

Europeiska unionens officiella tidning

C 164



Svensk utgåva

Meddelanden och upplysningar

65 årgången

19 april 2022

Innehållsförteckning

II *Meddelanden*

MEDDELANDEN FRÅN EUROPEISKA UNIONENS INSTITUTIONER, BYRÅER OCH ORGAN

Europeiska kommissionen

2022/C 164/01

Meddelande från kommissionen - Godkännande av innehållet i ett utkast till kommissionens förordning om tillämpningen av artikel 101.3 i fördraget om Europeiska unionens funktionssätt på vissa grupper av forsknings- och utvecklingsavtal

1

SV

II

*(Meddelanden)*MEDDELANDEN FRÅN EUROPEISKA UNIONENS INSTITUTIONER,
BYRÅER OCH ORGAN

EUROPEISKA KOMMISSIONEN

MEDDELANDE FRÅN KOMMISSIONEN

Godkännande av innehållet i ett utkast till kommissionens förordning om tillämpningen av artikel 101.3 i fördraget om Europeiska unionens funktionssätt på vissa grupper av forsknings- och utvecklingsavtal

(2022/C 164/01)

Kommissionen godkände den 1 mars 2022 innehållet i ett utkast till kommissionens förordning om tillämpningen av artikel 101.3 i fördraget om Europeiska unionens funktionssätt på vissa grupper av forsknings- och utvecklingsavtal den 1 mars 2022.

Utkastet till kommissionens förordning bifogas detta meddelande.

Utkastet till kommissionens förordning är öppet för offentligt samråd på följande adress:

<http://ec.europa.eu/competition/consultations/open.html>.

BILAGA

Meddelande från Kommissionen – Riktlinjer för tillämpningen av artikel 101 i fördraget om Europeiska unionens funktionssätt på horisontella samarbetsavtal

UTKAST

INNEHÅLLSFÖRTECKNING

1.	Inledning	8
1.1.	Riktlinjernas syfte och utformning	8
1.2.	Tillämpning av artikel 101 på horisontella samarbetsavtal	9
1.2.1.	Inledning	9
1.2.2.	Analysram	11
1.2.3.	Bedömning enligt artikel 101.1	12
1.2.4.	Avtal som har till syfte att begränsa konkurrensen	13
1.2.5.	Konkurrensbegränsande effekter	14
1.2.6.	Accessoriska begränsningar	15
1.2.7.	Bedömning enligt artikel 101.3	15
1.2.8.	Horisontella samarbetsavtal som i allmänhet faller utanför tillämpningsområdet för artikel 101.1	16
1.3.	Förhållande till annan vägledning och lagstiftning	17
2.	Forsknings- och utvecklingsavtal	18
2.1.	Inledning	18
2.2.	De relevanta marknaderna	19
2.3.	Bedömning enligt artikel 101.1	20
2.3.1.	De centrala konkurrensproblemen	20
2.3.2.	Avtal som har till syfte att begränsa konkurrensen	20
2.3.3.	Konkurrensbegränsande effekter	20
2.4.	Avtal som omfattas av gruppundantagsförordningen om FoU	22
2.4.1.	Åtskillnad mellan "gemensam FoU" och "beställd FoU" och begreppet "specialisering i samband med FoU"	23

2.4.2.	Gemensamt utnyttjande av FoU-resultaten och specialiseringskonceptet i samband med gemensamt utnyttjande	23
2.4.3.	Överlåtelse eller licensiering av immateriella rättigheter	25
2.5.	Villkor för undantag enligt gruppundantagsförordningen om FoU	25
2.5.1.	Tillgång till de slutliga resultaten	25
2.5.2.	Tillgång till redan befintlig know-how	26
2.5.3.	Villkor kopplade till gemensamt utnyttjande	26
2.5.4.	Tröskelvärden, marknadsandelar och undantagets varaktighet	26
2.6.	Särskilt allvarliga och uteslutna begränsningar	32
2.6.1.	Särskilt allvarliga begränsningar	32
2.6.2.	Uteslutna begränsningar	34
2.7.	Återkallande av rätten att omfattas av gruppundantagsförordningen om FoU	35
2.8.	Bedömning enligt artikel 101.3 av FoU-avtal som inte omfattas av gruppundantagsförordningen om FoU	37
2.8.1.	Effektivitetsvinster	37
2.8.2.	Nödvändighet	37
2.8.3.	Nytta för konsumenterna	37
2.8.4.	Konkurrensen sätts inte ur spel	37
2.9.	Tidpunkt för bedömningen	37
2.10.	Exempel	38
3.	Produktionsavtal	40
3.1.	Inledning	40
3.2.	De relevanta marknaderna	41
3.3.	Bedömning enligt artikel 101.1	41
3.3.1.	De centrala konkurrensproblemen	41
3.3.2.	Avtal som har till syfte att begränsa konkurrensen	42

3.3.3.	Konkurrensbegränsande effekter	43
3.4.	Avtal som omfattas av gruppundantagsförordningen om specialisering	46
3.4.1.	Specialiseringsavtal	46
3.4.2.	Andra bestämmelser i specialiseringsavtal	47
3.4.3.	Gemensam distribution och begreppet "gemensam" enligt gruppundantagsförordningen om specialisering	48
3.4.4.	Tjänster enligt gruppundantagsförordningen om specialisering	48
3.4.5.	Konkurrerande företag: en faktisk eller potentiell konkurrent.	48
3.4.6.	Tröskelvärde för marknadsandel och undantagets varaktighet	48
3.4.7.	Särskilt allvarliga begränsningar i gruppundantagsförordningen om specialisering	50
3.4.8.	Återkallande av förmånen enligt gruppundantagsförordningen om specialisering	50
3.5.	Bedömning enligt artikel 101.3 av produktionsavtal som inte omfattas av gruppundantagsförordningen om specialisering	51
3.5.1.	Effektivitetsvinster	51
3.5.2.	Nödvändighet	51
3.5.3.	Nytta för konsumenterna	51
3.5.4.	Konkurrensen sätts inte ur spel	52
3.6.	Avtal om delning av mobil infrastruktur	52
3.7.	Exempel	54
4.	Inköpsavtal	57
4.1.	Inledning	57
4.2.	Bedömning enligt artikel 101.1	58
4.2.1.	De centrala konkurrensproblemen	58
4.2.2.	Avtal som har till syfte att begränsa konkurrensen	58
4.2.3.	Konkurrensbegränsande effekter	59
4.3.	Bedömning enligt artikel 101.3	63

4.3.1.	Effektivitetsvinster	63
4.3.2.	Nödvändighet	63
4.3.3.	Nytta för konsumenterna	63
4.3.4.	Konkurrensen sätts inte ur spel	63
4.4.	Exempel	64
5.	Saluföringsavtal	66
5.1.	Inledning	66
5.2.	Bedömning enligt artikel 101.1	67
5.2.1.	De centrala konkurrensproblemen	67
5.2.2.	Avtal som har till syfte att begränsa konkurrensen	67
5.2.3.	Konkurrensbegränsande effekter	68
5.3.	Bedömning enligt artikel 101.3	69
5.3.1.	Effektivitetsvinster	69
5.3.2.	Nödvändighet	70
5.3.3.	Nytta för konsumenterna	70
5.3.4.	Konkurrensen sätts inte ur spel	70
5.4.	Anbudskonsortier	70
5.5.	Exempel	72
6.	Informationsutbyte	76
6.1.	Inledning	76
6.2.	Bedömning enligt artikel 101.1	78
6.2.1.	Inledning	78
6.2.2.	De centrala konkurrensproblemen i samband med informationsutbyte	79
6.2.3.	Informationsutbytets natur	80
6.2.4.	Utbytets egenskaper	82

6.2.5.	Marknadsegenskaper	86
6.2.6.	Avtal som har till syfte att begränsa konkurrensen	87
6.2.7.	Konkurrensbegränsande effekter	88
6.3.	Bedömning enligt artikel 101.3	89
6.3.1.	Effektivitetsvinster	89
6.3.2.	Nödvändighet	89
6.3.3.	Nytta för konsumenterna	89
6.3.4.	Konkurrensen sätts inte ur spel	90
6.4.	Exempel	90
7.	Standardiseringsavtal	92
7.1.	Inledning	92
7.2.	De relevanta marknaderna	92
7.3.	Bedömning enligt artikel 101.1	92
7.3.1.	De centrala konkurrensproblemen	92
7.3.2.	Avtal som har till syfte att begränsa konkurrensen	94
7.3.3.	Konkurrensbegränsande effekter	94
7.4.	Bedömning enligt artikel 101.3	99
7.4.1.	Effektivitetsvinster	99
7.4.2.	Nödvändighet	99
7.4.3.	Nytta för konsumenterna	101
7.4.4.	Konkurrensen sätts inte ur spel	101
7.5.	Exempel	101
8.	Standardvillkor	102
8.1.	Definitioner	102
8.2.	De relevanta marknaderna	102

8.3.	Bedömning enligt artikel 101.1	102
8.3.1.	De centrala konkurrensproblemen	102
8.3.2.	Avtal som har till syfte att begränsa konkurrensen	103
8.3.3.	Konkurrensbegränsande effekter	103
8.4.	Bedömning enligt artikel 101.3	104
8.4.1.	Effektivitetsvinster	104
8.4.2.	Nödvändighet	104
8.4.3.	Nytta för konsumenterna	105
8.4.4.	Konkurrensen sätts inte ur spel	105
8.5.	Exempel	105
9.	Hållbarhetsavtal	106
9.1.	Inledning	106
9.2.	Hållbarhetsavtal som inte ger upphov till konkurrensproblem	108
9.3.	Bedömning av hållbarhetsavtal enligt artikel 101.1	108
9.3.1.	Principer	108
9.3.2.	Avtal om hållbarhetsstandardisering	109
9.4.	Bedömning av hållbarhetsavtal enligt artikel 101.3	112
9.4.1.	Effektivitetsvinster	112
9.4.2.	Nödvändighet	112
9.4.3.	Nytta för konsumenterna	113
9.4.4.	Konkurrensen sätts inte ur spel	117
9.5.	Deltagande av offentliga myndigheter	117
9.6.	Exempel	117

1. INLEDNING

1.1. Riktlinjernas syfte och utformning

1. Syftet med dessa riktlinjer ⁽¹⁾ är att skapa rättssäkerhet genom att hjälpa företag att bedöma sina horisontella samarbetsavtal enligt unionens konkurrensregler och samtidigt säkerställa ett effektivt skydd av konkurrensen. De syftar också till att göra det lättare för företag att samarbeta på sätt som är ekonomiskt önskvärda och därigenom till exempel bidra till den gröna och den digitala omställningen och till att främja den inre marknadens motståndskraft ⁽²⁾.
2. I riktlinjerna fastställs principerna för bedömningen av horisontella samarbetsavtal och samordnade förfaranden enligt artikel 101 i fördraget om Europeiska unionens funktionssätt ^(*) (nedan kallat *artikel 101*) och det ges en analytisk ram för de vanligaste typerna av horisontella samarbetsavtal:
 - forsknings- och utvecklingsavtal, inbegripet riktlinjer för tillämpningen av kommissionens förordning (EU) nr [...] av den [...] december 2022 om tillämpningen av artikel 101.3 i fördraget om Europeiska unionens funktionssätt på vissa grupper av forsknings- och utvecklingsavtal (nedan kallad *gruppundantagsförordningen om FoU*) (kapitel 2),
 - produktionsavtal inklusive riktlinjer för tillämpningen av kommissionens förordning (EU) nr [...] av den [...] december 2022 om tillämpningen av artikel 101.3 i fördraget om Europeiska unionens funktionssätt på vissa grupper av specialiseringsavtal (nedan kallad *gruppundantagsförordningen om specialisering*) (kapitel 3),
 - inköpsavtal (kapitel 4),
 - saluföringsavtal (kapitel 5),
 - informationsutbyte (kapitel 6),
 - standardiseringsavtal (kapitel 7),
 - standardvillkor (kapitel 8).
3. Eftersom kommissionen är fast besluten att uppnå målen för den gröna given för Europeiska unionen ⁽³⁾ ger dessa riktlinjer dessutom vägledning om hur de vanligaste horisontella samarbetsavtalen kommer att bedömas enligt artikel 101 när de innehåller hållbarhetsmål (kapitel 9).
4. Med tanke på det potentiellt stora antalet typer och kombinationer av horisontellt samarbete och de marknadsförhållanden under vilka de används, är det svårt att ge entydiga lösningar för varje tänkbart scenario. Dessa riktlinjer är ingen "checklista" som kan tillämpas mekaniskt. Varje fall ska bedömas på grundval av de faktiska omständigheterna i det enskilda fallet.
5. Dessa riktlinjer är tillämpliga på horisontella samarbetsavtal som rör varor, tjänster och teknik.
6. Horisontella samarbetsavtal kan kombinera olika stadier av samarbete, t.ex. forskning och utveckling (FoU) och produktion och/eller saluföring av resultaten av denna forskning och utveckling. Sådana avtal omfattas i regel också av dessa riktlinjer. När dessa riktlinjer används för att analysera ett sådant integrerat samarbete är

⁽¹⁾ Dessa riktlinjer ersätter meddelandet från kommissionen – Riktlinjer för tillämpningen av artikel 101 i fördraget om Europeiska unionens funktionssätt på horisontella samarbetsavtal (EUT C 11, 14.1.2011, s. 1).

⁽²⁾ Se även meddelandet *Uppdatering av industristrategin 2020: en starkare inre marknad för EU:s återhämtning*, COM (2021) 350 final av den 5 maj 2021.

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

⁽³⁾ Meddelande från kommissionen, *Den europeiska gröna given* (COM(2019) 640 final).

samtliga kapitel som rör de olika delarna av samarbetet i regel relevanta för denna analys. Vid en bedömning av om ett visst beteende normalt anses ha till syfte eller resultat att begränsa konkurrensen gäller emellertid det som sägs i det kapitel som rör den del av ett integrerat samarbete som kan betraktas som samarbetets tyngdpunkt för hela samarbetet.

7. Två faktorer är särskilt viktiga för att fastställa samarbetets tyngdpunkt i ett integrerat samarbete: för det första utgångspunkten för samarbete och för det andra graden av integrering av de olika funktioner som ska kombineras. Även om det inte går att fastställa en exakt och slutgiltig regel som gäller för samtliga fall och alla möjliga kombinationer, är det enligt de erfarenheter som gjorts möjligt att i allmänhet använda följande synsätt:
 - Tyngdpunkten i ett horisontellt samarbetsavtal som omfattar såväl gemensam forskning och utveckling som gemensam produktion med anledning av resultaten skulle i normala fall vara den gemensamma forskningen och utvecklingen, eftersom gemensam produktion inleds endast om den gemensamma forskningen och utvecklingen är framgångsrik. Det innebär att resultaten av den gemensamma forskningen och utvecklingen är avgörande för den senare gemensamma produktionen. Vägledningen i kapitlet om FoU-avtal har företräde i detta fall. Resultatet av bedömningen av tyngdpunkten skulle bli ett annat om parterna skulle ha inlett den gemensamma produktionen under alla omständigheter, det vill säga oberoende av den gemensamma forskningen och utvecklingen. Det betyder att sådana avtal i stället ska bedömas som gemensamma produktionsavtal och att vägledningen i kapitlet om produktionsavtal ska ha företräde. Om det i avtalet föreskrivs en fullständig integrering på produktionsområdet och endast en partiell integrering av viss FoU-verksamhet, skulle tyngdpunkten för samarbetet också vara den gemensamma produktionen.
 - På liknande sätt skulle tyngdpunkten i ett horisontellt samarbetsavtal som omfattar såväl specialisering som gemensam saluföring i normala fall vara specialiseringen, eftersom gemensam saluföring enbart kommer att inledas till följd av samarbetet inom den specialiserade verksamheten.
 - Tyngdpunkten för ett horisontellt samarbetsavtal som omfattar gemensam produktion och gemensam saluföring av produkterna skulle normalt vara den gemensamma produktionen, eftersom den gemensamma saluföringen i allmänhet endast sker på grund av samarbetet i den gemensamma produktionens huvudverksamhet.
8. Det bör noteras att prövningen av tyngdpunkten endast gäller de olika kapitlens förhållande till varandra i dessa riktlinjer, inte förhållandet mellan olika gruppundantagsförordningar. Tillämpningsområdet för en gruppundantagsförordning bestäms av dess egna bestämmelser. Se kapitel 2 för avtal som omfattas av gruppundantagsförordningen om FoU och kapitel 3 för avtal som omfattas av gruppundantagsförordningen om specialisering.
9. Riktlinjerna är upplagda enligt följande:
 - Det första kapitlet är en inledning med en beskrivning av det sammanhang i vilket artikel 101 är tillämplig på horisontella samarbetsavtal. I detta kapitel ges också information om förhållandet mellan dessa riktlinjer och annan lagstiftning och vägledning som påverkar horisontella samarbetsavtal.
 - I kapitlen 2–8 ges vägledning för att underlätta självbedömningen enligt artikel 101 för de vanligaste horisontella samarbetsavtalen. Kapitel 9 innehåller ytterligare vägledning om dessa avtal syftar till att uppnå hållbarhetsmål. Vägledningen i kapitlen 2–9 kompletterar den mer allmänna vägledning som ges i denna inledning. Det rekommenderas därför att man alltid läser inledningen först och därefter läser de specifika kapitlen.
- 1.2. **Tillämpning av artikel 101 på horisontella samarbetsavtal**
 - 1.2.1. *Inledning*
10. Ett av syftena med artikel 101 är att se till att företag inte använder horisontella samarbetsavtal för att förhindra, begränsa eller snedvrider konkurrensen på marknaden till skada för konsumenterna.

11. Artikel 101 är tillämplig på företag och företagssammanslutningar. Med företag avses varje enhet med personliga, materiella och immateriella tillgångar som bedriver ekonomisk verksamhet, oavsett enhetens rättsliga form och oavsett hur den finansieras ⁽⁴⁾. En företagssammanslutning är ett organ vilket företag av samma typ samordnar sitt beteende på marknaden ⁽⁵⁾. Dessa riktlinjer gäller horisontella samarbetsavtal mellan företag och beslut av företagssammanslutningar.
12. Om ett företag utövar ett avgörande inflytande över ett annat företag utgör de en enda ekonomisk enhet och följaktligen en del av samma företag ⁽⁶⁾. Företag som ingår i samma företag anses inte vara konkurrenter i den mening som avses i dessa riktlinjer, även om de båda är verksamma på samma relevanta produktmarknader och geografiska marknader.
13. För att fastställa ansvaret för en överträdelse av artikel 101.1 har domstolen slagit fast att moderbolagen och deras gemensamma företag utgör en enda ekonomisk enhet och således ett enda företag i konkurrenshänseende och på den eller de relevanta marknaderna, i den mån det visas att moderbolagen till ett gemensamt företag utövar ett avgörande inflytande över det gemensamma företaget ⁽⁷⁾. När det kan visas att moderbolagen utövade ett avgörande inflytande över det gemensamma företaget kommer kommissionen därför normalt inte att tillämpa artikel 101.1 på avtal och samordnade förfaranden mellan moderbolaget eller moderbolagen och det gemensamma företaget när det gäller deras verksamhet på den eller de relevanta marknader där det gemensamma företaget är verksamt. Kommissionen kommer dock vanligtvis att tillämpa artikel 101.1 på avtal
 - mellan moderbolagen för att bilda det gemensamma företaget,
 - mellan moderbolagen för att ändra det gemensamma företags omfattning,
 - mellan moderbolagen och det gemensamma företaget utanför den produktmässiga och geografiska omfattningen av det gemensamma företags verksamhet,
 - mellan moderbolagen utan medverkan av det gemensamma företaget, även när det gäller den relevanta marknad där det gemensamma företaget är verksamt.
14. Det faktum att ett gemensamt företag och dess moderbolag anses ingå i samma företag på en viss marknad hindrar inte moderbolaget från att vara oberoende på alla andra marknader ⁽⁸⁾.
15. För att artikel 101 ska vara tillämplig på horisontellt samarbete måste det finnas en form av samordning mellan konkurrenter, det vill säga ett avtal mellan företag, ett beslut av en företagssammanslutning eller ett samordnat förfarande.

*Horisontellt samarbete kan ske i form av **ett avtal** genom vilket två eller flera företag har uttryckt en gemensam vilja att samarbeta ⁽⁹⁾. **Ett samordnat förfarande** är en form av samordning mellan företag där de inte har ingått ett avtal utan medvetet ersätter riskerna för konkurrensen genom ett praktiskt samarbete ⁽¹⁰⁾. Begreppet samordnat förfarande förutsätter, förutom samordningen mellan de berörda företagen, ett beteende på marknaden som svarar mot denna samordning och ett orsakssamband mellan dessa båda rekvisit ⁽¹¹⁾.*

⁽⁴⁾ Se t.ex. dom av den 25 mars 2021, Deutsche Telekom mot kommissionen, C-152/19 P, EU:C:2021:238, punkt 72 och där angiven rättspraxis.

⁽⁵⁾ I den mening som avses i dom av den 11 september 2014, MasterCard mot kommissionen, C-382/12 P, EU:C:2014:2201, punkt 76, och generaladvokat Légers förslag till avgörande av den 10 juli 2001, Wouters, C-309/99, EU:C:2001:390, punkt 61.

⁽⁶⁾ Se, till exempel, dom av den 24 oktober 1996, Viho, C-73/95 P, EU:C:1996:405, punkt 51. Det kan antas att ett moderbolag utövar ett avgörande inflytande över ett dotterföretags beteende när det är fråga om helägda dotterbolag eller när moderbolaget innehar alla de rösträtter som är knutna aktierna i dotterbolaget. Se, till exempel, dom av den 10 september 2009, Akzo, C-97/08 P, EU:C:2009:536, punkterna 60 och framåt, dom av den 27 januari 2021, The Goldman Sachs Group Inc mot kommissionen, C-595/18 P, EU:C:2021:73, punkt 36.

⁽⁷⁾ Dom av den 26 september 2013, El du Pont de Nemours and Company, C-172/12 P, EU:C:2013:601, punkt 47 och dom av den 14 september 2017, LG Electronics Inc. och Koninklijke Philips Electronics NV, C-588/15 P och C-622/15 P, EU:C:2017:679, punkterna 71 och 76.

⁽⁸⁾ Dom av den 14 september 2017, LG Electronics Inc. och Koninklijke Philips Electronics NV, C-588/15 P och C-622/15 P, EU:C:2017:679, punkt 79.

⁽⁹⁾ Se, till exempel, dom av den 13 juli 2006, kommissionen mot Volkswagen, C-74/04 P, EU:C:2006:460, punkt 37.

⁽¹⁰⁾ Se, till exempel, dom av den 4 juni 2009, T-Mobile Netherlands m.fl., C-8/08, EU:C:2009:343, punkt 26, dom av den 31 mars 1993, Wood Pulp, C-89/85, C-104/85, C-114/85, C-116/85, C-117/85 och C-125/85–C-129/85, EU:C:1993:120, punkt 63.

⁽¹¹⁾ Dom av den 19 mars 2015, Dole Food and Dole Fresh Fruit Europe mot kommissionen, C-286/13 P, EU:C:2015:184, punkt 126 och där angiven rättspraxis.

16. Att ett avtal, samordnat förfarande eller beslut av en företagssammanslutning konstateras föreligga visar inte i sig att det finns en konkurrensbegränsning i den mening som avses i artikel 101.1. För enkelhetens skull omfattar begreppet *avtal* i dessa riktlinjer även samordnade förfaranden och beslut av företagssammanslutningar, om inte annat anges.
17. Horisontella samarbetsavtal kan ingås mellan faktiska eller potentiella konkurrenter. Två företag betraktas som faktiska konkurrenter om de är verksamma på samma produktmarknad och geografiska marknad. Ett företag betraktas som en potentiell konkurrent till ett annat företag om det förstnämnda företaget, utan avtal, vid en liten men bestående höjning av relativpriserna på kort ⁽¹²⁾ tid sannolikt skulle göra de nödvändiga ytterligare investeringarna eller ta på sig andra nödvändiga omställningskostnader för att komma in på den relevanta marknad där det andra företaget är verksamt. Denna bedömning måste ha en realistisk grund – en rent teoretisk möjlighet till marknadsinträde är inte tillräcklig ⁽¹³⁾. När det i dessa riktlinjer hänvisas till konkurrenter avses både faktiska och potentiella konkurrenter, om inget annat anges.

Vid bedömningen av om ett företag kan betraktas som en potentiell konkurrent till ett annat företag kan följande överväganden vara relevanta:

- Om företaget har en fast avsikt och en inneboende förmåga att träda in på marknaden inom en kort tid och inte möter hinder för inträde på marknaden som är oöverstigliga ⁽¹⁴⁾.
- Om företaget har gjort tillräckliga förberedelser för att kunna ta sig in på den berörda marknaden.
- De faktiska och konkreta möjligheterna för det ännu inte aktiva företaget att ansluta sig till den marknaden och konkurrera med ett eller flera av de andra företagen – den rent teoretiska möjligheten att gå in på en marknad är inte tillräcklig.
- Marknadens struktur och det ekonomiska och rättsliga sammanhang inom vilket den är verksam.
- Uppfattningen om det etablerade företaget är en faktor som är relevant för bedömningen av huruvida det föreligger ett konkurrensförhållande mellan denna part och ett företag utanför marknaden, eftersom detta företag, om det uppfattas som en potentiell ny aktör på marknaden, på grund av sin blotta existens kan ge upphov till ett konkurrenstryck på den aktör som är etablerad på denna marknad.
- Ingående av ett avtal mellan flera företag som är verksamma på samma nivå i produktionskedjan, varav vissa inte var närvarande på den berörda marknaden ⁽¹⁵⁾.

1.2.2. Analysram

18. Bedömningen mot bakgrund av artikel 101 görs i två steg. Det första steget, enligt artikel 101.1, är att bedöma om ett avtal mellan företag som kan påverka handeln mellan medlemsstater har ett konkurrensbegränsande syfte eller faktiska eller potentiella ⁽¹⁶⁾ konkurrensbegränsande effekter.

⁽¹²⁾ Vad som utgör en "kort tid" beror på det rättsliga och ekonomiska sammanhanget i det berörda fallet och, särskilt, om företaget i fråga är part i ett horisontellt samarbetsavtal eller tredje part. I de fall där det undersöks om en part i ett avtal bör betraktas som en potentiell konkurrent till den andra parten, anser kommissionen i normala fall att en längre period är en "kort tid" än i de fall där en tredje parts möjligheter att utöva ett konkurrenstryck på parterna i ett avtal analyseras. För att en tredje part ska betraktas som en potentiell konkurrent måste marknadsinträdet ske tillräckligt snabbt så att hotet om ett potentiellt inträde lägger band på parternas och andra marknadsaktörers agerande. Av dessa skäl anses det både i gruppundantagsförordningen om forskning och utveckling och gruppundantagsförordningen om specialisering att en period på mindre än tre år är en "kort tid".

⁽¹³⁾ Dom av den 30 januari 2020, Generics (UK), C-307/18, EU:C:2020:52, punkterna 37 och 38.

⁽¹⁴⁾ Att det finns ett patent kan inte i sig anses utgöra ett oöverstigligt hinder. Se dom av den 25 mars 2021, Lundbeck, C-591/16 P, EU:C:2021:243, punkterna 38 och 58–59.

⁽¹⁵⁾ Se exempelvis dom av den 30 januari 2020, Generics (UK), C-307/18, EU:C:2020:52, punkterna 36–58.

⁽¹⁶⁾ Enligt artikel 101.1 förbjuds såväl faktiska som potentiella konkurrensbegränsande effekter; se t.ex. dom av den 28 maj 1998, John Deere, C-7/95 P, EU:C:1998:256, punkt 77; dom av den 23 november 2006, Asnef-Equifax, C-238/05, EU:C:2006:734, punkt 50.

19. Det andra steget, enligt artikel 101.3, som blir relevant endast om ett avtal konstateras begränsa konkurrensen i den mening som avses i artikel 101.1, är att fastställa vilka konkurrensfrämjande fördelar det avtalet medför och att bedöma om dessa konkurrensfrämjande effekter uppväger de konkurrensbegränsande effekterna⁽¹⁷⁾. Avvägningen av konkurrensbegränsande effekter mot konkurrensfrämjande effekter görs uteslutande inom ramen för artikel 101.3⁽¹⁸⁾. Om de konkurrensfrämjande effekterna inte uppväger en konkurrensbegränsning är ett avtal automatiskt ogiltigt enligt artikel 101.2.
20. Artikel 101 är inte tillämplig när företagens konkurrensbegränsande beteende krävs enligt nationell lagstiftning eller enligt en nationell rättslig ram som utesluter all konkurrensverksamhet för de berörda företagen⁽¹⁹⁾. I sådana situationer är företag förhindrade att agera självständigt på ett sätt som kan hindra, begränsa eller snedvrída konkurrensen⁽²⁰⁾. Det faktum att myndigheterna uppmuntrar horisontella samarbetsavtal innebär inte att de är tillåtna enligt artikel 101⁽²¹⁾. Företagen förblir underkastade artikel 101 om nationell lag enbart uppmuntrar dem till eller underlättar för dem att självständigt ägna sig åt ett konkurrensbegränsande agerande. I vissa fall uppmuntrar myndigheterna företag att ingå horisontella samarbetsavtal för att uppnå ett politiskt mål genom självreglering.

1.2.3. Bedömning enligt artikel 101.1

1.2.3.1. De centrala konkurrensproblemen i samband med horisontellt samarbete

21. Horisontella samarbetsavtal kan ge betydande ekonomiska fördelar, inbegripet hållbarhetsfördelar, särskilt om de kombinerar kompletterande verksamheter, kunnande eller tillgångar. Horisontellt samarbete kan vara ett sätt att dela risker, spara kostnader, öka investeringar, samla know-how, förbättra produktkvalitet och produktutbud samt lansera innovationer snabbare. På samma sätt kan horisontellt samarbete vara ett sätt att ta itu med brister och störningar i leveranskedjorna eller minska beroendet av vissa produkter, tjänster och tekniker.
22. Horisontella samarbetsavtal kan emellertid också begränsa konkurrensen på flera olika sätt. Avtalet kan till exempel leda till minskad konkurrens på den relevanta marknaden, riskera samverkan mellan parterna eller ge upphov till farhågor om konkurrenshämmande avskärmning.

1.2.3.2. Förlust av konkurrens på den relevanta marknaden

23. Den potentiella effekten av horisontella samarbetsavtal kan vara att konkurrens mellan parterna i avtalet går om intet. Konkurrenter kan dra nytta av det minskade konkurrenstryck som avtalet leder till och kan därför finna det lönsamt att höja priserna eller påverka de andra parametrarna för konkurrens på marknaden negativt.

24. För konkurrensbedömningen av avtalet är det relevant om

- avtalsparterna har stora marknadsandelar,
- de är faktiska eller potentiella konkurrenter,
- kunderna har tillräckliga möjligheter att byta leverantör,
- konkurrenterna sannolikt kommer att öka utbudet om priserna ökar, och
- en av avtalsparterna är en viktig konkurrensfaktor.

⁽¹⁷⁾ Se dom av den 6 oktober 2009, GlaxoSmithKline, C-501/06 P, C-513/06 P, C-515/06 P och C-519/06 P, EU:C:2009:610, punkt 95.

⁽¹⁸⁾ Se dom av den 23 oktober 2003, Van den Bergh mot kommissionen, T-65/98, ECR 2003 II-04653, EU:T:2003:281, punkt 107; dom av den 18 september 2001, Métropole télévision (M6) m.fl. mot kommissionen, mål T-112/99, ECR 2001 II-02459, EU:T:2001:215, punkt 74; dom av den 2 maj 2006, O2 mot kommissionen, T-328/03, ECR 2006 II-01231, EU:T:2006:116, punkt 69 och framåt.

⁽¹⁹⁾ Se dom av den 14 oktober 2010, Deutsche Telekom, C-280/08 P, EU:C:2010:603, punkterna 80–81. Denna möjlighet har tolkats snävt; se, till exempel, dom av den 29 oktober 1980, Van Landewyck, förenade målen 209–215 och 218/78, EU:C:1980:248, punkterna 130–134; dom av den 11 november 1997, Ladbroke Racing, C-359/95 P och C-379/95 P, EU:C:1997:531, punkt 33 och framåt.

⁽²⁰⁾ Dom av den 9 september 2003, CIF, C-198/01, EU:C:2003:430, punkt 54 och framåt.

⁽²¹⁾ Se, till exempel, dom av den 13 december 2006, FNCBV m.fl. mot kommissionen (French Beef), T-217/03 och T-245/03, EU:T:2006:391, punkt 92.

1.2.3.3. Risk för samverkan

25. Ett horisontellt samarbetsavtal kan också minska parternas oberoende i beslutsfattandet och därmed öka sannolikheten för att de kommer att samordna sitt beteende för att uppnå samverkan. Det kan dock också göra samordningen enklare, stabilare eller effektivare för de parter som redan tidigare var samordnade, antingen genom att stärka samordningen eller genom att göra det möjligt för dem att uppnå ännu högre priser. Horisontellt samarbete kan t.ex. leda till att strategisk information utlämnas, vilket ökar sannolikheten för samordning mellan parterna inom eller utanför samarbetsområdet. Dessutom kan parterna uppnå en betydande grad av gemensamma kostnader (dvs. den andel av de rörliga kostnaderna som är gemensamma för parterna), vilket gör det lättare för dem att samordna marknadspriser och produktion.
26. För konkurrensbedömningen av avtalet är det relevant om
- avtalsparterna har stora marknadsandelar,
 - de är faktiska eller potentiella konkurrenter,
 - marknadens särdrag bidrar till samordning,
 - samarbetsområdet står för en stor del av parternas rörliga kostnader på en viss marknad, och
 - parterna kombinerar sin verksamhet på samarbetsområdet i betydande utsträckning. Detta kan vara fallet exempelvis när de tillsammans tillverkar eller köper in en viktig mellanprodukt eller tillsammans tillverkar eller distribuerar en stor andel av sin totala produktion av en färdigprodukt.

1.2.3.4. Avskärmning

27. Vissa horisontella samarbetsavtal, t.ex. produktions- och standardiseringsavtal, kan också orsaka betänkligheter på grund av konkurrenshämmande avskärmning. Genom konkurrenshämmande medel skulle konkurrenter då hindras från att konkurrera effektivt, till exempel genom att de nekas tillgång till en viktig insatsvara eller att en viktig väg till marknaden blockeras. Ett utbyte av kommersiellt känslig information kan också försätta konkurrenter som står utanför systemet i ett betydande underläge ur konkurrenssynpunkt jämfört med de företag som är knutna till varandra inom systemet för informationsutbyte.

1.2.4. Avtal som har till syfte att begränsa konkurrensen

28. Vissa former av samarbete mellan företag kan på grund av sin natur anses vara skadliga för den normala konkurrensens funktion⁽²²⁾. Om det i sådana fall har fastställts att ett avtal har ett konkurrensbegränsande syfte behöver dess faktiska eller potentiella effekter på marknaden inte undersökas⁽²³⁾.
29. För att ett horisontellt samarbetsavtal ska kunna anses ha ett konkurrensbegränsande syfte räcker det att det är *ägnat* att inverka negativt på konkurrensen. Med andra ord är det tillräckligt att det, med hänsyn till det juridiska och ekonomiska sammanhang i vilket det ingår, är konkret ägnat att hindra, begränsa eller snedvräda konkurrensen inom den inre marknaden⁽²⁴⁾.
30. För att ett avtal ska anses ha ett konkurrensbegränsande syfte behöver det inte finnas något direkt samband mellan avtalet och konsumentpriserna⁽²⁵⁾. Artikel 101 syftar inte bara till att skydda enskilda konkurrenters eller konsumenters omedelbara intressen, utan även till att skydda marknadens struktur och därmed konkurrensen som sådan⁽²⁶⁾.
31. Begreppet konkurrensbegränsning "genom syfte" kan tillämpas på beteenden för vilka det, efter en individuell och ingående undersökning, har visats att de har en tillräcklig grad av skadlighet för konkurrensen⁽²⁷⁾.

