; se sag 107/82, *AEI*, Sml. 1983, s. 3151, præmis 50, sag C-286/98 P, *Stora*, Sml. 2000 I, s. 9925, præmis 29, eller sag C-97/08 P, *Akzo*, Sml. 2009 I, s. 8237, præmis 60 ff.

af vertikale aftaler og samordnet praksis⁽¹⁾ (»gruppefritagelsesforordningen for vertikale begrænsninger«) og i retningslinjerne for vertikale begrænsninger⁽²⁾. I det omfang vertikale aftaler, f.eks. distributionsaftaler, indgås mellem konkurrenter, kan de få de samme virkninger på markedet og skabe de samme konkurrencemæssige problemer som horisontale aftaler. Vertikale aftaler mellem konkurrenter falder derfor ind under disse retningslinjer⁽³⁾. Hvis det også er nødvendigt at vurdere sådanne aftaler i henhold til gruppefritagelsesforordningen vertikale aftaler og retningslinjerne for vertikale begrænsninger, vil det blive udtrykkeligt fastsat i det relevante kapitel i disse retningslinjer. Når der ikke findes en sådan henvisning, gælder disse retningslinjer kun for vertikale aftaler mellem konkurrenter.

13. Horisontale samarbejdsaftaler kan omfatte flere forskellige trin i samarbejdet, f.eks. forsknings- og udviklingsaftaler (»F&U«) og produktion og/eller markedsføring af F&U-resultaterne. Sådanne aftaler er normalt også omfattet af disse retningslinjer. Når disse retningslinjer anvendes ved undersøgelse af et sådant integreret samarbejde vil alle kapitler, der vedrører de forskellige dele af samarbejdet, normalt være relevante. Når de relevante kapitler i disse retningslinjer indeholder en differentiering, f.eks. med hensyn til »safe harbours« eller spørgsmålet om, hvorvidt en bestemt adfærd normalt anses for at have konkurrencebegrænsende formål eller virkninger, gælder det, der er fastsat i kapitlet vedrørende den del af et integreret samarbejde, der kan betragtes som hele samarbejdets »tyngdepunkt«⁽⁴⁾.
14. Ved fastlæggelsen af tyngdepunktet for integreret samarbejde er især følgende to faktorer relevante: for det første udgangspunktet for samarbejdet og for det andet de forskellige kombinerede funktioners integrationsgrad. For eksempel vil tyngdepunktet for en horisontal samarbejdsaftale, som omfatter både fælles F&U og fælles produktion, derfor normalt være den fælles F&U, da den fælles produktion kun vil finde sted, hvis den fælles F&U bliver en succes. Det betyder, at resultaterne af den fælles F&U er afgørende for den efterfølgende fælles produktion. Vurderingen af tyngdepunktet er anderledes, hvis parterne ville have gennemført den fælles produktion under alle omstændigheder, dvs. uanset den fælles F&U, eller hvis aftalen indebar fuld integration på produktionsområdet og kun delvis integration af nogle F&U-aktiviteter. I så fald vil tyngdepunktet for samarbejdet være den fælles produktion.
15. Artikel 101 finder kun anvendelse på de horisontale samarbejdsaftaler, der kan påvirke handelen mellem medlemsstater. De principper for anvendelsen af artikel 101, der er fastsat i disse retningslinjer, bygger derfor på den formodning, at en horisontal samarbejdsaftale vil kunne påvirke handelen mellem medlemsstater mærkbart.
16. Den vurdering efter artikel 101, der er beskrevet i disse retningslinjer, påvirker ikke den eventuelle parallelle anvendelse af traktatens artikel 102 på horisontale samarbejdsaftaler⁽⁵⁾.
17. Disse retningslinjer påvirker ikke EU-Domstolens eventuelle fortolkning med hensyn til anvendelsen af artikel 101 på horisontale samarbejdsaftaler.

⁽¹⁾ EUT L 102 af 23.4.2010, s. 1.

⁽²⁾ EUT C 130 af 19.5.2010, s. 1.

⁽³⁾ Dette gælder ikke, når konkurrenter indgår en ikke-gensidig vertikal aftale, og (i) udbyderen er producent og distributør af produkter, mens aftageren er distributør og ikke er konkurrent i produktionsleddet, eller (ii) udbyderen leverer tjenesteydelser i forskellige omsætningsled, mens aftageren leverer sine varer og tjenester i detaileddet og ikke er konkurrent i det omsætningsled, hvor aftaletjenesterne købes. Sådanne aftaler vurderes udelukkende på grundlag af gruppefritagelsesforordningen og retningslinjerne for vertikale begrænsninger (se artikel 2, stk. 4, i gruppefritagelsesforordningen for vertikale begrænsninger).

⁽⁴⁾ Det skal bemærkes, at denne test kun gælder for forholdet mellem de forskellige kapitler i disse retningslinjer, ikke for forholdet mellem de forskellige gruppefritagelsesforordninger. En gruppefritagelsesforordnings anvendelsesområde fastlægges af dens egne bestemmelser.

⁽⁵⁾ Se sag T-51/89, *Tetra Pak I*, Sml 1990 II, s. 309, præmis 25 ff. og vejledning om Kommissionens prioritering af håndhævelsen i forbindelse med anvendelsen af EF-traktatens artikel 82 på virksomheders misbrug af dominerende stilling gennem ekskluderende adfærd, EUT C 45 af 24.2.2009, s. 7 (»artikel 102-vejledningen«).

18. Disse retningslinjer erstatter Kommissionens retningslinjer for anvendelsen af EF-traktatens artikel 81 på horisontale samarbejdsaftaler⁽¹⁾, som Kommissionen offentliggjorde i 2001, og finder ikke anvendelse, hvis der gælder sektorspecifikke regler, som det er tilfældet for visse aftaler vedrørende landbrug⁽²⁾, transport⁽³⁾ eller forsikring⁽⁴⁾. Kommissionen vil fortsat føre tilsyn med anvendelsen af gruppefritagelsesforordningen for F&U- og specialiseringsaftaler og disse retningslinjer på grundlag af markedsoplysninger fra de berørte parter og de nationale konkurrencemyndigheder og vil eventuelt revidere disse retningslinjer i lyset af den fremtidige udvikling og de indhøstede erfaringer.
19. Kommissionens meddelelse om Retningslinjer for anvendelsen af traktatens artikel 81, stk. 3⁽⁵⁾ («de generelle retningslinjer») indeholder en generel vejledning med hensyn til fortolkningen af artikel 101. De foreliggende retningslinjer skal derfor sammenholdes med de generelle retningslinjer.

1.2. Grundprincipper for vurderingen efter artikel 101

20. Vurderingen efter artikel 101 består af to trin. Første trin, i henhold til artikel 101, stk. 1, består i at vurdere, om en aftale mellem virksomheder, der vil kunne påvirke handelen mellem medlemsstater, har et konkurrencebegrænsende formål eller har faktiske eller potentielle⁽⁶⁾ konkurrencebegrænsende virkninger. Andet trin, i henhold til artikel 101, stk. 3, der kun bliver relevant, når det er fastslået, at en aftale er konkurrencebegrænsende som omhandlet i artikel 101, stk. 1, består i at bestemme, hvilke konkurrencefremmende fordele aftalen medfører, og vurdere, om disse konkurrencefremmende virkninger opvejer de konkurrencebegrænsende⁽⁷⁾. Afvejningen af de konkurrencebegrænsende og de konkurrencefremmende virkninger foretages udelukkende inden for rammerne af artikel 101, stk. 3⁽⁸⁾. Hvis de konkurrencefremmende virkninger ikke opvejer de konkurrencebegrænsende, har aftalen i henhold til artikel 101, stk. 3, ingen retsvirkning.
21. Analysen af horisontale samarbejdsaftaler og horisontale fusioner har en række elementer til fælles, når det gælder potentielle konkurrencebegrænsende virkninger, især med hensyn til joint ventures. Der er ofte kun en ubetydelig forskel mellem selvstændigt fungerende joint ventures, som falder ind under fusionsforordningen, og joint ventures, der ikke er selvstændigt fungerende, og som vurderes efter artikel 101. De kan derfor have ganske ensartede virkninger.
22. I visse tilfælde ansporer de offentlige myndigheder virksomhederne til at indgå horisontale samarbejdsaftaler for at nå et mål af offentlig interesse gennem selvregulering. Virksomhederne er dog uændret omfattet af artikel 101, hvor en national lov blot tilskynder til eller fremmer virksomhedernes

⁽¹⁾ EFT C 3 af 6.1.2001, s. 2. Disse retningslinjer indeholder ikke noget særskilt kapitel om »miljøaftaler«, som det var tilfældet med de horisontale retningslinjer fra 2001. Det tidligere kapitel om miljøaftaler lagde hovedvægten på standardisering på miljøområdet, som det nu er fundet mere hensigtsmæssigt at behandle i kapitlet om standardisering i disse retningslinjer. Afhængigt af, hvilke konkurrenceproblemer »miljøaftaler« giver anledning til, skal de normalt vurderes efter det relevante kapitel i disse retningslinjer, hvad enten det drejer sig om kapitlet om F&U-, produktions-, markedsførings- eller standardiseringsaftaler.

⁽²⁾ Rådets forordning (EF) nr. 1184/2006 af 24. juli 2006 om anvendelse af visse konkurrenceregler inden for produktion og handel med landbrugsvarer, EUT L 214 af 4.8.2006, s. 7.

⁽³⁾ Rådets forordning (EF) nr. 169/2009 af 26. februar 2009 om anvendelse af konkurrenceregler for transport med jernbane, ad landeveje og sejlbare vandveje, EUT L 61 af 5.3.2009, s. 1. Rådets forordning (EF) nr. 246/2009 af 26. februar 2009 om anvendelse af traktatens artikel 81, stk. 3, på visse kategorier af aftaler, vedtagelser og samordnet praksis mellem linjerederier (konsortier), EUT L 79 af 25.3.2009, s. 1. Kommissionens forordning (EF) nr. 823/2000 af 19. april 2000 om anvendelse af traktatens artikel 81, stk. 3, på visse kategorier af aftaler, vedtagelser og samordnet praksis mellem linjerederier (konsortier), EFT L 100 af 20.4.2000, s. 24; Retningslinjer for anvendelsen af EF-traktatens artikel 81 på søtransport, EUT C 245 af 26.9.2008, s. 2.

⁽⁴⁾ Kommissionens forordning (EU) nr. 267/2010 af 24. marts 2010 om anvendelse af artikel 101, stk. 3, i traktaten om Den Europæiske Unions funktionsmåde på visse kategorier af aftaler, vedtagelser og samordnet praksis på forsikringsområdet, EUT L 83 af 31.3.2010, s. 1.

⁽⁵⁾ EUT C 101 af 27.4.2004, s. 97.

⁽⁶⁾ Artikel 101, stk. 1, forbyder både faktiske og potentielle konkurrencebegrænsende virkninger; se f.eks. sag C-7/95 P, *John Deere*, Sml. 1998 I, s. 3111, præmis 77, sag C-238/05, *Asnef-Equifax*, Sml. 2006 I, s. 11125, præmis 50.

⁽⁷⁾ Se de forenede sager C-501/06 P m.fl., *GlaxoSmithKline*, Sml. 2009, s. I 9291, præmis 95.

⁽⁸⁾ Se også sag T-65/98, *Van den Bergh Foods*, Sml. 2003 II, s. 4653, præmis 107. Sag T-112/99, *Métropole télévision (M6)* m.fl., Sml. 2001 II, s. 2459, præmis 74, sag T-328/03, *O2*, Sml. 2006 II, s. 1231, præmis 69 ff., hvor Retten fastslog, at en afvejning af aftalens konkurrencefremmende og konkurrencebegrænsende aspekter kun kan foretages inden for rammerne af artikel 101, stk. 3.

selvstændige udøvelse af konkurrencebegrænsende adfærd⁽¹⁾. Med andre ord betyder de offentlige myndigheders tilskyndelse til en horisontal samarbejdsaftale ikke, at den er tilladt efter artikel 101⁽²⁾. Det er kun, såfremt konkurrencebegrænsende adfærd kræves af virksomhederne efter national lovgivning, eller såfremt denne lovgivning skaber en retlig ramme, som på sin side berøver dem enhver mulighed for at konkurrere retmæssigt, at artikel 101 ikke finder anvendelse⁽³⁾. I denne situation skyldes begrænsningen af konkurrencen således ikke, som det forudsættes i disse bestemmelser, en selvstændig adfærd fra virksomhedernes side og de pågældende virksomheder fritages for alle følgerne af en overtrædelse af denne artikel⁽⁴⁾. Hver enkelt sag skal vurderes ud fra det forhold, der kendetegner den, på grundlag af de generelle principper i disse retningslinjer.

1.2.1. Artikel 101, stk. 1

23. Artikel 101, stk. 1, forbyder aftaler, som har til formål eller til følge at begrænse⁽⁵⁾ konkurrencen.

(i) Konkurrencebegrænsende formål

24. Aftaler med konkurrencebegrænsende formål er aftaler, der ifølge selve deres natur er egnet til at begrænse konkurrencen i henhold til artikel 101, stk. 1⁽⁶⁾. Det er ikke nødvendigt at undersøge en aftales faktiske eller potentielle virkninger på markedet, når først det er fastslået, at den har til formål at begrænse konkurrencen⁽⁷⁾.

25. For at vurdere, om en aftale har et konkurrencebegrænsende formål, skal der ifølge EU-Domstolens faste retspraksis tages hensyn til aftalens indhold, de målsætninger, der søges gennemført med aftalen, og den økonomiske og retlige sammenhæng, hvori aftalen indgår. Selv om parternes hensigt ikke er en nødvendig faktor for at fastslå, om en aftale har et konkurrencebegrænsende formål kan Kommissionen dog medtage dette aspekt i sin analyse⁽⁸⁾. Yderligere vejledning med hensyn til begrebet konkurrencebegrænsende formål findes i de generelle retningslinjer.

(ii) Konkurrencebegrænsende virkninger

26. Hvis en horisontal samarbejdsaftale ikke har et konkurrencebegrænsende formål, skal det undersøges, om den har mærkbare konkurrencebegrænsende virkninger. Der skal tages hensyn til både faktiske og potentielle virkninger. Med andre ord skal aftalen i hvert fald have sandsynlige konkurrencebegrænsende virkninger.

27. For at en aftale har konkurrencebegrænsende virkninger som omhandlet i artikel 101, stk. 1, skal den have, eller sandsynligvis have, en mærkbar negativ virkning på mindst et af konkurrenceparametrene på markedet, såsom pris, produktion, produktkvalitet, produktsortiment eller innovation. Aftaler kan have sådanne virkninger, når de mærkbart mindsker konkurrencen mellem aftaleparterne eller mellem en af aftaleparterne og tredjemand. Det betyder, at aftalen skal indskrænke parternes muligheder for at træffe selvstændige beslutninger⁽⁹⁾, enten fordi den indeholder forpligtelser, der regulerer mindst en af parternes markedsadfærd, eller fordi den påvirker mindst en af parternes markedsadfærd ved at forårsage en ændring af dens incitamenter.

⁽¹⁾ Se Domstolens Dom af 14. oktober 2010 i sag C-280/08 P, *Deutsche Telekom*, endnu ikke offentliggjort i Samling af Afgørelser, præmis 82 og den deri citerede retspraksis.

⁽²⁾ Se sag C-198/01, *CIF*, Sml. 2003 I, s. 8055, præmis 56-58, de forenede sager T-217/03 og T-245/03, *French Beef*, Sml. 2006 II, s. 4987, præmis 92; sag T-7/92, *Asia Motor France II*, Sml. 1993 II, s. 669, præmis 71; og sag T-148/89, *Tréfilunion*, Sml. 1995 II, s. 1063, præmis 118.

⁽³⁾ Se sag C-280/08 P, *Deutsche Telekom*, præmis 80-81. Denne mulighed er blevet fortolket snævert, se f.eks. de forenede sager C-209/78 m.fl., *Van Landewyck*, Sml. 1980, s. 3125, præmis 130-134, de forenede sager 240/82 m.fl., *Stichting Sigarettenindustrie*, Sml. 1985, s. 3831, præmis 27-29, og de forenede sager C-359/95 P og C-379/95 P, *Ladbroke Racing*, Sml. 1997 I, s. 6265, præmis 33 ff.

⁽⁴⁾ I hvert fald indtil der er truffet beslutning om at ophæve de nationale regler, og denne beslutning er blevet endelig, se sag C-198/01, *CIF*, præmis 54 ff.

⁽⁵⁾ I disse retningslinjer omfatter udtrykket »konkurrencebegrænsning« hindring og fordrejning af konkurrencen.

⁽⁶⁾ Sag C-209/07, *BIDS*, Sml. 2008 I, s. 8637, præmis 17.

⁽⁷⁾ Se f.eks. de forenede sager C-501/06 P m.fl., *GlaxoSmithKline*, sag C-209/01, *BIDS*, præmis 16 og sag C-8/08 P, *T-Mobile Netherlands*, Sml. 2009 I, s. 4529, præmis 29 ff., sag C-7/95 P, *John Deere*, præmis 77.

⁽⁸⁾ Se f.eks. de forenede sager C-501/06 P m.fl., *GlaxoSmithKline*, præmis 58 og sag C-209/07, *BIDS*, præmis 15 ff.

⁽⁹⁾ Se sag C-7/95 P, *John Deere*, præmis 88 og sag C-238/05, *Asnef-Equifax*, præmis 51.

28. Det er også sandsynligt, at en aftale vil få konkurrencebegrænsende virkninger på det relevante marked, når det med en vis rimelighed kan forventes, at den indebærer, at parterne med fordel vil kunne hæve priserne eller mindske produktionen forringe produktkvaliteten, indskrænke produktsortimentet eller mindske innovationen. Dette vil afhænge af flere faktorer, såsom aftalens art og indhold, spørgsmålet om, i hvilket omfang parterne hver for sig eller tilsammen har eller får en vis markedsstyrke, og om aftalen bidrager til at skabe, opretholde eller forøge markedsstyrke eller sætter parterne i stand til at udnytte en sådan markedsstyrke.
29. Vurderingen af, om en horisontal samarbejdsaftale har konkurrencebegrænsende virkninger som omhandlet i artikel 101, stk. 1, skal foretages ved en sammenligning med de faktiske retlige og økonomiske forhold, hvorunder konkurrencen ville forme sig, hvis aftalen med alle dens påståede konkurrencebegrænsninger ikke fandtes (dvs. uden aftalen i dens aktuelle form (hvis den allerede anvendes) eller som planlagt (hvis den endnu ikke anvendes) på vurderingstidspunktet). For at kunne påvise faktiske eller potentielle konkurrencebegrænsende virkninger, er det nødvendigt at tage hensyn til konkurrencen mellem parterne og konkurrencen fra tredjemand, især den faktiske eller potentielle konkurrence, der ville have været tale om, hvis aftalen ikke havde eksisteret. I denne forbindelse tages der ikke hensyn til aftalens potentielle effektivitetsgevinster, da disse kun vil blive vurderet i henhold til artikel 101, stk. 3.
30. Horisontale samarbejdsaftaler mellem konkurrenter, der objektivt set ikke vil være i stand til selvstændigt at gennemføre det projekt eller den aktivitet, som samarbejdet vedrører, f.eks. på grund af parternes begrænsede tekniske kompetence, vil normalt ikke få konkurrencebegrænsende virkninger, som omhandlet i artikel 101, stk. 1, medmindre parterne kunne have gennemført projektet med færre begrænsninger ⁽¹⁾.
31. Generel vejledning med hensyn til begrebet konkurrencebegrænsende virkninger findes i de generelle retningslinjer. Disse retningslinjer giver yderligere vejledning med hensyn til vurderingen af horisontale samarbejdsaftaler.

Aftalens art og indhold

32. En aftales art og indhold bestemmes af faktorer som samarbejdsområde, formålet med samarbejdet, konkurrenceforholdet mellem parterne og det omfang, hvori de kombinerer deres virksomhed. Disse faktorer er afgørende for, hvilke typer konkurrenceproblemer en horisontal samarbejdsaftale kan medføre.
33. Horisontale samarbejdsaftaler kan begrænse konkurrencen på flere måder. Aftalen kan:
- være eksklusiv i den forstand, at den begrænser parternes mulighed for at konkurrere med hinanden eller med tredjemand som uafhængige økonomiske aktører eller som parter i andre, konkurrerende aftaler,
 - pålægge parterne at bidrage med sådanne aktiver, at deres muligheder for at træffe selvstændige beslutninger indskrænkes betydeligt, eller
 - påvirke parternes finansielle interesser på en sådan måde, at deres muligheder for at træffe selvstændige beslutninger indskrænkes betydeligt. Både finansielle interesser i aftalen og finansielle interesser i andre aftaleparter er relevante for vurderingen.
34. Sådanne aftalers potentielle virkninger kan bestå i, at konkurrencen mellem aftaleparterne forsvinder. Konkurrenterne kan også opnå en fordel ved, at aftalen letter konkurrencepresset, og derfor måske finde det fordelagtigt at forhøje priserne. Begrænsningen af konkurrencen kan føre til prisstigninger på det relevante marked. Det er også relevant for vurderingen af aftalens indvirkning på konkurrenceforholdene, om aftaleparterne har store markedsandele, om de er nære konkurrenter, om kundernes muligheder for at skifte leverandører er begrænsede, om det er usandsynligt, at konkurrenterne vil øge udbuddet, hvis priserne stiger, og om en af aftaleparterne er en betydelig konkurrent.

⁽¹⁾ Se også punkt 18 i de generelle retningslinjer.

35. En horisontal samarbejdsaftale kan også:
- medføre videregivelse af strategiske oplysninger og derved øge sandsynligheden for samordning mellem parterne inden for eller uden for samarbejdsområdet,
 - medføre en betydelig ensartethed i omkostningsstrukturerne (dvs. den del af de variable omkostninger, som parterne har til fælles), så parterne lettere kan samordne markedspriser og produktion.
36. Betydelig ensartethed i omkostningsstrukturerne kan kun lette parternes adgang til at samordne markedspriser og produktion, forudsat at parterne har markedsstyrke, markedet er præget af forhold, som bidrager til en sådan samordning, samarbejdsområdet tegner sig for en stor andel af parternes variable omkostninger på et givet marked, og parterne i betydeligt omfang kombinerer deres virksomhed på samarbejdsområdet. Det kan for eksempel være tilfældet, når de i fællesskab fremstiller eller køber et vigtigt mellemprodukt eller en stor del af deres samlede produktion af et endeligt produkt.
37. En horisontal aftale kan derfor indskrænke parternes muligheder for at træffe selvstændige beslutninger og derved øge sandsynligheden for, at de samordner deres adfærd, så det fører til hemmelig samordning, men for parter, der samordnede deres adfærd i forvejen, kan den også gøre samordningen lettere, mere stabil eller mere effektiv, enten ved at denne styrkes, eller ved at parterne får mulighed for at opnå endnu højere priser.
38. Nogle horisontale samarbejdsaftaler, f.eks. produktions- og standardiseringsaftaler, kan også medføre konkurrenceskadelig markedsafskærmning.

Markedsstyrke og andre markeds karakteristika

39. Ved markedsstyrke forstås evnen til i en periode at opnå fordele ved at holde priserne på et højere niveau eller produktionen, dvs. udbuddet, produkternes kvalitet og produktsortimentet eller innovationen, på et lavere niveau, end det ville have været muligt på et konkurrencepræget marked.
40. På markeder præget af faste omkostninger må virksomhederne fastsætte deres priser, så de er højere end deres variable produktionsomkostninger, for at sikre et rimeligt afkast af deres investering. At virksomhederne fastsætter priser, der er højere end deres variable omkostninger, er derfor ikke i sig selv et tegn på, at konkurrencen på markedet ikke fungerer godt, og at virksomhederne har en markedsstyrke, som sætter dem i stand til at fastsætte priser, der ligger over det konkurrencedygtige niveau. Men når konkurrencen ikke er tilstrækkelig til at holde priser, produktion, produktkvalitet, produktsortiment og innovation på det konkurrencedygtige niveau, har virksomhederne markedsstyrke som omhandlet i artikel 101, stk. 1.
41. Etablering, opretholdelse og styrkelse af markedsstyrke kan bero på større kompetence, fremsynethed eller innovation. Markedsstyrke kan også skyldes en mindre konkurrence mellem aftaleparterne eller mellem en af aftaleparterne og tredjemand, f.eks. fordi aftalen fører til, at konkurrenter udelukkes fra markedet, ved at deres omkostninger forøges, og deres muligheder for at konkurrere effektivt med aftaleparterne begrænses.
42. Markedsstyrke er et gradspørgsmål. Den grad af markedsstyrke, der normalt skal til, for at det kan fastslås, at der foreligger en overtrædelse af artikel 101, stk. 1, i tilfælde af aftaler med konkurrencebegrænsende virkninger, er lavere end den betydelige grad af markedsstyrke, der kræves, for at der kan være tale om dominans efter artikel 102.
43. Udgangspunktet for undersøgelsen af markedsstyrke er parternes stilling på de markeder, der berøres af samarbejdet. Med henblik på denne undersøgelse må der foretages en afgrænsning af det eller de relevante markeder ved hjælp af metoden i Kommissionens meddelelse om markedsafgrænsning. Disse retningslinjer giver yderligere vejledning med hensyn til bestemte typer markeder, såsom indkøbs- eller teknologimarkeder.

44. Hvis parterne har en lille markedsandel tilsammen, er det usandsynligt, at den horisontale samarbejdsaftale får konkurrencebegrænsende virkninger som omhandlet i artikel 101, stk. 1, og der vil normalt ikke være behov for en yderligere undersøgelse. Hvad der skal betragtes som en »lille markedsandel tilsammen« afhænger af den pågældende aftaletype og kan udledes af de tærskler for legalitetsformodning (*«safe harbour»*), der er fastsat i de forskellige kapitler i disse retningslinjer og, mere generelt, af Kommissionens meddelelse om aftaler af ringe betydning, der ikke indebærer en mærkbar begrænsning af konkurrencen i henhold til artikel 81, stk. 1, i traktaten om oprettelse af Det Europæiske Fællesskab (bagatelaftaler) ⁽¹⁾, (*«bagatelmeddelelsen»*). Hvis en ud af blot to parter kun har en ubetydelig markedsandel og ikke råder over betydelige ressourcer, vil selv en stor samlet markedsandel normalt ikke kunne betragtes som et fingerpeg om, at konkurrencen på markedet vil blive begrænset ⁽²⁾. I betragtning af de mange forskellige former for horisontale samarbejdsaftaler og de forskellige virkninger, de kan få i forskellige markedsituationer, er det ikke muligt at fastsætte en generel tærskel for, hvornår markedsandelen indebærer en så stor markedsstyrke, at den antagelig vil få konkurrencebegrænsende virkninger.
45. Afhængigt af parternes markedsstilling og koncentrationen på markedet skal der også tages hensyn til andre faktorer, såsom markedsandelens stabilitet over en periode, adgangsbarrierer og sandsynligheden for, at der kommer nye virksomheder ind på markedet, og købernes/leverandørernes markedsstyrke i forhold til hinanden.
46. Normalt anvender Kommissionen de aktuelle markedsandele i sin undersøgelse af konkurrenceforholdene ⁽³⁾. Der kan dog også tages hensyn til den fremtidige udvikling, hvis den kan fastslås med rimelig stor sikkerhed, f.eks. på baggrund af virksomhedernes afgang, tilgang eller ekspansion på det relevante marked. Oplysninger om tidligere forhold kan benyttes, hvis markedsandelene har været svingende, f.eks. når markedet er præget af store, uregelmæssige ordrer. Ændringer i de tidligere markedsandele kan give nyttige oplysninger om konkurrenceprocessen og de forskellige konkurrenters sandsynlige betydning i fremtiden, idet de f.eks. angiver, om virksomhederne har vundet eller mistet markedsandele. Under alle omstændigheder fortolker Kommissionen markedsandele på baggrund af de sandsynlige markedsvilkår, f.eks. om markedet er af meget dynamisk art, og om markedsstrukturen er ustabil på grund af innovation eller vækst.
47. Når det er tilstrækkeligt let at komme ind på markedet, forventes det normalt ikke, at en horisontal samarbejdsaftale får konkurrencebegrænsende virkninger. For at markedsadgang kan anses for at lægge et tilstrækkeligt konkurrencemæssigt pres på parterne i en horisontal samarbejdsaftale, skal den være sandsynlig, rettidig og tilstrækkelig til at modvirke eller fjerne aftalens eventuelle begrænsende virkninger. Undersøgelsen af markedsadgangen kan påvirkes af, at der foreligger horisontale samarbejdsaftaler. Sandsynligheden eller muligheden for, at en horisontal samarbejdsaftale bringes til ophør, kan påvirke sandsynligheden for markedsadgang.

1.2.2. Artikel 101, stk. 3

48. Vurderingen af konkurrencebegrænsende formål eller konkurrencebegrænsende virkninger efter artikel 101, stk. 1, er kun den ene side af den undersøgelse, der skal foretages. Den anden side, der kommer til udtryk i artikel 101, stk. 3, går ud på at vurdere konkurrencebegrænsende aftalers konkurrencefremmende virkninger. Den generelle fremgangsmåde ved andendelse af artikel 101, stk. 3, er beskrevet i de generelle retningslinjer. Når der i en konkret sag er blevet påvist en konkurrencebegrænsning som omhandlet i artikel 101, stk. 1, kan virksomheden påberåbe sig artikel 101, stk. 3. I henhold til artikel 2 i Rådets forordning (EF) nr. 1/2003 af 16. december 2002 om gennemførelse af konkurrencereglerne i traktatens artikel 81 og 82 ⁽⁴⁾, påhviler bevisbyrden i henhold til artikel 101, stk. 3, den eller de virksomheder, der påberåber sig denne bestemmelse. Derfor skal virksomhedens (virksomhedernes) faktiske argumenter og dokumentation kunne sætte Kommissionen i stand til at konkludere, at det er tilstrækkeligt sandsynligt, at den pågældende aftale vil eller ikke vil få konkurrencefremmende virkninger ⁽⁵⁾.

⁽¹⁾ EFT L 368 af 22.12.2001, s. 13.

⁽²⁾ Hvis der er flere end to parter, skal alle de samarbejdende konkurrenters samlede markedsandel være betydeligt større end den markedsandel, som den største af de deltagende konkurrenter har.

⁽³⁾ Med hensyn til beregning af markedsandele henvises også til meddelelsen om markedsafgrænsning, punkt 54-55.

⁽⁴⁾ EFT L 1 af 4.1.2003, s. 1.

⁽⁵⁾ Se f.eks. de forenede sager C-501/06 P m.fl., *GlaxoSmithKline*, præmis 93-95.

49. Anvendelsen af undtagelsesbestemmelsen i artikel 101, stk. 3, er underlagt fire kumulative betingelser - to positive og to negative:
- aftalen skal bidrage til at forbedre produktionen eller fordelingen af varerne eller til at fremme den tekniske eller økonomiske udvikling, dvs. medføre effektivitetsgevinster
 - begrænsningerne skal være nødvendige for at nå disse mål, dvs. effektivitetsgevinsterne
 - forbrugerne skal opnå en rimelig andel af fordelene derved, dvs. at de effektivitetsgevinster, herunder kvalitative effektivitetsgevinster, der opnås ved de nødvendige begrænsninger, i tilstrækkeligt omfang skal komme forbrugerne til gode, så de i det mindste opnår kompensation for aftalens restriktive virkninger; derfor vil effektivitetsgevinster, der kun kommer aftaleparterne til gode, ikke være tilstrækkelige; i disse retningslinjer omfatter begrebet »forbrugere« aftaleparternes potentielle og/eller faktiske kunder ⁽¹⁾, og
 - aftalen må ikke give parterne mulighed for at udelukke konkurrencen for en væsentlig del af de pågældende varer.
50. Inden for horisontale samarbejdsaftaler er der på grundlag af artikel 101, stk. 3, udarbejdet gruppefritagelsesforordninger for F&U-aftaler ⁽²⁾ og specialiseringsaftaler ⁽³⁾ (herunder aftaler om fælles produktion). Disse gruppefritagelsesforordninger er baseret på den forudsætning, at sammenlægningen af komplementære kompetencer eller aktiver kan skabe betydelige effektivitetsgevinster ved F&U- og specialiseringsaftaler. Dette kan også være tilfældet for andre typer horisontale samarbejdsaftaler. Undersøgelsen af en konkret aftales effektivitetsgevinster i henhold til artikel 101, stk. 3, er derfor i vid udstrækning et spørgsmål om at påvise, med hvilke komplementære kompetencer og aktiver hver af parterne bidrager til aftalen, og at vurdere, om de effektivitetsgevinster, det medfører, er af en sådan art, at betingelserne i artikel 101, stk. 3, er opfyldt.
51. Horisontale samarbejdsaftaler kan medføre komplementaritet på forskellige måder. En forsknings- og udviklingsaftale kan samle forskellige kompetencer på forskningsområdet, hvilket giver parterne mulighed for at fremstille bedre produkter billigere og markedsføre dem på kortere tid. En produktionsaftale kan gøre det muligt for parterne at opnå stordriftsfordele og synergieffekter, som de ikke ville kunne opnå hver for sig.
52. Når horisontale samarbejdsaftaler ikke omfatter en kombination af komplementære kompetencer eller aktiver, er det mindre sandsynligt, at de vil medføre effektivitetsgevinster, som gavner forbrugerne. Sådanne aftaler kan betyde, at visse omkostninger ikke skal afholdes af begge parter, f.eks. fordi en række faste omkostninger kan elimineres. Det er dog normalt mindre sandsynligt, at besparelser med hensyn til de faste omkostninger vil gavne forbrugerne, end det er tilfældet med f.eks. besparelser med hensyn til de variable omkostninger eller marginalomkostningerne.
53. Yderligere vejledning om Kommissionens anvendelse af kriterierne i artikel 101, stk. 3, findes i de generelle retningslinjer.

1.3. Retningslinjernes opbygning

54. I kapitel 2 vil der først blive redegjort for en række generelle principper for vurdering af informationsudvekslingen, og de gælder for alle typer horisontale samarbejdsaftaler, der medfører informationsudveksling. I hvert af de efterfølgende kapitler behandles en bestemt type horisontal samarbejdsaftale. I hvert kapitel anvendes det analysegrundlag, der er beskrevet under sektion 1.2, og de generelle principper for informationsudveksling på den pågældende type samarbejde.

⁽¹⁾ Begrebet »forbrugere« behandles mere udførligt i punkt 84 i de generelle retningslinjer.

⁽²⁾ Gruppefritagelsesforordningen for F&U-aftaler.

⁽³⁾ Gruppefritagelsesforordningen for specialiseringsaftaler.

2. GENERELLE PRINCIPPER FOR DEN KONKURRENCEMÆSSIGE VURDERING AF INFORMATIONSDUVEKSLING

2.1. Definition og anvendelsesområde

55. Formålet med dette kapitel er at give vejledning om den konkurrencemæssige vurdering af informationsudveksling. Informationsudveksling kan ske under forskellige former, nemlig for det første gennem konkurrenters direkte og fælles dataanvendelse, og for det andet indirekte gennem et fælles agentur (f.eks. brancheforening), via tredjemand, såsom et markedsforskningsinstitut, eller gennem parternes leverandører eller gennem detailhandlere.
56. Informationsudveksling finder sted i forskellige situationer. Der findes aftaler, vedtagelser inden for sammenslutninger af virksomheder eller samordnet praksis, hvorved der udveksles oplysninger, og den vigtigste økonomiske funktion ligger i selve informationsudvekslingen. Desuden kan informationsudveksling indgå som en del af en anden type horisontal samarbejdsaftale (f.eks. udveksler parterne i en produktionsaftale en række omkostningsoplysninger). Vurderingen af sidstnævnte type informationsudveksling bør gennemføres i forbindelse med vurderingen af selve den horisontale samarbejdsaftale.
57. Informationsudveksling er et fælles træk ved mange konkurrenceudsatte markeder, som kan skabe forskellige typer af effektivitetsgevinster. Informationsudveksling kan løse problemer vedrørende informationsasymmetri ⁽¹⁾ og derved gøre markederne mere effektive. Desuden forbedrer virksomhederne ofte deres interne effektivitet ved at sammenligne deres præstationer med konkurrenternes bedste praksis. Informationsudveksling kan også bidrage til omkostningsbesparelser for virksomhederne ved at nedbringe deres lagre og muliggøre hurtigere levering af fordærvelige varer til forbrugerne eller tackle situationer med ustabil efterspørgsel osv. Desuden kan informationsudveksling direkte komme forbrugerne til gode ved at mindske deres søgeomkostninger og forbedre deres valgmuligheder.
58. Udveksling af markedsoplysninger kan dog også få konkurrencebegrænsende virkninger, især i situationer, hvor det vil kunne give virksomhederne kendskab til konkurrenternes markedsstrategier ⁽²⁾. Hvorledes informationsudveksling vil påvirke konkurrencen, afhænger af forholdene på det marked, hvor den finder sted (såsom koncentration, gennemsigtighed, stabilitet, symmetri, kompleksitet osv.), samt den type oplysninger, der udveksles, og som kan ændre de relevante markedsforhold, så der i højere grad kan ske en samordning.
59. Endvidere kan informationsudveksling mellem konkurrenter udgøre en aftale, en samordnet praksis eller en vedtagelse inden for en sammenslutning af virksomheder, som tager sigte på fastsættelse af priser eller mængder. Disse typer informationsudveksling vil normalt blive undersøgt nærmere og blive betragtet som karteller og medføre bøder. Informationsudveksling kan også lette gennemførelsen af et kartel ved at gøre det muligt for virksomhederne at kontrollere, om deltagerne overholder de aftalte vilkår. Disse typer informationsudveksling vil blive vurderet som en del af kartellet.

Samordnet praksis

60. Informationsudveksling kan kun behandles efter artikel 101, hvis den medfører eller indgår i en aftale, en samordnet praksis eller en vedtagelse inden for en sammenslutning af virksomheder. Eksistensen af en aftale, en samordnet praksis eller en vedtagelse inden for en sammenslutning af virksomheder foregriber ikke spørgsmålet om, hvorvidt der er tale om en konkurrencebegrænsning som omhandlet i artikel 101, stk. 1. I overensstemmelse med EU-Domstolens retspraksis omfatter begrebet samordnet praksis en form for koordinering mellem virksomheder, hvorved disse ikke går så langt som til at afslutte en egentlig aftale, men dog bevidst erstatter den risiko, der er forbundet med normal konkurrence, med indbyrdes praktisk samarbejde ⁽³⁾. De kriterier for samordning og samarbejde, der ligger til

⁽¹⁾ Økonomisk teori om informationsasymmetri beskæftiger sig med studiet af beslutninger i transaktioner, hvor den ene part har mere information end den anden.

