

MEDDELANDE FRÅN KOMMISSIONEN

Tillkännagivande

Riktlinjer för tillämpningen av artikel 81.3 i fördrag

(2004/C 101/08)

(Text av betydelse för EES)

1. INLEDNING

1. Artikel 81.3 i fördraget innehåller en undantagsregel, som utgör ett skydd för företag då en överträdelse av artikel 81.1 i fördraget konstateras. Avtal, beslut av företagsammanslutningar och samordnade förfaranden⁽¹⁾ som omfattas av artikel 81.1 och som uppfyller villkoren i artikel 81.3 är giltiga och verkställbara utan att det krävs föregående beslut om detta.
2. Artikel 81.3 kan tillämpas i enskilda ärenden eller på grupper av avtal och samordnade förfaranden genom en gruppundantagsförordning. Förordning nr 1/2003 om tillämpning av konkurrensreglerna i artiklarna 81 och 82 i fördraget⁽²⁾ påverkar inte gruppundantagsförordningarnas giltighet och rättsliga karaktär. Alla befintliga gruppundantagsförordningar fortsätter att gälla, och avtal som omfattas av gruppundantagsförordningar är giltiga och verkställbara även om de är konkurrensbegränsande enligt artikel 81.1⁽³⁾. Sådana avtal kan endast förbjudas för framtiden och endast om kommissionen eller en nationell konkurrensmyndighet formellt återkallar gruppundantaget⁽⁴⁾. Avtal som omfattas av gruppundantag kan inte ogiltigförklaras av nationella domstolar i samband med en privaträttslig tvist.
3. I de gällande riktlinjerna om vertikala begränsningar, horisontella samarbetsavtal respektive avtal om tekniköverföring⁽⁵⁾ behandlas tillämpningen av artikel 81 på olika typer av avtal och samordnade förfaranden. Syftet med de riktlinjerna är att ange kommissionens syn på de kriterier för materiell bedömning som tillämpas på de olika typerna av avtal och förfaranden.
4. Dessa riktlinjer fastställer kommissionens tolkning av villkoren för undantag i Artikel 81(3). De ger därmed vägledning om hur kommissionen kommer att tillämpa Artikel 81 i enskilda ärenden. Även om dessa riktlinjer inte är bindande för domstolar och myndigheter i medlemsstaterna, är syftet också att ge dem vägledning när de tillämpar artikel 81.1 och 81.3 i fördraget.
5. Riktlinjerna fastställer ett analysunderlag för tillämpningen av artikel 81.3. Syftet med detta är att utveckla en metod för tillämpningen av denna bestämmelse i fördraget. Denna metod är baserad på den ekonomiska metod som redan introducerats och utvecklats i riktlinjerna om vertikala begränsningar, horisontella samarbetsavtal och avtal om tekniköverföring. Kommissionen kommer att följa dessa riktlinjer, vilka ger en mer detaljerad väg-

ledning om tillämpningen av de fyra villkoren i artikel 81.3 än den som finns i kommissionens riktlinjer om vertikala begränsningar, horisontella samarbetsavtal respektive avtal om tekniköverföring, också vad gäller avtal som omfattas av de nämnda riktlinjerna. Även om dessa riktlinjer inte är bindande för domstolar och myndigheter i medlemsstaterna, är syftet också att ge dem vägledning när de tillämpar artikel 81.1 och 81.3 i fördraget.

6. De normer som läggs fram i dessa riktlinjer måste tillämpas mot bakgrund av de specifika omständigheterna i enskilda ärenden. Detta utesluter en mekanisk tillämpning. Varje ärende måste bedömas utifrån sakförhållandena i just det ärendet, och riktlinjerna måste tillämpas på ett väl avvägt och flexibelt sätt.
7. I relation till ett antal frågor, beskriver dessa riktlinjer EG-domstolens gällande rättspraxis. Kommissionen ämnar emellertid också förklara sin politik i förhållande till frågor som inte behandlats i rättspraxis, eller vilka är föremål för tolkning. Kommissionens inställning påverkar dock inte EG-domstolens och förstainstansrättens rättspraxis avseende artikel 81.1 och 81.3, eller den tolkning som gemenskapsdomstolarna kan komma att göra i framtiden avseende dessa bestämmelser.

2. DEN ALLMÄNNA RAMEN FÖR ARTIKEL 81 I EG-FÖRDRAGET

2.1 Bestämmelserna i fördraget

8. Artikel 81.1 förbjuder alla avtal mellan företag, beslut av företagsammanslutningar och samordnade förfaranden som kan påverka handeln mellan medlemsstater⁽⁶⁾ och som har till syfte eller resultat att hindra, begränsa eller snedvrída konkurrensen⁽⁷⁾.
9. Som ett undantag till denna regel anges i artikel 81.3 att förbudet i artikel 81.1 kan förklaras icke tillämpligt på avtal som bidrar till att förbättra produktionen eller distributionen av produkter eller till att främja tekniskt eller ekonomiskt framåtskridande, samtidigt som konsumenterna tillförsäkras en skälig andel av den vinst som därigenom uppnås, och som inte ålägger de berörda företagen begränsningar som inte är nödvändiga för att uppnå dessa mål, och som inte ger dessa företag möjlighet att sätta konkurrensen ur spel för en väsentlig del av varorna i fråga.

10. Enligt artikel 1.1 i förordning nr 1/2003 skall sådana avtal som omfattas av artikel 81.1 och som inte uppfyller villkoren i artikel 81.3 vara förbjudna, utan att det krävs föregående beslut om detta ⁽⁸⁾. Enligt artikel 1.2 i samma förordning skall sådana avtal som omfattas av artikel 81.1 men som uppfyller villkoren i artikel 81.3 inte vara förbjudna, utan att det krävs föregående beslut om detta. Sådana avtal är giltiga och verkställbara från och med att villkoren i artikel 81.3 uppfylls och så länge dessa förblir uppfyllda.
11. Bedömningen mot bakgrund av artikel 81 består således av två delar. Det första steget är att bedöma om ett avtal mellan företag vilket märkbart kan påverka handeln mellan medlemsstater har ett konkurrensbegränsande syfte eller faktiska eller potentiella ⁽⁹⁾ konkurrensbegränsande effekter. Det andra steget, som blir relevant endast om ett avtal konstateras begränsa konkurrensen, är att fastställa vilka konkurrensfrämjande fördelar det avtalet medför och att bedöma om dessa konkurrensfrämjande effekter uppväger de konkurrensbegränsande effekterna. Avvägningen av konkurrensbegränsande effekter mot konkurrensfrämjande effekter genomförs uteslutande inom ramen för artikel 81.3 ⁽¹⁰⁾.
12. För att eventuella uppvägande fördelar skall kunna bedömas mot bakgrund av artikel 81.3, måste avtalets konkurrensbegränsande karaktär och verkningar först fastställas. För att placera in artikel 81.3 i dess rätta sammanhang är det skäl att sammanfatta syftet med och det huvudsakliga innehållet i förbudet i artikel 81.1. Kommissionens riktlinjer om vertikala begränsningar, horisontella samarbetsavtal respektive avtal om tekniköverföring ⁽¹¹⁾ innehåller omfattande vägledning om tillämpningen av artikel 81.1 på olika typer av avtal. Dessa riktlinjer är därför begränsade till att erinra om de grundläggande analytiska ramarna för tillämpning av artikel 81.1.
- ## 2.2 Förbudet i artikel 81.1
- ### 2.2.1 Allmänna anmärkningar
13. Syftet med artikel 81 är att skydda konkurrensen på marknaden som ett sätt att främja konsumenternas välfärd och garantera en effektiv resursfördelning. Konkurrens och marknadsintegration tjänar dessa syften, eftersom skapandet och upprätthållandet av en öppen inre
- marknad främjar en effektiv resursfördelning inom hela gemenskapen till fördel för konsumenterna.
14. Förbudet i artikel 81.1 är tillämpligt på begränsande avtal och samordnade förfaranden mellan företag och beslut av företagssammanslutningar, om de kan påverka handeln mellan medlemsstater. En allmän princip som ligger till grund för artikel 81.1 och som kommer till uttryck i gemenskapsdomstolarnas rättspraxis är att varje ekonomisk aktör självständigt måste avgöra vilken politik han avser att tillämpa på marknaden ⁽¹²⁾. Mot bakgrund av detta har gemenskapens domstolar definierat *avtal, beslut och samordnade förfaranden* som begrepp i gemenskapsrätten som gör det möjligt att göra skillnad mellan ett företags ensidiga agerande och samordning av agerande eller samverkan mellan företag ⁽¹³⁾. Ensidigt agerande omfattas endast av artikel 82 i fördraget vad gemenskapens konkurrenslagstiftning beträffar. Dessutom är konvergensregeln i artikel 3.2 i förordning nr 1/2003 inte tillämplig på ensidigt agerande. Denna bestämmelse är endast tillämplig på avtal, beslut och samordnade förfaranden som kan påverka handeln mellan medlemsstater. Artikel 3.2 slår fast att när sådana avtal, beslut eller samordnade förfaranden inte är förbjudna i artikel 81, så kan de inte förbjudas i nationell konkurrenslagstiftning. Artikel 3 påverkar inte den grundläggande principen om gemenskapsrättens företräde, som framför allt innebär att avtal och obehöriga förfaranden som förbjuds i artiklarna 81 och 82 inte kan godkännas i nationell lagstiftning ⁽¹⁴⁾.
15. Den typ av samordning av agerande eller samverkan mellan företag som omfattas av artikel 81.1 är där minst ett företag gentemot ett annat företag åtar sig att uppträda på ett visst sätt eller att kontakter mellan dem leder till att osäkerheten om deras beteende på marknaden undanröjs eller åtminstone minskar väsentligt ⁽¹⁵⁾. Därmed kan samordning ske i form av åtaganden som styr marknadsbeteendet hos åtminstone en av parterna och i form av arrangemang som påverkar marknadsbeteendet hos åtminstone en av parterna genom att de ändrar incitamenten för denna part. Det krävs inte att samordningen är i alla de berörda företagens intresse ⁽¹⁶⁾. Samordningen måste inte heller nödvändigtvis vara uttrycklig. Den kan också vara underförstådd. För att ett avtal skall kunna anses ha ingåtts genom tyst samförstånd måste ett företag antingen direkt eller underförstått ha riktat en inbjudan till ett annat företag om att de skall uppnå ett mål tillsammans ⁽¹⁷⁾. Under vissa omständigheter kan man sluta sig till att ett avtal föreligger utifrån det faktum att parterna har en pågående affärsrelation, och avtalet kan anses ha sin grund i denna affärsrelation ⁽¹⁸⁾. Enbart det faktum att en åtgärd som vidtagits av ett företag ingår i en pågående affärsförbindelse är dock inte tillräckligt ⁽¹⁹⁾.

16. Avtal mellan företag omfattas av förbudet i artikel 81.1 om det är sannolikt att de har en märkbar negativ inverkan på konkurrensparametrarna på marknaden, såsom priser, produktion, innovation samt produkters kvalitet och mångfald. Avtal kan ha denna effekt genom att märkbart minska konkurrensen mellan parterna i avtalet eller mellan dem och tredje man.
- 2.2.2 *De grundläggande principerna för bedömning av avtal mot bakgrund av artikel 81.1*
17. Bedömningen av om ett avtal är konkurrensbegränsande måste göras mot bakgrund av den faktiska konkurrenssituation som skulle råda om avtalet med dess påstådda begränsningar inte fanns⁽²⁰⁾. Vid denna bedömning måste hänsyn tas till avtalets sannolika inverkan på konkurrensen mellan varumärken (dvs. konkurrensen mellan leverantörer av konkurrerande varumärken) och konkurrensen inom varumärken (dvs. konkurrensen mellan återförsäljare av samma varumärke). Artikel 81.1 förbjuder begränsningar både av konkurrensen mellan varumärken och av konkurrensen inom varumärken⁽²¹⁾.
18. För att bedöma om ett avtal eller dess enskilda delar kan begränsa konkurrensen mellan varumärken och/eller inom varumärken måste det bedömas hur och i vilken omfattning avtalet påverkar eller troligen kommer att påverka konkurrensen på marknaden. Följande två frågor utgör en användbar ram för denna bedömning. Den första frågan gäller hur avtalet påverkar konkurrensen mellan varumärken, medan den andra frågan gäller hur avtalet påverkar konkurrensen inom varumärken. Eftersom begränsningar kan påverka konkurrensen mellan varumärken och konkurrensen inom varumärken samtidigt, kan det vara nödvändigt att analysera en begränsning mot bakgrund av båda frågorna innan det kan avgöras om konkurrensen begränsas i den mening som avses i artikel 81.1:
- 1) Begränsar avtalet den faktiska eller potentiella konkurrens som skulle ha varit rådande utan avtalet? Om så är fallet kan avtalet omfattas av artikel 81.1. Vid denna bedömning måste hänsyn tas till konkurrensen mellan parterna och konkurrensen från tredje parter. Om till exempel två företag som är etablerade i olika medlemsstater förpliktar sig att inte sälja produkter på varandras hemmamarknader, begränsas den (potentiella) konkurrens som rådde före avtalet. På motsvarande sätt gäller att om en leverantör ålägger sina återförsäljare en skyldighet att inte sälja konkurrerande produkter och denna skyldighet utestänger tredje man från marknaden, begränsas den faktiska eller potentiella konkurrens som skulle ha varit rådande om avtalet inte hade funnits. Vid bedömningen av om parterna i ett avtal är faktiska eller potentiella konkurrenter måste hänsyn tas till det juridiska och ekonomiska sammanhanget. Om det till exempel är osannolikt, på grundval av objektiva faktorer, att parterna var för sig skulle kunna bedriva den verksamhet som omfattas av avtalet på grund av den ekonomiska risken och parternas tekniska förmåga, anses det att parterna inte är konkurrenter med avseende på den verksamheten⁽²²⁾. Det åligger parterna att lägga fram bevis för att så är fallet.
 - 2) Begränsar avtalet den faktiska eller potentiella konkurrens som skulle ha varit rådande om de avtalsenliga inskränkningarna inte hade funnits? Om så är fallet kan avtalet omfattas av artikel 81.1. Till exempel om en leverantör begränsar sina distributörers möjligheter att konkurrera med varandra, begränsas den (potentiella) konkurrens som skulle ha kunnat äga rum mellan distributörerna utan inskränkningar. Sådana begränsningar omfattar fast återförsäljningspris samt begränsning av geografiskt säljområde eller begränsning av kundkrets mellan distributörer. Vissa inskränkningar kan dock i vissa fall falla utanför artikel 81.1, om inskränkningen är objektivt nödvändigt för att ett avtal av den typen eller arten skall föreligga⁽²³⁾. Tillämpningen av artikel 81.1 kan uteslutas på det sättet endast på grundval av objektiva, yttre faktorer och inte på grundval av parternas subjektiva ståndpunkter och egenskaper. Frågan är inte om parterna i sin speciella situation inte skulle ha gått med på att ingå ett mindre begränsande avtal, utan om ett mindre begränsande avtal inte skulle ha ingåtts av företag under liknande omständigheter med beaktande av avtalets art och marknadens särdrag. Till exempel kan områdesbegränsningar i ett avtal mellan en leverantör och en distributör falla utanför artikel 81.1 under en viss period, om begränsningarna är objektivt nödvändiga för att distributören skall kunna komma in på en ny marknad⁽²⁴⁾. På motsvarande sätt kan det hända att ett förbud som åläggs samtliga distributörer mot att sälja till vissa kategorier av slutanvändare inte är konkurrensbegränsande, om en sådan inskränkning är objektivt nödvändig av hälso- eller säkerhetsskäl som hör samman med att produkten i fråga är farlig. Påståenden om att leverantören skulle ha tillgripit vertikal integration om en inskränkning inte hade funnits är inte tillräckliga. Beslut om att tillgripa vertikal integration är beroende av en mångfald komplicerade ekonomiska faktorer, av vilka en del är företagsinterna.
19. Vid tillämpningen av den analysram som anges i föregående punkt måste hänsyn tas till att det i artikel 81.1 görs skillnad mellan de avtal som har till syfte att begränsa konkurrensen och de avtal som har till resultat att begränsa den. Ett avtal eller en avtalsenlig inskränkning förbjuds i artikel 81.1 bara om dess syfte eller resultat är att begränsa konkurrensen mellan varumärken och/eller inom varumärken.