⁽²²⁾ Se, till exempel, dom av den 11 september 2014, CB mot kommissionen, C-67/13 P, EU:C:2014:2204, punkterna 49–50.

⁽²³⁾ Se, till exempel, dom av den 6 oktober 2009, GlaxoSmithKline, C-501/06 P, C-513/06 P, C-515/06 P och C-519/06 P, EU:C:2009:610, punkt 55; dom av den 20 november 2008, BIDS, C-209/07, EU:C:2008:643, punkt 16; dom av den 4 juni 2009, T-Mobile Netherlands m.fl., C-8/08, EU:C:2009:343, punkt 29 och framåt; dom av den 28 maj 1998, John Deere, C-7/95 P, EU:C:1998:256, punkt 77.

⁽²⁴⁾ Dom av den 4 juni 2009, T-Mobile Netherlands m.fl., C-8/08, EU:C:2009:343, punkt 31.

⁽²⁵⁾ Priset är en av konkurrensparametrarna, utöver parametrar som produktion, produktkvalitet, produktutbud eller innovation.

⁽²⁶⁾ Dom av den 4 juni 2009, T-Mobile Netherlands m.fl., C-8/08, EU:C:2009:343, punkterna 38–39; dom av den 19 mars 2015, Dole Food och Dole Fresh Fruit Europe mot kommissionen, C-286/13 P, EU:C:2015:184, punkt 125.

⁽²⁷⁾ Se dom av den 25 mars 2021, Sun mot kommissionen, C-586/16 P, EU:C:2021:241, punkt 86.

32. För att bedöma om ett avtal har ett konkurrensbegränsande syfte ska följande faktorer beaktas:
- Avtalets innehåll.
 - De mål som eftersträvas.
 - Det ekonomiska och rättsliga sammanhang i vilket det ingår.
33. När detta rättsliga och ekonomiska sammanhang fastställs är det också nödvändigt att beakta följande ⁽²⁸⁾:
- Arten av de varor eller tjänster som berörs.
 - De faktiska villkoren för den eller de berörda marknadernas funktion och struktur ⁽²⁹⁾.
34. Om parterna hänvisar till eventuella konkurrensfrämjande effekter av avtalet, vilket inte bara bör visas och vara relevant, utan även specifikt vara relaterat till det berörda avtalet och tillräckligt betydande, kommer kommissionen att ta vederbörlig hänsyn till detta ⁽³⁰⁾.
35. Parternas avsikt är inte en nödvändig faktor för att fastställa huruvida ett avtal har ett konkurrensbegränsande syfte, men den får beaktas ⁽³¹⁾.
- 1.2.5. *Konkurrensbegränsande effekter*
36. Ett horisontellt samarbetsavtal som i sig inte är så pass skadligt att det kan betraktas som konkurrensbegränsning kan fortfarande ha konkurrensbegränsande effekter. För att ett horisontellt samarbetsavtal ska ha konkurrensbegränsande effekter måste det ha eller sannolikt ha en märkbart negativ effekt på minst en av konkurrensparametrarna på marknaden, t.ex. pris, produktion, produktkvalitet, produktutbud eller innovation. För att avgöra om så är fallet är det nödvändigt att bedöma konkurrensen mot bakgrund av det faktiska sammanhang i vilket den skulle uppstå om avtalet inte hade funnits ⁽³²⁾. Avtal kan ha sådana effekter genom att märkbart minska konkurrensen mellan de företag som är parter i avtalet eller mellan någon av dem och tredje man ⁽³³⁾.
37. För att bedöma om ett avtal har begränsande effekter är följande faktorer relevanta:
- avtalets art och innehåll,
 - det faktiska sammanhang i vilket samarbetet äger rum, särskilt det ekonomiska och rättsliga sammanhang i vilket de berörda företagen är verksamma, arten av de varor eller tjänster som berörs samt de faktiska villkoren för den eller de berörda marknadernas funktion och struktur ⁽³⁴⁾,
 - i vilken utsträckning parterna var för sig eller tillsammans har eller får en viss grad av marknadsstyrka och i vilken utsträckning avtalet bidrar till att den marknadsstyrkan uppkommer, upprätthålls eller förstärks eller gör det möjligt för parterna att utnyttja en sådan marknadsstyrka ekonomiskt ⁽³⁵⁾,

⁽²⁸⁾ När det gäller avtal för vilka EU-domstolen redan har slagit fast att de utgör särskilt allvarliga överträdelse av konkurrensreglerna, kan bedömningen av det rättsliga och ekonomiska sammanhanget begränsas till vad som är absolut nödvändigt för att fastställa att det föreligger en konkurrensbegränsning genom syfte, se dom av den 20 januari 2016, Toshiba, C-373/14 P, EU:C:2016:26, punkt 29.

⁽²⁹⁾ Se vidare dom av den 11 september 2014, CB mot kommissionen, C-67/13 P, EU:C:2014:2204, punkt 53; dom av den 19 mars 2015, Dole Food och Dole Fresh Fruit Europe mot kommissionen, C-286/13 P, EU:C:2015:184, punkt 117 och dom av den 2 april 2020, Budapest Bank m.fl., C-228/18, EU:C:2020:265, punkt 51.

⁽³⁰⁾ Dom av den 30 januari 2020, Generics (UK), C-307/18, EU:C:2020:52, punkterna 103–107.

⁽³¹⁾ Se, till exempel, dom av den 14 mars 2013, Allianz Hungária Biztosító m.fl., C-32/11, EU:C:2013:160, punkt 37; dom av den 11 september 2014, CB mot kommissionen, C-67/13 P, EU:C:2014:2204, punkt 54; och dom av den 19 mars 2015, Dole Food och Dole Fresh Fruit Europe mot kommissionen, C-286/13 P, EU:C:2015:184, punkt 118.

⁽³²⁾ Dom av den 30 januari 2020, Generics (UK), C-307/18, EU:C:2020:52, punkt 118; dom av den 12 december 2018, Krka mot kommissionen, T-684/14, EU:T:2018:918, punkt 315; och dom av den 11 september 2014, MasterCard mot kommissionen, C-382/12 P, EU:C:2014:2201, punkt 166.

⁽³³⁾ Dom av den 28 maj 1998, John Deere, C-7/95 P, EU:C:1998:256, punkt 88; dom av den 23 november 2006, Asnef-Equifax, C-238/05, EU:C:2006:734, punkt 51.

⁽³⁴⁾ Dom av den 30 januari 2020, Generics (UK), C-307/18, EU:C:2020:52, punkt 116, och där angiven rättspraxis.

⁽³⁵⁾ Marknadsstyrka är att under en viss tidsperiod på ett lönsamt sätt kunna hålla priserna över den prisnivå som råder vid normala konkurrensförhållanden eller att under en viss tidsperiod på ett lönsamt sätt kunna hålla produktionen under de nivåer som råder vid normala konkurrensförhållanden i fråga om produktionsmängder, produktkvalitet, produktutbud och innovation. Den grad av marknadsstyrka som normalt krävs för att en överträdelse enligt artikel 101.1 är mindre än den grad av marknadsstyrka som krävs för att konstatera en dominerande ställning enligt artikel 102, som kräver en betydande grad av marknadsstyrka.

— de konkurrensbegränsande effekterna kan vara faktiska och potentiella, men de måste under alla omständigheter vara tillräckligt märkbara ⁽³⁶⁾.

38. Ibland ingår företag horisontella samarbetsavtal eftersom de inte självständigt skulle kunna genomföra det projekt eller den verksamhet som omfattas av samarbetet på grundval av objektiva faktorer, till exempel på grund av parternas begränsade tekniska kapacitet. Sådana horisontella samarbetsavtal ger normalt inte upphov till konkurrensbegränsande effekter i den mening som avses i artikel 101.1, såvida inte parterna skulle ha kunnat genomföra projektet med mindre stränga begränsningar ⁽³⁷⁾.

1.2.6. Accessoriska begränsningar

39. Ett horisontellt samarbetsavtal som är förenligt med artikel 101.1 kan fortfarande begränsa avtalsparternas kommersiella självständighet. En sådan så kallad accessorisk begränsning kan i sig också vara förenlig med artikel 101.1 om den objektivt sett är nödvändig för att genomföra det horisontella samarbetsavtalet och står i proportion till dess mål ⁽³⁸⁾. I sådana fall är det nödvändigt att undersöka om avtalet skulle vara omöjligt att genomföra utan den aktuella begränsningen ⁽³⁹⁾. Den omständigheten att den aktuella transaktionen eller verksamheten helt enkelt är svårare att genomföra eller mindre lönsam utan den aktuella begränsningen innebär inte att denna begränsning är "objektivt nödvändig" och därmed accessorisk ⁽⁴⁰⁾.

1.2.7. Bedömning enligt artikel 101.3

40. Bedömningen enligt artikel 101.1 av avtal som har till syfte eller resultat att begränsa konkurrensen är bara en sida av analysen. Den andra sidan, som återspeglas i artikel 101.3, är bedömningen av de konkurrensfrämjande effekterna av begränsande avtal ⁽⁴¹⁾. Om en begränsning av konkurrensen till syfte eller resultat i den mening som avses i artikel 101.1 har påvisats i ett enskilt fall, kan artikel 101.3 åberopas som försvar. Enligt artikel 2 i rådets förordning (EG) nr 1/2003 av den 16 december 2002 om tillämpningen av konkurrensreglerna i artiklarna 81 och 82 i fördraget ⁽⁴²⁾ åvilar bevisbördan enligt artikel 101.3 det eller de företag som åberopar den bestämmelsen. Därför måste sakargumenten och de bevis som företagen lägger fram kunna övertyga kommissionen om att avtalet i fråga med tillräcklig sannolikhet får konkurrensfrämjande effekter ⁽⁴³⁾.
41. För att undantaget i artikel 101.3 ska vara tillämpligt måste fyra villkor, två positiva och två negativa, uppfyllas samtidigt:

— avtalet måste bidra till att förbättra produktionen eller distributionen av produkter eller till att främja tekniska eller ekonomiska framsteg, dvs. medföra effektivitetsvinster,

— begränsningarna måste vara nödvändiga för att uppnå dessa mål, dvs. effektivitetsvinsterna,

— konsumenterna måste få en skälig andel av den vinst som därigenom uppnås, dvs. de effektivitetsvinster, inklusive kvalitativa effektivitetsvinster, som uppnås genom de nödvändiga begränsningarna måste komma konsumenterna till godo i tillräcklig omfattning så att de åtminstone kompenseras för avtalets begränsande effekter; effektivitetsvinster som endast kommer parterna i avtalet till godo är således inte tillräckliga. I dessa riktlinjer omfattar begreppet "konsument" de potentiella och/eller faktiska kunderna till parterna i avtalet ⁽⁴⁴⁾, och

⁽³⁶⁾ Dom av den 11 september 2014, CB mot kommissionen, C-67/13 P (EU:C:2014:2204, punkt 52).

⁽³⁷⁾ Se även punkt 18 i kommissionens riktlinjer för tillämpningen av artikel 81.3 i fördraget, EUT C 101, 27.4.2004, s. 97.

⁽³⁸⁾ Dom av den 11 september 2014, MasterCard mot kommissionen, C-382/12 P, EU:C:2014:2201, punkt 89; dom av den 11 juli 1985, Remia m.fl. mot kommissionen, mål 42/84, EU:C:1985:327, punkterna 19–20; dom av den 28 januari 1986, Pronuptia, mål 161/84, EU:C:1986:41, punkterna 15–17; dom av den 15 december 1994, DLG, C-250/92, EU:C:1994:413, punkt 35, och dom av den 12 december 1995, Oude Luttikhuis m.fl., C-399/93, EU:C:1995:434, punkterna 12–15.

⁽³⁹⁾ Dom av den 11 september 2014, MasterCard mot kommissionen, C-382/12 P, EU:C:2014:2201, punkt 91.

⁽⁴⁰⁾ Dom av den 11 september 2014, MasterCard mot kommissionen, C-382/12 P, EU:C:2014:2201, punkt 91.

⁽⁴¹⁾ Den generella strategin vid tillämpningen av artikel 101.3 presenteras i kommissionens riktlinjer för tillämpningen av artikel 81.3 i fördraget (EUT C 101, 27.4.2004, s. 97).

⁽⁴²⁾ EGT L 1, 4.1.2003, s. 1.

⁽⁴³⁾ Se, exempelvis, dom av den 6 oktober 2009, GlaxoSmithKline, C-501/06 P, C-513/06 P, C-515/06 P och C-519/06 P, EU:C:2009:610, punkterna 93–95.

⁽⁴⁴⁾ Närmare uppgifter om begreppet konsument finns i punkt 84 i kommissionens riktlinjer för tillämpningen av artikel 81.3 i fördraget (EUT C 101, 27.4.2004, s. 97).

— avtalet får inte ge parterna möjlighet att sätta konkurrensen ur spel för en väsentlig del av varorna/produkterna i fråga.

42. Gruppundantagsförordningen om FoU och gruppundantagsförordningen om specialisering grundar sig på artikel 101.3. De grundas på premissen att betydande effektivitetsvinster kan uppnås genom att kompletterande kunnskap eller tillgångar förenas när det gäller specialiseringsavtal och FoU-avtal. Detta kan också vara fallet för andra typer av horisontella samarbetsavtal. När effektivitetsvinsterna av ett enskilt avtal undersöks mot bakgrund av artikel 101.3 handlar det därför i stor utsträckning om att kartlägga i vilken mån var och en av parterna tillför avtalet kompletterande kunnskap och tillgångar och att utvärdera om de effektivitetsvinster det resulterar i är sådana att villkoren i artikel 101.3 uppfylls.

Horisontella samarbetsavtal kan medföra kompletteringar på olika sätt. Ett FoU-avtal kan samla olika forskningskapaciteter och kombinera kompletterande färdigheter och tillgångar som kan leda till att förbättrade eller nya produkter och tekniker utvecklas och marknadsförs än vad som annars skulle vara fallet. Andra horisontella samarbetsavtal kan göra det möjligt för parterna att förena sina krafter för att utforma, producera och saluföra produkter eller gemensamt köpa produkter eller tjänster som de kan behöva för sin verksamhet.

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

1.2.8. *Horisontella samarbetsavtal som i allmänhet faller utanför tillämpningsområdet för artikel 101.1*

44. Avtal som inte märkbart kan påverka handeln mellan medlemsstater (ingen påverkan på handeln) eller som inte märkbart begränsar konkurrensen (avtal av mindre betydelse) faller utanför tillämpningsområdet för artikel 101.1⁽⁴⁵⁾. Kommissionen har gett vägledning om avsaknaden av påverkan på handeln i kommissionens riktlinjer om begreppet påverkan på handeln i artiklarna 81 och 82 i fördraget (nedan kallade *riktlinjerna om påverkan på handeln*)⁽⁴⁶⁾ och om avtal av mindre betydelse i kommissionens tillkännagivande om avtal av mindre betydelse som inte märkbart begränsar konkurrensen enligt artikel 101.1 i fördraget om Europeiska unionens funktionssätt (nedan kallat *tillkännagivandet om avtal av mindre betydelse*)⁽⁴⁷⁾. Dessa riktlinjer påverkar inte riktlinjerna om inverkan på handeln och tillkännagivandet om statligt stöd av mindre betydelse eller framtida riktlinjer från kommissionen i detta avseende.

45. I riktlinjerna om påverkan på handeln anges de principer som utvecklats av unionsdomstolarna för att tolka begreppet påverkan på handeln och ange när det är osannolikt att avtal märkbart kan påverka handeln mellan medlemsstater. De innehåller en negativ presumtion som kan motbevisas och som gäller för alla avtal i den mening som avses i artikel 101.1, oavsett arten av de begränsningar som ingår i sådana avtal, och därmed även för avtal som innehåller särskilt allvarliga begränsningar⁽⁴⁸⁾. Enligt denna presumtion kan horisontella samarbetsavtal i princip inte märkbart påverka handeln mellan medlemsstater när

— parternas sammanlagda marknadsandel inte överskrider 5 % på någon av de relevanta marknaderna inom unionen som påverkas av avtalet, och

— de berörda företagens sammanlagda årliga omsättning i unionen av de produkter som omfattas av avtalet inte överstiger 40 miljoner euro⁽⁴⁹⁾.

— När det gäller överenskommelser om gemensamma inköp av produkter ska den relevanta omsättningen vara parternas sammanlagda inköp av de produkter som omfattas av avtalet. Kommissionen får endast frångå denna presumtion om bedömningen av särdragen i överenskommelsen och den kontext i vilken den förekommer visar motsatsen.

⁽⁴⁵⁾ Se dom av den 13 december 2012, Expedia, C-226/11, EU:C:2012:795, punkterna 16–17 och där angiven rättspraxis.

⁽⁴⁶⁾ EUT C 101, 27.4.2004, s. 81.

⁽⁴⁷⁾ EUT C 291, 30.8.2014, s. 1.

⁽⁴⁸⁾ Riktlinjerna om påverkan på handeln, punkt 50.

⁽⁴⁹⁾ Riktlinjerna om påverkan på handeln, punkt 52.

46. Såsom anges i tillkännagivandet om avtal av mindre betydelse begränsar horisontella samarbetsavtal som ingås av faktiska eller potentiella konkurrenter inte märkbart konkurrensen i den mening som avses i artikel 101.1 om den sammanlagda marknadsandelen för avtalsparterna inte överstiger 10 % på någon av de relevanta marknader som påverkas av avtalet ⁽⁵⁰⁾. Denna allmänna regel är föremål för två undantag. För det första är artikel 101.1 tillämplig oberoende av parternas marknadsandelar när det gäller särskilt allvarliga begränsningar ⁽⁵¹⁾. Anledningen är att ett avtal som kan påverka handeln mellan medlemsstater och som har ett konkurrensbegränsande syfte ska till sin natur och oavsett om det leder till något faktiskt resultat anses utgöra en märkbar begränsning av konkurrensen ⁽⁵²⁾. För det andra sänks tröskelvärdet för marknadsandelar på 10 % till 5 % om konkurrensen på en relevant marknad begränsas av den kumulativa effekten av parallella avtalsnät ⁽⁵³⁾.
47. Det finns inte heller någon presumtion om att horisontella avtal som ingås av företag av vilka en eller flera har en individuell marknadsandel som överstiger 10 % automatiskt omfattas av artikel 101.1. Sådana avtal kan fortfarande sakna en märkbar påverkan på handeln mellan medlemsstater eller kanske inte utgör en märkbar begränsning av konkurrensen ⁽⁵⁴⁾. De måste därför bedömas i sitt rättsliga och ekonomiska sammanhang. Dessa riktlinjer innehåller kriterier för individuell bedömning av sådana avtal

1.3. Förhållande till annan vägledning och lagstiftning

48. Avtal som ingås mellan företag som är verksamma på olika nivåer i produktions- eller distributionskedjan, dvs. vertikala avtal, behandlas i princip i kommissionens förordning (EU) nr .../2022 av den XX april 2022 om tillämpningen av artikel 101.3 i fördraget om Europeiska unionens funktionssätt på grupper av vertikala avtal och samordnade förfaranden ⁽⁵⁵⁾ (nedan kallad *förordning (EU) nr .../2022* eller *gruppundantagsförordningen om vertikala begränsningar*) och meddelandet från kommissionen – *Kommissionens tillkännagivande: Riktlinjer om vertikala begränsningar* (nedan kallat *riktlinjerna om vertikala begränsningar*) ⁽⁵⁶⁾. I den mån vertikala avtal, exempelvis distributionsavtal, ingås mellan konkurrenter, kan effekterna på marknaden av sådana avtal och de eventuella konkurrensproblemen vara snarlika horisontella avtal. Därför omfattas vertikala avtal mellan konkurrenter av dessa riktlinjer ⁽⁵⁷⁾. Om sådana avtal också behöver bedömas enligt gruppundantagsförordningen om vertikala begränsningar och riktlinjerna om vertikala begränsningar kommer detta att anges särskilt i relevant kapitel i dessa riktlinjer. Om en sådan hänvisning inte finns är endast dessa riktlinjer tillämpliga på vertikala avtal mellan konkurrenter.
49. När det i dessa riktlinjer hänvisas till den relevanta marknaden kan kommissionens tillkännagivande om definitionen av relevant marknad i unionens konkurrenslagstiftning (nedan kallat *tilkännagivandet om marknadsdefinition*) ge vägledning om de regler, kriterier och bevis som kommissionen använder när den behandlar frågor om marknadsdefinition ⁽⁵⁸⁾. Den relevanta marknaden för tillämpningen av artikel 101 på horisontella samarbetsavtal bör därför definieras på grundval av den vägledningen och eventuella framtida riktlinjer för definitionen av relevanta marknader i unionens konkurrenslagstiftning.
50. Dessa riktlinjer innehåller hänvisningar till karteller, men avsikten är inte att ge någon vägledning om vad som utgör en kartell enligt definitionen i kommissionens beslutspraxis och den rättspraxis som Europeiska unionens domstol har utvecklat.

⁽⁵⁰⁾ Tillkännagivandet om avtal av mindre betydelse, punkt 8.

⁽⁵¹⁾ Se dom av den 9 juli 1969, Völk mot Vervaecke, mål 5/69, EU:C:1969:35; dom av den 6 maj 1971, Cadillon mot Höss, mål 1/71, EU:C:1971:47 och dom av den 28 april 1998, Javico mot Yves Saint Laurent Parfums, C-306/96, EU:C:1998:173, punkterna 16–17.

⁽⁵²⁾ Dom av den 13 december 2012, Expedia, C-226/11, EU:C:2012:795, punkt 37.

⁽⁵³⁾ Tillkännagivandet om avtal av mindre betydelse, punkt 10.

⁽⁵⁴⁾ Se dom av den 8 juni 1995, Langnese-Iglo kommissionen, T-7/93, EU:T:1995:98, punkt 98.

⁽⁵⁵⁾ [...]

⁽⁵⁶⁾ [...]

⁽⁵⁷⁾ Detta gäller inte om konkurrenter ingår ett icke-ömsesidigt vertikalt avtal och i) leverantören är tillverkare och återförsäljare av varor medan köparen är återförsäljare och inte ett konkurrerande företag i tillverkningsledet eller ii) leverantören tillhandahåller tjänster i flera handelsled medan köparen tillhandahåller sina varor och tjänster i detaljistledet och inte tillhandahåller konkurrerande tjänster i det handelsled där denne köper avtalstjänster. Sådana avtal bedöms uteslutande enligt gruppundantagsförordningen och riktlinjerna om vertikala begränsningar (se artikel 2.4 i gruppundantagsförordningen om vertikala begränsningar).

⁽⁵⁸⁾ Kommissionens tillkännagivande om definitionen av relevant marknad i gemenskapens konkurrenslagstiftning (EGT C 372, 9.12.1997, s. 5).

51. Dessa riktlinjer är tillämpliga på de flesta vanliga typer av horisontella samarbetsavtal, oavsett vilken grad av integration de medför, med undantag för transaktioner som utgör koncentrationer i den mening som avses i artikel 3 i rådets förordning (EG) nr 139/2004 av den 20 januari 2004 om kontroll av företagskoncentrationer ⁽⁵⁹⁾ (nedan kallad *koncentrationsförordningen*) som till exempel är fallet med gemensamma företag som på varaktig basis fyller en självständig ekonomisk enhets samtliga funktioner: självständigt fungerande gemensamma företag ⁽⁶⁰⁾.
52. Dessa riktlinjer är inte tillämpliga på avtal, beslut och samordnade förfaranden mellan producenter av jordbruksprodukter som rör produktion av eller handel med jordbruksprodukter och som syftar till att tillämpa en högre hållbarhetsnorm än vad som föreskrivs i unionsrätten eller nationell lagstiftning och som undantas från artikel 101.1 i enlighet med artikel 210a i förordning (EU) nr 1308/2013 om upprättande av en samlad marknadsordning för jordbruksprodukter ⁽⁶¹⁾. Dessa riktlinjer påverkar inte tillämpningen av de riktlinjer som kommissionen kommer att utfärda i enlighet med artikel 210a.5 i den förordningen. Avtal, beslut och samordnade förfaranden mellan producenter av jordbruksprodukter som rör produktion av eller handel med jordbruksprodukter och som inte uppfyller villkoren i artikel 210a omfattas dock av artikel 101.1.
53. Den bedömning enligt artikel 101 som beskrivs i dessa riktlinjer påverkar inte en eventuell samtidig tillämpning av artikel 102 i fördraget på horisontella samarbetsavtal ⁽⁶²⁾.
54. Dessa riktlinjer påverkar inte den tolkning som Europeiska unionens domstol kan komma att göra om tillämpningen av artikel 101 på horisontella samarbetsavtal.
55. Dessa riktlinjer ersätter kommissionens riktlinjer för tillämpningen av artikel 101 i fördraget om Europeiska unionens funktionssätt på horisontella samarbetsavtal ⁽⁶³⁾ som kommissionen offentliggjorde 2011 och är inte tillämpliga om det finns särskilda regler för en viss sektor, vilket är fallet för vissa avtal inom jordbruks- ⁽⁶⁴⁾ eller transportsektorn ⁽⁶⁵⁾. Kommissionen kommer, på grundval av marknadsinformation från berörda aktörer och nationella konkurrensmyndigheter, att fortsätta att övervaka hur gruppundantagsförordningarna om FoU respektive specialisering samt dessa riktlinjer tillämpas, och kan komma att se över dessa riktlinjer mot bakgrund av hur situationen utvecklar sig i framtiden.

2. FORSKNINGS- OCH UTVECKLINGSAVTAL

2.1. Inledning

56. Syftet med detta kapitel är att ge vägledning om omfattningen och konkurrensbedömningen av FoU-avtal.

⁽⁵⁹⁾ EUT L 24, 29.1.2004, s. 1.

⁽⁶⁰⁾ Se artikel 3.4 i koncentrationsförordningen. När kommissionen bedömer om det är fråga om ett självständigt fungerande gemensamt företag undersöker den om företaget är självständigt i operativt hänseende. Det betyder inte att det gemensamma företaget är självständigt från sina moderbolag när det gäller att fatta strategiska beslut (se kommissionens konsoliderade tillkännagivande om behörighet enligt rådets förordning (EG) nr 139/2004 om kontroll av företagskoncentrationer (EUT C 95, 16.4.2008, s. 1) punkterna 91–109 (*det konsoliderade tillkännagivandet om behörighet*). Det bör också påpekas att om bildandet av ett gemensamt företag som utgör en koncentration enligt artikel 3 i koncentrationsförordningen har till syfte eller resultat att samordna konkurrensbeteendet hos företag som förblir självständiga, ska samordningen bedömas på grundval av artikel 101 i fördraget (se artikel 2.4 i koncentrationsförordningen).

⁽⁶¹⁾ Europaparlamentets och rådets förordning (EU) nr 1308/2013 av den 17 december 2013 om upprättande av en samlad marknadsordning för jordbruksprodukter och om upphävande av rådets förordningar (EEG) nr 922/72, (EEG) nr 234/79, (EG) nr 1037/2001 och (EG) nr 1234/2007 (EUT L 347, 20.12.2013, s. 671, i dess lydelse enligt Europaparlamentets och rådets förordning (EU) 2021/2117 av den 2 december 2021 (EUT L 435, 6.12.2021, s. 262).

⁽⁶²⁾ Se dom av den 10 juli 1990, Tetra Pak I, T-51/89, ECR 1990 II-00309, EU:T:1990:41, punkt 25 och framåt.

⁽⁶³⁾ EUT C 11, 14.1.2011, s. 1.

⁽⁶⁴⁾ Rådets förordning (EG) nr 1184/2006 av den 24 juli 2006 om tillämpning av vissa konkurrensregler på produktion av och handel med jordbruksvaror (EUT L 214, 4.8.2006, s. 7).

⁽⁶⁵⁾ Rådets förordning (EG) nr 169/2009 av den 26 februari 2009 om tillämpning av **konkurrensregler på transporter på järnväg, landsväg och inre vattenvägar** (EUT L 61, 5.3.2009, s. 1) rådets förordning (EG) nr 246/2009 av den 26 februari 2009 om tillämpningen av artikel 81.3 i fördraget på vissa grupper av avtal, beslut och samordnade förfaranden mellan linjerederier (konsortier) (EUT L 79, 25.3.2009, s. 1) och kommissionens förordning (EG) nr 906/2009 av den 28 september 2009 om tillämpningen av artikel 81.3 i fördraget på vissa grupper av avtal, beslut och samordnade förfaranden mellan linjerederier (konsortier) (EUT L 256, 29.9.2009), senast ändrad genom kommissionens förordning (EU) 2020/436 av den 24 mars 2020, EUT L 90, 25.3.2020, s. 1; Riktlinjer för tillämpningen av artikel 81 i EG-fördraget på sjöfartstjänster (EUT C 245, 26.9.2008, s. 2).

57. FoU-avtal kan ha olika form och tillämpningsområden. De omfattar underleverantörsavtal för vissa FoU-verksamheter, avtal om gemensam förbättring av befintlig teknik och samarbete inom forskning, utveckling och saluföring av helt nya produkter. FoU-samarbetet kan ha formen av ett samarbetsavtal eller samarbete i ett gemensamt kontrollerat företag ⁽⁶⁶⁾. Detta inbegriper även samarbete mellan konkurrenter i lösare former, såsom tekniskt samarbete i arbetsgrupper.
58. FoU-avtal kan ingås av stora företag, små och medelstora företag ⁽⁶⁷⁾, akademiska organ eller forskningsinstitut eller en kombination av dessa ⁽⁶⁸⁾.
59. FoU-samarbete kan inte bara påverka konkurrensen på befintliga produkt- eller teknikmarknader, utan även konkurrensen inom innovation.
60. I gruppundantagsförordningen om FoU och i detta kapitel i riktlinjerna avses med "konkurrens inom innovation" ⁽⁶⁹⁾ FoU-insatser för nya produkter och/eller ny teknik, som skapar en egen ny marknad ⁽⁷⁰⁾ och FoU-nav, dvs. FoU-insatser som i första hand är inriktade på ett särskilt syfte eller mål som följer av FoU-avtalet ⁽⁷¹⁾. Det särskilda syftet eller målet för ett FoU-nav kan ännu inte definieras som en produkt eller en teknik eller omfattar ett väsentligt bredare mål än en specifik produkt eller teknik på en viss marknad.
61. Bedömningen av FoU-avtal enligt artikel 101.1 omfattas av avsnitt 2.3 i dessa riktlinjer. FoU-avtal kan omfattas av det safe harbour-undantag som fastställs i gruppundantagsförordningen om FoU ⁽⁷²⁾. Gruppundantaget grundar sig på övervägandet att i den mån FoU-avtal omfattas av artikel 101.1 och uppfyller de kriterier som anges i gruppundantagsförordningen om FoU, uppfyller de vanligtvis de fyra villkor som anges i artikel 101.3. I avsnitt 2.4 i dessa riktlinjer beskrivs de avtal som omfattas av gruppundantagsförordningen om FoU. Villkoren för att undanta FoU-avtal förklaras i avsnitt 2.5 – Villkor för undantag. De särskilt allvarliga och uteslutna begränsningar som beskrivs i avsnitt 2.6 i dessa riktlinjer syftar till att säkerställa att endast begränsande avtal som rimligen kan förväntas uppfylla villkoren i artikel 101.3 omfattas av undantaget i artikel 2 i gruppundantagsförordningen om FoU.
62. Safe harbour-undantaget gäller så länge gruppundantaget inte har återkallats i ett enskilt fall av kommissionen eller konkurrensmyndigheten i en medlemsstat i enlighet med artikel 29 i rådets förordning (EG) nr 1/2003 av den 16 december 2002 om tillämpning av konkurrensreglerna i artiklarna 81 och 82 i fördraget ⁽⁷³⁾ (avsnitt 2.7 i dessa riktlinjer).
63. Om den safe harbour-bestämmelse som föreskrivs i gruppundantagsförordningen om FoU inte är tillämplig på ett FoU-avtal måste det undersökas om FoU-avtalet i det enskilda fallet omfattas av tillämpningsområdet för artikel 101.1 och, om så är fallet, om villkoren i artikel 101.3 är uppfyllda – detta beskrivs i avsnitt 2.8 i dessa riktlinjer, medan den relevanta tidpunkten för bedömningen anges i avsnitt 2.9 i dessa riktlinjer.

2.2. De relevanta marknaderna

64. Tillkännagivandet om marknadsdefinition ger vägledning om de regler, kriterier och bevis som kommissionen använder när den behandlar frågor om marknadsdefinition ⁽⁷⁴⁾. Den relevanta marknaden för tillämpningen av artikel 101 på FoU-avtal bör därför definieras på grundval av den vägledningen eller eventuella framtida riktlinjer som rör definitionen av relevanta marknader i den mening som avses i unionens konkurrenslagstiftning, i förekommande fall.

⁽⁶⁶⁾ Se punkterna 51 (självständigt fungerande gemensamma företag) och 13 (ansvar för en överträdelse av artikel 101.1) i dessa riktlinjer.

⁽⁶⁷⁾ Enligt definitionen i bilagan till kommissionens rekommendation av den 6 maj 2003 om definitionen på små och medelstora företag (EUT L 124, 20.5.2003, s. 36).

⁽⁶⁸⁾ Inklusivt nystartade företag.

⁽⁶⁹⁾ Se artikel 1.1.18 i gruppundantagsförordningen om FoU i fråga om parterna i avtalet och artikel 1.1.19 i fråga om tredje parter.

⁽⁷⁰⁾ Artikel 1.1.7 i gruppundantagsförordningen om FoU.

⁽⁷¹⁾ Artikel 1.1.8 i gruppundantagsförordningen om FoU.

⁽⁷²⁾ Kommissionens förordning (EU) nr [...] av den [...] december 2022 om tillämpningen av artikel 101.3 i fördraget om Europeiska unionens funktionssätt på vissa grupper av forsknings- och utvecklingsavtal.

⁽⁷³⁾ EGT L 1, 4.1.2003, s. 1.

⁽⁷⁴⁾ Kommissionens tillkännagivande om definitionen av relevant marknad i gemenskapens konkurrenslagstiftning (97/C 372/03).