⁽²⁾ Se sag C-7/95 P, *John Deere*, præmis 88.

⁽³⁾ Se f.eks. sag C-8/08, *T-Mobile Netherlands*, præmis 26, de forenede sager C-89/85 m.fl., *Wood Pulp*, Sml. 1993, s. 1307, præmis 63.

grund for begrebet samordnet praksis, og som langt fra kræver, at der udarbejdes en egentlig »plan«, skal forstås ud fra den grundtanke, der ligger bag traktatens konkurrenceregler, og hvorefter enhver erhvervsdrivende uafhængigt skal tage stilling til den politik, han vil føre på det fælles marked, og de vilkår, han vil tilbyde sin kundekreds ⁽¹⁾.

61. Dette udelukker ikke virksomhedernes ret til rationelt at tilpasse sig deres konkurrenters eksisterende eller forventede adfærd. Det udelukker imidlertid enhver direkte eller indirekte kontakt mellem konkurrenter, der har til formål eller til følge at skabe konkurrencevilkår, som ikke svarer til det pågældende markeds normale vilkår i betragtning af produkternes eller de præsterede tjenesteydelsers art, størrelsen og antallet af virksomheder på markedet samt dets omfang ⁽²⁾. Det udelukker enhver direkte eller indirekte kontakt mellem konkurrenter, der har til formål eller til følge at påvirke en faktisk eller potentiel konkurrents adfærd på markedet eller at oplyse en sådan konkurrent om, hvilken adfærd de selv har besluttet eller overvejer at udøve, og derved letter den hemmelige samordning på markedet ⁽³⁾. Informationsudveksling kan derfor udgøre en samordnet praksis, hvis den mindsker den strategiske usikkerhed ⁽⁴⁾ på markedet og derved letter hemmelig samordning, dvs. hvis de udvekslede oplysninger har strategisk betydning. Udveksling af strategiske oplysninger mellem konkurrenter skal derfor betragtes som samordning, fordi den gør konkurrenternes adfærd på markedet mindre uafhængig og mindsker deres incitament til at konkurrere.
62. I en situation, hvor det kun er en enkelt virksomhed, der giver strategiske oplysninger til sin(e) konkurrent(er), som accepterer dem, kan også udgøre en samordnet praksis ⁽⁵⁾. Videregivelse af sådanne strategiske oplysninger kan f.eks. ske gennem kontakter pr. brev, e-mail, telefonsamtaler, møder osv. Det er i så fald irrelevant, om det kun er en enkelt virksomhed, som ensidigt underretter sine konkurrenter om sin planlagte markedsadfærd, eller om alle deltagende virksomheder underretter hinanden om deres respektive overvejelser og planer. Når en enkelt virksomhed giver sine konkurrenter strategiske oplysninger om sin fremtidige forretningspolitik, vil det mindske den strategiske usikkerhed med hensyn til, hvordan markedet vil fungere i fremtiden for alle involverede konkurrenter, og øge risikoen for en begrænsning af konkurrencen og for hemmelig samordning ⁽⁶⁾. F.eks. vil alene deltagelse i et møde ⁽⁷⁾, hvor en virksomhed underretter konkurrenterne om sine planlagte priser sandsynligvis være omfattet af artikel 101, selv om der ikke foreligger en udtrykkelig aftale om prisforhøjelser ⁽⁸⁾. Når en virksomhed modtager strategiske oplysninger fra en konkurrent (hvad enten det sker på et møde, pr. brev eller elektronisk), formodes den at have accepteret oplysningerne og tilpasset sin markedsadfærd efter dem, medmindre den svarer klart, at den ikke ønsker at modtage sådanne oplysninger ⁽⁹⁾.
63. Når en virksomhed ensidigt udsender en bekendtgørelse der også reelt er offentlig, f.eks. gennem en avis, er der normalt ikke tale om en samordnet praksis som omhandlet i artikel 101 ⁽¹⁰⁾. Afhængigt af de forhold, der kendetegner den pågældende sag, kan muligheden for, at det vil blive fastslået, at der foreligger en samordnet praksis, dog ikke udelukkes, f.eks. i en situation, hvor en sådan bekendtgørelse følges op af offentlige bekendtgørelser fra andre konkurrenter, ikke mindst fordi konkurrenters strategiske reaktioner på de øvrige virksomheders offentlige bekendtgørelser (hvor de, for at benytte et eksempel, tilpasser deres tidligere oplysninger efter konkurrenternes) kan vise sig at være en strategi for at nå frem til en fælles forståelse af samordningsbetingelserne.

⁽¹⁾ Se sag C-7/95 P, *John Deere*, præmis 86.

⁽²⁾ Se sag C-7/95 P, *John Deere*, præmis 87.

⁽³⁾ Se sag 40/73 m.fl., *Suiker Unie*, Sml. 1975, s. 1663, præmis 173 ff.

⁽⁴⁾ Strategisk usikkerhed på markedet opstår, fordi der er mange forskellige muligheder for hemmelig samordning, og fordi virksomhederne ikke kan opnå fuldt kendskab til deres konkurrenters og nytilkomne virksomheders tidligere og nuværende adfærd.

⁽⁵⁾ Se f.eks. de forenede sager T-25/95 m.fl., *Cimentrieries*, Sml. 2000 II, s. 491, præmis 1849, hvor Retten fastslog, at: »[...] begrebet samordnet praksis faktisk forudsætter kontakt, der er kendetegnet ved gensidighed [...]. Denne betingelse er opfyldt, når en konkurrent efter ønske fra en anden eller med dennes accept over for vedkommende afslører, hvad han agter at foretage sig, eller hvilken adfærd han fremtidigt vil indtage på markedet.»

⁽⁶⁾ Se Generaladvokat Kokotts forslag til afgørelse i sag C-8/08, *T-Mobile Netherlands*, Sml. 2009 I, s. 4529, præmis 54.

⁽⁷⁾ Se sag C-8/08, *T-Mobile Netherlands*, præmis 59, »Afhængigt af markedets opbygning er det ikke utænkeligt, at en enkelt kontakt, som det er tilfældet i hovedsagen i princippet kan bidrage til, at de pågældende virksomheder samordner deres adfærd på markedet, og føre til et praktisk samarbejde i stedet for konkurrence og de risici, som den indebærer.»

⁽⁸⁾ Se de forenede sager T-202/98 m.fl. *Tate & Lyle mod Kommissionen*, Sml. 2001 II, s. 2035, præmis 54. Se sag C-8/08, *T-Mobile Netherlands*, præmis 59, »Afhængigt af markedets opbygning er det ikke utænkeligt, at en enkelt kontakt, som det er tilfældet i hovedsagen i princippet kan bidrage til, at de pågældende virksomheder samordner deres adfærd på markedet, og føre til et praktisk samarbejde i stedet for konkurrence og de risici, som den indebærer.»

⁽⁹⁾ Se sag C-199/92 P, *Hüls*, Sml. 1999 I, s. 4287, præmis 162 og sag C-49/92 P, *Anic Partecipazioni*, Sml. 1999 I, s. 4125, præmis 121.

⁽¹⁰⁾ Dette ville ikke omfatte situationer, hvor sådanne bekendtgørelser indeholder opfordringer til hemmelig samordning.

2.2. Vurdering efter artikel 101, stk. 1

2.2.1. De vigtigste konkurrenceproblemer ⁽¹⁾

64. Når det er blevet fastslået, at der foreligger en aftale, en samordnet praksis eller en vedtagelse inden for en sammenslutning af virksomheder, er det nødvendigt at overveje de vigtigste konkurrenceproblemer i forbindelse med informationsudveksling.

Hemmelig samordning

65. Ved at øge gennemsigtigheden på markedet kan udvekslingen af strategiske oplysninger lette samordning (dvs. tilpasning) af virksomhedernes konkurrencemæssige adfærd og få konkurrencebegrænsende virkninger. Dette kan ske på flere forskellige måder.
66. For det første kan virksomhederne gennem informationsudveksling kan nå frem til en fælles forståelse af samordningsbetingelserne, hvilket kan føre til hemmelig samordning på markedet. Informationsudveksling kan skabe ensartede forventninger med hensyn til usikkerheden på markedet. På dette grundlag kan virksomhederne så nå frem til en fælles forståelse af betingelserne for samordning af deres konkurrencemæssige adfærd, selv uden en udtrykkelig aftale om samordning. Udveksling af oplysninger om den planlagte fremtidige adfærd giver den største sandsynlighed for, at virksomhederne når frem til en fælles forståelse.
67. For det andet kan informationsudveksling få konkurrencebegrænsende virkninger ved at forøge en hemmelig samordnings interne stabilitet på markedet. Dette kan især ske ved, at de pågældende virksomheder bliver i stand til at kontrollere afvigelser. Informationsudveksling kan nemlig gøre markedet tilstrækkelig gennemsigtigt til, at de virksomheder, der er involveret i den hemmelige samordning, kan føre tilstrækkelig kontrol med, om andre virksomheder afviger fra den hemmelige adfærd, så de ved, hvornår de skal iværksætte repressalier. Udveksling af oplysninger om både aktuelle og tidligere forhold kan udgøre en sådan kontrolmekanisme. Dette kan enten sætte virksomhederne i stand til at nå frem til en hemmelig samordning på markedet, hvor det ellers ikke ville have været muligt, eller det kan gøre den hemmelige samordning, der allerede forekommer på markedet, mere stabil (se eksempel 3, punkt 107).
68. For det tredje kan informationsudveksling kan få konkurrencebegrænsende virkninger ved at forøge en hemmelig samordnings eksterne stabilitet på markedet. Informationsudveksling, der gør markedet tilstrækkelig gennemsigtigt, kan gøre det muligt for virksomheder, som er involveret i hemmelig samordning, at kontrollere, hvor og hvornår andre virksomheder forsøger at komme ind på markedet, og dermed iværksætte målrettede tiltag for at imødegå konkurrencen fra den nytilkomne virksomhed. Dette kan også give sig udslag i konkurrenceskadelig afskærmning, der behandles nærmere i punkt 69 til 71. Udveksling af oplysninger om både aktuelle og tidligere forhold kan udgøre en sådan kontrolmekanisme.

Konkurrenceskadelig markedsafskærmning

69. Ud over at lette hemmelig samordning kan informationsudveksling også føre til konkurrenceskadelig afskærmning ⁽²⁾.
70. Eksklusiv informationsudveksling kan føre til konkurrenceskadelig afskærmning på det marked, hvor udvekslingen finder sted. Dette kan være tilfældet, når udveksling af kommercielt følsomme oplysninger medfører betydelige konkurrencemæssige ulemper for konkurrenter, der ikke er tilsluttet udvekslingsordningen, i forhold til de virksomheder, der deltager i ordningen. Denne type afskærmning er kun mulig, hvis de pågældende oplysninger er af stor strategisk betydning for konkurrencen og omfatter en væsentlig del af det relevante marked.
71. Det kan ikke udelukkes, at informationsudveksling kan føre til konkurrenceskadelig afskærmning af tredjemand på et beslægtet marked. Ved at opnå en tilstrækkelig markedsstyrke gennem informationsudveksling kan parterne, der udveksler oplysninger på et marked i det foregående omsætningsled, f.eks. vertikalt integrerede virksomheder, blive i stand til at hæve prisen for en nøglekomponent på et marked i det efterfølgende omsætningsled. De kan derved øge deres konkurrenters omkostninger i det efterfølgende omsætningsled, hvilket kan medføre konkurrenceskadelig afskærmning på markedet i dette led.

⁽¹⁾ Anvendelsen af udtrykket »de vigtigste konkurrenceproblemer« betyder, at den efterfølgende beskrivelse af konkurrenceproblemer hverken er endegyldig eller udtømmende.

⁽²⁾ Med hensyn til de afskærmningsproblemer, som vertikale aftaler kan medføre, henvises til punkt 100 ff. i retningslinjerne for vertikale begrænsninger.

2.2.2. Konkurrencebegrænsende formål

72. Enhver udveksling af oplysninger med det formål at begrænse konkurrencen på markedet vil blive anset for at have et konkurrencebegrænsende formål. Når Kommissionen skal vurdere, om informationsudveksling har konkurrencebegrænsende formål, vil den være særlig opmærksom på den retlige og økonomiske sammenhæng, hvori den indgår⁽¹⁾. I denne forbindelse vil den tage hensyn til, om informationsudvekslingen er af en sådan art, at den vil kunne medføre en konkurrencebegrænsning⁽²⁾.
73. Det er især sandsynligt, at virksomhedernes udveksling af oplysninger om deres planlagte fremtidige adfærd vedrørende priser eller mængder⁽³⁾ fører til hemmelig samordning. Hvis konkurrenter underretter hinanden om sådanne planer, kan de få mulighed for at opnå et højere fælles prisniveau uden at risikere at miste markedsandele eller udløse en prisrig under tilpasningen til de nye priser (se eksempel 1, punkt 105). Det er også mindre sandsynligt, at informationsudveksling, der vedrører fremtidige intentioner for at fremme konkurrencen, end udveksling af faktiske oplysninger.
74. Udveksling af individualiserede oplysninger mellem konkurrenter vedrørende planlagte fremtidige priser eller mængder må derfor anses for at have konkurrencebegrænsende formål⁽⁴⁾ ⁽⁵⁾. Desuden vil konkurrenters private udveksling af individualiserede oplysninger om deres planlagte fremtidige priser eller mængder normalt blive betragtet som karteller og medføre bøder, fordi den generelt har til formål at fastsætte priser eller mængder. Informationsudveksling, der udgør karteller, indebærer en overtrædelse af artikel 101, stk. 1, men det er desuden højest usandsynligt, at de opfylder betingelserne i artikel 101, stk. 3.

2.2.3. Konkurrencebegrænsende virkninger

75. Det skal undersøges fra sag til sag, hvilke virkninger informationsudveksling vil kunne få for konkurrencen da resultaterne af vurderingen afhænger af en kombination af forskellige sagsspecifikke faktorer. Vurderingen af konkurrencebegrænsende virkninger skal bero på informationsudvekslingens sandsynlige virkninger i forhold til, hvordan konkurrenceforholdene ville være uden den pågældende informationsudveksling⁽⁶⁾. For at en informationsudveksling kan have konkurrencebegrænsende virkninger som omhandlet i artikel 101, stk. 1, skal den kunne få en mærkbar negativ indvirkning på et eller flere af konkurrenceparametrene på markedet, såsom pris, produktion, produktkvalitet, produkt-sortiment eller innovation. Hvorvidt informationsudveksling vil få konkurrencebegrænsende virkninger, afhænger af såvel de økonomiske forhold på de relevante markeder som de udvekslede oplysningers art.
76. Visse markedsforhold kan gøre det lettere at foretage samordning eller at opretholde den internt eller eksternt⁽⁷⁾. Udveksling af oplysninger på sådanne markeder kan få mere konkurrencebegrænsende virkninger, end det vil være tilfældet på markeder, hvor der hersker andre forhold. Selv hvor markedsforholdene er af en sådan art, at det kan være vanskeligt at opretholde samordning inden

⁽¹⁾ Se f.eks. de forenede sager C-501/06 P m.fl., *GlaxoSmithKline*, præmis 58 og sag C-209/07, *BIDS*, præmis 15 ff.

⁽²⁾ Se også de generelle retningslinjer, punkt 22.

⁽³⁾ Oplysninger om planlagte fremtidige mængder kan f.eks. omfatte fremtidige planer om afsætning, markedsandele, geografiske områder og salg til særlige kundekategorier.

⁽⁴⁾ Begrebet »planlagte fremtidige priser« er illustreret i eksempel 1. I særlige situationer, hvor virksomhederne fuldt ud forpligter sig til at sælge i fremtiden til de priser, de tidligere har bekendtgjort offentligt, (dvs. at de ikke kan revidere dem), betragtes sådanne offentlige bekendtgørelser af fremtidige individualiserede priser eller mængder ikke som planer og anses derfor normalt heller ikke for at have konkurrencebegrænsende formål. Dette kan f.eks. ske ved regelmæssigt samspil og et særligt forhold mellem virksomhederne og deres kunder, bl.a. fordi det er væsentligt, at kunderne har kendskab til de fremtidige priser på forhånd, eller fordi de allerede kan afgive forhåndsbestillinger til disse priser. Dette skyldes, at informationsudvekslingen i disse situationer ville være en dyrere metode til hemmelig samordning på markedet end informationsudveksling om fremtidige planer, og i højere grad ville ske af konkurrencefremmende årsager. Dette indebærer dog ikke, at pristilsagn over for kunderne nødvendigvis fremmer konkurrencen. Tværtimod kan det begrænse mulighederne for at afvige fra den hemmelige samordning og gøre denne mere stabil.

⁽⁵⁾ Dette påvirker ikke det forhold, at offentlig bekendtgørelse af planlagte individualiserede priser kan medføre effektivitetsgevinster, og at deltagerne i en sådan informationsudveksling vil kunne være omfattet af artikel 101, stk. 3.

⁽⁶⁾ Se sag C-7/95 P, *John Deere mod Kommissionen*, præmis 76.

⁽⁷⁾ Informationsudveksling kan begrænse konkurrencen på samme måde som en fusion, hvis den medfører en mere effektiv, mere stabil eller mere sandsynlig samordning på markedet; se sag C-413/06 P, *Sony*, Sml. 2008 I, s. 4951, præmis 123, hvor Domstolen stadfæstede de kriterier, som Retten havde fastsat i sag T-342/99, *Airtours*, Sml. 2002 II, s. 2585, præmis 62.

informationsudvekslingen, vil udvekslingen dog kunne ændre markedsforholdene på en sådan måde, at det derefter bliver muligt at foretage samordning - f.eks. ved at øge gennemsigtigheden på markedet, reducere markedskompleksiteten, imødegå ustabilitet eller kompensere for asymmetri. Det er derfor vigtigt at vurdere informationsudvekslingens konkurrencebegrænsende virkninger både på grundlag af de oprindelige markedsforhold og på grundlag af, hvordan informationsudvekslingen ændrer disse forhold. Dette vil omfatte en vurdering af den pågældende ordnings særlige karakteristika, herunder dens formål, adgang til systemet og deltagelsesbetingelserne for systemet. Det vil også være nødvendigt at undersøge hyppigheden af informationsudvekslingen, typen af oplysninger, der udveksles (f.eks. om der er tale om offentligt tilgængelige eller fortrolige, samlede eller detaljerede, og tidligere eller aktuelle), og informationsudvekslingens betydning for fastsættelsen af priserne, mængderne eller betingelserne for ydelserne ⁽¹⁾. Følgende faktorer er relevante for denne vurdering.

(i) Markedskarakteristika

77. Virksomhederne vil i højere grad kunne foretage en hemmelig samordning på markeder, der er tilstrækkelig gennemsigtige, koncentrerede, ukomplicerede, stabile og symmetriske. På sådanne markeder kan virksomhederne nå frem til en fælles forståelse af samordningsbetingelserne og med held kontrollere og straffe afvigelser. Informationsudveksling kan dog også give virksomhederne mulighed for at foretage hemmelig samordning i andre markedsituationer, hvor det ikke ville have kunnet lade sig gøre uden informationsudvekslingen. Informationsudveksling kan derved gøre det lettere at foretage hemmelig samordning ved at øge gennemsigtigheden på markedet, reducere markedskompleksiteten, imødegå ustabilitet eller kompensere for asymmetri. I denne forbindelse afhænger informationsudvekslingens virkninger for konkurrencen ikke blot af de oprindelige karakteristika ved det marked, hvor den finder sted (såsom koncentration, gennemsigtighed, stabilitet, kompleksitet osv.), men også af, hvordan den type oplysninger, der udveksles, kan ændre disse karakteristika ⁽²⁾.
78. Hemmelig samordning er mere sandsynlig på gennemsigtige markeder. Gennemsigtighed kan lette hemmelig samordning ved at sætte virksomhederne i stand til at nå frem til en fælles forståelse af samordningsbetingelserne og/eller ved at øge samordningens interne og eksterne stabilitet. Informationsudveksling kan øge gennemsigtigheden og dermed begrænse usikkerheden om de strategiske konkurrencevariabler (f.eks. priser, produktion, efterspørgsel, omkostninger osv.). Jo ringere gennemsigtighed, der tidligere var på markedet, desto mere værdifuld kan en informationsudveksling være, når det gælder om at nå frem til hemmelig samordning. Informationsudveksling, der kun bidrager lidt til gennemsigtigheden på et marked, vil dog i mindre grad kunne få mærkbare begrænsende virkninger end informationsudveksling, der øger gennemsigtigheden væsentligt. Det er derfor kombinationen af både det eksisterende gennemsigtighedsniveau og den måde, hvorpå informationsudvekslingen ændrer dette niveau, der vil være afgørende for, hvor sandsynligt det er, at informationsudvekslingen får mærkbare begrænsende virkninger. Det eksisterende gennemsigtighedsniveau afhænger bl.a. af antallet af markedsdeltagere og transaktionernes art, der kan variere fra offentlige transaktioner til fortrolige bilaterale forhandlinger mellem aftagere og udbydere. Ved vurderingen af, hvordan gennemsigtighedsniveauet på markedet har ændret sig, er det meget vigtigt at påvise, i hvilket omfang virksomhederne kan bruge de tilgængelige oplysninger til at bestemme konkurrenternes adfærd.
79. Snævre oligopoler kan lette hemmelig samordning på markedet, da det er nemmere for færre virksomheder at nå frem til en fælles forståelse af samordningsbetingelserne og at kontrollere afvigelser. Der er også større sandsynlighed for, at en hemmelig samordning bliver holdbar, når der er færre virksomheder involveret. Hvis der deltager flere virksomheder i samordningen, er der større gevinst ved at afvige, fordi der kan opnås en større markedsandel ved at fastsætte lavere priser. Samtidig er fordelene ved hemmelig samordning mindre, for når der er flere virksomheder involveret, falder andelen af den økonomiske gevinst ved den hemmelige samordning. Der er større sandsynlighed for, at informationsudveksling vil kunne få mærkbare begrænsende virkninger for konkurrencen jo snævrere oligopolerne er, og informationsudveksling inden for snævre oligopoler vil ikke kunne få sådanne begrænsende virkninger på meget fragmenterede markeder. Ved at øge gennemsigtigheden eller på anden måde ændre markedsforholdene, så der i højere grad kan ske en samordning, kan informationsudvekslingen dog lette samordningen og kontrollen mellem flere virksomheder, end det ville være tilfældet uden informationsudvekslingen.

⁽¹⁾ Se sag C-238/05, *Asnef-Equifax*, præmis 54.

⁽²⁾ Det skal bemærkes, at diskussionen i punkt 78 til 85 ikke er en fuldstændig oversigt over relevante markeds-karakteristika. Der kan være andre kendetegn ved markedet, som er vigtige i forbindelse med visse former for informationsudveksling.

80. Det kan være vanskeligt for virksomhederne at foretage hemmelig samordning under komplekse markedsforhold. Anvendelse af informationsudveksling kan dog forenkle disse forhold. Under komplekse markedsforhold er der normalt behov for mere informationsudveksling for at nå frem til en fælles forståelse af samordningsbetingelserne og kontrollere afvigelse. Det kan f.eks. være lettere at foretage hemmelig samordning af prisen på et enkelt ensartet produkt end af hundredvis af priser på et marked med mange differentierede produkter. Det er ikke desto mindre muligt, at virksomhederne for at komme uden om vanskelighederne med at foretage hemmelig samordning af en lang række priser, vil udveksle oplysninger for at fastlægge enkle regler for prisfastsættelse (f.eks. prispoints).
81. Der er størst sandsynlighed for hemmelig samordning, når efterspørgsels- og udbudsbetingelserne er forholdsvis stabile ⁽¹⁾. Under ustabile forhold kan det være vanskeligt for en virksomhed at vide, om den omsætning, den har mistet, skyldes, at efterspørgselsniveauet generelt er lavt, eller at en konkurrent tilbyder særlig lave priser, og det er derfor vanskeligt at opretholde en hemmelig samordning. I denne forbindelse er en svingende efterspørgsel, en betydelig intern vækst hos nogle virksomheder på markedet eller hyppig indtræden af nye virksomheder på markedet tegn på, at situationen ikke er tilstrækkelig stabil til, at en samordning er sandsynlig ⁽²⁾. Informationsudveksling kan i visse situationer tjene til at øge stabiliteten på markedet og kan derved muliggøre hemmelig samordning på markedet. På markeder, hvor innovation er af stor betydning, kan det desuden være vanskeligere at foretage samordning, da særlig betydelig innovation kan sætte en virksomhed i stand til at opnå en større fordel frem for sine konkurrenter. For at hemmelig samordning kan være holdbar, skal reaktioner fra udenforstående virksomheder, såsom nuværende og fremtidige konkurrenter, der ikke deltager i samordningen, og kunderne ikke kunne skade de forventede resultater af den hemmelige samordning. I denne forbindelse gør adgangsbarrierer det mere sandsynligt, at en hemmelig samordning på markedet er praktisk mulig og holdbar.
82. Hemmelig samordning er mere sandsynlig i tilfælde af symmetriske markedsstrukturer. Når virksomheder er homogene med hensyn til omkostninger, efterspørgsel, markedsandele, produktsortiment, kapacitet osv., er der større sandsynlighed for, at de kan nå frem til en fælles forståelse af samordningsbetingelserne, fordi de har samme incitament. Informationsudveksling kan dog også i visse situationer give mulighed for hemmelig samordning i forbindelse med mere heterogene markedsstrukturer. Informationsudveksling kan gøre virksomhederne opmærksomme på deres forskelligheder og hjælpe dem med at udarbejde metoder til at kompensere derfor i forbindelse med samordning.
83. Den hemmelige samordnings stabilitet afhænger også af virksomhedernes forventning om den fremtidige fortjeneste. Jo højere virksomhederne vurderer den aktuelle fortjeneste, de kan opnå ved at underbyde priserne, i forhold til den fremtidige fortjeneste, de kan opnå ved hemmelig samordning, desto mindre sandsynligt er det, at de vil kunne nå frem til en hemmelig samordning.
84. Af samme grund er hemmelig samordning mere sandsynlig blandt virksomheder, der vil fortsætte med at operere på det samme marked i lang tid, da de i et sådant scenario vil være mere indstillede på at samordne deres adfærd. Hvis en virksomhed ved, at den skal samarbejde med de øvrige i lang tid, vil den have større incitament til at foretage hemmelig samordning, fordi den fremtidige fortjeneste af den hemmelige samordning vil være større end den fortjeneste, den opnår på kort sigt ved at afvige, dvs. før de andre virksomheder afslører afvigelsen og iværksætter repressalier.
85. For at hemmelig samordning kan være holdbar, skal truslen om tilstrækkeligt troværdige og hurtige repressalier generelt være sandsynlig. Hemmelig samordning er ikke holdbar på markeder, hvor konsekvenserne af afvigelse ikke er tilstrækkeligt alvorlige til at overbevise de samordnende virksomheder om, at det er i deres egen interesse af overholde den hemmelige samordning. På markeder, der er præget af store, uregelmæssige ordrer, kan det f.eks. være vanskeligt at etablere en tilstrækkelig afskrækkende ordning, fordi der kan være en stor, sikker og umiddelbar gevinst ved at afvige på det rette tidspunkt, mens repressalierne kun vil være små og usikre og først realiseres efter nogen tid.

⁽¹⁾ Se også sag T-35/92, *John Deere mod Kommissionen*, Sml. 1994 II, s. 957, præmis 78.

⁽²⁾ Se Kommissionens beslutning i sag IV/31.370 og 31.446 *UK Agricultural Tractor Registration Exchange*, EFT L 68 af 13.3.1992, s. 19, nr. 51 og sag T-35/92, *John Deere mod Kommissionen*, præmis 78. Det er ikke nødvendigt, at der etableres absolut stabilitet, eller at skarp konkurrence er udelukket.

Repressalieordningernes troværdighed afhænger også af, om de øvrige virksomheder, der deltager i samordningen, har incitament til at iværksætte repressalier, hvilket afhænger af deres tab ved at udløse en prisrig i forhold til deres potentielle langsigtede gevinster ved på ny at deltage i hemmelig samordning. Det kan f.eks. styrke virksomhedernes mulighed for at iværksætte repressalier, hvis de også er indbyrdes forbundet gennem vertikale forretningsmæssige forhold, som de kan benytte som en sanktionstrussel i tilfælde af afvigelse.

(ii) Informationsudvekslingens karakteristika

Strategiske oplysninger

86. Der er større sandsynlighed for at udveksling af strategiske oplysninger mellem konkurrenter, dvs. oplysninger, der mindsker den strategiske usikkerhed på markedet, er omfattet af artikel 101 end andre typer informationsudveksling. Fælles anvendelse af strategiske oplysninger kan medføre konkurrencebegrænsninger, hvis det indskrænker parternes muligheder for at træffe selvstændige beslutninger ved at mindske deres incitament til at konkurrere. Strategiske oplysninger kan vedrøre priser (f.eks. faktiske priser, rabatter, prisforhøjelser, prisnedsættelser og prisnedslag), kundefortegnelser, produktionsomkostninger, mængder, omsætning, afsætning, kapacitet, kvalitet, markedsføringsplaner, risici, investeringer, teknologier, F&U-programmer og -resultater. Normalt er oplysninger om priser og mængder de mest strategiske, hvorefter følger oplysninger om omkostninger og efterspørgsel. Hvis virksomhederne konkurrerer inden for F&U, er det de teknologiske oplysninger, der kan være de mest strategiske for konkurrencen. Hvor strategisk nyttige oplysningerne er, afhænger også af deres sammensætning og alder, samt under hvilke markedsforhold og hvor hyppigt de udveksles.

Markedsdækning

87. For at informationsudveksling kan få konkurrencebegrænsninger, skal de involverede virksomheder dække en tilstrækkelig stor del af det relevante marked. Ellers kan konkurrenter, der ikke deltager i informationsudvekslingen, imødegå en hvilken som helst form for konkurrenceskadelig adfærd fra de involverede virksomheders side. Virksomheder, der ikke deltager i informationsudvekslingsordningen, vil kunne true den hemmelige samordnings eksterne stabilitet, ved f.eks. at fastsætte priserne til under det samordnede prisniveau.
88. Hvad der skal betragtes som »en tilstrækkelig stor del af markedet« kan ikke defineres abstrakt, men vil afhænge af de særlige forhold, der gør sig gældende i hver enkelt sag, og af den pågældende type informationsudveksling. Når informationsudveksling finder sted som led i en anden type horisontal samarbejdsaftale og ikke strækker sig ud over det, der er nødvendigt for at gennemføre den, vil en markedsdækning under de tærskler, der er fastsat i det relevante kapitel i disse retningslinjer, den relevante gruppefritagelsesforordning⁽¹⁾ eller de minimis-meddelelsen for den pågældende aftaletype, normalt ikke være stor nok til, at informationsudvekslingen kan få konkurrencebegrænsende virkninger.

Samlede/individualiserede oplysninger

89. Udveksling af samlede oplysninger, dvs. hvor det er tilstrækkelig vanskeligt at genkende virksomhedsspecifikke oplysninger, vil i langt mindre grad end udveksling af virksomhedsspecifikke oplysninger kunne få konkurrencebegrænsende virkninger. Indsamling og offentliggørelse af aggregerede markedsdata (såsom salg, data om kapaciteter eller data om udgifterne til input og komponenter) af en brancheorganisation eller et markedsanalyse bureau kan være en fordel for både leverandører og kunder ved at give dem mulighed for at få et klarere billede af den økonomiske situation i en given sektor. En sådan data indsamling og offentliggørelse kan give markedsdeltagerne mulighed

⁽¹⁾ Hvis informationsudveksling som led i en F&U-aftale ikke strækker sig ud over det, der er nødvendigt for aftalens gennemførelse, kan den være omfattet af den »safe harbour« på 25 %, der er fastsat i gruppefritagelsesforordningen for F&U-aftaler. For gruppefritagelsesforordningen for specialiseringsaftaler, er den relevante »safe harbour« på 20 %.

for at træffe bedre informerede individuelle valg med henblik på effektivt at tilpasse deres strategi til markedsvilkårene. Generelt set er det usandsynligt, at udveksling af aggregerede data at give anledning til restriktive virkninger for konkurrencen, medmindre det foregår i et stramt oligopol. Udveksling af individualiserede oplysninger gør det lettere at skabe en fælles forståelse på markedet og fastlægge repressalierstrategier ved at give de samordnende virksomheder mulighed for at udpege en afvigende eller nyttilkommen virksomhed. Det kan dog ikke udelukkes, at udveksling af samlede oplysninger kan lette hemmelig samordning på markeder med bestemte karakteristika. Medlemmerne af et meget snævert og stabilt oligopol, som udveksler samlede oplysninger, der bemærker en markedspris under et bestemt niveau kan nemlig automatisk gå ud fra, at nogen har afvejet fra den hemmelige samordning, og tage skridt mod iværksættelse af markedsdækkende repressalier. Med andre ord er det ikke altid nødvendigt for at holde samordningen stabil, at virksomhederne ved, hvem der afveg. Det kan være tilstrækkeligt at vide, at »en eller anden« afveg.

Oplysningernes alder

90. Det er usandsynligt, at udveksling af oplysninger om tidligere forhold vil medføre hemmelig samordning, da de ikke giver noget fingerpeg om konkurrenternes fremtidige adfærd eller skaber en fælles forståelse på markedet ⁽¹⁾. Desuden er det usandsynligt, at udveksling af oplysninger om tidligere forhold vil lette kontrollen med afvigelser, for jo ældre oplysningerne er, desto mindre nyttige vil de være, når det gælder om at afsløre afvigelser i tide, og dermed som en troværdig trussel om hurtig gengældelse ⁽²⁾. Der findes ingen forudfastsat tærskel for, hvornår oplysningerne vedrører tidligere forhold, dvs. at de er tilstrækkelig gamle til ikke at udgøre en risiko for konkurrencen. Hvorvidt der egentlig er tale om oplysninger om tidligere forhold, afhænger af det relevante markeds karakteristika, især hvor hyppigt priserne genforhandles i den pågældende erhvervsgræn. Oplysninger kan f.eks. anses for at vedrøre tidligere forhold, hvis de er flere gange ældre end den gennemsnitlige løbetid for kontrakter inden for den pågældende erhvervsgræn, hvis denne er et fingerpeg om, at priserne genforhandles. Tærsklen for, hvornår oplysningerne vedrører tidligere forhold, afhænger også af oplysningernes natur og den hyppighed, hvormed de udveksles, samt det relevante markeds karakteristika (f.eks. dets stabilitet og gennemsigtighed).

Informationsudvekslingens hyppighed

91. Hyppig informationsudveksling, der gør det lettere både at skabe en bedre fælles forståelse af markedet og at føre kontrol med afvigelser, øger risikoen for hemmelig samordning. På mere ustabile markeder kan det være nødvendigt at foretage informationsudveksling hyppigere for at lette hemmelig samordning end på stabile markeder. På markeder med langsigtede kontrakter (der er et fingerpeg om, at priserne genforhandles sjældent) vil en mindre hyppig udveksling af oplysninger normalt være tilstrækkelig til, at der kan foretages hemmelig samordning. En mere uregelmæssig udveksling ville derimod næppe være tilstrækkelig til, at der kan foretages hemmelig samordning på markeder med kortfristede kontrakter, som er tegn på hyppig genforhandling af priserne ⁽³⁾. Den hyppighed, hvormed informationer skal udveksles, for at lette hemmelig samordning, afhænger dog også af oplysningernes art, alder og sammensætning ⁽⁴⁾.

Offentligt/ikke offentligt tilgængelige oplysninger

92. Udveksling af oplysninger, der er offentlige i egentlig forstand, vil normalt ikke udgøre en overtrædelse af artikel 101 ⁽⁵⁾. *Oplysninger, der er offentlige i egentlig forstand*, er oplysninger, som normalt er lige let tilgængelige (når det gælder omkostningerne ved adgang til dem) for alle konkurrenter og kunder. For at oplysningerne kan være offentlige i egentlig forstand, må adgangen til dem ikke være dyrere for

⁽¹⁾ Indsamling af tidligere data kan også anvendes til at videregive en sektorsammenslutnings bidrag til eller analyse af en revision af den offentlige politik.

⁽²⁾ F.eks. har Kommissionen i tidligere sager anset udveksling af oplysninger, der var mere end et år gamle, for at være oplysninger om tidligere forhold og for ikke at være konkurrencebegrænsende som omhandlet i artikel 101, stk. 1, mens oplysninger, der er under et år gamle, er blevet betragtet som nye; Kommissionens beslutning i sag IV/31.370 - *UK Agricultural Tractor Registration Exchange*, præmis 50 og Kommissionens beslutning i sag IV/36.069 - *Wirtschaftsvereinigung Stahl*, EFT L 1 af 3. januar 1998, s. 10, nr. 17.

⁽³⁾ Kontrakter, der ikke indgås hyppigt, kan dog gøre en tilstrækkelig hurtig gengældelse mindre sandsynlig.

⁽⁴⁾ Afhængigt af markedsstrukturen og den sammenhæng, hvori informationsudvekslingen indgår, kan det dog ikke udelukkes, at en enkelt informationsudveksling kan udgøre et tilstrækkeligt grundlag for samordning af de deltagende virksomheders markedsadfærd (dvs. at de kan nå frem til en fælles forståelse af samordningsbetingelserne) og således med held erstatte konkurrencen og de risici, den indebærer, med indbyrdes praktisk samarbejde; se sag C-8/08, *T-Mobile Netherlands*, præmis 59.

⁽⁵⁾ De forenede sager T-191/98 m.fl., *Atlantic Container Line (TACA)*, Sml. 2003 II, s. 3275, præmis 1154. Dette behøver ikke at være tilfældet, hvis informationsudvekslingen understøtter et kartel.

kunder og virksomheder, der ikke deltager i informationsudvekslingen, end for de virksomheder, der udveksler oplysningerne. Konkurrenter vil derfor normalt ikke vælge at udveksle oplysninger, som de kan indhente lige så let på markedet, og udveksling af oplysninger, der er offentlige i egentlig forstand, er derfor usandsynlig i praksis. Derimod er de oplysninger, der udveksles mellem konkurrenter, selv om de er såkaldt offentligt tilgængelige oplysninger, ikke offentlige i egentlig forstand, hvis de omkostninger, der er forbundet med indsamlingen af dem, afskrækker andre virksomheder og kunder fra at indsamle dem ⁽¹⁾. Muligheden for at indsamle oplysningerne på markedet, f.eks. at indsamle dem hos kunderne, indebærer ikke nødvendigvis, at disse oplysninger skal betragtes som markedsoplysninger, som konkurrenter har let adgang til ⁽²⁾.