20. Skillnaden mellan inskränkningar som har till syfte att begränsa konkurrensen och inskränkningar som har till resultat att begränsa den är viktig. När det fastställts att ett avtal har till syfte att begränsa konkurrensen, behöver ingen hänsyn tas till de konkreta effekterna av det avtalet⁽²⁵⁾. Vid tillämpningen av artikel 81.1 behöver med andra ord inga faktiska konkurrensbegränsande verkningar påvisas i fall där avtalet har till syfte att begränsa konkurrensen. I artikel 81.3 görs däremot ingen skillnad mellan avtal som har till syfte att begränsa konkurrensen och avtal som har till resultat att begränsa konkurrensen. Artikel 81.3 omfattar alla avtal som uppfyller de fyra villkoren i den artikeln⁽²⁶⁾.
21. Begränsningar som har till syfte att begränsa konkurrensen är sådana som redan i sig är av en sådan art att de kan leda till att detta syfte uppnås. Det är fråga om begränsningar som mot bakgrund av målen för gemenskapens konkurrensregler har så hög potential att skada konkurrensen att det vid tillämpningen av artikel 81.1 är onödigt att påvisa eventuella faktiska effekter på marknaden. Denna presumtion grundar sig på att begränsningen är av allvarlig art och på de erfarenheter som visar att om syftet är att begränsa konkurrensen, är det sannolikt att det får negativa effekter på marknaden och äventyrar uppnåendet av de mål som gemenskapen eftersträvar med sina konkurrensregler. Begränsningar som har till syfte att begränsa konkurrensen, till exempel genom fastställande av priser och uppdelning av marknader, minskar produktionen och höjer priserna, vilket leder till en felaktig fördelning av resurserna, eftersom varor och tjänster som efterfrågas av kunderna inte produceras. De leder också till försämrad välfärd för konsumenterna, eftersom dessa måste betala högre priser för varorna och tjänsterna i fråga.
22. Bedömningen av om ett avtal har till syfte att begränsa konkurrensen eller inte grundar sig på ett antal olika faktorer. Dessa faktorer är särskilt avtalets innehåll och dess objektiva syften. Det kan också bli nödvändigt att beakta i vilket sammanhang det (skall) tillämpas och hur parterna faktiskt uppträder och agerar på marknaden⁽²⁷⁾. Det kan med andra ord behövas en undersökning av de sakförhållanden som ligger till grund för avtalet och de särskilda omständigheter under vilka avtalet tillämpas innan man kan bedöma om en viss begränsning har till syfte att begränsa konkurrensen. Det sätt på vilket ett avtal genomförs i praktiken kan avslöja ett syfte att begränsa konkurrensen trots att det formella avtalet inte innehåller någon uttrycklig bestämmelse om detta. Bevis för parternas subjektiva avsikt att begränsa konkurrensen är en relevant faktor men inte ett nödvändigt villkor.
23. Sammanfattande vägledning om vad som utgör en begränsning som syftar till att begränsa konkurrensen finns i kommissionens gruppundantagsförordningar, riktlinjer och tillkännagivanden. Begränsningar som förbjuds i gruppundantagsförordningar eller konstateras utgöra särskilt allvarliga begränsningar i riktlinjer och tillkännagivanden betraktar kommissionen i regel som begränsningar som har till syfte att begränsa konkurrensen. Vid horisontella avtal omfattar begränsningar som syftar till att begränsa konkurrensen fastställande av priser, begränsning av produktionen och uppdelning av marknader och kundunderlag⁽²⁸⁾. Vid vertikala avtal omfattar kategorin begränsningar som har till syfte att begränsa konkurrensen särskilt prisbindning i form av ett fast eller ett lägsta återförsäljningspris och begränsningar som ger ett absolut områdesskydd, bland annat begränsning av passiv försäljning⁽²⁹⁾.
24. Om ett avtal inte har till syfte att begränsa konkurrensen måste det undersökas om det har konkurrensbegränsande verkan. Hänsyn måste tas både till faktiska och potentiella effekter⁽³⁰⁾. Avtalet måste med andra ord ha sannolika konkurrensbegränsande verkningar. Vid begränsningar som har till resultat att begränsa konkurrensen finns det ingen presumtion om konkurrensbegränsande verkningar. För att ett avtal skall ha till resultat att begränsa konkurrensen måste det påverka den faktiska eller potentiella konkurrensen i en sådan omfattning att negativa effekter på priser, produktion, innovation eller varors och tjänsters mångfald och kvalitet med en rimlig grad av sannolikhet kan förväntas på den relevanta marknaden⁽³¹⁾. Sådana negativa effekter måste vara märkbara. Förbudet i artikel 81.1 gäller inte om de konstaterade konkurrensbegränsande effekterna är obetydliga⁽³²⁾. Detta test avspeglar den ekonomiska metod kommissionen tillämpar. Förbudet i artikel 81.1 gäller bara om det utifrån en korrekt marknadsanalys kan fastslås att avtalet har sannolika konkurrensbegränsande effekter på marknaden⁽³³⁾. Att parternas marknadsandelar överstiger de tröskelvärden som anges i kommissionens meddelande om avtal av mindre betydelse är dock inte en tillräcklig grund för en sådan slutsats⁽³⁴⁾. Avtal som omfattas av det skydd som gruppundantagsförordningarna utgör kan omfattas av artikel 81.1 men det behöver inte vara så. Att ett avtal faller utanför en gruppundantagsförordnings "trygga hamn" på grund av parternas marknadsandelar är dessutom i sig en otillräcklig grund för att konstatera att avtalet omfattas av artikel 81.1 eller att det inte uppfyller villkoren i artikel 81.3. Därför krävs det en individuell bedömning av avtalets sannolika effekter.
25. Det är sannolikt att negativa effekter på konkurrensen på den relevanta marknaden uppstår, om parterna var för sig eller tillsammans har eller får en viss grad av marknadsstyrka och avtalet bidrar till att den marknadsstyrkan uppkommer, upprätthålls eller förstärks eller gör det möjligt för parterna att utnyttja en sådan marknadsstyrka

ekonomiskt. Marknadsstyrka är att under en avsevärd tidsperiod kunna hålla priserna över den prisnivå som råder vid normala konkurrensförhållanden eller att under en avsevärd tidsperiod kunna hålla produktionen under de nivåer som råder vid normala konkurrensförhållanden i fråga om produktionsmängder, innovation samt produkters mångfald och kvalitet. På marknader med höga fasta kostnader måste företag sätta priserna betydligt över marginalkostnaderna för produktionen för att säkerställa en konkurrenskraftig avkastning på sina investeringar. Att företag sätter priserna över sina marginalkostnader är därför inte i sig ett tecken på att konkurrensen på marknaden inte fungerar väl och att företag har en marknadsstyrka som ger dem möjlighet att sätta priserna på en högre nivå än under normala konkurrensförhållanden. När konkurrenstrycket är för svagt för att hålla priser och produktion på en nivå som råder under normala konkurrensförhållanden har företagen marknadsstyrka i den mening som avses i artikel 81.1.

26. Om marknadsstyrka skapas, upprätthålls eller förstärks kan det vara resultatet av att konkurrensen mellan avtalsparterna har begränsats. Det kan också vara följden av en begränsning av konkurrensen mellan vilken som helst av parterna och tredje man, till exempel därför att avtalet leder till att konkurrenter utestängs eller därför att det ökar kostnaderna för konkurrenterna, vilket begränsar deras kapacitet att konkurrera effektivt med parterna i avtalet. Marknadsstyrka är en fråga om grad. Den grad av marknadsstyrka som vanligen krävs för att en överträdelse enligt artikel 81.1 skall konstateras i fråga om avtal som har till resultat att begränsa konkurrensen är mindre än den grad av marknadsstyrka som krävs för att konstatera en dominerande ställning enligt artikel 82.
27. För en analys av de begränsande effekterna av ett avtal är det i regel nödvändigt att definiera den relevanta marknaden⁽³⁵⁾. Dessutom är det vanligen nödvändigt att undersöka och bedöma bland annat produkternas art, parternas marknadsställning, konkurrenternas marknadsställning, köparnas marknadsställning, förekomsten av potentiella konkurrenter och graden av inträdeshinder. I vissa fall kan det dock vara möjligt att påvisa konkurrensbegränsande effekter direkt genom att analysera hur avtalsparterna uppträder på marknaden. Det kan till exempel vara möjligt att fastslå att ett avtal har lett till prishöjningar. Riktlinjerna om horisontella samarbetsavtal och om vertikala begränsningar fastlägger detaljerade analytiska ramar för att analysera inverkan på konkurrensen av olika typer av horisontella och vertikala avtal enligt artikel 81.1⁽³⁶⁾.

2.2.3 Accessoriska begränsningar

28. I punkt 18 ovan anges ramarna för en analys av effekterna av ett avtal och dess enskilda begränsningar på konkurrensen mellan varumärken och konkurrensen inom varumärken. Om det med stöd av de principerna konstateras att den viktigaste transaktionen som omfattas av avtalet inte begränsar konkurrensen, blir det relevant

att undersöka om enskilda begränsningar som ingår i avtalet också är förenliga med artikel 81.1 därför att de är accessoriska till den viktigaste transaktionen, som inte är begränsande.

29. I gemenskapens konkurrenslagstiftning täcker begreppet accessoriska begränsningar alla eventuella påstådda konkurrensbegränsningar som har ett direkt samband med och är nödvändiga för genomförandet av en icke-begränsande huvudtransaktion och står i proportion till denna⁽³⁷⁾. Om ett avtal till sina huvudsakliga beståndsdelar, till exempel ett distributionsavtal eller ett gemensamt företag, är sådant att det inte har till syfte eller resultat att begränsa konkurrensen, faller också begränsningar som har ett direkt samband med och är nödvändiga för genomförandet av den transaktionen utanför tillämpningsområdet för artikel 81.1⁽³⁸⁾. Dessa begränsningar som har ett samband med genomförandet av en transaktion kallas accessoriska begränsningar. En begränsning har ett direkt samband med huvudtransaktionen om den är underordnad genomförandet av den transaktionen och oskiljaktigt förenad med denna. Testet om nödvändighet innebär att begränsningen måste vara objektivt nödvändig för genomförandet av huvudtransaktionen och stå i proportion till denna. Det innebär att testet gällande accessoriska begränsningar liknar testet i punkt 18.2 ovan. Testet om accessoriska begränsningar är tillämpligt i alla de fall där huvudtransaktionen inte begränsar konkurrensen⁽³⁹⁾. Det är inte begränsat till att fastställa avtalets inverkan på konkurrensen inom varumärken.
30. Tillämpningen av begreppet accessoriska begränsningar måste särskiljas från tillämpningen av skyddet enligt artikel 81.3, som gäller vissa fördelar för ekonomin som begränsande avtal medför och som vägs mot de begränsande effekterna av dessa avtal. Tillämpningen av begreppet accessoriska begränsningar omfattar ingen avvägning mellan konkurrensfrämjande och konkurrensbegränsande effekter. En sådan avvägning är förbehållen artikel 81.3⁽⁴⁰⁾.
31. Bedömningen av accessoriska begränsningar inskränker sig till att fastställa om en viss begränsning, med avseende på den huvudsakliga icke-begränsande transaktionen eller verksamheten, är nödvändig för genomförandet av den transaktionen eller verksamheten och står i proportion till denna. Om det på grundval av objektiva faktorer kan anses att den huvudsakliga icke begränsande transaktionen vore svår eller omöjlig att genomföra utan begränsningen, kan det anses att begränsningen är objektivt nödvändig för genomförandet av den transaktionen och står i proportion till denna⁽⁴¹⁾. Om till exempel huvudsyftet med ett franchiseavtal inte begränsar konkurrensen, faller begränsningar som är nödvändiga för att avtalet skall fungera effektivt, såsom skyldigheter som har till syfte att skydda franchisesystemets likformighet och rykte, också utanför tillämpningsområdet för artikel 81.1⁽⁴²⁾. På motsvarande sätt gäller att om ett gemensamt företag inte i sig är konkurrensbegränsande, anses

begränsningar som är nödvändiga för tillämpningen av avtalet accessoriska i förhållande till huvudtransaktionen och omfattas därför inte av artikel 81.1. Exempelvis i TPS-ärendet ⁽⁴³⁾ ansåg kommissionen att en skyldighet för parterna att inte delta i företag som är verksamma inom distribution och marknadsföring av TV-program via satellit var accessorisk i förhållande till bildandet av det gemensamma företaget under startfasen. Begränsningen ansågs därför falla utanför artikel 81.1 för en period på tre år. När kommissionen nådde fram till denna slutsats tog den hänsyn till de tunga investeringar och affärsrisker det var förenat med att gå in på marknaden för betal-TV.

2.3 Undantaget i artikel 81.3

32. Bedömningen enligt artikel 81.1 av begränsningar som har till syfte eller resultat att begränsa konkurrensen är bara en sida av analysen. Den andra sidan, som återspeglas i artikel 81.3, är bedömningen av de positiva ekonomiska effekterna av begränsande avtal.

33. Syftet med gemenskapens konkurrensregler är att skydda konkurrensen på marknaden som ett sätt att främja konsumenternas välfärd och garantera en effektiv resursfördelning. Avtal som begränsar konkurrensen kan samtidigt ha konkurrensfrämjande effekter tack vare effektivitetsvinster ⁽⁴⁴⁾. Effektivitetsvinster kan skapa mervärde genom att sänka kostnaderna för att tillverka en vara, förbättra produktens kvalitet eller skapa en ny produkt. När de konkurrensfrämjande effekterna av ett avtal uppväger dess konkurrensbegränsande effekter är avtalet som helhet betraktat konkurrensfrämjande och förenligt med målen för gemenskapens konkurrensregler. Nettoeffekten av sådana avtal är att främja själva kärnan i konkurrensprocessen, nämligen att vinna kunder genom att erbjuda bättre produkter eller förmånligare priser än konkurrenterna. Denna analysram avspeglas i artikel 81.1 och 81.3. I artikel 81.3 erkänns uttryckligen att begränsande avtal kan ge upphov till objektiva ekonomiska fördelar som uppväger de negativa effekterna av konkurrensbegränsningen ⁽⁴⁵⁾.