65. Enligt gruppundantagsförordningen om FoU är en relevant produkt- eller teknikmarknad marknaden för de produkter eller den teknik som kan förbättras, substitueras eller ersättas av avtalsprodukterna eller avtals-tekniken ⁽⁷⁵⁾.
- 2.3. **Bedömning enligt artikel 101.1**
- 2.3.1. *De centrala konkurrensproblemen*
66. FoU-avtal kan ge upphov till olika konkurrensproblem. Framför allt kan de direkt begränsa konkurrensen mellan parterna, leda till konkurrenshämmande avskärmning av tredje parter eller till samverkan på marknaden.
67. Om FoU-samarbetet **direkt begränsar konkurrensen mellan parterna eller underlättar samverkan på marknaden**, kan detta leda till högre priser, färre valmöjligheter för konsumenterna eller lägre kvalitet på produkter eller teknik. Detta skulle också kunna leda till minskad eller långsammare innovation och därmed till sämre eller färre produkter eller tekniker som kommer ut på marknaden. Det kan också leda till att produkter eller teknik når marknaden senare än de annars skulle ha gjort.
68. **Konkurrensbegränsande avskärmning av tredje parter** kan särskilt uppstå om minst en part i FoU-avtalet har rätt till exklusivt utnyttjande av FoU-resultaten och minst en part har en betydande grad av marknadsinflytande.
- 2.3.2. *Avtal som har till syfte att begränsa konkurrensen*
69. Avtal som rör FoU har till syfte att begränsa konkurrensen om deras huvudsakliga syfte inte är forskning och utveckling, utan är att fungera som ett verktyg för att delta i en kartell eller i andra överträdelse genom syfte enligt artikel 101.1, såsom fastställande av priser, produktionsbegränsning, uppdelning av marknaden eller begränsningar av den tekniska utvecklingen.
70. Ett FoU-avtal kan begränsa den tekniska utvecklingen om parterna, i stället för att samarbeta för att främja tekniska och ekonomiska framsteg, använder FoU-samarbetet för att a) förhindra eller försena marknadsinträdet för produkter eller tekniker, b) samordna egenskaperna hos produkter eller tekniker som inte omfattas av FoU-avtalet eller c) begränsa potentialen hos en gemensamt utvecklad produkt eller teknik när de för in en sådan produkt eller teknik individuellt på marknaden.
- 2.3.3. *Konkurrensbegränsande effekter*
- 2.3.3.1. *Inledning – avtal som normalt inte begränsar konkurrensen*
71. Många FoU-avtal omfattas inte av artikel 101.1 när de ingås av företag med kompletterande kompetens som annars inte skulle ha kunnat genomföra FoU på egen hand.
72. Dessutom ger FoU-samarbete mellan företag som inte konkurrerar med varandra ⁽⁷⁶⁾ i allmänhet inte upphov till konkurrensbegränsande horisontella effekter.
73. Konkurrensförhållandet mellan parterna måste analyseras inom ramen för befintliga marknader som berörs ⁽⁷⁷⁾ och inom ramen för innovation ⁽⁷⁸⁾.
74. Om parterna på grundval av objektiva faktorer inte självständigt skulle kunna genomföra den forskning och utveckling som behövs ger forsknings- och utvecklingsavtalet i regel inte upphov till några konkurrensbegränsande effekter. En part kanske inte kan genomföra forskning och utveckling självständigt, till exempel om den har begränsad teknisk kapacitet eller begränsad tillgång till finansiering, kvalificerad arbetskraft, teknik eller andra resurser.
75. Utläggning på entreprenad av forskning och utveckling som företagen tidigare bedrev själva är en särskild form av FoU-samarbete. I ett sådant scenario utförs forskningen och utvecklingen ofta av specialiserade företag, forskningsinstitut eller högskolor, vilkas verksamhet inte omfattar att utnyttja resultaten. Sådana avtal kombineras vanligen med en överföring av know-how och/eller exklusiva leverantörsavtal som gäller eventuella resultat. På grund av de samarbetande parternas kompletterande egenskaper (till exempel när det gäller deras kompetens eller teknik) i ett sådant scenario ger sådana avtal vanligtvis inte upphov till konkurrensbegränsande effekter i den mening som avses i artikel 101.1.

⁽⁷⁵⁾ Artikel 1.1.21 och 1.1.22 i gruppundantagsförordningen om FoU.

⁽⁷⁶⁾ Se artikel 1.1.20 i gruppundantagsförordningen om FoU för en definition.

⁽⁷⁷⁾ När det gäller gruppundantagsförordningen om FoU, se artikel 1.1.17 i gruppundantagsförordningen.

⁽⁷⁸⁾ När det gäller gruppundantagsförordningen om FoU, se artikel 1.1.18 i gruppundantagsförordningen.

76. Samarbete inom forskning och utveckling som inte omfattar gemensamt utnyttjande av eventuella resultat genom licensiering, produktion och/eller saluföring har sällan konkurrensbegränsande effekter i den mening som avses i artikel 101.1. Dessa FoU-avtal kan dock ge upphov till konkurrensbegränsande effekter, till exempel om konkurrensen på innovationsnivå till följd av FoU-avtalet minskar märkbart.

2.3.3.2. Marknadsstyrka

77. Det är endast troligt att FoU-avtal kommer att ge konkurrensbegränsande effekter om parterna i FoU-samarbetet har marknadsstyrka.
78. Det finns inget absolut tröskelvärde för när ett forsknings- och utvecklingsavtal kan antas skapa eller upprätthålla marknadsstyrka och således sannolikt får konkurrensbegränsande effekter i den mening som avses i artikel 101.1. FoU-avtal mellan företag som konkurrerar om befintliga produkter och/eller befintlig teknik omfattas dock av undantaget i gruppundantagsförordningen om FoU, förutsatt att deras sammanlagda marknadsandel inte överstiger 25 % på de berörda produkt- och teknikmarknaderna och att övriga villkor för tillämpning av gruppundantagsförordningen om FoU är uppfyllda.
79. Gruppundantagsförordningen om FoU omfattar även FoU-avtal mellan företag som konkurrerar på innovationsområdet. Dessa avtal omfattas av undantaget i gruppundantagsförordningen om FoU, förutsatt att det finns tre eller fler konkurrerande FoU-insatser ⁽⁷⁹⁾, utöver och jämförbara med avtalsparternas insatser. De övriga villkoren för tillämpning av gruppundantagsförordningen om FoU måste också vara uppfyllda. På dessa villkor skulle ett avtal mellan företag som konkurrerar på innovationsområdet ⁽⁸⁰⁾ troligen inte få konkurrensbegränsande effekter på den inre marknaden, eftersom parterna sannolikt inte kommer att kunna bibehålla innovationen på ett lönsamt sätt under en längre period.
80. Ju starkare parternas sammanlagda ställning på de befintliga marknaderna är och/eller ju färre de konkurrerande FoU-insatserna utöver och jämförbara med parternas är, desto mer sannolikt är det att FoU-avtalet kan ha konkurrensbegränsande effekter ⁽⁸¹⁾.

2.3.3.3. FoU som syftar till att förbättra, ersätta eller ersätta befintliga produkter eller befintlig teknik

81. Om forskningen och utvecklingen är inriktad på att **förbättra** befintliga produkter och befintlig teknik, är det de relevanta marknaderna för dessa befintliga produkter och denna befintliga teknik som berörs av de eventuella effekterna av samarbetet. Effekter på priser, produktion, produktkvalitet, produktutbud eller teknisk utveckling på befintliga marknader är dock sannolika endast om parterna tillsammans har en stark ställning, om det är svårt att komma in på marknaden och det endast finns ett fåtal andra kvarvarande konkurrenter. Om forskningen och utvecklingen dessutom gäller endast ett relativt litet bidrag till en färdigprodukt är avskärmningseffekterna mycket små eller obefintliga för dessa färdigprodukter.
82. Om forskningen och utvecklingen är inriktad på att **byta ut eller ersätta** en befintlig produkt eller teknik kan eventuella effekter handla om att fördröja utvecklingen av ersättningsprodukten eller ersättningstekniken. Detta gäller särskilt om parterna har marknadsstyrka på den befintliga produkt- eller teknikmarknaden och de också är de enda som ägnar sig åt FoU för att utveckla en ersättning för den befintliga produkten eller tekniken. En liknande effekt kan uppstå om en stor aktör på en befintlig marknad samarbetar med en mycket mindre eller potentiell konkurrent som håller på att komma ut med en produkt eller teknik som kan äventyra den etablerade aktörens ställning.

⁽⁷⁹⁾ I artikel 1.1.19 i gruppundantagsförordningen om FoU definieras konkurrerande FoU-insatser som "en FoU-insats som en tredje part deltar i, ensam eller i samarbete med andra tredje parter, eller som en tredje part kan och sannolikt kommer att delta självständigt i, och som avser a) forskning om och utveckling av samma eller sannolikt substituerbara nya produkter och/eller substituerbar ny teknik som de som omfattas av FoU-avtalet, eller b) FoU-nav som i huvudsak har samma syfte eller mål som de som omfattas av FoU-avtalet". Dessa tredje parter måste vara oberoende av parterna i FoU-avtalet.

⁽⁸⁰⁾ I artikel 1.1.18 i gruppundantagsförordningen om FoU definieras ett företag som konkurrerar inom innovation som "ett företag som inte konkurrerar om en befintlig produkt och/eller teknik och som självständigt deltar i eller, i avsaknad av FoU-avtalet, skulle kunna och sannolikt självständigt skulle delta i FoU-insatser som avser a) forskning om och utveckling av samma eller sannolikt substituerbara nya produkter och/eller substituerbar ny teknik som de som omfattas av FoU-avtalet, eller b) FoU-nav som i huvudsak har samma syfte eller mål som de som omfattas av FoU-avtalet".

⁽⁸¹⁾ Detta påverkar inte analysen av potentiella effektivitetsvinster, inklusive de som alltid förekommer i samband med forskning och utveckling som erhåller offentlig samfinansiering.

83. Om parterna i sitt avtal även inkluderar gemensamt utnyttjande (t.ex. produktion och/eller distribution) av avtalsprodukterna eller avtalstekniken, måste effekterna på konkurrensen undersökas närmare. Särskilt om parterna är starka konkurrenter är det mer sannolikt att konkurrensen begränsas i form av höjda priser eller minskad produktion på befintliga marknader. Om det gemensamma utnyttjandet emellertid endast genomförs genom licensiering till tredje part, är det osannolikt att konkurrensbegränsande effekter, exempelvis avskärmning, uppkommer.
- 2.3.3.4. FoU-nav och FoU-insatser inriktade på en produkt eller teknik som skapar en ny marknad
84. FoU-insatser som rör forskning om och utveckling av nya produkter eller ny teknik, samt FoU-nav, omfattas av begreppet konkurrens inom innovation i detta kapitel.
85. En ny produkt eller ny teknik förbättrar inte bara, ersätter eller ersätter befintliga produkter eller befintlig teknik. Efterfrågan på den nya produkten eller tekniken kommer, om den uppstår, att skapa en ny separat marknad.
86. FoU-nav är FoU-insatser som i första hand är inriktade på ett särskilt syfte eller mål. Det specifika syftet eller målet med ett FoU-nav kan ännu inte definieras som en produkt eller en teknik och det omfattar heller inte ett väsentligt bredare mål än produkter eller teknik på en specifik marknad.
87. Det är inte särskilt troligt att sådana FoU-insatser påverkar priser och produktion på befintliga marknader vid tidpunkten för bedömningen av FoU-samarbetet, eftersom syftet med FoU-insatsen ännu inte kan definieras som en produkt eller en teknik. Analysen skulle därför behöva inriktas på eventuella begränsningar av innovationsverksamhet som gäller exempelvis kvaliteten på och utbudet av framtida produkter eller teknik och/eller innovationsnivån eller innovationshastigheten. Dessa begränsande effekter kan uppstå när två eller flera av de få företag som självständigt ägnar sig åt (till exempel) forskning och utveckling för en ny produkt (särskilt när de befinner sig i ett skede då de snart lanserar den nya produkten) börjar samarbeta i stället för att utveckla den nya produkten separat. Sådana effekter är i regel ett direkt resultat av samarbetet mellan parterna.
88. Innovationen kan begränsas till och med av ett rent forsknings- och utvecklingsavtal. I allmänhet är det dock osannolikt att FoU-samarbete i fråga om nya produkter eller ny teknik eller FoU-nav ger upphov till konkurrensbegränsande effekter såvida det inte endast återstår ett begränsat antal konkurrerande FoU-insatser utöver dem som genomförs av parterna i FoU-samarbetet.
- 2.4. **Avtal som omfattas av gruppundantagsförordningen om FoU**
89. Förmånen av det undantag som fastställs genom gruppundantagsförordningen om FoU bör begränsas till de avtal som med tillräcklig säkerhet kan antas uppfylla villkoren i artikel 101.3 ⁽⁸²⁾.
90. Gruppundantagsförordningen om FoU omfattar FoU-avtal mellan två eller fler parter som avser de villkor på vilka dessa parter bedriver ⁽⁸³⁾
- (a) gemensam FoU avseende avtalsprodukter eller avtalsteknik som inbegriper eller utesluter gemensamt utnyttjande av resultaten av denna forskning och utveckling, eller
 - (b) beställd FoU avseende avtalsprodukter eller avtalsteknik som inbegriper eller utesluter gemensamt utnyttjande av resultaten av denna forskning och utveckling, eller
 - (c) gemensamt utnyttjande av resultaten från FoU avseende avtalsprodukter eller avtalsteknik som har bedrivits inom ramen för ett tidigare avtal om gemensam FoU (enligt definitionen i punkt a ovan) mellan samma parter, eller
 - (d) gemensamt utnyttjande av resultaten från FoU avseende avtalsprodukter eller avtalsteknik som gemensamt har bedrivits inom ramen för ett tidigare avtal om beställd FoU (enligt definitionen i punkt b ovan) mellan samma parter.

⁽⁸²⁾ Genom förordning (EEG) nr 2821/71 bemyndigas kommissionen, i enlighet med artikel 101.3, att genom en förordning göra gruppundantag för avtal som syftar till att främja FoU när det gäller produkter, teknik eller processer fram till stadiet för industriell tillämpning och utnyttjande av resultaten, inbegripet bestämmelser om immateriella rättigheter.

⁽⁸³⁾ Artikel 1.1.1 i gruppundantagsförordningen om FoU.

91. I gruppundantagsförordningen om FoU görs en åtskillnad mellan avtalsprodukter eller avtalsteknik:
- (a) *avtalsprodukt*:⁽⁸⁴⁾ en produkt⁽⁸⁵⁾ som härrör från den gemensamma eller betalda FoU, eller som produceras eller tillhandahålls med tillämpning av avtalstekniken. Detta inbegriper produkter som framställs med hjälp av ett FoU-nav samt nya produkter⁽⁸⁶⁾.
 - (b) *avtalsteknik*⁽⁸⁷⁾: en teknik eller en metod som är ett resultat av den gemensamma eller betalda FoU. Detta inbegriper teknik eller processer som erhållits genom ett FoU-nav samt ny teknik eller nya processer.
92. Enligt gruppundantagsförordningen om FoU avses med begreppet *forskning och utveckling* verksamhet som syftar till förvärv av know-how avseende befintliga eller nya produkter, teknik eller processer och utförande av teoretiska analyser, systematiska studier eller försök samt försöksproduktion, teknisk provning av produkter eller processer, uppförande av nödvändiga anläggningar och förvärv av immateriella rättigheter för resultaten.
- 2.4.1. Åtskillnad mellan "gemensam FoU" och "beställd FoU" och begreppet "specialisering i samband med FoU"
93. I gruppundantagsförordningen om FoU görs åtskillnad mellan "gemensam FoU" och "beställd FoU".
94. När parterna bedriver **gemensam FoU** kan deras avtal föreskriva något av följande sätt på vilket FoU-verksamheten ska genomföras⁽⁸⁸⁾:
- (a) FoU-verksamheten bedrivs av en gemensam arbetsgrupp eller organisation eller ett gemensamt företag.
 - (b) Parterna ger gemensamt en tredje part i uppdrag att bedriva FoU-verksamhet.
 - (c) Parterna fördelar verksamheten mellan sig genom "specialisering inom ramen för FoU". Detta innebär att var och en av parterna deltar i FoU-verksamheten och att de delar upp FoU-arbetet mellan sig på det sätt de anser lämpligast. Detta omfattar inte beställd FoU⁽⁸⁹⁾.
95. Med **beställd FoU** avses FoU som utförs av minst en part, medan minst en annan part finansierar FoU men inte själv bedriver någon av FoU-verksamheterna (den finansierande parten).
96. Åtskillnaden mellan gemensam FoU och beställd FoU i gruppundantagsförordningen om FoU är relevant för beräkningen av marknadsandelar. När det gäller beställd FoU kommer parterna även att behöva inkludera FoU-avtal som den finansierande parten har ingått med tredje part för samma avtalsprodukter eller avtalsteknik för att beräkna de sammanlagda marknadsandelarna – se avsnitt 2.5.4.2.
- 2.4.2. *Gemensamt utnyttjande av FoU-resultaten och specialiseringskonceptet i samband med gemensamt utnyttjande*
97. Gruppundantagsförordningen om FoU omfattar uttryckligen avtal som omfattar gemensamt utnyttjande av FoU-resultaten. Sådana avtal omfattas dock av särskilda bestämmelser.
98. **Begreppet "utnyttjande av resultaten"** är ganska brett och omfattar produktion eller distribution av avtalsprodukterna eller tillämpning av avtalstekniken eller överlåtelse eller licensiering av immateriella rättigheter eller överföring av know-how som behövs för sådan produktion eller tillämpning⁽⁹⁰⁾.

⁽⁸⁴⁾ Artikel 1.1.6 i gruppundantagsförordningen om FoU.

⁽⁸⁵⁾ Vid tillämpningen av gruppundantagsförordningen om FoU avses med *produkt* en vara eller en tjänst, inbegripet både mellanprodukter eller förmedlingstjänster och slutvaror eller tjänster i slutledet (artikel 1.1.4 i gruppundantagsförordningen om FoU).

⁽⁸⁶⁾ Vid tillämpningen av gruppundantagsförordningen om FoU avses med *ny produkt eller teknik* en produkt, teknik eller process som ännu inte existerar vid den tidpunkt då ett FoU-avtal som omfattas av punkt artikel 1.1 a eller b i gruppundantagsförordningen om FoU ingås och som, om den blir verklighet, kommer att skapa en egen ny marknad och inte förbättra, substituera eller ersätta en befintlig produkt, teknik eller process (artikel 1.1.7 i gruppundantagsförordningen om FoU).

⁽⁸⁷⁾ Artikel 1.1.5 i gruppundantagsförordningen om FoU.

⁽⁸⁸⁾ Artikel 1.1.12 i gruppundantagsförordningen om FoU.

⁽⁸⁹⁾ Artikel 1.1.13 i gruppundantagsförordningen om FoU.

⁽⁹⁰⁾ Artikel 1.1.9 i gruppundantagsförordningen om FoU.

99. Enligt gruppundantagsförordningen om FoU får gemensamt utnyttjande av resultaten av forskningen och utvecklingen endast avse resultat som
- (a) är oumbärliga för produktionen av avtalsprodukterna eller tillämpningen av avtalstekniken,
 - (b) skyddas av immateriella rättigheter eller utgör know-how.
100. Omvänt innebär detta att för att omfattas av undantaget i artikel 2 i gruppundantagsförordningen om FoU får tillämpningsområdet för ett FoU-avtal som omfattar gemensamt utnyttjande inte avse resultat som inte skyddas av immateriella rättigheter eller know-how och som inte är oumbärliga för produktionen av avtalsprodukterna eller tillämpningen av avtalstekniken.
101. Gemensamt utnyttjande av resultaten av gemensam eller beställd FoU kan ske antingen inom ramen för det **ursprungliga** FoU-avtalet eller inom ramen för ett **senare** avtal som omfattar gemensamt utnyttjande av resultaten av ett tidigare FoU-avtal mellan samma parter⁽⁹¹⁾. Om parterna väljer att gemensamt utnyttja resultaten av ett tidigare FoU-avtal i enlighet med ett senare avtal, måste det tidigare FoU-avtalet också uppfylla villkoren i gruppundantagsförordningen om FoU för att det efterföljande avtalet om gemensamt utnyttjande ska omfattas av undantaget i artikel 2 i gruppundantagsförordningen om FoU.
102. I gruppundantagsförordningen om FoU föreskrivs **tre olika sätt** på vilka resultaten av forskning och utveckling kan utnyttjas gemensamt⁽⁹²⁾:
- (a) För det första kan utnyttjandet utföras **tillsammans av parterna** i en gemensam grupp, en gemensam organisation eller ett gemensamt företag.
 - (b) För det andra kan parterna **gemensamt anförtro en tredje part** utnyttjandet.
 - (c) Slutligen kan parterna fördela arbetet mellan sig genom **specialisering inom ramen för utnyttjandet**, vilket innebär att⁽⁹³⁾
 - i) parterna fördelar enskilda uppgifter, såsom produktion eller distribution, mellan sig, eller
 - ii) de ålägger varandra begränsningar vad gäller utnyttjandet av resultaten, såsom i förhållande till vissa territorier, kunder eller användningsområden; detta innefattar ett scenario där endast en part tillverkar och distribuerar avtalsprodukterna på grundval av en exklusiv licens som övriga parter beviljat.
103. Metoder som utgör specialisering i samband med utnyttjande kommer inte att behandlas som särskilt allvarliga begränsningar⁽⁹⁴⁾. Dessutom kan parterna, när de är specialiserade på utnyttjande, begränsa tillgången till resultaten för ett sådant utnyttjande i enlighet därmed⁽⁹⁵⁾. Detta innebär att ett FoU-avtal till exempel kan begränsa parternas nyttjanderätter för vissa territorier, kunder eller användningsområden. Om parterna kommer överens om att var och en av dem kan distribuera avtalsprodukterna (och de således inte har valt en gemensam distributionsmodell och de inte har kommit överens om att endast den part som producerar avtalsprodukterna får distribuera dem), ska de parter som har i uppdrag att producera avtalsprodukterna genom specialisering vara skyldiga att utföra beställningar av avtalsprodukterna från de andra parterna⁽⁹⁶⁾.
104. Såsom anges i avsnitt 2.5.4 gäller slutligen att om FoU-avtalet omfattar gemensamt utnyttjande av FoU-resultaten, är undantaget enligt gruppundantagsförordningen om FoU tillämpligt i) under den tid som FoU pågår och ii) under ytterligare sju år efter det att avtalsprodukterna eller avtalstekniken för första gången släpps ut på marknaden på den inre marknaden⁽⁹⁷⁾.

⁽⁹¹⁾ Som omfattas av artikel 1.1.1 c och 1.1.1 d i gruppundantagsförordningen om FoU.

⁽⁹²⁾ Artikel 1.1.12 i gruppundantagsförordningen om FoU.

⁽⁹³⁾ Artikel 1.1.14 i gruppundantagsförordningen om FoU.

⁽⁹⁴⁾ Se avsnitt 2.6 om särskilt allvarliga begränsningar nedan och artikel 8.3 c i gruppundantagsförordningen om FoU.

⁽⁹⁵⁾ Artikel 3.4 i gruppundantagsförordningen om FoU.

⁽⁹⁶⁾ Artikel 5.2 i gruppundantagsförordningen om FoU.

⁽⁹⁷⁾ Se även artikel 6.4 i gruppundantagsförordningen om FoU.

- 2.4.3. Överlåtelse eller licensiering av immateriella rättigheter
105. Undantaget i gruppundantagsförordningen om FoU gäller även avtal som innehåller bestämmelser om överlåtelse eller licensiering av immateriella rättigheter, förutsatt att dessa bestämmelser inte utgör det primära syftet med FoU-avtalet utan har direkt samband med och är nödvändiga för genomförandet av sådana avtal ⁽⁹⁸⁾.
106. Detta undantag omfattar överlåtelse eller licensiering till en eller flera av parterna eller till en enhet som parterna inrättar för att utföra den gemensamma FoU, den betalda FoU eller det gemensamma utnyttjandet ⁽⁹⁹⁾.
107. I dessa fall kommer överlåtelsen eller licensieringen därför att omfattas av bestämmelserna i gruppundantagsförordningen om FoU och inte av gruppundantagsförordningen om tekniköverföring ⁽¹⁰⁰⁾. När det gäller FoU-avtal kan parterna emellertid också fastställa villkoren för licensiering av resultaten av FoU till tredje man. Sådana licensavtal omfattas inte av gruppundantagsförordningen om FoU, men kan omfattas av gruppundantaget i gruppundantagsförordningen om tekniköverföring om de villkor som anges där är uppfyllda ⁽¹⁰¹⁾.

2.5. Villkor för undantag enligt gruppundantagsförordningen om FoU

2.5.1. Tillgång till de slutliga resultaten

108. Det första villkoret för att omfattas av undantaget enligt gruppundantagsförordningen om FoU är att alla parter har full tillgång till de slutliga resultaten av FoU i två syften ⁽¹⁰²⁾, nämligen
- (a) för att bedriva ytterligare forskning, och
- (b) för utnyttjande av resultaten av FoU.
109. Enligt gruppundantagsförordningen om FoU ska fullständig tillgång till de slutliga resultaten av forskning och utveckling även omfatta eventuella immateriella rättigheter och know-how. Det ska beviljas så snart resultaten av forskning och utveckling blir tillgängliga ⁽¹⁰³⁾.
110. Parterna kan bidra till sitt samarbete inom forskning och utveckling olika mycket beroende på sin kapacitet och sina kommersiella behov. För att avspegla och kompensera för skillnader i värdet på eller karaktären hos parternas bidrag får ett FoU-avtal därför ange att en part ska betala ersättning till en annan för att få tillgång till resultaten med tanke på ytterligare forskning eller utnyttjande. Ersättning är inte obligatorisk, men om den föreskrivs i FoU-avtalet får ersättningen inte vara så hög att den effektivt hindrar full tillgång till resultaten.
111. För att omfattas av ett undantag enligt gruppundantagsförordningen om FoU kan rätten till tillgång till resultaten av FoU **inte begränsas** om sådan tillgång krävs för att bedriva ytterligare forskning ⁽¹⁰⁴⁾.
112. Under vissa omständigheter kan dock tillgången till resultaten **för utnyttjande begränsas** och FoU-avtalet kan fortfarande omfattas av undantag enligt gruppundantagsförordningen om FoU. Detta är fallet för FoU-avtal med följande parter som kan komma överens om att begränsa användningen av resultaten enbart till ytterligare forskning (och därför inte för utnyttjande):
- (a) Forskningsinstitut.

⁽⁹⁸⁾ Artikel 2.3 i gruppundantagsförordningen om FoU.

⁽⁹⁹⁾ Artikel 2.3 i gruppundantagsförordningen om FoU.

⁽¹⁰⁰⁾ Kommissionens förordning (EU) nr 316/2014 av den 21 mars 2014 om tillämpningen av artikel 101.3 i fördraget om Europeiska unionens funktionssätt på grupper av avtal om tekniköverföring. Se även punkterna 73 och 74 i Riktlinjer för tillämpningen av artikel 101 i fördraget om Europeiska unionens funktionssätt på avtal om tekniköverföring, 2014/C 89/03 (riktlinjerna för tekniköverföring).

⁽¹⁰¹⁾ Riktlinjerna för tekniköverföring, punkt 74.

⁽¹⁰²⁾ Artikel 3 i gruppundantagsförordningen om FoU.

⁽¹⁰³⁾ Artikel 3.1 a i gruppundantagsförordningen om FoU.

⁽¹⁰⁴⁾ I artikel 3 i gruppundantagsförordningen om FoU hänvisas endast till möjligheten att under vissa omständigheter begränsa åtkomsten för utnyttjande som anges i artikel 3.3 och 3.4 i den förordningen.

(b) Akademiska institutioner.

(c) Företag som tillhandahåller FoU som en kommersiell tjänst utan att normalt delta i utnyttjandet av resultaten ⁽¹⁰⁵⁾.

113. Dessutom kan tillgången till resultaten för utnyttjande också begränsas om parterna begränsar sina nyttjanderätter i enlighet med gruppundantagsförordningen om FoU, särskilt om de är specialiserade på utnyttjande ⁽¹⁰⁶⁾. Detta innebär att parterna kommer att få införa begränsningar för varandra när det gäller utnyttjandet av resultaten (t.ex. begränsningar med avseende på vissa territorier, kunder eller användningsområden).

2.5.2. Tillgång till redan befintlig know-how

114. Det andra villkoret för att omfattas av undantaget enligt gruppundantagsförordningen om FoU avser tillgång till redan befintlig know-how. Detta villkor gäller endast för FoU-avtal som utesluter gemensamt utnyttjande av FoU-resultaten och är begränsat till know-how som är nödvändig för utnyttjandet av FoU-resultaten ⁽¹⁰⁷⁾.

115. I sådana avtal måste det föreskrivas att varje part ska beviljas tillgång till all redan befintlig know-how hos de andra parterna om denna know-how är nödvändig för att parten ska kunna utnyttja resultaten. Detta innebär inte att parterna måste inkludera all sin befintliga know-how i FoU-avtalets tillämpningsområde. De måste dock identifiera den know-how som är nödvändig för att utnyttja resultaten. I FoU-avtalet får det föreskrivas att parterna ska ersätta varandra för att ge varandra tillgång till sin redan befintliga know-how. Ersättningen får dock inte vara så stor att den i praktiken hindrar tillgång till resultaten ⁽¹⁰⁸⁾.

116. Villkoret att ge tillgång till redan befintlig know-how påverkar inte det villkor om full tillgång till resultaten av FoU som anges i artikel 3 i gruppundantagsförordningen om FoU. Detta innebär att ett visst FoU-avtal på vissa villkor kan behöva innehålla bestämmelser både om tillgång till redan befintlig know-how och om slutresultaten av FoU för att kunna omfattas av undantaget.

2.5.3. Villkor kopplade till gemensamt utnyttjande

117. Gruppundantagsförordningen om FoU innehåller ytterligare två villkor som rör gemensamt utnyttjande av FoU-resultaten. Som anges i avsnitt 2.4.2 måste omfattningen av det gemensamma utnyttjandet begränsas till FoU-resultat som skyddas av immateriella rättigheter eller utgör know-how och som är oundgängliga för produktionen av avtalsprodukterna eller tillämpningen av avtalstekniken.

118. För det andra gäller att om parterna kommer överens om att var och en av dem kan distribuera avtalsprodukterna (och de således inte har valt en gemensam distributionsmodell och de inte har kommit överens om att endast den part som producerar avtalsprodukterna får distribuera dem), ska de parter som har i uppdrag att producera avtalsprodukterna genom specialisering vara skyldiga att utföra beställningar av avtalsprodukterna från de andra parterna ⁽¹⁰⁹⁾.

2.5.4. Tröskelvärden, marknadsandelar och undantagets varaktighet

119. Det kan i allmänhet presumeras att FoU-avtal som faller inom tillämpningsområdet för artikel 101.3 i fördraget under en viss nivå av marknadsstyrka ger upphov till positiva effekter som kommer att uppväga eventuella negativa effekter på konkurrensen ⁽¹¹⁰⁾.

⁽¹⁰⁵⁾ Det kan till exempel röra sig om små och medelstora företag.

⁽¹⁰⁶⁾ Se artikel 1.1.14 i gruppundantagsförordningen om FoU för definitionen av specialisering i utnyttjande och avsnitt 2.4 i dessa riktlinjer.

⁽¹⁰⁷⁾ Se artikel 4 i gruppundantagsförordningen om FoU och avsnitt 2.4.2 i dessa riktlinjer.

⁽¹⁰⁸⁾ Artikel 4.2 i gruppundantagsförordningen om FoU.

⁽¹⁰⁹⁾ Artikel 5.2 i gruppundantagsförordningen om FoU.

⁽¹¹⁰⁾ Skäl 5 i gruppundantagsförordningen om FoU.

120. Gruppundantagsförordningen om FoU bygger på två mått för att fånga upp de FoU-avtal som fortfarande ligger under en viss nivå av marknadsstyrka: i) ett tröskelvärde för marknadsandel för företag som konkurrerar om befintliga produkter och/eller befintlig teknik, och ii) ett tröskelvärde för företag som konkurrerar inom innovation baserat på förekomsten av ett minsta antal konkurrerande FoU-insatser (tre utöver parterna i FoU-avtalet).

2.5.4.1. Företag som konkurrerar om befintliga produkter och/eller befintlig teknik och företag som konkurrerar inom innovation

121. För att man ska kunna fastställa konkurrensförhållandet mellan parterna måste man undersöka om de kunde ha varit faktiska eller potentiella konkurrenter om FoU-avtalet inte hade funnits⁽¹¹¹⁾.

122. I allmänhet utgör avtal mellan företag som konkurrerar om en befintlig produkt och/eller teknik och avtal mellan företag som konkurrerar om innovation en större risk för konkurrensen än avtal mellan företag som inte konkurrerar med varandra. Avtal mellan företag som inte konkurrerar med varandra kommer endast i sällsynta fall att ge upphov till horisontella konkurrensbegränsande effekter⁽¹¹²⁾.

(A) FÖRETAG SOM KONKURRERAR OM EN BEFINTLIG PRODUKT OCH/ELLER TEKNIK

123. I gruppundantagsförordningen om FoU avses med ett "företag som konkurrerar om en befintlig produkt och/eller teknik" en faktisk eller potentiell konkurrent:

(a) *faktisk konkurrent* definieras som ett företag som tillhandahåller en befintlig produkt, teknik eller metod som kan förbättras, substitueras eller ersättas av avtalsprodukten eller avtalstekniken på den relevanta geografiska marknaden,

(b) *potentiell konkurrent* definieras som ett företag som, om FoU-avtalet inte fanns, på realistiska grunder och inte endast som en rent teoretisk möjlighet sannolikt inom högst tre år skulle göra de nödvändiga ytterligare investeringarna eller ta på sig de nödvändiga kostnaderna för att tillhandahålla en produkt, teknik eller process som kan förbättras, substitueras eller ersättas av avtalsprodukten eller avtalstekniken på den relevanta geografiska marknaden.

124. Potentiell konkurrens måste bedömas realistiskt. Avtalsparter kan till exempel inte definieras som potentiella konkurrenter endast därför att samarbetet ger dem möjlighet att utföra FoU-verksamheterna. Den avgörande frågan är huruvida varje part var för sig har de nödvändiga medlen när det gäller tillgångar, know-how och andra resurser⁽¹¹³⁾.

125. FoU-avtal som omfattas av gruppundantagsförordningen om FoU och som avser om befintliga produkter och/eller befintlig teknik kan till exempel ha följande former:

(a) Ett FoU-avtal mellan två företag som redan tillhandahåller en befintlig produkt som kan förbättras, ersättas eller ersättas av den produkt som följer av FoU-samarbetet (faktiska konkurrenter).

(b) Ett FoU-avtal mellan a) ett företag som redan levererar en produkt som kan förbättras, ersättas eller ersättas av avtalsprodukten (en faktisk konkurrent) och b) ett företag som bedriver FoU om en produkt och som sannolikt skulle göra de ytterligare investeringar som krävs för att leverera denna produkt som kan förbättras, substitueras eller ersättas av den produkt som härrör från FoU-samarbetet (avtalsprodukten) på den relevanta geografiska marknaden (potentiell konkurrent).

(B) FÖRETAG SOM KONKURRERAR INOM INNOVATION

126. Med företag som konkurrerar inom innovation avses vid tillämpningen gruppundantagsförordningen om FoU företag som inte konkurrerar om en befintlig produkt och/eller teknik och⁽¹¹⁴⁾ som självständigt deltar i eller, i avsaknad av FoU-avtalet, skulle kunna och sannolikt självständigt skulle delta i FoU-insatser som avser

⁽¹¹¹⁾ Se även avsnitt 2.3 i detta kapitel om bedömningen enligt artikel 101.1.

⁽¹¹²⁾ Eventuella vertikala effekter kan behöva bedömas i enlighet med riktlinjerna om vertikala begränsningar.

⁽¹¹³⁾ Se även avsnitt 1.2.1 i dessa riktlinjer.

⁽¹¹⁴⁾ Se avsnitt 2.5.4.1 a ovan.

- (a) samma eller sannolikt substituerbara nya produkter och/eller substituerbar ny teknik som de som omfattas av FoU-avtalet, eller
- (b) FoU-nav som i huvudsak har samma syfte eller mål som de som omfattas av FoU-avtalet.
127. När det gäller nya produkter och/eller ny teknik ska parterna, om FoU-avtalet avser både nya produkter och ny teknik, bedöma om de är konkurrerande företag både när det gäller den teknik och den produkt som kan utvecklas.
128. Bedömningen av sannolikheten för substituerbarhet för nya produkter och/eller ny teknik bör inriktas på huruvida konsumenterna, när produkterna och/eller tekniken väl kommer ut på marknaden, sannolikt kommer att betrakta dessa nya produkter och/eller denna nya teknik som utbytbar eller substituerbar med hänsyn till deras egenskaper⁽¹¹⁵⁾, beräknade priser och avsedda användning.
129. För att anses vara konkurrerande måste FoU-naven ha i stort sett samma syfte eller mål som det eller de mål som ska omfattas av FoU-avtalet. Detta ska fastställas på grundval av tillförlitlig information om exempelvis typen och omfattningen av FoU-insatsen.
130. FoU-avtal mellan företag som konkurrerar inom innovation som omfattas av gruppundantagsförordningen om FoU kan till exempel ha följande former:
- (a) Ett FoU-avtal mellan a) ett företag som utvecklar en ny produkt och b) ett företag som utvecklar samma eller ett sannolikt substitut för en sådan ny produkt.
- (b) Ett FoU-avtal mellan a) ett företag som utvecklar en ny produkt och b) ett företag som självständigt kan och sannolikt kommer att ägna sig åt (men ännu inte deltar i) FoU för samma eller ett sannolikt substitut för en sådan ny produkt.
- (c) Ett FoU-avtal mellan a) ett företag som ägnar sig åt en FoU-insats som avser ett FoU-nav och b) ett företag som är verksamt i FoU-nav som i allt väsentligt eftersträvar samma syfte eller mål.
- (d) Ett FoU-avtal mellan a) ett företag som deltar i ett FoU-nav och b) ett företag som självständigt kan och sannolikt kommer att delta (men ännu inte deltar) i FoU-nav med i allt väsentligt samma syfte eller syfte.