93. Selv om oplysningerne er offentligt tilgængelige (f.eks. oplysninger, der offentliggøres af de regulerende myndigheder), kan udveksling af supplerende oplysninger mellem konkurrenter begrænse konkurrencen, hvis det mindsker den strategiske usikkerhed på markedet yderligere. I dette tilfælde er det de supplerende oplysninger, der kan være udslagsgivende med hensyn til hemmelig samordning.

Offentlig/ikke offentlig informationsudveksling

94. En *informationsudveksling* er offentlig i egentlig forstand, hvis de udvekslede oplysninger derved stilles til rådighed for samtlige konkurrenter og kunder på lige fod (med hensyn til omkostningerne ved adgangen til dem) ⁽³⁾. Når oplysningerne udveksles offentligt, kan det mindske sandsynligheden for hemmelig samordning på markedet, hvis konkurrenter, der ikke deltager i samordningen, potentielle konkurrenter og kunder er i stand til at imødegå de potentielle konkurrencebegrænsende virkninger ⁽⁴⁾. Muligheden for at udveksling af oplysninger, der er offentlige i egentlig forstand, kan lette hemmelig samordning på markedet, kan dog ikke helt udelukkes.

2.3. Vurdering efter artikel 101, stk. 3

2.3.1. Effektivitetsgevinster ⁽⁵⁾

95. Informationsudveksling kan medføre effektivitetsgevinster. Oplysninger om konkurrenternes omkostninger kan sætte virksomhederne i stand til at blive mere effektive, hvis de benytter den bedste praksis inden for den pågældende erhvervsgren som referencegrundlag for deres præstationer og udarbejder interne incitamentsordninger i overensstemmelse hermed.
96. I visse situationer kan informationsudveksling desuden hjælpe virksomhederne med at dirigere produktionen hen mod markeder med stor efterspørgsel (f.eks. efterspørgselsinformation) eller lavprisvirksomheder (f.eks. omkostningsinformation). Hvor sandsynlige disse former for effektivitetsgevinster er, afhænger af markedets karakteristika, som f.eks. om virksomhederne konkurrerer om priser eller mængder samt hvilken usikkerhed der er på markedet. Nogle former for informationsudveksling i denne forbindelse kan muliggøre betydelige omkostningsbesparelser, når de f.eks. reducerer unødvendige lagre eller muliggør hurtigere levering af fordærlige varer til områder med stor efterspørgsel og færre leverancer til områder med lav efterspørgsel (se eksempel 7).
97. Virksomhedernes udveksling af forbrugeroplysninger på markeder med asymmetrisk information om forbrugerne kan også medføre effektivitetsgevinster. For eksempel vil opfølgning af kundernes tidligere adfærd, når det gælder ulykker eller misligholdelse af lån, give forbrugerne et incitament til at begrænse deres risikoeksponering. Det giver også mulighed for at finde ud af, hvilke forbrugere der indebærer en lavere risiko og bør tilbydes lavere priser. I denne forbindelse kan informationsudveksling også mindske kundebindingen og derved styrke konkurrencen. Dette skyldes, at oplysningerne normalt er specifikke for et kundeforhold, og at forbrugerne ellers ville miste fordelene ved disse oplysninger, når de skifter til en anden leverandør. Eksempler på sådanne effektivitetsgevinster findes i bank- og forsikringssektoren, der er kendetegnet ved hyppig informationsudveksling om forbrugernes misligholdelses- og risikoprofil.

⁽¹⁾ Desuden vil det forhold, at deltagerne i informationsudvekslingen tidligere har bekendtgjort oplysningerne for offentligheden (f.eks. i en avis eller på dennes websted), ikke indebære, at en senere informationsudveksling, som ikke er offentlig, ikke overtræder artikel 101.

⁽²⁾ Se de forenede sager T-202/98 m.fl., *Tate & Lyle mod Kommissionen*, præmis 60.

⁽³⁾ Dette udelukker ikke, at en database stilles billigere til rådighed for kunder, som selv har bidraget med oplysninger til den, da de herved også normalt har pådraget sig nogle omkostninger.

⁽⁴⁾ En vurdering af adgangsbarrierer og køberstyrke, der kan danne modvægt på markedet, vil være relevant for at fastslå, om udenforstående i forhold til informationsudvekslingssystemet vil kunne skade de forventede resultater af samordningen. Øget gennemsigtighed for forbrugerne kan enten mindske eller forøge mulighederne for hemmelig samordning, for med øget gennemsigtighed for forbrugerne, hvor efterspørgselspriselasticiteten er højere, er udbyttet ved afvigelser højere, men repressalierne er også hårdere.

⁽⁵⁾ Behandlingen af potentielle effektivitetsgevinster ved informationsudveksling er hverken endegyldig eller udtømmende.

98. Udveksling af tidligere og aktuelle oplysninger om markedsandele kan i visse situationer være til gavn for både virksomhederne og forbrugerne, fordi det giver virksomhederne mulighed for at bruge det som et kvalitetsbevis for deres produkter over for forbrugerne. I situationer, hvor der er tale om ufuldstændige oplysninger om produktkvalitet, benytter forbrugerne ofte indirekte midler til at skaffe sig oplysninger om de forskellige produkters kvalitet, såsom priser og markedsandele (ved bogkøb benytter forbrugerne f.eks. lister over de mest solgte bøger).
99. Udveksling af oplysninger, som er offentlige i egentlig forstand, kan også gavne forbrugerne, fordi det kan hjælpe dem med at foretage et mere kvalificeret valg (ved at nedsætte deres søgeomkostninger). Det er mest sandsynligt, at forbrugerne på denne måde vil få gavn af offentlig udveksling af aktuelle data, som er de mest relevante for deres indkøbsbeslutninger. Offentlig informationsudveksling vedrørende aktuelle input-priser kan også sænke virksomhedernes søgeomkostninger, hvilket normalt vil komme forbrugerne til gode i form af lavere slutpriser. Det er mindre sandsynligt, at der vil opstå sådanne direkte forbrugerfordele ved udveksling af de planlagte fremtidige priser, fordi virksomheder, der bekendtgør deres prisplaner, sandsynligvis vil revidere dem, inden kunderne faktisk foretager deres indkøb på grundlag af disse oplysninger. Forbrugerne kan generelt ikke fæste lid til virksomhedernes fremtidige planer, når de udarbejder deres indkøbsplaner. Virksomhederne kan dog i en vis udstrækning være så disciplinerede, at de ikke ændrer deres bekendtgjorte fremtidige planer, inden de gennemføres, når der f.eks. er et regelmæssigt samspil med forbrugerne, og forbrugerne er afhængige af, at de kender priserne på forhånd eller f.eks. når forbrugerne kan afgive forhåndsbestillinger. I disse situationer kan udveksling af oplysninger om fremtidige forhold forbedre kundernes udgiftsplanlægning.
100. Der vil i højere grad blive skabt effektivitetsgevinster ved udveksling af oplysninger om aktuelle og tidligere forhold end ved udveksling af oplysninger om fremtidige planer. Under særlige omstændigheder kan oplysninger om fremtidige planer dog også medføre effektivitetsgevinster. F.eks. kan virksomheder, der hurtigt får kendskab til vinderen af F&U-kapløbet, undgå overflødigt omkostningskrævende arbejde og spild af ressourcer, som ikke kan tjenes ind igen ⁽¹⁾.

2.3.2. Nødvendige begrænsninger

101. Begrænsninger, der strækker sig ud over det, der er nødvendigt for at opnå de effektivitetsgevinster, som informationsudveksling medfører, opfylder ikke betingelserne i artikel 101, stk. 3. For at opfylde den betingelse, at begrænsningen skal være nødvendig, må parterne bevise, at oplysningernes art, sammensætning, alder, fortrolige karakter, den hyppighed, hvormed de udveksles, og rækkevidden, indebærer den mindste risiko, der er nødvendig for at skabe de påståede effektivitetsgevinster. Der må heller ikke udveksles oplysninger, der strækker sig ud over de variabler, som er relevante for, at effektivitetsgevinsterne kan opnås. Med henblik på fastlæggelse af et referencegrundlag vil udveksling af individualiserede oplysninger normalt ikke være nødvendig, fordi oplysninger, der f.eks. samles efter erhvervsgræne, også kan skabe de påståede effektivitetsgevinster og samtidig indebærer mindre risiko for hemmelig samordning (se eksempel 4, punkt 108). Endelig er det normalt usandsynligt, at udveksling af individualiserede oplysninger om fremtidige planer er nødvendig, især hvis de vedrører priser og mængder.
102. Informationsudveksling, der indgår i horisontale samarbejdsaftaler, vil også i højere grad kunne opfylde betingelserne i artikel 101, stk. 3, hvis de ikke strækker sig videre ud over det, der er nødvendigt for gennemførelsen af aftalens økonomiske målsætning (f.eks. fælles anvendelse af den teknologi, der er nødvendig for en F&U-aftale, eller omkostningsoplysninger i forbindelse med en produktionsaftale).

2.3.3. Fordele for forbrugerne

103. Effektivitetsgevinster, der opnås ved nødvendige begrænsninger, skal komme forbrugerne til gode i et sådant omfang, at det opvejer informationsudvekslingens konkurrencebegrænsende virkninger. Jo mindre markedsstyrke deltagerne i en informationsudveksling har, desto mere sandsynligt er det, at effektivitetsgevinsterne vil komme forbrugerne til gode i et sådant omfang, at det opvejer de konkurrencebegrænsende virkninger.

⁽¹⁾ Sådanne effektivitetsgevinster skal afvejes mod de potentielle negative virkninger af f.eks. en innovationsfremmende begrænsning af konkurrencen på markedet.

2.3.4. Ingen udelukkelse af konkurrencen

104. Kriterierne i artikel 101, stk. 3, er ikke opfyldt, hvis de virksomheder, der deltager i informationsudvekslingen, får mulighed for at udelukke konkurrencen for en væsentlig del af de pågældende varer.

2.4. Eksempler

105. Udveksling af planlagte fremtidige priser - et konkurrencebegrænsende formål

Eksempel 1

Situation: En brancheforening for busselskaber i land X formidler kun individualiserede oplysninger om de planlagte fremtidige priser til sine medlemmer (busselskaber). Oplysningerne omfatter en række forskellige elementer, såsom den planlagte takst og den rute, som taksten gælder for, eventuelle begrænsninger med hensyn til taksten, som f.eks. hvilke forbrugere der kan benytte den, om der kræves forudbetaling eller minimumsophold, i hvilken periode der kan sælges billetter til den pågældende takst (første og sidste dag), og hvor længe billetten til den pågældende takst gælder (første og sidste rejsedag).

Analyse: Denne informationsudveksling, der er et udslag af en vedtagelse inden for en sammenslutning af virksomheder, vedrører konkurrenters planlagte priser. Den er et meget effektivt middel til at opnå hemmelig samordning og har derfor til formål at begrænse konkurrencen. Det skyldes, at virksomhederne frit kan ændre deres planlagte priser, bekendtgjort inden for sammenslutningen, på et hvilket som helst tidspunkt, hvis de får kendskab til, at deres konkurrenter har planer om at forlange højere priser. Herved får virksomhederne mulighed for at opnå et højere prisniveau uden at pådrage sig de omkostninger, der er forbundet med at miste markedsandele. Busselskab A kan f.eks. i dag bebude en prisforhøjelse på ruten fra by 1 til by 2 med virkning fra den følgende måned. Da disse oplysninger er tilgængelige for alle andre busselskaber, kan virksomhed A så vente og se konkurrenternes reaktion på denne prisoplysning. Hvis en konkurrent på samme rute, virksomhed B, matcher prisforhøjelsen, vil A's oplysninger ikke blive ændret og sandsynligvis senere blive udmøntet i praksis. Hvis virksomhed B ikke matcher prisforhøjelsen, kan virksomhed A stadig ændre sin takst. Tilpasningen vil fortsætte, indtil virksomhederne sammen nærmer sig et højere konkurrencebegrænsende prisniveau. Denne informationsudveksling vil ikke kunne opfylde betingelserne i artikel 101, stk. 3. Informationsudvekslingen gælder kun konkurrenter, dvs. at den ikke direkte kommer busselskabernes kunder til gode.

106. Udveksling af gældende priser - tilstrækkelige effektivitetsgevinster for forbrugerne

Eksempel 2

Situation: Et nationalt turistkontor aftaler med busselskaberne i et lille land X, at det skal formidle oplysninger om de gældende priser på busbilletter via et frit tilgængeligt websted (i modsætning til, hvad der er tilfældet i eksempel 1, punkt 105, kan forbrugerne i forvejen købe billetter til de priser og på de betingelser, der udveksles oplysninger om. Der er således ikke tale om planlagte fremtidige priser, men om de gældende priser på nuværende og fremtidige tjenester). Oplysningerne omfatter en række forskellige elementer, såsom taksten og den rute, som taksten gælder for, eventuelle begrænsninger med hensyn til taksten, som f.eks. hvilke forbrugere der kan benytte den, om der kræves forudbetaling eller minimumsophold, og hvor længe billetten til den pågældende takst gælder (første og sidste rejsedag). Busbefordring i land X finder ikke sted på samme relevante marked som befordring med tog og fly. Det formodes, at det relevante marked er et koncentreret, stabilt og forholdsvis ukomplekst marked, og prisfastsættelsen bliver gennemsigtig med informationsudvekslingen.

Analyse: Denne informationsudveksling har ikke til formål at begrænse konkurrencen. Virksomhederne udveksler oplysninger om de gældende priser og ikke om de planlagte fremtidige priser, fordi de i forvejen sælger billetter til disse priser (i modsætning til eksempel 1, punkt 105). Det er derfor ikke sandsynligt, at denne informationsudveksling vil udgøre et effektivt middel til at skabe samordning. I betragtning af markedsstrukturen og oplysningernes strategiske art kan denne informationsudveksling dog være et effektivt middel til kontrol med afvigelser fra den hemmelige samordning, der sandsynligvis vil finde sted inden for denne markedskonstellation. Den vil derfor kunne få konkurrencebegrænsende virkninger som omhandlet i artikel 101, stk. 1. For så vidt som

muligheden for at føre kontrol med afvigelser kan få konkurrencebegrænsende virkninger, er det dog sandsynligt, at de effektivitetsgevinster, informationsudvekslingen vil medføre, vil komme forbrugerne til gode i et sådant omfang, at det opvejer de konkurrencebegrænsende virkninger, hvad angår både sandsynlighed og omfang. I modsætning til, hvad der er tilfældet i eksempel 1 punkt 105, er informationsudvekslingen offentlig, og forbrugerne kan i praksis købe billetter til de priser og på de betingelser, der udveksles oplysninger om. Denne informationsudveksling kan således direkte komme forbrugerne til gode ved at mindske deres søgeomkostninger og forbedre deres valgmuligheder og dermed også stimulere priskonkurrencen. Det er derfor sandsynligt, at betingelserne i artikel 101, stk. 3, er opfyldt.

107. Gældende priser udledt af de udvekslede oplysninger

Eksempel 3

Situation: Luksushotellerne i land A's hovedstad udgør et snævert ukomplekst og stabilt oligopol med stort set ensartede omkostningsstrukturer, som udgør et særskilt relevant marked i forhold til andre hoteller. De udveksler direkte individuelle oplysninger om deres aktuelle belægningsgrad og indtægter. I dette tilfælde kan parterne direkte udlede deres faktiske gældende priser af de udvekslede oplysninger.

Analyse: Medmindre det er en skjult middel til at udveksle oplysninger om fremtidige intentioner, har den ikke noget konkurrencebegrænsende formål, fordi hotellerne udveksler oplysninger om de aktuelle forhold og ikke om de planlagte fremtidige priser eller mængder. Informationsudvekslingen vil dog få konkurrencebegrænsende virkninger som omhandlet i artikel 101, stk. 1, fordi kendskab til konkurrentens faktiske, aktuelle priser vil kunne lette samordning (dvs. tilpasning) af selskabernes konkurrencemæssige adfærd. Den vil højst sandsynligt blive anvendt til at kontrollere afvigelser fra den hemmelige samordning. Informationsudvekslingen øger gennemsigtigheden på markedet, for selv om hotellerne normalt offentliggør deres listepreiser, tilbyder de også forskellige rabatter på listeprisen som følge af forhandlinger eller i tilfælde af tidlig bestilling eller gruppebestillinger osv. De yderligere oplysninger, der ikke udveksles offentligt mellem hotellerne, er derfor kommercielt følsomme, dvs. strategisk nyttige. Denne informationsudveksling vil sandsynligvis lette den hemmelige samordning på markedet, fordi parterne udgør et snævert, ukomplekst og stabilt oligopol, som er involveret i et langsigtet konkurrenceforhold (regelmæssigt samspil). Desuden er hotellernes omkostningsstruktur stort set ensartet. Endelig kan hverken forbrugerne eller nytilkomne virksomheder på markedet imødegå de etablerede virksomheders konkurrenceskadelige adfærd, da forbrugerne har ringe køberstyrke, og adgangsbarriererne er høje. Det er usandsynligt, at parterne i dette tilfælde vil være i stand at påvise, at informationsudvekslingen medfører effektivitetsgevinster, der vil komme forbrugerne til gode i et sådant omfang, at det opvejer de konkurrencebegrænsende virkninger. Det er derfor usandsynligt, at betingelserne i artikel 101, stk. 3, er opfyldt.

108. Benchmarking-fordele - kriterierne i artikel 101, stk. 3, er ikke opfyldt

Eksempel 4

Situation: Tre store virksomheder med en samlet markedsandel på 80 % på et stabilt, ukomplekst og koncentreret marked med høje adgangsbarrierer foretager hyppigt en direkte, indbyrdes udveksling af oplysninger, som ikke er offentligt tilgængelige, og som vedrører en betydelig del af deres respektive omkostninger. Virksomhederne hævder, at deres formål hermed er at sammenligne deres præstationer med konkurrenternes og derved blive mere effektive.

Analyse: Denne informationsudveksling har principielt ikke til formål at begrænse konkurrencen. Der skal derfor foretages en vurdering af dens virkninger på markedet. På grund af markedsstrukturen, det faktum, at informationsudvekslingen vedrører en stor del af selskabernes variable omkostninger, oplysningernes individualiserede form og informationsudvekslingens dækning af en stor del af det relevante marked er det sandsynligt, at informationsudvekslingen letter den hemmelige samordning og dermed får konkurrencebegrænsende virkninger som omhandlet i artikel 101,

stk. 1. Det er usandsynligt, at kriterierne i artikel 101, stk. 3, er opfyldt, fordi der findes mindre restriktive midler til at opnå de påståede effektivitetsgevinster, f.eks. ved at tredjemand indsamler, anonymiserer og samler oplysningerne efter erhvervsgræne. Endelig vil selv udvekslingen af samlede oplysninger i dette tilfælde kunne gøre det lettere at foretage hemmelig samordning, da parterne udgør et snævert, ukomplekst og stabilt oligopol. Dette ville dog være meget usandsynligt, hvis informationsudvekslingen fandt sted på en ugenomsigtigt, fragmenteret, ustabil og komplekst marked.

109. Oplysninger, der er offentlige i egentlig forstand

Eksempel 5

Situation: De fire virksomheder, der ejer alle benzinstationerne i et stort land A, udveksler de gældende benzinpriser via telefonen. De hævder, at denne informationsudveksling ikke kan få konkurrencebegrænsende virkninger, fordi oplysningerne er offentligt tilgængelige, da de angives på store skilte ved hver benzinstation.

Analyse: De prisoplysninger, der udveksles via telefonen, er ikke offentlige i egentlig forstand, da virksomheder, som ønsker at få de samme oplysninger på anden måde, må påregne lang tid og betydelige transportomkostninger. Det ville være nødvendigt at rejse hyppigt over store afstande for at indsamle oplysninger om de priser, der er angivet på prisskiltene ved de forskellige benzinstationer over hele landet. Omkostningerne herved kan være så høje, at oplysningerne i praksis ikke kan fås uden informationsudvekslingen. Desuden foregår udvekslingen systematisk og dækker hele det relevante marked, som er et snævert, ukomplekst og stabilt oligopol. Den vil derfor kunne skabe et klima af gensidig sikkerhed med hensyn til konkurrenternes prispolitik og derved kunne lette den hemmelige samordning. Det er derfor sandsynligt, at denne informationsudveksling vil få konkurrencebegrænsende virkninger som omhandlet i artikel 101, stk. 1.

110. Efterspørgslen efterkommes bedre - en effektivitetsgevinst

Eksempel 6

Situation: Der er fem producenter af frisk aftappet gulerodsjuice (på flaske) på det relevante marked. Efterspørgslen efter dette produkt er meget ustabil og varierer fra sted til sted på forskellige tidspunkter. Juicen skal sælges og drikkes senest en dag efter produktionstidspunktet. Producenterne aftaler, at de vil oprette et uafhængigt markedsforskningselskab, der dagligt skal indsamle aktuelle oplysninger om usolgt juice på hvert salgssted og offentliggøre dem på sit websted den følgende uge i samlet form for hvert salgssted. De offentliggjorte statistikker giver producenterne og detailforhandlerne mulighed for at udarbejde en prognose over efterspørgslen og positionere produktet bedre. Inden informationsudvekslingen blev iværksat, rapporterede detailforhandlerne om store mængder juice, der var gået til spilde, og de aftog derfor mindre mængder fra producenterne, dvs. at markedet ikke fungerede effektivt. Det forekom derfor hyppigt, at efterspørgslen ikke blev efterkommet i visse perioder og i visse områder. Informationsudvekslingssystemet, som gav mulighed for bedre prognoser med hensyn til for stort og for lille udbud, betød, at der var langt færre tilfælde af, at forbrugernes efterspørgsel ikke blev efterkommet, og det medførte en stigning i den mængde, der blev solgt på markedet.

Analyse: Selv om markedet er ret koncentreret, og de udvekslede oplysninger er nye og af strategisk betydning, er det ikke særlig sandsynligt, at denne informationsudveksling vil lette en hemmelig samordning, fordi hemmelig samordning er ret usandsynlig på et så ustabil marked. Selv om informationsudvekslingen skaber en vis risiko for konkurrencebegrænsende virkninger, vil effektivitetsgevinsterne som følge af stigende udbud på steder med stor efterspørgsel og faldende udbud på steder med lav efterspørgsel sandsynligvis opveje de potentielle begrænsende virkninger. Oplysningerne udveksles i offentlig og samlet form, hvilket indebærer mindre risiko for konkurrencebegrænsninger, end hvis informationsudvekslingen ikke var offentlig, eller hvis den var individualiseret. Informationsudvekslingen strækker sig derfor ikke ud over det, der er nødvendigt for at korrigere markedssvigtet. Det er derfor sandsynligt, at denne informationsudveksling opfylder kriterierne i artikel 101, stk. 3.

3. FORSKNINGS- OG UDVIKLINGSAFTALER

3.1. Definition

111. F&U-aftaler varierer med hensyn til form og omfang. De strækker sig fra udlicitering af bestemte F&U-aktiviteter til fælles forbedring af eksisterende teknologier og samarbejde om forskning, udvikling og markedsføring af helt nye produkter. De kan tage form af en samarbejdsaftale eller et joint venture. Dette kapitel gælder for alle former for F&U-aftaler, herunder tilknyttede aftaler om udnyttelse af F&U-resultaterne i form af produktion eller markedsføring.

3.2. Relevante markeder

112. Ved afgrænsningen af det relevante marked i forbindelse med vurderingen af en F&U-aftales virkninger, er det vigtigt at identificere de produkter, teknologier eller F&U-aktiviteter, der kan udsætte parterne for det største konkurrencepres. Når man betragter de forskellige mulige situationer, kan innovation på den ene side resultere i et produkt (eller en teknologi), der konkurrerer på et eksisterende produktmarked (eller teknologimarked). Det er f.eks. tilfældet med F&U, der tager sigte på små forbedringer eller ændringer, såsom nye modeller af bestemte produkter. Her vil de eventuelle virkninger berøre markedet for eksisterende produkter. På den anden side kan innovation medføre et helt nyt produkt, der selv skaber et nyt produktmarked (f.eks. en ny vaccine mod en tidligere uhelbredelig sygdom). Mange tilfælde vedrører dog situationer imellem disse to yderpunkter, dvs. situationer, hvor innovationen resulterer i produkter (eller teknologier), som i tidens løb kommer til at afløse de eksisterende (f.eks. cd'er, der har afløst gramfonplader). Ved en indgående analyse af disse situationer kan det være nødvendigt at undersøge både eksisterende markeder og aftalens virkninger med hensyn til innovation.

Eksisterende produktmarkeder

113. Når samarbejdet vedrører F&U, der har til formål at forbedre eksisterende produkter, udgør disse eksisterende produkter og deres nære substitutionsprodukter det relevante marked for samarbejdet ⁽¹⁾.
114. Hvis F&U-arbejdet tager sigte på at ændre eksisterende produkter væsentligt eller at skabe et nyt produkt som erstatning for eksisterende produkter, kan substitutionen af de eksisterende produkter være ufuldstændig eller langsigtet. Det kan konkluderes, at de gamle og de potentielt nye produkter ikke tilhører det samme relevante marked ⁽²⁾. Markedet for eksisterende produkter kan dog blive berørt, hvis F&U-samarbejdet kan medføre en samordning af parternes adfærd som udbydere af eksisterende produkter, f.eks. som følge af udveksling af konkurrencefølsomme oplysninger om markedet for eksisterende produkter.
115. Hvis F&U vedrører en vigtig komponent i et endeligt produkt, kan ikke blot markedet for denne komponent, men også det eksisterende marked for det endelige produkt være relevant for vurderingen. Hvis for eksempel bilfabrikanter samarbejder om F&U vedrørende en ny motortype, kan bilmarkedet blive påvirket af dette F&U-samarbejde. Markedet for de endelige produkter er dog kun relevant for vurderingen, hvis den komponent, som F&U vedrører, teknisk eller økonomisk set er en meget vigtig bestanddel af disse endelige produkter, og hvis F&U-aftalens parter har markedsstyrke med hensyn til de endelige produkter.

Eksisterende teknologimarkeder

116. F&U-samarbejde behøver ikke kun at vedrøre produkter, men kan også vedrøre teknologi. Når intellektuelle ejendomsrettigheder sælges adskilt fra de produkter, de vedrører, skal det relevante teknologimarked også afgrænses. Teknologimarkeder består af den intellektuelle ejendomsret, der er meddelt licens på, og dens nære substitutter, dvs. andre teknologier, som kunderne kunne anvende i stedet for.

⁽¹⁾ Se meddelelsen om markedsafgrænsning.

⁽²⁾ Se også Kommissionens retningslinjer for anvendelse af EF-traktatens artikel 81 på teknologioverførselsaftaler, EUT C 101 af 27.4.2004, s. 2, punkt 33 (»retningslinjer for teknologioverførsel«).

117. Metoden til afgrænsning af teknologimarkeder følger de samme principper som afgrænsningen af produktmarkeder⁽¹⁾. Med udgangspunkt i den teknologi, som parterne markedsfører, er det nødvendigt at identificere de øvrige teknologier, som kunderne kunne skifte til som reaktion på en lille, men varig stigning i de relative priser. Når først disse teknologier er blevet identificeret, er det muligt at beregne markedsandele ved at dividere parternes licensindtægter med alle licensgiversnes samlede licensindtægter.
118. Parternes stilling på markedet for eksisterende teknologi er et relevant vurderingskriterium, når F&U-samarbejdet vedrører en væsentlig forbedring af en eksisterende teknologi eller en ny teknologi, der kan erstatte den eksisterende. Parternes markedsandele kan imidlertid kun benyttes som udgangspunkt for denne analyse. På teknologimarkeder skal der lægges særlig vægt på den potentielle konkurrence. Hvis virksomheder, der ikke for øjeblikket meddeler licens på deres teknologi, er potentielle nye virksomheder på teknologimarkedet, kan de begrænse parternes muligheder for at hæve prisen på deres teknologi. Denne side af analysen kan også tages i betragtning direkte ved beregningen af markedsandele, ved at disse baseres på salget af de produkter, der bygger på den teknologi, hvorpå der er meddelt licens, på produktmarkederne i det efterfølgende omsætningsled (se punkt 123 til 126).

Konkurrence med hensyn til innovation (F&U-arbejde)

119. F&U-samarbejde behøver ikke kun at berøre konkurrencen på eksisterende markeder, men kan også påvirke konkurrencen med hensyn til innovation og på nye produktmarkeder. Dette er tilfældet, når F&U-samarbejdet vedrører udvikling af nye produkter eller ny teknologi, der måske en dag vil afløse eksisterende produkter/teknologi, eller som udvikles til et nyt anvendelsesformål og derfor ikke vil afløse eksisterende produkter/teknologi, men skabe en helt ny efterspørgsel. Under disse forhold er virkningerne på konkurrencen med hensyn til innovation af stor betydning, men kan i nogle tilfælde ikke vurderes tilstrækkeligt ved en analyse af den faktiske eller potentielle konkurrence på de eksisterende produkt-/teknologimarkeder. I denne forbindelse kan der skelnes mellem to scenarier afhængigt af innovationsprocessens karakter inden for en given erhvervsgrænse.
120. Under det første scenario, som f.eks. gør sig gældende inden for medicinalindustrien, er innovationsprocessen struktureret på en sådan måde, at det er muligt på et tidligt tidspunkt at identificere konkurrerende F&U-centre. Konkurrerende F&U-centre er F&U-aktiviteter, som er rettet mod et bestemt nyt produkt eller en bestemt ny teknologi, og substitutter for denne F&U, dvs. F&U, der tager sigte på at udvikle substitutionsprodukter eller -teknologi for produkter og teknologi udviklet under samarbejdet, og som følger en tilsvarende tidsplan. I dette tilfælde kan det analyseres, om der, efter at aftalen er indgået, vil være tilstrækkelig mange F&U-centre tilbage. Udgangspunktet for analysen er parternes F&U. Derpå skal der afgrænses troværdige konkurrerende F&U-centre. Ved vurderingen af konkurrerende centres troværdighed må følgende aspekter tages i betragtning: andre F&U-aktiviteters art, omfang og størrelse, adgangen til finansielle og menneskelige ressourcer, knowhow/patenter eller andre specialaktiver, tidsplaner og muligheden for at udnytte eventuelle resultater. Et F&U-center er ikke en troværdig konkurrent, hvis det ikke kan betragtes som et nært substitut for parternes F&U med hensyn til f.eks. ressourceadgang eller tidsplaner.
121. Foruden den direkte indvirkning på selve innovationen, kan samarbejdet også påvirke et nyt produktmarked. Det vil ofte være vanskeligt at analysere virkningerne på et sådant marked direkte, da det jo endnu ikke eksisterer. Analysen af sådanne markeder vil derfor ofte blive medtaget indirekte i undersøgelsen af konkurrencen med hensyn til innovation. Det kan dog være nødvendigt direkte at undersøge, hvordan aftalens aspekter, der strækker sig ud over F&U-stadiet, vil påvirke et sådant marked. En F&U-aftale, der omfatter fælles produktion og markedsføring på det nye produktmarked, kan f.eks. vurderes anderledes end en ren F&U-aftale.
122. Under det andet scenario er en erhvervsgrænse innovation ikke så klart struktureret, at det er muligt at identificere F&U-centre. Medmindre der er tale om ekstraordinære forhold, vil Kommissionen ikke forsøge at vurdere et givet F&U-samarbejdes indvirkning på innovation under dette scenario, men kun foretage en vurdering af eksisterende produkt- og/eller teknologimarkeder, der er knyttet til det pågældende F&U-samarbejde.

⁽¹⁾ Se meddelelsen om markedsafgrænsning, op.cit. fodnote 6. Se også retningslinjerne for teknologioverførsel, punkt 19 ff.

Beregning af markedsandele

123. Beregningen af markedsandele med henblik på anvendelsen af både gruppefritagelsesforordningen for F&U-aftaler og disse retningslinjer skal afspejle sondringen mellem eksisterende markeder og konkurrencen med hensyn til innovation. Referencepunktet for et F&U-samarbejde er i begyndelsen markedet for produkter, som kan forbedres, substitueres eller erstattes af de produkter, der er under udvikling. Hvis F&U-aftalen kun tager sigte på at forbedre eller forædle eksisterende produkter, omfatter dette marked de produkter, der er direkte berørt af forskningen og udviklingen. Markedsandelene kan således beregnes på basis af salgsværdien af de eksisterende produkter.
124. Når F&U har til formål at erstatte et eksisterende produkt, vil det nye produkt, hvis det bliver en succes, blive en erstatning for de eksisterende produkter. For at vurdere parternes stilling i konkurrencen er det igen muligt at beregne markedsandelene på basis af de eksisterende produkters salgsværdi. I gruppefritagelsesforordningen for F&U-aftaler bygger fritagelsen af disse situationer derfor på markedsandelen på »det relevante marked for de produkter, der kan blive forbedret, substitueret eller afløst af aftaleprodukterne«⁽¹⁾. For at kunne falde inde under gruppefritagelsesforordningen for F&U-aftaler må denne markedsandel ikke overstige 25 %⁽²⁾.
125. I forbindelse med teknologimarkeder kan markedsandelene beregnes på basis af hver enkelt teknologis andel af de samlede indtægter af licensafgifter, som svarer til en given teknologis andel af det marked, hvor der meddeles licens på konkurrerende teknologier. Dette kan dog ofte være en ren teoretisk og ikke særlig praktisk fremgangsmåde, fordi der ikke foreligger klare oplysninger om licensafgifter, anvendes afgiftsfri krydslicenser osv. En alternativ fremgangsmåde er at beregne markedsandelene på teknologimarkedet på grundlag af salget af de produkter eller tjenester, som bygger på den teknologi, hvorpå der er meddelt licens, på produktmarkeder i de efterfølgende omsætningsled. Benyttes denne metode, tages der hensyn til alt salg på det relevante produktmarked, uanset om produktet bygger på en teknologi, hvorpå der er meddelt licens, eller ej⁽³⁾. For dette marked må markedsandelen heller ikke overstige 25 % (uanset hvilken bergningsmetode der benyttes), hvis gruppefritagelsesforordningen for F&U-aftaler skal kunne finde anvendelse.
126. Hvis F&U har til formål at udvikle et produkt, der vil skabe helt ny efterspørgsel, kan man ikke beregne markedsandelene på basis af salgstal. Det er kun muligt at foretage en analyse af aftalens virkninger for konkurrencen med hensyn til innovation. I gruppefritagelsesforordningen for F&U-aftaler behandles sådanne aftaler derfor som aftaler mellem virksomheder, der ikke er konkurrenter, og er derfor fritaget, uanset markedsandelens størrelse, så længe den fælles forskning og udvikling varer og i yderligere syv år fra den dato, hvor produktet første gang markedsføres⁽⁴⁾. Gruppefritagelsen kan imidlertid inddrages, hvis aftalen udelukker den effektive konkurrence med hensyn til innovation⁽⁵⁾. Efter disse syv år er det muligt at beregne markedsandelene på basis af salgsværdien, og markedsandelstærsklen på 25 % finder anvendelse⁽⁶⁾.

3.3. Vurdering efter artikel 101, stk. 1

3.3.1. De vigtigste konkurrenceproblemer

127. F&U-samarbejde kan begrænse konkurrencen på flere måder. For det første kan det mindske eller forsinke innovation og betyde, at der kommer færre produkter eller produkter af dårligere kvalitet på markedet senere, end det ellers ville være tilfældet. For det andet kan F&U-samarbejde på produkt- eller teknologimarkeder mindske konkurrencen betydeligt mellem parterne uden for aftalens anvendelsesområde eller gøre det sandsynligt, at der vil opstå konkurrencebegrænsende samordning på disse markeder, hvilket vil medføre højere priser. Markedsafskærmning vil kun forekomme i forbindelse med samarbejde, hvor mindst en af parterne har en betydelig markedsstyrke (ikke nødvendigvis dominans) inden for en nøgleteknologi, og hvor der er tale om eksklusiv udnyttelse af resultaterne.

⁽¹⁾ Artikel 1, stk. 1, litra u) i gruppefritagelsesforordningen for F&U-aftaler.

⁽²⁾ Artikel 4, stk. 2, i gruppefritagelsesforordningen for F&U-aftaler.

⁽³⁾ Se også retningslinjerne for teknologioverførsel, punkt 23.

⁽⁴⁾ Artikel 4, stk. 1, i gruppefritagelsesforordningen for F&U-aftaler.

⁽⁵⁾ Se betragtning 19, 20 og 21 i gruppefritagelsesforordningen for F&U-aftaler.

⁽⁶⁾ Artikel 4, stk. 3, i gruppefritagelsesforordningen for F&U-aftaler.

3.3.2. Konkurrencebegrænsende formål

128. F&U-aftaler har konkurrencebegrænsende formål, hvis de i virkeligheden ikke vedrører fælles F&U, men tjener som middel til at iværksætte et skjult kartel, dvs. fastsættelse af priser, begrænsning af produktion eller fordeling af markeder, hvilket ellers er forbudt. En F&U-aftale, der omfatter fælles udnyttelse af eventuelle fremtidige resultater er ikke nødvendigvis konkurrencebegrænsende.