34. För att undantaget i artikel 81.3 skall vara tillämpligt måste fyra villkor, två positiva och två negativa, uppfyllas samtidigt:

a) Avtalet måste bidra till att förbättra produktionen eller distributionen av varor eller till att främja tekniskt eller ekonomiskt framåtskridande.

b) Konsumenterna måste få en skäligen andel av den vinst som därigenom uppnås.

c) Begränsningarna måste vara nödvändiga för att uppnå dessa mål.

d) Avtalet får inte ge parterna möjlighet att sätta konkurrensen ur spel för en väsentlig del av varorna i fråga.

Om dessa fyra villkor uppfylls, främjar avtalet konkurrensen inom den relevanta marknaden, eftersom det får de berörda företagen att erbjuda konsumenterna billigare eller bättre produkter, vilket kompenserar konsumenterna för de negativa effekterna av konkurrensbegränsningarna.

35. Artikel 81.3 kan tillämpas antingen på enskilda avtal eller på grupper av avtal genom en gruppundantagsförordning. Om ett avtal omfattas av ett gruppundantag är parterna i det begränsande avtalet befriade från skyldigheten enligt artikel 2 i förordning nr 1/2003 att visa att deras avtal uppfyller villkoren i artikel 81.3. De måste bara visa att det begränsande avtalet omfattas av ett gruppundantag. Tillämpningen av artikel 81.3 på grupper av avtal genom en gruppundantagsförordning grundar sig på presumtionen att konkurrensbegränsande avtal som omfattas av dessa grupper ⁽⁴⁶⁾ uppfyller samtliga fyra villkor som fastställs i artikel 81.3.

36. Om det i ett enskilt ärende förhåller sig så att avtalet omfattas av artikel 81.1 och villkoren i artikel 81.3 inte uppfylls, kan gruppundantaget återkallas. Enligt artikel 29.1 i förordning nr 1/2003 har kommissionen befogenhet att återkalla rätten att omfattas av en gruppundantagsförordning, om den finner att ett avtal som omfattas av en gruppundantagsförordning har vissa verkningar som är oförenliga med artikel 81.3 i fördraget. Enligt artikel 29.2 i förordning nr 1/2003 får också en konkurrensmyndighet i en medlemsstat avseende sitt territorium (eller en del av detta) återkalla rätten att omfattas av en gruppundantagsförordning som kommissionen har utfärdat, om detta territorium uppvisar alla kännetecken på en avgränsad geografisk marknad. Om rätten att omfattas av ett gruppundantag återkallas skall de berörda konkurrensmyndigheterna visa att avtalet utgör en överträdelse av artikel 81.1 och att det inte uppfyller villkoren i artikel 81.3.

37. Domstolarna i medlemsstaterna har ingen befogenhet att återkalla rätten att omfattas av gruppundantagsförordningar. Dessutom får domstolar i medlemsstaterna inte ändra räckvidden för gruppundantagsförordningar som de tillämpar genom att utvidga tillämpningsområdet till avtal som inte omfattas av gruppundantagsförordningen i fråga ⁽⁴⁷⁾. Utanför räckvidden för gruppundantagsförordningarna kan domstolar i medlemsstaterna tillämpa artikel 81 i sin helhet (jfr artikel 6 i förordning nr 1/2003).

3. TILLÄMPNING AV DE FYRA VILLKOREN I ARTIKEL 81.3

38. Nedan i dessa riktlinjer tas vart och ett av de fyra villkoren i artikel 81.3 i betraktande ⁽⁴⁸⁾. Eftersom dessa fyra villkor är kumulativa ⁽⁴⁹⁾, är det onödigt att undersöka övriga villkor om det konstaterats att ett av villkoren i artikel 81.3 inte uppfylls. I enskilda fall kan det därför vara lämpligt att beakta de fyra villkoren i en annan ordningsföljd.

39. I dessa riktlinjer anses det lämpligt att kasta om ordningsföljden för det andra och det tredje villkoret och således behandla frågan om nödvändighet före frågan om en skälig andel för konsumenterna. Analysen av en skälig andel för konsumenterna kräver en avvägning mellan de negativa och positiva effekterna av ett avtal för konsumenterna. Denna analys bör inte omfatta verkningarna av begränsningar som redan underkänts i nödvändighetstestet och därför är förbjudna enligt artikel 81.

3.1 Allmänna principer

40. Artikel 81.3 i fördraget blir relevant först när ett avtal mellan företag begränsar konkurrensen i den mening som avses i artikel 81.1. I fråga om avtal som inte är begränsande behöver det inte undersökas om avtalet i fråga medför några fördelar.

41. Om en begränsning av konkurrensen i den mening som avses i artikel 81.1 har påvisats i ett enskilt fall, kan artikel 81.3 åberopas som försvar. Enligt artikel 2 i förordning nr 1/2003 åvilar bevisbördan det eller de företag som åberopar rätten till undantag. Om villkoren i artikel 81.3 inte uppfylls är avtalet ogiltigt (jfr artikel 81.2). En sådan automatisk ogiltighet gäller dock endast de delar av avtalet som är oförenliga med artikel 81, under förutsättning att sådana delar kan separeras från avtalet som helhet ⁽⁵⁰⁾. Om endast en del av avtalet är ogiltigt, skall det

avgöras enligt tillämplig nationell lagstiftning vilka konsekvenser detta får för resten av avtalet ⁽⁵¹⁾.

42. Enligt fast rättspraxis är de fyra villkoren i artikel 81.3 kumulativa ⁽⁵²⁾, det vill säga de måste alla vara uppfyllda för att regeln om undantag skall vara tillämplig. Om inte alla fyra villkor uppfylls, måste en begäran om undantag enligt artikel 81.3 avslås ⁽⁵³⁾. De fyra villkoren i artikel 81.3 är också uttömmande. När villkoren är uppfyllda är undantaget tillämpligt och får inte göras beroende av andra villkor. Målen för andra bestämmelser i fördraget kan beaktas i den mån de kan inordnas under de fyra villkoren i artikel 81.3. ⁽⁵⁴⁾

43. Bedömningen enligt artikel 81.3 av fördelar som begränsande avtal ger upphov till görs i princip inom gränserna för var och en av de relevanta marknader avtalet gäller. Gemenskapens konkurrensregler har till syfte att skydda konkurrensen på marknaden och kan inte särskiljas från detta syfte. Dessutom innebär villkoret att konsumenterna ⁽⁵⁵⁾ måste få en skälig andel av fördelarna i regel att de effektivitetsvinster som det begränsande avtalet ger upphov till inom en relevant marknad måste vara tillräckliga för att uppväga de konkurrensbegränsande effekter som avtalet ger upphov till på samma relevanta marknad ⁽⁵⁶⁾. Negativa effekter för konsumenterna på en geografisk marknad eller produktmarknad kan i regel inte vägas mot och kompenseras av positiva effekter för konsumenterna på en annan, icke närliggande geografisk marknad eller produktmarknad. Om två marknader står i samband med varandra kan effektivitetsvinster som uppnås på separata marknader beaktas, förutsatt att den grupp av konsumenter som påverkas av begränsningen och den som drar nytta av effektivitetsvinsterna i allt väsentligt är desamma ⁽⁵⁷⁾. I vissa fall påverkas faktiskt endast konsumenter i ett senare marknadsled av avtalet, och då måste det bedömas hur avtalet påverkar sådana konsumenter. Detta gäller till exempel i fråga om inköpsavtal ⁽⁵⁸⁾.

44. Bedömningen av begränsande avtal enligt artikel 81.3 görs mot bakgrund av den faktiska situation i vilken de förekommer ⁽⁵⁹⁾ och utifrån föreliggande sakförhållanden vid en viss tidpunkt. Bedömningen är känslig för materiella förändringar av sakförhållandena. Undantaget i artikel 81.3 är tillämpligt så länge de fyra villkoren är uppfyllda och upphör att vara tillämpligt när så inte längre är fallet ⁽⁶⁰⁾. Vid tillämpningen av artikel 81.3 i enlighet med dessa principer måste man ta hänsyn till de icke-

återvinningsbara startinvesteringar som någondera parten gjort och den tid och de begränsningar som krävs för att förplikta sig till och ta igen en effektivitetsfrämjande investering. Artikel 81 kan inte tillämpas utan att vederbörlig hänsyn tas till en sådan förhandsinvestering. Den risk som parterna löper samt den icke-återvinningsbara investering de måste åta sig för att genomföra avtalet kan därför leda till att avtalet faller utanför artikel 81.1 eller alternativt till att det uppfyller villkoren i artikel 81.3 för den tid det tar att ta igen investeringen.

45. I vissa fall är det begränsande avtalet en oåterkallelig företeelse. När det begränsande avtalet har genomförts kan den situation som rådde före avtalets ingående inte återställas. I sådana fall måste bedömningen göras enbart på grundval av de sakförhållanden som råder vid tidpunkten för genomförandet. Till exempel i fråga om ett forsknings- och utvecklingsavtal genom vilket parterna kommer överens om att överge sitt respektive forskningsprojekt och förena sin kapacitet med en annan parts kapacitet, kan det ur objektiv synvinkel vara tekniskt och ekonomiskt omöjligt att starta ett projekt på nytt om det en gång övergetts. Bedömningen av de konkurrensbegränsande och konkurrensfrämjande effekterna av avtalet om att överge de enskilda forskningsprojekten måste därför göras vid tidpunkten då genomförandet slutförs. Om avtalet vid den tidpunkten är förenligt med artikel 81, till exempel därför att ett tillräckligt antal tredje män har konkurrerande forsknings- och utvecklingsprojekt, förblir parternas avtal om att överge sina individuella projekt förenliga med artikel 81, även om de projekt som genomförs av tredje man misslyckas vid en senare tidpunkt. Förbudet i artikel 81 kan dock vara tillämpligt på andra delar av avtalet avseende vilka frågan om oåterkallelighet inte uppstår. Om avtalet inte bara innebär gemensam forskning och utveckling utan också till exempel gemensamt utnyttjande, kan artikel 81 vara tillämplig på denna del av avtalet om avtalet blir konkurrensbegränsande till följd av marknadsutvecklingen och (inte längre) uppfyller villkoren i artikel 81.3, med hänsyn taget också till icke-återvinningsbara förhandsinvesteringar (jfr föregående punkt).

46. Artikel 81.3 utesluter inte vissa typer av avtal från sitt tillämpningsområde på förhand. I princip omfattar undantaget alla begränsande avtal som uppfyller de fyra villkoren i artikel 81.3⁽⁶¹⁾. Det är dock osannolikt att allvarliga konkurrensbegränsningar uppfyller villkoren i artikel 81.3. Sådana begränsningar är i regel svartlistade i gruppundantagsförordningar eller identifieras som särskilt allvarliga begränsningar i kommissionens riktlinjer och tillkännagivanden. Avtal av detta slag uppfyller i regel (åtminstone) inte de två första villkoren i artikel 81.3. De skapar varken objektiva ekonomiska fördelar⁽⁶²⁾ eller är till fördel för konsumenterna⁽⁶³⁾. Ett horisontellt avtal om fastställande av priser begränsar till exempel produktionen, vilket leder till felaktig resursfördelning. Det för också över värde från konsumenter till tillverkare, eftersom det leder till högre priser utan att medföra något kompenserande värde för konsumenterna inom den rele-

vanta marknaden. Dessutom underkänns dessa typer av avtal i regel genom nödvändighetstestet enligt det tredje villkoret⁽⁶⁴⁾.

47. Eventuella påståenden om att begränsande avtal är berättigade därför att de har till syfte att säkerställa rättvisa konkurrensvillkor på marknaden är grundlösa till sin natur och måste avvisas⁽⁶⁵⁾. Syftet med artikel 81 är att skydda en effektiv konkurrens genom att säkerställa att marknaderna förblir öppna och utsatta för konkurrens. Skyddet av rättvisa konkurrensvillkor är en uppgift för lagstiftaren i enlighet med skyldigheterna i gemenskapsrätten⁽⁶⁶⁾ och det är inte företagen som skall skriva sina egna regler.

3.2 Första villkoret i artikel 81.3: Effektivitetsvinster

3.2.1 Allmänna anmärkningar

48. Enligt det första villkoret i artikel 81.3 måste det begränsande avtalet bidra till att förbättra produktionen eller distributionen av varor eller till att främja tekniska eller ekonomiska framsteg. I bestämmelsen nämns explicit endast varor, men den gäller analogt även tjänster.

49. Det följer av EG-domstolens rättspraxis att endast objektiva fördelar kan beaktas⁽⁶⁷⁾. Detta innebär att effektivitetsvinster inte bedöms ur parternas subjektiva synvinkel⁽⁶⁸⁾. Kostnadsbesparingar enbart till följd av att parterna utövar marknadsstyrka kan inte beaktas. När företag till exempel kommer överens om att fastställa priser eller dela upp marknader minskar de produktionen och därmed produktionskostnaderna. Minskad konkurrens kan också leda till lägre utgifter för försäljning och marknadsföring. Sådana kostnadsminskningar är en direkt följd av en minskning av produktion och värde. Kostnadsminskningarna i fråga ger inga konkurrensfrämjande effekter på marknaden. Framför allt genererar de inget värde genom en integrering av tillgångar och verksamhet. De gör det bara möjligt för de berörda företagen att öka sin vinst och är därför irrelevanta vad avser artikel 81.3.

50. Syftet med det första villkoret i artikel 81.3 är att definiera vilka typer av effektivitetsvinster som kan beaktas och bli föremål för de ytterligare testen i det andra och det tredje villkoret i artikel 81.3. Syftet med analysen är att fastställa vilka objektiva fördelar avtalet medför och vilken ekonomisk betydelse sådana effektivitetsvinster har. Eftersom de konkurrensfrämjande effekterna måste uppväga de konkurrensbegränsande effekterna för att artikel 81.3 skall vara tillämplig, är det nödvändigt att kontrollera vilken kopplingen är mellan avtalet och de påstådda effektivitetsvinsterna och vad dessa effektivitetsvinster är värda.