(C) FÖRETAG SOM INTE KONKURRERAR MED VARANDRA

131. I gruppundantagsförordningen definieras "icke konkurrerande företag" som ett företag som varken är ett företag som konkurrerar om en befintlig produkt och/eller teknik eller ett företag som konkurrerar om innovation. Parterna i ett FoU-avtal skulle betraktas som icke konkurrerande företag när det gäller exempelvis ett företag som ägnar sig åt FoU för en produkt som kan förbättras, substitueras eller ersättas av avtalsprodukten och ett företag som bedriver forskning i ett FoU-nav.
- 2.5.4.2. Avtal mellan företag som konkurrerar om en befintlig produkt och/eller teknik
- (A) TRÖSKELVÄRDEN FÖR MARKNADSANDELAR FÖR FÖRETAG SOM KONKURRERAR OM EN BEFINTLIG PRODUKT OCH/ELLER TEKNIK
132. Om två eller flera av parterna i FoU-avtalet är konkurrerande företag för befintliga produkter och/eller befintlig teknik, ska undantaget gälla med förbehåll för ett tröskelvärde för marknadsandelar på 25 %, beräknat vid den tidpunkt då FoU-avtalet ingås. Detta tröskelvärde gäller på följande sätt, beroende på om FoU-avtalet omfattar gemensam FoU eller beställd FoU⁽¹¹⁶⁾:
- (a) För FoU-avtal som inbegriper **gemensam FoU** får den sammanlagda marknadsandelen för avtalsparterna inte överstiga 25 % på de relevanta produkt- och teknikmarknaderna⁽¹¹⁷⁾.

⁽¹¹⁵⁾ Detta kan också omfatta den underliggande tekniken för produktion av de nya produkterna.

⁽¹¹⁶⁾ Se avsnitt 2.4.1 om skillnaden mellan gemensam FoU och beställd FoU. Se även artikel 1.1.1 i gruppundantagsförordningen om FoU.

⁽¹¹⁷⁾ Artikel 6.2 a i gruppundantagsförordningen om FoU.

- (b) För avtal om forskning och utveckling som omfattar **beställd FoU** gäller samma tröskelvärde om en marknadsandel på 25 %, men detta tröskelvärde utökas till att inte enbart omfatta den finansierande parten, utan det omfattar även alla de parter med vilka den finansierande parten har ingått FoU-avtal med avseende på samma avtalsprodukter eller avtalsteknik ⁽¹¹⁸⁾.
133. Om resultaten av den gemensamma eller betalda FoU **inte utnyttjas gemensamt** ska undantaget enligt gruppundantagsförordningen om FoU gälla så länge som denna FoU pågår.
134. Om resultaten av den gemensamma eller betalda forskningen däremot **utnyttjas gemensamt** kommer parterna att fortsätta att omfattas av undantaget i sju år från den tidpunkt då avtalsprodukterna eller avtalstekniken först släpps ut på marknaden på den inre marknaden ⁽¹¹⁹⁾ om tröskelvärdet för marknadsandelar uppfylldes i) vid tidpunkten för ingåendet av avtalet om gemensam eller beställd FoU och som inbegriper gemensamt utnyttjande ⁽¹²⁰⁾ eller ii) för de FoU-avtal enligt vilka parterna gemensamt utnyttjar resultaten av ett tidigare avtal ⁽¹²¹⁾, vid tidpunkten för ingåendet av ett sådant tidigare avtal ⁽¹²²⁾.
135. Efter utgången av den sjuårsperiod som avses i artikel 6.4 i gruppundantagsförordningen om FoU fortsätter undantaget att gälla så länge som parternas sammanlagda marknadsandel inte överstiger 25 % av de marknader som avtalsprodukterna eller avtalstekniken tillhör. Detta innebär att parterna vid den tidpunkten skulle behöva bedöma till vilken marknad avtalsprodukten eller avtalstekniken hör och om deras sammanlagda marknadsandel inte överstiger 25 %. Om den sammanlagda marknadsandelen ökar till över 25 % efter utgången av sjuårsperioden fortsätter undantaget i gruppundantagsförordningen om FoU att gälla under två på varandra följande kalenderår efter det år då tröskelvärdet först överskreds ⁽¹²³⁾.

(B) BERÄKNING AV MARKNADSANDELAR FÖR BEFINTLIGA PRODUKT- OCH TEKNIKMARKNADER

136. I början av ett FoU-samarbete om en befintlig produkt och/eller teknik utgörs referenspunkten av den befintliga marknaden för de produkter eller den teknik som kan förbättras, substitueras eller ersättas av avtalsprodukterna eller avtalstekniken.
137. Om FoU-avtalet syftar till att **förbättra, substituera** eller **ersätta befintliga** produkter eller befintlig teknik kan marknadsandelarna beräknas på grundval av befintliga produkter eller befintlig teknik som kommer att förbättras, substitueras eller ersättas. Om ersättningen av en befintlig produkt eller teknik kommer att vara väsentligt annorlunda kanske marknadsandelarna för befintliga produkter eller befintlig teknik inte är lika informativa, men de kan ändå användas som ett närmevärde för att bedöma parternas ställning på marknaden Om försäljningsvärden på marknaden inte finns tillgängliga, kan beräkningen av marknadsandelen som ett alternativ baseras på annan tillförlitlig marknadsinformation, inklusive FoU-utgifter ⁽¹²⁴⁾.
138. Enligt artikel 7.1 b i gruppundantagsförordningen om FoU ska marknadsandelen beräknas på grundval av uppgifter som avser det föregående kalenderåret ⁽¹²⁵⁾. För vissa marknader kan det bli nödvändigt att beräkna marknadsandelarna på grundval av ett genomsnitt av parternas marknadsandelar under de tre föregående kalenderåren. Detta kan till exempel vara relevant när det finns anbudsmarknader och marknadsandelarna kan förändras avsevärt (t.ex. från 0 % till 100 %) från ett år till ett annat, beroende på om en part lyckades eller inte i anbudsförfarandet. Det kan också vara relevant för marknader som kännetecknas av stora order i bulk för vilka marknadsandelen för föregående kalenderår kanske inte är representativ, till exempel om ingen stor beställning ägde rum under det föregående kalenderåret. En annan situation där det kan vara nödvändigt att beräkna marknadsandelarna på grundval av ett genomsnitt för de tre föregående kalenderåren är när det förekommer en utbuds- eller efterfrågechock under det kalenderår som föregick samarbetsavtalet.

⁽¹¹⁸⁾ Artikel 6.2 b i gruppundantagsförordningen om FoU. Sådana FoU-avtal behöver inte omfattas av gruppundantagsförordningen om FoU.

⁽¹¹⁹⁾ Artikel 6.4 i gruppundantagsförordningen om FoU.

⁽¹²⁰⁾ Enligt definitionen i artikel 1.1.1 a ii) och 1.1.1 b ii) i gruppundantagsförordningen om FoU.

⁽¹²¹⁾ Enligt definitionen i artikel 1.1.1 c och 1.1.1 d.

⁽¹²²⁾ Såsom nämns i avsnitt 2.4.2 i dessa riktlinjer måste det tidigare avtalet om gemensam eller beställd FoU också uppfylla villkoren för undantag enligt gruppundantagsförordningen om FoU.

⁽¹²³⁾ Artikel 6.5 i gruppundantagsförordningen om FoU.

⁽¹²⁴⁾ Artikel 7.1 i gruppundantagsförordningen om FoU.

⁽¹²⁵⁾ I artikel 7.1 b i gruppundantagsförordningen om FoU föreskrivs att om det föregående kalenderåret inte är representativt för parternas ställning på den eller de relevanta marknaderna, ska marknadsandelarna beräknas på grundval av ett genomsnitt av parternas uppgifter om marknadsandelar för de tre föregående kalenderåren.

139. När det gäller måtten för beräkning av marknadsandelar föreskrivs det i gruppundantagsförordningen om FoU att beräkningen av marknadsandelar ska baseras på försäljningsvärdet på marknaden. Om marknadsförsäljningsdata inte finns tillgängliga, kan uppskattningar som grundas på annan tillförlitlig marknadsinformation, däribland marknadsförsäljningsvolym, FoU-utgifter eller FoU-kapacitet användas för att fastställa parternas marknadsandel.
140. När det gäller teknikmarknaderna är ett sätt att beräkna marknadsandelarna att utgå från varje tekniks andel av de totala intäkterna från licensavgifter. Denna andel utgör den teknikens marknadsandel på den marknad där konkurrerande tekniker har licensierats. En alternativ metod är att beräkna marknadsandelar på teknikmarknaden på grundval av försäljningen av produkter eller tjänster som innehåller den licensierade tekniken på produktmarknader i efterföljande led. Med denna metod beaktas all försäljning på den relevanta produktmarknaden, oberoende av om produkten innehåller licensierad teknik ⁽¹²⁶⁾.
- 2.5.4.3. Avtal om nya produkter och/eller ny teknik och FoU-nav ⁽¹²⁷⁾
- (A) TRÖSKELVÄRDE FÖR NYA PRODUKTER OCH/ELLER NY TEKNIK OCH FOU-NAV
141. Om två eller flera av parterna i FoU-avtalet är företag som konkurrerar på innovationsområdet ska undantaget gälla om det vid tidpunkten för ingåendet av FoU-avtalet finns tre eller fler konkurrerande FoU-insatser utöver och jämförbara med de FoU-ansträngningar som parterna i FoU-avtalet gör ⁽¹²⁸⁾.
142. Ett FoU-avtal mellan företag som konkurrerar inom innovation kan också leda till resultat som parterna kan komma överens om att gemensamt utnyttja (avtalsprodukterna eller avtalstekniken). Huruvida avtalet omfattar ett sådant gemensamt utnyttjande eller ej kommer att påverka varaktigheten för undantaget enligt gruppundantagsförordningen om FoU.
143. Om resultaten av avtalet om gemensam eller beställd FoU avseende nya produkter och/eller ny teknik eller FoU-nav **inte utnyttjas gemensamt** och avtalet uppfyller villkoren för undantag enligt gruppundantagsförordningen om forskning och utveckling, gäller undantaget **så länge som forskningen och utvecklingen pågår**.
144. Om resultaten av gemensam eller beställd FoU om nya produkter och/eller ny teknik eller FoU-nav **utnyttjas gemensamt**, kommer parterna dock att fortsätta att omfattas av undantaget i sju år från och med den tidpunkt då de resulterande avtalsprodukterna eller avtalstekniken för första gången släpps ut på marknaden inom den inre marknaden ⁽¹²⁹⁾. Detta gäller om avtalet uppfyller villkoren för undantag enligt gruppundantagsförordningen om FoU ⁽¹³⁰⁾: i) vid tidpunkten för ingåendet av avtalet som syftar till gemensam eller beställd FoU och som inbegriper gemensamt utnyttjande ⁽¹³¹⁾ eller ii) för de FoU-avtal enligt vilka parterna gemensamt utnyttjar resultaten av ett tidigare avtal ⁽¹³²⁾, vid tidpunkten för ingåendet av ett sådant tidigare avtal ⁽¹³³⁾.
145. Efter utgången av sjuårsperioden bör parterna kunna beräkna sina marknadsandelar på marknaderna för den resulterande avtalsprodukten eller avtalstekniken. Undantaget kommer därför att fortsätta att gälla endast så länge parternas sammanlagda marknadsandel inte överstiger 25 % på de marknader som avtalsprodukterna eller avtalstekniken tillhör ⁽¹³⁴⁾. Om den sammanlagda marknadsandelen ökar till över 25 % efter utgången av sjuårsperioden fortsätter undantaget i gruppundantagsförordningen om FoU att gälla under två på varandra följande kalenderår efter det år då tröskelvärdet först överskreds ⁽¹³⁵⁾.

⁽¹²⁶⁾ Se även riktlinjerna för tekniköverföring för relevanta faktorer för beräkning av marknadsandelar på teknikmarknader.

⁽¹²⁷⁾ I artikel 12 i gruppundantagsförordningen om FoU föreskrivs att för FoU-avtal mellan företag som konkurrerar på innovationsområdet ska artikel 1.1.18 och artikel 6.3 i gruppundantagsförordningen om FoU endast tillämpas på avtal som träder i kraft efter den 31 december 2022.

⁽¹²⁸⁾ Artikel 6.3 i gruppundantagsförordningen om FoU. Om FoU-avtalet avser nya produkter och ny teknik ska undantaget gälla om det vid den tidpunkt då FoU-avtalet ingås finns tre eller fler konkurrerande FoU-insatser utöver och jämförbara med FoU-avtalsparternas insatser på teknisknivå och produktnivå.

⁽¹²⁹⁾ Artikel 6.4 i gruppundantagsförordningen om FoU.

⁽¹³⁰⁾ Villkoren för undantag beskrivs i avdelning III i gruppundantagsförordningen om FoU och omfattar bland annat det tröskelvärdet som anges i artikel 6.3 i den förordningen.

⁽¹³¹⁾ Enligt definitionen i artikel 1.1.1 a ii) och 1.1.1 b ii i gruppundantagsförordningen om FoU.

⁽¹³²⁾ Enligt definitionen i artikel 1.1.1 c) och 1.1.1 d i gruppundantagsförordningen om FoU.

⁽¹³³⁾ Såsom nämns i avsnitt 2.4.2 i dessa riktlinjer måste det tidigare avtalet om gemensam eller beställd FoU också uppfylla villkoren för undantag enligt gruppundantagsförordningen om FoU.

⁽¹³⁴⁾ Artikel 6.5 i gruppundantagsförordningen om FoU.

⁽¹³⁵⁾ Artikel 6.5 i gruppundantagsförordningen om FoU.

(B) BEDÖMNING AV FÖREKOMSTEN AV KONKURRERANDE OCH JÄMFÖRBARA FOU-INSATSER

146. För att ett forsknings- och utvecklingssamarbete om innovation ska kunna undantas grundas det relevanta tröskelvärdet på att det finns tre **konkurrerande** och **jämförbara** FoU-insatser.
147. Av definitionen av konkurrerande FoU-insatser i artikel 1.1 (19) i gruppundantagsförordningen om FoU ⁽¹³⁶⁾ framgår att följande faktorer måste beaktas för att identifiera **konkurrerande FoU-insatser**:
- (a) huruvida FoU-insatserna avser forskning och utveckling av samma eller sannolikt substituerbara nya produkter och/eller ny teknik eller FoU-nav som i huvudsak har samma syfte eller mål som de som omfattas av FoU-avtalet,
 - (b) om det finns tredje parter som redan deltar i FoU-insatserna eller som kan och sannolikt självständigt kommer att delta i sådana insatser, och
 - (c) huruvida dessa tredje parter är oberoende i förhållande till parterna i FoU-avtalet.
148. När det för det första gäller frågan om huruvida **FoU-insatserna avser samma eller sannolikt substituerbara** nya produkter och/eller ny teknik eller FoU-nav som i huvudsak har samma syfte eller mål, kan detta besvaras på samma sätt som vid bedömningen av konkurrerande företag inom innovation som beskrivs i avsnitt 2.5.4.1.
149. För det andra kan konkurrerande FoU-insatser vara sådana där **tredje parter redan deltar**, ensamma eller i samarbete med andra tredje parter. Detta innebär att FoU-insatsen kan genomföras antingen individuellt av en tredje part eller gemensamt av ett antal olika tredje parter. En konkurrerande FoU-insats kan också avse de insatser där en tredje part **kan och sannolikt kommer att engagera sig individuellt**. Huruvida en tredje part kan och sannolikt enskilt kommer att ägna sig åt forskning och utveckling rörande samma eller sannolikt substituerbara nya produkter och/eller ny teknik eller FoU-nav som i huvudsak har samma syfte eller mål som de som ska omfattas av FoU-avtalet kan avgöras på grundval av den tredje partens tillgång till relevanta finansiella och mänskliga resurser, immateriella rättigheter, know-how eller andra specialiserade tillgångar eller tidigare FoU-insatser.
150. För det tredje är avsikten med frågan om huruvida forskningsinsatserna utförs av **tredje parter som är oberoende** i förhållande till parterna i FoU-avtalet endast att i bedömningen inkludera sådana FoU-insatser som parterna i FoU-avtalet inte deltar i.
151. När det gäller **bedömningen av jämförbarheten mellan konkurrerande FoU-insatser** och de insatser som görs av parterna i FoU-avtalet anges i gruppundantagsförordningen om FoU att den ska göras på grundval av tillförlitlig information om faktorer såsom i) storlek, stadium och tidpunkt för FoU-insatserna, ii) tredje parters (tillgång till) finansiella och mänskliga resurser, deras immateriella rättigheter, know-how eller andra specialiserade tillgångar, deras tidigare FoU-insatser och iii) tredje parters förmåga och sannolikhet att direkt eller indirekt utnyttja möjliga resultat av sina FoU-insatser på den inre marknaden ⁽¹³⁷⁾.
152. Kriterierna måste tillämpas på grundval av en bedömning från fall till fall där det görs en avvägning mellan de faktorer som talar för och de som talar mot jämförbarhet. Syftet med denna avvägning är i slutändan att fastställa att de konkurrerande FoU-insatserna medför ett konkurrenstryck på parterna i FoU-avtalet.
153. Den första uppsättningen faktorer för att bedöma jämförbarheten är **kopplade till själva FoU-insatserna**. De rör storlek, stadium och tidpunkt för FoU-insatsen. Detta innebär till exempel att om en tredje parts konkurrerande FoU-insatser har minst samma eller liknande storlek eller befinner sig i ett liknande eller mer långt framskridet utvecklingsstadium än den FoU-insats som omfattas av FoU-avtalet, kan de utöva ett konkurrenstryck, vilket skulle tala för jämförbarhet. På samma sätt kan det hända att en tredje part FoU-insats som ligger sex till åtta år från inträde på marknaden, jämfört med en FoU-insats från parterna i FoU-avtalet som ligger ett år från inträde på marknaden, inte är jämförbar när det gäller tidpunkten för inträdet på marknaden.

⁽¹³⁶⁾ *konkurrerande FoU-insats*: en FoU-insats som en tredje part deltar i, ensam eller i samarbete med andra tredje parter, eller som en tredje part kan och sannolikt kommer att delta självständigt i, och som avser a) forskning om och utveckling av samma eller sannolikt substituerbara nya produkter och/eller substituerbar ny teknik som de som omfattas av FoU-avtalet, eller b) FoU-nav som i huvudsak har samma syfte eller mål som de som omfattas av FoU-avtalet; dessa tredje parter måste vara oberoende i förhållande till parterna i FoU-avtalet.

⁽¹³⁷⁾ Artikel 7.2 i gruppundantagsförordningen om FoU. För tredje parter som kan och sannolikt kommer att ägna sig åt konkurrerande FoU-insatser skulle endast den andra och den tredje uppsättningen faktorer vara relevanta för bedömningen av jämförbarheten.

154. Den andra uppsättningen faktorer är kopplade till **kapaciteten hos den tredje part (eller de tredje parter) som genomför FoU-insatsen**. Detta gäller deras (tillgång till) ekonomiska och mänskliga resurser, immateriella rättigheter, know-how eller andra specialiserade tillgångar eller deras tidigare FoU-insatser. Dessa faktorer är relevanta för att avgöra om de resurser och den kapacitet som ligger till grund för tredje parter FoU-insatser är jämförbara och därför sannolikt kommer att ha åtminstone liknande utvecklingstakt och resultat och därmed medföra ett konkurrenstryck. Det kan till exempel hända att en tredje parts FoU-insatser inte är jämförbara om de i hög grad saknar de ekonomiska och mänskliga resurser som krävs för att genomföra liknande FoU-insatser. På samma sätt skulle en tredje parts tidigare framgångsrika erfarenhet av liknande FoU-projekt som den som omfattas av FoU-avtalet tala för jämförbarhet. Inom vissa sektorer kan dessutom liknande tillgång till och/eller äganderätt till relevanta immateriella rättigheter (t.ex. patent) eller relevant know-how för tredje part också tala för jämförbarhet.
155. Den tredje uppsättningen **faktorer är kopplade till utnyttjandet av resultaten**. Detta avser tredje parts kapacitet och sannolikhet (dvs. incitament att fortsätta att engagera sig för att få ut resultaten på marknaden) att utnyttja eventuella resultat av FoU-insatserna på den inre marknaden. Detta innebär till exempel att FoU-insatser som sannolikt endast kommer att utnyttjas utanför EU utan utsikter att nå den inre marknaden kanske inte är jämförbara med de FoU-insatser som omfattas av FoU-avtalet och för vilka resultaten skulle släppas ut på marknaden på den inre marknaden.
- 2.5.4.4. Avtal mellan företag som inte konkurrerar med varandra
156. Om parterna i FoU-avtalet är **icke konkurrerande företag** omfattas parterna inte av något tröskelvärde⁽¹³⁸⁾. Om FoU-resultaten **inte utnyttjas gemensamt** undantas FoU-avtalet under hela den tid som FoU pågår.
157. Om resultaten **utnyttjas gemensamt** ska undantaget fortsätta att gälla under sju år från den tidpunkt när avtalsprodukterna eller avtalstekniken för första gången släpps ut på marknaden på den inre marknaden.
158. Efter utgången av sjuårsperioden bör parterna kunna beräkna sina marknadsandelar på marknaderna för den resulterande avtalsprodukten eller avtalstekniken. Undantaget kommer att fortsätta att gälla endast så länge parternas sammanlagda marknadsandel inte överstiger 25 % på de marknader som avtalsprodukterna eller avtalstekniken tillhör. Om den sammanlagda marknadsandelen ökar till över 25 % på en av dessa marknader efter utgången av sjuårsperioden fortsätter undantaget i gruppundantagsförordningen om FoU att gälla under två på varandra följande kalenderår efter det år då tröskelvärdet först överskreds⁽¹³⁹⁾.
- 2.6. **Särskilt allvarliga och uteslutna begränsningar**
- 2.6.1. *Särskilt allvarliga begränsningar*
159. Artikel 8 i gruppundantagsförordningen om FoU innehåller en förteckning över särskilt allvarliga begränsningar. Dessa anses vara allvarliga konkurrensbegränsningar som i de flesta fall bör förbjudas på grund av den skada de orsakar marknaden och konsumenterna. FoU-avtal som innehåller en eller flera särskilt allvarliga begränsningar är i sin helhet undantagna från tillämpningsområdet för det undantag som föreskrivs i gruppundantagsförordningen om FoU.
160. De särskilt allvarliga begränsningar som förtecknas i artikel 8 i gruppundantagsförordningen kan delas in i följande kategorier: i) begränsningar av parternas frihet att genomföra andra FoU-insatser, ii) begränsningar av produktion eller försäljning och fastställande av priser, iii) aktiva och passiva försäljningsbegränsningar och iv) andra särskilt allvarliga begränsningar.
- 2.6.1.1. *Begränsning av parternas frihet att genomföra andra FoU-insatser*
161. Enligt artikel 8.1 i gruppundantagsförordningen om FoU utesluts tillämpningen av undantaget för FoU-avtal som medför begränsningar av parternas frihet att självständigt eller i samarbete med tredje man genomföra FoU, antingen

(a) inom ett område som inte har något samband med det område som FoU-avtalet avser, eller

⁽¹³⁸⁾ Artikel 6.1 i gruppundantagsförordningen om FoU.

⁽¹³⁹⁾ Artikel 6.5 i gruppundantagsförordningen om FoU.

(b) inom det område som FoU-avtalet avser eller inom ett anknutet område efter det att genomförandet av FoU har avslutats.

162. Med andra ord måste parterna i ett FoU-avtal alltid vara fria att göra FoU-insatser på områden som inte är kopplade till de områden som omfattas av FoU-avtalet. Parterna måste även efter slutförandet av den FoU som omfattas av FoU-avtalet ha rätt att göra FoU-insatser på det område som FoU-avtalet avser eller inom ett närliggande område. I annat fall kommer FoU-avtalet inte att omfattas av undantaget i gruppundantagsförordningen om FoU.

2.6.1.2. Begränsning av produktion eller försäljning och fastställande av priser

163. Enligt artikel 8.2 i gruppundantagsförordningen om FoU utsluts tillämpningen av undantaget för FoU-avtal som medför begränsningar av produktion eller försäljning. När konkurrenter kommer överens om att begränsa hur mycket var och en av dem får producera eller sälja är detta normalt en allvarlig konkurrensbegränsning. Uppställande av produktionsmål ska emellertid inte behandlas som en särskilt allvarlig begränsning om det gemensamma utnyttjandet av resultaten innefattar gemensam produktion av avtalsprodukterna⁽¹⁴⁰⁾. På samma sätt ska fastställandet av försäljningsmål inte betraktas som en särskilt allvarlig begränsning om det gemensamma utnyttjandet av resultaten omfattar gemensam distribution av avtalsprodukterna eller gemensam licensiering av avtalstekniken och utförs av en gemensam grupp, organisation eller ett gemensamt företag eller gemensamt anförtros en tredje part⁽¹⁴¹⁾. Detta gäller även förfaranden som utgör specialisering i samband med utnyttjande⁽¹⁴²⁾ och vissa konkurrensklausuler⁽¹⁴³⁾.

164. Enligt artikel 8.3 i gruppundantagsförordningen om FoU är fastställandet av priser vid försäljning av produkter eller fastställande av licensavgifter vid licensiering av teknik till tredje part också särskilt allvarliga begränsningar. Fastställande av priser som tas ut av direkta kunder eller fastställande av licensavgifter som tas ut av direkta licenstagare, om det gemensamma utnyttjandet av resultaten inbegriper gemensam distribution av avtalsprodukterna eller gemensam licensiering av avtalstekniken och utförs av ett gemensamt team, en gemensam organisation eller ett gemensamt företag eller gemensamt anförtros en tredje part, ska dock inte behandlas som en särskilt allvarlig begränsning.

2.6.1.3. Begränsningar av aktiv och passiv försäljning

165. Artikel 8.4, 8.5 och 8.6 i gruppundantagsförordningen om FoU gäller begränsningar av aktiv och passiv försäljning. När det gäller FoU-avtal definieras **passiv försäljning** i artikel 1.1.24 i gruppundantagsförordningen om FoU som försäljning som svar på spontana förfrågningar från enskilda kunder, inbegripet leverans av produkter till kunden eller kunderna, utan att ha inlett försäljningen genom att aktivt rikta sig till en viss kund, kundgrupp eller ett visst område. Passiv försäljning omfattar försäljning till följd av deltagande i privata eller offentliga upphandlingar.

166. Aktiv försäljning avser alla andra former av försäljning än passiv försäljning, inbegripet att

(a) aktivt rikta in sig på kunder genom besök, brev, e-postmeddelanden, samtal eller andra direkta kommunikationsmedel eller genom riktad reklam eller marknadsföring, offline eller online, till exempel med hjälp av tryckta eller digitala medier, inbegripet onlinemedier, prisjämförelseverktyg eller reklam på sökmotorer som riktar sig till kunder i specifika områden eller kundgrupper,

(b) på en webbplats erbjuda andra språkalternativ än de som vanligen används på det territorium där distributören är etablerad,

(c) erbjuda en webbplats med ett domännamn som motsvarar ett annat område än det där distributören är etablerad.

⁽¹⁴⁰⁾ Artikel 8.2 a i gruppundantagsförordningen om FoU.

⁽¹⁴¹⁾ Artikel 8.2 b i gruppundantagsförordningen om FoU.

⁽¹⁴²⁾ Artikel 8.2 c i gruppundantagsförordningen om FoU. För definitionen av specialisering i samband med utnyttjande, se artikel 1.1.14 i gruppundantagsförordningen om FoU och avsnitt 2.4.2 i dessa riktlinjer.

⁽¹⁴³⁾ Artikel 8.2 d i gruppundantagsförordningen om FoU.

167. Genom artikel 8.4 i gruppundantagsförordningen avskaffas undantaget i gruppundantagsförordningen om FoU för FoU-avtal som innehåller begränsningar av passiv försäljning. Detta omfattar all begränsning av passiv försäljning i fråga om a) det territorium inom vilket, eller b) de kunder till vilka, parterna passivt får sälja avtalsprodukterna eller licensiera avtalstekniken, med undantag för kravet på att enbart licensiera resultaten till en annan part. Skälet till det sistnämnda undantaget är den uttryckliga möjligheten för parterna att endast en part tillverkar och distribuerar avtalsprodukterna på grundval av en exklusiv licens som beviljats av de andra parterna ⁽¹⁴⁴⁾.
168. Genom artikel 8.5 i gruppundantagsförordningen om FoU avskaffas undantaget i den förordningen för FoU-avtal som innehåller vissa begränsningar av aktiv försäljning. Detta är fallet när det gäller ett krav på att aktiv försäljning av avtalsprodukterna eller avtalstekniken inte får utföras eller ska begränsas inom territorier eller till kunder som inte exklusivt har fördelats till en av parterna genom specialisering i samband med utnyttjandet.
169. Detta innebär att aktiv försäljning inte får begränsas mellan parterna, såvida inte parterna fördelar områden eller kunder till någon av dem efter en specialisering i samband med utnyttjande ⁽¹⁴⁵⁾.

2.6.1.4. Andra särskilt allvarliga begränsningar

170. Gruppundantagsförordningen om FoU innehåller ytterligare två särskilt allvarliga begränsningar. För det första är det, om parterna fördelar områden mellan sig eller på annat sätt har fördelat kunder genom specialisering i samband med utnyttjande, en särskilt allvarlig begränsning att kräva att en part ska vägra att tillgodose efterfrågan från kunder som tilldelats den andra parten, om dessa kunder skulle saluföra avtalsprodukterna eller licensiera avtalstekniken på andra territorier på den inre marknaden ⁽¹⁴⁶⁾.
171. För det andra är krav på att försvåra användarnas eller återförsäljarnas anskaffning av avtalsprodukterna från andra återförsäljare på den inre marknaden också en särskilt allvarlig begränsning ⁽¹⁴⁷⁾.

2.6.2. Uteslutna begränsningar

172. Enligt artikel 9 i gruppundantagsförordningen om FoU utesluts vissa skyldigheter som fastställs i FoU-avtal från det undantag som föreskrivs i gruppundantagsförordningen om FoU. Det är fråga om skyldigheter för vilka det inte med tillräcklig säkerhet kan antas att de uppfyller villkoren i artikel 101.3. Till skillnad från särskilt allvarliga begränsningar som omfattas av artikel 8 i gruppundantagsförordningen, innebär de uteslutna begränsningarna inte att gruppundantaget för hela FoU-avtalet upphör. Detta är emellertid endast fallet om begränsningen i fråga kan avskiljas från resten av avtalet. Om begränsningen är avskiljbar fortsätter återstoden av avtalet att omfattas av undantaget enligt gruppundantagsförordningen om FoU.
173. Uteslutna begränsningar ska genomgå en individuell bedömning enligt artikel 101. Det finns ingen presumtion om att uteslutna begränsningar omfattas av artikel 101.1 eller inte uppfyller villkoren i artikel 101.3.
174. Den första uteslutna begränsningen är en skyldighet att inte bestrida giltigheten av de immateriella rättigheter som parterna innehar på den inre marknaden
- (a) efter slutförandet av forskning och utveckling för immateriella rättigheter som är relevanta för forskningen och utvecklingen,
- (b) efter det att FoU-avtalet om immateriella rättigheter som skyddar forsknings- och utvecklingsresultaten har löpt ut ⁽¹⁴⁸⁾.

⁽¹⁴⁴⁾ Enligt definitionen av specialisering i samband med utnyttjande i artikel 1.1.14 i gruppundantagsförordningen om FoU.

⁽¹⁴⁵⁾ Se definitionen av specialisering i samband med utnyttjande i artikel 1.1.14 i gruppundantagsförordningen om FoU.

⁽¹⁴⁶⁾ Artikel 8.6 i gruppundantagsförordningen.

⁽¹⁴⁷⁾ Artikel 8.7 i gruppundantagsförordningen om FoU.

⁽¹⁴⁸⁾ Artikel 9.1 a i gruppundantagsförordningen om FoU.

175. Skälet till att sådana skyldigheter inte omfattas av gruppundantaget är att parter som har relevant information för att identifiera en immateriell rättighet som beviljats felaktigt inte bör hindras från att bestrida giltigheten av sådana immateriella rättigheter. För en sådan begränsning kan det inte generellt antas att villkoren i artikel 101.3 är uppfyllda och parterna måste därför själva bedöma sådana begränsningar. Bestämmelser som gör det möjligt att säga upp FoU-avtalet om någon av parterna bestrider giltigheten av immateriella rättigheter som är relevanta för FoU-avtalet eller som skyddar FoU-resultaten är dock inte uteslutna begränsningar.
176. Den andra uteslutna begränsningen är en skyldighet att inte bevilja tredje part licenser för att producera avtalsprodukterna eller att tillämpa avtalstekniken. Detta innebär att parterna i princip bör ha rätt att bevilja licenser till tredje part. Ett undantag är tillämpligt när det i FoU-avtal föreskrivs att minst en av parterna ska utnyttja resultaten av gemensam FoU eller beställd FoU och ett sådant utnyttjande sker på den inre marknaden i förhållande till tredje man.
- 2.7. **Återkallande av rätten att omfattas av gruppundantagsförordningen om FoU**
177. I enlighet med artikel 29.1 i förordning (EG) nr 1/2003 kan kommissionen återkalla förmånen enligt gruppundantagsförordningen om FoU om den finner att ett FoU-avtal som omfattas av undantaget i gruppundantagsförordningen om FoU i ett visst fall ändå har vissa effekter som är oförenliga med artikel 101.3. Om ett sådant avtal i ett visst fall har verkningar som är oförenliga med artikel 101.3 på en medlemsstats territorium, eller på en del av detta, som har alla kännetecken på en avgränsad geografisk marknad, kan den nationella konkurrensmyndigheten dessutom återkalla förmånen enligt gruppundantagsförordningen om FoU för det territoriet, i enlighet med artikel 29.2 i förordning (EG) nr 1/2003. I artikel 29 i förordning (EG) nr 1/2003 nämns inte medlemsstaternas domstolar, som därför inte har befogenhet att återkalla förmånen enligt gruppundantagsförordningen om FoU, om inte den berörda domstolen är en utsedd konkurrensmyndighet i en medlemsstat i enlighet med artikel 35 i förordning (EG) nr 1/2003.
178. Kommissionen och de nationella konkurrensmyndigheterna får återkalla förmånen enligt gruppundantagsförordningen om FoU, särskilt om
- (a) det faktum att det finns ett FoU-avtal avsevärt begränsar utrymmet för tredje parter att bedriva forskning och utveckling inom det eller de områden som avser avtalsprodukterna eller avtalstekniken; detta skulle till exempel kunna bero på den begränsade tillgängliga forskningskapaciteten,
 - (b) det faktum att det finns ett FoU-avtal avsevärt begränsar tredje parters tillträde till marknaden för avtalsprodukterna eller avtalstekniken; detta skulle till exempel kunna bero på utbudets specifika struktur,
 - (c) parterna inte utnyttjar resultaten av den gemensamma eller beställda forskningen och utvecklingen gentemot tredje parter utan objektiva giltiga skäl,
 - (d) avtalsprodukterna eller avtalstekniken inte på den inre marknaden eller en väsentlig del av denna är föremål för effektiv konkurrens från produkter, teknik eller processer som på grund av sina egenskaper, sitt pris och sin tilltänkta användning betraktas som likvärdiga av konsumenterna.
179. Enligt artikel 29.1 i förordning (EG) nr 1/2003 får kommissionen, på eget initiativ eller på grundval av ett klagomål, återkalla förmånen enligt gruppundantagsförordningen om FoU. Detta inbegriper möjligheten för nationella konkurrensmyndigheter att begära att kommissionen återkallar förmånen enligt gruppundantagsförordningen om FoU i ett visst fall, utan att det påverkar tillämpningen av reglerna för fördelning av ärenden och stöd inom Europeiska konkurrensnätverket⁽¹⁴⁹⁾, och utan att det påverkar deras egen befogenhet att återkalla ett beslut i enlighet med artikel 29.2 i förordning (EG) nr 1/2003. Om minst tre nationella konkurrensmyndigheter begär att kommissionen ska tillämpa artikel 29.1 i förordning (EG) nr 1/2003 i ett visst fall kommer kommissionen att diskutera ärendet inom ramen för Europeiska konkurrensnätverket i syfte att besluta om huruvida man ska återkalla förmånen enligt gruppundantagsförordningen om FoU. I detta sammanhang kommer kommissionen att ta största möjliga hänsyn till synpunkterna från de nationella konkurrensmyndigheter som har bett kommissionen att återkalla förmånen enligt gruppundantagsförordningen om FoU för att i god tid komma fram till en slutsats om huruvida villkoren för ett återkallande i det specifika fallet är uppfyllda.