3.3.3. Konkurrencebegrænsende virkninger

129. De fleste F&U-aftaler falder ikke ind under artikel 101, stk. 1. Dette gælder mange aftaler om F&U-samarbejde på et ret tidligt stadium, der ligger langt fra den endelige udnyttelse af de eventuelle resultater.
130. Desuden får F&U-samarbejde mellem virksomheder, der ikke er konkurrenter, normalt ikke konkurrencebegrænsende virkninger⁽¹⁾. Konkurrenceforholdet mellem parterne skal undersøges på grundlag af de berørte eksisterende markeder og/eller innovation. Hvis det på grundlag af objektive faktorer kan fastslås, at parterne ikke er i stand til at gennemføre den nødvendige F&U uafhængigt af hinanden, f.eks. på grund af deres begrænsede tekniske kompetence, vil F&U-aftalen normalt ikke få nogen konkurrencebegrænsende virkninger. Dette kan for eksempel være tilfældet, når virksomhederne samler deres komplementære viden, teknologi og andre ressourcer. Spørgsmålet om potentiel konkurrence skal vurderes på et realistisk grundlag. For eksempel kan parterne ikke defineres som potentielle konkurrenter, blot fordi samarbejdet giver dem mulighed for at udføre F&U-arbejdet. Det afgørende spørgsmål er, om de uafhængigt af hinanden har de nødvendige midler dertil i form af aktiver, knowhow og andre ressourcer.
131. Udlicitering af tidligere konkurrencebeskyttet F&U er en særlig form for F&U-samarbejde. Under dette scenario gennemføres F&U ofte af specialiserede virksomheder, forskningsinstitutter eller højere læreanstalter, der ikke deltager i udnyttelsen af resultaterne. Normalt kombineres sådanne aftaler med overførsel af knowhow og/eller en eksklusiv leveringsklausul vedrørende de eventuelle resultater, der ikke får konkurrencebegrænsende virkninger som omhandlet i artikel 101, stk. 1, fordi samarbejdsparterne under et sådant scenario supplerer hinanden.
132. F&U-samarbejde, der ikke omfatter fælles udnyttelse af de eventuelle resultater gennem licenser, produktion og/eller markedsføring, får sjældent konkurrencebegrænsende virkninger som omhandlet i artikel 101, stk. 1. Disse rene F&U-aftaler kan kun give anledning til konkurrenceproblemer, hvis konkurrencen med hensyn til innovation begrænses mærkbart, så der kun er et begrænset antal troværdige konkurrerende F&U-centre tilbage.
133. F&U-aftaler vil kun kunne få konkurrencebegrænsende virkninger, hvis samarbejdsparterne har markedsstyrke på de eksisterende markeder, og/eller konkurrencen med hensyn til innovation begrænses væsentligt.
134. Der er ikke nogen absolut tærskel for, hvornår det kan formodes, at en F&U-aftale skaber eller opretholder markedsstyrke og dermed vil kunne få konkurrencebegrænsende virkninger som omhandlet i artikel 101, stk. 1. F&U-aftaler mellem konkurrenter er dog omfattet af gruppefritagelsesforordningen, forudsat at deres samlede markedsandel ikke overstiger 25 %, og at de øvrige betingelser for anvendelsen af gruppefritagelsesforordningen for F&U-aftaler er opfyldt.
135. Aftaler, der falder uden for gruppefritagelsesforordningen for F&U-aftaler, fordi parternes samlede markedsandel overstiger 25 %, har ikke nødvendigvis konkurrencebegrænsende virkninger. Men

⁽¹⁾ F&U-samarbejde mellem virksomheder, der ikke er konkurrenter, kan dog få markedsafskærmende virkninger som omhandlet i artikel 101, stk. 1, hvis det vedrører eksklusiv udnyttelse af resultaterne, og hvis det indgås mellem virksomheder, hvoraf den ene har en betydelig markedsstyrke (dog ikke nødvendigvis dominans) med hensyn til nøgleteknologien.

jo stærkere en samlet stilling parterne indtager på eksisterende markeder, og/eller jo mere konkurrencen med hensyn til innovation begrænses, desto mere sandsynligt er det, at F&U-aftalen kan få konkurrencebegrænsende virkninger ⁽¹⁾.

136. Hvis F&U tager sigte på forbedring eller forædling af eksisterende produkter eller teknologier, kan samarbejdet få virkninger på det eller de relevante markeder for disse eksisterende produkter/denne eksisterende teknologier. Det er dog kun sandsynligt, at priserne, produktionen, produkternes kvalitet, produktsortimentet og/eller innovationen på eksisterende markeder påvirkes, hvis parterne tilsammen indtager en stærk stilling, hvis det er vanskeligt at komme ind på markedet, og hvis der kun kan påvises nogle få andre innovationsaktiviteter. Hvis F&U kun vedrører en forholdsvis ubetydelig komponent i et endeligt produkt, vil de eventuelle virkninger for konkurrencen med hensyn til disse endelige produkter desuden være meget begrænsede.
137. Generelt må der skelnes mellem rene F&U-aftaler og aftaler om et bredere samarbejde, der omfatter forskellige trin i udnyttelsen af resultaterne (dvs. licenser, produktion, afsætning). Som anført i punkt 132, vil rene F&U-aftaler kun sjældent få konkurrencebegrænsende virkninger som omhandlet i artikel 101, stk. 1. Dette gælder især F&U, der tager sigte på en mindre forbedring af eksisterende produkter eller teknologier. Hvis F&U-samarbejdet under et sådant scenario kun omfatter fælles udnyttelse gennem licenser til tredjemand, er konkurrencebegrænsende virkninger i form af f.eks. markedsafskærmning usandsynlige. Hvis samarbejdet imidlertid indebærer fælles produktion og/eller afsætning af de produkter eller teknologier, der således er blevet forbedret, skal dets virkninger for konkurrencen undersøges nærmere. Konkurrencebegrænsende virkninger i form af højere priser eller lavere produktion på eksisterende markeder er mere sandsynlige, hvis der er tale om stærke konkurrenter.
138. Hvis F&U er rettet mod et helt nyt produkt (eller en helt ny teknologi), der selv skaber et nyt marked, er det temmelig usandsynligt, at det vil påvirke priserne og produktionen på eksisterende markeder. Undersøgelsen skal fokusere på mulige begrænsninger i innovationen med hensyn til f.eks. kvalitet og sortiment i forbindelse med eventuelle fremtidige produkter eller teknologier eller innovationstempoet. Disse restriktive virkninger kan forekomme, når to eller flere af de få virksomheder, der beskæftiger sig med udvikling af et sådant nyt produkt, begynder at samarbejde på et stadium, hvor de hver især nærmer sig afsætningsfasen. Sådanne virkninger er typisk det direkte resultat af parternes aftale. Selv en ren F&U-aftale kan begrænse innovation. Normalt er det dog usandsynligt, at F&U-samarbejde om helt nye produkter får konkurrencebegrænsende virkninger, medmindre der kun findes et begrænset antal troværdige alternative F&U-centre. Dette princip ændrer sig ikke væsentligt, hvis samarbejdet indebærer fælles udnyttelse af resultaterne eller endog fælles markedsføring. I disse situationer vil fælles udnyttelse kun få konkurrencebegrænsende virkninger, når virksomheder hindres adgang til nøgleteknologier. Disse problemer vil dog ikke opstå, hvis parterne udsteder licenser, der giver tredjemand mulighed for at konkurrere effektivt.
139. Mange F&U-aftaler vil befinde sig et sted mellem de to situationer, der er beskrevet i punkt 137 og 138. De kan således få virkninger for både innovation og eksisterende markeder. Derfor kan både det eksisterende marked og virkningen med hensyn til innovation være relevant for vurderingen af parternes samlede stilling, koncentrationsgraden, antallet af aktører eller innovationsvirksomheder og adgangsbetingelserne. I nogle tilfælde kan der være tale om konkurrencebegrænsende virkninger i form af højere priser, lavere produktion, dårligere produktkvalitet, mere begrænset produktsortiment eller mindre innovation på eksisterende markeder og i form af en negativ indvirkning på innovation gennem nedsættelse af udviklingstempoet. Hvis for eksempel vigtige konkurrenter på et eksisterende teknologimarked samarbejder om udvikling af en ny teknologi, der måske en dag vil erstatte eksisterende produkter, vil dette samarbejde forsinke udviklingen af den nye teknologi, hvis parterne har markedsstyrke på det eksisterende marked desuden indtager en stærk stilling med hensyn til F&U. Noget tilsvarende kan ske, hvis den største aktør på et eksisterende marked samarbejder med en langt mindre eller endog potentiel konkurrent, der er ved at lancere et nyt produkt eller en ny teknologi, som kan bringe den store virksomheds stilling i fare.

⁽¹⁾ Dette påvirker ikke analysen af potentielle effektivitetsgevinster, herunder de effektivitetsgevinster, der ofte forekommer ved offentligt samfinansieret F&U.

140. Aftaler kan også falde uden for gruppefritagelsesforordningen for F&U-aftaler uanset parternes markedsstyrke. Det gælder f.eks. aftaler, der i urimelig grad begrænser en parts adgang til resultaterne af F&U-samarbejdet ⁽¹⁾. Gruppefritagelsesforordningen for F&U-aftaler indeholder en specifik undtagelse fra denne generelle regel, når det gælder højere læreanstalter, forskningsinstitutter eller specialiserede virksomheder, der leverer F&U som en tjenesteydelse, og som ikke beskæftiger sig med den industrielle udnyttelse af forsknings- og udviklingsresultaterne ⁽²⁾. Aftaler, der falder uden for gruppefritagelsesforordningen og omfatter eksklusive adgangsrettigheder med henblik på udnyttelse, og som falder ind under artikel 101, stk. 1, kan dog opfylde kriterierne i artikel 101, stk. 3, især hvis de eksklusive adgangsrettigheder er nødvendige ud fra et økonomisk synspunkt i betragtning af det marked og de risici og investeringer, der er nødvendige for udnyttelsen af F&U-resultaterne.

3.4. Vurdering efter artikel 101, stk. 3

3.4.1. Effektivitetsgevinster

141. Mange F&U-aftaler - med eller uden fælles udnyttelse af de eventuelle resultater - skaber effektivitetsgevinster, fordi de kombinerer komplementære kompetencer og aktiver, så der hurtigere udvikles og markedsføres bedre eller nye produkter og teknologier, end det ellers ville have været tilfældet. F&U-aftaler kan også medføre en større udbredelse af viden, hvilket kan skabe yderligere innovation. F&U-aftaler kan også medføre omkostningsbesparelser.

3.4.2. Nødvendige begrænsninger

142. Begrænsninger, der strækker sig ud over det, der er nødvendigt for at opnå de effektivitetsgevinster, som en F&U-aftale medfører, opfylder ikke kriterierne i artikel 101, stk. 3. Især de begrænsninger, der er anført i artikel 5 i gruppefritagelsesforordningen for F&U-aftaler, kan gøre det mindre sandsynligt, at det ved en individuel vurdering fastslås, at kriterierne i artikel 101, stk. 3, er opfyldt. Det vil derfor normalt være nødvendigt for parterne i en F&U-aftale at bevise, at sådanne begrænsninger er nødvendige for samarbejdet.

3.4.3. Fordele for forbrugerne

143. Effektivitetsgevinster, der opnås ved nødvendige begrænsninger, skal komme forbrugerne til gode i et sådant omfang, at det opvejer F&U-aftalens konkurrencebegrænsende virkninger. F.eks. skal indførelse af nye eller forbedrede produkter på markedet opveje eventuelle prisstigninger eller andre konkurrencebegrænsende virkninger. Generelt er det mere sandsynligt, at en F&U-aftale vil medføre effektivitetsgevinster, der kommer forbrugerne til gode, hvis den resulterer i en kombination af komplementære kompetencer og aktiver. Aftaleparterne kan f.eks. have forskellige forskningskompetencer. Hvis parternes kompetencer og aktiver derimod er meget ensartede, kan F&U-aftalens vigtigste virkning være, at en eller flere af parternes F&U-aktiviteter udelukkes helt eller delvis. Herved bliver aftaleparterne fri for (faste) omkostninger, men det vil sandsynligvis ikke medføre fordele, som ville komme forbrugerne til gode. Jo større markedsstyrke parterne har, jo mindre sandsynligt er det, at de vil lade effektivitetsgevinsterne komme forbrugerne til gode i et sådant omfang, at det opvejer de konkurrencebegrænsende virkninger.

3.4.4. Ingen udelukkelse af konkurrencen

144. Kriterierne i artikel 101, stk. 3, kan ikke være opfyldt, hvis parterne kan udelukke konkurrencen for en væsentlig del af de pågældende produkter (eller teknologier).

3.4.5. Tidspunktet for vurderingen

145. Konkurrencebegrænsende aftaler vurderes efter artikel 101, stk. 3, i den faktiske sammenhæng, hvori de indgår, og ud fra de omstændigheder, der foreligger på et givet tidspunkt. Vurderingen vil kunne påvirkes af materielle ændringer i de faktiske omstændigheder. Fritagelse efter artikel 101, stk. 3, gælder, så længe de fire betingelser i denne artikel er opfyldt, og ophører med at finde anvendelse, når dette ikke længere er tilfældet. Ved anvendelsen af artikel 101, stk. 3, i overensstemmelse med disse principper må der tages hensyn til de irreversible (»sunk«) investeringer, en af parterne måske har foretaget i starten, og til den tid, det tager, og de begrænsninger, der er nødvendige for, at få forrentet

⁽¹⁾ Se artikel 3, stk. 2, i gruppefritagelsesforordningen for F&U-aftaler.

⁽²⁾ Se artikel 3, stk. 2, i gruppefritagelsesforordningen for F&U-aftaler.

en effektivitetsfremmende investering. Artikel 101 kan ikke anvendes uden hensyntagen til en sådan tidligere investering. Den risiko, parterne løber, og de irreversible investeringer, der skal foretages for at gennemføre aftalen, kan derfor bevirke, at aftalen ikke falder ind under artikel 101, stk. 1, eller at den opfylder betingelserne i artikel 101, stk. 3, i den tid, det tager at få investeringen tjent ind. Hvis den opfindelse, som investeringen medfører, er omfattet af en eller anden form for eksklusivitet, som parterne har fået i henhold til særlige regler for beskyttelse af intellektuelle ejendomsrettigheder, vil den periode, der er nødvendig for at tjene investeringsomkostningerne ind, normalt ikke være længere end den eksklusivetsperiode, som er fastsat i disse regler.

146. I visse tilfælde har den konkurrencebegrænsende aftale irreversible virkninger. Når først den konkurrencebegrænsende aftale er blevet gennemført, kan den tidligere situation ikke genoprettes. I så fald må vurderingen foretages på grundlag af de faktiske omstændigheder, der foreligger på gennemførelsestidspunktet. For en F&U-aftale, hvorved hver af parterne forpligter sig til at opgive deres respektive forskningsprojekter og sammenlægge deres respektive kompetencer, kan det f.eks. rent objektivt set være teknisk og økonomisk umuligt at genoplive et projekt, når det først er opgivet. Vurderingen af de konkurrencebegrænsende og de konkurrencefremmende virkninger af aftalen om at opgive de individuelle forskningsprojekter skal derfor foretages på det tidspunkt, hvor aftalen er gennemført. Hvis aftalen på det tidspunkt er forenelig med artikel 101, f.eks. fordi tilstrækkeligt mange tredjeparter har konkurrerende F&U-projekter i gang, vil parternes aftale om at opgive deres individuelle projekter fortsat være forenelig med artikel 101, også selv om tredjepartsprojekterne senere skulle vise sig at mislykkes. Forbuddet i artikel 101 kan dog finde anvendelse på andre dele af aftalen, hvor der ikke er tale om forhold af irreversibel karakter. Når aftalen f.eks. ud over fælles F&U også indeholder bestemmelser om fælles udnyttelse, vil artikel 101 kunne finde anvendelse på denne del af aftalen, hvis aftalen får konkurrencebegrænsende virkninger på grund af den efterfølgende udvikling på markedet og ikke (længere) opfylder betingelserne i artikel 101, stk. 3, under behørig hensyntagen til tidligere, irreversible investeringer.

3.5. Eksempler

147. Virkningerne af fælles F&U på innovationsmarkeder/et nyt produktmarked

Eksempel 1

Situation: A og B er to store virksomheder på hele EU-markedet for fremstilling af eksisterende elektroniske komponenter, og de har begge en markedsandel på 30 %. De har hver især foretaget betydelige investeringer i den F&U, der er nødvendig for at udvikle mikroelektroniske komponenter og har udviklet de første prototyper. De aftaler nu at samle disse F&U-aktiviteter ved at oprette et joint venture, der skal færdiggøre F&U og fremstille komponenterne, der vil blive solgt tilbage til moderselskaberne, som skal markedsføre dem uafhængigt af hinanden. Det øvrige marked består af små virksomheder uden tilstrækkelige ressourcer til at foretage de nødvendige investeringer.

Analyse: Mikroelektroniske komponenter, der ganske vist vil kunne konkurrere med de eksisterende komponenter på visse områder, skal hovedsagelig betragtes som ny teknologi, og der skal foretages en analyse af de forskningscentre, som sigter mod dette fremtidige marked. Hvis joint venture-projektet gennemføres, vil der kun være en adgangsvej til den nødvendige produktionsteknologi, medens det forekommer sandsynligt, at A og B hver især ville kunne nå afsætningsfasen med særskilte produkter. Aftalen mindsker derfor produktsortimentet. Den fælles produktion vil også direkte kunne begrænse konkurrencen mellem aftaleparterne og få dem til at aftale produktionsniveauer, kvalitet eller andre vigtige konkurrenceparametre. Dette vil begrænse konkurrencen, selv om parterne vil afsætte produkterne uafhængigt af hinanden. Parterne kan f.eks. begrænse joint

venturets produktion i forhold til, hvad parterne ville have markedsført, hvis de selv havde truffet afgørelse om deres produktion. Joint venturet kan også forlange en høj intern afregningspris over for parterne og derved forhøje deres komponentomkostninger, hvilket kan medføre højere priser i de efterfølgende omsætningsled. Parterne har en stor samlet markedsandel på det eksisterende marked i det efterfølgende omsætningsled, og den resterende del af markedet er fragmenteret. Situationen vil sandsynligvis blive endnu mere udtalt på det nye produktmarked i det efterfølgende omsætningsled, da de mindre konkurrenter ikke kan investere i de nye komponenter. Det er derfor ret sandsynligt, at den fælles produktion vil begrænse konkurrencen. Desuden er det sandsynligt, at markedet for mikroelektroniske komponenter i fremtiden vil udvikle sig til et duopol med en særdeles ensartet omkostningsstruktur og en eventuel udveksling af kommercielt følsomme oplysninger mellem parterne. Der kan derfor også være alvorlig risiko for konkurrencebegrænsende samordning, som vil føre til hemmelig samordning på dette marked. Det er derfor sandsynligt, at F&U-aftalen vil få konkurrencebegrænsende virkninger som omhandlet i artikel 101, stk.1. Aftalen kan ganske vist medføre effektivitetsgevinster ved, at der hurtigere udvikles en ny teknologi, men parterne er ikke udsat for konkurrence på F&U-plan, og deres incitament til at fremskynde den nye teknologi kan derfor blive alvorligt formindsket. Selv om nogle af disse problemer kan løses, ved at parterne på rimelige vilkår giver tredjemand licens på nøgleknowhow til fremstilling af mikrokomponenter, er det ikke sandsynligt, at dette vil løse alle problemerne, og at betingelserne i artikel 101, stk. 3, vil være opfyldt.

Eksempel 2

Situation: En lille forskningsvirksomhed A, der ikke selv har en salgsorganisation, har udviklet og fået patent på et medicinalprodukt baseret på en ny teknologi, der vil revolutionere behandlingen af en bestemt sygdom. Virksomhed A indgår en F&U-aftale med en stor medicinalproducent virksomhed B, hvis produkter hidtil har været anvendt til behandling af sygdommen. Virksomhed B har ikke nogen tilsvarende ekspertise eller et tilsvarende F&U-program og vil ikke kunne opnå en sådan ekspertise inden for et relevant tidsrum. Den har en markedsandel på ca. 75 % for de eksisterende produkter i alle medlemsstater, men patenterne udløber inden for de kommende fem år. Der findes to andre forskningscentre med andre virksomheder på næsten samme udviklingsstadium, der anvender den samme nye basistechnologi. Virksomhed B vil bidrage med en betydelig kapital og knowhow til produktudvikling samt fremtidig adgang til markedet. Virksomhed B får eksklusiv licens på produktion og distribution af det nye produkt i patentets gyldighedsperiode. Det forventes, at produktet kan markedsføres inden for fem til syv år.

Analyse: Produktet vil sandsynligvis tilhøre et nyt relevant marked. Parterne bidrager til samarbejdet med deres komplementære ressourcer og viden, og sandsynligheden for, at produktet markedsføres, øges væsentligt. Selv om virksomhed B sandsynligvis har en betydelig markedsstyrke på det eksisterende marked, vil denne styrke inden længe blive formindsket. Aftalen vil ikke betyde, at B mister F&U, da virksomheden ikke har nogen ekspertise på dette forskningsområde, og den omstændighed, at der findes andre forskningscentre vil sandsynligvis fjerne ethvert incitament til at mindske F&U-aktiviteterne. Udnyttelsesrettighederne i den resterende patentperiode må formodes at være nødvendige for, at virksomhed B kan foretage de betydelige investeringer, der er påkrævet, og virksomhed A har ikke selv nogen salgsressourcer. Det er derfor usandsynligt, at aftalen vil få konkurrencebegrænsende virkninger som omhandlet i artikel 101, stk. 1. og hvis det skulle være tilfældet, vil betingelserne i artikel 101, stk. 3, sandsynligvis være opfyldt. Risiko for afskærmning

148. Risiko for afskærmning

Eksempel 3

Situation: En lille forskningsvirksomhed (virksomhed A), der ikke selv har en salgsorganisation, har udviklet og fået patent på en ny teknologi, som vil revolutionere markedet for et bestemt produkt, der fremstilles af en producent (virksomhed B). Sidstnævnte har en monopolstilling på verdensmarkedet, da ingen konkurrenter kan konkurrere med B's nuværende teknologi. Der findes to andre

forskningscentre med andre virksomheder på næsten samme udviklingsstadium, der anvender den samme nye basisteknologi. Virksomhed B vil bidrage med en betydelig kapital og knowhow til produktudvikling samt fremtidig adgang til markedet. Virksomhed B får eksklusiv licens på udnyttelsen af teknologien i patentets gyldighedsperiode og forpligter sig til kun at yde kapital til udvikling af virksomhed A's teknologi.

Analyse: Produktet vil sandsynligvis tilhøre et nyt relevant marked. Parterne bidrager til samarbejdet med deres komplementære ressourcer og viden, og sandsynligheden for, at produktet markedsføres, øges væsentligt. Den omstændighed, at virksomhed B disponerer over virksomhed A's nye teknologi, vil kunne føre til, at de to konkurrerende forskningscentre opgiver deres projekter, da det kan være vanskeligt fortsat at skaffe kapital, når de først har mistet den mest sandsynlige potentielle kunde til deres teknologi. I en sådan situation vil ingen potentielle konkurrenter kunne udfordre virksomhed B's monopolstilling i fremtiden. Det er dermed sandsynligt, at aftalens afskærmende virkning anses for at få konkurrencebegrænsende virkninger som omhandlet i artikel 101, stk. 1. For at kunne være omfattet af artikel 101, stk. 3, skal parterne bevise, at eksklusiviteten er nødvendig for markedsføringen af den nye teknologi.

Eksempel 4

Situation: Virksomhed A har markedsstyrke på det marked, hvor dens medicinalprodukt er en salgssucces. En lille virksomhed (virksomhed B), som beskæftiger sig med F&U inden for medicinalvarer og lægemiddelbestanddel (»API-produktion«), har udviklet en ny proces, som den har indgivet patentansøgning for, som giver mulighed for en mere økonomisk produktion af API til virksomhed A's succesprodukt, og fortsætter med at udvikle processen til industriproduktion. Patentet på succesproduktets API-bestanddel udløber om små tre år, og derefter vil der være en række procespatenter tilbage vedrørende den pågældende medicin. Virksomhed B mener ikke, at den nye proces, som den har udviklet, krænker virksomhed A's eksisterende procespatenter, men finder, at den vil give mulighed for produktion af en version af succesproduktet, der ikke krænker patentet, når API-patentet er udløbet. Virksomhed B kan enten fremstille produktet selv eller meddele tredjemand licens på processen, f.eks. generiske producenter eller virksomhed A. Inden virksomhed B træffer beslutning om sin F&U på dette område, indgår den en aftale med virksomhed A om, at virksomhed A yder et finansielt bidrag til det F&U-projekt, der skal gennemføres af virksomhed A, på betingelse af, at den opnår eksklusiv licens på alle virksomhed B's patenter vedrørende F&U-projektet. Der findes to andre uafhængige forskningscentre, som vil udvikle en produktionsproces (der ikke krænker patentet) for succesproduktet, men det er endnu ikke klart, om de vil kunne gennemføre industriel produktion.

Analyse: Den proces, der er omfattet af virksomhed B's patentansøgning, giver ikke mulighed for fremstilling af et nyt produkt, men forbedrer blot en eksisterende produktionsproces. Virksomhed A har markedsstyrke på det eksisterende marked for succesproduktet. Selv om denne markedsstyrke vil blive formindsket betydeligt med de generiske konkurrenters faktiske markedsadgang, gør den eksklusive licens den proces, som virksomhed B har udviklet, utilgængelig for tredjemand og vil dermed kunne forsinke markedsføringen af generiske lægemidler (ikke mindst fordi produktet fortsat er beskyttet af en række procespatenter) og begrænser dermed konkurrencen som omhandlet i artikel 101, stk. 1. Da virksomhed A og virksomhed B er potentielle konkurrenter, kan gruppefritagelsesforordningen for F&U-aftaler ikke anvendes, fordi B's markedsandel på markedet for succesproduktet er på over 25 %. Virksomhed A's omkostningsbesparelser på grund af den nye produktionsproces er ikke tilstrækkelige til at opveje konkurrencebegrænsningen. Under alle omstændigheder er en eksklusiv licens ikke nødvendig for at opnå besparelser i produktionsprocessen. Det er derfor usandsynligt at aftalen opfylder betingelserne i artikel 101, stk. 3.

149. F&U-samarbejdets påvirkning af dynamiske produkt- og teknologimarkeder og miljøet

Eksempel 5

Situation: To virksomheder, der fremstiller bilkomponenter, aftaler at oprette et joint venture, der skal varetage deres F&U-arbejde med henblik på forbedring af produktionen af en eksisterende

komponent og dennes egenskaber. Produktionen af denne komponent vil også få positiv virkning på miljøet. Bilerne vil bruge mindre brændstof og dermed udlede mindre CO₂. Virksomhederne samler også deres eksisterende teknologilicensvirksomhed på området, men vil fortsat producere og sælge komponenterne hver for sig. De to virksomheder har markedsandele i Unionen på henholdsvis 15 % og 20 % på markedet for originaludstyr. Der findes to andre vigtige konkurrenter, og desuden har de store bilfabrikanter selv en række forskningsprogrammer. På verdensmarkedet for teknologilicenser på disse produkter har parterne andele på henholdsvis 20 % og 25 % målt i form af indtjening, og der findes to andre vigtige teknologier. Komponentens levetid er typisk to til tre år. I de sidste fem år har en af de større virksomheder hvert år indført en ny eller opgraderet version.

Analyse: Ingen af selskabernes F&U tager sigte på at udvikle et fuldstændig nyt produkt, og de markeder, der skal tages i betragtning, er derfor markederne for eksisterende komponenter og for licenser på den relevante teknologi. Parterne har tilsammen en ret stor markedsandel på både markedet for originaludstyr (35 %) og især teknologimarkedet (45 %). Parterne vil dog fortsat fremstille og sælge komponenterne hver for sig. Desuden findes der flere konkurrerende teknologier, som forbedres løbende. Endvidere er de bilfabrikanter, der ikke for øjeblikket meddeler licenser på deres teknologi, også potentielle nye virksomheder på teknologimarkedet, og de begrænser derfor parternes mulighed for at foretage en rentabel prisforhøjelse. For så vidt som joint venturet har begrænsende virkninger på konkurrencen som omhandlet i artikel 101, stk. 1, vil det formodentlig under alle omstændigheder kunne opfylde kriterierne i artikel 101, stk. 3. Med hensyn til vurderingen af artikel 101, stk. 3, er det nødvendigt at tage i betragtning, at forbrugerne vil drage fordel af et lavere brændstofforbrug.

4. PRODUKTIONSAFTALER

4.1. Definition og anvendelsesområde

150. Produktionsaftaler varierer med hensyn til form og omfang. De kan indeholde bestemmelser om, at produktionen kun gennemføres af den ene af parterne, eller at den gennemføres af to eller flere parter. Virksomhederne kan producere i fællesskab gennem et joint venture, dvs. et selskab, som de kontrollerer i fællesskab, og som driver et eller flere produktionsanlæg, eller gennem løsere former for produktionssamarbejde som f.eks. underleveranceaftaler, hvorved den ene part («ordregiveren») overlader produktionen af et produkt til den anden part («underleverandøren»).
151. Der findes forskellige typer underleveranceaftaler. Horisontale underleveranceaftaler indgås mellem virksomheder, som opererer på samme produktmarked, uanset om de er faktiske eller potentielle konkurrenter. Vertikale underleveranceaftaler indgås mellem virksomheder, der opererer i forskellige omsætningsled på markedet.
152. Horisontale underleveranceaftaler omfatter ensidige og gensidige specialiseringsaftaler samt underleveranceaftaler med henblik på udvidelse af produktionen. Ensidede specialiseringsaftaler er aftaler mellem to parter, som er aktive på samme produktmarked eller markeder, hvorved den ene part indvilliger i helt eller delvis at ophøre med at producere bestemte produkter eller afstå fra at producere disse produkter og at købe dem hos den anden part, som indvilliger i at producere og levere produkterne. Gensidige specialiseringsaftaler er aftaler mellem to eller flere parter, som er aktive på samme produktmarked(er), hvorved to eller flere parter på gensidig vis indvilliger i helt eller delvis at ophøre med eller afstå fra at producere bestemte, men anderledes produkter og at købe disse produkter hos de andre parter, som indvilliger i at producere og levere dem. Når det drejer sig om underleveranceaftaler med henblik på udvidelse af produktionen, overlader ordregiveren produktionen af et produkt til underleverandøren, men ordregiveren indstiller eller begrænser ikke samtidig sin egen produktion af produktet.
153. Disse retningslinjer gælder for alle former for aftaler om fælles produktion og horisontale underleveranceaftaler. Aftaler om fælles produktion og ensidede eller gensidige specialiseringsaftaler kan på visse betingelser være omfattet af gruppefritagelsesforordningen for specialiseringsaftaler.

154. Vertikale underleveranceaftaler er ikke omfattet af disse retningslinjer. De falder ind under retningslinjerne for vertikale begrænsninger og kan på visse betingelser være omfattet af gruppefritagelsesforordningen for vertikale begrænsninger. Desuden kan de være omfattet af Kommissionens meddelelse om bedømmelse af underleveranceaftaler i forhold til EØF-traktatens artikel 85, stk. 1 ⁽¹⁾ («meddelelsen om underleveranceaftaler»).

4.2. Relevante markeder

155. For at vurdere konkurrenceforholdet mellem samarbejdspartnerne, må man først definere det relevante marked eller de relevante markeder, der berøres direkte af produktions samarbejdet, dvs. de markeder, som de produkter, der er omfattet af produktionsaftalen, tilhører.
156. En produktionsaftale kan også have afsmittende virkninger («spill over»-virkninger) på tilstødende markeder i forhold til det marked, der berøres direkte af samarbejdet, f.eks. på markeder i de foregående eller efterfølgende omsætningsled (de såkaldte »spill over«-markeder) ⁽²⁾. »Spill over«-markederne vil sandsynligvis være relevante, hvis markederne er indbyrdes afhængige, og parterne indtager en stærk stilling på »spill-over« markedet.

4.3. Vurdering efter artikel 101, stk. 1

4.3.1. De vigtigste konkurrenceproblemer

157. Produktionsaftaler kan medføre direkte begrænsning af konkurrencen mellem parterne. Produktionsaftaler og især produktionsjointventures kan medføre, at parterne direkte tilpasser produktionsniveauer og kvalitet, den pris, som joint venturet skal sælge sine produkter til, eller andre vigtige konkurrenceparametre. Dette kan begrænse konkurrencen, selv om parterne markedsfører produkterne hver for sig.
158. Produktionsaftaler kan også medføre samordning af parternes konkurrencemæssige adfærd som leverandører, hvilket vil betyde højere priser eller lavere produktion, ringere produktkvalitet, ringere produktortiment eller mindre innovation, dvs. hemmelig samordning. Dette kan ske, hvis parterne har markedsstyrke, og hvis markedet er præget af forhold, som bidrager til en sådan samordning, især når produktionsaftalen gør parternes omkostningsstrukturer (dvs. den del af de variable omkostninger, som parterne har til fælles) så meget mere ensartede, at de kan foretage hemmelig samordning, eller hvis aftalen indebærer udveksling af kommercielt følsomme oplysninger, der kan føre til hemmelig samordning.
159. Produktionsaftaler kan desuden føre til konkurrenceskadelig afskærmning af tredjemand på et beslægtet marked (f.eks. markedet i det efterfølgende omsætningsled, der er afhængigt af komponenter fra det marked, hvor produktionsaftalen anvendes). Ved at opnå en tilstrækkelig markedsstyrke kan de parter, der beskæftiger sig med fælles produktion på et marked i det foregående omsætningsled, f.eks. blive i stand til at hæve prisen for en nøglekomponent på et marked i det efterfølgende omsætningsled. De kan derved bruge den fælles produktion til at øge deres konkurrenters omkostninger i det efterfølgende omsætningsled og i sidste instans tvinge dem ud af markedet. Dette vil igen øge parternes markedsstyrke i det efterfølgende led og eventuelt sætte dem i stand til at fastholde priserne over det konkurrencedygtige niveau eller skade forbrugerne på anden måde. Sådanne konkurrenceproblemer kan blive en realitet, uanset om aftaleparterne er konkurrenter på det marked, hvor samarbejdet foregår. For at denne type afskærmning kan få konkurrencebegrænsende virkninger, skal mindst en af parterne have en stærk stilling på det marked, hvor afskærmningsrisikoen vurderes.

4.3.2. Konkurrencebegrænsende formål

160. Generelt har aftaler, der indebærer prisfastsættelse, produktionsbegrænsning eller fordeling af markeder eller kunder, konkurrencebegrænsende formål. I forbindelse med produktionsaftaler gælder dette dog ikke:

⁽¹⁾ EFT C 1 af 3.1.1979, s. 2.

⁽²⁾ Som omhandlet i fusionsforordningens artikel 2, stk. 4.

- når parterne indgår aftale om den produktion, der berøres direkte af produktionsaftalen (f.eks. et joint venture's kapacitet og produktionsmængde eller den aftalte mængde udliciterede produkter), forudsat at de øvrige konkurrenceparametre ikke udelukkes, eller
- når en produktionsaftale, der også omfatter fælles distribution af de produkter, som er fremstillet i fællesskab, indeholder bestemmelse om fælles fastsættelse af salgspriserne for disse produkter, og kun disse produkter, forudsat at denne begrænsning er nødvendig for den fælles produktion, dvs. at parterne ellers slet ikke ville have incitament til at indgå produktionsaftalen.

161. I disse to tilfælde skal der foretages en vurdering af, om aftalen vil kunne få konkurrencebegrænsende virkninger som omhandlet i artikel 101, stk. 1. Under de to scenarier vil aftalen om produktion eller priser ikke blive vurderet særskilt, men på baggrund af hele produktionsaftalens virkninger på markedet.

4.3.3. Konkurrencebegrænsende virkninger

162. Spørgsmålet om, hvorvidt de konkurrenceproblemer, som en produktionsaftale vil kunne medføre, i praksis kommer til at gøre sig gældende i en given sag, afhænger af forholdene på det marked, hvor aftalen anvendes, og af samarbejdets art og det marked, det omfatter, samt det produkt, det vedrører. Disse variabler er afgørende for en produktionsaftales sandsynlige virkninger for konkurrencen og dermed anvendelsen af artikel 101, stk. 1.
163. Hvorvidt en produktionsaftale vil kunne få konkurrencebegrænsende virkninger, afhænger af den situation, der ville gøre sig gældende uden aftalen med alle dens påståede begrænsninger. Det er derfor ikke sandsynligt, at produktionsaftaler mellem virksomheder, der konkurrerer på de markeder, hvor samarbejdet finder sted, vil få konkurrencebegrænsende virkninger, hvis samarbejdet medfører, at der opstår et nyt marked, dvs. hvis aftalen giver parterne mulighed for at lancere et nyt produkt eller en ny tjenesteydelse, hvilket de objektivt set ellers ikke ville have kunnet, f.eks. som følge af parternes tekniske kompetence.
164. Inden for nogle erhvervsgræne, hvor produktionen er den vigtigste økonomiske aktivitet, kan en ren produktionsaftale i sig selv udelukke nogle af konkurrencens nøgleaspekter og dermed direkte begrænse konkurrencen mellem aftaleparterne
165. En produktionsaftale kan også medføre hemmelig samordning eller konkurrenceskadelig afskærmning ved at øge virksomhedernes markedsstyrke, gøre deres omkostninger mere ensartede eller hvis det indebærer udveksling af kommercielt følsomme oplysninger. På den anden side vil der sandsynligvis ikke være tale om direkte begrænsning af konkurrencen mellem parterne, hemmelig samordning eller konkurrenceskadelig afskærmning, hvis aftaleparterne ikke har markedsstyrke på det marked, hvor konkurrenceproblemerne vurderes. Det er kun markedsstyrke, der kan gøre det rentabelt for dem at holde priserne på et højere niveau eller produktionen, produktkvaliteten eller -sortimentet på et lavere niveau, end det ville have været muligt på et konkurrenceudsat marked.
166. I tilfælde, hvor en virksomhed med markedsstyrke på et marked samarbejder med en potentiel ny virksomhed på det pågældende marked, f.eks. med en udbyder af samme produkt på et tilstødende geografisk marked eller produktmarked, vil aftalen kunne øge den etablerede virksomheds markedsstyrke. Dette kan få konkurrencebegrænsende virkninger, hvis den faktiske konkurrence på den etablerede virksomheds marked i forvejen er svag, og truslen om ny virksomhedstilgang indebærer et betydeligt konkurrencepres.
167. Produktionsaftaler, der også omfatter markedsføring, såsom fælles distribution eller afsætning, indebærer en større risiko for konkurrencebegrænsende virkninger end aftaler, der udelukkende vedrører fælles produktion. Fælles markedsføring bringer samarbejdet nærmere forbrugeren og indebærer normalt fælles fastsættelse af priser og afsætning, dvs. praksis, der indebærer den største risiko for konkurrencen. Det er dog normalt mindre sandsynligt, at aftaler om fælles distributions af produkter, der er fremstillet i fællesskab, begrænser konkurrencen, end rene aftaler om fælles distribution. Det er også mindre sandsynligt, at en fælles distributionsaftale, som er nødvendig for, at aftalen om fælles produktion overhovedet kan indgås, begrænser konkurrencen, end en distributionsaftale, som ikke er nødvendig for den fælles produktion.