51. Alla påståenden om effektivitetsvinster måste därför underbyggas så att följande kan bekräftas:
- De påstådda effektivitetsvinsternas art
 - Kopplingen mellan avtalet och effektivitetsvinsterna
 - Sannolikheten för de påstådda effektivitetsvinsterna och deras omfattning
 - Hur och när de påstådda effektivitetsvinsterna skulle uppnås.
52. Punkt a gör det möjligt för beslutsfattaren att kontrollera om de påstådda effektivitetsvinsterna är av objektiv art (jfr punkt 49 ovan).
53. Tack vare punkt b kan beslutsfattaren kontrollera om det finns ett tillräckligt orsakssamband mellan det begränsande avtalet och de påstådda effektivitetsvinsterna. Detta villkor kräver i regel att effektivitetsvinsterna skall vara ett resultat av den ekonomiska verksamhet som är föremålet för avtalet. Sådan verksamhet kan till exempel ha formen av distribution, licensiering av teknik, gemensam produktion eller gemensam forskning eller utveckling. I den mån ett avtal har mer omfattande effektivitetsfrämjande effekter på den relevanta marknaden, till exempel därför att det leder till minskade kostnader inom branschen som helhet, beaktas dock också dessa ytterligare fördelar.
54. Orsakssambandet mellan avtalet och de påstådda effektivitetsvinsterna måste i regel också vara direkt ⁽⁶⁹⁾. Påståenden som grundar sig på indirekta effekter är i regel alltför osäkra och avlägsna för att kunna beaktas. Ett direkt orsakssamband föreligger till exempel om ett avtal om tekniköverföring gör det möjligt för licenstagare att tillverka nya eller förbättrade produkter eller om ett distributionsavtal gör det möjligt att distribuera produkter till lägre kostnader eller gör det möjligt att producera tjänster med ett högt värde. Ett exempel på indirekta effekter är att ett begränsande avtal gör det möjligt för de berörda företagen att öka sin vinst och därmed investera mer i forskning och utveckling, vilket i sista hand kommer konsumenterna till godo. Det kan visserligen finnas ett samband mellan lönsamhet å ena sidan och forskning och utveckling å andra sidan, men detta samband är inte tillräckligt direkt för att beaktas i samband med artikel 81.3.
55. Punkterna c och d gör det möjligt för beslutsfattaren att kontrollera värdet på de påstådda effektivitetsvinsterna, vilket mot bakgrund av det tredje villkoret i artikel 81.3 måste vägas mot avtalets konkurrensbegränsande effekter (se punkt 101 nedan). Eftersom artikel 81.1 endast är tillämplig i fall där avtalet har sannolika negativa effekter på konsumenter och konkurrens (om det är fråga om särskilt allvarliga begränsningar presumeras sådana effekter), måste påståenden om effektivitetsvinster underbyggas så att de går att kontrollera. Påståenden som inte kan styrkas avvisas.
56. Vad gäller påstådda kostnadsbesparingar måste de företag som gör anspråk på att omfattas av artikel 81.3 så exakt som det rimligt sett är möjligt beräkna eller uppskatta värdet på effektivitetsvinsterna och i detalj beskriva hur beloppet har beräknats. De måste också beskriva genom vilka metoder effektivitetsvinsterna har uppnåtts eller kommer att uppnås. De uppgifter som lämnats måste gå att kontrollera så att man med tillräcklig säkerhet kan fastslå att effektivitetsvinsterna har uppnåtts eller troligen kommer att uppnås.
57. Beträffande påstådda effektivitetsvinster i form av nya eller förbättrade produkter och andra effektivitetsvinster som inte är kostnadsbaserade måste de företag som åberopar artikel 81.3 noggrant beskriva och förklara av vilken art effektivitetsvinsterna är och hur och varför de utgör en objektiv ekonomisk fördel.
58. I fall där avtalet ännu inte genomförts fullständigt måste parterna styrka eventuella beräkningar av från och med när effektivitetsvinsterna kommer att ha effekt och få en betydande positiv inverkan på marknaden.
- ### 3.2.2 De olika kategorierna av effektivitetsvinster
59. De olika typer av effektivitetsvinster som räknas upp i artikel 81.3 är breda kategorier som är avsedda att täcka alla objektiva ekonomiska effektivitetsvinster. Det finns en betydande överlappning mellan de olika kategorier som nämns i artikel 81.3 och samma avtal kan ge upphov till flera olika slag av effektivitetsvinster. Därför är det inte ändamålsenligt att dra upp tydliga gränser mellan de olika kategorierna. I dessa riktlinjer görs åtskillnad mellan å ena sidan kostnadsbesparingar och å andra sidan kvalitativa effektivitetsvinster som skapar ett värde i form av nya eller förbättrade produkter, större mångfald av produkter osv.
60. I allmänhet har effektivitetsvinster sin grund i en integrering av ekonomiska verksamheter där företag förenar sina tillgångar för att uppnå vad de inte skulle kunna uppnå ensamma eller där de anförtror ett annat företag uppgifter som det företaget kan sköta effektivare.

61. Forskning och utveckling, produktion och distribution är en process som kan betraktas som en värdekedja som kan delas upp i flera olika led. På varje stadium i denna kedja måste ett företag välja mellan att själv utföra verksamheten, att utföra den tillsammans med ett eller flera andra företag eller att lägga ut verksamheten helt och hållet på ett eller flera andra företag.
62. I alla de fall där det val som gjorts involverar samarbete på marknaden med ett annat företag, måste i regel ett avtal enligt artikel 81.1 ingås. Dessa avtal kan vara vertikala, vilket är fallet om parterna är verksamma i olika led i värdekedjan, eller de kan vara horisontella, vilket är fallet om företagen är verksamma i samma led i värdekedjan. Båda kategorierna av avtal kan ge upphov till effektivitetsvinster genom att de gör det möjligt för företagen i fråga att utföra en viss uppgift till en lägre kostnad eller med större mervärde för konsumenterna. Sådana avtal kan också innehålla eller leda till konkurrensbegränsningar, och då kan förbudet i artikel 81.1 och undantaget i artikel 81.3 bli relevanta.
63. De olika typer av effektivitetsvinster som nämns nedan är bara exempel och avsikten är inte att ge en uttömmande förteckning.

3.2.2.1 Kostnadsbesparingar

64. Kostnadsbesparingar som är resultatet av avtal mellan företag kan härröra från ett antal olika källor. En mycket viktig källa till kostnadsbesparingar är utvecklingen av ny produktionsteknik och nya produktionsmetoder. Det är i allmänhet då tekniska framsteg görs som den största potentialen för kostnadsbesparingar uppnås. Införandet av det löpande bandet ledde till exempel till mycket betydande kostnadsänkningar vid tillverkningen av motorfordon.
65. En annan mycket viktig källa till ökad effektivitet är synergier till följd av en integrering av befintliga tillgångar. Om parterna i ett avtal förenar sina tillgångar kan de uppnå ett förhållande mellan kostnader och produktion som inte annars vore möjligt. En kombination av befintlig teknik som båda har starka sidor som kompletterar varandra kan minska produktionskostnaderna eller leda till tillverkningen av produkter av högre kvalitet. Det kan till exempel hända att företag A:s produktionsstillgångar genererar en hög produktion per timme, men kräver en relativt omfattande tillförsel av råvaror per producerad enhet, medan företag B:s produktionsstillgångar genererar en lägre produktion per timme men kräver en relativt sett mindre tillförsel av råvara per producerad enhet. Synergieffekter skapas om parterna genom att

bilda ett gemensamt produktionsföretag som kombinerar A:s och B:s produktionsstillgångar kan uppnå en hög/högre produktion per timme med en låg/lägre tillförsel av råvaror per producerad enhet. På motsvarande sätt gäller att om ett företag har optimerat ett led i värdekedjan och ett annat företag har optimerat ett annat led i värdekedjan, kan en kombination av deras transaktioner leda till lägre kostnader. Företag A kan till exempel ha en högt automatiserad produktionsanläggning som ger låga produktionskostnader medan företag B har utvecklat ett effektivt system för behandling av beställningar. Systemet gör det möjligt att exakt anpassa produktionen till kundernas efterfrågan, vilket garanterar punktliga leveranser och minskar kostnaderna för lagring och föråldrade produkter. Genom att kombinera sina tillgångar kan A och B minska kostnaderna.

66. Kostnadsbesparingar kan också vara en följd av stordriftsfördelar, det vill säga kostnaderna per produktionsenhet minskar när produktionen ökar. Exempel: investeringar i utrustning och andra tillgångar måste ofta göras i uppdelbara block. Om ett företag inte kan utnyttja ett block fullständigt, kommer dess genomsnittliga kostnader att vara högre än om det kunde göra detta. Till exempel kostnaden för att hålla en lastbil i trafik är i princip densamma oavsett om den är full, halvfull eller nästan tom. Avtal genom vilka företag slår ihop sin logistikverksamhet kan göra det möjligt för dem att öka lastfaktorerna och minska antalet fordon i trafik. Verksamhet i större skala kan också möjliggöra en bättre fördelning av arbetskraften, vilket leder till lägre kostnader per enhet. Företag kan uppnå stordriftsfördelar i alla led inom värdekedjan, till exempel forskning och utveckling, produktion, distribution och marknadsföring. Inlärningsbesparingar är en besläktad typ av effektivitetsvinst. Vid ökad erfarenhet av att använda en viss produktionsprocess eller att utföra vissa uppgifter kan produktiviteten öka, eftersom processen blir effektivare eller eftersom uppgiften utförs snabbare.
67. En annan källa till kostnadseffektivitet är diversifieringsfördelar, som uppstår när företag uppnår kostnadsbesparingar genom att producera olika produkter på grundval av samma råvara. Sådana effektivitetsvinster kan uppstå om det är möjligt att använda samma komponenter och samma anläggningar och personal för att tillverka en mängd olika produkter. På motsvarande sätt kan diversifieringsfördelar uppkomma inom distributionen, när flera olika typer av varor distribueras med samma fordon. Till exempel en tillverkare av djupfrysade pizzor och en tillverkare av djupfrysade grönsaker kan uppnå diversifieringsfördelar genom att distribuera sina produkter gemensamt. Båda produktkategorierna måste distribueras i frysbilar och det är sannolikt att betydande överlappningar förekommer vad kundunderlaget beträffar. Genom att kombinera sin verksamhet kan de båda tillverkarna uppnå lägre distributionskostnader per distribuerad enhet.

68. Effektivitetsvinster i form av lägre kostnader kan också bli följden av avtal som möjliggör bättre planering av tillverkningen, eftersom det minskar behovet av att hålla dyra lager och tillåter ett bättre kapacitetsutnyttjande. Effektivitetsvinster av det slaget kan till exempel ha sin grund i användningen av "just-in-time"-leveranser, det vill säga en skyldighet för en komponentleverantör att fortlöpande leverera till köparen enligt dennes leveransbehov, och därmed undvika att köparen skall behöva hålla ett stort lager av komponenter som riskerar att bli föråldrade. Kostnadsbesparingar kan också bli följden av avtal som gör det möjligt för parterna att rationalisera tillverkningen i alla sina anläggningar.

3.2.2.2 Kvalitativa effektivitetsvinster

69. Avtal mellan företag kan framkalla olika effektivitetsvinster av kvalitativ art som är relevanta för tillämpningen av artikel 81.3. I vissa fall är det inte kostnadsbesparingar utan kvalitativa förbättringar och andra effektivitetsvinster av kvalitativ art som är den viktigaste effektivitetsvinsten som främjar avtalets potential. Beroende på det enskilda ärendet kan sådana effektivitetsvinster därför vara viktiga som eller viktigare än kostnadsbesparingar.

70. Tekniska och teknologiska framsteg är en väsentlig och dynamisk del av ekonomin, och genererar betydande fördelar i form av nya eller förbättrade varor och tjänster. Genom att samarbeta kan företag skapa effektivitetsvinster som inte hade varit möjliga utan det begränsande avtalet eller hade varit möjliga endast med betydande förseningar eller till högre kostnader. Sådana effektivitetsvinster utgör en viktig källa till ekonomiska fördelar som omfattas av det första villkoret i artikel 81.3. Det är i synnerhet avtal om forskning och utveckling som kan åstadkomma effektivitetsvinster av denna art. Ett exempel är att A och B bildar ett gemensamt företag för utveckling och, i händelse av framgång med detta, gemensam tillverkning av ett cellbaserat däck. Om en cell punkteras påverkas inte de övriga cellerna, vilket betyder att det inte finns någon risk för att däcket skall kollapsa vid en punktering. Däcket är således säkrare än traditionella däck. Det innebär också att det inte finns något akut behov av att byta däck och något reservdäck behövs inte. Båda typerna av effektivitetsvinster är objektiva fördelar i den mening som avses i det första villkoret i artikel 81.3.

71. På samma sätt som sammanslagningen av tillgångar som kompletterar varandra kan medföra kostnadsbesparingar, kan sammanslagningen av tillgångar också ge upphov till synergieffekter som skapar effektivitetsvinster av kvalitativa

art. Sammanslagningen av produktionstillgångar kan exempelvis leda till att produkter av högre kvalitet eller produkter med nya egenskaper börjar tillverkas. Det kan till exempel gälla licensavtal och avtal om gemensam produktion av nya eller förbättrade varor eller tjänster. Licenseringsavtal kan framför allt garantera en snabbare spridning av ny teknik inom gemenskapen och göra det möjligt för licenstagarna att göra nya produkter tillgängliga eller tillämpa ny produktionsteknik som leder till kvalitetsförbättringar. Gemensamma produktionsavtal kan i synnerhet göra det möjligt att föra in nya eller förbättrade varor eller tjänster på marknaden snabbare eller till lägre kostnader⁽⁷⁰⁾. Till exempel inom telekommunikationssektorn har samarbetsavtal ansetts ge upphov till effektivitetsvinster genom att de gör nya globala tjänster snabbare tillgängliga⁽⁷¹⁾. Inom banksektorn har samarbetsavtal som skapat bättre möjligheter till gränsöverskridande betalningar också ansetts ge upphov till effektivitetsvinster i den mening som avses i första villkoret i artikel 81.3⁽⁷²⁾.

72. Distributionsavtal kan också ge upphov till kvalitativa effektivitetsvinster. Specialiserade återförsäljare kan till exempel kanske tillhandahålla tjänster som är bättre skräddarsydda för konsumenternas behov eller tillhandahålla snabbare leveranser eller bättre kvalitetsgaranti genom hela distributionskedjan⁽⁷³⁾.

3.3 Tredje villkoret i artikel 81.3: begränsningarna skall vara nödvändiga

73. Enligt det tredje villkoret i artikel 81.3 får det begränsande avtalet inte ålägga de berörda företagen begränsningar som inte är nödvändiga för att uppnå de effektivitetsvinster som avtalet i fråga ger upphov till. Detta villkor förutsätter ett tvåfaldigt test. För det första måste det begränsande avtalet som sådant vara rimligt nödvändigt för att dessa effektivitetsvinster skall kunna uppnås. För det andra måste de enskilda konkurrensbegränsningar som följer av avtalet också vara rimligt nödvändiga för att dessa effektivitetsvinster skall kunna uppnås.

74. I samband med det tredje villkoret i artikel 81.3 är den avgörande faktorn huruvida det begränsande avtalet och enskilda begränsningar gör det möjligt att bedriva verksamheten i fråga effektivare än vad som sannolikt hade varit fallet om avtalet eller begränsningen i fråga inte hade funnits. Frågan är inte om avtalet inte hade ingåtts om begränsningen inte hade funnits, utan om fler effektivitetsvinster uppstår med avtalet eller begränsningen än utan avtalet eller begränsningen⁽⁷⁴⁾.