⁽¹⁴⁹⁾ Se kapitel IV i förordning (EG) nr 1/2003.

180. Det följer av artikel 29.1 och 29.2 i förordning (EG) nr 1/2003 att kommissionen har exklusiv befogenhet att återkalla förmånen enligt gruppundantagsförordningen om FoU i hela unionen, eftersom den kan återkalla förmånen enligt gruppundantagsförordningen om FoU när det gäller FoU-avtal som begränsar konkurrensen på en relevant geografisk marknad som är större än en enskild medlemsstats territorium, medan nationella konkurrensmyndigheter endast får återkalla förmånen enligt förordningen när det gäller deras respektive medlemsstats territorium.
181. Därför avser en enskild nationell konkurrensmyndighets återkallandebefogenhet fall där den relevanta marknaden omfattar en enda medlemsstat, eller en region som är belägen uteslutande i en medlemsstat eller en del av en medlemsstat. I ett sådant fall har den nationella konkurrensmyndigheten befogenhet att återkalla förmånen enligt gruppundantagsförordningen om FoU med avseende på ett FoU-avtal som har effekter som är oförenliga med artikel 101.3 i fördraget på den nationella eller regionala marknaden. Detta är en parallell behörighet eftersom artikel 29.1 i förordning (EG) nr 1/2003 också ger kommissionen befogenhet att återkalla förmånen enligt gruppundantagsförordningen om FoU när det gäller en nationell eller regional marknad, förutsatt att det berörda FoU-avtalet kan påverka handeln mellan medlemsstaterna.
182. Om det rör sig om flera separata nationella eller regionala marknader kan flera behöriga nationella konkurrensmyndigheter samtidigt återkalla förmånen enligt gruppundantagsförordningen om FoU.
183. Det framgår av lydelsen i artikel 29.1 i förordning (EG) nr 1/2003 att när kommissionen återkallar förmånen enligt gruppundantagsförordningen om FoU måste den för det första visa att det berörda FoU-avtalet har märkbara konkurrensbegränsande effekter som innebär att det omfattas av artikel 101.1 i fördraget. För det andra måste kommissionen bevisa att avtalet har verkningar som är oförenliga med artikel 101.3 i fördraget, vilket innebär att det inte uppfyller minst ett av de fyra villkoren i artikel 101.3 i fördraget. I enlighet med artikel 29.2 i förordning (EG) nr 1/2003 gäller samma krav när en nationell behörig myndighet återkallar förmånen enligt gruppundantagsförordningen om FoU med avseende på sin medlemsstat. När det gäller bevisbördan för att det andra kravet är uppfyllt ska den behöriga nationella konkurrensmyndigheten enligt artikel 29 i förordning (EG) nr 1/2003 styrka att minst ett av de fyra villkoren i artikel 101.3 i fördraget inte är uppfyllt ⁽¹⁵⁰⁾.
184. Om kraven i artikel 29.1 i förordning (EG) nr 1/2003 är uppfyllda får kommissionen i ett enskilt fall återkalla förmånen enligt gruppundantagsförordningen om FoU. Ett sådant återkallande och dess krav, såsom anges i föregående punkter, måste särskiljas från konstaterandena i ett överträdelsebeslut från kommissionen i enlighet med kapitel III i förordning (EG) nr 1/2003. Ett tillbakadragande kan dock kombineras med exempelvis konstaterandet av en överträdelse och åläggandet av en korrigerande åtgärd, och även med interimistiska åtgärder, såsom har gjorts i tidigare kommissionsbeslut ⁽¹⁵¹⁾.
185. Om kommissionen återkallar rätten att omfattas av gruppundantagsförordningen om FoU i enlighet med artikel 29.1 i förordning (EG) nr 1/2003 måste den ta hänsyn till att återkallandet endast kan få verkan ex nunc, vilket innebär att avtalens status som undantagna inte påverkas förrän den dag då beslutet träder i kraft. Vid ett återkallande enligt artikel 29.2 i förordning (EG) nr 1/2003 måste den berörda nationella konkurrensmyndigheten också ta hänsyn till sina skyldigheter enligt artikel 11.4 i förordning (EG) nr 1/2003, särskilt dess skyldighet att förse kommissionen med alla relevanta planerade beslut.

⁽¹⁵⁰⁾ Kravet enligt artikel 29 i förordning (EG) nr 1/2003 på den behöriga nationella konkurrensmyndighetens bevisbörda följer av den situation i vilken gruppundantagsförordningen om FoU inte är tillämplig och ett företag åberopar artikel 101.3 i ett enskilt fall. I en sådan situation har företaget bevisbördan enligt artikel 2 i förordning (EG) nr 1/2003 för att visa att samtliga fyra villkor i artikel 101.3 är uppfyllda. I detta syfte måste den styrka sina påståenden, se till exempel kommissionens beslut AT.39226 – Lundbeck, bekräftat i dom av den 8 september 2016, Lundbeck mot kommissionen, T-472/13, EU:T:2016:449, och dom av den 25 mars 2021, Lundbeck mot kommissionen, C-591/16 P, EU:C:2021:243.

⁽¹⁵¹⁾ Kommissionen har utnyttjat sin befogenhet att återkalla rätten att omfattas av någon av de tidigare gällande gruppundantagsförordningarna i kommissionens beslut av den 25 mars 1992 (interimistiska åtgärder) och av den 23 december 1992 om ett förfarande enligt artikel 85 i EEG-fördraget i ärende IV/34.072 – Mars mot Langnese och Schöller, fastställda genom dom av den 1 oktober 1998, Langnese-Iglo mot kommissionen, C-279/95 P, EU:C:1998:447, och kommissionens beslut av den 4 december 1991 (interimistiska åtgärder), och av den 4 december 1991 om ett förfarande enligt artikel 85 i EEG-fördraget i ärende IV/33.157 – Eco System mot Peugeot.

2.8. **Bedömning enligt artikel 101.3 av FoU-avtal som inte omfattas av gruppundantagsförordningen om FoU**

186. Det finns ingen presumtion om att FoU-avtal som inte omfattas av gruppundantagsförordningen om FoU omfattas av artikel 101.1 eller att de inte uppfyller villkoren i artikel 101.3. Sådana FoU-avtal kräver en individuell bedömning enligt artikel 101.

187. En sådan individuell bedömning inleds med frågan om huruvida avtalet skulle begränsa konkurrensen i den mening som avses i artikel 101.1 ⁽¹⁵²⁾. Om så är fallet måste företagen bedöma om FoU-avtalet uppfyller villkoren i artikel 101.3.

2.8.1. *Effektivitetsvinster*

188. Många forsknings- och utvecklingsavtal – med eller utan gemensamt utnyttjande av eventuella resultat – medför effektivitetsvinster genom att de sammanför kunskaper och tillgångar som kompletterar varandra, vilket leder till att förbättrade eller nya produkter och tekniker utvecklas och marknadsförs snabbare än vad som annars vore fallet. Forsknings- och utvecklingsavtal kan också leda till ökad spridning av kunskap, vilket kan ge upphov till ytterligare innovation. Avtal om forskning och utveckling kan också leda till kostnadsminskningar och minska beroendet av ett alltför begränsat antal leverantörer av vissa tekniker, produkter och tjänster. Dessa effektivitetsvinster kan bidra till en motståndskraftig inre marknad.

2.8.2. *Nödvändighet*

189. Begränsningar som går utöver det som är nödvändigt för att uppnå de effektivitetsvinster som ett forsknings- och utvecklingsavtal för med sig uppfyller inte kriterierna i artikel 101.3. I synnerhet är det mindre sannolikt att de särskilt allvarliga begränsningar som förtecknas i artikel 8 i gruppundantagsförordningen om FoU ⁽¹⁵³⁾ uppfyller nödvändighetskriteriet vid en individuell bedömning.

2.8.3. *Nytta för konsumenterna*

190. Effektivitetsvinster som uppnås genom nödvändiga begränsningar måste komma konsumenterna till godo i en omfattning som uppväger de konkurrensbegränsande effekterna av forsknings- och utvecklingsavtalet. Exempelvis måste införandet av nya eller förbättrade produkter på marknaden uppväga eventuella prishöjningar eller andra konkurrensbegränsande effekter.

191. I allmänhet är det mer sannolikt att ett forsknings- och utvecklingsavtal medför effektivitetsvinster som gagnar konsumenterna om forsknings- och utvecklingsavtalet leder till att kompletterande kunskaper och tillgångar kombineras. Parterna i ett avtal kan exempelvis ha olika forskningskapaciteter.

192. Om parterna har väldigt liknande tillgångar och kunskaper kan den största effekten av forsknings- och utvecklingsavtalet vara att forskningen och utvecklingen elimineras helt eller delvis för en eller flera av parterna. Detta skulle eliminera (fasta) kostnader för parterna i avtalet men troligen inte medföra fördelar som skulle komma konsumenterna till godo.

193. Dessutom gäller att ju större marknadsstyrka parterna har, desto mindre sannolikt är det att de låter effektivitetsvinsterna komma konsumenterna till godo i en omfattning som uppväger de konkurrensbegränsande effekterna.

2.8.4. *Konkurrensen sätts inte ur spel*

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

2.9. **Tidpunkt för bedömningen**

195. Bedömningen av begränsande avtal enligt artikel 101 görs i det sammanhang där de faktiskt förekommer och på grundval av sakförhållandena vid en viss tidpunkt. Bedömningen kan ändras om det sker betydande förändringar av sakförhållandena.

⁽¹⁵²⁾ Se även avsnitt 2.3 i dessa riktlinjer.

⁽¹⁵³⁾ Se även avsnitt 2.6 i dessa riktlinjer om särskilt allvarliga begränsningar.

196. Undantaget enligt artikel 101.3 gäller så länge de fyra kumulativa villkoren i den artikeln är uppfyllda och upphör att gälla när detta inte längre är fallet. Vid tillämpningen av de fyra kumulativa kriterierna enligt artikel 101.3 måste man ta hänsyn till de icke-återvinningsbara startinvesteringar som någondera parten gjort och hur lång tid och vilka begränsningar som krävs för att göra och ta igen en effektivitetsfrämjande investering. Artikel 101 kan inte tillämpas utan att vederbörlig hänsyn tas till en sådan förhandsinvestering. Den risk som parterna ställs inför och de oåterkalleliga investeringskostnader som krävs för att genomföra avtalet kan således innebära att avtalet inte omfattas av artikel 101.1 eller uppfyller villkoren i artikel 101.3 under den tid som krävs för att ta igen investeringen. Om den uppfinning som investeringen utmynnar i omfattas av någon form av ensamrätt som beviljas parterna enligt de regler som specifikt gäller skydd av immateriella rättigheter är det i regel osannolikt att den tid som krävs för att återvinna en sådan investering är längre än den period för vilken ensamrätt beviljats enligt reglerna i fråga.
197. I vissa fall är det begränsande avtalet oåterkalleligt. När det begränsande avtalet har genomförts kan den situation som rådde före avtalets ingående inte återställas. I sådana fall måste bedömningen göras enbart på grundval av de sakförhållanden som råder vid tidpunkten för genomförandet.
198. 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 objektivt vara tekniskt och ekonomiskt omöjligt att starta ett projekt på nytt om det en gång övergetts. Om avtalet vid den tidpunkten är förenligt med artikel 101, till exempel därför att ett tillräckligt antal tredje parter har konkurrerande forsknings- och utvecklingsansträngningar, förblir parternas avtal om att överge sina individuella projekt förenliga med artikel 101.1, även om de projekt som genomförs av tredje man misslyckas vid en senare tidpunkt.
199. Förbudet i artikel 101.1 kan dock vara tillämpligt på andra delar av avtalet avseende vilka frågan om oåterkallelighet inte uppstår. Om avtalet inte bara innebär gemensam forskning och utveckling utan också till exempel gemensamt utnyttjande, kan artikel 101 vara tillämplig på denna del av avtalet om avtalet ger konkurrensbegränsande effekter till följd av marknadsutvecklingen och (inte längre) uppfyller villkoren i artikel 101.3 om hänsyn tas till icke-återvinningsbara förhandsinvesteringar.

2.10. Exempel

200. Forsknings- och utvecklingsavtal mellan företag som konkurrerar på innovationsområdet

Exempel 1

Situation: Företagen A och B har var för sig gjort betydande investeringar i FoU för att utveckla en ny miniatyriserad elektronisk komponent som varken kommer att förbättra eller ersätta befintliga komponenter, och för vilka efterfrågan kommer att skapa en egen ny marknad om den lyckas. Företagen A och B har utvecklat tidiga prototyper. De är nu överens om att ansluta sig till dessa FoU-insatser genom att bilda ett gemensamt företag för att slutföra forskning och utveckling, med fokus endast på en av de två FoU-insatserna (den del av avtalet som rör FoU) och att ta fram den nya komponenten (den del av avtalet som avser gemensamt utnyttjande), som kommer att säljas tillbaka till företagen A och B, så att de kan marknadsföra den nya komponenten separat (*FoU-avtalet*).

Det finns inga andra företag som för närvarande utvecklar samma eller en substituerbar elektronisk komponent, eller som på egen hand kan och sannolikt kommer att ägna sig åt FoU-insatser för att utveckla samma eller en substituerbar komponent.

Analys: Den elektroniska miniatyriserade komponenten är en helt ny produkt och en analys bör göras av huruvida FoU-avtalet begränsar konkurrensen på den inre marknaden i den mening som avses i artikel 101.1. Dessutom bör det göras en bedömning av huruvida FoU-avtalet omfattas av gruppundantagsförordningen om FoU.

Vid tidpunkten för ingåendet av FoU-avtalet är företagen A och B de enda två företag som deltar (eller kan och sannolikt kommer att delta) i FoU-insatser avseende den nya komponenten. Var och en av dem skulle ha kunnat genomföra forskning och utveckling för den nya komponenten på egen hand och föra ut den nya komponenten på marknaden. Genom det gemensamma företaget kommer företagen A och B nu att koncentrera sig på en FoU-insats, i stället för att ägna sig åt två separata insatser. FoU-avtalet kan därför mycket väl ha konkurrensbegränsande effekter i den mening som avses i artikel 101, till följd av en minskning av antalet FoU-insatser och därmed av antalet produkter som sannolikt kommer ut på marknaden.

Om avtalet leder till en konkurrensbegränsning måste parterna avgöra om de kan undantas enligt gruppundantagsförordningen om FoU. FoU-avtalet mellan företagen A och B uppfyller dock inte villkoren för undantag. I synnerhet uppfylls inte tröskelvärdet för avtal mellan företag som konkurrerar på innovationsområdet, eftersom det inte finns några andra konkurrerande FoU-insatser (artikel 6.3 i gruppundantagsförordningen om FoU). Det krävs därför en individuell bedömning för att avgöra om FoU-avtalet uppfyller kraven i artikel 101.3.

Enligt artikel 101.3 skulle FoU-avtalet visserligen kunna ge upphov till effektivitetsvinster i form av en snabbare utveckling av en ny produkt, men FoU-avtalet skulle undanröja parternas enda konkurrenstryck på innovationsnivå. Därför skulle detta sannolikt leda till minskad innovation och högre priser i efterföljande led. FoU-avtalet skulle sannolikt skapa ett duopol på den framtida marknaden för nya miniaturiserade elektroniska komponenter. Ett sådant duopol skulle kännetecknas av en hög grad av gemensamma kostnader och eventuellt utbyte av kommersiellt känslig information mellan parterna, eftersom deras gemensamma företag kommer att tillverka för de enda säljarna av den nya komponenten, företagen A och B. Det kan därför också finnas en allvarlig risk för konkurrensbegränsande samordning som leder till samverkan på den nya marknaden. Även om en del av dessa betänkligheter kan undanröjas genom att parterna åtar sig att på skäliga villkor bevilja tredje parter licenser för know-how eller immateriella rättigheter som är nödvändiga för att tillverka de nya komponenterna, förefaller det osannolikt att detta skulle kunna undanröja alla betänkligheter och uppfylla villkoren i artikel 101.3. Därför är det osannolikt att FoU-avtalet kan undantas enligt artikel 101.3.

201. FoU-avtal mellan företag som konkurrerar om en befintlig produkt och/eller teknik

Exempel 2

Situation: Företag A har en marknadsandel på 51 % på en marknad som omfattar dess succéläkemedel. Ett litet företag, företag B, bedriver forskning och utveckling på läkemedelsområdet och produktion av aktiva farmaceutiska substanser (API-produktion) och av generiska läkemedel. Företag B har upptäckt en process som gör det möjligt att producera API till företag A:s succéläkemedel på ett mer ekonomiskt sätt. Företag B har lämnat in en patentansökan för denna process (metodpatent). Företag A:s patent för den aktiva farmaceutiska substansen i succéläkemedlet (API-patent) upphör att gälla om knappt tre år. Därefter återstår ett antal metodpatent som avser läkemedlet i fråga. Företag B anser att den nya, effektivare process som det utvecklade inte skulle innebära ett intrång i företag A:s befintliga metodpatent och skulle möjliggöra tillverkning av en generisk version av succéläkemedlet när företag A:s API-patent har löpt ut. Företag B skulle sannolikt antingen kunna tillverka produkten självt eller licensiera processen till intresserade berörda parter, t.ex. generikaföretag eller företag A.

Innan företag B slutför sin forskning och utveckling inom detta område ingår det ett avtal med företag A, genom vilket företag A ger ett ekonomiskt bidrag till det FoU-projekt som genomförs av företag B på villkor att det förvärvar en exklusiv licens för något av företag B:s patent som hänger samman med produktionen av API till företag A:s succéläkemedel.

Det finns två andra oberoende FoU-insatser för att utveckla en process för tillverkning av API för succéläkemedlet som inte skulle innebära ett intrång i företag A:s eller B:s metodpatent, men det är ännu inte klart om de kommer att utmynna i industriell produktion.

Analys: Den process som omfattas av företag B:s patentansökan förbättrar endast en befintlig tillverkningsprocess. Företag A är verksamt på marknaden för befintlig teknik (tillverkningsprocessen) och på marknaden för den befintliga produkten (succéläkemedlet). Företag B är en potentiell konkurrent på teknisk nivå. Om företag B skulle utnyttja metodpatentet skulle det sannolikt kunna komma in på produktmarknaden med exempelvis en generisk produkt. Därför är företagen A och B potentiella konkurrenter på den produktmarknad som succéläkemedlet utgör en del av. Avtalet omfattas inte av undantaget enligt gruppundantagsförordningen om FoU, eftersom företag A:s marknadsandel är större än 25 %, åtminstone när det gäller produktmarknaden. Därför måste en individuell bedömning göras.

Företag A har marknadsstyrka på den befintliga marknaden som succéläkemedlet utgör en del av. Denna marknadsstyrka skulle försvagas avsevärt när generiska konkurrenter faktiskt kommer ut på marknaden, men den exklusiva licensen för metodpatentet gör den process som företag B utvecklat otillgänglig för tredje man och fördröjer sannolikt marknadsinträdet för generiska läkemedel (inte minst eftersom produkten i fråga fortfarande skyddas av flera metodpatent som tillhör företag A). Eftersom det är oklart om de två andra FoU-insatserna som för närvarande arbetar med ett alternativ som inte innebär intrång i företag A:s metodpatent skulle nå industriell produktion, är företag B:s metodpatent den enda trovärdiga vägen att lansera generiska produkter som skulle kunna konkurrera med företag A:s succéläkemedel. Avtalet begränsar därför konkurrensen i den mening som avses i artikel 101.1. De kostnadsbesparingar som erhålls genom den nya produktionsprocessen för företag A är inte tillräckliga för att uppväga konkurrensbegränsningen. I avsaknad av andra konkurrenter på produktmarknaden, såsom generikatillverkare, är det osannolikt att besparingarna i fråga om tillverkningskostnader skulle komma konsumenterna till godo. Dessutom är en exklusiv licens inte nödvändig för att uppnå sådana besparingar. Därför är det osannolikt att inköpsavtalet uppfyller villkoren i artikel 101.3.

202. Forskningspartnerskap

Exempel 3

Situation: Företagen A, B och C är ledande aktörer inom teknik för förnybar energi. De planerar att inrätta ett forskningspartnerskap som kommer att fastställa en FoU-agenda med en långsiktig gemensam vision för utvecklingen av ny teknik för förnybar energi och förbättring av befintlig teknik, som skulle genomföras i en rad separata FoU-projekt.

Denna agenda skulle utgöra ett FoU-samarbete och formaliseras i ett samförståndsavtal som fastställer målen, villkoren och villkoren för samarbetet, inbegripet styrningsmekanismer och övervakningsarrangemang. I samförståndsavtalet fastställs således en ram för samarbete inom vilken särskilda samarbetsprojekt för forskning och utveckling kommer att genomföras till stöd för den överenskomna långsiktiga agendan.

Analys: Denna typ av forskningspartnerskap kan omfatta konkurrerande företag i utvecklingen eller genomförandet av denna teknik eller båda delarna. Det är dock inte sannolikt att denna typ av samarbete kommer att bli problematiskt om forskningspartnerskapet är begränsat till en brett fastställd agenda.

Om forskningspartnerskapet är inriktat på en utmaning som inget enskilt företag självt kan hantera och som kräver mobilisering av flera aktörer skulle det dessutom underlätta innovation som annars inte skulle äga rum och därmed utgöra ett bidrag till den tekniska och ekonomiska utvecklingen.

Även om ett sådant forskningspartnerskap sannolikt inte skulle ge upphov till konkurrensproblem, skulle de enskilda samarbetsavtalen om forskning och utveckling behöva analyseras separat.

3. PRODUKTIONSAVTAL

3.1. Inledning

203. Syftet med detta kapitel är att ge vägledning om omfattningen och konkurrensbedömningen av produktionsavtal som omfattas av artikel 101.1 och som antingen a) omfattas av gruppundantagsförordningen om specialisering (avsnitt 3.4) eller b) inte omfattas av gruppundantagsförordningen om specialisering och måste bedömas enligt artikel 101.1 och 101.3 (avsnitt 3.5).
204. Produktionsavtal kan ha olika form och tillämpningsområden. De kan antingen föreskriva att produktionen utförs av endast en part eller att den utförs av två eller flera parter. Företag kan bedriva gemensam produktion inom ramen för ett gemensamt företag (dvs. ett gemensamt kontrollerat företag som driver en eller flera produktionsanläggningar) eller genom lösare former för produktions-samarbete, t.ex. underleverantörsavtal.

205. Dessa riktlinjer gäller alla former av gemensamma produktionsavtal och horisontella underleverantörsavtal ⁽¹⁵⁴⁾.
206. Med underleverantörsavtal avses avtal där en part (uppdragsgivaren) anförtror en annan part (underleverantören) produktionen av en produkt. Horisontella underleverantörsavtal ingås mellan företag som är verksamma på samma produktmarknad, oavsett om de är faktiska eller potentiella konkurrenter. Horisontella underleverantörsavtal omfattar ensidiga och ömsesidiga specialiseringsavtal och andra horisontella underleverantörsavtal.
207. Ensidiga specialiseringsavtal är avtal mellan två eller flera parter som är verksamma på samma produktmarknad, genom vilka en part eller flera parter åtar sig att helt eller delvis sluta tillverka vissa produkter eller att avhålla sig från att tillverka dessa produkter och åtar sig att köpa dem av den andra parten eller de andra parterna, som åtar sig att tillverka och leverera dessa produkter till den part eller de parter som slutar tillverka dem eller avhåller sig från att tillverka dem.
208. Ömsesidigt specialiseringsavtal är avtal mellan två eller flera parter som är verksamma på samma produktmarknad, varigenom två eller flera parter ömsesidigt samtycker till att helt eller delvis upphöra med eller avstå från tillverkning av vissa, men skilda produkter och att istället köpa dessa produkter från övriga parter, som förbinder sig att producera och leverera dem till den part eller de parter som slutar tillverka dem eller avhåller sig från att tillverka dem.
209. Dessa riktlinjer gäller även andra horisontella underleverantörsavtal. Detta inbegriper underleverantörsavtal som syftar till att öka produktionen, där uppdragsgivaren inte samtidigt upphör med eller minskar sin egen produktion av produkten.

3.2. De relevanta marknaderna

210. Ett produktionsavtal kommer att påverka de marknader som direkt berörs av samarbetet, det vill säga de marknader som de produkter som tillverkas inom ramen för produktionsavtalet tillhör. Dessa marknader kommer att definieras i enlighet med tillkännagivandet om marknadsdefinition ⁽¹⁵⁵⁾. Ett produktionsavtal kan också ha spridningseffekter på marknader i föregående eller efterföljande marknadsled eller angränsande marknader som direkt berörs av samarbetet (*spill-over-marknaderna*) ⁽¹⁵⁶⁾. Det är sannolikt att spill-over-marknaderna är relevanta om marknaderna är beroende av varandra och parterna har en stark ställning på spill-over-marknaden.

3.3. Bedömning enligt artikel 101.1

211. Bedömningen av ett specialiseringsavtal inleds med frågan om huruvida avtalet innehåller konkurrensbegränsningar som omfattas av artikel 101.1. Om så är fallet
- (a) kommer bedömningen att inriktas på huruvida specialiseringsavtalet kan omfattas av undantaget i gruppundantagsförordningen om specialisering,
- (b) skulle det, om avtalen inte omfattas av gruppundantagsförordningen om specialisering, krävas en individuell bedömning av avtalet för att avgöra om specialiseringsavtalet uppfyller villkoren i artikel 101.3.

3.3.1. De centrala konkurrensproblemen

212. Produktionsavtal kan ge upphov till olika konkurrensproblem, t.ex.

- (a) en direkt begränsning av konkurrensen mellan parterna,

⁽¹⁵⁴⁾ Vertikala underleverantörsavtal omfattas inte av dessa riktlinjer. Vertikala underleverantörsavtal ingås mellan företag som är verksamma på olika marknadsnivåer. De omfattas av riktlinjerna om vertikala begränsningar och kan på vissa villkor omfattas av gruppundantagsförordningen om vertikala begränsningar. Dessutom kan de omfattas av kommissionens tillkännagivande av den 18 december 1978 om bedömning av vissa underleverantörsavtal med avseende på artikel 85.1 i EEG-fördraget (EGT C 1, 3.1.1979, s. 2) (*ej översatt till svenska*) (*tilkännagivandet om underleverantörsavtal*).

⁽¹⁵⁵⁾ Kommissionens tillkännagivande om definitionen av relevant marknad i gemenskapens konkurrenslagstiftning (EGT C 372, 9.12.1997, s. 5).

⁽¹⁵⁶⁾ Artikel 2.5 första stycket i rådets förordning (EG) nr 139/2004 av den 20 januari 2004 om kontroll av företagskoncentrationer (EUT L 24, 29.1.2004, s. 1).

- (b) samordning av parternas konkurrensbeteende som leverantörer,
- (c) konkurrenshämmande avskärmning av tredje parter på en närliggande marknad.
213. Produktionsavtal kan leda till en **direkt begränsning av konkurrensen mellan parterna**. Produktionsavtal, särskilt gemensamma produktionsföretag ⁽¹⁵⁷⁾, kan föranleda parterna att direkt samordna i) produktionsnivåer, ii) kvalitet, iii) det pris till vilket det gemensamma företaget ska sälja sina produkter eller iv) andra parametrar som är viktiga ur konkurrenssynpunkt (t.ex. innovation, hållbarhet). Detta kan begränsa konkurrensen även om parterna säljer produkterna självständigt.
214. Produktionsavtal kan också leda till **samordning av parternas konkurrensbeteende som leverantörer**, det vill säga **samverkan**, vilket leder till i) högre priser, ii) minskad produktion, iii) minskad produktkvalitet, iv) minskat produktutbud eller v) minskad innovation. Detta kan ske under förutsättning att
- (a) parterna har marknadsstyrka,
- (b) marknaden har egenskaper som främjar sådan samordning, särskilt
- i) om produktionsavtalet ökar parternas gemensamma kostnader (dvs. andelen rörliga kostnader som är gemensamma för parterna) i till den grad som ger dem möjlighet att bedriva samverkan, eller
- ii) om avtalet omfattar utbyte av kommersiellt känslig information som kan leda till samverkan.
215. Vidare kan produktionsavtal leda till **konkurrenshämmande avskärmning av tredje man på en angränsande marknad** (t.ex. på en marknad i efterföljande led som är beroende av insatsvaror från den marknad som produktionsavtalet avser). Sådana konkurrensproblem kan bli verklighet oberoende av om parterna i avtalet är konkurrenter på den marknad där samarbetet bedrivs. För att avskärmning av detta slag ska ha konkurrensbegränsande effekter måste minst en av parterna ha en stark ställning på den marknad där riskerna för avskärmning bedöms.
216. *Exempel:* Genom att förvärva tillräcklig marknadsstyrka kan parter som bedriver gemensam produktion i ett föregående marknadsled höja priset på en nyckelkomponent (eller insatsvara) i ett efterföljande marknadsled. Därigenom kan de använda den gemensamma produktionen till att öka kostnaderna för sina konkurrenter i efterföljande marknadsled och marginalisera dem eller, slutligen, tränga ut dem från marknaden. Detta skulle i sin tur öka parternas marknadsstyrka i efterföljande led, vilket skulle tillåta dem att hålla priserna över den nivå som råder vid normala konkurrensförhållanden eller skada konsumenterna på något annat sätt.
- 3.3.2. *Avtal som har till syfte att begränsa konkurrensen*
217. I allmänhet har avtal som a) omfattar fastställande av priser, b) begränsning av produktionen eller c) uppdelning av marknader och kundkretsar till syfte att begränsa konkurrensen.
218. Detta gäller dock inte i fråga om produktionsavtal, om
- (a) parterna kommer överens om den produktion som direkt berörs av produktionsavtalet (t.ex. kapacitet och produktionsvolym för ett gemensamt företag eller den överenskomna mängden produkter som lagts ut på entreprenad), förutsatt att övriga konkurrensparametrar (t.ex. priser) inte satts ur spel, eller
- (b) ett produktionsavtal som också omfattar gemensam distribution av de gemensamt tillverkade produkterna föreskriver gemensamt fastställande av försäljningspriserna för dessa produkter, och endast dessa, förutsatt att begränsningen är nödvändig för gemensam tillverkning. Det innebär att parterna inte annars skulle ha något incitament att ingå produktionsavtalet överhuvudtaget.

⁽¹⁵⁷⁾ Se punkterna 51 (självständigt fungerande gemensamma företag) och 13 (ansvar för en överträdelse av artikel 101.1) i dessa riktlinjer.

219. I dessa två fall måste man bedöma om de produktionsavtal som innehåller dessa begränsningar sannolikt kommer att ge upphov till konkurrensbegränsande effekter i den mening som avses i artikel 101.1. Dessa begränsningar och produktionsavtal granskas inte separat, utan hela produktionsavtalets övergripande effekter på marknaden tas samtidigt med i bedömningen.
- 3.3.3. *Konkurrensbegränsande effekter*
220. Huruvida de eventuella konkurrensproblem som produktionsavtal kan ge upphov till sannolikt kommer att uppstå i ett visst fall beror på flera variabler. Dessa variabler avgör hur ett produktionsavtal sannolikt kommer att påverka konkurrensen och därmed om artikel 101.1 är tillämplig. Variablerna är t.ex.
- (a) egenskaperna hos den marknad där avtalet ingås,
 - (b) samarbetets art,
 - (c) samarbetets marknadstäckning,
 - (d) de produkter som berörs av samarbetet.
221. Huruvida det är sannolikt att ett produktionsavtal ger upphov till konkurrensbegränsande effekter beror på den situation som skulle råda om avtalet inte fanns med alla sina påstådda begränsningar.
222. Olika faktorer, t.ex. om parterna i avtalet är nära konkurrenter, om kunderna har begränsade möjligheter att byta leverantör, om det är osannolikt att konkurrenterna ökar utbudet om priserna höjs och om en av parterna i avtalet är en viktig konkurrensfaktor, är alla relevanta för en konkurrensrättslig bedömning av avtalet.
223. **Produktionsavtal som också omfattar saluföringsfunktioner** (t.ex. gemensam distribution eller marknadsföring). Dessa avtal medför en större risk för konkurrensbegränsande effekter än gemensamma produktionsavtal som inte omfattar något annat. Gemensam saluföring för samarbetet närmare konsumenten och omfattar vanligen gemensamt fastställande av priser och försäljning, dvs. metoder som medför de största riskerna för konkurrensen.
224. I regel är det dock mindre sannolikt att avtal om gemensam distribution av produkter som har tillverkats gemensamt begränsar konkurrensen än att fristående avtal om gemensam distribution gör det.
225. Vidare gäller att ett avtal om gemensam distribution som är nödvändigt för att avtalet om gemensam produktion ska kunna genomföras överhuvudtaget mindre sannolikt begränsar konkurrensen än om det inte vore nödvändigt för den gemensamma produktionen.
226. **Produktionsavtal som sannolikt inte kommer att ha konkurrensbegränsande effekter.** Vissa produktionsavtal kommer sannolikt inte att ha några begränsande effekter:
227. Det är inte sannolikt att produktionsavtal mellan företag som konkurrerar på marknader där samarbete förekommer har konkurrensbegränsande effekter, om *produktionsavtalet ger upphov till en ny marknad* ⁽¹⁵⁸⁾, dvs. om avtalet ger parterna möjlighet att lansera en ny produkt eller tjänst som de, på grundval av objektiva faktorer, annars inte hade kunnat lansera (t.ex. på grund av parternas) tekniska kapacitet).
228. Det är inte sannolikt att produktionsavtal leder till en direkt begränsning av konkurrensen mellan parterna, samverkan, konkurrenshämmande avskärmning om *parterna i ett avtal inte har marknadsstyrka* på den marknad där en konkurrensbegränsning bedöms. Marknadsstyrka är det enda som kan ge parterna i avtalet möjlighet att på ett lönsamt sätt hålla priserna på en högre nivå än under normala konkurrensförhållanden, eller på ett lönsamt sätt hålla produktion, produktkvalitet eller produktutbud på en lägre nivå än vad som dikteras av konkurrensen.
- 3.3.3.1. *Marknadsstyrka*
229. Utgångspunkten för en analys av marknadsstyrka är a) parternas marknadsandel, enskilt och tillsammans. Därefter följer i regel en bedömning av b) koncentrationsgraden och antalet aktörer på marknaden samt c) andra dynamiska faktorer, som potentiellt marknadsinträde och föränderliga marknadsandelar, och d) andra faktorer som är relevanta för bedömningen av marknadsstyrka.

⁽¹⁵⁸⁾ I detta kapitel bör begreppet "ny marknad" förstås i en vidare bemärkelse än i samband med FoU-avtal som omfattas av kapitel 2 (se t.ex. punkt 60).