Markedsstyrke

168. Det er usandsynligt, at en produktionsaftale vil få konkurrencebegrænsende virkninger, hvis aftaleparterne ikke har markedsstyrke på det marked, hvor en konkurrencebegrænsning vurderes. Udgangspunktet for undersøgelsen af markedsstyrke er parternes markedsandel. Herefter vil man normalt undersøge koncentrationsgraden og antallet af aktører samt andre dynamiske faktorer såsom potentiel tilgang af nye virksomheder og skiftende markedsandele.
169. Virksomheder har sandsynligvis ikke markedsstyrke, hvis deres markedsandel ligger under et bestemt niveau. Ensidige eller gensidige specialiseringsaftaler og aftaler om fælles produktion, herunder visse integrerede markedsføringsaspekter, såsom fælles distribution, er derfor omfattet af en gruppefritagelse, hvis de indgås mellem parter med en samlet markedsandel på højst 20 % på det relevante marked eller de relevante markeder, forudsat at de øvrige betingelser for anvendelse af gruppefritagelsesforordningen for specialiseringsaftaler er opfyldt. Hvad angår horisontale underleveranceaftaler med det formål at udvide produktionen er det desuden i de fleste tilfælde usandsynligt, at der er tale om markedsstyrke, hvis aftaleparterne har en samlet markedsandel på højst 20 %. Hvis parternes samlede markedsandel ikke overstiger 20 %, er det under alle omstændigheder sandsynligt, at betingelserne i artikel 101, stk. 3, er opfyldt.
170. Hvis parterne tilsammen har en markedsandel på over 20 %, skal der dog foretages en analyse af de konkurrencebegrænsende virkninger, da aftalen ikke falder ind under gruppefritagelsesforordningen for specialiseringsaftaler eller den »safe harbour«, for horisontale underleveranceaftaler med henblik på at udvide produktionen, der er fastsat i tredje og fjerde sætning i punkt 168. En moderat højere markedsandel end den, der er tilladt i henhold til gruppefritagelsesforordningen for specialiseringsaftaler eller legalitetsformodningen (safe harbour), indebærer ikke nødvendigvis, at der er tale om et meget koncentreret marked, hvilket er en vigtig faktor i vurderingen. Parterne kan have en samlet markedsandel på lidt over 20 % på et marked med en moderat koncentration. Generelt er der større sandsynlighed for, at en produktionsaftale får konkurrencebegrænsende virkninger på en koncentreret marked end på et marked, der ikke er koncentreret. En produktionsaftale på et koncentreret marked kan ligeledes øge risikoen for hemmelig samordning, selv om parterne kun har en moderat markedsandel tilsammen.
171. Selv om aftaleparterne har store markedsandele, og markedskoncentrationen er betydelig, kan risikoen for konkurrencebegrænsende virkninger stadig være ringe, hvis markedet er dynamisk, dvs. et marked, hvor virksomhedstilgang og markedsstilling ændrer sig hyppigt.
172. Når det skal vurderes, om parterne i en produktionsaftale har markedsstyrke, er det relevant at undersøge antallet af forbindelser og disses intensitet (f.eks. andre samarbejdsaftaler) mellem konkurrenterne på markedet.
173. Det er også relevant for vurderingen af aftalens indvirkning på konkurrenceforholdene, om aftaleparterne har store markedsandele, om de er nære konkurrenter, om kundernes muligheder for at skifte leverandører er begrænsede, om det er usandsynligt, at konkurrenterne vil øge udbuddet, hvis priserne stiger, og om en af aftaleparterne er en betydelig konkurrent.

Direkte begrænsning af konkurrencen mellem parterne

174. Konkurrencen mellem parterne i en produktionsaftale kan på forskellige måder begrænses direkte. Parterne i et produktionsjointventure kunne f.eks. begrænse joint ventures produktion i forhold til, hvad parterne ville have markedsført, hvis de hver især havde truffet afgørelse om deres produktion. Hvis de vigtigste produktkarakteristika afgøres af produktionsaftalen, kan dette også udelukke nøgleaspekterne ved konkurrencen mellem parterne og i sidste instans medføre konkurrencebegrænsninger. Som et andet eksempel kan nævnes et joint venture, som forlanger en høj intern afregningspris over for parterne og derved forhøjer disses komponentomkostninger, hvilket kunne medføre højere priser i de efterfølgende omsætningsled. Konkurrenterne vil måske finde det rentabelt at forhøje deres priser som reaktion herpå og kommer derved til at bidrage til prisstigninger på det relevante marked.

Hemmelig samordning

175. Hvor sandsynlig hemmelig samordning er, afhænger af parternes markedsstyrke og de særlige forhold, der præger det relevante marked. Hemmelig samordning kan især (men ikke udelukkende) skyldes ensartethed i omkostningsstrukturene eller informationsudveksling som følge af produktionsaftalen.
176. En produktionsaftale mellem parter med markedsstyrke kan få konkurrencebegrænsende virkninger, hvis den gør omkostningsstrukturen mere ensartet (dvs. den del af de variable omkostninger, som parterne har til fælles), så det bliver lettere for virksomhederne at foretage hemmelig samordning. De relevante omkostninger er de variable omkostninger ved det produkt, som aftaleparterne konkurrerer om at afsætte.
177. Der er større sandsynlighed for, at en produktionsaftale fører til hemmelig samordning, hvis parterne allerede inden aftalens indgåelse havde en stor andel af de variable omkostninger til fælles, da den supplerende del (dvs. produktionsomkostningerne ved det produkt, der er omfattet af aftalen) kan være udslagsgivende. Derimod vil risikoen for hemmelig samordning være stor, hvis den supplerende del er betydelig, selv om omkostningsstrukturen oprindeligt ikke var særlig ensartet.
178. En ensartet omkostningsstruktur øger kun risikoen for hemmelig samordning, hvis produktionsomkostningerne udgør en stor del af de pågældende variable omkostninger. Dette er for eksempel ikke tilfældet, når samarbejdet vedrører produkter, der nødvendiggør en omkostningskrævende markedsføring. Som eksempel kan nævnes nye eller uensartede produkter, det indebærer en dyr markedsføring eller høje transportomkostninger.
179. Et andet tilfælde, hvor en ensartet omkostningsstruktur kan føre til hemmelig samordning, er den situation, hvor parterne aftaler fælles produktion af et mellemprodukt, det tegner sig for en stor del af de variable omkostninger ved det endelige produkt, som parterne konkurrerer om at afsætte på markedet i det efterfølgende omsætningsled. Parterne kan benytte produktionsaftalen til at forhøje prisen på dette fælles mellemprodukt, der er en vigtig komponent i deres produkter på markedet i det efterfølgende omsætningsled. Dette kan svække konkurrencen på markedet i det efterfølgende omsætningsled og vil sandsynligvis medføre højere slutpriser. Fortjenesten vil blive flyttet fra det efterfølgende til det foregående omsætningsled og blive fordelt mellem parterne via joint venturet.
180. En ensartet omkostningsstruktur øger også risikoen for, at en horisontal underleveranceaftale får konkurrencebegrænsende virkninger, når den komponent, som ordregiver køber hos underleverandøren, tegner sig for en stor del af de variable omkostninger ved det endelige produkt, som parterne konkurrerer om.
181. Eventuelle negative virkninger som følge af udvekslingen af oplysninger vil ikke blive vurderet særskilt, men på grundlag af aftalens samlede virkninger. En produktionsaftale kan få konkurrencebegrænsende virkninger, hvis den indebærer udveksling af kommercielt strategiske oplysninger, som kan medføre hemmelig samordning eller konkurrenceskadelig afskærmning. Hvorvidt udvekslingen af oplysninger i forbindelse med en produktionsaftale vil kunne få konkurrencebegrænsende virkninger bør vurderes i overensstemmelse med vejledningen i kapitel 2.
182. Hvis informationsudvekslingen ikke strækker sig videre end til de fælles data, der er nødvendige for den fælles produktion af de produkter, som er omfattet af produktionsaftalen, vil det, selv om informationsudvekslingen har konkurrencebegrænsende virkninger som omhandlet i artikel 101, stk. 1, være mere sandsynligt, at aftalen opfylder kriterierne i artikel 101, stk. 3, end i det tilfælde, hvor informationsudvekslingen strækker sig ud over det, der er nødvendigt for den fælles produktion. I dette tilfælde vil effektivitetsgevinsterne ved den fælles produktion sandsynligvis opveje de konkurrencebegrænsende virkninger af parternes samordnede adfærd. Derimod er det mindre sandsynligt, at udveksling af oplysninger i forbindelse med en produktionsaftale, som ikke er nødvendige for den fælles produktion, f.eks. udveksling af oplysninger om priser og afsætning, opfylder betingelserne i artikel 101, stk. 3.

4.4. Vurdering efter artikel 101, stk. 3**4.4.1. Effektivitetsgevinster**

183. Produktionsaftaler kan fremme konkurrencen, hvis de skaber effektivitetsgevinster i form af omkostningsbesparelser eller bedre produktionsteknologier. Gennem fælles produktion kan virksomhederne spare omkostninger, som de ellers skulle afholde hver især. De kan også producere til lavere omkostninger, hvis samarbejdet sætter dem i stand til at øge produktionen, hvor marginalomkostningerne falder med produktionen, dvs. gennem stordriftsfordele. Fælles produktion kan også gøre det lettere

for virksomhederne at forbedre produktkvaliteten, hvis de samler deres komplementære viden og knowhow. Ved at samarbejde kan virksomheder desuden øge produktsortimentet, hvilket de ellers ikke ville have haft råd til eller ville have været i stand til. Hvis parterne gennem fælles produktion kan øge antallet af forskellige produkttyper, kan det også medføre omkostningsbesparelser i form af synergiefordele.

4.4.2. Nødvendige begrænsninger

184. Begrænsninger, der strækker sig ud over det, der er nødvendigt for at opnå de effektivitetsgevinster, som en produktionsaftale medfører, opfylder ikke kriterierne i artikel 101, stk. 3. For eksempel vil en produktionsaftales begrænsning af parternes konkurrencemæssige adfærd med hensyn til produktionen uden for samarbejdet normalt ikke blive anset for nødvendig. Fælles prisfastsættelse vil heller ikke blive betragtet som nødvendig, hvis produktionsaftalen ikke indebærer fælles markedsføring.

4.4.3. Fordele for forbrugerne

185. Effektivitetsgevinster, der opnås ved nødvendige begrænsninger, skal komme forbrugerne til gode i form af lavere priser eller bedre produktkvalitet eller større produktsortiment i et sådant omfang, at det opvejer de konkurrencebegrænsende virkninger. Effektivitetsgevinster, der kun gavner parterne, eller omkostningsbesparelser, som skyldes lavere produktion eller markedsdeling, er ikke tilstrækkelige til, at kriterierne i artikel 101, stk. 3, er opfyldt. Hvis parterne i produktionsaftalen opnår besparelser med hensyn til deres variable omkostninger, er det mere sandsynligt, at de vil lade dem komme forbrugerne til gode, end hvis de reducerer deres faste omkostninger. Jo større parternes markedsstyrke er, jo mindre sandsynligt er det, at effektivitetsgevinsterne kommer forbrugerne til gode i et sådant omfang, at det opvejer de konkurrencebegrænsende virkninger.

4.4.4. Ingen udelukkelse af konkurrencen

186. Kriterierne i artikel 101, stk. 3, er ikke opfyldt, hvis parterne kan udelukke konkurrencen for en væsentlig del af de pågældende produkter. Dette skal undersøges på det relevante marked, som aftaleprodukterne tilhører, og på eventuelle »spill-over«-markeder.

4.5. Eksempler

187. Ensartet omkostningsstruktur og hemmelig samordning

Eksempel 1

Situation: To udbydere, virksomhederne A og B, af produktet X beslutter at lukke deres nuværende, gamle produktionsanlæg og bygge et større, moderne og mere effektivt produktionsanlæg, som skal drives af et joint venture, og som vil få større kapacitet end virksomhed A's og B's tidligere anlæg tilsammen. Ingen investeringer af denne art påtænkes gennemført af konkurrenterne, som udnytter deres kapacitet fuldt ud. Virksomhederne A og B har markedsandele på henholdsvis 20 % og 25 %. Deres produkter er nære substitutionsprodukter på et særligt segment af et koncentreret marked. Markedet er gennemsigtigt og ret stagnerende, der er ingen tilgang af nye virksomheder, og markedsandelene har været stabile i en periode. Produktionsomkostningerne udgør en stor del af virksomhed A's og B's variable omkostninger ved produkt X. Markedsføring er en mindre økonomisk aktivitet, når det gælder omkostninger og strategisk betydning, i forhold til produktion: markedsføringsomkostningerne er lave, da produkt X er ensartet og etableret, og transporten er ikke et vigtigt konkurrenceparameter.

Analyse: Hvis virksomhederne A og B har alle eller næsten alle deres variable omkostninger til fælles, kan denne produktionsaftale medføre en direkte begrænsning af konkurrencen mellem dem. Det kan få parterne til at begrænse joint ventures produktion i forhold til, hvad de ville have markedsført, hvis de hver især havde truffet afgørelse om deres produktion. På baggrund af konkurrenternes kapacitetsbegrænsninger kan denne begrænsning af produktionen medføre højere priser.

Selv om virksomhederne A og B ikke havde de fleste af deres variable omkostninger til fælles, men kun en betydelig del deraf, kunne denne produktionsaftale medføre hemmelig samordning mellem virksomhederne A og B og dermed indirekte udelukke konkurrencen mellem de to parter. Hvor sandsynligt dette er, afhænger ikke blot af spørgsmålet om ensartetheden i omkostningerne (som er høje i dette tilfælde), men også af det relevante markedes karakteristika, f.eks. gennemsnitlighed, stabilitet og koncentrationsgrad.

I begge de to situationer omtalt ovenfor er det under markedskonstellationen i dette eksempel sandsynligt, at virksomhed A's og B's produktionsjointventure vil medføre konkurrencebegrænsninger som omhandlet i artikel 101, stk. 1, på markedet for X.

Udskiftningen af to mindre, gamle produktionsanlæg med et større, moderne og mere effektivt kan dog få joint venturet til at øge produktionen til lavere priser til gavn for forbrugerne. Produktionsaftalen kan dog kun opfylde kriterierne i artikel 101, stk. 3, hvis parterne fremlægger dokumentation for, at effektivitetsgevinsterne kommer forbrugerne til gode i et sådant omfang, at det opvejer de konkurrencebegrænsende virkninger.

188. Forbindelser mellem konkurrenter og hemmelig samordning

Eksempel 2

Situation: To leverandører, virksomhederne A og B, etablerer et produktionsjointventure med hensyn til produktet Y. Virksomhederne A og B har hver en markedsandel på 15 % på markedet for Y. Der findes tre andre aktører på markedet, nemlig virksomhederne C, D og E med markedsandele på henholdsvis 30 %, 25 % og 15 %. B og D har i forvejen et fælles produktionsanlæg.

Analyse: Markedet er kendetegnet ved meget få aktører og ret symmetriske strukturer. Samarbejdet mellem virksomhederne A og B vil betyde en ekstra forbindelse på markedet og i praksis øge koncentrationen på markedet, da det også vil knytte virksomhed D til virksomhederne A og B. Det er sandsynligt, at dette samarbejde vil øge risikoen for hemmelig samordning og dermed få konkurrencebegrænsende virkninger som omhandlet i artikel 101, stk. 1. Kriterierne i artikel 101, stk. 3, kan kun være opfyldt, hvis der skabes væsentlige effektivitetsgevinster, som kommer forbrugerne til gode i et sådant omfang, at det opvejer de konkurrencebegrænsende virkninger.

189. Konkurrenceskadelig afskærmning på et marked i det efterfølgende omsætningsled

Eksempel 3

Situation: Virksomhederne A og B opretter et joint venture, der skal producere mellemproduktet X, og som skal varetage hele deres produktion af X. Produktionsomkostningerne ved X tegner sig for 70 % af de variable omkostninger ved det endelige produkt Y, som virksomhederne A og B konkurrerer om at afsætte på markedet i det efterfølgende omsætningsled. Virksomhederne A og B har hver en andel på 20 % af markedet for Y, der er begrænset tilgang af nye virksomheder, og markedsandelene har været stabile i en periode. Ud over at virksomhederne A og B dækker deres egen efterspørgsel efter X, har de hver især en markedsandel på 40 % på markedet for X. Der er betydelige adgangsbarrierer på markedet for X, og de eksisterende producenter opererer med næsten fuld kapacitetsudnyttelse. På markedet for Y er der to andre betydelige udbydere med en markedsandel på hver 15 % samt flere mindre konkurrenter. Denne aftale medfører stordriftsfordele.

Analyse: Virksomhederne A og B vil gennem deres produktionsjointventure være i stand til i vid udstrækning at kontrollere leverancerne af det væsentlige mellemprodukt X til deres konkurrenter på markedet for Y. Dette vil sætte virksomhederne A og B i stand til at hæve deres konkurrenters omkostninger ved kunstigt at forhøje prisen på X eller ved at nedsætte produktionen. Dette kunne udelukke virksomhed A's og B's konkurrenter fra markedet for Y. På grund af den sandsynlige konkurrenceskadelige afskærmning på markedet i det efterfølgende omsætningsled vil aftalen sandsynligvis få konkurrencebegrænsende virkninger som omhandlet i artikel 101, stk. 1. De stordriftsfordele, som jointventuret har skabt, vil sandsynligvis ikke opveje de konkurrencebegrænsende virkninger, og derfor opfylder aftalen højst sandsynligt ikke kriterierne i artikel 101, stk. 3.

190. Specialiseringsaftale - markedsdeling

Eksempel 4

Situation: Virksomhederne A og B fremstiller hver især både produktet X og produktet Y. virksomhed A's markedsandel for X er 30 % og for Y 10 %. virksomhed B's markedsandel for X er 10 % og for Y 30 %. For at opnå stordriftsfordele indgår de en gensidig specialiseringsaftale om, at virksomhed A kun skal fremstille X, og virksomhed B kun skal fremstille Y. De foretager ikke krydsleverancer af produkterne til hinanden, så virksomhed A sælger kun X, og virksomhed B sælger kun Y. Parterne hævder, at de gennem denne specialisering sparer omkostninger på grund af stordriftsfordelene, og at de ved at koncentrere sig om et enkelt produkt vil forbedre deres produktionsteknologi, hvilket vil medføre produkter af bedre kvalitet.

Analyse: Med hensyn til virkningerne for konkurrencen på markedet nærmer denne specialiseringsaftale sig et alvorligt kartel, hvor parterne deler markedet mellem sig. Denne aftale har derfor et konkurrencebegrænsende formål. Da de påståede effektivitetsgevinster i form af stordriftsfordele og bedre produktionsteknologi kun er knyttet til markedsdelingen, er det usandsynligt, at de opvejer de konkurrencebegrænsende virkninger, og aftalen opfylder derfor ikke kriterierne i artikel 101, stk. 3. Hvis virksomhed A eller B mener, at det ville være mere effektivt at koncentrere sig om et enkelt produkt, kan virksomheden under alle omstændigheder blot ensidigt træffe beslutning om kun at producere X eller Y uden samtidig at aftale med den anden virksomhed, at den skal koncentrere sig om det andet produkt.

Analysen ville være anderledes, hvis virksomhederne A og B leverede hinanden det produkt, de koncentrerer sig om, så de begge fortsat sælger X og Y. I så fald kan virksomhederne A og B fortsat konkurrere på prisen på begge markeder, især hvis produktionsomkostningerne (der bliver fælles gennem produktionsaftalen) ikke udgør en betydelig andel af de variable omkostninger ved deres produkter. De relevante omkostninger i denne forbindelse er markedsføringsomkostningerne. Det er derfor usandsynligt, at specialiseringsaftalen vil begrænse konkurrencen, hvis X og Y i vid udstrækning er uensartede produkter med en betydelig andel af salgs- og distributionsomkostningerne (f.eks. 65-70 % eller mere af de samlede omkostninger). Under et sådant scenario ville risikoen for hemmelig samordning ikke være særlig stor, og kriterierne i artikel 101, stk. 3, kan være opfyldt, forudsat at effektivitetsgevinsterne kommer forbrugerne til gode i et sådant omfang, at det opvejer aftalens konkurrencebegrænsende virkninger.

191. Potentielle konkurrenter

Eksempel 5

Situation: Virksomhed A fremstiller det endelige produkt X, og virksomhed B fremstiller det endelige produkt Y. X og Y udgør to særskilte produktmarkeder, hvor virksomhederne A og B hver især har en stor markedsstyrke. De to virksomheder anvender Z som basiskomponent i deres produktion af X og Y, og de fremstiller begge Z udelukkende til eget forbrug. X er et produkt med lav værditilvækst, hvori Z er en væsentlig komponent (X er en ret enkel forarbejdning af Z). Y er et produkt med høj værditilvækst, hvor Z er en af mange komponenter (Z tegner sig for en beskedent andel af de variable omkostninger ved Y). virksomhederne A og B aftaler, at de i fællesskab vil fremstille Z, hvilket skaber beskedne stordriftsfordele.

Analyse: Virksomhederne A og B er ikke faktiske konkurrenter med hensyn til X, Y eller Z. Men da X blot er en forarbejdning af komponenten Z, er det sandsynligt, at virksomhed B let kan komme ind på markedet for X og dermed udfordre virksomhed A's stilling på dette marked. Den fælles produktionsaftale om Z kan mindske virksomhed B's incitament dertil, da den fælles produktion kan bruges til sidebetalinger og begrænse sandsynligheden for, at virksomhed B vil sælge produktet X (da virksomhed A sandsynligvis vil have kontrol over den mængde Z, som virksomhed B aftager fra joint venture). Sandsynligheden for, at virksomhed B kommer ind på markedet for X, hvis ikke aftalen eksisterer, afhænger dog af, om dette kan forventes at blive rentabelt. Da X er et produkt med lav værditilvækst, er det ikke sikkert, at det vil blive rentabelt at komme ind på markedet, og det er derfor usandsynligt, at virksomhed B vil komme ind på markedet, hvis ikke aftalen eksisterer.

Da virksomhed A og B i forvejen har markedsstyrke, vil aftalen sandsynligvis få konkurrencebegrænsende virkninger som omhandlet i artikel 101, stk. 1, hvis den mindsker sandsynligheden for, at virksomhed B kommer ind på virksomhed A's marked, dvs. markedet for X. Aftalen skaber kun beskedne effektivitetsgevinster i form af stordriftsfordele, som sandsynligvis ikke vil opveje de konkurrencebegrænsende virkninger.

192. Informationsudveksling som led i en produktionsaftale

Eksempel 6

Situation: Virksomhederne A og B, som har stor markedsstyrke, indgår aftale om fælles produktion for at blive mere effektive. Som led i aftalen udveksler de hemmeligt oplysninger om deres fremtidige priser. Aftalen omfatter ikke fælles distribution.

Analyse: Denne informationsudveksling gør det mere sandsynligt, at der er tale om hemmelig samordning, og vil derfor kunne have et konkurrencebegrænsende formål som omhandlet i artikel 101, stk. 1. Den vil ikke kunne opfylde kriterierne i artikel 101, stk. 3, fordi udvekslingen af oplysninger om parternes fremtidige priser ikke er nødvendig for den fælles produktion og for at opnå de dermed forbundne omkostningsbesparelser.

193. Swaps og informationsudveksling

Eksempel 7

Situation: Virksomhederne A og B fremstiller begge basiskemikaliet Z, som er et ensartet produkt, der fremstilles efter en europæisk standard, som ikke tillader nogen produktvarianter. Produktionsomkostningerne er en vigtig omkostningsfaktor i forbindelse med Z. Virksomhederne A og B har en markedsandel på henholdsvis 20 % og 25 % på EU-markedet for Z. Der er fire andre producenter på markedet for Z med markedsandele på 20 %, 15 %, 10 % og 10 %. virksomhed A's produktionsanlæg er beliggende i medlemsstat X i Nordeuropa, mens virksomhed B's produktionsanlæg er beliggende i medlemsstat Y i Sydeuropa. Selv om de fleste af virksomhed A's kunder findes i Nordeuropa, har virksomhed A også en række kunder i Sydeuropa. Det samme gælder virksomhed B, der har en række kunder i Nordeuropa. For øjeblikket transporterer virksomhed A produktet Z fra sit produktionsanlæg i X til sine sydeuropæiske kunder med lastvogn. På samme måde transporterer virksomhed B produktet Z fra sit produktionsanlæg i Y til sine nordeuropæiske kunder med lastvogn. Transportomkostningerne er ret høje, men ikke så høje, at de gør virksomhed A's leverancer til Sydeuropa og virksomhed B's leverancer til Nordeuropa urentable. Transportomkostningerne fra X til Sydeuropa er lavere end fra Y til Nordeuropa.

Virksomhederne A og B beslutter, at det vil være mere effektivt, hvis virksomhed A holder op med at transportere Z fra medlemsstat X til Sydeuropa, og virksomhed B holder op med at transportere Z fra medlemsstat Y til Nordeuropa, selvom de samtidig er meget interesserede i at beholde deres kunder. Med henblik herpå vil de indgå en swapaftale, som giver dem mulighed for at aftage en aftalt årlig mængde af Z fra den anden parts anlæg med det formål at sælge den til deres kunder, der er beliggende nærmest ved den anden parts anlæg. For at beregne en købspris, der ikke favoriserer den ene part frem for den anden, og som tager hensyn til parternes forskellige produktionsomkostninger og forskellige besparelser i transportomkostningerne, og for at sikre begge parter en rimelig avance, aftaler de at oplyse hinanden om deres vigtigste omkostninger med hensyn til Z (dvs. produktionsomkostninger og transportomkostninger).

Analyse: Det forhold, at virksomhederne A og B - som er konkurrenter - indgår en swapaftale om dele af deres produktion, skaber ikke i sig selv konkurrenceproblemer. Den planlagte swapaftale mellem virksomhederne A og B omfatter dog udveksling af oplysninger om de to parter produktions- og transportomkostninger med hensyn til Z. Desuden har virksomhederne A og B til sammen en stærk markedsstilling på et forholdsvis koncentreret marked for et ensartet basiskemikalieprodukt. Som følge af den omfattende informationsudveksling om et vigtigt konkurrenceparameter

med hensyn til Z, er det derfor sandsynligt, at swapaftalen mellem virksomhederne A og B vil få konkurrencebegrænsende virkninger som omhandlet i artikel 101, stk. 1, da den kan medføre hemmelig samordning. Selv om aftalen vil medføre betydelige effektivitetsgevinster i form af omkostningsbesparelser for parterne, er de konkurrencebegrænsninger, den medfører, ikke nødvendige, for at de kan opnås. Parterne kan opnå tilsvarende omkostningsbesparelser ved at aftale en prisformel, som ikke medfører oplysninger om deres produktions- og transportomkostninger. Swapaftalen opfylder derfor ikke i sin nuværende form kriterierne i artikel 101, stk. 3.

5. INDKØBSAFTALER

5.1. Definition

194. Dette kapitel vedrører aftaler om fælles indkøb af produkter. Fælles indkøb kan foretages af et selskab, som parterne kontrollerer i fællesskab, eller hvori mange virksomheder har ikke-kontrollerende kapitalandele, eller ved en aftale eller løsere former for samarbejde (under ét betegnet som »fælles indkøbsordninger«). Fælles indkøbsordninger tager normalt sigte på at skabe køberstyrke, som kan medføre lavere priser eller produkter eller tjenester af bedre kvalitet for forbrugerne. Køberstyrke kan dog også under visse omstændigheder medføre konkurrenceproblemer.
195. Fælles indkøbsordninger kan omfatte både horisontale og vertikale aftaler. I disse tilfælde er det nødvendigt at foretage en tottrinsanalyse. For det første skal de horisontale aftaler mellem de virksomheder, der foretager fælles indkøb, vurderes på grundlag af principperne i disse retningslinjer. Hvis vurderingen fører til den konklusion, at den fælles indkøbsordning ikke skaber konkurrenceproblemer, skal der foretages en yderligere vurdering af de relevante vertikale aftaler. Denne vurdering vil følge reglerne i gruppefritagelsesforordningen for vertikale begrænsninger og retningslinjerne for vertikale begrænsninger.
196. En almindelig form for fælles indkøbsordning er en »alliance«, dvs. en sammenslutning af virksomheder, som er oprettet af en gruppe detailhandlere med henblik på fælles indkøb af produkter. Horisontale aftaler mellem alliancens medlemmer eller alliancens beslutninger skal først vurderes som horisontale samarbejdsaftaler på grundlag af nærværende retningslinjer. Det er først i det tilfælde, hvor denne vurdering ikke afslører nogen konkurrenceproblemer, at det bliver relevant at vurdere de relevante vertikale aftaler mellem alliancen og et af dens medlemmer og mellem alliancen og leverandørerne. Aftalerne er - på visse betingelser - omfattet af gruppefritagelsesforordningen for vertikale begrænsninger. Vertikale aftaler, der ikke er omfattet af denne gruppefritagelsesforordning, formodes ikke at være ulovlige, men skal undersøges individuelt.

5.2. Relevante markeder

197. Der findes to markeder, som kan blive påvirket af fælles indkøbsordninger: For det første det marked eller de markeder, som den fælles indkøbsordning berører direkte, dvs. det relevante indkøbsmarked eller de relevante indkøbsmarkeder, og for det andet afsætningsmarkedet/markederne, dvs. det (de) marked(er) i det efterfølgende omsætningsled, hvor parterne i den fælles indkøbsordning er aktive som sælgere.
198. Afgrænsningen af de relevante indkøbsmarkeder følger de principper, der er fastlagt i meddelelsen om afgrænsning af det relevante marked, og er baseret på substitutionsbegrebet, der benyttes til at påvise konkurrencepresset. Den eneste forskel i forhold til afgrænsningen af »afsætningsmarkederne« er, at det skal fastlægges ud fra et udbuds- og ikke et efterspørgsels synspunkt, om der er tale om substituerbarhed. Det betyder med andre ord, at leverandørernes alternativer er afgørende for påvisning af det konkurrencepres, som køberne udsættes for. Disse alternativer kunne for eksempel undersøges på grundlag af leverandørernes reaktion på et lille, men varigt prisfald. Når markedet er afgrænset, kan markedsandelen beregnes som den procentdel, de pågældende parters indkøb tegner sig for i forhold til den samlede afsætning af produktet ellede pågældende produkter på det relevante marked.
199. Hvis parterne desuden er konkurrenter på et eller flere afsætningsmarkeder, er disse markeder også relevante for vurderingen. Afsætningsmarkederne skal afgrænses på grundlag af den metode, der er beskrevet i meddelelsen om afgrænsning af det relevante marked.

5.3. Vurdering efter artikel 101, stk. 1

5.3.1. De vigtigste konkurrenceproblemer

200. Fælles indkøbsordninger kan få konkurrencebegrænsende virkninger på købs- og/eller afsætningsmarkedet eller -markederne i det efterfølgende omsætningsled i form af højere priser, lavere produktion, ringere produktkvalitet eller mindre produktsortiment, eller innovation, markedsdeling eller afskærmning af markedet til skade for eventuelle andre aftagere.
201. Hvis konkurrenter på markedet i det efterfølgende omsætningsled køber en betydelig del af deres produkter sammen, kan det begrænse deres incitament til priskonkurrence på afsætningsmarkedet eller -markederne væsentligt. Hvis parterne har en betydelig markedsstyrke (men ikke nødvendigvis dominans) på afsætningsmarkedet eller -markederne, vil de lavere købspriser, som den fælles indkøbsordning medfører, sandsynligvis ikke komme forbrugerne til gode.
202. Hvis parterne har en betydelig markedsstyrke på indkøbsmarkedet (køberstyrke), er der risiko for, at de kan tvinge leverandørerne til at begrænse eller forringe deres produktsortiment, hvilket kan få konkurrencebegrænsende virkninger i form af kvalitetsforringelse, mindre innovation eller i sidste instans begrænsning af udbuddet til et niveau, der ligger under det optimale.
203. Når parterne i den fælles indkøbsordning har køberstyrke, kan den benyttes til at afskærme markedet for konkurrerende aftagere ved at begrænse deres adgang til effektive leverandører. Dette er mest sandsynligt, hvis der er et begrænset antal leverandører, og der er adgangsbarrierer på udbudssiden på markedet i det foregående omsætningsled.
204. Generelt er det dog mindre sandsynligt, at fælles indkøbsordninger medfører konkurrenceproblemer, når parterne ikke har markedsstyrke på afsætningsmarkedet eller markederne.

5.3.2. Konkurrencebegrænsende formål

205. Fælles indkøbsordninger har konkurrencebegrænsende formål, hvis de i virkeligheden ikke vedrører fælles indkøb, men tjener som middel til at iværksætte et skjult kartel, dvs. fastsættelse af priser, begrænsning af produktion eller fordeling af markeder, hvilket ellers er forbudt.
206. Aftaler, der indebærer fastsættelse af købspriser, kan have til formål at begrænse konkurrencen som omhandlet i artikel 101, stk. 1⁽¹⁾. Dette gælder dog ikke, når parterne i en fælles indkøbsordning aftaler, hvilke købspriser der i henhold til den fælles indkøbsordning må betales til leverandørerne for de produkter, som er omfattet af leveringskontrakten. I dette tilfælde er det nødvendigt at foretage en vurdering af, om aftalen vil kunne få konkurrencebegrænsende virkninger som omhandlet i artikel 101, stk. 1. Under de to scenarier vil aftalen om købspriser ikke blive vurderet særskilt, men på baggrund af indkøbsaftalens samlede virkninger på markedet.

5.3.3. Konkurrencebegrænsende virkninger

207. Fælles indkøbsordninger, som ikke har et konkurrencebegrænsende formål, skal analyseres i deres retlige og økonomiske sammenhæng med hensyn til deres faktiske og sandsynlige virkninger for konkurrencen. Analysen af en fælles indkøbsordnings konkurrencebegrænsende virkninger skal omfatte de negative virkninger på både indkøbs- og afsætningsmarkederne.

Markedsstyrke

208. Der er ikke nogen absolut tærskel for, hvornår det kan formodes, at en fælles indkøbsordning skaber markedsstyrke og dermed vil kunne få konkurrencebegrænsende virkninger som omhandlet i artikel 101, stk. 1. I de fleste tilfælde er det dog usandsynligt, at der er tale om markedsstyrke, hvis parterne i den fælles indkøbsordning har en samlet markedsandel på højst 15 % på indkøbsmarkedet/-markederne og en samlet markedsandel på højst 15 % på afsætningsmarkedet/-markederne. Hvis parternes samlede markedsandel ikke overstiger 15 % på både indkøbs- og afsætningsmarkedet eller -markederne, er det sandsynligt, at betingelserne i artikel 101, stk. 3, er opfyldt.

⁽¹⁾ Se artikel 101, stk. 1, litra a), de forenede sager T-217/03 og T-245/03, *French Beef*, præmis 83 ff., Se f.eks. sag C-8/08, *T-Mobile Netherlands*, præmis 37.

209. En markedsandel, der overstiger en af eller begge disse tærskler, betyder ikke uden videre, at den fælles indkøbsordning vil kunne få konkurrencebegrænsende virkninger. Det skal vurderes indgående, hvilke virkninger en fælles indkøbsordning, der ikke er omfattet af denne »safe harbour«, kan få på markedet, og vurderingen skal bl.a. omfatte faktorer som markedskoncentration og stærke leverandørers eventuelle mulighed for at imødegå købernes styrke.
210. Køberstyrke kan under visse omstændigheder få konkurrencebegrænsende virkninger. Der vil kunne opstå konkurrenceskadelig køberstyrke, hvis en fælles indkøbsordning tegner sig for så stor en andel af det samlede indkøbsmarked, at konkurrerende aftagere hindres adgang til markedet. En betydelig køberstyrke kan indirekte påvirke produktionen, produkternes kvalitet og produktsortimentet på afsætningsmarkedet.
211. Når det skal vurderes, om parterne i den fælles indkøbsordning har køberstyrke, er det relevant at undersøge antallet af forbindelser og deres intensitet (f.eks. andre indkøbsaftaler) mellem konkurrenterne på markedet.
212. Ved et samarbejde mellem konkurrerende aftagere, der ikke opererer på det samme relevante afsætningsmarked (f.eks. detailhandlere, der opererer på forskellige geografiske markeder og ikke kan betragtes som potentielle konkurrenter), er det dog usandsynligt, at den fælles indkøbsordning får konkurrencebegrænsende virkninger, medmindre parterne indtager en sådan stilling på indkøbsmarkederne, at det sandsynligvis vil blive benyttet til at skade andre aktørers konkurrencemæssige stilling på deres respektive afsætningsmarkeder.

Hemmelig samordning

213. Fælles indkøbsordninger kan føre til hemmelig samordning, hvis de letter samordningen af parternes adfærd på afsætningsmarkedet. Dette kan være tilfældet, hvis parterne opnår en meget ensartet omkostningsstruktur gennem fælles indkøb, forudsat at parterne har markedsstyrke og markedet er præget af forhold, som bidrager til en sådan samordning.
214. Konkurrencebegrænsende virkninger er mere sandsynlige, hvis parterne i den fælles indkøbsordning har en betydelig del af deres variable omkostninger på det relevante marked i det efterfølgende omsætningsled til fælles. Dette er for eksempel tilfældet, hvis detailhandlere, der opererer på samme relevante detailmarked – eller markeder, køber en betydelig andel af de produkter, som de videre-sælger, i fællesskab. Det kan også være tilfældet, hvis konkurrerende fabrikanter og sælgere af et endeligt produkt køber en stor andel af deres komponenter i fællesskab.
215. Gennemførelsen af en fælles indkøbsordning kan kræve udveksling af kommercielt følsomme oplysninger, såsom købspriser og mængder. Udveksling af sådanne oplysninger kan gøre det lettere at samordne salgspriser og produktion og dermed føre til hemmelig samordning på afsætningsmarkederne. De afsmittende virkninger af udvekslingen af kommercielt følsomme oplysninger kan f.eks. reduceres til det mindst mulige, hvis oplysningerne indsamles gennem en fælles indkøbsordning, og oplysningerne ikke videregives til de deltagende parter.
216. Eventuelle negative virkninger som følge af udvekslingen af oplysninger vil ikke blive vurderet særskilt, men på grundlag af aftalens samlede virkninger. Hvorvidt udvekslingen af oplysninger i forbindelse med en fælles indkøbsordning vil kunne få konkurrencebegrænsende virkninger bør vurderes i overensstemmelse med vejledningen i kapitel 2. Hvis informationsudvekslingen ikke strækker sig ud over de fælles data, der er nødvendige for fælles indkøb af de produkter, som er omfattet af den fælles indkøbsordning, vil det, selv om informationsudvekslingen har konkurrencebegrænsende virkninger som omhandlet i artikel 101, stk. 1, være mere sandsynligt, at aftalen opfylder kriterierne i artikel 101, stk. 3, end i det tilfælde, hvor informationsudvekslingen strækker sig ud over det, der er nødvendigt for fælles indkøb.