75. Det första testet i det tredje villkoret i artikel 81.3 kräver att effektivitetsvinster skall vara specifika för avtalet i fråga i den meningen att det inte finns några andra i ekonomiskt hänseende praktiskt genomförbara och mindre begränsande sätt att uppnå effektivitetsvinsterna. Vid den sistnämnda bedömningen måste man ta hänsyn till de marknadsvillkor och de ekonomiska realiteter som styr avtalsparternas verksamhet. Det krävs inte att företag som åberopar artikel 81.3 skall beakta hypotetiska eller teoretiska alternativ. Kommissionen kommer inte att spekulera avseende parternas affärsomdöme. Den kommer bara att inter文nera där det står rimligen klart att det finns realistiska och uppnåbara alternativ. Parterna måste bara förklara och visa varför sådana till synes realistiska och betydligt mindre begränsande alternativ till avtalet vore betydligt mindre effektiva.
76. Det är särskilt relevant att undersöka om parterna, med hänsyn taget till omständigheterna i det enskilda fallet, hade kunnat uppnå effektivitetsvinsterna genom en annan, mindre begränsande typ av avtal, och när de i så fall sannolikt skulle kunna uppnå effektivitetsvinsterna. Det kan också bli nödvändigt att undersöka om parterna skulle ha kunnat uppnå dessa effektivitetsvinster på egen hand. Till exempel när de påstådda effektivitetsvinsterna har formen av kostnadsminskningar till följd av stordriftsfördelar eller diversifieringsfördelar måste de berörda företagen förklara och visa varför samma effektivitetsvinster sannolikt inte skulle uppnås genom intern tillväxt och priskonkurrens. Vid bedömningen av detta är det bland annat relevant att undersöka den minsta effektiva driften på den berörda marknaden. Det är fråga om den produktionsnivå som krävs för att minimera de genomsnittliga kostnaderna och dra fullaste nytta av stordriftsfördelar⁽⁷⁵⁾. Ju större den minsta effektiva driften är jämfört med storleken på någondana av avtalsparterna, desto mer sannolikt är det att effektivitetsvinsterna kommer att anses specifika för avtalet. I fråga om avtal som medför betydande synergier genom en kombination av kompletterande tillgångar och kapacitet föranleder effektivitetsvinsternas art i sig presumtionen att avtalet är nödvändigt för att effektivitetsvinsterna skall kunna uppnås.
77. Dessa principer kan åskådliggöras med följande hypotetiska exempel:
- A och B bildar ett gemensamt företag där de slår ihop sin produktionsteknik för att uppnå större produktion och mindre råvaruförbrukning. Det gemensamma företaget beviljas en exklusiv licens för sin respektive produktionsteknik. Parterna för över sina befintliga produktionsanläggningar på det gemensamma företaget. De flyttar också anställda i nyckelposition för att säkerställa att befintliga utbildningsbesparingar kan utnyttjas och utvecklas vidare. Det beräknas att dessa inbesparingar minskar produktionskostnaderna med ytterligare 5 %. Det gemensamma företagets produktion säljs självständigt av A och B. I det fallet kräver villkoret om nödvändighet en bedömning av om fördelarna i allt väsentligt skulle kunna uppnås genom ett licensavtal, som troligen skulle vara mindre begränsande eftersom A och B skulle fortsätta bedriva självständig produktionsverksamhet. Detta är inte troligt under de omständigheter som beskrivs, eftersom parterna med ett licensavtal inte lika smidigt och kontinuerligt skulle kunna dra nytta av sina respektive erfarenheter av att använda de båda teknikerna och därmed gå miste om betydande inbesparingar när det gäller utbildning.
78. När det konstaterats att avtalet i fråga är nödvändigt för att effektivitetsvinsterna skall kunna uppnås, måste nödvändigheten av varje enskild konkurrensbegränsning som avtalet orsakar bedömas. I detta sammanhang måste det undersökas om enskilda begränsningar rimligen är nödvändiga för att effektivitetsvinsterna skall uppnås. Avtalsparterna måste styrka sitt påstående både med avseende på begränsningens art och dess intensitet.
79. En begränsning är nödvändig om det faktum att den inte fanns skulle eliminera eller betydligt minska de effektivitetsvinster som avtalet ger upphov till eller göra det betydligt mindre sannolikt att de förverkligas. Vid bedömningen av alternativa lösningar måste hänsyn tas till den faktiska eller potentiella förbättring på konkurrensområdet som blir följden om en viss konkurrensbegränsning elimineras eller ett mindre konkurrensbegränsande alternativ tillämpas. Ju större konkurrensbegränsningen är desto strängare är testet enligt det tredje villkoret⁽⁷⁶⁾. Begränsningar som förbjuds i gruppundantagsförordningar eller identifieras som särskilt allvarliga begränsningar i kommissionens riktlinjer och tillkännagivanden anses sannolikt inte nödvändiga.
80. Nödvändigheten bedöms mot bakgrund av det sammanhang i vilket avtalet faktiskt tillämpas och vid bedömningen måste särskild hänsyn tas till marknadens struktur, de ekonomiska risker avtalet är förknippat med och vilka incitamenten är för parterna. Ju osäkrare framgången är för den produkt som omfattas av avtalet, desto nödvändigare kan en begränsning vara för att garantera att effektivitetsvinsterna kommer att uppnås. Begränsningar kan också vara nödvändiga för att anpassa parternas incitament till varandra och garantera att de inriktar sina ansträngningar på att genomföra avtalet. En begränsning kan vara nödvändig till exempel för att undvika hold-up-problem när en av parterna har gjort en betydande icke-återvinningsbar investering. När en leverantör till exempel har gjort en betydande avtalsspecifik investering

ring för att leverera en insatsvara till en kund, är leverantören låst till kunden. För att undvika att kunden efter avtalets ingående utnyttjar detta beroendeförhållande till att få fördelaktigare villkor, kan det vara nödvändigt att ålägga kunden att inte köpa komponenten i fråga av tredje man eller att ålägga kunden att köpa en minimikvantitet av denna komponent av leverantören i fråga (77).

81. I vissa fall kan en begränsning vara nödvändig endast under en viss tid, och i så fall är undantaget i artikel 81.3 tillämpligt endast under den perioden. Vid bedömningen av detta måste vederbörlig hänsyn tas till den tid parterna behöver för att uppnå de effektivitetsvinster som motiverar tillämpningen av undantaget (78). I fall där fördelarna inte kan uppnås utan betydande investeringar måste särskild hänsyn tas till den tid som behövs för att säkerställa en skäligen avkastning på en sådan investering (se också punkt 44 ovan).
82. Dessa principer kan åskådliggöras med följande hypotetiska exempel:

P producerar och distribuerar djupfrysta pizzor och har 15 % av marknaden i medlemsstat X. Leveranserna går direkt till återförsäljarna. Eftersom de flesta återförsäljare har begränsad lagringskapacitet krävs det relativt täta leveranser, vilket leder till lågt kapacitetsutnyttjande och till att relativt små fordon används. T är en grossist på marknaden för djupfrysta pizzor och andra djupfrysta produkter och levererar till övervägande del till samma kunder som P. De pizzaprodukter som distribueras av T utgör 30 % av marknaden. T har överkapacitet och en flotta av större fordon. P ingår ett ensamåterförsäljaravtal med T för medlemsstat X och åtar sig att garantera att distributörer i andra medlemsstater varken aktivt eller passivt säljer till T:s område. T åtar sig att göra reklam för produkterna, göra undersökningar för att ta reda på vad konsumenterna vill ha och hur nöjda de är samt att garantera att alla produkter når återförsäljarna inom 24 timmar. Avtalet leder till att de totala distributionskostnaderna minskar med 30 %, eftersom kapaciteten utnyttjas bättre och överlappningen av ruttor elimineras. Avtalet leder också till att konsumenterna tillhandahålls ytterligare tjänster. Begränsningar av passiv försäljning är särskilt allvarliga begränsningar enligt gruppundantagsförordningen om vertikala begränsningar (79) och kan betraktas som nödvändiga endast i undantagsfall. T:s etablerade marknadsställning och arten av de skyldigheter T ålagts tyder på att detta inte är ett undantagsfall. Å andra sidan är förbudet mot aktiv försäljning troligen nödvändigt. T har troligtvis ett svagare incitament att sälja och

göra reklam för P:s varumärke om distributörer i andra medlemsstater aktivt skulle kunna sälja i medlemsstat X och därmed åka snålshjuts på T:s arbete. Detta gäller i synnerhet eftersom T också distribuerar konkurrerande varumärken och därför kan puffa mer för de varumärken som är minst exponerade för snålshjuts.

S producerar kolsyrade läskedrycker och har 40 % av marknaden. Den närmaste konkurrenten har 20 % av marknaden. S ingår leveransavtal med kunder som svarar för 25 % av efterfrågan, och därigenom förbinder sig kunderna att enbart köpa av S under en femårsperiod. Med andra kunder, som svarar för 15 % av efterfrågan, ingår S avtal som garanterar kunderna kvartalsvisa mål-rabatter om deras inköp överstiger vissa individuellt uppställda mål. Företaget S hävdar att det tack vare avtalet kan förutsäga efterfrågan med större exakthet och därmed planera produktionen bättre, minska kostnaderna för lagring av råvaror och undvika råvarubrist. Med tanke på den marknadsställning S har och begränsningarnas sammanlagda omfattning är det mycket osannolikt att begränsningarna kommer att anses nödvändiga. Det exklusiva inköpsavtalet går utöver det som krävs för att planera produktionen, och detsamma gäller systemet med mål-rabatter. Förutsägbarhet när det gäller efterfrågan kan uppnås på mindre begränsande sätt. S skulle till exempel kunna ge kunderna incitament att beställa stora mängder per gång genom att erbjuda mängdrabatter eller genom att erbjuda en rabatt till kunder som lägger fasta beställningar på förhand för leverans ett visst datum.

3.4 Andra villkoret i artikel 81.3: skäligen andel för konsumenterna

3.4.1 Allmänna anmärkningar

83. Enligt det andra villkoret i artikel 81.3 måste konsumenterna tillförsäkras en skäligen andel av de effektivitetsvinster som det begränsande avtalet ger upphov till.
84. Begreppet konsumenter inbegriper alla direkta och indirekta användare av de produkter som omfattas av avtalet, såsom tillverkare som använder produkten som råvara, grossister, detaljhandlare och slutkonsumenter, dvs fysiska personer som kan anses agera utanför sin yrkesverksamhet. Konsumenter enligt artikel 81.3 är med andra ord avtalsparternas kunder och senare köpare. Dessa kunder kan vara företag, såsom köpare av industrimaskiner eller råvaror för vidareförädling, eller slutkonsumenter, såsom impulsköpare av glass eller cykelköpare.

85. Med begreppet *skälig andel* avses att den nytta som förs vidare till konsumenterna åtminstone måste kompensera dem för de faktiska eller sannolika negativa verkningarna av den konkurrensbegränsning som konstaterats mot bakgrund av artikel 81.1. I överensstämmelse med det övergripande syftet med artikel 81, som är att hindra konkurrensbegränsande avtal, måste nettoeffekten av avtalet åtminstone vara neutral ur de konsumenters synvinkel, som direkt eller sannolikt påverkas av avtalet⁽⁸⁰⁾. Om avtalet försämrar läget för sådana konsumenter, uppfylls inte det andra villkoret i artikel 81.3. De positiva effekterna av ett avtal måste vägas mot och kompensera för dess negativa effekter för konsumenterna⁽⁸¹⁾. Om så är fallet skadas konsumenterna inte av avtalet. Dessutom gynnas samhället som helhet då effektivitetsvinsterna antingen leder till att mindre resurser används för att tillverka den produkt som konsumeras eller till att värdefullare produkter produceras och resurserna fördelas effektivare.
86. Det krävs inte att konsumenterna får en andel av varje effektivitetsvinst som konstaterats mot bakgrund av det första villkoret. Det är tillräckligt att de fördelar som förs vidare till konsumenterna är tillräckliga för att kompensera för de negativa effekterna av det begränsande avtalet. I det fallet får konsumenterna en skälig andel av den totala nyttan.⁽⁸²⁾ Om det är troligt att ett begränsande avtal leder till högre priser, måste konsumenterna kompenseras fullständigt genom bättre kvalitet eller andra fördelar. Om inte, uppfylls inte det andra villkoret i artikel 81.3.
87. Den avgörande faktorn är produkternas totala inverkan på konsumenterna inom den relevanta marknaden och inte deras inverkan på enskilda medlemmar av denna grupp av konsumenter⁽⁸³⁾. I vissa fall kan det ta tid innan effektivitetsvinsterna uppnås. Till dess kan det hända att avtalet har enbart negativa verkningar. Det faktum att konsumenterna får del av nyttan först efter ett visst dröjsmål utesluter inte i sig en tillämpning av artikel 81.3. Ju större dröjsmålet är, desto större måste dock effektivitetsvinsterna vara för att konsumenterna skall kompenseras också för de nackdelar de åsamkats under dröjsmålet.
88. Vid denna bedömning bör det beaktas att värdet på en vinst för konsumenterna i framtiden inte är detsamma som en omedelbar nytta för konsumenterna. Värdet av att spara 100 euro i dag är större än värdet av att spara samma belopp ett år senare. En nytta som kommer konsumenterna till godo i framtiden kompenserar därför inte helt en omedelbar förlust för konsumenterna av samma nominella storlek. För att möjliggöra en korrekt jämförelse av en omedelbar förlust och en framtida vinst för konsumenterna, måste värdet på framtida fördelar diskonteras. I den diskonteringskoefficient som används måste hänsyn tas till eventuell inflation och förlorad ränta som en indikation på det lägre värdet på framtida vinster.
89. I andra fall kan avtalet göra det möjligt för parterna att uppnå effektivitetsvinsterna tidigare än vad som annars hade varit möjligt. Under sådana omständigheter måste man beakta de negativa effekter som sannolikt åsamkas konsumenterna på den relevanta marknaden när tidsperiod löpt ut. Om parterna tack vare det begränsande avtalet får en stark ställning på marknaden, kan det bli möjligt för dem att ta ut ett betydligt högre pris än vad som annars hade varit möjligt. För att det andra villkoret i artikel 81.3 skall uppfyllas måste nyttan för konsumenterna av att de får tillgång till produkterna tidigare vara lika betydande som prishöjningen. Detta kan vara fallet till exempel när ett avtal gör det möjligt för två däcktillverkare att släppa ut ett betydligt säkrare däck på marknaden tre år tidigare men samtidigt ger dem möjlighet att höja priserna med 5 % genom att avtalet ökar deras marknadsstyrka. I ett sådant fall är det troligt att nyttan av att ha tillgång till en betydligt förbättrad produkt tidigare än beräknat uppväger prishöjningen.
90. Det andra villkoret i artikel 81.3 omfattar en glidande skala. Ju större konkurrensbegränsningen enligt artikel 81.1 är, desto större måste effektivitetsvinsterna och nyttan för konsumenterna vara. Metoden att tillämpa en glidande skala innebär att om de begränsande verkningarna av ett avtal är relativt begränsade och effektivitetsvinsterna betydande, är det sannolikt att en skälig andel av kostnadsbesparingarna förs vidare till konsumenterna. I sådana fall är det därför i regel inte nödvändigt att i detalj analysera det andra villkoret i artikel 81.3, förutsatt att de tre övriga villkoren för tillämpning av denna bestämmelse är uppfyllda.
91. Om avtalets begränsande verkningar däremot är betydande och kostnadsbesparingarna relativt obetydliga, är det mycket osannolikt att det andra villkoret i artikel 81.3 uppfylls. Konkurrensbegränsningens inverkan beror på begränsningens intensitet och graden av konkurrens som återstår efter avtalet.