(A) MARKNADSANDEL

230. Det är osannolikt att företag har marknadsstyrka under en viss marknadsandel.
231. **Gruppundantagsförordningen om specialisering.** Tröskelvärdet för marknadsandelar enligt gruppundantagsförordningen om specialisering fastställs till 20 %. Specialiseringsavtal ⁽¹⁵⁹⁾ omfattas av gruppundantagsförordningen om specialisering om de ingås mellan parter med en sammanlagd marknadsandel på högst 20 % på den eller de relevanta marknaderna, förutsatt att övriga villkor för tillämpning av gruppundantagsförordningen om specialisering är uppfyllda.
232. **Safe harbour.** När det gäller horisontella underleverantörsavtal, som inte omfattas av definitionen av specialiseringsavtal i gruppundantagsförordningen om specialisering (artikel 1.1 a), är det i de flesta fall osannolikt att det föreligger marknadsstyrka, om avtalsparterna har en sammanlagd marknadsandel på högst 20 %. Horisontella underleverantörsavtal där parternas sammanlagda marknadsandel inte överstiger 20 % kommer i alla händelser sannolikt att uppfylla villkoren i artikel 101.3.
233. **Marknadsandel över 20 %.** Om parternas sammanlagda marknadsandel överstiger 20 % måste de konkurrensbegränsande effekterna analyseras. På det hela taget är risken för att ett produktionsavtal kan öka avtalsparternas incitament att höja sina priser (och/eller minska kvaliteten och utbudet) mer sannolik ju större parternas sammanlagda marknadsandelar är.

(B) MARKNADSKONCENTRATION

234. Det är i allmänhet mer sannolikt att ett produktionsavtal får konkurrensbegränsande effekter på en koncentrerad marknad än på en marknad som inte är koncentrerad. Ett produktionsavtal på en koncentrerad marknad kan öka risken för samverkan även om parterna endast har en måttlig sammanlagd marknadsandel.
235. En sammanlagd marknadsandel för parterna som är måttligt högre än 20 % innebär dock inte nödvändigtvis en starkt koncentrerad marknad. Parterna kan ha en sammanlagd marknadsandel på något mer än 20 % på en marknad med en måttlig koncentration.

(C) DYNAMISKA FAKTORER

236. Även om parterna i avtalet har stora marknadsandelar och marknadskoncentrationen är hög kan riskerna för konkurrensbegränsande effekter fortfarande vara låga om det är fråga om en dynamisk marknad, där nya aktörer kommer in på marknaden och företagens marknadsandelar ofta förändras.

(D) ANDRA FAKTORER SOM ÄR RELEVANTA FÖR BEDÖMNINGEN AV MARKNADSFLYTANDE

237. Antalet och intensiteten i förbindelserna (t.ex. andra samarbetsavtal) mellan konkurrenterna på marknaden är också relevanta för bedömningen av parternas marknadsstyrka.
238. I fall där ett företag med marknadsstyrka på en marknad samarbetar med en potentiell ny aktör på marknaden, t.ex. med en leverantör av samma produkt på en angränsande geografisk marknad eller produktmarknad, kan avtalet dessutom öka den etablerade aktörens marknadsstyrka. Detta kan ge konkurrensbegränsande effekter om a) om den faktiska konkurrensen på den etablerade aktörens marknad redan är svag och b) hotet om inträde är en viktig källa till konkurrenstryck.

3.3.3.2. Direkt begränsning av konkurrensen mellan parterna

239. Konkurrens mellan parterna i ett produktionsavtal kan begränsas direkt på olika sätt. Exempelvis ska:

- (a) Parterna i ett produktionsavtal skulle t.ex. kunna begränsa det gemensamma företagens produktion jämfört med vad de hade fört in på marknaden om var och en av dem hade fattat beslut om sin produktion på egen hand.
- (b) Om de viktigaste egenskaperna avgörs av produktionsavtalet kan det också sätta centrala aspekter av konkurrensen mellan parterna ur spel och slutligen få konkurrensbegränsande effekter.

⁽¹⁵⁹⁾ Artikel 1.1 i gruppundantagsförordningen om specialisering.

(c) Ett gemensamt företag som tar ut ett högt internpris av parterna i produktionsavtalet skulle öka parternas produktionskostnader, vilket skulle kunna leda till högre priser i efterföljande marknadsled. Konkurrenter kan finna det lönsamt att höja priserna som motåtgärd och därmed bidra till prishöjningar på den relevanta marknaden.

240. I vissa branscher där tillverkning är den huvudsakliga verksamheten kan även ett rent produktionsavtal i sig sätta viktiga konkurrenskomponenter ur funktion, och därmed direkt begränsa konkurrensen mellan parterna i avtalet.

3.3.3.3. Samverkan och konkurrenshämmande avskärmning

241. Sannolikheten för att samverkan uppstår beror på parternas marknadsstyrka (se avsnitt 3.3.3.1) och den relevanta marknads egenskaper. Samverkan kan framför allt (men inte enbart) bli följden av gemensamma kostnader eller informationsutbyte som produktionsavtalet fört med sig.

242. Ett produktionsavtal kan också leda till en konkurrenshämmande avskärmning genom att a) öka företagets marknadsstyrka, eller b) öka deras gemensamma kostnader, eller c) om det omfattar utbyte av kommersiellt känsligt information.

(A) GEMENSAMMA KOSTNADER

243. Ett produktionsavtal mellan parter med marknadsinflytande kan ha konkurrensbegränsande effekter om det ökar deras gemensamma kostnader till en nivå som gör det möjligt för dem att samverka (till exempel genom att komma överens om priser eller andra konkurrensparametrar) eller utestänga tredje parter från spridningsmarknader.

244. Med gemensamma kostnader avses den andel av de rörliga kostnaderna som avtalsparterna har gemensamt. De relevanta kostnaderna är de rörliga kostnaderna för den produkt som parterna i produktionsavtalet konkurrerar med.

245. Det är mer sannolikt att ett produktionsavtal ger upphov till samverkan eller avskärmning om parterna redan innan avtalet ingås har en stor andel gemensamma rörliga kostnader, eftersom den ytterligare ökning som produktionskostnaderna för med sig för de produkter som är föremål för avtalet kan få vågskålen att väga över mot samverkan. Omvänt kan risken för samverkan eller avskärmning vara hög, även om den ursprungliga gemensamma kostnadsnivån är låg, om ökningen (som följer av produktionskostnaderna för de produkter som omfattas av avtalet) är stor.

246. Gemensamma kostnader ökar risken för samverkan eller avskärmning endast om produktionskostnaderna utgör en stor andel av de rörliga kostnader som berörs.

(a) Ett scenario där gemensamma kostnader kan leda till samverkan är om parterna kommer överens om gemensam produktion av en mellanprodukt som utgör en stor andel av de rörliga kostnaderna för den färdigprodukt som parterna konkurrerar med i efterföljande marknadsled. Parterna skulle kunna använda produktionsavtalet till att höja priset på denna viktiga gemensamma insatsvara för sina produkter i det efterföljande marknadsledet. Detta skulle försvaga konkurrensen i efterföljande marknadsled och sannolikt leda till högre slutpriser. Vinsten skulle uppkomma i det föregående i stället för det efterföljande marknadsledet och därefter delas mellan parterna via det gemensamma företaget.

(b) Gemensamma kostnader ökar likaså risken för att horisontella underleverantörsavtal ska medföra konkurrensbegränsande avskärmning om den insatsvara som uppdragsgivaren köper av underleverantören utgör en stor andel av de rörliga kostnaderna för den färdigprodukt som parterna konkurrerar med.

247. Det är dock mindre sannolikt att de gemensamma kostnaderna ökar risken för samverkan när samarbetet gäller produkter som kräver kostsam saluföring, t.ex. nya eller heterogena produkter som kräver kostsam marknadsföring eller höga transportkostnader.

(B) INFORMATIONsutbyte

248. Ett produktionsavtal kan medföra konkurrensbegränsande effekter om det omfattar utbyte av kommersiellt strategisk information som kan leda till samverkan eller konkurrenshämmande avskärmning.

249. Huruvida informationsutbytet inom ramen för ett produktionsavtal sannolikt kommer att leda till konkurrensbegränsande effekter bör bedömas i enlighet med riktlinjerna i kapitel 6 i dessa riktlinjer. Eventuella negativa effekter av dessa informationsutbyten kommer inte att bedömas separat utan mot bakgrund av produktionsavtalets övergripande effekter.
250. Det skulle vara mer sannolikt att produktionsavtalet uppfyller kriterierna i artikel 101.3 om informationsutbytet inte går utöver det utbyte av uppgifter som är nödvändigt för tillverkningen av de produkter som omfattas av avtalet, även om informationsutbytet har haft konkurrensbegränsande effekter i den mening som avses i artikel 101.1. I ett sådant fall är det sannolikt att de effektivitetsvinster som den gemensamma produktionen ger upphov till uppväger de konkurrensbegränsande effekterna av att parterna samordnar sitt beteende.
251. Det skulle vara mindre sannolikt att produktionsavtalet uppfyllde kriterierna i artikel 101.3 om informationsutbytet gick utöver vad som var nödvändigt för att producera gemensamt, till exempel information om priser och försäljning.
- 3.4. **Avtal som omfattas av gruppundantagsförordningen om specialisering**
252. I gruppundantagsförordningen om specialisering fastställs på vissa villkor safe harbour-regler för vissa produktionsavtal, som kallas "specialiseringsavtal".
253. Förmånen enligt gruppundantagsförordningen om specialisering bör begränsas till de specialiseringsavtal som med tillräcklig säkerhet kan antas uppfylla villkoren i artikel 101.3.
- 3.4.1. *Specialiseringsavtal*
254. Specialiseringsavtal innefattar följande typer av horisontella produktionsavtal: ensidiga specialiseringsavtal, ömsesidiga specialiseringsavtal och avtal om gemensam produktion och de avser tillverkning av varor eller förberedelse av tjänster.
255. **Ensidiga specialiseringsavtal.** De viktigaste inslagen i dessa avtal, enligt definitionen i artikel 1.1 a i i gruppundantagsförordningen om specialisering, är följande:
- (a) De omfattar två eller flera parter.
 - (b) Avtalsparterna är redan verksamma på samma produktmarknad.
 - (c) Avtalet gäller samma produkter.
 - (d) En eller flera parter enas om att helt eller delvis upphöra med eller avstå från att tillverka vissa produkter och köpa dem från den andra parten eller de andra parterna.
 - (e) Den andra parten eller de andra parterna förbinder sig att tillverka och leverera dessa produkter till den eller de andra parter som upphör med eller avstår från att tillverka dem.
256. Enligt definitionen av ensidiga specialiseringsavtal krävs inte i) att parterna är verksamma på samma geografiska marknad, eller ii) att den part eller de parter som upphör med eller avstår från att tillverka vissa produkter minskar kapaciteten (t.ex. försäljning av fabriker, nedläggning av produktionslinjer osv.), eftersom det är tillräckligt att de minskar sina produktionsvolymerna.
257. **Ömsesidiga specialiseringsavtal.** De viktigaste inslagen i dessa avtal, enligt definitionen i artikel 1.1 a ii i gruppundantagsförordningen om specialisering, är följande:
- (a) De omfattar två eller flera parter.
 - (b) Avtalsparterna är redan verksamma på samma produktmarknad.
 - (c) Avtalet gäller olika produkter.
 - (d) Två eller flera parter samtycker till att helt eller delvis upphöra med eller avstå från att producera bestämda, men olika produkter och i stället köpa dessa produkter från de övriga parterna.

- (e) Dessa övriga parter förbinder sig att producera och leverera dessa produkter till de parter som upphör med eller avstår från att tillverka dem.
258. Enligt definitionen av ömsesidiga specialiseringsavtal krävs inte i) att parterna är verksamma på samma geografiska marknad, eller ii) att de parter som upphör med eller avstår från att tillverka vissa men olika produkter minskar kapaciteten (t.ex. försäljning av fabriker, nedläggning av produktionslinjer osv.), eftersom det är tillräckligt att de minskar sina produktionsvolymerna.
259. **Avtal om gemensam produktion.** De viktigaste inslagen i dessa avtal, enligt definitionen i artikel 1.1 a iii i gruppundantagsförordningen om specialisering, är följande:
- (a) De omfattar två eller flera parter.
- (b) parterna tillverkar vissa produkter gemensamt (se avsnitt 3.4.3).
260. Enligt definitionen av avtal om gemensam produktion krävs inte i) att parterna redan är verksamma på samma produktmarknad, eller ii) att en part eller parter upphör med eller avstår från att tillverka några produkter.
- 3.4.2. *Andra bestämmelser i specialiseringsavtal*
261. Enligt gruppundantagsförordningen om specialisering undantas också vissa bestämmelser som kan ingå i specialiseringsavtal.
262. **Bestämmelser om överlåtelse eller licensiering av immateriella rättigheter till en eller flera av parterna** (artikel 2.3 i gruppundantagsförordningen om specialisering). Dessa bestämmelser omfattas av undantaget i artikel 2 i gruppundantagsförordningen för specialiseringsavtal om de uppfyller två kumulativa villkor som innebär att de
- (a) inte utgör det primära syftet med specialiseringsavtalet, och
- (b) är direkt knutna till och nödvändiga för genomförandet av det avtalet.
263. **Bestämmelser om leverans- eller inköpsskyldigheter** (artikel 2.4 och skäl 11 i gruppundantagsförordningen om specialisering). I gruppundantagsförordningen om specialisering fastställs att ensidiga och ömsesidiga specialiseringsavtal endast kommer att omfattas av undantaget om de innehåller bestämmelser om leverans- och inköpsskyldigheter. I sådana fall kan dessa skyldigheter vara exklusiva, men de behöver inte vara det (skäl 11 i gruppundantagsförordningen om specialisering).
264. När det gäller exklusiva leverans- eller inköpsskyldigheter fastställs i artikel 2.4 i gruppundantagsförordningen om specialisering att undantaget ska tillämpas på specialiseringsavtal genom vilka parterna godtar en exklusiv inköpsskyldighet eller en exklusiv leveransskyldighet.
- (a) En exklusiv leveransskyldighet enligt definitionen i artikel 1.1 j i gruppundantagsförordningen om specialisering innebär en skyldighet att inte leverera specialiseringsprodukterna (enligt definitionen i artikel 1.1 c i gruppundantagsförordningen om specialisering) till ett annat konkurrerande företag än en eller flera parter i avtalet. En exklusiv leveransskyldighet hindrar därför inte parterna från att leverera specialiseringsprodukter till tredje man som inte är konkurrerande företag.
- (b) En exklusiv inköpsskyldighet, enligt definitionen i artikel 1.1 k i gruppundantagsförordningen om specialisering, innebär en skyldighet att köpa specialiseringsprodukterna endast från en eller flera avtalsparter.
265. Andra bestämmelser i specialiseringsavtal som utgör accessoriska begränsningar kommer också att omfattas av undantaget i artikel 2 i gruppundantagsförordningen om specialisering så länge de villkor som fastställs i unionens rättspraxis⁽¹⁶⁰⁾ är uppfyllda.

⁽¹⁶⁰⁾ Dom av den 11 september 2014, MasterCard mot kommissionen, C-382/12 P, EU:C:2014:2201, punkt 89; dom av den 11 juli 1985, Remia m.fl. mot kommissionen, mål 42/84, EU:C:1985:327, punkterna 19–20; dom av den 28 januari 1986, Pronuptia, mål 161/84, EU:C:1986:41, punkterna 15–17; dom av den 15 december 1994, DLG, C-250/92, EU:C:1994:413, punkt 35, och dom av den 12 december 1995, Oude Luttikhuis m.fl., C-399/93, EU:C:1995:434, punkterna 12–15.

- 3.4.3. *Gemensam distribution och begreppet "gemensam" enligt gruppundantagsförordningen om specialisering*
266. I gruppundantagsförordningen om specialisering definieras begreppet "gemensam" i samband med distribution. Gemensam distribution kan ingå i ett specialiseringsavtal och kan omfattas av undantaget i gruppundantagsförordningen om specialisering om distributionsverksamheten bedrivs på något av följande två sätt:
- (a) distributionen utförs av en gemensam arbetsgrupp eller organisation eller ett gemensamt företag, eller
 - (b) distributionen utförs av en tredjepartsdistributör som uppfyller tre kumulativa villkor:
 - i) Den utses gemensamt av parterna i specialiseringsavtalet.
 - ii) Den utses på exklusiv eller icke-exklusiv grund.
 - iii) Den är inte en faktisk eller potentiell konkurrent till parterna i specialiseringsavtalet.
267. Undantaget i gruppundantagsförordningen om specialisering gäller ⁽¹⁶¹⁾ även specialiseringsavtal där parterna a) gemensamt distribuerar specialiseringsprodukterna och b) inte säljer dem självständigt.
268. I gruppundantagsförordningen om specialisering används också begreppet "gemensam" i definitionen av "avtal om gemensam produktion" (artikel 1.1 a iii i gruppundantagsförordningen om specialisering). Begreppet "gemensam" definieras emellertid inte i fråga om produktion. Enligt gruppundantagsförordningen om specialisering kan därför gemensam produktion ske i vilken form som helst.
- 3.4.4. *Tjänster enligt gruppundantagsförordningen om specialisering*
269. Specialiseringsavtal som omfattas av undantaget i gruppundantagsförordningen om specialisering kan också gälla förberedelse av tjänster. Med förberedelse av tjänster avses verksamhet före tillhandahållandet av tjänster till kunder (artikel 1.1 e i gruppundantagsförordningen om specialisering). Till exempel skulle ett specialiseringsavtal för att skapa en plattform genom vilken en tjänst kommer att tillhandahållas kunna betraktas som ett avtal om förberedelse av tjänster.
270. Såsom förklaras i skäl 9 i gruppundantagsförordningen om specialisering ligger dock tillhandahållandet av tjänster utanför tillämpningsområdet för gruppundantagsförordningen för specialiseringsavtal, utom i samband med distribution där parterna tillhandahåller de tjänster som färdigställts enligt specialiseringsavtalet.
- 3.4.5. *Konkurrerande företag: en faktisk eller potentiell konkurrent.*
271. Enligt gruppundantagsförordningen om specialisering (artikel 1.1 i) skulle konkurrerande företag anses vara a) en faktisk konkurrent, om ett företag är verksamt på samma relevanta marknad, eller b) potentiella konkurrenter, om de, om specialiseringsavtalet inte fanns, på realistiska grunder och inte endast som en rent teoretisk möjlighet, sannolikt inom högst tre år skulle göra de nödvändiga ytterligare investeringarna eller ta på sig andra nödvändiga kostnader för att komma in på den relevanta marknaden.
272. Potentiell konkurrens måste bedömas realistiskt. Avtalsparter kan till exempel inte definieras som potentiella konkurrenter endast därför att specialiseringsavtalet ger dem möjlighet att utföra viss produktionsverksamhet. Den avgörande frågan är huruvida varje part självständigt har de nödvändiga medlen för att göra detta.
- 3.4.6. *Tröskelvärde för marknadsandel och undantagets varaktighet*
- 3.4.6.1. *Tröskelvärde för marknadsandel*
273. Enligt artikel 3 i gruppundantagsförordningen om specialisering kommer specialiseringsavtal att omfattas av undantaget om följande tröskelvärden för marknadsandelar är uppfyllda:

⁽¹⁶¹⁾ Artikel 2.4 b och artikel 1.1.1 i gruppundantagsförordningen om specialisering.

- (a) Parternas sammanlagda marknadsandel överstiger inte 20 % på den eller de relevanta marknader som berörs av specialiseringsavtalet, förutsatt att övriga villkor för undantag enligt gruppundantagsförordningen om specialisering är uppfyllda.
- (b) Om specialiseringsprodukterna är mellanprodukter som en eller flera av parterna helt eller delvis använder internt för produktion av produkter i senare led, som de också säljer, är det undantag som föreskrivs i gruppundantagsförordningen om specialisering villkorat av
 - i) att parternas sammanlagda marknadsandel är högst 20 % på den eller de relevanta marknader som specialiseringsprodukten tillhör, och
 - ii) att parternas sammanlagda marknadsandel är högst 20 % på den eller de relevanta marknader som produkterna i senare led tillhör. Enligt gruppundantagsförordningen om specialisering definieras en "produkt i senare led" som en produkt för vilken en specialiseringsprodukt används som insatsprodukt av en eller flera av parterna och som dessa parter avyttrar på marknaden (artikel 1.1 g).

3.4.6.2. Beräkning av marknadsandelar

- 274. Enligt artikel 4 i gruppundantagsförordningen om specialisering ska marknadsandelen beräknas på grundval av uppgifter som avser det föregående kalenderåret.
- 275. För vissa marknader kan det bli nödvändigt att beräkna marknadsandelarna på grundval av ett genomsnitt av parternas marknadsandelar under de tre föregående kalenderåren. Detta kan till exempel vara relevant när det finns anbudsmarknader och marknadsandelarna kan förändras avsevärt (t.ex. från 0 % till 100 %) från ett år till ett annat, beroende på om en part lyckades eller inte i anbudsförfarandet. Det kan också vara relevant för marknader som kännetecknas av stora order i bulk för vilka marknadsandelen för föregående kalenderår kanske inte är representativ, till exempel om ingen stor beställning ägde rum under det föregående kalenderåret. En annan situation där det kan vara nödvändigt att beräkna marknadsandelarna på grundval av ett genomsnitt för de tre föregående kalenderåren är när det förekommer en utbuds- eller efterfrågechock under det kalenderår som föregick samarbetsavtalet.
- 276. När det gäller måtten för beräkning av marknadsandelar föreskrivs det i gruppundantagsförordningen om specialisering att beräkningen av marknadsandelar ska baseras på försäljningsvärdet. Om marknadsförsäljningsdata inte finns tillgängliga, kan uppskattningar som grundas på annan tillförlitlig marknadsinformation, däribland marknadsförsäljningsvolym, användas för att fastställa parternas marknadsandel.
- 277. Vid tillämpningen av gruppundantagsförordningen om specialisering ska begreppen "företag" och "part" även omfatta dessa företags respektive "anknutna företag" enligt definitionen i artikel 1.2. Enligt artikel 4.3 i gruppundantagsförordningen om specialisering ska marknadsandelen för parterna i specialiseringsavtalet och deras anknutna företag fördelas lika mellan varje företag som har följande rättigheter eller befogenheter:
 - (a) Befogenhet att direkt eller indirekt utöva mer än hälften av rösträtterna.
 - (b) Befogenhet direkt eller indirekt att utse mer än hälften av ledamöterna i styrelsen, direktionen eller organ som rättsligt företräder företaget.
 - (c) Rätt att direkt eller indirekt leda företagets verksamhet.

3.4.6.3. Undantagets varaktighet

- 278. Undantaget i gruppundantagsförordningen om specialisering har ingen särskild giltighetstid. Undantaget är tillämpligt under specialiseringsavtalets löptid så länge tröskelvärdena för marknadsandelar är uppfyllda.
- 279. I gruppundantagsförordningen om specialisering föreskrivs att när parternas sammanlagda marknadsandel ökar till över 20 % på minst en av de marknader som berörs av specialiseringsavtalet, ska undantaget fortsätta att gälla under två på varandra följande kalenderår efter det år då tröskelvärdet på 20 % först överskreds.

3.4.7. *Särskilt allvarliga begränsningar i gruppundantagsförordningen om specialisering*

3.4.7.1. *Särskilt allvarliga begränsningar*

280. Artikel 5 i gruppundantagsförordningen om specialisering innehåller en förteckning över särskilt allvarliga begränsningar. Särskilt allvarliga begränsningar betraktas som allvarliga konkurrensbegränsningar som i de flesta fall bör förbjudas på grund av den skada de orsakar marknaden och konsumenterna. Specialiseringsavtal som innehåller en eller flera särskilt allvarliga begränsningar är i sin helhet undantagna från tillämpningsområdet för det undantag som föreskrivs i gruppundantagsförordningen om specialisering.

281. De särskilt allvarliga begränsningar som förtecknas i artikel 5 i gruppundantagsförordningen om specialisering kan delas in i följande kategorier:

(a) Fastställande av priser vid försäljning av specialiseringsprodukter till tredje man,

(b) begränsning av produktion eller försäljning, eller

(c) uppdelning av marknader eller kundunderlag.

282. Sådana begränsningar kan uppnås a) direkt eller indirekt, och b) ensamma eller i kombination med andra faktorer som parterna i specialiseringsavtalet kontrollerar.

3.4.7.2. *Undantag*

283. Artikel 5 i gruppundantagsförordningen om specialisering innehåller också flera undantag från de särskilt allvarliga begränsningarna. Specialiseringsavtal som innehåller sådana bestämmelser kan fortfarande undantas om övriga villkor för undantag enligt gruppundantagsförordningen om specialisering är uppfyllda.

(a) Fastställande av priser: när det gäller gemensam distribution är det enligt gruppundantagsförordningen om specialisering tillåtet att fastställa de priser som tas ut av direktkunder (artikel 5.1 andra stycket).

(b) Begränsning av produktion eller försäljning:

i) När det gäller ensidiga eller ömsesidiga specialiseringsavtal tillåter gruppundantagsförordningen om specialisering bestämmelser om den överenskomna mängden produkter som i) en eller flera parter skulle upphöra med att tillverka eller förbereda och/eller ii) en eller flera parter skulle tillverka eller förbereda för den eller de andra parterna (artikel 5.2 andra stycket a).

ii) När det gäller avtal om gemensam produktion tillåter gruppundantagsförordningen om specialisering bestämmelser om fastställande av parternas kapacitet och produktionsvolymen när det gäller specialiseringsprodukter (artikel 5.2 andra stycket b).

iii) När det gäller gemensam distribution tillåter gruppundantagsförordningen om specialisering bestämmelser som fastställer försäljningsmål för specialiseringsprodukterna (artikel 5.2 andra stycket c).

3.4.8. *Återkallande av förmånen enligt gruppundantagsförordningen om specialisering*

284. I artiklarna 6 och 7 i gruppundantagsförordningen om specialisering föreskrivs att kommissionen och de nationella behöriga myndigheterna får förmånen enligt gruppundantagsförordningen om specialisering i enlighet med bestämmelserna i artikel 29.1 respektive artikel 29.2 i förordning (EG) nr 1/2003, särskilt om

(a) den relevanta marknaden är mycket koncentrerad, och

(b) konkurrensen är redan svag, särskilt på grund av i) andra marknadsaktörers individuella marknadsställning eller ii) de kopplingar mellan andra marknadsaktörer som skapats genom parallella specialiseringsavtal.

285. Riktlinjerna för återkallande av förmåner enligt gruppundantagsförordningen om FoU är också tillämpliga på återkallande av förmåner enligt gruppundantagsförordningen om specialisering (se avsnitt 2.7 i dessa riktlinjer).

3.5. **Bedömning enligt artikel 101.3 av produktionsavtal som inte omfattas av gruppundantagsförordningen om specialisering**

286. Det finns ingen presumtion om att produktionsavtal som inte omfattas av gruppundantagsförordningen om specialisering omfattas av artikel 101.1 eller inte uppfyller villkoren i artikel 101.3. Sådana produktionsavtal kräver en individuell bedömning.

287. Den individuella bedömningen av sådana produktionsavtal inleds med frågan om avtalet skulle begränsa konkurrensen i den mening som avses i artikel 101.1 ⁽¹⁶²⁾. Om så är fallet måste företagen bedöma om produktionsavtalet uppfyller villkoren i artikel 101.3.

3.5.1. *Effektivitetsvinster*

288. Produktionsavtal kan ge effektivitetsvinster genom att

- (a) ge företag möjlighet att spara kostnader som de annars skulle dubblera,
- (b) hjälpa företag att förbättra produktkvaliteten om de slår samman kompletterande kunnande och know-how,
- (c) göra det möjligt för företag att öka produktutbudet på ett sätt som de annars inte hade haft råd med eller kunnat åstadkomma,
- (d) göra det möjligt för företag att förbättra produktionstekniken eller lansera nya produkter (såsom hållbara produkter) som de annars inte skulle ha kunnat göra (t.ex. på grund av parternas tekniska kapacitet).
- (e) uppmuntra och göra det möjligt för företag att anpassa sin produktionskapacitet till en plötslig ökning av efterfrågan eller minskad tillgång på vissa produkter, vilket leder till en risk för brist,
- (f) ta itu med brister och störningar i leveranskedjan i kritiska sektorer av ekonomin, vilket gör det möjligt för parterna att minska beroendet av ett alltför begränsat antal leverantörer av vissa produkter, tjänster och viss teknik,
- (g) göra det möjligt för företag att producera till lägre kostnader om samarbetet ger parterna möjlighet att öka produktionen, eftersom marginalkostnaderna minskar vid ökande produktion, dvs. tack vare stordriftsfördelar, och
- (h) skapa kostnadsbesparingar genom besparingar, om avtalet gör det möjligt för parterna att öka antalet olika typer av produkter.

289. Dessa effektivitetsvinster kan bidra till en motståndskraftig inre marknad.

3.5.2. *Nödvändighet*

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

3.5.3. *Nytta för konsumenterna*

291. Effektivitetsvinster som uppnås genom nödvändiga begränsningar måste komma konsumenterna till godo i en omfattning som uppväger de konkurrensbegränsande effekterna, till exempel i form av lägre priser eller bättre produktkvalitet eller produktutbud.

292. Effektivitetsvinster som endast gagnar parterna eller kostnadsbesparingar som orsakas av minskad produktion eller uppdelning av marknaden är inte tillräckligt för att uppfylla villkoren i artikel 101.3.

⁽¹⁶²⁾ Avsnitt 2.3 i dessa riktlinjer.

293. Om parterna i produktionsavtalet uppnår besparingar av sina rörliga kostnader är det mer sannolikt att de låter dem komma konsumenterna till godo än om de sänker sina fasta kostnader.
294. Dessutom gäller att ju större marknadsstyrka parterna har, desto mindre sannolikt är det att de låter effektivitetsvinster komma konsumenterna till godo i en omfattning som uppväger de konkurrensbegränsande effekterna.
- 3.5.4. *Konkurrensen sätts inte ur spel*
295. Villkoren i artikel 101.3 kan inte uppfyllas, om parterna ges möjlighet att sätta konkurrensen ur spel med avseende på en väsentlig del av produkterna i fråga. Detta måste undersökas på den relevanta marknaden för de produkter som är föremål för samarbetet samt på eventuella spill-over-marknader.
- 3.6. Avtal om delning av mobil infrastruktur**
296. I detta avsnitt ger kommissionen vägledning om en särskild typ av produktionsavtal som rör avtal om delning av mobil infrastruktur – mobil infrastruktur⁽¹⁶³⁾. Konnektivetsnäten utgör grunden för en digital ekonomi och ett digitalt samhälle och är relevanta för praktiskt taget alla företag och konsumenter. Mobilnätoperatörer samarbetar ofta för att öka kostnadseffektiviteten i sin nätutbyggnad⁽¹⁶⁴⁾.
297. Avtal om gemensamt utnyttjande av mobil infrastruktur är ett exempel på specialiseringsavtal som rör gemensam förberedelse av tjänster. I avtal om delning av mobil infrastruktur kommer mobilnätoperatörer överens om att dela vissa infrastrukturdelar. Detta kan innebära delning av deras grundläggande infrastruktur som master, skåp, antenner eller nätaggregat ("passiv delning" eller "delning av anläggning"). Mobilnätoperatörer kan också dela med sig av utrustning för radioaccessnät (RAN) på anläggningar såsom basstationer för transeiverstationer eller kontrollnoder ("aktiv RAN-delning") eller deras spektrum, såsom frekvensband ("spektrumdelning")⁽¹⁶⁵⁾.
298. Kommissionen erkänner de potentiella fördelarna med avtal om delning av mobil infrastruktur till följd av kostnadsminskningar eller kvalitetsförbättringar. Kostnadsminskningar, till exempel i samband med utbyggnad och underhåll, kan gynna konsumenterna i form av lägre priser. Bättre kvalitet på tjänsterna eller ett större utbud av produkter och tjänster kan t.ex. bero på snabbare utbyggnad av nya nät och ny teknik, bredare täckning eller tätare nät. Delning av mobil infrastruktur kan också göra det möjligt att skapa konkurrens som annars inte skulle finnas⁽¹⁶⁶⁾. Kommissionen har också generellt sett konstaterat att mobilnätoperatörer kan dra nytta av stora effektiva nät genom att ingå avtal om delning av mobil infrastruktur utan att det behövs en konsolidering genom sammanslagningar.
299. Kommissionen anser att avtal om delning av mobil infrastruktur, inbegripet en eventuell spektrumdelning, i princip inte skulle ha till syfte att begränsa konkurrensen i den mening som avses i artikel 101.1, såvida de inte fungerar som ett verktyg för att delta i en kartell.

⁽¹⁶³⁾ Det bör noteras att med begreppet "mobil infrastruktur" i detta avsnitt avses användningen av infrastrukturen inte bara för mobila tjänster, såsom mobilt bredband, utan även för tillhandahållande av trådlös tillgång till en fast anslutningspunkt, såsom det fasta trådlösa accessnätet (FWA) som används som ett alternativ till trådlösa anslutningar.

⁽¹⁶⁴⁾ I regelverket för elektronisk kommunikation fastställs möjligheterna till gemensamt utnyttjande av mobil infrastruktur under vissa mycket specifika omständigheter. Detta kan till exempel vara fallet i mindre täta områden där inte går att genomföra replikering och slutanvändarna riskerar att berövas digital konnektivitet. Se villkoren i artikel 61.4 i direktiv (EU) 2018/1972 av den 11 december 2018 om inrättande av en europeisk kodex för elektronisk kommunikation, enligt vilka medlemsstaterna ska säkerställa att deras behöriga myndigheter har befogenhet att införa skyldigheter för företag när det gäller delning av passiv infrastruktur eller skyldigheter att ingå tillträdesavtal om lokaliserad roaming samt i undantagsfall aktiv delning. Se även kommissionens rekommendation om en gemensam verktygslåda för unionen för att minska kostnaderna för utbyggnad av nät med mycket hög kapacitet och säkerställa snabb och investeringsvänlig tillgång till 5G-radiospektrum, för att främja konnektivitet till stöd för den ekonomiska återhämtningen från covid-19-krisen i unionen

⁽¹⁶⁵⁾ Slutligen kan mobilnätoperatörer, förutom att dela RAN-delen av sitt nät, även dela vissa noder i sina respektive stamnät, såsom mobiltelefonväxlar och MME (mobile management entities).

⁽¹⁶⁶⁾ Delning av mobil infrastruktur kan till exempel möjliggöra konkurrens på slutkundsnivå som inte skulle finnas utan avtalet. Se, analogt, dom av den 2 maj 2006, O2 (Germany) mot kommissionen, T-328/03, EU:T:2006:116 punkterna 77–79. Denna dom avser nationella roamingavtal, men principerna kan i tillämpliga delar tillämpas på avtal om delning av mobil infrastruktur.

300. Avtal om delning av mobil infrastruktur kan dock få konkurrensbegränsande effekter. De kan begränsa den infrastrukturkonkurrens som skulle äga rum utan avtalet ⁽¹⁶⁷⁾. Minskad infrastrukturkonkurrens kan i sin tur begränsa konkurrensen både i grossist- och slutkundsledet. Detta beror på att en mer begränsad konkurrens på infrastrukturnivå kan påverka parametrar som antalet platser och deras lokalisering, tidpunkten för anläggningarnas utbyggnad samt den kapacitet som installerats på varje plats, vilket i sin tur kan påverka tjänsternas kvalitet och priserna.
301. Avtal om delning av mobil infrastruktur kan också i praktiken minska parternas oberoende när de fattar beslut och begränsa parternas förmåga och incitament att konkurrera med varandra i fråga om infrastruktur. Detta kan till exempel bero på vissa tekniska ⁽¹⁶⁸⁾, avtalsmässiga eller finansiella villkor i avtalet ⁽¹⁶⁹⁾. Informationsutbyte mellan parterna kan också vara problematiskt ur ett konkurrensperspektiv, särskilt när det går utöver vad som är absolut nödvändigt för att avtalet om delning av mobil infrastruktur ska fungera.
302. Konkurrensbedömningen enligt artikel 101 måste alltid göras från fall till fall ⁽¹⁷⁰⁾, men allmänna principer kan ges som vägledning för en sådan bedömning av de olika typerna av avtal om delning av mobil infrastruktur:
- (a) Det är osannolikt att passiv delning ger upphov till konkurrensbegränsande effekter, så länge nätoperatörerna upprätthåller en betydande grad av oberoende och flexibilitet vid fastställandet av sin affärsstrategi, sina tjänsters egenskaper och sina nätinvesteringar.
- (b) Det kan vara mer sannolikt att aktiva avtal om delning av RAN ger upphov till konkurrensbegränsande effekter. Detta beror på att aktiv delning av RAN, jämfört med passiv delning, sannolikt innebär ett mer omfattande samarbete om nätelement som sannolikt kommer att påverka inte bara täckningen utan även den oberoende utbyggnaden av kapacitet.
- (c) Avtal om spektrumdelning (även kallade "spektrumpooler") är ett mer långtgående samarbete och kan begränsa parternas möjligheter att ytterligare differentiera sina erbjudanden i slutkunds- och/eller grossistledet och direkt begränsa konkurrensen mellan dem ⁽¹⁷¹⁾. De behöriga myndigheterna får inte förhindra delning av radiospektrum på de villkor som är knutna till nyttjanderätter till radiospektrum, ⁽¹⁷²⁾ men dessa avtal måste granskas noggrant i enlighet med artikel 101 ⁽¹⁷³⁾.