5.4. Vurdering efter artikel 101, stk. 3

5.4.1. Effektivitetsgevinster

217. Fælles indkøbsordninger kan skabe betydelige effektivitetsgevinster. De kan især medføre omkostningsbesparelser i form af lavere købspriser eller lavere transaktions-, transport- og lageromkostninger og dermed gøre det lettere at opnå stordriftsfordele. Desuden kan fælles indkøbsordninger skabe kvalitative effektivitetsgevinster, fordi de ansporer de førende udbydere til innovation og markedsføring af nye eller forbedrede produkter.

5.4.2. Nødvendige begrænsninger

218. Begrænsninger, der strækker sig ud over det, der er nødvendigt for at opnå de effektivitetsgevinster, som en indkøbsaftale medfører, opfylder ikke betingelserne i artikel 101, stk. 3. En forpligtelse til udelukkende at foretage indkøb inden for rammerne af samarbejdet kan i visse tilfælde være nødvendig for at nå op på den mængde, der er nødvendig for at opnå stordriftsfordele. En sådan forpligtelse skal dog vurderes i hvert enkelt tilfælde.

5.4.3. Fordele for forbrugerne

219. Effektivitetsgevinster - såsom omkostningseffektivitet eller kvalitative effektivitetsgevinster i form af markedsføring af nye eller forbedrede produkter - der opnås ved nødvendige begrænsninger, skal komme forbrugerne til gode i et sådant omfang, at det opvejer den fælles indkøbsordnings konkurrencebegrænsende virkninger. Omkostningsbesparelser eller andre effektivitetsgevinster, der kun kommer parterne i den fælles indkøbsordning til gode, vil derfor ikke være tilstrækkelige. Omkostningsbesparelser skal komme forbrugerne til gode, dvs. parternes kunder. For at tage et klart eksempel, kan denne videregivelse ske i form af lavere priser på afsætningsmarkederne. Lavere købspriser udelukkende som følge af køberstyrke vil sandsynligvis ikke komme forbrugerne til gode, hvis aftagernes tilsammen har markedsstyrke på afsætningsmarkederne, og opfylder derfor ikke kriterierne i artikel 101, stk. 3. Jo større parternes markedsstyrke på afsætningsmarkedet eller -markederne er, desto mindre sandsynligt er det, at de vil lade effektivitetsgevinsterne komme forbrugerne til gode i et sådant omfang, at det opvejer de konkurrencebegrænsende virkninger.

5.4.4. Ingen udelukkelse af konkurrencen

220. Kriterierne i artikel 101, stk. 3, er ikke opfyldt, hvis parterne kan udelukke konkurrencen for en væsentlig del af de pågældende produkter. Denne vurdering skal omfatte både indkøbs- og afsætningsmarkeder.

5.5. Eksempler

221. Fælles indkøb foretaget af små virksomheder, som tilsammen har beskedne markedsandele

Eksempel 1

Situation: 150 små detailhandlere indgår en aftale om oprettelse af en fælles indkøbscentral. Hver detailhandler er forpligtet til gennem centralen at aftage en mindstemængde, der tegner sig for omkring 50 % af den pågældende detailhandlers samlede omkostninger. Detailhandlerne kan aftage mere end det fastsatte minimum gennem centralen og må også købe deres produkter uden for samarbejdet. De har tilsammen en markedsandel på 23 % på såvel indkøbsmarkedet som afsætningsmarkedet. Virksomhed A og virksomhed B er deres to store konkurrenter. Virksomhed A har en markedsandel på 25 % på både indkøbs- og afsætningsmarkedet, og virksomhed B har en andel på 35 %. Der er ingen hindringer for, at de øvrige små konkurrenter også kan oprette en indkøbscentral. De 150 detailhandlere opnår betydelige omkostningsbesparelser ved at foretage fælles indkøb gennem indkøbscentralen.

Analyse: Detailhandlerne har en beskeden markedsstilling på indkøbs- og afsætningsmarkedet. Desuden medfører samarbejdet en række stordriftsfordele. Selv om detailhandlerne opnår en meget ensartet omkostningsstruktur, er det usandsynligt, at de får markedsstyrke på afsætningsmarkedet på grund af virksomhed A's og B's tilstedeværelse på markedet, idet de to sidstnævnte virksomheder hver især er større end den fælles indkøbscentral. Det er derfor usandsynligt, at detailhandlerne vil samordne deres adfærd og foretage hemmelig samordning. Oprettelsen af den fælles indkøbscentral vil derfor ikke kunne få konkurrencebegrænsende virkninger som omhandlet i artikel 101, stk. 1.

222. Ensartet omkostningsstruktur og markedsstyrke på afsætningsmarkedet

Eksempel 2

Situation: To supermarkeds kæder indgår en aftale om fælles indkøb af produkter, der tegner sig for omkring 80 % af deres variable omkostninger. På de relevante indkøbsmarkeder for de forskellige produktkategorier har parterne tilsammen markedsandele på mellem 25 % og 40 %. På det relevante

afsætningsmarked har de tilsammen en markedsandel på 60 %. Der er fire andre store detailhandlere med hver en markedsandel på 10 %. Det er ikke sandsynligt, at der kommer nye virksomheder ind på markedet.

Analyse: Denne indkøbsaftale vil kunne sætte parterne i stand til at samordne deres adfærd på afsætningsmarkedet og dermed føre til hemmelig samordning. Parterne har markedsstyrke på afsætningsmarkedet, og indkøbsaftalen medfører en meget ensartet omkostningsstruktur. Det er heller ikke sandsynligt, at der kommer nye virksomheder ind på markedet. Parterne vil få større incitament til at samordne deres adfærd, hvis de allerede inden aftalens indgåelse havde ensartede omkostningsstrukturer. Desuden vil det øge risikoen for hemmelig samordning yderligere, hvis parterne har ensartede avancer. Aftalen skaber også risiko for en stigning i salgspriserne i det efterfølgende omsætningsled, fordi parterne begrænser efterspørgslen, og mængderne dermed falder. Det er derfor sandsynligt, at indkøbsaftalen vil kunne få konkurrencebegrænsende virkninger som omhandlet i artikel 101, stk. 1. Selv om det er meget sandsynligt, at aftalen medfører effektivitetsgevinster i form af omkostningsbesparelser, vil parternes betydelige markedsstyrke på afsætningsmarkedet dog betyde, at de ikke kommer forbrugere til gode i et sådant omfang, at det opvejer de konkurrencebegrænsende virkninger. Indkøbsaftalen vil derfor ikke kunne opfylde betingelserne i artikel 101, stk. 3.

223. Parterne opererer på forskellige geografiske markeder

Eksempel 3

Situation: Seks store detailhandlere, som har hjemsted i forskellige medlemsstater, opretter en indkøbscentral med henblik på fælles indkøb af en række mærkevarer fremstillet på grundlag af durumhvede. Parterne kan købe andre tilsvarende mærkevarer uden for samarbejdet. Fem af dem tilbyder desuden tilsvarende handelsmærker (private label). Indkøbscentralens medlemmer har tilsammen en markedsandel på ca. 22 % på det relevante indkøbsmarked, som er EU-dækkende. På indkøbsmarkedet findes der tre andre aktører af samme størrelse. Hver af medlemmerne af indkøbscentralen har en markedsandel på mellem 20 % og 30 % på det nationale afsætningsmarked, hvor de opererer. Ingen af dem er aktive i en medlemsstat, hvor et andet medlem af indkøbscentralen opererer. Parterne er ikke potentielle nye virksomheder på hinandens markeder.

Analyse: Indkøbscentralen vil kunne konkurrere med de andre store eksisterende aktører på indkøbsmarkedet. Afsætningsmarkederne er langt mindre (hvad angår omsætning og geografisk udstrækning) end det EU-dækkende indkøbsmarked, og på disse markeder kan nogle af indkøbscentralens medlemmer have markedsstyrke. Selv om indkøbscentralens medlemmer tilsammen har en markedsandel på over 15 % på indkøbsmarkedet, er det usandsynligt, at parterne vil samordne deres adfærd og foretage hemmelig samordning på afsætningsmarkederne, da de hverken er faktiske eller potentielle konkurrenter på markederne i det efterfølgende omsætningsled. Følgelig vil indkøbscentralen sandsynligvis ikke give anledning til konkurrencebegrænsende virkninger som omhandlet i artikel 101, stk. 1.

224. Informationsudveksling

Eksempel 4

Situation: Tre konkurrerende producenter A, B og C overlader det til en uafhængig fælles indkøbscentral at indkøbe produktet Z, der er et mellemprodukt, som de tre parter bruger i deres produktion af det endelige produkt X. Produktionsomkostningerne er en vigtig omkostningsfaktor i forbindelse med Z. Den fælles indkøbscentral konkurrerer ikke med parterne på afsætningsmarkedet for X. Alle de nødvendige oplysninger om indkøbene (f.eks. kvalitetsspecifikationer, mængder, leveringstidspunkter, maksimumskøbspriser) videregives kun til den fælles indkøbscentral, ikke til de øvrige parter. Den fælles indkøbscentral aftaler købspriserne med leverandørerne. A, B og C har tilsammen en markedsandel på 30 % på hvert af indkøbs- og afsætningsmarkederne. De har seks konkurrenter på indkøbs- og afsætningsmarkederne, hvoraf to af dem har en markedsandel på 20 %.

Analyse: Da der ikke foregår nogen direkte informationsudveksling mellem parterne, vil videregivelsen af de oplysninger, der er nødvendige for indkøbene, til den fælles indkøbscentral ikke kunne føre til hemmelig samordning. Det er derfor usandsynligt, at informationsudvekslingen vil kunne få konkurrencebegrænsende virkninger som omhandlet i artikel 101, stk. 1.

6. MARKEDSFØRINGSÅFTALER

6.1. Definition

225. Markedsføringsaftaler vedrører samarbejde mellem konkurrenter om afsætning og distribution af eller salg fremstød for deres substitutionsprodukter. Denne type aftale kan have vidt forskelligt omfang afhængigt af de marketingfunktioner, som samarbejdet omfatter. I den ene ende af spektret findes den fælles afsætning, der kan føre til en fælles fastlæggelse af alle kommercielle aspekter i forbindelse med salget af et produkt, herunder prisen. I den anden ende findes de mere begrænsede aftaler, der kun vedrører en bestemt marketingfunktion, såsom distribution, eftersalgsservice eller reklamevirksomhed.
226. En vigtig kategori under disse mere begrænsede aftaler er distributionsaftaler. Gruppefritagelsesforordningen for vertikale begrænsninger og retningslinjerne for vertikale begrænsninger omfatter generelt distributionsaftaler, medmindre aftaleparterne er faktiske eller potentielle konkurrenter. Hvis parterne er konkurrenter, omfatter gruppefritagelsesforordningen for vertikale begrænsninger kun ikke-gensidige vertikale aftaler mellem konkurrenter på betingelse af, at (a) udbyderen er producent og distributør, mens aftageren er distributør og ikke en konkurrerende virksomhed på produktionsniveau, eller at (b) udbyderen er leverandør af tjenesteydelser i flere omsætningsled, mens aftageren leverer sine varer og tjenester i detailledet og ikke leverer konkurrerende tjenesteydelser i det omsætningsled, hvor kontraktudførelsen købes⁽¹⁾.
227. Hvis konkurrenter aftaler at distribuere deres substitutionsprodukter på gensidigt grundlag (især hvis de gør det på forskellige geografiske markeder), er der i visse tilfælde mulighed for, at aftalerne har til formål eller til følge at opdele markederne mellem parterne, eller at de fører til hemmelig samordning. Det samme kan være tilfældet for ikke-gensidige aftaler mellem konkurrenter. Gensidige og ikke-gensidige aftaler mellem konkurrenter skal derfor først vurderes på grundlag af de principper, der er fastsat i dette kapitel. Hvis vurderingen fører til den konklusion, at et distributionssamarbejde mellem konkurrenter principielt kan accepteres, skal der foretages en yderligere vurdering for at undersøge de vertikale begrænsninger, som disse aftaler indebærer. Dette andet trin i vurderingen bør ske på grundlag af principperne i retningslinjerne for vertikale begrænsninger.
228. Der bør desuden skelnes mellem aftaler, der kun vedrører fælles markedsføring, og aftaler, hvor markedsføringen er knyttet til en anden type samarbejde på markedet i det foregående omsætningsled, såsom fælles produktion eller fælles indkøb. Når markedsføringsaftaler, som omfatter flere forskellige trin i samarbejdet, analyseres er det nødvendigt at fastlægge samarbejdets tyngdepunkt i overensstemmelse med punkt 13 og 14.

6.2. Relevante markeder

229. For at vurdere konkurrenceforholdet mellem parterne skal der foretages en afgrænsning af det relevante produktmarked eller de relevante produktmarkeder og det eller de relevante geografiske markeder, der berøres direkte af samarbejdet (dvs. det eller de markeder, som aftaleprodukterne tilhører). Da en markedsføringsaftale på et marked også kan påvirke parternes konkurrencemæssige adfærd på et tilstødende marked, der er nært beslægtet med det marked, som berøres direkte af samarbejdet, skal der også foretages en afgrænsning af det eventuelle tilstødende marked. Et sådant tilstødende marked kan være horisontalt eller vertikalt forbundet med det marked, hvor samarbejdet finder sted.

⁽¹⁾ Artikel 2, stk. 4, i gruppefritagelsesforordningen for vertikale begrænsninger.

6.3. Vurdering efter artikel 101, stk. 1

6.3.1. De vigtigste konkurrenceproblemer

230. Markedsføringsaftaler kan medføre konkurrencebegrænsninger på flere måder. Først og fremmest kan markedsføringsaftaler kan føre til prisfastsættelse.
231. For det andet kan markedsføringsaftaler også gøre det lettere at begrænse produktionen, da parterne kan beslutte, hvor store mængder af produktet der skal bringes på markedet, og derved begrænse udbuddet.
232. For det tredje kan markedsføringsaftaler blive et middel for parterne til at opdele markederne eller fordele ordrer eller kunder, f.eks. i tilfælde, hvor parternes produktionsanlæg er beliggende på forskellige geografiske markeder, eller hvor aftalerne er gensidige.
233. Endelig kan markedsføringsaftaler også føre til udveksling af strategiske oplysninger om aspekter inden for eller uden for samarbejdet eller til en ensartet omkostningsstruktur - især med hensyn til aftaler, der ikke omfatter prisfastsættelse - hvilket kan medføre hemmelig samordning.

6.3.2. Konkurrencebegrænsende formål

234. Prisfastsættelse er et af de vigtigste konkurrencemæssige problemer i forbindelse med markedsføringsaftaler mellem konkurrenter. Aftaler, der kun omfatter fælles afsætning, har generelt til formål at samordne konkurrerende producenters eller serviceudbyderes prispolitik. Sådanne aftaler kan ikke blot udelukke parternes priskonkurrence med hensyn til substitutionsprodukter, men kan også begrænse parternes samlede produktleverancer i forbindelse med et ordrefordelingssystem. Derfor vil sådanne aftaler sandsynligvis have et konkurrencebegrænsende formål.
235. Denne vurdering ændrer sig ikke, hvis aftalen ikke er eksklusiv, dvs. hvis parterne frit kan sælge individuelt uden for aftalens rammer, så længe det kan antages, at aftalen vil medføre en generel samordning af parternes priser.
236. Et andet specifikt konkurrenceproblem vedrørende distributionsaftaler mellem parter, der opererer på forskellige geografiske markeder, er, at de kan være et middel til markedsopdeling. Hvis parterne benytter en gensidig distributionsaftale til at distribuere hinandens produkter med det formål udelukke faktisk eller potentiel konkurrence mellem dem ved forsætligt at fordele markeder eller kunder, er det sandsynligt, at aftalen vil have til formål at begrænse konkurrencen. Hvis aftalen ikke er gensidig, er risikoen for markedsopdeling mindre. Det skal dog vurderes, om den ikke-gensidige aftale danner grundlag for en fælles forståelse, der går ud på at undgå, at parterne trænger ind på hinandens markeder.

6.3.3. Konkurrencebegrænsende virkninger

237. En markedsføringsaftale vil normalt ikke kunne skabe konkurrenceproblemer, hvis den objektivt set er nødvendig for, at en part kan komme ind på et marked, som den pågældende ikke kunne være kommet ind på alene eller sammen med færre parter end dem, der faktisk deltager i samarbejdet, f.eks. på grund af de omkostninger, det indebærer. Et konkret eksempel herpå er konsortieaftaler, der giver de pågældende virksomheder mulighed for at deltage i projekter, som de ikke ville have kunnet gennemføre enkeltvis. Da parterne i konsortieaftaler derfor ikke er potentielle konkurrenter i forbindelse med gennemførelsen af projektet, foreligger der ingen begrænsning af konkurrencen som omhandlet i artikel 101, stk.1.
238. Det er heller ikke alle gensidige distributionsaftaler, der har til formål at begrænse konkurrencen. Afhængigt af de forhold, der gør sig gældende i den konkrete sag, kan nogle gensidige distributionsaftaler dog have konkurrencebegrænsende virkninger. Det er et nøglespørgsmål i forbindelse med vurderingen af denne type aftaler, om den pågældende aftale objektivt set er nødvendig for, at parterne

kan komme ind på hinandens marked. Hvis aftalen er nødvendig, skaber den ingen konkurrencemæssige problemer af horisontal karakter. Hvis den derimod begrænser den ene parts incitament til og muligheder for at træffe selvstændige beslutninger om at komme ind på de andre parter markeder, er det sandsynligt, at den får konkurrencebegrænsende virkninger. Det samme gør sig gældende for ikke-gensidige aftaler, hvor der dog er mindre risiko for konkurrencebegrænsende virkninger.

239. Desuden kan en distributionsaftale få konkurrencebegrænsende virkninger, hvis den indeholder vertikale begrænsninger, såsom begrænsninger med hensyn til passivt salg, faste udsalgspriser osv.

Markedsstyrke

240. Markedsføringsaftaler mellem konkurrenter kan kun få konkurrencebegrænsende virkninger, hvis aftaleparterne har en vis markedsstyrke. I de fleste tilfælde er det usandsynligt, at der er tale om markedsstyrke, hvis aftaleparterne har en samlet markedsandel på højst 15 %. Hvis parternes markedsandel tilsammen ikke overstiger 15 %, er det under alle omstændigheder sandsynligt, at betingelserne i artikel 101, stk. 3, er opfyldt.
241. Hvis parternes samlede markedsandel overstiger 15 %, falder deres aftale udenfor »safe harbour« i punkt 240, og det skal derfor vurderes, hvorledes aftalen om fælles markedsføring vil kunne påvirke markedet.

Hemmelig samordning

242. En aftale om fælles markedsføring, der ikke omfatter prisfastsættelse, vil også kunne få konkurrencebegrænsende virkninger, hvis den gør parternes variable omkostninger mere ensartede i et sådant omfang, at det sandsynligvis vil føre til hemmelig samordning. Dette vil sandsynligvis være tilfældet med en aftale om fælles markedsføring, hvis parterne allerede inden aftalens indgåelse havde en stor andel af de variable omkostninger til fælles, da den supplerende del (dvs. omkostningerne ved markedsføring af det produkt, der er omfattet af aftalen) kan være udslagsgivende. Hvis den supplerende del derimod er betydelig, kan risikoen for hemmelig samordning være stor, selv om omkostningsstrukturen oprindeligt ikke var særlig ensartet.
243. Hvor sandsynlig hemmelig samordning er, afhænger af parternes markedsstyrke og de særlige forhold, der præger det relevante marked. En ensartet omkostningsstruktur kan kun øge risikoen for hemmelig samordning, hvis parterne har markedsstyrke, og hvis markedsføringsomkostningerne udgør en stor del af de variable omkostninger ved de pågældende produkter. Dette er f.eks. ikke tilfældet med ensartede produkter, hvor produktionen er den største omkostningsfaktor. Ensartede markedsføringsomkostninger øger dog risikoen for hemmelig samordning, hvis markedsføringsaftalen vedrører produkter, som indebærer omkostningskrævende markedsføring, f.eks. store distributions- eller marketingomkostninger. Aftaler om fælles reklamevirksomhed eller fælles salg fremstød kan derfor også få konkurrencebegrænsende virkninger, hvis disse omkostninger udgør en betydelig omkostningsfaktor.
244. Fælles markedsføring omfatter normalt udveksling af følsomme kommercielle oplysninger, især om marketingstrategi og prisfastsættelse. I forbindelse med de fleste markedsføringsaftaler er der behov for en vis informationsudveksling, for at aftalen kan gennemføres. Det er derfor nødvendigt at efterprøve, om informationsudvekslingen kan medføre hemmelig samordning med hensyn til parternes aktiviteter inden for og uden for samarbejdet. Eventuelle negative virkninger som følge af udvekslingen af oplysninger vil ikke blive vurderet særskilt, men på grundlag af aftalens samlede virkninger.
245. Når f.eks. parterne i en aftale om fælles reklamevirksomhed udveksler prisoplysninger, kan det medføre hemmelig samordning med hensyn til salget af produkter, som er genstand for den fælles reklamevirksomhed. Under alle omstændigheder går udvekslingen af sådanne oplysninger som led i en aftale om fælles reklamevirksomhed videre end det, der er nødvendigt for at gennemføre aftalen. Hvilke konkurrencebegrænsende virkninger informationsudveksling i forbindelse med markedsføringsaftaler vil kunne få, afhænger af markedets karakteristika og de fælles data og bør vurderes på baggrund af retningslinjerne i kapitel 2.

6.4. Vurdering efter artikel 101, stk. 3

6.4.1. Effektivitetsgevinster

246. Markedsføringsaftaler kan medføre betydelige effektivitetsgevinster. De effektivitetsgevinster, der skal tages i betragtning ved vurderingen af, om en markedsføringsaftale opfylder kriterierne i artikel 101, stk. 3, vil afhænge af aktiviteterens art og samarbejdspartnerne. Prisfastsættelse er normalt ikke berettiget, medmindre den er nødvendig for integreringen af andre marketingfunktioner, og denne integrering vil skabe betydelige effektivitetsgevinster. Fælles distribution kan skabe betydelige effektivitetsgevinster på grund af stordrifts- og synergifordele, især for mindre producenter.
247. Desuden må effektivitetsgevinsterne ikke være besparelser, der kun skyldes afskaffelse af konkurrencerelaterede omkostninger, men skal skyldes integration af økonomiske aktiviteter. En nedbringelse af transportomkostningerne, der kun skyldes en kundefordeling uden integrering af det logistiske system, kan derfor ikke betragtes som en effektivitetsgevinst som omhandlet i artikel 101, stk. 3.
248. Aftaleparterne skal påvise effektivitetsgevinsterne. Det vil i denne forbindelse være vigtigt, at begge parter bidrager med en betydelig kapital, teknologi eller andre aktiver. Omkostningsbesparelser ved at fjerne dobbeltanvendelse af ressourcer og anlæg kan også accepteres. Hvis den fælles markedsføring derimod kun omfatter et salgsagentur uden investeringer, er det sandsynligt, at der er tale om et skjult kartel, og i så fald er betingelserne i artikel 101, stk. 3, ikke opfyldt.

6.4.2. Nødvendige begrænsninger

249. Begrænsninger, der strækker sig ud over det, der er nødvendigt for at opnå de effektivitetsgevinster, som en markedsføringsaftale medfører, opfylder ikke betingelserne i artikel 101, stk. 3. Spørgsmålet om, hvorvidt begrænsningerne er nødvendige, er især vigtigt i forbindelse med de aftaler, der vedrører prisfastsættelse eller markedsdeling, hvilket kun kan anses for nødvendigt under ganske ekstraordinære omstændigheder.

6.4.3. Fordele for forbrugerne

250. Effektivitetsgevinster, der opnås ved nødvendige begrænsninger, skal komme forbrugerne til gode i et sådant omfang, at det opvejer markedsføringsaftalens konkurrencebegrænsende virkninger. Dette kan ske i form af lavere priser eller bedre produktkvalitet eller større produktsortiment. Jo større parternes markedsstyrke er, desto mindre sandsynligt er det dog, at effektivitetsgevinsterne vil komme forbrugerne til gode i et sådant omfang, at det opvejer de konkurrencebegrænsende virkninger. Hvis parterne tilsammen har en markedsandel på under 15 %, er det sandsynligt, at dokumenterede effektivitetsgevinster, som aftalen medfører, vil komme forbrugerne til gode.

6.4.4. Ingen udelukkelse af konkurrencen

251. Kriterierne i artikel 101, stk. 3, er ikke opfyldt, hvis parterne kan udelukke konkurrencen for en væsentlig del af de pågældende produkter. Dette skal undersøges på det relevante marked, som aftaleprodukterne tilhører, og på eventuelle »spill-over«-markeder.

6.5. Eksempler

252. Fælles markedsføring, som er en forudsætning for markedsadgang

Eksempel 1

Situation: Fire virksomheder, der i en stor by tæt på grænsen til en anden medlemsstat udbyder vaskeriydelser og hver har en markedsandel på 3 % inden for denne sektor i en enkelt by, aftaler at oprette en fælles markedsføringsafdeling for salg af vaskeriydelser til institutionelle kunder (dvs. hoteller, hospitaler, kontorer), samtidig med at de bevarer deres uafhængighed og frihed til at konkurrere om lokale individuelle kunder. Med henblik på det nye efterspørgselssegment (de institutionelle kunder) udvikler de et nyt fælles varemærke, en fælles pris og fælles standardvilkår, bl.a. en maksimal leveringsperiode på 24 timer samt tidsplaner for levering. De opretter et fælles kontaktcenter, hvor de institutionelle kunder kan aftale afhentning og/eller levering. De ansætter

en receptionist (til kontaktcentret) og en række chauffører. De investerer desuden i varevogne til levering og i salgsfremstød for at gøre sig mere synlige. Aftalen reducerer ikke deres individuelle infrastrukturomkostninger helt (idet de opretholder deres egne lokaler og fortsat konkurrerer med hinanden om individuelle lokale kunder), men den øger deres stordriftsfordele og giver dem mulighed for at tilbyde andre typer kunder en mere omfattende service, der omfatter længere åbningstider og levering til et større geografisk område. For at sikre projektets rentabilitet er det nødvendigt, at de indgår aftalen alle fire. Markedet er meget fragmenteret, og ingen konkurrent har en markedsandel på over 15 %.

Analyse: Selv om parternes fælles markedsandel er på under 15 %, betyder det forhold, at aftalen indebærer prisfastsættelse, at artikel 101, stk. 1, kan finde anvendelse. Parterne ville dog ikke have været i stand til at trænge ind på markedet for vaskeriydelser til institutionelle kunder, hverken enkeltvis eller i samarbejde med færre parter end de fire, der for øjeblikket deltager i aftalen. Aftalen vil således ikke give anledning til konkurrenceproblemer, uanset begrænsningen vedrørende prisfastsættelse, som i dette tilfælde kan anses for nødvendig for at fremme det fælles varemærke og sikre, at projektet bliver en succes.

253. Markedsføringsaftale mellem flere parter end nødvendigt for at sikre markedsadgang

Eksempel 2

Situation: Der gør sig de samme forhold gældende som i eksempel 1, punkt 252, dog med en vigtig forskel: for at sikre projektets rentabilitet kunne aftalen være gennemført af kun tre af parterne (i stedet for de fire, der faktisk deltager i samarbejdet).

Analyse: Selv om parternes fælles markedsandel er på under 15 %, betyder det forhold, at aftalen indebærer prisfastsættelse og kunne være gennemført af færre end fire parter, at artikel 101, stk. 1, finder anvendelse. Aftalen skal derfor vurderes på grundlag af artikel 101, stk. 3. Aftalen medfører effektivitetsgevinster, da parterne nu er i stand til at tilbyde en ny kundekategori bedre service i større omfang (hvilket de ikke ville have kunnet hver for sig). På baggrund af parternes samlede markedsandel på under 15 % er det sandsynligt, at de i tilstrækkeligt omfang vil lade eventuelle effektivitetsgevinster komme forbrugerne til gode. Det er desuden nødvendigt at undersøge, om de begrænsninger, aftalen medfører, er nødvendige for at opnå effektivitetsgevinsterne, og om aftalen udelukker konkurrencen. I betragtning af, at aftalen har til formål at yde en yderligere kundekategori en mere omfattende service (herunder levering, hvilket ikke var tilfældet tidligere) under et enkelt varemærke på fælles standardvilkår, kan prisfastsættelsen anses for nødvendig for at fremme salget af det fælles mærke og for at sikre projektets succes og de deraf følgende effektivitetsgevinster. I betragtning af det fragmenterede marked vil aftalen heller ikke udelukke konkurrencen. Det forhold, at der er fire aftalparter (i stedet for de tre, som ville have været strengt nødvendige), muliggør øget kapacitet og bidrager samtidig til, at de kan efterkomme efterspørgslen fra en række institutionelle kunder i overensstemmelse med standardvilkårene (dvs. overholdelse af maksimale leveringsfrister). Effektivitetsgevinsterne vil således kunne opveje de begrænsninger, som den mindskede konkurrence mellem parterne medfører, og det er derfor sandsynligt, at aftalen opfylder betingelserne i artikel 101, stk. 3.

254. Fælles internetplatform

Eksempel 3

Situation: En række små specialforretninger i et medlemsstat tilslutter sig en elektronisk webbaseret platform for salg fremmende foranstaltninger samt for salg og levering af gave(frugt)kurve. Der findes en række konkurrerende webbaserede platforme. Ved hjælp af et månedligt gebyr deler de

driftsomkostningerne ved platformen og investerer i fællesskab i salgsmæssigt. Gennem webstedet, hvor der tilbydes en lang række forskellige typer gavekurve, bestiller (og betaler) kunderne den type gavekurv, de ønsker at få leveret. Ordren tildeles derpå den specialforretning, der ligger nærmest leveringsadressen. Forretningerne afholder hver især omkostningerne ved sammensætning af gavekurven og leveringen af den til kunden. De modtager 90 % af slutprisen, som fastsættes af den webbaserede platform og er ens for alle deltagende specialforretninger, mens de resterende 10 % anvendes til fælles salgsmæssigt og driftsomkostningerne ved den webbaserede platform. Bortset fra betalingen af det månedlige gebyr er der ingen andre begrænsninger for specialforretningernes deltagelse i platformen på hele det nationale område. Desuden kan specialforretninger, der selv har et websted, sælge gave(frugt)kurve på internettet i deres eget navn (hvilket de i visse tilfælde også gør) og dermed stadig konkurrere indbyrdes uden for samarbejdet gennem den webbaserede platform. Kunder, der handler via den webbaserede platform, er sikret levering af frugtkurvene samme dag, og de kan også vælge et leveringstidspunkt, der passer dem.

Analyse: Selv om aftalen er begrænset, idet den kun omfatter fælles salg af en bestemt type produkt gennem en specifik markedsføringskanal (den webbaserede platform) og omfatter prisfastsættelse, er det sandsynligt, at den vil have et konkurrencebegrænsende formål, og den skal derfor vurderes på grundlag af artikel 101, stk. 3. Aftalen medfører effektivitetsgevinster i form af større valgmuligheder, bedre service og reduktion af søgeomkostningerne, hvilket gavner forbrugerne og sandsynligvis vil opveje aftalens konkurrencebegrænsende virkninger. Da de specialforretninger, der deltager i samarbejdet, fortsat kan operere hver for sig og konkurrere indbyrdes, både gennem deres forretninger og via internettet, kan begrænsningen i form af prisfastsættelse anses for nødvendig for fremme af produktet (fordi kunderne, når de handler gennem webplatformen, ikke ved, hos hvem de køber gavekurven, og ikke ønsker at skulle tage stilling til en lang række forskellige priser) og for de deraf følgende effektivitetsgevinster. Da aftalen ikke indeholder andre begrænsninger, opfylder den kriterierne i artikel 101, stk. 3. Da der findes andre konkurrerende webbaserede platforme, og parterne fortsat konkurrerer med hinanden, via deres butikker eller over internettet, vil konkurrencen heller ikke blive udelukket.

255. Salgsjointventure

Eksempel 4

Situation: Virksomhederne A og B, som hører hjemme i to forskellige medlemsstater, fremstiller cykeldæk. De har tilsammen en markedsandel på 14 % på det EU-dækkende marked for cykeldæk. De beslutter at oprette et (ikke selvstændigt fungerende) joint venture, som skal afsætte deres dæk til cykelproducenter, og aftaler, at de vil sælge hele deres produktion gennem joint venturet. Parternes produktions- og transportinfrastruktur forbliver adskilt. Parterne hævder, at aftalen vil medføre betydelige effektivitetsgevinster. Disse gevinster vil fortrinsvis bestå i øgede stordriftsfordele og virksomhedernes mulighed for at efterkomme efterspørgslen fra deres eksisterende og potentielle nye kunder og for bedre at kunne konkurrere med importerede dæk, som er fremstillet i tredjelande. Joint venturet forhandler om priserne og fordeler ordrene til det nærmeste produktionsanlæg, hvorved det rationaliserer transportomkostningerne ved levering til kunden.

Analyse: Selv om parternes samlede markedsandel er på under 15 %, falder aftalen ind under artikel 101, stk. 1. Den har til formål at begrænse konkurrencen, da den indebærer, at joint venturet fordeler kunderne og fastsætter priserne. De effektivitetsgevinster, som parterne hævder, at aftalen medfører, skyldes ikke integrering af økonomiske aktiviteter eller fælles investeringer. Joint venturet vil få et meget begrænset råderum og vil kun tjene som formidler ved fordelingen af ordrene til produktionsanlæggene. Det er derfor usandsynligt, at eventuelle effektivitetsgevinster vil komme forbrugerne til gode i et sådant omfang, at det opvejer aftalens konkurrencebegrænsende virkninger. Betingelserne i artikel 101, stk. 3, vil således ikke være opfyldt.

256. Forbud mod »kundefiskeri« i aftale om udlicitering af tjenesteydelser

Eksempel 5

Situation: Virksomhederne A og B er to konkurrerende udbydere af rengøring af erhvervslokaler, og de har begge en markedsandel på 15 %. Der er flere andre konkurrenter med markedsandele på mellem 10 og 15 %. Virksomhed A har (ensidigt) besluttet kun at koncentrere sig om store kunder i fremtiden, da betjening af både store og små kunder har vist sig at kræve en ret forskellig tilrettelæggelse af arbejdet. Virksomhed A har derfor besluttet ikke længere at indgå kontrakter med små nye kunder. Desuden indgår virksomhederne A og B en udliciteringsaftale om, at virksomhed B leverer rengøringsydelser direkte til virksomhed A's eksisterende små kunder (som udgør en tredjedel af virksomhedens kundeunderlag). Samtidig er virksomhed A interesseret i ikke at miste forbindelsen med disse kunder og vil derfor fortsat bibeholde sine kontrakter med de små kunder, men overlade den direkte levering af rengøringsydelserne til virksomhed B. For at gennemføre udliciteringsaftalen må virksomhed A nødvendigvis give virksomhed B oplysning om identiteten på virksomhed A's små kunder, som aftalen omfatter. Da virksomhed A er bange for, at virksomhed B vil forsøge at overtage disse kunder ved at tilbyde dem billigere direkte ydelser (uden om virksomhed A), insisterer virksomhed A på, at aftalen skal indeholde en klausul, der forbyder »kundefiskeri«. Ifølge klausulen må virksomhed B ikke kontakte de små kunder, der er omfattet af udliciteringsaftalen, med henblik på direkte levering af rengøringsydelser til dem. Desuden aftaler virksomhederne A og B, at virksomhed B heller ikke må levere direkte ydelser til disse kunder, hvis de henvender sig til B. Uden klausulen vil virksomhed A ikke indgå nogen udliciteringsaftale med virksomhed B eller nogen anden virksomhed.

Analyse: Udliciteringsaftalen fjerner virksomhed B som en uafhængig udbyder af rengøringsydelser til virksomhed A's små kunder, da de ikke længere vil kunne indgå direkte kontrakter med virksomhed B. Disse kunder udgør dog kun en tredjedel af virksomhed A's kundeunderlag, dvs. 5 % af markedet. De vil imidlertid kunne henvende sig til virksomhed A's og B's konkurrenter, som tegner sig for 70 % af markedet. Udliciteringsaftalen vil derfor ikke sætte virksomhed A i stand til at foretage en rentabel forhøjelse af de priser, der anvendes over for kunder, som udliciteringsaftalen omfatter. Udliciteringsaftalen vil sandsynligvis heller ikke medføre hemmelig samordning, da virksomhederne A og B kun har en markedsandel på 30 % tilsammen og også har flere konkurrenter med markedsandele svarende til virksomhed A's og B's individuelle markedsandele. Desuden vil den omstændighed, at betjeningen af store og små kunder er ret forskellig, mindske risikoen for, at udliciteringsaftalen får afsmittende virkninger på virksomhed A's og B's adfærd, når de konkurrerer om store kunder. Det er derfor usandsynligt, at denne udliciteringsaftale vil kunne få konkurrencebegrænsende virkninger som omhandlet i artikel 101, stk. 1.

7. STANDARDISERINGSAFTALER

7.1. Definition

Standardiseringsaftaler

257. Standardiseringsaftaler har hovedsagelig til formål at fastlægge tekniske eller kvalitetsmæssige krav, som eksisterende eller fremtidige produkter, produktionsprocesser, tjenesteydelser eller metoder skal opfylde⁽¹⁾. Standardiseringsaftaler kan vedrøre forskellige områder, såsom standardisering af et bestemt produkts forskellige kvaliteter eller størrelser eller tekniske specifikationer på produkt- eller tjenestemarkeder, hvor det er vigtigt, at produkterne er driftskompatible med andre produkter eller systemer. Betingelserne for adgang til et bestemt kvalitetsmærke eller for en regulerende myndigheds godkendelse, kan også betragtes som en standard. Aftaler, der fastsætter standarder for produkternes eller produktionsprocessernes miljøvirkninger, er også omfattet af dette kapitel.