92. Om avtalet både har betydande konkurrensbegränsande verkningar och betydande konkurrensfrämjande effekter, måste en noggrann analys göras. När avvägningstestet tillämpas i sådana fall måste man ta hänsyn till att konkurrensen är en viktig drivkraft för effektivitet och innovation på lång sikt. Företag som inte utsätts för ett effektivt konkurrensstryck – till exempel dominerande företag – har ett svagare incitament att upprätthålla eller bygga vidare på effektivitetsvinsterna. Ju större inverkan avtalet har på konkurrensen, desto mer sannolikt är det att det är till nackdel för konsumenterna på lång sikt.
93. I följande två avsnitt ges en närmare beskrivning av det analysunderlag som används för att bedöma om nyttan av effektivitetsvinster kommer konsumenterna till godo. I det första avsnittet behandlas effektivitetsvinster i form av kostnadsbesparingar, medan det följande avsnittet handlar om andra typer av effektivitetsvinster, såsom nya eller förbättrade produkter (kvalitativa effektivitetsvinster). Den ram som förklaras i de följande två avsnitten är särskilt viktig i fall där det inte är uppenbart att skadorna på konkurrensen är större än nyttan för konsumenterna eller tvärtom ⁽⁸⁴⁾.
94. Vid tillämpningen av de principer som anges nedan kommer kommissionen att ta hänsyn till att det i många fall är svårt att exakt beräkna nyttan för konsumenterna. Företag är endast skyldiga att underbygga sina påståenden genom att lägga fram beräkningar och andra sifferuppgifter så långt det rimligen är möjligt, med beaktande av omständigheterna i det enskilda fallet.
- 3.4.2 *Nyttan för konsumenterna av kostnadsbesparingar och avvägning av dessa*
95. När det inte råder full konkurrens på marknaderna, vilket är det normala, kan företagen påverka marknadspriset i större eller mindre utsträckning genom att ändra sin produktion ⁽⁸⁵⁾. De kan eventuellt också bedriva prisdiskriminering mellan kunderna.
96. Kostnadsbesparingar kan i vissa fall leda till ökad produktion och lägre priser för de konsumenter som påverkas. Om företagen i fråga på grund av kostnadsbesparingar kan öka vinsten genom att öka produktionen, kan en del av nyttan komma konsumenterna till godo. Vid bedömningen av i vilken utsträckning kostnadsbesparingar sannolikt kommer konsumenterna till godo och av resultatet av balanstestet i artikel 81.3, måste särskilt följande faktorer tas med i beräkningen:
- a) Marknadskännetecknen och marknadsstruktur.
 - b) Effektivitetsvinsternas art och omfattning.
 - c) Efterfrågeelasticiteten.
 - d) Konkurrensbegränsningens omfattning.
- I regel måste samtliga faktorer beaktas. Eftersom artikel 81.3 är tillämplig endast i fall där konkurrensen på marknaden begränsas märkbart (se punkt 24 ovan), kan det inte presumeras att den konkurrens som återstår garanterar att konsumenterna får en skälig andel av nyttan. Graden av konkurrens som återstår på marknaden och dess art påverkar emellertid sannolikheten för att nyttan kommer konsumenterna till godo.
97. Ju högre graden av återstående konkurrens är, desto sannolikare är det att enskilda företag kommer att försöka öka sin försäljning genom att låta konsumenterna få del av kostnadsbesparingarna. Om företag konkurrerar främst med priser och inte har betydande kapacitetsbegränsningar, kan nyttan komma konsumenterna till godo relativt snabbt. Om företag främst konkurrerar med kapacitet, och kapacitetsanpassningar sker med en viss fördröjning, tar det längre tid innan nyttan kommer konsumenterna till godo. Det är också sannolikt att nyttan kommer konsumenterna långsammare till godo när marknadsstrukturen gynnar tyst samverkan ⁽⁸⁶⁾. Om det är sannolikt att konkurrenter vidtar motåtgärder om en eller flera avtalsparter ökar produktionen, kan incitamentet att öka produktionen minska, om inte den konkurrensfördel som effektivitetsvinsterna för med sig är sådan att de berörda företagen har ett incitament att frångå den gemensamma strategi som oligopolmedlemmarna har iakttagit på marknaden. De effektivitetsvinster som avtalet ger upphov till kan med andra ord förvandla de berörda företagen till "ensamvargar" ⁽⁸⁷⁾.

98. Effektivitetsvinsternas art spelar också en viktig roll. Enligt ekonomisk teori maximerar företag sin vinst genom att sälja produktionsenheter till dess att marginalintäkterna är lika stora som marginalkostnaderna. Marginalintäkterna är den förändring av de totala intäkterna som är resultatet av försäljningen av en extra produktionsenhet, och marginalkostnaderna är den förändring av de totala kostnaderna som är resultatet av tillverkningen av den extra produktionsenheten. Det följer av denna princip att beslut om produktion och prissättning som fattas av ett vinstmaximerande företag inte avgörs av dess fasta kostnader (dvs. kostnader som inte varierar beroende på produktionsgraden) utan av dess rörliga kostnader (dvs. kostnader som varierar beroende på produktionsgraden). När de fasta kostnaderna har uppstått och kapaciteten fastställts, avgörs beslut om prissättning och produktion av faktorerna rörliga kostnader och varierande efterfrågan. Som exempel kan nämnas en situation där två företag vardera tillverkar två produkter på två produktionslinjer där bara hälften av kapaciteten utnyttjas. Ett specialiseringsavtal kan göra det möjligt för de båda företagen att specialisera sig på att tillverka den ena av de två produkterna och slopa sin andra produktionslinje för den andra produkten. Samtidigt kan specialisering göra det möjligt för företagen att minska de rörliga kostnaderna för råvaror och lagerhållning. Endast de sistnämnda inbesparingarna har en direkt effekt på företagets beslut om prissättning och produktion, eftersom de påverkar marginalkostnaderna för produktionen. Att företagen i fråga slopar en av sina produktionslinjer minskar inte deras rörliga kostnader och har ingen inverkan på deras produktionskostnader. Detta innebär att företag kan ha ett direkt incitament att låta konsumenterna få del av effektivitetsvinster i form av större produktion och lägre priser som minskar marginalkostnaderna, medan de inte har ett sådant direkt incitament när det gäller effektivitetsvinster som minskar de fasta kostnaderna. Det är därför mer sannolikt att konsumenterna får en skäligen andel av kostnadsbesparingarna vid minskningar av de rörliga kostnaderna än vid minskningar av de fasta kostnaderna.
99. Det faktum att företag kan ha ett incitament att föra vissa typer av kostnadsbesparingar vidare till konsumenterna betyder inte nödvändigtvis att de förs vidare till hundra procent. I vilken utsträckning kostnadsbesparingarna faktiskt kommer konsumenterna till godo beror på i vilken mån dessa reagerar på prisförändringar, det vill säga det beror på priselasticiteten. Ju mer efterfrågan ökar till följd av en prissänkning, desto större andel av nyttan kommer konsumenterna till godo. Det beror på att ju mer försäljningen ökar till följd av en prissänkning som beror på en ökning av produktionen, desto mer sannolikt är det att den försäljningen uppväger en intäktsförlust som orsakats av det lägre pris som är resultatet av produktionsökningen. Om prisdiskriminering inte förekommer påverkar de lägre priserna alla enheter som säljs av företaget, varvid marginalintäkterna är mindre än det pris som fås för marginalprodukten. Om de berörda företagen kan ta ut olika priser av olika kunder, det vill säga bedriva prisdiskriminering, är det i allmänhet bara priskänsliga kunder som gynnas⁽⁸⁸⁾.
100. Man bör också beakta att effektivitetsvinster ofta inte påverkar hela kostnadsstrukturen för de berörda företagen. I ett sådant fall minskar effekterna på konsumentpriserna. Om ett avtal till exempel minskar produktionskostnaderna med 6 %, men produktionskostnaderna utgör endast en tredjedel av de kostnader på grundval av vilka priserna fastställs, är inverkan på produktpriset 2 %, under antagande att hela nyttan kommer konsumenterna till godo.
101. En sista och mycket viktig faktor är att de båda motpoler som konkurrensbegränsningen och kostnadsbesparingarna utgör måste vägas mot varandra. Å ena sidan ger en eventuell ökning av marknadsstyrkan till följd av det begränsande avtalet de berörda företagen en möjlighet och ett incitament att höja priserna. Å andra sidan kan de olika typer av kostnadsbesparingar som skall beaktas ge de berörda företagen ett incitament att sänka priset (se punkt 98 ovan). Verkningarna av dessa två motpoler måste vägas mot varandra. Man bör komma ihåg i detta avseende att villkoret att nyttan skall komma konsumenterna till godo omfattar en glidande skala. Om avtalet orsakar en betydande minskning av det konkurrenstryck som parterna är utsatta för, krävs det i regel exceptionellt stora kostnadsbesparingar för att nyttan skall komma konsumenterna till godo i tillräcklig omfattning.
- 3.4.3 *Nyttan för konsumenterna av andra typer av effektivitetsvinster och avvägning av dessa*
102. Nyttan för konsumenterna kan också uppträda i form av kvalitativa effektivitetsvinster, såsom nya och förbättrade produkter, som skapar ett tillräckligt värde för konsumenterna för att kompensera för avtalets konkurrens-hämmande verkningar, bland annat en prishöjning.
103. En sådan värdering kräver en värdebedömning. Det är svårt att exakt fastställa värdet på dynamiska effektivitetsvinster av detta slag. Det grundläggande syftet med bedömningen förblir dock detsamma, det vill säga att fastställa avtalets övergripande konsekvenser för konsumenterna på den relevanta marknaden. Företag som vill utnyttja artikel 81.3 måste visa att konsumenterna får ta del av utjämnande fördelar (se i detta avseende punkterna 57 och 86 ovan).

104. Tillgången till nya och förbättrade produkter utgör en viktig källa till välfärd för konsumenterna. Så länge värdestegringen tack vare sådana förbättringar är större än alla eventuella skador som orsakas av bibehållet pris eller en prishöjning som det begränsande avtalet medför, är konsumenterna i ett bättre läge än utan avtal, och kravet i artikel 81.3 på att konsumenterna skall få en skäligen andel av vinsten uppfylls i regel. I fall där den sannolika effekten av avtalet är att priserna höjs för konsumenterna på den relevanta marknaden, måste det bedömas noggrant om de påstådda effektivitetsvinster skapar ett verkligt värde för konsumenterna på den marknaden så att det kompenserar för konkurrensbegränsningens negativa effekter.

3.5 Fjärde villkoret i artikel 81.3: konkurrensen får inte sättas ur spel

105. Enligt det fjärde villkoret i artikel 81.3 får avtalet inte ge de berörda företagen möjlighet att sätta konkurrensen ur spel för en väsentlig del av varorna i fråga. Ytterst prioriteras skyddet av konkurrensen och konkurrensprocessen högre än de konkurrensfrämjande effektivitetsvinster som konkurrensbegränsande avtal eventuellt ger upphov till. I det sista villkoret i artikel 81.3 erkänns det faktum att konkurrensen mellan företag är en viktig drivkraft för ekonomisk effektivitet, bland annat dynamiska effektivitetsvinster i form av innovation. Det yttersta syftet med artikel 81 är med andra ord att skydda konkurrensprocessen. När konkurrensen sätts ur spel får det konkurrensprocessen att upphöra, och kortsiktiga effektivitetsvinster äts upp av förluster på längre sikt, bland annat på grund av utgifter som det etablerade företaget ådrar sig för att behålla sin ställning (vinststrävan på andras bekostnad, "rent seeking"), felaktig resursfördelning, minskad innovation och högre priser.

106. Begreppet "sätta konkurrensen ur spel för en väsentlig del av varorna i fråga" i artikel 81.3 är ett autonomt begrepp i gemenskapsrätten och specifikt för artikel 81.3⁽⁸⁹⁾. Vid tillämpningen av detta begrepp måste man dock ta hänsyn till sambandet mellan artikel 81 och artikel 82. Enligt fast rättspraxis kan tillämpningen av artikel 81.3 inte hindra tillämpningen av artikel 82 i fördraget⁽⁹⁰⁾. Eftersom syftet med både artikel 81 och artikel 82 dessutom är att upprätthålla en effektiv konkurrens på marknaden, måste artikel 81.3 av konsekvensskäl tolkas så att det är uteslutet att den kan tillämpas på begränsande avtal som utgör missbruk av en dominerande ställning⁽⁹¹⁾ ⁽⁹²⁾. Alla begränsande avtal som ingås av dominerande företag utgör dock inte ett missbruk av dominerande ställning. Detta är fallet till exempel om ett dominerande företag

är part i ett icke-självständigt fungerande gemensamt företag⁽⁹³⁾ som konstateras begränsa konkurrensen men samtidigt innebär en betydande integrering av tillgångar.

107. Huruvida konkurrensen sätts ur spel i den mening som avses i det sista villkoret i artikel 81.3 beror på den grad av konkurrens som rådde före avtalet och på det begränsande avtalets påverkan på konkurrensen, det vill säga den minskning av konkurrensen som avtalet orsakar. Ju mer försvagad konkurrensen redan är på den relevanta marknaden, desto mindre behöver konkurrensen försvagas ytterligare för att konkurrensen skall sättas ur spel enligt artikel 81.3. Dessutom gäller att ju mer avtalet begränsar konkurrensen desto större är sannolikheten för att konkurrensen skall sättas ur spel för en väsentlig del av varorna i fråga.

108. Tillämpningen av det sista villkoret i artikel 81.3 kräver en realistisk analys av de olika konkurrenskillorna på marknaden, hur starkt konkurrensstryck de utsätter avtalsparterna för och vilken inverkan avtalet har på detta konkurrensstryck. Både faktisk och potentiell konkurrens måste beaktas.

109. Marknadsandelarna är visserligen relevanta, men hur viktiga övriga källor till faktisk konkurrens är kan inte bedömas enbart utifrån kriteriet marknadsandel. I regel krävs det en mer omfattande kvalitativ och kvantitativ analys. De faktiska konkurrenternas kapacitet och incitament att konkurrera måste undersökas. Om konkurrenter exempelvis lider av kapacitetsbegränsningar eller har relativt sett högre produktionskostnader begränsar det oundvikligen deras möjligheter att konkurrera.

110. När avtalets påverkan på konkurrensen bedöms är det också relevant att undersöka hur det inverkar på de olika konkurrensparametrarna. Det sista villkoret för undantag enligt artikel 81.3 uppfylls inte om avtalet sätter konkurrensen ur spel i någon av dess viktigaste uttrycksformer. Detta är fallet särskilt om ett avtal sätter priskonkurrensen ur spel⁽⁹⁴⁾ eller sätter konkurrensen ur spel på området för innovation och utveckling av nya produkter.

111. Parternas faktiska uppträdande på marknaden kan ge en inblick i avtalets verkningar. Om parterna efter avtalets ingående har genomfört och upprätthållit betydande prishöjningar eller om deras uppträdande i något annat avseende tyder på en betydande marknadsstyrka, är detta ett tecken på att parterna inte är utsatta för något verkligt konkurrensstryck och att konkurrensen har satts ur spel för en väsentlig del av varorna i fråga.