⁽¹⁶⁷⁾ Avtalets verkningar ska beaktas och för att det ska omfattas av förbudet är det nödvändigt att konstatera att det föreligger sådana omständigheter som visar att konkurrensen faktiskt har hindrats, begränsats eller snedvridits i betydande omfattning. Den konkurrens som ska beaktas är den som faktiskt skulle råda i ett visst område utan avtalet. Det skulle härvid särskilt kunna ifrågasättas huruvida konkurrensen hade försämrats om avtalet hade förefallit vara nödvändigt för att ett företag skulle kunna ta sig in på ett område där det tidigare inte var verksamt. Se dom i mål T-328/03, O2 (Tyskland) mot kommissionen, ECLI: EU:T:2006:116, punkt 68.

⁽¹⁶⁸⁾ Avtal om gemensamt utnyttjande av mobil infrastruktur kan leda till situationer där en part håller tillbaka den andra parten. Det kan till exempel handla om att en part inte kan använda viss teknik i ett område som betjänas av den andra parten.

⁽¹⁶⁹⁾ Till exempel vid geografisk uppdelning, när den ena parten debiterar den andra parten uppgraderingar till ett pris som är högre än de underliggande tillkommande kostnaderna.

⁽¹⁷⁰⁾ Dom i mål T-328/03 O2 (Germany) mot kommissionen, ECLI: EU:T:2006:116, punkterna 65–71.

⁽¹⁷¹⁾ Det bör noteras att begreppet "spektrumdelning" i detta avsnitt endast avser den typ av avtal om delning av infrastruktur där två eller flera mobilnätoperatörer som en gemensam resurs (dvs. pooling) använder sina respektive spektrum innehav i ett eller flera spektrumband. Övervägandena om spektrumdelning påverkar dock inte andra typer av spektrumdelning, till exempel mellan icke-konkurrenter (inbegripet mellan mobilnätoperatörer och icke-mobila nätoperatörer) som använder samma spektrumband på ett dynamiskt sätt, vilket främjar en effektiv användning av en sådan knapp resurs och nya möjligheter till 5G-utbyggnad. Dessutom bör termen "spektrumdelning" i detta avsnitt inte förväxlas med den så kallade Dynamic Spectrum Sharing, som är en teknik som möjliggör dynamisk tilldelning av en mobiloperatörs kapacitetsresurser i ett specifikt frekvensband, för att möjliggöra samtidig drift av mer än en mobilteknikgeneration, såsom 3G, 4G och 5G, på detta spektrumband.

⁽¹⁷²⁾ Se bestämmelserna i artikel 47.2 i kodexen, enligt vilka medlemsstaternas behöriga myndigheter inte får förhindra delning av radiospektrum på de villkor som är knutna till nyttjanderätterna till radiospektrum. Dessutom får de behöriga myndigheterna, när de kopplar villkor till individuella nyttjanderätter till kapacitetsresurser, föreskriva följande möjligheter: a) dela passiv eller aktiv infrastruktur som är beroende av radiospektrum, eller radiospektrum, b) kommersiella avtal om roamingtjänsttillträde, c) gemensam uppbyggnad av infrastruktur för tillhandahållande av nät eller tjänster som är beroende av radiospektrumanvändning.

⁽¹⁷³⁾ Ett avtal om delning av mobil infrastruktur mellan två mobiloperatörer som har stabila sammanlagda marknadsandelar på 90 % och som omfattar en medlemsstats hela territorium, all teknik (2G-5G) och spektrumdelning kommer till exempel att motivera en fördjupad undersökning, förmodligen med stor sannolikhet att det konstateras konkurrensbegränsande effekter på marknaden till skada för konsumenterna. Under vissa omständigheter (till exempel om avtalet är begränsat till endast glesbefolkade områden) kanske sådana avtal emellertid inte har dessa begränsande effekter.

303. Vid bedömningen av huruvida ett avtal om delning av mobil infrastruktur kan ha konkurrensbegränsande effekter är en rad faktorer relevanta, bland annat
- (a) typ och omfattning av delning (inbegripet den grad av oberoende som nätoperatörerna behåller) ⁽¹⁷⁴⁾,
 - (b) omfattningen av gemensamma tjänster och gemensam teknik, avtalens varaktighet och struktur,
 - (c) den geografiska räckvidden och marknadstäckningen för avtalet om delning av mobil infrastruktur (t.ex. befolkningstäckning och huruvida avtalet gäller tätbefolkade områden) ⁽¹⁷⁵⁾,
 - (d) marknadens struktur och egenskaper (parternas marknadsandelar, mängden spektrum som innehas av parterna, graden av konkurrens mellan parterna, antalet operatörer som inte omfattas av avtalet och omfattningen av deras konkurrenstryck, hinder för inträde på marknaden osv.).
304. Även om detta inte automatiskt innebär att det är förenligt med artikel 101 måste ett avtal om delning av mobil infrastruktur åtminstone uppfylla följande villkor för att det vid första påseendet ska anses att det är osannolikt att det kommer att ha begränsande effekter enligt artikel 101:
- (a) Operatörerna kontrollerar och driver sitt eget stamnät och det finns inga tekniska, avtalsmässiga, ekonomiska eller andra negativa incitament som hindrar operatörerna från att enskilt/ensidigt bygga ut sin infrastruktur, uppgradera och göra innovationer om de så önskar.
 - (b) Operatörerna upprätthåller oberoende detaljist- och grossistverksamhet (tekniskt, kommersiellt och annat beslutsfattande). Detta inbegriper operatörernas frihet att fastställa priser för sina tjänster, fastställa produkt-/paketparametrar, följa oberoende spektrumstrategier och differentiera sina tjänster på grundval av kvalitet och andra parametrar.
 - (c) Operatörerna utbyter inte mer information än vad som är absolut nödvändigt för att utbytet av mobil infrastruktur ska fungera och nödvändiga hinder för informationsutbyte har införts.
305. Om avtalet om gemensamt utnyttjande av mobil infrastruktur inte uppfyller dessa minimivillkor ger detta en indikation på att avtalet om gemensamt utnyttjande av mobil infrastruktur sannolikt kommer att få begränsande effekter enligt artikel 101.

3.7. Exempel

306. Direkt begränsning av konkurrensen

Exempel 1

Situation: Företag A och B, två leverantörer av en produkt X, beslutar att stänga sina befintliga och föråldrade produktionsanläggningar och bygga en ny, större och effektivare produktionsanläggning driven av ett gemensamt företag som kommer att ha större kapacitet än företagen A:s och B:s gamla anläggningar tillsammans. Konkurrenter utnyttjar sina befintliga anläggningar till full kapacitet och har inga utbyggnadsplaner. Företagen A och B har marknadsandelar på 20 % respektive 25 % på den relevanta produktmarknaden X. Marknaden är koncentrerad, stagnerande, det har inte kommit in på marknaden på senare tid och marknadsandelarna har varit stabila över tid. Produktionskostnaderna utgör en stor del av företag A:s och företag B:s rörliga kostnader för produkt X. Saluföring är en mindre ekonomisk verksamhet i fråga om kostnader och strategisk betydelse jämfört med produktionen: marknadsföringskostnaderna är låga eftersom produkt X är homogen och etablerad och transporter inte är en avgörande drivkraft för konkurrensen.

Analys: Gruppundantagsförordningen om specialisering är inte tillämplig på detta exempel, eftersom parternas sammanlagda marknadsandel överstiger 20 % på den relevanta marknaden för produkt X. Det skulle därför krävas en individuell bedömning av produktionsavtalet.

⁽¹⁷⁴⁾ Kommissionens beslut av den 16 juli 2003, T-Mobile Deutschland/O2 Germany: Network Sharing Rahmenvertrag COMP/38.369, skäl 12, kommissionens beslut av den 30 april 2003, O2 UK Limited/T-Mobile UK Limited (brittiskt avtal om delade nät) (COMP/38.370), skäl 11.

⁽¹⁷⁵⁾ Se Organet för europeiska regleringsmyndigheter för elektronisk kommunikation (Berec) gemensam ståndpunkt om gemensamt utnyttjande av mobil infrastruktur av den 13 juni 2019, avsnitt 4.2. Aktiv delning. Se till exempel kommissionens beslut av den 6 mars 2020, Vodafone Italia/TIM/INWIT JV (M.9674) och åtföljande pressmeddelande: Mergers: INWIT /Telecom Italia, Vodafone (europa.eu).

Om företagen A och B delar alla eller största delen av sina rörliga kostnader skulle detta produktionsavtal kunna leda till en direkt begränsning av konkurrensen mellan dem. Det kan föranleda parterna att begränsa det gemensamma företags produktion jämfört med vad de hade fört in på marknaden om de var för sig hade fattat beslut om sin produktion på egen hand. Med tanke på de begränsade restriktioner som konkurrenterna kommer att tillämpa i fråga om kapacitet kan denna minskade produktion leda till högre priser.

Därför är det sannolikt att företagen A:s och B:s gemensamma produktionsföretag skulle få konkurrensbegränsande effekter i den mening som avses i artikel 101.1 på marknaden för produkt X.

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

307. Samverkan

Exempel 2

Situation: Två leverantörer, företagen A och B, bildar ett gemensamt produktionsföretag med avseende på produkt Y. Företagen A och B har en marknadsandel på 15 % respektive 10 % på marknaden för produkt Y. Det finns tre andra aktörer på marknaden: Företag C med en marknadsandel på 30 %, företag D med 25 % och företag E med 20 %. Företag B har redan en gemensam produktionsanläggning med företag D. Produkt Y är homogen, den underliggande tekniken är enkel och leverantörerna har mycket liknande rörliga kostnader.

Analys: Marknaden kännetecknas av mycket få aktörer med liknande marknadsandelar och rörliga produktionskostnader. Samarbetet mellan företagen A och B skulle skapa en ytterligare koppling på marknaden som i praktiken skulle öka koncentrationen på marknaden, eftersom det också skulle koppla företag D till företagen A och B. Det är sannolikt att detta samarbete ökar risken för samverkan och därmed är det också sannolikt att det ger konkurrensbegränsande effekter i den mening som avses i artikel 101.1. Villkoren i artikel 101.3 kan uppfyllas endast om betydande effektivitetsvinster förekommer som kommer konsumenterna till godo i en utsträckning som uppväger de konkurrensbegränsande effekterna. I detta exempel förefaller detta dock osannolikt, med tanke på de homogena egenskaperna hos produkt Y och enkelheten i dess underliggande teknik.

308. Konkurrenshämmande avskärmning

Exempel 3

Situation: Företagen A och B bildade ett gemensamt produktionsföretag för mellanprodukten X som täcker hela deras produktion av X. Mellanprodukten X är den viktigaste insatsvaran i tillverkningen av produkt Y i senare led och det finns ingen annan produkt som i stället kan användas som insatsvara. Produktionskostnaderna för X utgör 70 % av de rörliga kostnaderna för färdigprodukten Y som företagen A och B konkurrerar med i efterföljande marknadsled. Företagen A och B har vardera 20 % av marknaden för Y, nya aktörer kommer in på marknaden i begränsad utsträckning och marknadsandelarna har varit stabila över tid. Förutom att företagen A och B täcker sitt eget behov av X (företagsintern användning) har vardera företaget en marknadsandel på 40 % på marknaden för X (försäljning till tredje part). Inträdeshindren är höga på marknaden för X och de befintliga producenterna utnyttjar nästan hela sin kapacitet. På marknaden för Y finns det två andra betydande leverantörer som vardera har en marknadsandel på 15 %, samt flera mindre konkurrenter. Detta avtal leder till fasta kostnadsbesparingar i form av minskade kostnader för huvudkontoret, vilket leder till stordriftsfördelar för det gemensamma företaget.

Analys: Gruppundantagsförordningen om specialisering är inte tillämplig på detta exempel, eftersom parternas sammanlagda marknadsandel överstiger 20 % både på marknaden för mellanprodukten X och på marknaden för produkten i senare led. Därför skulle det krävas en individuell bedömning av produktionsavtalet.

Genom det gemensamma företaget för produktion skulle företagen A och B i hög grad kunna kontrollera leveranserna av den viktigaste insatsvaran X till sina konkurrenter på marknaden i efterföljande led för Y. Detta skulle ge företagen A och B möjlighet att höja sina konkurrenters kostnader genom att på konstlad väg höja priset på X eller genom att minska produktionen. Detta skulle kunna stänga ute konkurrenter till företagen A och B från marknaden för Y. Detta avtal ger troligen upphov till konkurrensbegränsande effekter i den mening som avses i artikel 101.1 eftersom det sannolikt leder till konkurrenshämmande avskärmning i efterföljande marknadsled. Det är osannolikt att de stordriftsfördelar som det gemensamma produktionsföretaget ger upphov till uppväger de konkurrensbegränsande effekterna och därför är det högst osannolikt att avtalet skulle uppfylla villkoren i artikel 101.3.

309. Produktionsavtal som marknadsuppdelning

Exempel 4

Situation: Företagen A och B tillverkar båda produkterna X och Y, som hör till separata produktmarknader. Företag A har 30 % av marknaden för X och 10 % av marknaden för Y. Företag B har 10 % av marknaden för X och 30 % av marknaden för Y. För att uppnå stordriftsfördelar i produktionen ingår företagen A och B ett ömsesidigt specialiseringsavtal enligt vilket företag A endast kommer att producera X och företag B endast Y. De levererar inte produkterna till varandra, vilket innebär att företag A endast säljer X och företag B endast säljer Y. Parterna hävdar att de genom att specialisera sig på detta sätt sparar fasta kostnader i betydande utsträckning på grund av stordriftsfördelarna och att de genom att fokusera på endast en produkt kommer att förbättra sin produktionsteknik, vilket kommer att leda till produkter av bättre kvalitet.

Analys: Gruppundantagsförordningen om specialisering är inte tillämplig eftersom parternas sammanlagda marknadsandel överstiger 20 % på var och en av produktmarknaderna X och Y. Det avtal som ingåtts mellan företagen A och B faller dessutom utanför definitionen av ömsesidigt specialiseringsavtal enligt gruppundantagsförordningen om specialisering, eftersom det inte förekommer några korsvisa leveranser (dvs. det finns inget avtal om att köpa produkterna X och Y från företagen B respektive A, som åtar sig att tillverka och leverera dem). Därför skulle det krävas en individuell bedömning av produktionsavtalet.

När det gäller dess inverkan på konkurrensen på marknaden fördelar detta produktionsavtal marknaderna för produkterna X och Y mellan parterna. Avtalet har därför till syfte att begränsa konkurrensen. Eftersom de påstådda effektivitetsvinsterna i form av minskade fasta kostnader och förbättrad produktionsteknik endast sammanhänger med marknadsuppdelningen är det osannolikt att de uppväger avtalets konkurrensbegränsande effekter, och därför skulle avtalet inte uppfylla villkoren i artikel 101.3. Dessutom kan företagen A eller B i alla händelser, om de tror att det vore mer effektivt att koncentrera sig på en enda produkt, helt enkelt fatta ett ensidigt beslut om att endast producera X eller Y utan att samtidigt avtala om att det andra företaget ska koncentrera sig på att producera den andra produkten.

310. Informationsutbyte

Exempel 5

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

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

Analys: Det faktum att företagen A och B – som är konkurrenter – bedriver byteshandel med delar av sin produktion orsakar inte i sig några betänkligheter i konkurrenshänseende. I avtalet föreskrivs emellertid också utbyte av parternas produktions- och transportkostnader med avseende på Z. Dessutom har företagen A och B en stark sammanlagt marknadsställning på en förhållandevis koncentrerad marknad för en homogen råvaruprodukt. På grund av det omfattande informationsutbytet om en viktig konkurrensparameter rörande Z är det därför sannolikt att swappavtalet mellan A och B ger konkurrensbegränsande effekter i den mening som avses i artikel 101.1, eftersom det kan leda till samverkan. Avtalet kan visserligen medföra betydande effektivitetsvinster i form av kostnadsbesparingar för parterna, men de konkurrensbegränsningar som avtalet ger upphov till är inte nödvändiga för att uppnå effektivitetsvinsterna. Parterna skulle kunna uppnå motsvarande kostnadsbesparingar genom att komma överens om en prisformel som inte kräver att de lämnar ut information om sina produktions- och transportkostnader. Därför uppfyller swappavtalet inte villkoren i artikel 101.3 i dess nuvarande form.

4. INKÖPSAVTAL

4.1. Inledning

311. Detta kapitel är inriktat på avtal om gemensamma inköp av produkter av flera företag tillsammans. Gemensamma inköp kan genomföras genom ett företag som parterna kontrollerar gemensamt, ett företag där olika företag äger minoritetsandelar, ett kooperativ eller ett kooperativ av kooperativ, ett avtalsarrangemang eller genom ännu lösare samarbetsformer, till exempel en inköpare eller förhandlare som företräder en grupp av köpare (här utan ått skillnad kallade *överenskommelser om gemensamma inköp*).
312. Överenskommelser om gemensamma inköp finns inom en rad olika ekonomiska sektorer och inbegriper sammanslagning av inköpsverksamhet. De kan bestå av sammanslagning av faktiska inköp via överenskommelsen om gemensamma inköp. De kan också begränsas till gemensamma förhandlingar om inköspriset, vissa delar av priset eller andra villkor, samtidigt som de faktiska inköpen, i enlighet med det gemensamt framförhandlade priset och de gemensamt framförhandlade villkoren, överlämnas till de enskilda medlemmarna. En överenskommelse om gemensamma inköp kan också gälla ytterligare verksamhet, såsom gemensam distribution, kvalitetskontroll och lagring, för att undvika dubbla leveranskostnader. Beroende på sektor kan köparen förbruka produkterna eller använda dem som insatsvaror för sin egen verksamhet, t.ex. energi eller gödselmedel. Grupper av potentiella licenstagare kan också tillsammans förhandla fram licensavtal för standardessentiella patent med licensgivare i syfte att införliva denna teknik i sina produkter (ibland kallade *licensförhandlingsgrupper*). Inom distributionssektorn kan köparna helt enkelt sälja produkterna vidare, t.ex. konsumtionsvaror med snabb omsättning, hemelektronik eller andra konsumtionsvaror. De sistnämnda köpargrupperna, som består av oberoende detaljhandlare, detaljhandelskedjor eller detaljistgrupper, kallas vanligtvis "detaljhandelsallianser" ⁽¹⁷⁶⁾.
313. Överenskommelser om gemensamma inköp syftar vanligtvis till att skapa en viss grad av köparstyrka gentemot stora leverantörer, som enskilda medlemmar i det gemensamma inköpsarrangemanget inte skulle uppnå om de agerade separat i stället för gemensamt. Deras bedömning är därför främst inriktad på inköpsmarknaden, där överenskommelsen om gemensamma inköp ackumulerar medlemmarnas köparmakt och förhandlar med eller gör inköp från leverantörer. Köparstyrkan i en överenskommelse om gemensamma inköp kan leda

⁽¹⁷⁶⁾ Se Colen, L., Bouamra-Mechemache, Z., Daskalova, V., Nes, K., *Retail alliances in the agricultural and food supply chain*, EUR 30206 EN, Europeiska kommissionen, 2020, ISBN 978-92-76-18585-7, doi:10.2760/33720, JRC120271.

till lägre priser, större variation eller bättre kvalitet på produkter eller tjänster för konsumenterna. Företag kan också delta i överenskommelser om gemensamma inköp när det gör det möjligt för dem att förebygga brister eller hantera avbrott i produktionen av vissa produkter och på så sätt undvika avbrott i leveranskedjan. Under vissa omständigheter kan köparstyrka dock ge upphov till konkurrensproblem, vilket beskrivs nedan i 4.2.3.

314. Överenskommelser om gemensamma inköp kan omfatta såväl horisontella som vertikala avtal. I sådana fall måste en tvåstegsanalys göras. Först måste de horisontella avtalen mellan de konkurrerande företag som gör gemensamma inköp eller de beslut som fattas av företagssammanslutningen bedömas enligt de principer som beskrivs i dessa riktlinjer. Om denna bedömning leder till slutsatsen att överenskommelsen om gemensamma inköp inte ger upphov till konkurrensproblem, kommer det att krävas en ytterligare bedömning för att undersöka de relevanta vertikala avtalen mellan överenskommelsen om gemensamma inköp och en enskild medlem i avtalet och mellan överenskommelsen om gemensamma inköp och leverantörerna. Denna senare bedömning följer bestämmelserna i gruppundantagsförordningen om vertikala begränsningar och i riktlinjerna om vertikala begränsningar. Vertikala avtal som inte omfattas av denna gruppundantagsförordning om vertikala avtal antas inte vara olagliga men de måste undersökas individuellt.

4.2. Bedömning enligt artikel 101.1

4.2.1. De centrala konkurrensproblemen

315. Inköpsavtal kan ge konkurrensbegränsande effekter på inköpsmarknaden i föregående led och/eller på försäljningsmarknaden i efterföljande led. Exempel på sådana effekter är höjda priser, minskad produktion, sämre produktkvalitet eller produktutbud, minskad innovation, marknadsuppdelning eller konkurrenshämmande avskärmning av andra potentiella köpare.

4.2.2. Avtal som har till syfte att begränsa konkurrensen

316. Överenskommelser om gemensamma inköp utgör normalt inte en konkurrensbegränsning genom syfte om de verkligen avser gemensamma inköp, det vill säga om överenskommelsen omfattar kollektiva förhandlingar och ingående av ett avtal på medlemmarnas vägnar med en viss leverantör av ett eller flera handelsvillkor. Sådana överenskommelser måste särskiljas från köparkarteller, det vill säga avtal eller samordnade förfaranden mellan två eller flera köpare som syftar till att

(a) samordna dessa köpares individuella konkurrensbeteende på marknaden eller påverka de relevanta konkurrensparametrarna genom metoder såsom, men inte begränsat till, fastställande eller samordning av inköspriser eller delar av dessa (inbegripet avtal om lönesättning eller om att inte betala ett pris för en produkt) eller andra handelsvillkor, tilldelning av inköpskvoter, uppdelning av marknader och leverantörer, och

(b) påverka dessa köpares individuella förhandlingar med eller enskilda inköp från leverantörer, till exempel genom samordning av köparnas prisförhandlingsstrategier eller utbyten om statusen för sådana förhandlingar med leverantörer.

317. Syftet med köparkarteller är att snedvrیدا konkurrensen på den inre marknaden⁽¹⁷⁷⁾ i strid med artikel 101.1 a⁽¹⁷⁸⁾. I en köparkartell samordnar köparna sitt beteende sinsemellan med tanke på deras individuella växelverkan med leverantören på inköpsmarknaden. Om köparna handlar individuellt med leverantörer bör de fatta sina egna inköpsbeslut oberoende av varandra utan att undanröja den strategiska osäkerheten sinsemellan genom avtal och samordnade förfaranden eller på konstlad väg öka insynen i sitt framtida beteende på marknaden. Detta är uppenbarligen inte fallet när köparna först fastställer inköspriset sinsemellan och varje köpare därefter förhandlar och köper individuellt från leverantören.

⁽¹⁷⁷⁾ Dom av den 7 november 2019, Campine, T-240/17, EU:T:2019:778, punkt 297.

⁽¹⁷⁸⁾ Se dom av den 4 juni 2009, T-Mobile Netherlands m.fl., C-8/08, EU:C:2009:343, punkt 37; dom av den 13 december 2006, French Beef, förenade målen T-217/03 och T-245/03, EU:T:2006:391, punkt 83 och följande.

318. En köparkartell kan också föreligga när köparna kommer överens om att sinsemellan utbyta kommersiellt känslig information om sina individuella inköpsavsikter eller förhandla med leverantörer, utanför eventuella verkliga överenskommelser om gemensamma inköp som på sina medlemmars vägnar samverkar med leverantörer⁽¹⁷⁹⁾. Detta gäller särskilt utbyte mellan köpare om inköspriser (högsta priser, lägsta rabatter och andra prisaspekter) som ska betalas, villkor, försörjningskällor (både när det gäller leverantörer och territorier), volymer och kvantiteter, kvalitet eller andra konkurrensparametrar (t.ex. tidsschema, leverans och innovation).
319. Följande icke uttömmande förteckning över faktorer kan hjälpa företagen att bedöma om den överenskommelse som de är parter i tillsammans med andra köpare inte utgör en köparkartell. Dessa faktorer måste bedömas från fall till fall:
- (a) Överenskommelsen om gemensamma inköp har klargjort för leverantörerna att den gemensamt förhandlar fram och binder sina medlemmar på de villkor som gäller för deras enskilda inköp eller inköp gemensamt för dem. För detta krävs inte att överenskommelsen om gemensamma inköp avslöjar den exakta identiteten på dess medlemmar, särskilt om de är små eller medelstora företag som interagerar med stora leverantörer. Det är dock sannolikt att indirekt kännedom om leverantörernas överenskommelse om gemensamma inköp, till exempel genom tredje parter eller rapporter i pressen, inte kommer att anses vara tillräcklig⁽¹⁸⁰⁾.
- (b) Parterna i överenskommelsen om gemensamma inköp har fastställt samarbetsformen, dess omfattning och dess funktion i ett skriftligt avtal, så att dess överensstämmelse med artikel 101.1 kan kontrolleras i efterhand och kontrolleras mot det faktiska genomförandet av överenskommelsen om gemensamma inköp. Ett skriftligt avtal kan dock inte skydda överenskommelsen från granskning enligt konkurrenslagstiftningen.
320. En köparkartell ska, förutsatt att den kan påverka handeln mellan medlemsstaterna och oavsett om den leder till något faktiskt resultat, till sin natur anses utgöra en märkbar begränsning av konkurrensen⁽¹⁸¹⁾. Bedömningen av köparkarteller kräver, i motsats till vad som gäller för överenskommelser om gemensamma inköp, därför inte någon definition av den eller de relevanta marknaderna, beaktande av köparnas marknadsställning på inköpsmarknaden i föregående led eller huruvida de konkurrerar på försäljningsmarknaden i efterföljande led.
321. Överenskommelser om gemensamma inköp kan också ha till syfte att begränsa konkurrensen om de fungerar som ett verktyg för att delta i en förtäckt kartell, det vill säga ett avtal mellan köpare som fastställer priser, begränsar produktionen eller delar upp marknader eller kunder på försäljningsmarknaden eller marknaderna i efterföljande led.
322. En överenskommelse om gemensamma inköp mellan en grupp köpare som syftar till att utestänga en faktisk eller potentiell konkurrent från samma nivå på försäljningsmarknaden betraktas som en kollektiv bojkott och utgör också en konkurrensbegränsning genom syfte.
- 4.2.3. *Konkurrensbegränsande effekter*
323. Överenskommelser om gemensamma inköp som innebär att köpare interagerar gemensamt med leverantörer via överenskommelsen måste analyseras i sitt rättsliga och ekonomiska sammanhang med avseende på deras faktiska och sannolika effekter på konkurrensen. Analysen av de konkurrensbegränsande effekter som en överenskommelse om gemensamma inköp ger upphov till måste omfatta de negativa effekterna både på den eller de inköpsmarknader där överenskommelsen om gemensamma inköp samspelar med leverantörer, och på den eller de försäljningsmarknader där parterna i överenskommelsen om gemensamma inköp kan konkurrera som säljare.
324. I allmänhet är det dock mindre sannolikt att överenskommelser om gemensamma inköp medför konkurrensproblem när parterna inte har någon marknadsstyrka på försäljningsmarknaderna.

⁽¹⁷⁹⁾ Se kapitel 6 om utbyte av information, särskilt avsnitt 6.2.6 som även gäller utbyte av kommersiellt känslig information mellan köpare.

⁽¹⁸⁰⁾ Hemlighet är dock inte ett krav för att fastställa att det är fråga om en köparkartell. Kommissionen beslutade om påföljder för köparkarteller som inte fungerade helt i hemlighet, utan som åtminstone inleddes på ett relativt öppet sätt. Se kommissionens beslut 2003/600/EG av den 2 april 2003, Franskt nötkött (EUT L 209, 19.8.2003, s. 12).

⁽¹⁸¹⁾ Dom av den 13 december 2012, Expedia, C-226/11, EU:C:2012:795, punkt 37.

325. Vissa avtalsbegränsningar som åläggs medlemmarna i en överenskommelse om gemensamma inköp kanske inte begränsar konkurrensen enligt artikel 101.1 och kan till och med ha positiva effekter på konkurrensen när de är begränsade till vad som objektivt sett är nödvändigt för att säkerställa att överenskommelsen fungerar väl och kan utöva sin köparstyrka i förhållande till leverantörerna ⁽¹⁸²⁾. Detta gäller till exempel ett förbud för parterna i en överenskommelse om gemensamma inköp att delta i andra konkurrerande överenskommelser i den mån detta skulle kunna äventyra dess verksamhet och köparstyrka. Omvänt kan exklusiva inköpsskyldigheter, genom vilka medlemmarna i en överenskommelse om gemensamma inköp är skyldiga att tillgodose alla eller de flesta av sina inköpsbehov genom överenskommelsen, ha negativa effekter på konkurrensen och kräva en bedömning mot bakgrund av de övergripande effekterna av överenskommelsen om gemensamma inköp.

4.2.3.1. De relevanta marknaderna

326. Det finns två marknader som kan påverkas av överenskommelser om gemensamma inköp. För det första den marknad eller de marknader som direkt berörs av överenskommelsen om gemensamma inköp, dvs. de relevanta inköpsmarknader där parterna förhandlar med eller gör inköp från leverantörer. För det andra försäljningsmarknaden eller -marknaderna, dvs. de marknader i efterföljande led där parterna i överenskommelsen om gemensamma inköp är verksamma som säljare.
327. Definitionen av relevanta inköpsmarknader följer de principer som beskrivs i tillkännagivandet om marknadsdefinition och eventuell framtida vägledning om definitionen av relevanta marknader i unionens konkurrenslagstiftning och bygger på begreppet substituerbarhet för att identifiera konkurrensbegränsningar. Den enda skillnaden jämfört med definitionen av "försäljningsmarknader" är att substituerbarheten måste fastställas med utgångspunkt i utbud och inte i efterfrågan. Med andra ord är leverantörernas alternativ avgörande för att fastställa i vilken utsträckning köparna är utsatta för konkurrensbegränsningar. Dessa alternativ skulle kunna analyseras exempelvis genom att man undersöker leverantörernas reaktion på en liten men varaktig pris-sänkning. När marknaden har definierats kan marknadsandelen anges som den procentuella andel som parternas inköp utgör av den totala försäljningen av de köpta produkterna på den relevanta marknaden.
328. Om parterna dessutom är konkurrenter på en eller flera försäljningsmarknader, är också dessa marknader relevanta för bedömningen. Försäljningsmarknaderna måste definieras genom tillämpning av den metod som beskrivs i tillkännagivandet om marknadsdefinition och eventuell framtida vägledning om definitionen av relevanta marknader i unionens konkurrenslagstiftning.

4.2.3.2. Marknadsstyrka

329. Det finns inget absolut tröskelvärde ovanför vilket parterna i en överenskommelse om gemensamma inköp kan antas besitta marknadsstyrka och överenskommelsen därför sannolikt får konkurrensbegränsande effekter i den mening som avses i artikel 101.1. I de flesta fall är det emellertid osannolikt att det finns någon marknadsstyrka om parterna i överenskommelsen har en sammanlagd marknadsandel som vare sig på inköps- eller försäljningsmarknaderna överstiger 15 %. I alla händelser är det sannolikt att villkoren i artikel 101.3 uppfylls, om parternas sammanlagda marknadsandelar inte överstiger 15 % på inköps- eller försäljningsmarknaderna.
330. En marknadsandel som överstiger det tröskelvärdet innebär inte automatiskt att överenskommelsen om gemensamma inköp sannolikt ger upphov till konkurrensbegränsande effekter. En överenskommelse om gemensamma inköp med en sammanlagd marknadsandel över det tröskelvärdet kräver en mer ingående bedömning av vilken inverkan den har på marknaden, varvid bl.a. men inte enbart faktorer såsom marknadskoncentration, en bedömning av vinstmarginaler och stora leverantörers eventuellt motverkande marknadsstyrka ska beaktas.
331. Om parterna i överenskommelsen om gemensamma inköp har en betydande grad av köparstyrka på inköpsmarknaden finns det en risk för att de kan skada konkurrensen i tidigare led, vilket i slutändan också kan skada konsumenternas konkurrenskraft i senare led. Gemensamt utövad köparstyrka kan till exempel skada investeringsincitamenten och tvinga leverantörer att minska sortimentet eller kvaliteten på de produkter de producerar. Detta kan ge konkurrensbegränsande effekter såsom sämre kvalitet, mindre satsningar på innovation eller slutligen att utbudet inte når upp till en optimal nivå.

⁽¹⁸²⁾ Se dom av den 15 december 1994, Göttrup-Klim, C-250/92, EU:C:1994:413, punkt 34.