⁽¹⁾ Standardisering kan antage forskellige former lige fra anerkendte europæiske eller nationale standardiseringsorganisationers vedtagelse af nationale standarder over konsortier og lignende til aftaler mellem uafhængige selskaber.

258. Forberedelsen og udarbejdelsen af tekniske standarder som en del af udøvelsen af offentlige beføjelser er ikke omfattet af disse retningslinjer ⁽¹⁾. De europæiske standardiseringsorganisationer, som er anerkendt i henhold til Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 98/34/EF om en informationsprocedure med hensyn til tekniske standarder og forskrifter og om regler for informationssamfundets tjenester ⁽²⁾, er undergivet konkurrencereglerne, for så vidt som de kan betragtes som en virksomhed eller en sammenslutning af virksomheder som omhandlet i artikel 101 og 102 ⁽³⁾. Standarder i forbindelse med udøvelse af et erhverv, f.eks. regler for adgang til at udøve et liberalt erhverv, er ikke omfattet af disse retningslinjer.

Standardbetingelser

259. I visse erhvervsgræne anvender virksomhederne standardbetingelser for salg eller køb, som er udarbejdet af en brancheforening eller direkte af konkurrenterne («standardbetingelser» ⁽⁴⁾). Sådanne standardbetingelser er omfattet af disse retningslinjer, for så vidt som de udgør standardbetingelser for salg eller køb af varer eller tjenesteydelser mellem konkurrenter og forbrugere (og ikke købs- eller købsbetingelser mellem konkurrenter), når det gælder substitutionsprodukter. Når sådanne standardbetingelser anvendes i vid udstrækning i en erhvervsgræn, kan de købs- eller salgsbetingelser, der anvendes i den pågældende erhvervsgræn i praksis blive tilpasset efter hinanden ⁽⁵⁾. Som eksempel på erhvervsgræne, hvor standardbetingelser spiller en væsentlig rolle, kan nævnes banksektoren (f.eks. kontovilkår) og forsikringssektoren.
260. Standardbetingelser, som en bestemt virksomhed selv udarbejder udelukkende til sit eget brug, når den indgår kontrakter med leverandører eller kunder, er ikke horisontale aftaler og er derfor ikke omfattet af disse retningslinjer.

7.2. Relevante markeder

261. Standardiseringsaftaler kan få virkninger på fire markeder, der afgrænses efter Kommissionens meddelelse om markedsafgrænsning. For det første kan fastsættelse af standarder påvirke produkt- eller tjenestemarkedet eller markederne, som standarderne vedrører. For det andet kan det påvirke det relevante teknologimarked, hvis fastsættelsen af standarder omfatter udvælgelse af teknologier, og hvis intellektuelle ejendomsrettigheder afsættes særskilt i forhold til de produkter, de vedrører ⁽⁶⁾. For det tredje kan standardiseringsmarkedet blive påvirket, hvis der findes forskellige standardiseringsorganisationer eller -aftaler. For det fjerde kan fastsættelse af standarder påvirke et eventuelt særskilt marked for afprøvning og godkendelse.
262. Hvad angår standardbetingelser, mærkes virkningerne normalt på markedet i det efterfølgende omsætningsled, hvor de virksomheder, der anvender standardbetingelserne, konkurrerer om salget af deres produkt til kunderne.

7.3. Vurdering efter artikel 101, stk. 1

7.3.1. De vigtigste konkurrenceproblemer

Standardiseringsaftaler

263. Standardiseringsaftaler har normalt betydelige positive økonomiske virkninger ⁽⁷⁾, f.eks. ved at fremme den økonomiske integration på det indre marked og udviklingen af nye og bedre produkter eller markeder og bedre leveringsbetingelser. Standarder skærper derfor normalt konkurrencen og mindsker

⁽¹⁾ Se sag C-113/07, *SELEX*, Sml. 2009 I, s. 2207, præmis 92.

⁽²⁾ EFT L 204 af 21.7.1998, s. 37.

⁽³⁾ Se Domstolens Dom af 12. maj 2010 i sag T-432/05, *EMC Development AB mod Kommissionen*, endnu ikke offentliggjort.

⁽⁴⁾ Sådanne standardbetingelser omfatter måske kun meget få bestemmelser i den endelige kontrakt eller i en stor del af den.

⁽⁵⁾ Dette henviser til en situation, hvor (ikke retligt bindende) standardbetingelser i praksis anvendes af størstedelen af den pågældende erhvervsgræn og/eller for de fleste aspekter ved produktet/tjenesteydelsen og dermed fører til, at forbrugernes valgmuligheder begrænses eller endog forsvinder.

⁽⁶⁾ Se kapitel 3 om F&U-aftaler.

⁽⁷⁾ Se også punkt 308.

produktions- og salgsomkostningerne og gavner dermed økonomien som helhed. Standarder kan opretholde og forbedre kvaliteten, give information og sikre driftskompatibilitet (og derved øge værdien for forbrugerne).

264. Fastsættelse af standarder kan dog under visse omstændigheder få konkurrencebegrænsende virkninger ved potentielt at begrænse priskonkurrencen eller begrænse eller kontrollere produktionen, markederne, innovationen eller den tekniske udvikling. Dette kan hovedsagelig ske på tre måder, nemlig ved mindskelse af priskonkurrencen, afskærmning af markeder for innovative teknologier og udelukkelse eller forskelsbehandling af visse virksomheder ved at hindre effektiv adgang til standarden.
265. For det første kan det, hvis virksomheder gennemfører konkurrencebegrænsende drøftelser som led i fastsættelsen af standarder, mindske eller fjerne priskonkurrencen på de berørte markeder og dermed lette hemmelig samordning på markedet ⁽¹⁾.
266. For det andet kan standarder, der fastlægger detaljerede tekniske specifikationer for et produkt eller en tjenesteydelse, begrænse den tekniske udvikling og innovation. Mens der udvikles en standard, kan alternative teknologier konkurrere om at blive optaget i standarden. Når først der er udvalgt en teknologi, og standarden er fastsat, kan der opstå en adgangsbarriere for konkurrerende teknologier og virksomheder, som kan blive udelukket fra markedet. Standarder, der kræver, at der udelukkende anvendes en bestemt teknologi, eller forhindrer udvikling af andre teknologier ved at gøre medlemmerne af standardiseringsorganisationen forpligtede til udelukkende at anvende en bestemt standard, kan få samme virkning. Risikoen for begrænsning af innovationen øges, hvis en eller flere virksomheder uberettiget udelukkes fra standardiseringsprocessen.
267. I forbindelse med standarder, der involverer intellektuelle ejendomsrettigheder (IPR) ⁽²⁾, kan der teoretisk set skelnes mellem tre hovedgrupper af virksomheder med forskellige interesser i fastsættelsen af standarder ⁽³⁾. For det første er der virksomheder, der kun opererer på markedet i det foregående omsætningsled og udelukkende udvikler og markedsfører teknologierne. Deres eneste indtægtskilde er licensindtægter, og de har incitament til at maksimere deres licensafgifter. For det andet er der virksomheder, der kun opererer på markedet i det efterfølgende omsætningsled og udelukkende fremstiller produkter eller udbyder tjenester, der er baseret på teknologier, som andre har udviklet, og som ikke er i besiddelse af relevante IPR. Licensafgifter udgør en omkostning for dem og ikke en indtægtskilde, og de har incitament til at mindske eller undgå licensafgifterne. Endelig er der vertikalt integrerede virksomheder, som både udvikler teknologi og sælger produkter. De har blandede incitamenter. På den ene side kan de opnå licensindtægter af deres IPR. På den anden side skal de måske betale licensafgifter til andre virksomheder, som har intellektuelle ejendomsrettigheder, der er væsentlige for standarden. De kunne derfor meddele krydslicens på deres væsentlige IPR til gengæld for andre virksomheders væsentlige IPR.
268. For det tredje kan standardisering få konkurrenceskadelige resultater ved at forhindre visse virksomheder i at få effektiv adgang til resultaterne af standardiseringsprocessen (dvs. specifikationen og/eller IPR, som er væsentlige for gennemførelsen af standarden). Hvis en virksomhed enten forhindres fuldstændigt i at få adgang til resultaterne af standarden eller kun får adgang på prohibitive eller diskriminerende betingelser, er der risiko for en konkurrencebegrænsende virkning. Et system, hvor potentielt relevante IPR afsløres på forhånd, kan øge sandsynligheden for, at der gives effektiv adgang til standarden, fordi det giver deltagerne mulighed for at påvise, hvilke teknologier der er omfattet af IPR, og hvilke der ikke er. Herved får deltagerne mulighed for både at tage hensyn til den potentielle virkning for den endelige pris på resultatet af standarden (f.eks. vil det sandsynligvis få en positiv indvirkning på den endelige pris, hvis der vælges en teknologi uden IPR) og at undersøge, om IPR-indehaveren er villig til at meddele licens, hvis den pågældende teknologi medtages i standarden.

⁽¹⁾ Afhængigt af kredsen af deltagere i standardiseringsprocessen, kan der forekomme begrænsninger både på udbuds- og efterspørgselssiden af markedet for det standardiserede produkt.

⁽²⁾ I forbindelse med dette kapitel henviser IPR især til patenter (bortset fra patentansøgninger, der ikke er offentliggjort). Hvis andre former for IPR i praksis giver IPR-indehaveren kontrol over anvendelsen af standarden, bør de samme principper anvendes.

⁽³⁾ I praksis anvender mange virksomheder en blanding af disse forretningsmodeller.

269. Lovgivningen om intellektuel ejendomsret og konkurrencelovgivningen har de samme målsætninger⁽¹⁾, nemlig at fremme innovation og forbedre forbrugernes velfærd. IPR fremmer en dynamisk konkurrence ved at tilskynde virksomhederne til at investere i udvikling af nye eller forbedrede produkter og produktionsmetoder. IPR er derfor generelt konkurrencefremmende. En virksomhed kan dog i forbindelse med fastsættelsen af en standard også opnå kontrol over anvendelsen af den i kraft af, at den er indehaver af IPR, som er væsentlige for gennemførelsen af standarden. Når standarden udgør en adgangsbarriere, kan virksomheden derfor kontrollere det produkt- eller tjenestemarked, som standarden vedrører. Dette kan igen sætte virksomhederne i stand til at udøve en konkurrenceskadelig adfærd, f.eks. ved at forhindre brugerne i at få adgang til den vedtagne standard enten ved at nægte at meddele licens på de nødvendige IPR eller ved at opkræve usædvanlig høje licensafgifter⁽²⁾ og dermed forhindre effektiv adgang til standarden. Selv om etablering af en standard kan give indehavere af IPR, som er væsentlige for standarden, markedsstyrke eller øge den markedsstyrke, de har i forvejen, kan det dog ikke antages, at det faktum, at en virksomhed er indehaver af eller udøver IPR, som er væsentlige for en standard, er ensbetydende med, at den også har eller udøver markedsstyrke. Spørgsmålet om markedsstyrke kan kun vurderes fra sag til sag.

Standardbetingelser

270. Standardbetingelser kan få konkurrencebegrænsende virkninger, idet de kan begrænse produktudbud og innovation. Hvis en stor del af en erhvervsgren vedtager standardbetingelserne og vælger ikke af fravige dem i konkrete tilfælde (eller kun fraviger dem i ekstraordinære tilfælde, hvor der er stor køberstyrke), har kunderne måske ikke noget andet valg end at acceptere standardbetingelserne. Risikoen for en begrænsning af udbud og innovation er dog kun sandsynlig i tilfælde, hvor standardbetingelserne definerer slutproduktets anvendelsesområde. Hvad angår typiske forbrugsvarer, vil standardbetingelser normalt ikke begrænse innovation af produktet eller produktkvalitet eller -sortiment.

271. Desuden kan standardbetingelser, afhængigt af deres indhold, risikere at påvirke de kommercielle vilkår vedrørende det endelige produkt. Der er især alvorlig risiko for, at standardbetingelser vedrørende prisen begrænser priskonkurrencen.

272. Hvis standardbetingelserne bliver almindelig praksis inden for den pågældende erhvervsgren, kan adgangen til dem desuden være afgørende for adgangen til markedet. I sådanne tilfælde kan afslag på adgang til standardbetingelserne risikere at skabe konkurrenceskadelig afskærmning. Så længe standardbetingelserne i praksis er tilgængelige for enhver, der ønsker at få adgang til dem, er det ikke sandsynligt, at de medfører konkurrenceskadelig afskærmning.

7.3.2. Konkurrencebegrænsende formål

Standardiseringsaftaler

273. Aftaler, der anvender en standard som led i en bredere restriktiv aftale, som tager sigte på at udelukke faktiske eller potentielle konkurrenter, har konkurrencebegrænsende formål. Under denne kategori hører f.eks. en aftale, hvorved en national producentsammenslutning fastsætter en standard og lægger pres på udenforstående for at få dem til at undlade at markedsføre produkter, der ikke opfylder denne standard, eller hvorved producenterne af det etablerede produkt foretager hemmelig samordning for at udelukke ny teknologi fra en allerede eksisterende standard⁽³⁾.

⁽¹⁾ Se også retningslinjerne for teknologioverførsel, punkt 7.

⁽²⁾ Høje licensafgifter kan kun anses for at være for høje, hvis betingelserne for misbrug af en dominerende stilling i -traktatens artikel 102 og EU-Domstolens retspraksis er opfyldt. Se f.eks. sag 27/76, *United Brands*, Sml. 1978, s. 207.

⁽³⁾ Se f.eks. Kommissionens beslutning i sag IV/35.691, *Præisolerede rør*, EFT L 24 af 30.1.1999, s. 1, hvor en del af overtrædelsen af artikel 101 bestod i »anvendelse af normer og standarder for at forhindre eller forsinke indførelsen af ny teknologi, der ville medføre lavere priser« (nr. 147).

274. Aftaler om at mindske konkurrencen ved at anvende formidling af oplysninger om væsentlige intellektuelle ejendomsrettigheder eller de mest restriktive licensbetingelser inden vedtagelsen af en standard som et skalkeskjul for fælles fastsættelse af priserne på enten produkterne i det efterfølgende omsætningsled eller på IPR- eller substitutionsteknologi har konkurrencebegrænsende formål ⁽¹⁾.

Standardbetingelser

275. Aftaler, der anvender standardbetingelser som led i en bredere restriktiv aftale, der tager sigte på at udelukke faktiske eller potentielle konkurrenter, har også konkurrencebegrænsende formål som omhandlet i artikel 101, stk. 1. Et eksempel herpå er en brancheforening, der ikke tillader en nytilkommen virksomhed adgang til sine standardbetingelser, hvis anvendelse er af væsentlig betydning for at sikre adgang til markedet.
276. Standardbetingelser, der indeholder bestemmelser, som direkte påvirker de priser, kunderne skal betale (dvs. vejledende priser, rabatter osv.), har konkurrencebegrænsende formål.

7.3.3. Konkurrencebegrænsende virkninger

Standardiseringsaftaler

Aftaler, som normalt ikke er konkurrencebegrænsende

277. Standardiseringsaftaler, som ikke har et konkurrencebegrænsende formål, skal analyseres i deres retlige og økonomiske sammenhæng med hensyn til deres faktiske og sandsynlige virkninger for konkurrencen. Hvis ikke der foreligger markedsstyrke ⁽²⁾, kan en standardiseringsaftale ikke skabe konkurrencebegrænsende virkninger. Derfor er det højst usandsynligt, at der vil opstå konkurrencebegrænsende virkninger i en situation, hvor der er effektiv konkurrence mellem en række frivillige standarder.
278. For de standardiseringsaftaler, der risikerer at skabe markedsstyrke, fastsættes det i punkt 280-287, på hvilke betingelser sådanne aftaler normalt vil falde uden for artikel 101, stk. 1.
279. Hvis principperne eller nogle af principperne i dette afsnit ikke er opfyldt, vil det ikke føre til en formodning om, at der foreligger en konkurrencebegrænsning som omhandlet i artikel 101, stk. 1. Det vil dog være nødvendigt at foretage en selvurdering for at fastslå, om aftalen falder ind under artikel 101, stk. 1, og om betingelserne i artikel 101, stk. 3, i så fald er opfyldt. I denne forbindelse erkendes det, at der findes forskellige standardiseringsmodeller, og at konkurrence inden for og mellem disse modeller er et positivt aspekt ved en markedsøkonomi. Standardiseringsorganisationer kan derfor fortsat frit indføre regler og procedurer, som ikke er i strid med konkurrencereglerne, men som er forskellige fra dem, der er beskrevet i punkt 280-286.
280. Når adgangen til at deltage i fastsættelsen af standarden er **ubegrænset**, og proceduren for vedtagelse af den pågældende standard er **gennemsigtig**, vil standardiseringsaftaler, som **ikke indeholder nogen forpligtelse til at opfylde** ⁽³⁾ standarden og giver tredjemand **adgang til standarden på rimelige betingelser og uden forskelsbehandling**, normalt ikke begrænse konkurrencen som omhandlet i artikel 101, stk. 1.
281. For at sikre **ubegrænset deltagelse** skal standardiseringsorganisationernes regler garantere, at alle konkurrenter på markedet eller markederne, der berøres af standarden, kan deltage i den proces, der fører til udvælgelsen af standarden. Standardiseringsorganisationerne skal også have objektive procedurer, som ikke indebærer forskelsbehandling, i forbindelse med tildeling af stemmerettigheder og eventuelt objektive kriterier for udvælgelse af den teknologi, der skal medtages i standarden.

⁽¹⁾ Dette afsnit bør ikke forhindre ensidige forhåndsoplysninger om de mest restriktive licensbetingelser, som beskrevet i punkt 299. Det forhindrer heller ikke patentpuljer, som er etableret i overensstemmelse med principperne i retningslinjerne for teknologioverførsel eller beslutningen om at meddele licens på IPR, som er væsentlige for en standard, på licensafgiftsfrie betingelser som fastsat i dette kapitel.

⁽²⁾ Se også punkt 39 ff. Hvad angår markedsandele henvises også til punkt 293.

⁽³⁾ Se også punkt 293 i denne henseende.

282. Hvad angår **gennemsigtighed**, bør standardiseringsorganisationen have procedurer, som giver aktørerne mulighed for i god tid at orientere sig om kommende, igangværende og afsluttet standardiseringsarbejde i god tid på hvert trin i udviklingen af standarden.
283. Desuden skal standardiseringsorganisationens regler sikre effektiv **adgang til standarden på rimelige betingelser og uden forskelsbehandling** ⁽¹⁾.
284. I forbindelse med en standard, der involverer IPR, vil en **klar og afvejet IPR-politik** ⁽²⁾, som er **tilpasset efter den bestemte erhvervsgrænse** og den pågældende standardiseringsorganisations behov, øge sandsynligheden for, at de, der skal gennemføre standarden, vil få effektiv adgang til den (de) standard(er), som standardiseringsorganisationen har udarbejdet.
285. For at sikre effektiv adgang til standarden, skal IPR-politikken også kræve, at de deltagende medlemmer (hvis de ønsker at få deres IPR medtaget i standarden) skriftligt afgiver et bindende tilsagn om at meddele enhver tredjemand licens på deres IPR på rimelige vilkår og uden forskelsbehandling (»FRAND-tilsagn«) ⁽³⁾. Dette tilsagn bør gives inden vedtagelsen af standarden. Samtidig bør IPR-politikken tillade IPR-indehavere at udelukke bestemt teknologi fra standardiseringsprocessen og dermed fra tilsagnet om licens, forudsat at denne udelukkelse finder sted på et tidligt tidspunkt i udviklingen af standarden. For at sikre, at FRAND-tilsagnet er effektivt, skal alle deltagende IPR-indehavere, der afgiver et sådant tilsagn, også forpligtes til at sikre, at alle virksomheder, som IPR-indehaveren overdrager sine IPR til (inkl. retten til at meddele licens på de pågældende IPR), er bundet af tilsagnet, f.eks. ved en kontraktbestemmelse mellem køber og sælger.
286. Desuden skal en IPR-politik kræve, at de deltagende medlemmer giver **oplysninger i god tro** om deres IPR, som kan være væsentlige for gennemførelsen af en standard, der er under udvikling. Dette vil sætte virksomhederne i stand til at foretage et kvalificeret valg af teknologi og derved gøre det lettere at nå den tilsigtede effektive adgang til standarden. En sådan oplysningspligt kunne bygge på løbende information, efterhånden som standarden udvikles, og på rimelige bestræbelser for at identificere de IPR, som den potentielle standard omfatter ⁽⁴⁾. Det er også tilstrækkeligt, hvis deltageren erklærer, at vedkommende vil gøre IPR-krav til en bestemt teknologi gældende (uden at identificere sine IPR-krav eller -ansøgninger). Da der ikke foreligger de samme risici med hensyn til effektiv adgang i forbindelse med en standardiseringsorganisation med licensafgiftsfrie standarder, vil oplysning om IPR ikke være relevant i denne forbindelse.

FRAND

287. FRAND-tilsagn har til formål at sikre, at væsentlig IPR-beskyttet teknologi, som er indarbejdet i en standard, er tilgængelig for brugere af den pågældende standard på rimelige vilkår og uden forskelsbehandling. FRAND-tilsagn kan især forhindre IPR-indehavere i at gøre det vanskeligt at gennemføre en standard ved at afslå at meddele licens på den eller ved at forlange urimelige (eller med andre ord alt for høje) licensafgifter, efter at virksomhederne er blevet bundet af standarden, og/eller ved at udøve forskelsbehandling ved opkrævning af licensafgifter.
288. Standardiseringsorganisationen skal ikke efterprøve, om deltagernes licensbetingelser er FRAND, for at opfylde artikel 101. Deltagerne skal selv vurdere, om licensbetingelserne og især deres licensafgifter er FRAND. Når deltagerne skal beslutte, om de skal afgive FRAND-tilsagn med hensyn til en bestemt IPR, skal de forudse, hvad FRAND-tilsagnet indebærer, navnlig deres mulighed for frit at fastsætte deres licensafgifter

⁽¹⁾ F.eks. bør der gives effektiv adgang til specifikationen af standarden.

⁽²⁾ Som anført i punkt 285 og 286.

⁽³⁾ Det skal bemærkes, at FRAND også kan omfatte licensafgiftsfrie licenser.

⁽⁴⁾ For at opnå det ønskede resultat er det ikke nødvendigt, at oplysninger givet i god tro strækker sig så vidt som til at pålægge deltagerne at sammenholde deres IPR med den potentielle standard og afgive en erklæring om, at de ikke har nogen IPR, som er omfattet af den potentielle standard.

289. I tilfælde af tvister skal det ved en vurdering af, om licensafgifter for adgang til IPR i forbindelse med standardisering er urimelige, undersøges, om licensafgifterne står i rimeligt forhold til IPR's økonomiske værdi ⁽¹⁾. Generelt kan denne vurdering foretages ved hjælp af forskellige metoder. Omkostningsbaserede metoder er principielt ikke velegnede i denne forbindelse, fordi det er vanskeligt at vurdere omkostningerne ved udvikling af et bestemt patent eller en bestemt gruppe af patenter. Det kan i stedet være en mulighed at sammenligne de licensafgifter, som den pågældende virksomhed opkræver for de relevante patenter under konkurrenceforhold, før den pågældende erhvervsgrænse bliver bundet af standarden (*ex ante*-situationen), med de licensafgifter, der opkræves efterfølgende (*ex post*-situationen). Dette forudsætter, at sammenligningen kan foretages på en ensartet og pålidelig måde ⁽²⁾.
290. En anden metode kan være at indhente udtalelse fra en uafhængig ekspert om den pågældende IPR-porteføljes objektive centrale betydning for den pågældende standard. I givet fald kan det også være muligt at henvise til forhåndsoplysninger om licensvilkår i forbindelse med en specifik standardiseringsproces. Det kan også være en mulighed at anvende tidligere ensidige forhåndsoplysninger om de mest restriktive licensvilkår i forbindelse med den specifikke standardiseringsproces. Dette forudsætter også, at sammenligningen kan foretages på en ensartet og pålidelig måde. Licensafgifterne for samme IPR i andre tilsvarende standarder kan også give et fingerpeg om FRAND-licensafgifterne. Disse retningslinjer søger ikke at opstille en udtømmende liste over velegnede metoder til vurdering af, om licensafgifter er for høje.
291. Det skal dog understreges, at intet i disse retningslinjer foregriber parternes mulighed for at løse deres uoverensstemmelser om FRAND-licensafgifternes niveau via de kompetente civil- eller handelsretter.

Virkningsbaseret vurdering af standardiseringsaftaler

292. Ved vurderingen af hver enkelt standardiseringsaftale skal der normalt tages hensyn til standardens sandsynlige virkninger for de pågældende markeder. Følgende betragtninger gælder for alle standardiseringsaftaler, der afviger fra principperne i punkt 280-286.
293. Spørgsmålet om, hvorvidt standardiseringsaftaler kan få konkurrencebegrænsende virkninger, kan afhænge af, om standardiseringsorganisationens medlemmer fortsat **frit kan udvikle alternative standarder eller produkter**, der ikke opfylder den vedtagne standard ⁽³⁾. Hvis f.eks. standardiseringsaftalen forpligter medlemmerne til kun at fremstille produkter i overensstemmelse med standarden, øges risikoen for en sandsynlig negativ indvirkning på konkurrencen betydeligt og kan under visse omstændigheder betyde, at der er tale om et konkurrencebegrænsende formål ⁽⁴⁾. På samme måde er det mindre sandsynligt, at standarder, der kun omfatter mindre aspekter/dele af slutproduktet, vil medføre konkurrenceproblemer end mere omfattende standarder.
294. Vurderingen af, om aftalen begrænser konkurrencen, vil også lægge vægt på **adgangen til standarden**. Når resultatet af en standard (dvs. specificeringen af, hvordan standarden overholdes, og eventuelt de IPR, der er væsentlige for gennemførelsen af standarden) slet ikke er tilgængelig eller kun er tilgængelig på diskriminerende betingelser for medlemmerne eller tredjemand (dvs. parter, der ikke er medlemmer af den pågældende standardiseringsorganisation), kan dette indebære forskelsbehandling eller afskærme eller opdele markeder efter deres geografiske anvendelsesområde og dermed sandsynligvis begrænse konkurrencen. Når der er tale om flere konkurrerende standarder eller effektiv konkurrence mellem den standardiserede og den ikke-standardiserede løsning, vil en begrænsning af adgangen måske ikke få betydelige begrænsende virkninger for konkurrencen.

⁽¹⁾ Se sag 27/76, *United Brands*, præmis 250. Se også sag C-385/07 P, *Der Grüne Punkt – Duales System Deutschland GmbH*, Sml. 2009 I, s. 6155, præmis 142.

⁽²⁾ Sag 395/87, *Ministère Public mod Jean-Louis Tournier*, Sml. 1989, s. 2521, præmis 38; de forenede sager 110/88, 241/88 og 242/88, *Francois Lucazeau mod SACEM*, Sml. 1989, s. 2811, præmis 33.

⁽³⁾ Se Kommissionens beslutning i sag IV/29/151, *Philips/VCR*, OJ L 47 af 18.2.1978, p. 42, nr. 23: »Da der er tale om normer for fremstilling af apparater og kassetter ifølge VCR-systemet, medfører dette en forpligtelse for de pågældende virksomheder til kun at fremstille og forhandle kassetter og apparater ifølge dettes system, for hvilket Philips er licensgiver. Disse virksomheder var derefter i det tidsrum, hvori forpligtelsen var gældende, forhindret i at gå over til at fremstille eller forhandle andre videokassettesystemer ... Dette indebærer en konkurrencebegrænsning som omhandlet i artikel 85, stk. 1, litra b)».

⁽⁴⁾ Se Kommissionens beslutning i sag IV/29/151, *Philips/VCR*, præmis 23.

295. Hvis **deltagelse i standardiseringsprocessen** er åben i den forstand, at alle konkurrenter (og/eller aktører) på markedet, der berøres af standarden, kan deltage i udvælgelsen og udarbejdelsen af standarden, vil dette mindske risikoen for en sandsynlig konkurrencebegrænsende virkning ved ikke at udelukke visse virksomheder fra muligheden for at påvirke valget og udarbejdelsen af standarden ⁽¹⁾. Jo større standardens sandsynlige indvirkning på markedet er, og jo bredere dens potentielle anvendelsesområde er, desto vigtigere er det at tillade lige adgang til standardiseringsprocessen. Hvis de foreliggende omstændigheder viser, at der er konkurrence mellem flere sådanne standarder og standardiseringsorganisationer (og det er ikke nødvendigt, at hele den pågældende erhvervsgren anvender de samme standarder), er der måske ingen restriktive virkninger. Aftalen vil heller ikke medføre nogen sandsynlige konkurrencebegrænsende virkninger, som omhandlet i artikel 101, stk. 1, hvis det ikke ville have været muligt at vedtage standarden uden af begrænse antallet af deltagere ⁽²⁾. I visse situationer kan de potentielle negative virkninger af begrænset deltagelse fjernes eller i hvert fald mindskes ved at sikre, at aktørerne **holdes orienteret og konsulteres** om det igangværende arbejde ⁽³⁾. Jo mere gennemsigtig proceduren for vedtagelse af standarden er, desto mere sandsynligt er det, at den vedtagne standard vil tage alle aktørers interesser i betragtning.
296. For at vurdere en standardiseringsaftales virkninger skal der tages hensyn til **markedsandelene for de varer og tjenester, der er baseret på standarden**. Det er måske ikke altid muligt på et tidligt tidspunkt at vurdere med en vis sikkerhed, om standarden i praksis vil blive vedtaget af en stor del af den pågældende sektor, eller om den kun vil blive anvendt af en beskedent del af den relevante sektor. I mange tilfælde kan de relevante markedsandele, som de virksomheder, der har deltaget i udviklingen af standarden, er i besiddelse af, anvendes som målestok for vurderingen af standardens sandsynlige markedsandel (da de virksomheder, der deltager i standardiseringen i de fleste tilfælde ville have interesse i at gennemføre standarden) ⁽⁴⁾. Da standardiseringsaftalers effektivitet ofte står i forhold til den pågældende erhvervsgrens andel i fastsættelsen og/eller anvendelsen af standarden, vil det forhold, at parterne har store markedsandele på det eller de markeder, der berøres af standarden, dog ikke nødvendigvis føre til den konklusion, at standarden sandsynligvis vil få konkurrencebegrænsende virkninger.
297. Standardiseringsaftaler, der medfører en klar **forskelsbehandling** af deltagende eller potentielle medlemmer, kan medføre konkurrencebegrænsinger. Hvis f.eks. en standardiseringsorganisation udtrykkeligt udelukker virksomheder, der kun opererer i det foregående omsætningsled (dvs. virksomheder, som ikke er aktive på produktionsmarkedet i det efterfølgende omsætningsled), kan det medføre udelukkelse af potentielt bedre teknologier.
298. Hvad angår standardiseringsaftaler med **andre modeller for oplysning om IPR** end de i punkt 286 nævnte, skal det vurderes fra sag til sag, om den pågældende model (f.eks. en oplysningsmodel, der ikke kræver, men ansporer til oplysning om IPR) sikrer effektiv adgang til standarden. Med andre ord må det vurderes, om IPR-oplysningsmodellen ikke i praksis forhindrer et kvalificeret valg mellem teknologierne og de dermed forbundne IPR i den bestemte situation.
299. Endelig vil standardiseringsaftaler, der vedrører **forhåndsoplysninger om de mest restriktive licensvilkår**, principielt ikke begrænse konkurrencen som omhandlet i artikel 101, stk. 1. I denne forbindelse er det vigtigt, at de parter, der deltager i udvælgelsen af en standard, underrettes fuldt ud ikke blot om de tekniske valgmuligheder og de dertil knyttede IPR, men også om de sandsynlige omkostninger ved disse IPR. Hvis en standardiseringsorganisations IPR-politik pålægger IPR-indehavere individuelt at give oplysninger om deres mest restriktive licensvilkår, herunder de maksimale licensafgifter,

⁽¹⁾ I Kommissionens beslutning i sag IV/31.458, *X/Open Group*, EFT L 35 af 6.2.1987, s. 36, fandt Kommissionen, at politikken for begrænset medlemskab, på trods af at der var tale om en åben standard, bevirkede, at virksomheder, der ikke var medlemmer, ikke kunne påvirke X/Open Groups arbejdsresultater, og ikke fik del i den know-how og tekniske forståelse angående standarderne, som medlemmerne formentlig ville erhverve. I modsætning til medlemmerne kunne udenforstående virksomheder ikke gennemføre standarden, før den var vedtaget (se nr. 32). Aftalen blev derfor under disse omstændigheder anset for konkurrencebegrænsende efter artikel 101, stk. 1.

⁽²⁾ Eller hvis vedtagelsen af standarden ville være blevet stærkt forsinket af en ineffektiv proces, kunne begrænsninger i begyndelsen blive opvejet af effektivitetsgevinster, som skulle behandles efter artikel 101, stk. 3.

⁽³⁾ Se Kommissionens beslutning af 14. oktober 2009 i sag 39416, *Skibsklassifikation*. Beslutningen kan ses på: http://ec.europa.eu/competition/antitrust/cases/index/by_nr_78.html#i39_416.

⁽⁴⁾ Se punkt 261.

de vil opkræve, inden standarden vedtages, vil dette ikke medføre en begrænsning af konkurrencen som omhandlet i artikel 101, stk. 1 ⁽¹⁾. Sådanne ensidige forhåndsoplysninger om de mest restriktive licensvilkår ville være en måde, hvorpå standardiseringsorganisationen kan træffe en velfunderet beslutning på grundlag af fordele og ulemper ved forskellige alternative teknologier, ikke blot ud fra et teknisk, men også ud fra et prismæssigt synspunkt.

Standardbetingelser

300. Fastsættelse og anvendelse af standardbetingelser skal vurderes i den rette økonomiske sammenhæng og på baggrund af situationen på det relevante marked, for at det kan fastslås, om de vil kunne få konkurrencebegrænsende virkninger.
301. Så længe adgangen til deltagelse i den faktiske fastsættelse af standardbetingelserne er **ubegrænset** for konkurrenterne på det relevante marked (enten via brancheforeningen eller direkte), og de fastsatte standardbetingelser **ikke er bindende** og **i praksis er tilgængelige** for enhver, vil sådanne aftaler sandsynligvis ikke få konkurrencebegrænsende virkninger (jf. dog forbeholdene i punkterne 303, 304, 305 og 307).
302. Hvis der i praksis er adgang til standardbetingelser for salg af forbrugsvarer eller tjenester, og disse betingelser ikke er bindende (under forudsætning af, at de ikke påvirker priserne), vil disse betingelser normalt ikke få konkurrencebegrænsende virkninger, da det ikke er sandsynligt, at de vil få nogen negative virkninger for produkternes kvalitet, produktsortiment og/eller innovation. Der er dog to generelle undtagelser, hvor der kræves en mere indgående vurdering.
303. For det første kan standardbetingelser for salg af forbrugsvarer eller tjenester, som definerer produktets anvendelsesområde, og hvor der derfor er større risiko for, at udvalget af produkter begrænses, få konkurrencebegrænsende virkninger som omhandlet i artikel 101, stk. 1, hvis den kombinerede anvendelse af dem vil kunne medføre en faktisk tilpasning. Dette kan gøre sig gældende, hvor den udbredte anvendelse af standardbetingelserne i praksis medfører en begrænsning af innovation og produktsortiment. Det kan f.eks. være tilfældet, når standardbetingelser i forsikringsaftaler begrænser kundens valgmuligheder i praksis med hensyn til nøgleelementer i aftalen, såsom dækning af standardrisici. Selv om anvendelsen af standardbetingelser ikke er obligatorisk, kan sådanne betingelser underminere konkurrenternes incitament til at konkurrere med hensyn til produktdifferentiering.
304. Ved vurderingen af, om der er risiko for, at standardbetingelserne vil kunne få konkurrencebegrænsende virkninger gennem en begrænsning af produktsortimentet, bør der tages hensyn til faktorer såsom den eksisterende konkurrence på markedet. Hvis der f.eks. er en lang række mindre konkurrenter, ser det ud til, at risikoen for begrænsning af produktsortimentet er mindre end, hvis der kun findes nogle få større konkurrenter ⁽²⁾. De markedsandele, som de virksomheder, der deltager i fastsættelsen af standardbetingelserne, er i besiddelse af, kan muligvis også give et vist fingerpeg om sandsynligheden for, at standardbetingelserne vil blive anvendt, eller at de vil blive anvendt af en stor del af virksomhederne på markedet. I denne forbindelse er det dog ikke blot relevant at analysere, om det er sandsynligt, at standardbetingelserne vil blive anvendt af en stor del af virksomhederne på markedet, men også om standardbetingelserne kun omfatter en del af produktet eller hele produktet (jo mindre omfattende standardbetingelserne er, desto mindre sandsynligt er det, at de generelt vil begrænse produktsortimentet). I tilfælde, hvor det ikke er muligt at udbyde et bestemt produkt, fordi der ikke er fastsat standardbetingelser, vil der heller ikke være nogen sandsynlighed for konkurrencebegrænsninger som omhandlet i artikel 101, stk. 1. Under dette scenario vil fastsættelsen af standardbetingelser snarere øge end mindske produktsortimentet.

⁽¹⁾ Tidligere ensidige forhåndsoplysninger om de mest restriktive licensvilkår bør ikke tjene som et dække over et samarbejde til fælles prisfastsættelse enten i senere produktionsled eller af erstatnings-IPR/ -teknologier, der som beskrevet i punkt 274, har et konkurrencebegrænsende formål.

⁽²⁾ Hvis erfaringerne med standardbetingelser på det relevante marked viser, at standardbetingelserne ikke medførte mindre konkurrence om produktdifferentiering, kan det også være tegn på, at samme type standardbetingelser for et nært beslægtet produkt ikke vil få konkurrencebegrænsende virkninger.