112. Tidigare växelverkan i konkurrenshänseende kan också ge en antydning om avtalets påverkan på framtida växelverkan i konkurrenshänseende. Ett företag har kanske möjlighet att sätta konkurrensen ur spel i den mening som avses i artikel 81.3 genom att ingå ett avtal med en konkurrent som tidigare har varit en "ensamvarg" ⁽⁹⁵⁾. Ett sådant avtal kan förändra konkurrentens incitament och kapacitet att konkurrera och därmed sätta en viktig källa till konkurrens på marknaden ur spel.
113. I fall som omfattar differentierade produkter, det vill säga produkter som skiljer sig från varandra ur konsumenternas synvinkel, kan avtalets verkningar bero på konkurrensförhållandet mellan de produkter som avtalsparterna säljer. När företag tillhandahåller differentierade produkter varierar det konkurrensstryck som enskilda produkter utsätter varandra för beroende på graden av utbytbarhet mellan dem. Därför måste det undersökas vilken graden av utbytbarhet är mellan de produkter som parterna tillhandahåller, det vill säga vilket konkurrensstryck de utsätter varandra för. Ju mer avtalsparternas produkter är närstående substitut, desto större är avtalets sannolika begränsande effekt. Ju mer utbytbara produkterna är, desto större är med andra ord den förändring som avtalet sannolikt ger upphov till i fråga om begränsningen av konkurrensen på marknaden och desto mer sannolikt är det att konkurrensen sätts ur spel för en väsentlig del av varorna i fråga.
114. Källor till faktisk konkurrens är visserligen vanligen viktigast, eftersom de är lättast att konstatera, men källor till potentiell konkurrens måste också beaktas. Bedömningen av potentiell konkurrens kräver en analys av inträdeshinder som möter företag som inte redan konkurrerar på den relevanta marknaden. Om parterna hävdar att hindren för marknadsinträde är låga måste de underbygga detta med information som anger potentiella konkurrenskällor, och de måste också visa varför dessa källor utsätter dem för ett verkligt konkurrensstryck.
115. Vid bedömningen av inträdeshinder och den faktiska möjligheten för att nya aktörer kommer in på marknaden i en betydande omfattning är det viktigt att undersöka bland annat följande faktorer:
- Den rättsliga ramen, för att avgöra hur denna påverkar marknadsinträde.
 - Kostnaderna för att komma in på marknaden, däribland icke återvinningsbara kostnader. Icke återvinningsbara kostnader är kostnader som inte kan kompenseras om den nya aktören senare lämnar marknaden. Ju högre de icke återvinningsbara kostnaderna är, desto större är den kommersiella risk potentiella nya aktörer utsätter sig för.
- Den minsta effektiva driften inom branschen, det vill säga den produktionsnivå där de genomsnittliga kostnaderna kan minimeras. Om den minsta effektiva driften är stor jämfört med marknadens storlek, är det mer sannolikt att ett effektivt marknadsinträde är kostsamt och riskfyllt.
 - Potentiella nya aktörers starka sidor i konkurrenshänseende. Ett faktiskt inträde är sannolikt särskilt om potentiella nya aktörer har tillgång till minst lika kostnadseffektiv teknik som de etablerade aktörerna eller om de har andra konkurrensfördelar som gör det möjligt för dem att konkurrera effektivt. Om de potentiella aktörerna är på samma nivå eller på en lägre nivå jämfört med de etablerade aktörerna i tekniskt hänseende och inte har några andra betydande konkurrensfördelar är ett marknadsinträde mer riskfyllt och mindre effektivt.
 - Köparnas ställning och deras kapacitet att tillföra marknaden nya konkurrenskällor. Att vissa köpare med en stark ställning kan utverka förmånligare villkor av avtalsparterna än sina svagare konkurrenter är irrelevant ⁽⁹⁶⁾. Förekomsten av köpare med en stark ställning kan motsäga ett preliminärt konstaterande att konkurrensen sätts ur spel endast om det är sannolikt att köparna i fråga kommer att jämna vägen för ett effektivt marknadsinträde för nya aktörer.
 - De etablerade aktörernas sannolika reaktion på försök att komma in på marknaden. Etablerade aktörer kan exempelvis genom sitt tidigare uppträdande ha fått ett rykte om sig att bete sig aggressivt, vilket påverkar framtida marknadsinträde.
 - De ekonomiska utsikterna för branschen kan ge en antydning om hur attraktiv den kommer att vara på lång sikt. Branscher som är stagnerande eller på tillbakagång lockar inte nya aktörer på samma sätt som tillväxtbranscher.
 - Tidigare marknadsinträde i en betydande omfattning eller avsaknaden av ett sådant.
116. Principerna ovan kan åskådliggöras med följande hypotetiska exempel, som inte är avsedda att fastställa tröskelvärden:

Företag A är ett bryggeri som har 70 % av den relevanta marknaden, som omfattar försäljning av öl till caféer och andra utskänkningsställen. Under de fem senaste åren har A ökat sin marknadsandel från 60 %. Det finns fyra andra konkurrenter på marknaden, B, C, D och E, med marknadsandelar på 10 %, 10 %, 5 % respektive 5 %. Inga nya aktörer har kommit in på marknaden nyligen och konkurrenterna har i regel följt A:s prisändringar. A ingår avtal med 20 % av alla utskänkningsställen, vars andel av försäljningsvolymen är 40 %, varigenom avtalsparterna förbinder sig att köpa öl bara av A under en femårsperiod. Avtalen höjer kostnaderna och minskar inkomsterna för konkurrenterna, som utestängs från de attraktivaste utskänkningsställena. Med tanke på A:s marknadsställning, som har stärkts de senaste åren, avsaknaden av nya aktörer och konkurrenternas redan svaga ställning är det troligt att konkurrensen på marknaden sätts ur spel i den mening som avses i artikel 81.3.

Rederierna A, B, C och D, som tillsammans har mer än 70 % av den relevanta marknaden, sluter ett avtal där de kommer överens om att samordna sina tidtabeller och avgifter. Efter genomförandet av avtalet stiger priserna med 30–100 %. Det finns fyra andra leverantörer, av vilka den största har cirka 14 % av den relevanta marknaden. Inga nya aktörer har kommit in på marknaden de senaste åren och avtalsparterna förlorade inte betydande marknadsandelar på grund av prishöjningarna. De befintliga konkurrenterna tillförde inte marknaden någon ny

kapacitet och inga nya aktörer kom heller in på marknaden. Mot bakgrund av parternas marknadsställning och med tanke på att ingen konkurrent reagerat på deras gemensamma beteende kan det rimligen antas att avtalsparterna inte utsätts för något verkligt konkurrenstryck och att avtalet ger dem möjlighet att sätta konkurrensen ur spel i den mening som avses i artikel 81.3.

A tillverkar elanordningar för professionella användare och har en marknadsandel på 65 % av en relevant nationell marknad. B är en konkurrerande tillverkare med en marknadsandel på 5 % som har utvecklat en ny typ av motor som är starkare samtidigt som den förbrukar mindre elektricitet. A och B ingår ett avtal om att bilda ett gemensamt företag för tillverkning av den nya motorn. B åtar sig att bevilja det gemensamma företaget en exklusiv licens. Det gemensamma företaget förenar B:s nya teknik och A:s effektiva tillverkningsprocess och kvalitetskontroll. Det finns en annan viktig konkurrent som har 15 % av marknaden. En annan konkurrent, med en marknadsandel på 5 %, har nyligen förvärvats av C, en stor internationell tillverkare av konkurrerande elanordningar som själv äger effektiv teknik. C har hittills inte varit verksam på marknaden, främst på grund av att kunderna vill att ett lokalt företag skall tillhandahålla leveranser och service. Genom förvärvet får C tillgång till den serviceorganisation som krävs för att penetrera marknaden. Om C kommer in på marknaden garanterar det troligen att konkurrensen inte sätts ur spel.

(1) I fortsättningen omfattar begreppet "avtal" samordnade förfaranden och beslut av företagssammanslutningar.

(2) EGT L 1, 4.1.2003, s. 1.

(3) Alla gällande gruppundantagsförordningar och alla tillkännagivanden som kommissionen har utfärdat finns på GD Konkurrens webbplats: <http://www.europa.eu.int/comm/dgs/competition>

(4) Se punkt 36 nedan.

(5) Se Tillkännagivande från kommissionen – Riktlinjer om vertikala begränsningar (EGT C 291, 13.10.2000, s. 1), Tillkännagivande från kommissionen – Riktlinjer för tillämpningen av artikel 81 i fördraget på horisontella samarbetsavtal (EGT C 3, 6.1.2001, s. 2), och kommissionens tillkännagivande om tillämpningen av artikel 81 i fördraget på avtal om tekniköverföring, ännu ej offentliggjort.

(6) Begreppet påverkan på handeln behandlas i separata riktlinjer.

(7) I fortsättningen omfattar begreppet "begränsa" även begreppen "hindra" och "snedvrida" konkurrensen.

(8) Enligt artikel 81.2 är sådana avtal automatiskt ogiltiga.

(9) I artikel 81.1 förbjuds både faktiska och potentiella konkurrensbegränsande effekter, se t.ex. EG-domstolens dom i mål C-7/95 P, John Deere, REG 1998, s. I-3111, domskäl 77.

(10) Se förstainstansrättens dom av den 23 oktober 2003 i mål Van den Bergh Foods, REG 2003, s. II-... , punkt 107, och av den 18 september 2001 i mål T-112/99, Métropole télévision (M6) m.fl., REG 2001, s. II-2459, punkt 74, där förstainstansrätten anförde att en avvägning mellan de konkurrensfrämjande och konkurrensbegränsande konsekvenserna av en begränsning enbart får göras inom de klara gränserna för artikel 81.3.

(11) Se fotnot 5 ovan.

(12) Se t.ex. EG-domstolens domar av den 6 juli 1999 i mål C-49/92 P, Anic Partecipazioni, REG 1999, s. I-4125, punkt 116, och av den 16 december 1975 i förenade målen 40/73-48/73 m.fl., Suiker Unie, Rec. 1975, s. 1663, punkt 173 [ej översatt till svenska].

(13) Se punkt 108 i domen i målet Anic Partecipazioni, som det hänvisas till i föregående fotnot, samt domen av den 11 januari 1990 i målet Sandoz Prodotti, Rec. 1990, s. I-45.

- ⁽¹⁴⁾ Se t.ex. EG-domstolens dom av den 13 februari 1969 i mål 14/68, Walt Wilhelm, Rec. 1969, s. 1, och mer nyligen förstainstansrättens dom av den 30 september 2003 i mål Michelin II, REG 2003, punkt 112.
- ⁽¹⁵⁾ Se förstainstansrättens dom av den 15 mars 2000 i förenade målen T-25/95 m.fl., Cimenteries CBR, REG 2000, s. II-491, punkterna 1849 och 1852, och av den 12 juli 2001 i förenade målen T-202/98 m.fl., British Sugar, REG 2001, s. II-2035, punkterna 58 och 60.
- ⁽¹⁶⁾ Se angående detta domstolens dom av den 20 september 2001 i mål C-453/99, Courage mot Crehan, REG 2001, s. I-6297, och punkt 3444 i domen i målet Cimenteries CBR, som det hänvisas till i föregående fotnot.
- ⁽¹⁷⁾ Se EG-domstolens dom i förenade målen C-2/01 P och C-3/01 P, Bundesverband der Arzneimittel-Importeure, REG 2004, s. I-..., punkt 102.
- ⁽¹⁸⁾ Se t.ex. EG-domstolens dom av den 17 september 1985 i förenade målen 25/84 och 26/84, Ford, Rec. 1985, s. 2725 [ej översatt till svenska].
- ⁽¹⁹⁾ Se punkt 141 i domen i mål Bundesverband der Arzneimittel-Importeure, som det hänvisas till i fotnot 17.
- ⁽²⁰⁾ Se EG-domstolens dom av den 30 juni 1996 i mål 56/65, Société Technique Minière, Rec. 1966, s. 337, svensk specialutgåva, volym I, s. 251, och punkt 76 i domen i målet John Deere, som det hänvisas till i fotnot 9.
- ⁽²¹⁾ Se t.ex. EG-domstolens dom av den 13 juli 1966 i förenade målen 56/64 och 58/66, Consten och Grundig, Rec. 1966, s. 429, svensk specialutgåva, volym I, s. 277.
- ⁽²²⁾ Se kommissionens beslut i ärende Elopak/Metal Box – Odin (EGT L 209, 8.8.1990, s. 15) och i ärende TPS (EGT L 90, 2.4.1999, s. 6).
- ⁽²³⁾ Se EG-domstolens dom av den 30 juni 1996 i målet Société Technique Minière, som det hänvisas till i fotnot 20, och av den 8 juni 1982 i mål 258/78, Nungesser, Rec. 1982, s. 2 015.
- ⁽²⁴⁾ Se regel 10 i punkt 119 i riktlinjerna om vertikala begränsningar, som det hänvisas till i fotnot 5 ovan, enligt vilken bland annat begränsningar av passiv försäljning – en särskilt allvarlig begränsning – anses falla utanför artikel 81.1 under en period på två år om begränsningen har ett samband med öppnandet av nya produktmarknader eller geografiska marknader.
- ⁽²⁵⁾ Se t.ex. punkt 99 i domen i målet Anic Partecipazioni, som det hänvisas till i fotnot 12.
- ⁽²⁶⁾ Se punkt 46 nedan.
- ⁽²⁷⁾ Se EG-domstolens domar av den 28 april 1984 i förenade målen 29/83 och 30/83, CRAM och Rheinzink, Rec. 1984, s. 1679, punkt 26, och av den 8 november 1983 i förenade målen 96/82 m.fl., ANSEAU-NAVEWA, Rec. 1983, s. 3369, punkterna 23–25 [ej översatta till svenska].
- ⁽²⁸⁾ Se punkt 25 i riktlinjerna om horisontella samarbetsavtal, som det hänvisas till i fotnot 5, och artikel 5 i kommissionens förordning nr 2658/2000 om tillämpning av artikel 81.3 i fördraget på grupper av specialiseringsavtal (EGT L 304, 5.12.2000, s. 3).
- ⁽²⁹⁾ Se artikel 4 i kommissionens förordning (EG) nr 2790/1999 om tillämpningen av artikel 81.3 i fördraget på grupper av vertikala avtal och samordnade förfaranden (EGT L 336, 29.12.1999, s. 21), och riktlinjerna om vertikala begränsningar, punkt 46 och följande, som det hänvisas till i fotnot. Se också EG-domstolens dom av den 8 februari 1990 i mål 279/87, Tipp-Ex, Rec. 1990, s. I-261 [ej översatt till svenska], och förstainstansrättens dom av den 6 juli 2000 i mål T-62/98, Volkswagen mot kommissionen, REG 2000, s. II-2707, punkt 178.
- ⁽³⁰⁾ Se punkt 77 i domen i målet John Deere, som det hänvisas till i fotnot 9.
- ⁽³¹⁾ Det räcker inte i sig att avtalet begränsar handlingsfriheten för en eller flera av parterna (se punkterna 76 och 77 i domen i mål Métropole télévision (M6), som nämns i fotnot 10). Detta är i linje med syftet med artikel 81, som är att skydda konkurrensen på marknaden till fördel för konsumenterna.
- ⁽³²⁾ Se t.ex. EG-domstolens dom av den 9 juli 1969 i mål 5/69, Völk, Rec. 1969, s. 295, punkt 7. Vägledning i frågan om märkbar effekt ges i kommissionens tillkännagivande om avtal av mindre betydelse som inte märkbart begränsar konkurrensen enligt artikel 81.1 i fördraget (EGT C 368, 22.12.2001, s. 13). I tillkännagivandet ges en negativ definition av begreppet märkbar effekt. Avtal som faller utanför räckvidden för tillkännagivandet om avtal av mindre betydelse har inte nödvändigtvis en märkbart konkurrensbegränsande effekt. En individuell bedömning krävs i sådana fall.
- ⁽³³⁾ Se förstainstansrättens dom av den 15 september 1998 i förenade målen T-374/95 m.fl., European Night Services, REG 1998, s. II-3141.
- ⁽³⁴⁾ Se fotnot 32.
- ⁽³⁵⁾ Se angående detta kommissionens tillkännagivande om definitionen av relevant marknad i gemenskapens konkurrenslagstiftning (EGT C 372, 9.12.1997, s. 1).
- ⁽³⁶⁾ Se fotnot 5 för hänvisning till EGT.
- ⁽³⁷⁾ Se punkt 104 i domen i målet Métropole télévision (M6) m.fl., som det hänvisas till i fotnot 10.
- ⁽³⁸⁾ Se t.ex. EG-domstolens dom av den 12 december 1995 i mål C-399/93, Luttikhuis, REG 1995, s. I-4515, punkterna 12–14.
- ⁽³⁹⁾ Se punkt 118 och följande i domen i målet Métropole télévision, som det hänvisas till i fotnot 10.
- ⁽⁴⁰⁾ Se punkt 107 i domen i målet Métropole télévision, som det hänvisas till i fotnot 10.
- ⁽⁴¹⁾ Se t.ex. kommissionens beslut i ärende Elopak/Metal Box – Odin, som det hänvisas till i fotnot 22.
- ⁽⁴²⁾ Se EG-domstolens dom av den 28 januari 1986 i mål 161/84, Pronuptia, Rec. 1986, s. 353, svensk specialutgåva, volym VIII, s. 403.
- ⁽⁴³⁾ Se fotnot 22. Beslutet bekräftades av förstainstansrätten i domen i målet Métropole télévision (M6), som det hänvisas till i fotnot 10.
- ⁽⁴⁴⁾ Kostnadsbesparingar och andra vinster för parterna som uppkommer genom blotta utövandet av marknadsdom ger inte upphov till några objektiva fördelar och kan inte beaktas (jfr punkt 49 nedan).