305. For det andet kan standardbetingelser, selv om de ikke definerer slutproduktets faktiske anvendelsesområde, være en afgørende del af transaktionen med kunden af andre årsager. Et eksempel herpå er onlineindkøb, hvor kundernes tillid er væsentlig (f.eks. ved anvendelsen af sikre betalingsystemer, en korrekt produktbeskrivelse, klare og gennemsigtige prisregler, fleksible returneringsregler osv.). Da det er vanskeligt for kunderne at foretage en klar vurdering af alle disse elementer, har de en tendens til at foretrække den mest udbredte praksis, og standardbetingelser vedrørende disse elementer kan derfor blive en de facto standard, som virksomheder skal opfylde for at kunne sælge på markedet. Selv om disse standardbetingelser ikke er bindende, vil de blive en de facto standard, hvis virkninger ligger meget tæt på en bindende standard, og skal analyseres som en sådan.
306. Når anvendelsen af standardbetingelser er bindende, er der dog behov for en vurdering af deres virkninger for produkternes kvalitet, produktsortiment og innovation (især hvis standardbetingelserne er bindende på hele markedet).
307. Når standardbetingelserne (hvad enten de er bindende eller ej) indeholder elementer, der vil kunne få negative virkninger for priskonkurrencen (f.eks. betingelser for, hvilken type rabatter der kan gives), vil de sandsynligvis også få konkurrencebegrænsende virkninger som omhandlet i artikel 101, stk. 1.

7.4. Vurdering efter artikel 101, stk. 3

7.4.1. Effektivitetsgevinster

Standardiseringsaftaler

308. Standardiseringsaftaler skaber hyppigt betydelige effektivitetsgevinster. F.eks. kan EU-dækkende standarder lette markedsintegrationen og give virksomhederne mulighed for at markedsføre deres produkter og tjenester i samtlige medlemsstater, hvilket fører til større valgmuligheder for forbrugerne og faldende priser. Standarder, som skaber teknisk driftskompatibilitet, fremmer ofte konkurrencen på kvaliteten mellem teknologier fra forskellige virksomheder og bidrager til at forhindre, at kunderne bliver bundet til en bestemt udbyder. Desuden kan standarder nedbringe transaktionsomkostningerne for sælgere og købere. Standarder med hensyn til f.eks. et produkts kvalitet, sikkerhed og miljømæssige aspekter kan også lette forbrugernes valg og føre til bedre produktkvalitet. Standarder spiller også en vigtig rolle for innovation. De kan afkorte den tid, det tager at bringe en ny teknologi på markedet, og lette innovation ved at give virksomhederne mulighed for at bygge videre på de aftalte løsninger.
309. For at disse effektivitetsgevinster kan realiseres i forbindelse med standardiseringsaftaler, må de nødvendige oplysninger om anvendelsen af standarden i praksis være til rådighed for de virksomheder, der ønsker at komme ind på markedet ⁽¹⁾.
310. Udbredelse af en standard kan forbedres gennem mærker og logoer, som bekræfter, at standarden er overholdt, og dermed skabe sikkerhed for kunderne. Aftaler om afprøvning og godkendelse strækker sig ud over det primære formål med definitionen af standarden, og vil normalt udgøre en særskilt aftale og et særskilt marked.
311. Virkningerne for innovationen skal undersøges fra sag til sag. Det anses dog for sandsynligt, at standarder, der skaber driftskompatibilitet på horisontalt plan mellem forskellige teknologiplatforme, vil medføre effektivitetsgevinster.

Standardbetingelser

312. Anvendelsen af standardbetingelser kan medføre økonomiske fordele og f.eks. gøre det lettere for kunderne at sammenligne de tilbudte betingelser og dermed lettere at skifte fra den ene virksomhed til den anden. Standardbetingelser kan også medføre effektivitetsgevinster i form af besparelser med hensyn til transaktionsomkostningerne og i visse sektorer (især hvor kontrakterne har en kompliceret retlig struktur) lette markedsadgangen. Standardbetingelser kan også øge aftaleparternes retlige sikkerhed.
313. Jo flere konkurrenter, der er på markedet, desto større er effektivitetsgevinsten ved at lette sammenligningen mellem de tilbudte betingelser.

⁽¹⁾ Se Kommissionens beslutning i sag IV/31.458, *X/Open Group*, præmis 42: »Kommissionen finder, at X/Open Groups villighed til at gøre disse resultater almindeligt tilgængelige så hurtigt som muligt, er en vigtig faktor i dens beslutning om at meddele fritagelse».

7.4.2. Nødvendige begrænsninger

314. Begrænsninger, der strækker sig ud over det, der er nødvendigt for at opnå de effektivitetsgevinster, som en standardiseringsaftale eller standardbetingelser kan medføre, opfylder ikke betingelserne i artikel 101, stk. 3.

Standardiseringsaftaler

315. Ved vurderingen af de enkelte standardiseringsaftaler skal der tages hensyn dels til deres sandsynlige indvirkning på de relevante markeder, dels til omfanget af de begrænsninger, der eventuelt strækker sig ud over målet om at opnå effektivitetsgevinster ⁽¹⁾.
316. Alle konkurrenter på markedet eller markederne, der berøres af standarden, bør normalt have adgang til at deltage i fastsættelsen af standarden, medmindre parterne påviser, at dette kan medføre betydelig ineffektivitet, eller der er fastsat anerkendte procedurer for kollektiv repræsentation af interesserne ⁽²⁾.
317. Generelt bør standardiseringsaftaler kun omfatte det, der er nødvendigt for at sikre opfyldelsen af deres målsætninger, hvad enten der er tale om teknisk driftskompatibilitet eller et bestemt kvalitetsniveau. I tilfælde, hvor det vil være til gavn for forbrugerne eller økonomien som helhed kun at have en enkelt teknologisk løsning, skal denne standard fastsættes uden forskelsbehandling. Teknologineutrale standarder kan under visse omstændigheder medføre større effektivitetsgevinster. Hvis man medtager substitutions-IPR ⁽³⁾ som en væsentlig del af en standard og samtidig tvinger brugerne af standarden til at betale for flere IPR end teknisk nødvendigt, strækker det sig ud over det, der er nødvendigt for at opnå de påviste effektivitetsgevinster. På samme måde kan indføjelser af substitutions-IPR som en væsentlig del af en standard og begrænsning af brugen af den pågældende teknologi til denne bestemte standard (dvs. eksklusiv brug) begrænse konkurrencen inden for samme teknologi og ville ikke være nødvendig for at opnå de påviste effektivitetsgevinster.
318. Begrænsninger i en standardiseringsaftale, der gør en standard bindende og obligatorisk for den pågældende erhvervsgræn, er principielt ikke nødvendige.
319. På samme måde vil standardiseringsaftaler, der giver bestemte organer eneret til at afprøve, om standarden er opfyldt, strække sig ud over det primære formål med definition af standarden og kan også begrænse konkurrencen. Eksklusivitet kan dog være berettiget i en bestemt periode, f.eks. på grund af behovet for at få dækket betydelige startomkostninger ⁽⁴⁾. Standardiseringsaftalen skal i dette tilfælde omfatte tilstrækkelige sikkerhedsforanstaltninger for at begrænse en eventuel risiko for konkurrencen som følge af eksklusiviteten. Dette vedrører bl.a. godkendelsesgebyret, som skal være rimeligt og stå i rimeligt forhold til omkostningerne ved afprøvning af, om standarden er overholdt.

⁽¹⁾ I sag IV/29/151, Philips/VCR, førte overholdelsen af VCR-standarder til udelukkelse af andre, muligvis bedre systemer. Denne udelukkelse var særlig alvorlig i betragtning af Philips' fremtrædende markedsstilling »... de pågældende virksomheder [blev pålagt] begrænsninger, som ikke var nødvendige for at opnå de nævnte forbedringer. VCR-systemets videokassetter ville også kunne have været anvendt i apparater fremstillet af andre producenter, hvis disse blot skulle have forpligtet sig til at overholde VCR-normerne ved produktion ifølge VCR-systemet« (nr. 31).

⁽²⁾ Kommissionens beslutning i sag IV/31.458, X/Open Group, præmis 45: »De af X/Open Group fastlagte mål kunne ikke nås, såfremt alle virksomheder, der er indstillet på at forfølge disse mål, havde ret til at blive medlemmer. Dette ville skabe praktiske og logistiske vanskeligheder for forvaltningen af arbejdet og måske forhindre, at relevante forslag blev gennemført.« Se også Kommissionens beslutning af 14. oktober 2009 i sag 39416, Skibsklassifikation nr. 36: »tilsagnene [sikrer], at der er en hensigtsmæssig balance mellem nødvendigheden af at fastholde krævende kriterier for medlemskab samtidig med, at unødvendige hindringer for medlemskab fjernes. Med de nye kriterier er der sikkerhed for, at det kun er teknisk kompetente klassifikationselskaber, der kan blive medlemmer af IACS, hvorved det hindres, at effektiviteten og kvaliteten af IACS' arbejde forringes som følge af for lempelige krav til deltagelse i IACS. Samtidig er de nye kriterier ikke til hinder for, at teknisk kompetente og interesserede klassifikationselskaber kan blive medlemmer af IACS.«

⁽³⁾ Teknologi, som brugerne eller licenstagere mener, kan erstattes af en anden teknologi, på grund af teknologiernes egenskaber og anvendelsesformål.

⁽⁴⁾ I denne forbindelse henvises til Kommissionens beslutning i sag IV/34.179, 34.202, 216, Nederlandske kraner (SCK og FNK), EFT L 312 af 23.12.1995, s. 79, nr. 23 »Forbuddet mod at benytte virksomheder, der ikke er certificeret af SCK, ved underentreprise, begrænser de certificerede virksomheders handlingsfrihed. Om forbuddet kan betragtes som en hindring, begrænsning eller fordrejning af konkurrencen i henhold til artikel 85, stk. 1, skal vurderes ud fra en juridisk og økonomisk synsvinkel. Såfremt et sådant forbud er knyttet til et certificeringssystem, som er fuldstændig åbent, uafhængigt og gennemsigtigt, og som indebærer anerkendelse af andre systemers tilsvarende garantier, kan det forsvares, at forbuddet ikke har nogen begrænsende indvirkning på konkurrencen, men udelukkende tager sigte på en fuldstændig garanti af kvaliteten af de certificerede varer eller tjenesteydelser.«

Standardbetingelser

320. Det er normalt ikke berettiget at gøre standardbetingelser bindende og obligatoriske for den pågældende erhvervsgren eller for medlemmerne af den brancheorganisation, der har fastsat dem. Muligheden for at bindende standardbetingelser i en konkret sag er nødvendige for at opnå de effektivitetsgevinster, som de medfører kan dog ikke udelukkes.

7.4.3. Fordele for forbrugerne

Standardiseringsaftaler

321. Effektivitetsgevinster, der opnås ved nødvendige begrænsninger, skal komme forbrugerne til gode i et sådant omfang, at det opvejer standardiseringsaftalens eller standardbetingelsernes konkurrencebegrænsende virkninger. I analysen af, hvorvidt det er sandsynligt, at fordelene vil komme forbrugerne til gode, indgår det som en vigtig del, hvilke procedurer der anvendes for at sikre, at slutbrugernes og forbrugernes interesser beskyttes. Når standarder letter teknisk driftskompatibilitet og/eller konkurrence mellem nye og allerede eksisterende produkter, tjenester og processer, kan det formodes, at standarden vil komme forbrugerne til gode.

Standardbetingelser

322. Både risikoen for konkurrencebegrænsende virkninger og sandsynligheden for effektivitetsgevinster øges med virksomhedernes markedsandele og den udstrækning, hvori standardbetingelserne anvendes. Det er derfor ikke muligt at fastlægge nogen generel »safe harbour«, hvor der ikke er nogen risiko for konkurrencebegrænsende virkninger, eller hvor det er sandsynligt at effektivitetsgevinsterne vil komme forbrugerne til gode i et sådant omfang, at det opvejer de konkurrencebegrænsende virkninger.
323. Visse effektivitetsgevinster, som standardbetingelser medfører, som f.eks. at det bliver lettere at sammenligne tilbuddene på markedet og at skifte leverandør, og at der skabes retlig sikkerhed med hensyn til standardbetingelsernes klausuler, er nødvendigvis gavnlige for forbrugerne. Med hensyn til andre mulige effektivitetsgevinster, såsom lavere transaktionsomkostninger, må det vurderes fra sag til sag og i den relevante økonomiske sammenhæng, om det er sandsynligt, at de vil komme forbrugerne til gode.

7.4.4. Ingen udelukkelse af konkurrencen

324. Hvorvidt en standardiseringsaftale giver parterne mulighed for at udelukke konkurrencen, afhænger af de forskellige kilder til konkurrence på markedet, hvilket konkurrencepres de kan udsætte aftaleparterne for, og hvilke virkninger aftalen vil få for dette konkurrencepres. Selv om markedsandele er relevante for denne analyse, kan de resterende faktiske konkurrencekilders størrelse ikke vurderes udelukkende på grundlag af markedsandel, undtagen i tilfælde, hvor en standard bliver en *de facto* industristandard⁽¹⁾. I sidstnævnte tilfælde kan konkurrencen udelukkes, hvis tredjemand hindres effektiv adgang til standarden. Standardbetingelser, der anvendes af størstedelen af industrien, kan skabe en *de facto* industristandard og dermed skabe de samme problemer. Hvis standarden kun vedrører en begrænset del af produktet/tjenesten, er det dog ikke sandsynligt, at konkurrencen udelukkes.

7.5. Eksempler

325. Fastsættelse af standarder, som konkurrenter ikke kan opfylde

Eksempel 1

Situation: En standardiseringsorganisation fastsætter og offentliggør sikkerhedsstandarder, der anvendes i vid udstrækning af den relevante sektor. De fleste virksomheder inden for denne sektor deltager i fastsættelsen af standarden. Før standarden vedtages, har en ny virksomhed på markedet udviklet et produkt, som teknisk set opfylder kravene med hensyn til ydeevne og funktion, og som standardiseringsorganisationens tekniske udvalg har godkendt. Sikkerhedsstandardens tekniske specifikationer er dog, uden at det er objektivt begrundet, fastsat på en sådan måde, at hverken dette eller andre nye produkter kan opfylde standarden.

⁽¹⁾ Med *de facto* standardisering henvises til en situation, hvor en (ikke retligt bindende) standard i praksis bliver anvendt af størstedelen af den pågældende erhvervsgren.

Analyse: Denne standardiseringsaftale vil sandsynligvis få konkurrencebegrænsende virkninger som omhandlet i artikel 101, stk. 1, og vil ikke kunne opfylde kriterierne i artikel 101, stk. 3. Standardiseringsorganisationens medlemmer har i dette tilfælde, uden at det er objektivt begrundet, fastsat standarden på en sådan måde, at deres konkurrenters produkter, der er baseret på andre teknologiske løsninger, ikke kan opfylde den, selv om de har den samme ydeevne. Denne standard, der ikke er indgået uden forskelsbehandling, vil derfor mindske eller hindre innovation og begrænse produkt-sortimentet. Det er usandsynligt, at den måde, standarden er udformet på, vil medføre større effektivitetsgevinster end en teknologineutral standard.

326. Gennemsigtig standard, som ikke er bindende, og som omfatter en stor del af markedet

Eksempel 2

Situation: En række fabrikanter af forbrugerelektronik med betydelige markedsandele aftaler at udvikle en ny standard for et produkt, som skal afløse dvd'en.

Analyse: Forudsat at (a) fabrikanterne fortsat frit kan fremstille andre produkter, som ikke opfylder den nye standard, at (b) deltagelsen i fastsættelsen er ubegrænset og gennemsigtig, og at (c) standardiseringsaftalen ikke på anden måde begrænser konkurrencen, er der sandsynligvis ikke tale om nogen overtrædelse af artikel 101, stk. 1. Hvis parterne aftalte kun at fremstille produkter, som opfylder den nye standard, ville aftalen begrænse den tekniske udvikling, begrænse innovationen og forhindre parterne i at sælge andre produkter og dermed få konkurrencebegrænsende virkninger som omhandlet i artikel 101, stk. 1.

327. Standardiseringsaftale uden IPR-oplysning

Eksempel 3

Situation: En privat standardiseringsorganisation, som opererer inden for standardisering i IKT-sektoren (informations- og kommunikationsteknologi), har en IPR-politik, som hverken kræver eller ansporer til oplysning om IPR, der kan være væsentlige for den fremtidige standard. Standardiseringsorganisationen traf bevidst beslutning om ikke at medtage en sådan forpligtelse, især ud fra den betragtning, at alle teknologier, der potentielt er relevante for den fremtidige standard, generelt er omfattet af mange IPR. Standardiseringsorganisationen mente derfor, at en forpligtelse til oplysning om IPR dels ikke ville sætte deltagerne i stand til at vælge en løsning uden eller med ganske få IPR, dels ville medføre ekstraomkostninger ved undersøgelse af, om IPR kunne være væsentlige for den fremtidige standard. Standardiseringsorganisationens IPR-politik pålægger dog samtlige medlemmer at forpligte sig til at meddele licens på alle IPR, der kan være omfattet af den fremtidige standard, på FRAND-vilkår. IPR-politikken tillader undtagelser, hvis der er specifikke IPR, som indehaveren ønsker at holde ude fra sin generelle licensforpligtelse. Inden for denne bestemte erhvervsgren findes der en række konkurrerende private standardiseringsorganisationer. Enhver, der er aktiv inden for denne erhvervsgren, kan deltage i standardiseringsorganisationen.

Analyse: I mange tilfælde vil en forpligtelse til oplysning om IPR være konkurrencefremmende, fordi den vil forøge konkurrencen mellem teknologierne på forhånd. Normalt giver en sådan forpligtelse medlemmerne af en standardiseringsorganisation mulighed for at tage hensyn til de IPR, der er omfattet af en bestemt teknologi, når de skal vælge mellem konkurrerende teknologier (eller endog eventuelt at vælge en teknologi, der ikke omfatter IPR). De IPR, som en teknologi omfatter, vil også få direkte indvirkning på omkostningerne ved adgangen til standarden. I det foreliggende tilfælde ser det dog ud til, at alle tilgængelige teknologier omfatter IPR, og endda mange IPR. Oplysning om IPR vil derfor ikke få den positive virkning, at medlemmerne sættes i stand til at tage hensyn til IPR-mængden, når de vælger en teknologi, for uanset hvilken teknologi der vælges, kan det formodes, at den omfatter IPR. Oplysning om IPR vil sandsynligvis ikke bidrage

til at sikre effektiv adgang til standarden, som under dette scenario garanteres tilstrækkeligt af den generelle forpligtelse til at meddele licens på alle IPR, som den fremtidige standard måtte omfatte, på FRAND-betingelser. Tværtimod vil en forpligtelse til oplysning om IPR i denne forbindelse medføre ekstraomkostninger for medlemmerne. Hvis ikke der oplyses IPR, kan det også under disse omstændigheder føre til hurtigere vedtagelse af standarden, hvilket kan være vigtigt, når der er tale om flere konkurrerende standardiseringsorganisationer. Det følger heraf, at aftalen sandsynligvis ikke vil få negative virkninger for konkurrencen som omhandlet i artikel 101, stk. 1.

328. Standarder på forsikringsområdet

Eksempel 4

Situation: En gruppe forsikringsselskaber aftaler standarder, som ikke er bindende, for installation af visse former for sikkerhedsudstyr (dvs. komponenter og udstyr, som tager sigte på at forhindre og nedbringe tab, og systemer, der bygger på sådanne elementer). De standarder, som forsikringsselskaberne fastsætter, og som ikke er bindende, (a) aftales med det formål at opfylde et bestemt behov og bistå forsikringsselskaberne med at foretage risikostyring og tilbyde risikobetingede forsikringspræmier, (b) drøftes med de fleste af installationsvirksomhederne (eller deres repræsentanter), og deres synspunkter tages i betragtning med henblik på færdigudarbejdelsen af standarderne, (c) offentliggøres af den pågældende forsikrings sammenslutning i en specifik sektion på dens websted, så enhver installationsvirksomhed eller andre interesserede parter let kan få adgang til dem.

Analyse: Processen med hensyn til fastsættelse af disse standarder er gennemsigtig og giver de interesserede parter mulighed for at deltage. Desuden er der let adgang til resultatet på rimelige vilkår og uden forskelsbehandling for enhver, der ønsker at få adgang til det. Hvis ikke standarden får negative virkninger for markedet i det efterfølgende omsætningsled (f.eks. ved at udelukke visse installationsvirksomheder gennem meget specifikke og uberettigede krav til installationer), er det ikke sandsynligt, at den vil få konkurrencebegrænsende virkninger. Selv om standarderne skulle få konkurrencebegrænsende virkninger, ser det ud til, at betingelserne i artikel 101, stk. 3, er opfyldt. Standarderne vil gøre det nemmere for forsikringsselskaberne at analysere, i hvilket omfang sådanne installationssystemer reducerer den relevante risiko og forhindrer tab, så de kan styre risikoen og tilbyde risikobetingede præmier. Med forbehold for markedet i det efterfølgende omsætningsled, ville de også være mere effektive for installationsvirksomheder, og give dem mulighed for at opfylde et enkelt sæt standarder for alle forsikringsselskaber i stedet for at foretage særskilte afprøvninger for hvert enkelt forsikringsselskab. De kan også gøre det lettere for forbrugerne at skifte forsikringsselskab. Endelig kan de være til gavn for mindre forsikringsselskaber, som måske ikke har kapacitet til at foretage afprøvning separat. Hvad angår de øvrige betingelser i artikel 101, stk. 3, ser det ud til, at standarderne, som ikke er bindende, ikke strækker sig ud over det, der er nødvendigt for at opnå de pågældende effektivitetsgevinster, at fordelene vil komme forbrugerne til gode (nogle vil endda være direkte gavnlige for forbrugerne), og at begrænsningerne ikke vil udelukke konkurrencen.

329. Miljøstandarder

Eksempel 5

Situation: Næsten alle producenter af vaskemaskiner aftaler, med støtte fra et offentligt organ, at man ikke længere vil fremstille produkter, der ikke opfylder bestemte miljøkriterier (f.eks. energi-effektivitet). Parterne har tilsammen 90 % af markedet. De produkter, der således vil udgå af markedet, tegner sig for en betydelig andel af det samlede salg. De vil blive afløst af mere miljøvenlige produkter, som dog også er dyrere. Desuden reducerer aftalen indirekte tredjemands produktion (f.eks. elselskaber, leverandører af komponenter til de produkter, der skal udgå). Hvis ikke aftalen havde eksisteret, ville parterne ikke have ændret deres produktion og markedsføringsarbejde til mere miljøvenlige produkter.

Analyse: Aftalen giver parterne kontrol med deres respektive produktion og vedrører en betydelig del af deres salg og samlede produktion, samtidig med at den også reducerer tredjemands produktion. Produktsortimentet, der til dels er baseret på produktets miljøegenskaber, formindskes, og

priserne vil formodentlig stige. Det er derfor sandsynligt, at aftalen vil kunne få konkurrencebegrænsende virkninger som omhandlet i artikel 101, stk. 1. At der medvirker en offentlig myndighed er irrelevant i denne forbindelse. Nyere og mere miljøvenlige produkter er teknisk set mere avancerede og frembyder kvalitative effektivitetsgevinster for forbrugerne i form af flere vaskemaskineprogrammer. Desuden er der tale om omkostningsbesparelser for kunderne i form af lavere driftsomkostninger ved vaskemaskinerne på grund af et lavere vand-, el- og sæbeforbrug. Disse omkostningsbesparelser gør sig gældende på markeder, som er forskellige fra det marked, der er relevant for aftalen. Ikke desto mindre skal disse effektivitetsgevinster tages i betragtning, da de markeder, hvor de konkurrencebegrænsende virkninger og effektivitetsgevinsterne gør sig gældende, er beslægtede, og den gruppe af forbrugere, der påvirkes af begrænsningen og effektivitetsgevinsterne stort set er den samme. Effektivitetsgevinsterne opvejer de konkurrencebegrænsende virkninger i form af øgede omkostninger. Det er påvist, at andre alternativer til aftalen er mindre sikre og mindre omkostningseffektive, når det gælder om at opnå de samme nettofordele. Parterne disponerer over forskellige rentable, tekniske midler til fremstilling af vaskemaskiner, der opfylder de aftalte miljøkrav, og der vil fortsat være konkurrence med hensyn til andre produkttegenskaber. Det er derfor sandsynligt, at kriterierne i artikel 101, stk. 3, er opfyldt.

330. Standardisering foranlediget af regeringen

Eksempel 6

Situation: Som reaktion på resultaterne af en statsfinansieret tænketanks forskning i det anbefalede fedtindhold i bestemte forarbejdede fødevarer i en medlemsstat aftaler en række større producenter af forarbejdede fødevarer, gennem formelle drøftelser i en brancheorganisation, at fastsætte et anbefalet fedtindhold i disse produkter. Parterne tegner sig tilsammen for 70 % af afsætningen af disse produkter i den pågældende medlemsstat. Parternes initiativ vil blive støttet af en national reklamekampagne, som finansieres af tænketanken, og som fremhæver farerne ved et højt fedtindhold i forarbejdede fødevarer.

Analyse: Selv om fedtindholdet er vejledende og dermed frivilligt, er det sandsynligt, at den store opmærksomhed, som den nationale reklamekampagne vil medføre, vil få alle producenter af de forarbejdede fødevarer i medlemsstaten til at følge det anbefalede fedtindhold. Det er derfor sandsynligt, at dette fedtindhold i de forarbejdede fødevarer vil blive et de facto maksimum. Dette kan begrænse forbrugernes valgmuligheder på markederne. Parterne vil dog fortsat kunne konkurrere med hensyn til en række andre egenskaber ved produkterne, såsom pris, størrelse, kvalitet, smag, nærings- og saltindhold, ingredienssammensætning og varemærke. Desuden kan det skærpe konkurrencen vedrørende produktets fedtindhold, hvis parterne søger at tilbyde produkter med det laveste fedtindhold. Det er derfor usandsynligt, at aftalen vil få konkurrencebegrænsende virkninger som omhandlet i artikel 101, stk. 1.

331. Åben standardisering af produktemballage

Eksempel 7

Situation: De største producenter af en forbrugsvare i hurtig udvikling på et konkurrencepræget marked i en medlemsstat - samt producenter og distributører i andre medlemsstater, som sælger produktet i den pågældende medlemsstat (importører) - indgår aftale med de største emballagevirksomheder om udvikling og gennemførelse af et frivilligt initiativ til standardisering af emballagens størrelse og form i forbindelse med det produkt, der sælges i den pågældende medlemsstat. Der er for øjeblikket store forskelle i emballagestørrelser og -materialer i og på tværs af medlemsstaterne. Dette afspejler det forhold, at emballage ikke udgør en stor andel af de samlede produktionsomkostninger, og at emballageproducenternes omstillingsomkostninger er ubetydelige. Der findes ingen faktisk eller anmeldt europæisk standard for denne emballage. Parterne har indgået aftalen frivilligt som følge af pres fra medlemsstatens regering for at opfylde miljømål. Parterne tegner sig tilsammen for 85 % af afsætningen af produktet i den pågældende medlemsstat. Det frivillige initiativ vil medføre, at der i medlemsstaten udbydes et ensartet produkt, som anvender mindre emballagemateriale, optager mindre hyldeplads, er forbundet med lavere transport- og emballageomkostninger og er mere miljøvenligt som følge af mindre emballageaffald. Det nedbringer også producenternes

genbrugsomkostninger. Standarden specificerer ikke, at der skal anvendes bestemte typer emballagematerialer. Standardens specifikationer er blevet aftalt mellem producenterne og importørerne på en åben og gennemsigtig måde, idet et udkast til specifikationerne er blevet offentliggjort til åben høring på den pågældende erhvervsgrens websted i god tid inden vedtagelsen. De endeligt vedtagne specifikationer er også blevet offentliggjort på en brancheforenings websted, som potentielle nye virksomheder har fri adgang til, selv om de ikke er medlemmer af brancheforeningen.

Analyse: Selv om aftalen er frivillig, er det sandsynligt at standarden bliver en *de facto* industristandard, fordi parterne tilsammen tegner sig for en stor markedsandel for produktet i medlemsstaten, og detailhandlerne også opfordres af regeringen til at mindske emballageaffaldet. Teoretisk set kan aftalen som sådan skabe adgangsbarrierer og potentiel konkurrenceskadelig afskærmning på medlemsstatens marked. Dette vil især være en risiko for importørerne af det pågældende produkt, som måske bliver nødt til at ompakke produktet for at opfylde *de facto* standarden og for at kunne sælge i medlemsstaten, hvis emballagestørrelsen i andre medlemsstater ikke opfylder standarden. Det er dog usandsynligt, at der i praksis vil opstå betydelige adgangsbarrierer og en betydelig afskærmning, fordi a) aftalen er frivillig, b) standarden er aftalt med store importører på en åben og gennemsigtig måde, c) omstillingsomkostningerne er lave, og d) standardens tekniske detaljer er tilgængelige for nye virksomheder, importører og alle emballagevirksomheder. Importørerne vil især være blevet opmærksomme på potentielle emballageændringer på et tidligt udviklingstrin og vil under den åbne høring om udkastet til standarder have haft lejlighed til at fremsætte deres synspunkter, inden standarden blev endeligt vedtaget. Derfor vil aftalen sandsynligvis ikke få konkurrencebegrænsende virkninger som omhandlet i artikel 101, stk. 1.

Under alle omstændigheder er det sandsynligt, at betingelserne i artikel 101, stk. 3, vil være opfyldt i dette tilfælde: i) aftalen vil medføre kvantitative effektivitetsgevinster gennem lavere transport- og emballageomkostninger, ii) de fremherskende konkurrenceforhold på markedet betyder, at denne omkostningsnedgang sandsynligvis vil komme forbrugerne tilgode, iii) aftalen indeholder kun de minimumrestriktioner, som er nødvendige for at gennemføre emballagestandarden og vil sandsynligvis ikke få væsentlige afskærmende virkninger, og iv) konkurrencen udelukkes ikke for en væsentlig del af de pågældende produkter.

332. Lukket standardisering af produktemballage

Eksempel 8

Situation: Situationen er den samme som i eksempel 7, punkt 331, bortset fra at standarden kun er aftalt mellem producenter af en forbrugsvare i hurtig udvikling i den pågældende medlemsstat (producenterne tegner sig for 65 % af salget af produktet i medlemsstaten), at der ikke er nogen åben høring om de vedtagne specifikationer (som omfatter detaljerede standarder med hensyn til, hvilken type emballagemateriale der skal anvendes), og at specifikationerne af den frivillige standard ikke offentliggøres. Dette betød højere omstillingsomkostninger for producenterne i andre medlemsstater end for indenlandske producenter.

Analyse: Selv om aftalen i lighed med aftalen i eksempel 7, punkt 331, er frivillig, er det højst usandsynligt, at den vil blive en *de facto* industristandard, da detailhandlerne også opfordres af regeringen til at mindske emballageaffaldet, og de indenlandske producenter tegner sig for 65 % af salget af produktet i medlemsstaten. Da de berørte producenter i andre medlemsstater ikke er blevet hørt, betyder det vedtagelse af en standard, som indebærer højere omstillingsomkostninger for dem end for indenlandske producenter. Aftalen kan derfor skabe adgangsbarrierer og potentiel konkurrenceskadelig afskærmning for emballagevirksomheder, nye virksomheder og importører - som ikke alle var involveret i standardiseringsprocessen - da de måske bliver nødt til at ompakke produktet for at opfylde *de facto* standarden og for at kunne sælge i medlemsstaten, hvis emballagestørrelsen i andre medlemsstater ikke opfylder standarden.

I modsætning til eksempel 7, punkt 331 er standardiseringsprocessen ikke gennemført på en åben og gennemsigtig måde. Nye virksomheder, importører og emballagevirksomheder har således ikke haft lejlighed til at fremsætte bemærkninger til den foreslåede standard og bliver måske først klar over, at den findes, på et sent tidspunkt, hvor det viser sig, at de ikke kan ændre deres

produktionsmetoder eller skifte leverandører hurtigt og effektivt. Nye virksomheder, importører og emballagevirksomheder kan måske heller ikke konkurrere, hvis standarden er ukendt eller vanskelig at opfylde. I denne forbindelse er det især relevant, at standarden omfatter detaljerede specifikationer for de emballagematerialer, der skal anvendes, og som importører og nye virksomheder på grund af den lukkede høring og standard vil få vanskeligt ved at opfylde. Aftalen har derfor til formål at begrænse konkurrencen som omhandlet i artikel 101, stk. 1. Denne konklusion berøres ikke af, at aftalen er indgået for at opfylde underliggende miljømål, som er aftalt med medlemsstatens regering.

Det er usandsynligt, at betingelserne i artikel 101, stk. 3, vil være opfyldt i denne sag. Selv om aftalen vil medføre kvalitative effektivitetsgevinster i lighed med aftalen i eksempel 7, punkt 331, er det usandsynligt, at standardiseringsaftalens lukkede og private karakter og den ikke offentliggjorte detaljerede standard for den type emballagematerialer, der skal anvendes, er nødvendig for at opnå effektivitetsgevinsterne ved aftalen.

333. Åbne standardbetingelser, som ikke er bindende, i aftaler med slutbrugere

Eksempel 9

Situation: En brancheforening for el-distributører fastsætter standardbetingelser, som ikke er bindende, for el-forsyningen til slutbrugere. Standardbetingelserne fastsættes på en gennemsigtig måde og uden forskelsbehandling. Standardbetingelserne omfatter elementer, såsom specifikation af forbrugsstedet, tilslutningsstedets beliggenhed og tilslutningsspænding, bestemmelser om forsyningssikkerhed og proceduren for afregning mellem aftaleparterne (f.eks. hvad der sker, hvis kunden ikke giver leverandøren oplysninger om det aflæste forbrug). Standardbetingelserne omfatter ikke spørgsmål vedrørende priser, dvs. at de ikke indeholder nogen vejledende priser eller andre prisbestemmelser. Alle virksomheder, der opererer inden for sektoren, kan frit anvende standardbetingelserne, som de ønsker. Ca. 80 % af de aftaler, der indgås med slutbrugere på det relevante marked, er baseret på disse standardbetingelser.

Analyse: Det er ikke sandsynligt, at standardbetingelserne vil kunne få konkurrencebegrænsende virkninger som omhandlet i artikel 101, stk. 1. Selv om de er blevet praksis inden for den pågældende sektor, ser det ikke ud til, at de har nogen betydelige negative virkninger for priserne, produkternes kvalitet eller produktsortimentet.

334. Standardbetingelser i kontrakter mellem virksomheder

Eksempel 10

Situation: Byggefirmaerne i en bestemt medlemsstat udarbejder i fællesskab åbne standardbetingelser, som ikke er bindende, og som en entreprenør kan benytte, når han afgiver tilbud på bygge- og anlægsarbejde til en kunde. Der er indbefattet en tilbudsformular med betingelser i forbindelse med bygge- og anlægsarbejde. Dokumenterne udgør tilsammen bygge- og anlægskontrakten. Bestemmelserne omfatter spørgsmål som f.eks. kontraktens udformning, entreprenørens og kundens generelle forpligtelser og betalingsbetingelser, som ikke er prisrelaterede (f.eks. en bestemmelse om entreprenørens ret til med et varsel at indstille arbejdet, hvis han ikke modtager betaling), forsikring, varighed, overtagelse og mangler, ansvarsbegrænsning, opsigelse af kontrakten osv. Disse standardbetingelser vil ofte blive anvendt mellem virksomheder, som opererer på markedet i henholdsvis det foregående og det efterfølgende ómsætningsled, i modsætning hvad der er tilfældet i eksempel 9, punkt 333.

Analyse: Det er ikke sandsynligt, at disse standardbetingelser får konkurrencebegrænsende virkninger som omhandlet i artikel 101, stk. 1. De vil normalt ikke medføre nogen betydelig begrænsning af kundernes valgmuligheder med hensyn til slutproduktet, dvs. bygge- eller anlægsarbejdet. Det er heller ikke sandsynligt, at der vil forekomme andre konkurrencebegrænsende virkninger. Flere af ovennævnte spørgsmål (overtagelse og mangler, opsigelse osv.) reguleres ofte ved lov.

335. Standardbetingelser, som letter sammenligningen mellem forskellige virksomheders produkter

Eksempel 11

Situation: En national sammenslutning på forsikringsområdet udleverer standardpolicebetingelser, som ikke er bindende, for husforsikringsaftaler. Disse betingelser giver intet fingerpeg om forsikringspræmiernes størrelse, risikodækningen eller forsikringstagerens selvrisiko. De pålægger ikke omfattende dækning, herunder risici, som et betydeligt antal forsikringstagere ikke er udsat for samtidig, og pålægger heller ikke forsikringstagerne at opnå dækning af forskellige risici hos samme forsikringsselskab. Mens de fleste forsikringsselskaber anvender standardpolicebetingelserne, indeholder ikke alle deres kontrakter de samme betingelser, da disse tilpasses efter de enkelte kunders individuelle behov, og forbrugerne tilbydes derfor ikke nogen de facto standardisering af forsikringsprodukter. Standardpolicebetingelserne giver forbrugerne og deres organisationer mulighed for at sammenligne de policer, der tilbydes af de forskellige forsikringsselskaber. En forbrugerorganisation er involveret i fastsættelsen af standardpolicebetingelserne. Også nyttilkomne virksomheder på markedet har adgang til dem uden forskelsbehandling.

Analyse: Disse standardpolicebetingelser vedrører sammensætningen af det endelige forsikringsprodukt. Hvis markedsvilkårene og andre faktorer viser, at der kunne være en risiko for begrænsning af produktsortimentet, fordi forsikringsselskaberne anvender sådanne standardpolicebetingelser, er det sandsynligt, at en sådan mulig begrænsning opvejes af effektivitetsgevinster, som f.eks. at det bliver lettere for forbrugerne at sammenligne de betingelser, som forsikringsselskaberne tilbyder. Herved bliver det også lettere for forbrugerne at skifte forsikringsselskab, hvilket fremmer konkurrencen. Desuden er det en fordel for forbrugerne at skifte leverandør, og at der kommer nye virksomheder på markedet. Den omstændighed, at forbrugerorganisationen har deltaget i processen, kan i visse tilfælde gøre det mere sandsynligt, at de effektivitetsgevinster, der ikke automatisk gavner forbrugerne, kommer dem til gode. Standardpolicebetingelserne vil sandsynligvis også nedbringe transaktionsomkostningerne og gøre det lettere for forsikringsselskaberne at komme ind på andre geografiske markeder og/eller produktmarkeder. Det ser heller ikke ud til, at begrænsningerne strækker sig ud over det, der er nødvendigt for at opnå de påviste effektivitetsgevinster, og konkurrencen udelukkes derfor ikke. Det er derfor sandsynligt, at kriterierne i artikel 101, stk. 3, er opfyldt.