- (45) Se t.ex. domen i målet Consten och Grundig, som det hänvisas till i fotnot 21.
- (46) Att ett avtal beviljats gruppundantag är inte i sig ett tecken på att det enskilda avtalet omfattas av artikel 81.1.
- (47) Se t.ex. EG-domstolens dom av den 28 februari 1991 i mål C-234/89, Delimitis, Rec. 1991, s. I-935, punkt 46, svensk specialutgåva, volym XI, s. 77.
- (48) Genom artikel 36.4 i förordning nr 1/2003 har bland annat upphävts artikel 5 i förordning nr 1017/68 om tillämpning av konkurrensregler på transporter på järnväg, landsväg och inre vattenvägar. Kommissionens beslutspraxis enligt förordning nr 1017/68 förblir emellertid relevant för tillämpningen av artikel 81.3 på sektorn för inlandstransporter.
- (49) Se punkt 42 nedan.
- (50) Se domen i målet Société Technique Minière, som det hänvisas till i fotnot 20.
- (51) Se EG-domstolens dom av den 14 december 1983 i mål 319/92, Kerpen & Kerpen, Rec. 1983, s. 4173, punkterna 11 och 12 (ej översatt till svenska).
- (52) Se t.ex. förstainstansrättens domar av den 8 oktober 2002 i mål T-185/00 m.fl., Métropole télévision SA (M6), REG 2001, s. II-3805, punkt 86, och av den 15 juli 1994 i mål T-17/93, Matra, Rec. 1994, s. II-595, punkt 85 [ej översatt till svenska], och av den 17 januari 1984 i förenade målen 43/82 och 63/82, VBVB och VBBB, Rec. 1984, s. 19, punkt 61, svensk specialutgåva, volym VII, s. 00437.
- (53) Se förstainstansrättens dom av den 19 mars 2003 i mål T-213/00, CMA CGM m.fl., REG 2003, punkt 226.
- (54) Se angående detta särskilt punkt 139 i domen i målet Matra (se fotnot 53), och EG-domstolens dom av den 25 oktober 1977 i mål 26/76, Metro (I), Rec. 1977, s. 1875, punkt 43, svensk specialutgåva, volym III, s. 431.
- (55) Vad gäller begreppet konsumenter se punkt 84 nedan, där det konstateras att konsumenter är avtalsparternas kunder och senare köpare. Parterna själva är inte "konsumenter" vid tillämpningen av artikel 81.3.
- (56) Testet är marknadsspecifikt, se angående detta förstainstansrättens dom av den 21 mars 2002 i mål T-131/99, Shaw, REG 2002, s. II-2023, punkt 163, där den uttalade att bedömningen enligt artikel 81.3 måste göras enligt samma analysunderlag som bedömningen av de konkurrensbegränsande verkningarna, samt EG-domstolens dom av den 17 januari 1995 i mål C-360/92 P, Publishers Association, REG 1995, s. I-23, punkt 29, där EG-domstolen i ett fall där den relevanta marknaden omfattade ett större område än medlemsstaten i fråga uttalade att det vid tillämpningen av artikel 81.3 inte var korrekt att enbart beakta verkningarna på det nationella territoriet.
- (57) I sin dom av den 28 februari 2002 i mål T-86/95, Compagnie Générale Maritime m.fl., REG 2002, s. II-1011, punkterna 343-345, fastslog förstainstansrätten att det inte är nödvändigt enligt artikel 81.3 att fördelarna är kopplade till en viss marknad och att i relevanta fall måste hänsyn tas till fördelarna "för alla andra marknader på vilka avtalet skulle kunna ha gynnsamma verkningar eller till och med, mer generellt, för alla tjänster vars kvalitet eller effektivitet skulle kunna förbättras genom att detta avtal finns". Emellertid är det viktigt att notera att i det här fallet var det samma grupp av konsumenter som påverkades. Målet gällde kombinerade transporttjänster som bland annat omfattar ett paket av land- och sjötransporter som tillhandahålls rederier i gemenskapen. Begränsningarna gällde tjänster på området för landtransporter, vilket ansågs utgöra en separat marknad, medan fördelarna påstods uppträda i samband med sjötransporttjänster. Båda tjänsterna efterfrågades av skeppare i behov av kombinerade transporttjänster mellan norra Europa och sydöstra och östra Asien. Målet CMA CGM i fotnot 53 berörde också en situation där avtalet, vilket täckte flera olika tjänster, påverkade samma grupp av konsumenter, nämligen skeppare av containerfrakt mellan Europa och Fjärran östern. Enligt avtalet satte parterna avgifter och extra avgifter avseende landtransporttjänster, hamntjänster och sjötransporttjänster. Förstainstansrätten fann (jfr punkterna 226-228) att under omständigheterna i målet var det inte nödvändigt att definiera de relevanta marknaderna för tillämpningen av artikel 81.3. Avtalet hade ett konkurrensbegränsande syfte och medförde inga fördelar för konsumenter.
- (58) Se punkterna 126 och 132 i riktlinjerna om horisontella samarbetsavtal, som det hänvisas till i fotnot 5.
- (59) Se domen i målet Ford, som det hänvisas till i fotnot 18.
- (60) Se t.ex. kommissionens beslut i TPS-ärendet, EGT L 90, 2.4.1999, s. 6. På motsvarande sätt är också förbudet i artikel 81.1 tillämpligt endast så länge avtalet har ett konkurrensbegränsande syfte eller konkurrensbegränsande verkningar.
- (61) Se punkt 85 domen i målet Matra, som det hänvisas till i fotnot 52.
- (62) Se punkt 49 nedan angående detta krav.
- (63) Se t.ex. förstainstansrättens dom av den 21 februari 1995 i mål T-29/92, Vereniging van Samenwerkende Prijsregelende Organisaties in de Bouwnijverheid (SPO), REG 1995, s. II-289.
- (64) Se t.ex. EG-domstolens dom av den 8 juni 1982 i mål 258/78, Nungesser, Rec. 1982, s. 2015, punkt 77, angående absolut områdesskydd (ej översatt till svenska).
- (65) Se t.ex. domen i SPO-målet, som det hänvisas till i fotnot 63.
- (66) Nationella åtgärder måste bland annat vara förenliga med fördragets bestämmelser om fri rörlighet för varor, tjänster, personer och kapital.
- (67) Se t.ex. domen i målet Consten och Grundig, som det hänvisas till i fotnot 21.
- (68) Se kommissionens beslut i ärendet Van den Bergh Foods (EGT L 246, 4.9.1998, s. 1).
- (69) Se kommissionens beslut i ärendet Glaxo Wellcome (EGT L 302, 17.11.2001, s. 1).
- (70) Se t.ex. kommissionens beslut i ärende GEAE/P&W (EGT L 58, 3.3.2000, s. 16), i British Interactive Broadcasting/Open (EGT L 312, 6.12.1999, s. 1), och i ärende Asahi/Saint Gobain (EGT L 354, 31.12.1994, s. 87).
- (71) Se t.ex. kommissionens beslut i ärende Atlas (EGT L 239, 19.9.1996, s. 23), och i ärende Phoenix/Global One (EGT L 239, 19.9.1996, s. 57).
- (72) Se t.ex. kommissionens beslut i ärendet Uniform Eurocheques (EGT L 35, 7.2.1985, s. 43).
- (73) Se t.ex. kommissionens beslut i ärendet Cégétel + 4 (EGT L 88, 31.3.1999, s. 26).

- (⁷⁴) Vad beträffar den förstnämnda frågan, som kan vara relevant i samband med artikel 81.1, se punkt 18 ovan.
- (⁷⁵) Stordriftsfördelar konsumeras i regel vid en viss punkt. Därefter stabiliseras de genomsnittliga kostnaderna för att slutligen börja öka t.ex. på grund av kapacitetsbegränsningar och flaskhalsar.
- (⁷⁶) Se punkterna 392–395 i domen i målet *Compagnie Générale Maritime*, som det hänvisas till i fotnot 57.
- (⁷⁷) För närmare detaljer se punkt 116 i riktlinjerna om vertikala begränsningar, som det hänvisas till i fotnot 5.
- (⁷⁸) Se förstainstansrättens dom av den 15 september 1998 i förenade målen T-374/95 m.fl., *European Night Services*, REG 1998, s. II-3141, punkt 230.
- (⁷⁹) Se kommissionens förordning (EG) nr 2790/1999 av den 22 december 1999 om tillämpningen av artikel 81.3 i fördraget på grupper av vertikala avtal och samordnade förfaranden (EGT L 336, 29.12.1999, s. 21).
- (⁸⁰) Se angående detta domen i målet *Consten och Grundig*, som det hänvisas till i fotnot 21, där EG-domstolen uttalade att förbättringarna enligt det första villkoret i artikel 81.3 måste visa betydande objektiva fördelar av en sådan art att de kompenserar för de nackdelar de medför på konkurrensområdet.
- (⁸¹) De positiva och negativa effekterna för konsumenterna balanseras i princip inom varje relevant marknad (jfr punkt 43 ovan).
- (⁸²) Se punkt 48 i domen i målet *Metro (I)*, som det hänvisas till i fotnot 54.
- (⁸³) Se punkt 163 i domen i målet *Shaw*, som det hänvisas till i fotnot 56.
- (⁸⁴) I de följande avsnitten talas det av praktiska skäl om högre priser när det är skador på konkurrensen som avses. Skador på konkurrensen kan också betyda lägre kvalitet, mindre urval eller mindre innovation än vad som annars skulle ha varit fallet.
- (⁸⁵) På marknader med full konkurrens är enskilda företag "pristagare". De säljer sina produkter till marknadspris, som avgörs av det totala utbudet och den totala efterfrågan. Det enskilda företagets produktion är så liten att förändringar i produktionen vid ett enskilt företag inte påverkar marknadspriset.
- (⁸⁶) Företag bedriver tyst samverkan om de på en oligopolmarknad kan samordna sina åtgärder på marknaden utan att tillgripa ett uttryckligt kartellavtal.
- (⁸⁷) Med detta begrepp avses företag som begränsar prisbeteendet på marknaden för andra företag som annars kanske skulle ha bedrivit tyst samverkan.
- (⁸⁸) Det begränsande avtalet kan till och med göra det möjligt för företagen i fråga att ta ut ett högre pris av kunder med en låg efterfrågeelasticitet.
- (⁸⁹) Se förstainstansrättens dom av den 28 februari 2002 i förenade målen T-191/98, T-212/98 och T-214/98, *Atlantic Container Line (TACA)*, REG 2003, s. II-... , punkt 939, och i mål T-395/94, *Atlantic Container Line*, REG 2002, s. II-875, punkt 330.
- (⁹⁰) Se EG-domstolens dom av den 16 mars 2000 i förenade målen C-395/96 P och C-396/96 P, *Compagnie maritime belge*, REG 2000, s. I-1365, punkt 130. På motsvarande sätt gäller att tillämpningen av artikel 81.3 inte hindrar tillämpningen av fördragets regler om fri rörlighet för varor, tjänster, personer och kapital. Dessa bestämmelser kan under vissa omständigheter tillämpas på avtal, beslut och samordnade förfaranden enligt artikel 81.1; se angående detta domen av den 19 februari 2002 i mål C-309/99, *Wouters*, REG 2002, s. I-1577, punkt 120.
- (⁹¹) Se förstainstansrättens dom av den 10 juli 1990 i mål T-51/89, *Tetra Pak (I)*, Rec. 1990, s. II-309, och i förenade målen T-191/98, T-212/98 och T-214/98, *Atlantic Container Line (TACA)*, REG 2003, s. II-... , punkt 1456.
- (⁹²) Punkt 135 i riktlinjerna om vertikala begränsningar och punkterna 36, 71, 105, 134 och 155 i riktlinjerna om horisontella samarbetsavtal, som det hänvisas till i fotnot 5, bör förstas på detta sätt när de anger att begränsande avtal som ingås av dominerande företag i princip inte kan beviljas undantag.
- (⁹³) Självständigt fungerande gemensamma företag, dvs. gemensamma företag som på varaktig basis fyller en autonom ekonomisk enhets samtliga funktioner, omfattas av rådets förordning (EEG) nr 4064/89 om kontroll av företagskoncentrationer (EGT L 257, 21.9.1990, s. 13).
- (⁹⁴) Se punkt 21 i domen i målet *Metro (I)*, som det hänvisas till i fotnot 52.
- (⁹⁵) Se punkt 97 ovan.
- (⁹⁶) Se förstainstansrättens dom av den 7 oktober 1999 i mål T-228/97, *Irish Sugar*, REG 1999, s. II-2969, punkt 101.
-