332. Risken för att en överenskommelse om gemensamma inköp skulle kunna avskräcka från investeringar eller innovationer som gynnar konsumenterna kan vara större för stora köpare som tillsammans står för en stor del av inköpen – särskilt när de handlar med små leverantörer. Sådana leverantörer kan vara särskilt sårbara för en vinstminskning genom en överenskommelse om gemensamma inköp med en betydande marknadsandel på inköpsmarknaden eller inköpsmarknaderna, särskilt när små leverantörer har gjort särskilda investeringar för att leverera till medlemmarna i en överenskommelse om gemensamma inköp. Det är mindre sannolikt att konkurrensbegränsande effekter uppstår om leverantörerna har en betydande grad av motverkande säljarmakt (vilket inte nödvändigtvis utgör en dominerande ställning) på inköpsmarknaden eller inköpsmarknaderna, till exempel på grund av att de säljer produkter eller tjänster som köparna behöver ha för att konkurrera på den eller de efterföljande försäljningsmarknaderna.
333. Om medlemmarna i en överenskommelse om gemensamma inköp till exempel ingår ett avtal om att inte längre köpa produkter från vissa leverantörer, eftersom sådana produkter är ohållbara, medan överenskommelsen om inköp endast syftar till att köpa hållbara produkter, kan detta leda till en begränsning av konkurrensen i fråga om pris och urval. Med hänsyn till dess innehåll, syfte och rättsliga och ekonomiska sammanhang⁽¹⁸³⁾ har ett sådant avtal i princip inte till syfte att utestänga leverantörer som producerar ohållbara produkter från inköpsmarknaden. Under dessa omständigheter bör de konkurrensbegränsande effekterna av en överenskommelse om gemensamma inköp för att endast köpa hållbara produkter bedömas med beaktande av bland annat produkternas art, köparnas marknadsställning och leverantörernas ställning på marknaden. I detta sammanhang kommer det att vara relevant att överväga om de berörda leverantörerna har andra kunder än de som är parter i överenskommelsen om gemensamma inköp (inklusive kunder på andra marknader) eller om de lätt kan besluta att också börja tillverka hållbara produkter.
334. Köparstyrkan hos parterna i överenskommelsen om gemensamma inköpt kan också användas för att utestänga konkurrerande köpare från inköpsmarknaden genom att begränsa deras tillgång till effektiva leverantörer och kräver en bedömning av överenskommelsens konkurrensbegränsande effekter. Detta är mest sannolikt om det enbart finns ett begränsat antal leverantörer och det finns inträdes hinder på utbudssidan i det föregående marknadsledet. Omvänt kan en överenskommelse om gemensamma inköp mellan en grupp köpare som syftar till att utestänga en faktisk eller potentiell konkurrent från samma nivå på försäljningsmarknaden betraktas som en kollektiv bojkott och utgör en konkurrensbegränsning genom syfte.
335. Om parterna i en överenskommelse om gemensamma inköp är faktiska eller potentiella konkurrenter i efterföljande led kan deras incitament till priskonkurrens på försäljningsmarknaden i efterföljande led minskas avsevärt när de köper en betydande del av sina produkter tillsammans. Om parterna tillsammans har en betydande grad av marknadsstyrka på försäljningsmarknaden eller försäljningsmarknaderna (vilket inte nödvändigtvis utgör en dominerande ställning), kan det för det första vara mindre sannolikt att de lägre inköpspriser som uppnås genom överenskommelsen om gemensamma inköp kommer konsumenterna till godo. För det andra gäller att ju större den sammanlagda marknadsandelen för köparna är på försäljningsmarknaden i efterföljande led, desto större är risken för att samordning av inköp i föregående led också kan leda till samordning av försäljningen i efterföljande led. Denna risk är särskilt hög om överenskommelsen om gemensamma inköp begränsar (eller avskräcker) medlemmarnas möjlighet att självständigt köpa ytterligare volymer av insatsvarorna på inköpsmarknaden, antingen genom eller utanför överenskommelsen om gemensamma inköp. En skyldighet för medlemmarna i en överenskommelse om gemensamma inköp att tillgodose alla eller de flesta av sina inköpsbehov genom överenskommelsen kräver en bedömning av de konkurrensbegränsande effekterna. Vid en sådan bedömning beaktas bland annat skyldighetens omfattning, den marknadsandel som överenskommelsen om gemensamma inköp motsvarar på försäljningsmarknaden och graden av koncentration av leverantörer på inköpsmarknaden samt huruvida en sådan skyldighet är nödvändig för att säkerställa en tillräckligt stark förhandlingsposition för överenskommelsen gentemot starka leverantörer.
336. Relevanta faktorer vid en bedömning av om parterna i en överenskommelse om gemensamma inköp har köparstyrka är antalet kopplingar (t.ex. andra inköpsavtal) mellan konkurrenterna på inköpsmarknaden och hur starka dessa kopplingar är.
337. Om konkurrerande köpare som samarbetar inte är verksamma på samma relevanta försäljningsmarknad (t.ex. detaljhandlare som är verksamma på olika geografiska marknader och inte kan betraktas som potentiella konkurrenter) är det dock mindre sannolikt att överenskommelsen om gemensamma inköp har konkurrensbegränsande effekter på försäljningsmarknaden. En sådan överenskommelse om gemensamma inköp med medlemmar som inte är verksamma på samma försäljningsmarknad kan dock med större sannolikhet leda till konkurrensbegränsande effekter om medlemmarna har en så betydande ställning på inköpsmarknaderna att det kan skada konkurrensprocessen för andra aktörer på inköpsmarknaderna (t.ex. genom att avsevärt skada incitamenten för investeringar i tidigare led).

⁽¹⁸³⁾ Se avsnitt 1.2.4.

4.2.3.3. Samverkan

338. Överenskommelser om gemensamma inköp kan leda till samverkan om det gör det lättare för parterna att samordna sitt beteende på den försäljningsmarknad där de är faktiska eller potentiella konkurrenter. Detta kan särskilt vara fallet om marknadsstrukturen på försäljningsmarknaden främjar samverkan (t.ex. på grund av att marknaden är koncentrerad och uppvisar en betydande grad av öppenhet). Samverkan är också mer sannolik om överenskommelsen om gemensamma inköp omfattar ett betydande antal företag på försäljningsmarknaden och sträcker sig längre än enbart till gemensamma förhandlingar om inköpsvillkor (till exempel genom att fastställa inköpsvolymerna för sina medlemmar), vilket avsevärt begränsar möjligheterna för parterna i överenskommelsen att konkurrera på försäljningsmarknaden.
339. Samverkan kan också underlättas om parterna uppnår en hög grad av gemensamma kostnader genom gemensamma inköp, förutsatt att de har marknadsstyrka på försäljningsmarknaden och marknaden har sådana egenskaper som främjar samordning.
340. Konkurrensbegränsande effekter är mer sannolika om en betydande andel av de rörliga kostnaderna på den relevanta försäljningsmarknaden är gemensamma för parterna i överenskommelsen om gemensamma inköp. Detta gäller till exempel om återförsäljare som är verksamma på samma relevanta detaljhandelsmarknader tillsammans köper en stor mängd av de produkter de erbjuder till återförsäljning. Det kan också vara fallet om konkurrerande tillverkare och försäljare av en färdigprodukt gemensamt köper in en stor andel av sin sammanlagda produktion.
341. Genomförandet av en överenskommelse om gemensamma inköp kan kräva utbyte av kommersiellt känslig information, t.ex. om inköpspriser (eller en del av dem) och inköpsvolymerna. Utbytet av sådan information kan underlätta samordning av försäljningspriser och produktion och följaktligen leda till samverkan på försäljningsmarknaderna. Spridningseffekterna av utbyte av kommersiellt känslig information kan t.ex. minimeras om uppgifterna sammanställs i en överenskommelse om gemensamma inköp och informationen inte vidarebefordras medlemmarna i överenskommelsen genom att det vidtas tekniska eller praktiska åtgärder för att skydda konfidentialiteten. Dessutom bör ett företags deltagande i flera överenskommelser om gemensamma inköp inte leda till konkurrensbegränsande informationsutbyte eller andra typer av samordning mellan de olika inköpsöverenskommelserna.
342. Eventuella effekter på konkurrensen till följd av utbyte av kommersiellt känslig information kommer att bedömas mot bakgrund av de övergripande effekterna av överenskommelsen om gemensamma inköp, förutsatt att sådana utbyten är nödvändiga för att överenskommelsen om gemensamma inköp ska fungera. Huruvida det är sannolikt att informationsutbytet inom ramen för en överenskommelse om gemensamma inköp medför konkurrensbegränsande effekter bör bedömas enligt den vägledning som ges i kapitel 6. Om informationsutbytet inte går utöver det som är nödvändigt för det gemensamma inköpet av de produkter som omfattas av överenskommelsen om gemensamma inköp, är det mer sannolikt att avtalet uppfyller villkoren i artikel 101.3 än om informationsutbytet går utöver det som det gemensamma inköpet kräver, även om det har konkurrensbegränsande effekter i den mening som avses i artikel 101.1.
343. Vid förhandlingar om villkor med leverantörer kan en överenskommelse om gemensamma inköp hota leverantörer med att avbryta förhandlingar eller tillfälligt upphöra med inköp, såvida medlemmarna i överenskommelsen inte erbjuds bättre villkor eller lägre priser. Sådana hot är vanligtvis en del av en förhandlingsprocess och kan inbegripa kollektiva åtgärder från köparnas sida när ett förhandlingarna bedrivs via en överenskommelse om gemensamma inköp. Starka leverantörer kan använda liknande hot om att avbryta förhandlingar eller produktleveranser i sina förhandlingar med köpare. Sådana hot utgör vanligtvis inte en konkurrensbegränsning genom syfte, och eventuella negativa effekter till följd av sådana kollektiva hot kommer inte att bedömas separat utan mot bakgrund av de övergripande effekterna av överenskommelsen om gemensamma inköp. Ett exempel på sådana förhandlingshot är att medlemmarna i en detaljhandelsallians tillfälligt stoppar beställningen av vissa produkter, som var och en av medlemmarna själva väljer för sina egna butikens räkning, från en leverantör under deras förhandlingar om villkoren för deras framtida leveransavtal⁽¹⁸⁴⁾. Sådana tillfälliga stopp kan leda till att de produkter som väljs ut av de enskilda

⁽¹⁸⁴⁾ Tillfälliga stopp som detaljhandlare gör för beställningar av vissa produkter från leverantörer bör särskiljas från så kallade "strykningar ur sortimentet", det vill säga en åtgärd genom vilken en detaljhandlare permanent avlägsnar vissa av en leverantörs produkter från sitt sortiment och tar bort det tillhörande utrymmet på sina hyllor.

medlemmarna i alliansen inte finns tillgängliga på detaljhandlarnas hyllor under en begränsad tid, nämligen till dess att detaljhandelsalliansen och leverantören har kommit överens om villkoren för framtida leveranser.

4.3. **Bedömning enligt artikel 101.3**

4.3.1. *Effektivitetsvinster*

344. Överenskommelser om gemensamma inköp kan medföra betydande effektivitetsvinster. De kan framför allt leda till kostnadsbesparingar t.ex. i form av lägre inköpspriser eller lägre transaktions-, transport- och lagringskostnader, vilket gör det lättare att uppnå stordriftsfördelar. Dessutom kan överenskommelser om gemensamma inköp ge upphov till kvalitativa effektivitetsvinster genom att de föranleder leverantörer att innovera och introducera nya eller förbättrade produkter på marknaden. Sådana kvalitativa effektivitetsvinster kan gynna konsumenterna genom att minska beroendet och undvika brister genom mer motståndskraftiga leveranskedjor och bidra till en mer motståndskraftig inre marknad.

4.3.2. *Nödvändighet*

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

4.3.3. *Nytta för konsumenterna*

346. Effektivitetsvinster, t.ex. kostnadsbesparande inköps effektivitetsvinster eller kvalitativa effektivitetsvinster i form av införandet av nya eller förbättrade produkter på marknaden, som uppnås genom nödvändiga begränsningar måste komma konsumenterna till godo i en omfattning som uppväger de konkurrensbegränsande effekterna av det gemensamma inköpsavtalet. Kostnadsbesparingar eller andra effektivitetsvinster som endast gagnar parterna i det gemensamma inköpsavtalet är följaktligen inte tillräckliga. I stället måste kostnadsbesparingarna komma parternas egna kunder till godo, det vill säga konsumenterna. I exemplet med lägre inköpskostnader kan vidarebefordran av nyttan äga rum genom lägre priser på försäljningsmarknaden eller försäljningsmarknaderna.

347. Normalt har företagen ett incitament att låta åtminstone en del av en minskning av de rörliga kostnaderna komma de egna kunderna till godo. Den högre vinstmarginalen till följd av rörliga kostnadsminskningar ger företagen ett betydande kommersiellt incitament för att öka produktionen genom prissänkningar. De medlemmar i en överenskommelse om gemensamma inköp som tillsammans har en betydande marknadsstyrka på försäljningsmarknaden eller försäljningsmarknaderna kan dock vara mindre benägna att låta minskade rörliga kostnader komma konsumenterna till godo. Dessutom är det osannolikt att rena minskningar av fasta kostnader (såsom engångsbetalningar från leverantörer) kommer att komma konsumenterna till godo, eftersom de normalt inte ger företagen något incitament att öka sin produktion. Det krävs därför en noggrann bedömning av den specifika överenskommelsen om gemensamma inköp för att bedöma om den skapar ett ekonomiskt incitament att öka produktionen och låta kostnadsminskningar eller effektivitetsvinster komma konsumenterna till godo⁽¹⁸⁵⁾. Slutligen är det särskilt osannolikt att konsumenterna får lägre försäljningspriser om överenskommelsen om gemensamma inköp begränsar medlemmarnas möjlighet (eller avskräcker dem från) att självständigt köpa ytterligare volymer via eller utanför överenskommelsen om gemensamma inköp. Överenskommelser om gemensamma inköp som begränsar medlemmarnas oberoende beställning av ytterligare volymer ger i själva verket ett incitament att höja försäljningspriserna. Detta beror på att en gemensam begränsning av inköpen av insatsvaror också kan leda till att försäljningsvolymen på försäljningsmarknaden eller försäljningsmarknaderna begränsas.

4.3.4. *Konkurrensen sätts inte ur spel*

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

⁽¹⁸⁵⁾ Exempelvis kan en rabatt avtalsmässigt ha *formen* av en klumpsumma, men den kan i praktiken vara beroende av att köparen uppnår vissa förväntade försäljningsmål när avtalet omförhandlas påföljande år.

- 4.4. **Exempel**
349. Köparkartell

Exempel 1

Situation: Många små företag samlar in begagnade mobiltelefoner via försäljningsställen där de returneras vid inköp en ny mobiltelefon. Dessa insamlare säljer begagnade mobiltelefoner till återvinningsföretag som utvinner värdefulla råvaror som guld, silver och koppar för återanvändning som ett mer hållbart alternativ till småskalig gruvdrift. Fem återvinningsföretag som står för 12 % av inköpsmarknaden för begagnade mobiltelefoner kommer överens om ett gemensamt högsta inköpspris per telefon. Dessa fem återvinningsföretag informerar också varandra om de prisdiskussioner som de för individuellt med insamlare av begagnade mobiltelefoner, om de anbud som insamlarna lämnar till dem och om det pris de slutligen kommer överens om att betala till insamlarna per telefon.

Analys: De fem återvinningsföretagen är alla parter i en köparkartell. Var och en förhandlar och köper var för sig från mobiltelefoninsamlarna. Det finns ingen gemensam överenskommelse om inköp som företräder köparna gemensamt i förhandlingarna med eller köpet från uppsamlarna. Återvinningsföretagen har en förhållandevis liten marknadsandel av inköpsmarknaden för elektroniskt avfall, men avtalet mellan dem kan anses syfta till att begränsa konkurrensen och det krävs ingen marknadsdefinition eller någon bedömning av dess potentiella effekter på marknaden.

350. Gemensam förhandling bedrivs av en europeisk detaljhandelsallians

Exempel 2

Situation: En europeisk detaljhandelsallians, som består av sju stora detaljhandelskedjor, var och en från olika medlemsstater, förhandlar tillsammans med en stor tillverkare av konfektyrvaror om vissa ytterligare villkor för deras framtida leveransavtal. Alliansen har en marknadsandel på högst 18 % på varje relevant inköpsmarknad för konfektyrer och var och en av dess medlemmar har en marknadsandel på mellan 15 % och 20 % på slutkundsmarknaderna i respektive medlemsstat. Förhandlingarna omfattar bland annat en ytterligare rabatt på tillverkarens normala listpris i utbyte mot vissa marknadsföringstjänster i de sju medlemsstater där medlemmarna i alliansen är verksamma på försäljningsmarknaden. Båda sidor kommer med hårda krav för att nå bästa möjliga uppgörelse. Vid någon tidpunkt under förhandlingarna hotar detaljhandelsalliansen och beslutar därefter att tillfälligt upphöra med att beställa vissa produkter från tillverkaren, för att sätta större press på tillverkaren. Vid genomförandet av detta beslut beslutar varje medlem i alliansen individuellt vilka produkter från tillverkaren som den upphör att beställa under dödläget i förhandlingarna. Efter en ny förhandlingsrunda kommer tillverkaren och alliansen slutligen överens om den ytterligare rabatt som kommer att gälla för medlemmarnas efterföljande enskilda inköp och de återupptar sina beställningar av hela produktsortimentet från tillverkaren.

Analys: Den europeiska detaljhandelsalliansen kan betraktas som en överenskommelse om gemensamma inköp även om den enbart förhandlar gemensamt om vissa villkor med tillverkaren för sina medlemmars räkning och medlemmarna sedan med utgångspunkt i de villkoren individuellt köper de kvantiteter som de behöver. De nationella detaljhandelskedjor som är medlemmar i alliansen är inte verksamma på samma försäljningsmarknader. Det är därför mindre sannolikt att överenskommelsen om gemensamma inköp har konkurrensbegränsande effekter i senare led, eftersom de utsätts för tillräckligt konkurrenstryck från konkurrerande återförsäljare. Eventuella negativa effekter på konkurrensen för tillverkare i tidigare led från den ytterligare rabatten (t.ex. när det gäller leverantörernas innovation) måste bedömas mot bakgrund av de övergripande effekterna av överenskommelsen om gemensamma inköp. Att beställningarna tillfälligt avbryts verkar inte skada konsumenterna på kort sikt, eftersom det finns andra konkurrerande återförsäljare där de kan köpa samma produkter eller substituerbara produkter, vilket kan gynna konsumenterna på lång sikt genom lägre priser.

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

Exempel 3

Situation: 150 små återförsäljare ingår ett avtal om att ingå en överenskommelse om gemensamma inköp. De är skyldiga att köpa in en minimivolym via överenskommelsen, som utgör omkring 50 % av varje återförsäljares totala kostnader. Återförsäljarna kan köpa in mer än minimivolymen via överenskommelsen, och de kan också göra inköp utanför samarbetet. De har en sammanlagd marknadsandel på 23 % både på inköps- och försäljningsmarknaderna. Företag A och företag B är två stora konkurrenter till medlemmarna i överenskommelsen om gemensamma inköp. Företag A har en andel på 25 % både på inköps- och försäljningsmarknaderna medan företag B har en andel på 35 %. Det finns inga hinder för att de återstående mindre konkurrenterna också bildar en överenskommelse om gemensamma inköp. De 150 återförsäljarna uppnår betydande kostnadsbesparingar genom att göra inköp tillsammans via överenskommelsen om gemensamma inköp.

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

352. Gemensamma kostnader och marknadsstyrka på försäljningsmarknaden

Exempel 4

Situation: Två snabbköpskedjor ingår ett avtal om att gemensamt köpa in produkter som utgör omkring 80 % av deras rörliga kostnader. Parterna har sammanlagda marknadsandelar på 25–40 % på de relevanta inköpsmarknaderna för de olika produktkategorierna. På den relevanta försäljningsmarknaden har de en sammanlagd marknadsandel på 60 % och det finns fyra andra betydande detaljhandlare med en marknadsandel på 10 % vardera. Ett marknadsinträde är osannolikt.

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

353. Parter som är verksamma på olika geografiska marknader

Exempel 5

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

Analys: Överenskommelsen om gemensamma inköp kommer att kunna konkurrera med övriga befintliga stora inköpare på inköpsmarknaden. Försäljningsmarknaderna är mycket mindre (mätt i omsättning och geografisk omfattning) än inköpsmarknaden som omfattar hela unionen, och på dessa marknader kan en del av medlemmarna i överenskommelsen ha marknadsstyrka. Även om medlemmarna i överenskommelsen har en sammanlagd marknadsandel på mer än 15 % på inköpsmarknaden är det osannolikt att parterna ska samordna sitt beteende och samverka på försäljningsmarknaderna, eftersom de är varken faktiska eller potentiella konkurrenter i efterföljande marknadsled. De kommer sannolikt också att föra vidare de sänkta priserna i den mån de står inför en betydande konkurrens på försäljningsmarknaderna. Det är följaktligen osannolikt att överenskommelsen om gemensamma inköp ger konkurrensbegränsande effekter i den mening som avses i artikel 101.1.

354. Informationsutbyte

Exempel 6

Situation: Tre konkurrerande tillverkare A, B och C ger en oberoende överenskommelse om gemensamma inköp att köpa in produkt Z, som är en mellanprodukt som används av de tre parterna för deras tillverkning av slutprodukten X. Kostnaderna för Z är inte en betydande kostnadsfaktor för tillverkningen av X. Överenskommelsen om gemensamma inköp konkurrerar inte med parterna på försäljningsmarknaden för X. All information som krävs för inköpen (t.ex. kvalitetsspecifikationer, kvantiteter, leveransdatum, högsta inköpspris) lämnas endast ut till överenskommelsen om gemensamma inköp, inte till de andra parterna. Överenskommelsen om gemensamma inköp kommer överens om inköpspriserna med leverantörerna. A, B och C har en sammanlagd marknadsandel på 30% på var och en av inköps- och försäljningsmarknaderna. De har sex konkurrenter på inköps- och försäljningsmarknaderna, varav två har en marknadsandel på 20%.

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

5. SALUFÖRINGSAVTAL

5.1. Inledning

355. Saluföringsavtal omfattar samarbete mellan konkurrenter vid försäljning, distribution eller marknadsföring av deras substitutprodukter. Denna typ av avtal kan ha ett mycket varierande tillämpningsområde, beroende på vilka marknadsfunktioner som omfattas av samarbetet. I den ena änden av skalan förekommer gemensam försäljning som leder till ett gemensamt fastställande av alla kommersiella aspekter som är förknippade med försäljningen av produkten, inklusive pris. I den andra änden förekommer mer begränsade avtal som endast gäller en särskild saluföringsfunktion, såsom distribution, afterservice eller reklam.
356. En viktig kategori av dessa mer begränsade avtal är distributionsavtalen. Gruppundantagsförordningen om vertikala begränsningar och riktlinjerna om vertikala begränsningar omfattar generellt distributionsavtal om inte parterna i avtalet är faktiska eller potentiella konkurrenter. Om konkurrenter kommer överens om att distribuera sina substitutprodukter (särskilt om de gör det på olika geografiska marknader), finns det i vissa fall en risk för att avtalen har till syfte eller effekt att dela upp marknaderna mellan parterna eller att de leder till samverkan. Detta kan gälla för både ömsesidiga och icke-ömsesidiga avtal mellan konkurrenter och de måste således först bedömas enligt de principer som anges i det här kapitlet. Om denna bedömning leder till slutsatsen att ett samarbete mellan konkurrenter inom distributionsområdet i princip skulle kunna godtas, är en ytterligare bedömning nödvändig för att granska de vertikala begränsningar som ingår i sådana avtal. Detta andra steg i bedömningen bör grunda sig på de principer som anges i riktlinjerna om vertikala begränsningar.
357. Det enda undantaget från den process i två steg som beskrivs i föregående stycke är när det är fråga om icke-ömsesidiga vertikala avtal mellan konkurrenter där a) leverantören är tillverkare, grossist eller importör samt distributör av varor medan köparen är distributör och inte ett konkurrerande företag i tillverknings-, grossist- eller importledet, eller b) leverantören tillhandahåller tjänster i flera handelsled medan köparen tillhandahåller

tjänster i detaljistledet och inte är ett konkurrerande företag i det handelsled där denne köper de avtalstjänster som omfattas av gruppundantagsförordningen om vertikala om vertikala begränsningar⁽¹⁸⁶⁾, som dessa riktlinjer inte är tillämpliga på. I punkt 48 ges ytterligare vägledning om det allmänna förhållandet mellan dessa riktlinjer och gruppundantagsförordningen och riktlinjerna om vertikala begränsningar.

358. En ytterligare distinktion bör göras mellan å ena sidan avtal där parterna endast kommer överens om gemensam saluföring och å andra sidan avtal där saluföringen är förknippad med någon annan typ av samarbete i föregående marknadsled, t.ex. gemensam produktion eller gemensamma inköp. Vid en analys av saluföringsavtal som kombinerar olika stadier av samarbete är det nödvändigt att göra en bedömning i enlighet med punkterna 6–7.
359. Särskilda regler gäller för saluföring av jordbruksprodukter. Artikel 101 är inte tillämplig på i) saluföring av jordbruksprodukter genom erkända producentorganisationer och sammanslutningar av producentorganisationer⁽¹⁸⁷⁾ och ii) vissa saluföringsavtal som inte rör priser vid gemensam försäljning och som ingås mellan jordbrukare och deras sammanslutningar⁽¹⁸⁸⁾, på de särskilda villkor som fastställs i dessa regler. Dessutom finns det särskilda bestämmelser för saluföring av obehandlad mjölk⁽¹⁸⁹⁾.

5.2. Bedömning enligt artikel 101.1

5.2.1. De centrala konkurrensproblemen

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

5.2.2. Avtal som har till syfte att begränsa konkurrensen

364. För det första har saluföringsavtal till syfte att begränsa konkurrensen om de fungerar som ett verktyg för att delta i en förtäckt kartell. Därför är det under alla omständigheter sannolikt att saluföringsavtal som omfattar fastställande av priser, produktionsbegränsningar eller uppdelning av marknaden har till syfte att begränsa konkurrensen.
365. Prisöverenskommelser är ett av de största konkurrensproblemen till följd av saluföringsavtal mellan konkurrenter. Avtal som är begränsade till gemensam försäljning och generella saluföringsavtal som omfattar gemensam prissättning leder i allmänhet till samordning av konkurrerande tillverkares eller tjänsteleverantörers prispolitik. Sådana avtal kan inte endast sätta priskonkurrensen mellan parterna ur spel när det gäller substitutprodukter, utan kan också begränsa den totala produktvolym som parterna ska leverera inom ramen för ett system med fördelning av beställningar. Sådana avtal har därför sannolikt till syfte att begränsa konkurrensen.
366. Denna bedömning förändras inte av att avtalet är icke-exklusivt, dvs. om parterna fritt får sälja utanför avtalet individuellt, så länge man kan anta att avtalet leder till en övergripande samordning av de priser som parterna tar ut av alla eller vissa av sina kunder.

⁽¹⁸⁶⁾ Artikel [...] i gruppundantagsförordningen om vertikala begränsningar.

⁽¹⁸⁷⁾ Artikel 152.1a i Europaparlamentets och rådets förordning (EU) nr 1308/2013 av den 17 december 2013 om upprättande av en samlad marknadsordning för jordbruket, ändrad genom Europaparlamentets och rådets förordning (EU) 2021/2117 av den 2 december 2021.

⁽¹⁸⁸⁾ Artikel 209 i den förordningen.

⁽¹⁸⁹⁾ Artikel 149 i den förordningen.

367. På samma sätt är produktionsbegränsningar ett stort konkurrensproblem som kan uppstå till följd av saluföringsavtal. Om avtalsparterna gemensamt beslutar om den kvantitet produkter som ska saluföras, skulle den tillgängliga leveransen av de produkter som omfattas av avtalet kunna minskas, vilket ökar deras pris. Varje avtalspart bör i princip självständigt besluta om att öka eller minska sin produktion för att tillgodose efterfrågan på marknaden. Risker för produktionsbegränsningar är mer begränsade när det gäller icke-exklusiva saluföringsavtal, så länge parterna förblir fria och faktiskt tillgängliga för att var för sig tillgodose ytterligare efterfrågan och under förutsättning att avtalet inte leder till en samordning av parternas leveranspolitik.
368. Ett annat specifikt konkurrensproblem som gäller saluföringsavtal mellan parter som är verksamma på olika geografiska marknader eller gentemot olika kundkategorier är att de kan vara ett instrument för marknadsuppdelning. Om parterna använder ett ömsesidigt saluföringsavtal för att distribuera varandras produkter för att sätta den faktiska eller potentiella konkurrensen mellan sig ur spel genom att med avsikt dela upp marknader eller kundkretsar är det sannolikt att avtalet har till syfte att begränsa konkurrensen. Om avtalet inte är ömsesidigt är risken för marknadsuppdelning mindre uttalad. Det måste dock bedömas om det icke-ömsesidiga avtalet utgör grund för en ömsesidig överenskommelse mellan parterna att inte gå in på varandras marknader.
- 5.2.3. *Konkurrensbegränsande effekter*
369. Ett saluföringsavtal som inte har till syfte att begränsa konkurrensen kan fortfarande ha konkurrensbegränsande effekter, vilket ska kontrolleras i enlighet med de faktorer som nämns i punkt 37. Följande förtydliganden kan läggas till med särskild hänsyn till konkurrensbegränsande effekter i saluföringsavtal.
370. För att utvärdera de eventuella begränsande effekterna av ett saluföringsavtal måste man först definiera konkurrensförhållandet mellan parterna på de relevanta produktmarknader och geografiska marknader som direkt berörs av samarbetet (dvs. den marknad eller de marknader som omfattar de produkter som är föremål för avtalet). I ett saluföringsavtal är den marknad där avtalsparterna gemensamt saluför de produkter som omfattas av avtalet i allmänhet den marknad som påverkas mest. Eftersom ett saluföringsavtal på en marknad emellertid också kan påverka parternas konkurrensbeteende på angränsande marknader med nära anknytning till den marknad som direkt berörs av samarbetet, måste också sådana eventuellt angränsande marknader definieras. De angränsande marknaderna kan vara horisontellt eller vertikalt relaterade till den marknad där samarbetet äger rum.
371. I fall där de inte har till syfte att begränsa konkurrensen kommer saluföringsavtal mellan konkurrenter i allmänhet endast att ha konkurrensbegränsande effekter om parterna har en viss grad av marknadsstyrka, vilket också ska bedömas med beaktande av eventuell motverkande köparmakt. I detta avseende slår parterna i saluföringsavtal (en del av) ihop sin marknadsrelaterade verksamhet, i direkt relation till sina kunder. Vid gemensam marknadsstyrka finns det därför i allmänhet en relevant grad av sannolikhet för att parterna har kapacitet att höja priserna eller minska produktionen, produktkvaliteten, produktutbudet eller innovationen. Det direkta förhållandet till kunderna ökar risken för konkurrensbegränsande effekter av avtalet.
372. I regel skapar ett saluföringsavtal sannolikt inga konkurrensproblem, om det av välgrundade skäl är nödvändigt för att en part ska kunna gå in på en marknad som den, t.ex. på grund av de kostnader det innebär, inte hade kunnat komma in på ensamma eller tillsammans med ett mindre antal parter än de som faktiskt deltar i samarbetet.
373. Den avgörande frågan vid bedömningen av ett ömsesidigt saluföringsavtal är om avtalet av välgrundade skäl är nödvändigt för att parterna ska kunna komma in på varandras marknader. Är detta fallet, orsakar avtalet inte konkurrensproblem av horisontell natur. Om avtalet minskar möjligheterna att fatta självständiga beslut för en av parterna när det gäller att gå in på de övriga parternas marknad genom att begränsa den partens incitament att göra det, medför det sannolikt konkurrensbegränsande effekter. Samma resonemang gäller avtal som inte är ömsesidiga, men där är risken för konkurrensbegränsande effekter mindre uttalad.

5.2.3.1. Samverkan

374. Ett avtal om gemensam saluföring som inte omfattar prisöverenskommelser, produktionsbegränsningar eller marknadsuppdelning ger sannolikt också upphov till konkurrensbegränsande effekter, om det ökar parterna gemensamma kostnader upp till en nivå som sannolikt leder till samverkan. Detta är sannolikt fallet med ett avtal om gemensam saluföring om parterna redan före avtalet har en stor andel av sina rörliga kostnader gemensamt. I en sådan situation kan den ytterligare ökningen av gemensamma kostnader (det vill säga saluföringskostnaderna för den produkt som omfattas av avtalet) göra att balansen tippar över i riktning mot samverkan. Omvänt kan risken för samverkan vara stor om ökningen är avsevärd, även om parterna har en låg grad av gemensamma kostnader i början.
375. Sannolikheten för att samverkan uppstår beror på parternas marknadsstyrka och den relevanta marknadsens egenskaper. Gemensamma kostnader kan öka risken för samverkan endast om parterna har marknadsstyrka och om saluföringskostnaderna utgör en stor andel av de rörliga kostnaderna för den berörda produkten. Detta gäller t.ex. inte homogena produkter för vilka den största kostnadsfaktorn är produktionskostnaderna. Gemensamma kostnader för saluföring ökar risken för samverkan om saluföringsavtalet avser produkter som innebär en kostsam saluföring, t.ex. höga kostnader för distribution eller marknadsföring. Avtal som enbart gäller gemensam reklam eller gemensamma säljfrämjande åtgärder kan följaktligen också ge konkurrensbegränsande effekter om dessa kostnader utgör en betydande kostnadsfaktor.
376. Gemensam saluföring omfattar vanligen utbyte av kommersiellt känslig information, särskilt om marknadsföringsstrategi och prissättning. De flesta saluföringsavtal kräver en viss grad av informationsutbyte för att kunna genomföras. Därför måste man kontrollera om informationsutbytet kan ge upphov till samverkan såvitt avser parternas verksamhet inom och utanför samarbetet. Eventuella negativa effekter av informationsutbytet kommer inte att bedömas separat utan mot bakgrund av avtalets övergripande effekter.
377. Under alla omständigheter är de sannolika konkurrensbegränsande effekterna av informationsutbyte i samband med saluföringsavtal beroende av marknadsens och de utbytta uppgifternas egenskaper och bör bedömas enligt den allmänna vägledning som ges i kapitel 6.

5.2.3.2. Samarbete som i allmänhet inte ger upphov till problem

378. Som nämns i punkt 367 kan saluföringsavtal mellan konkurrenter i allmänhet ha konkurrensbegränsande effekter om parterna har en viss grad av marknadsstyrka. Oftast är det osannolikt att marknadsstyrka föreligger om avtalsparterna har en sammanlagd marknadsandel som inte överstiger 15 % av den marknad på vilken de gemensamt saluför avtalsprodukterna. Om parternas sammanlagda marknadsandel inte överstiger 15 % är det i alla händelser sannolikt att villkoren i artikel 101.3 är uppfyllda.
379. Om parternas sammanlagda marknadsandel är större än 15 % går det inte att anta att deras avtal inte kommer få begränsande effekter, vilket betyder att man måste bedöma hur avtalet om gemensam saluföring sannolikt påverkar marknaden.

5.3. Bedömning enligt artikel 101.3

5.3.1. Effektivitetsvinster

380. Saluföringsavtal kan medföra betydande effektivitetsvinster. Vilka effektivitetsvinster som ska beaktas vid bedömningen av om ett saluföringsavtal uppfyller villkoren i artikel 101.3 beror på verksamhetens och samarbetsparternas art. Fastställande av priser kan i regel inte godkännas, om det inte är nödvändigt för integreringen av andra försäljningsfunktioner och om inte denna integrering medför betydande effektivitetsvinster. Gemensam distribution kan generera betydande effektivitetsvinster till följd av stordriftsfördelar, särskilt för mindre producenter eller grupper av oberoende återförsäljare, till exempel om de utnyttjar nya distributionsplattformar för att konkurrera med globala eller stora aktörer. Gemensam distribution kan särskilt vara relevant för att uppnå miljömål, förutsatt att dessa är säkra, kvantifierbara och dokumenterade. Saluföringsavtal kan också bidra till en motståndskraftig inre marknad och skapa effektivitetsvinster som gynnar konsumenterna genom att minska beroendet och/eller minska brister och störningar i leveranskedjorna.

381. Dessutom får effektivitetsvinsterna inte utgöras av inbesparingar enbart till följd av eliminerade kostnader som i sig är en del av konkurrensen, utan de måste vara resultatet av att ekonomiska verksamheter integreras. En minskning av transportkostnaderna enbart till följd av att kundkretsar delas upp utan att logistiksystemet integreras kan därför inte betraktas som en effektivitetsvinst i den mening som avses i artikel 101.3.

382. Parterna i avtalet måste kunna styrka att effektivitetsvinster uppstått. En viktig faktor i detta avseende är att parterna bidrar med kapital, teknik eller andra tillgångar i betydande utsträckning. Kostnadsbesparingar genom minskad dubblering av resurser och anläggningar kan också godtas. Om den gemensamma saluföringen däremot endast består av en försäljningsagentur utan investeringar, är det osannolikt att villkoren i artikel 101.3 är uppfyllda.

5.3.2. Nödvändighet

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

5.3.3. Nyttja för konsumenterna

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

5.3.4. Konkurrensen sätts inte ur spel

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

5.4. Anbudskonsortier

386. Med anbudskonsortium avses en situation där två eller flera parter samarbetar för att lämna ett gemensamt anbud i en offentlig eller privat upphandling ⁽¹⁹⁰⁾.

387. I detta avsnitt ska anbudskonsortier särskiljas från uppgjorda anbud (eller samordnade anbudsförfaranden), som avser olagliga avtal mellan ekonomiska aktörer, i syfte att snedvrیدا konkurrensen i tilldelningsförfaranden. Uppgjorda anbud är en av de allvarligaste formerna av begränsning genom syfte och kan anta olika former, till exempel att fastställa innehållet i anbudet i förväg (i synnerhet priset) för att påverka utgången av förfarandet, att avstå från att lämna ett anbud, att dela upp marknaden baserat på geografisk, den upphandlande myndigheten eller föremålet för upphandlingen, eller att upprätta rullande scheman för ett antal förfaranden. Syftet med alla dessa metoder är att en förutbestämd anbudsgivare ska kunna ta hem ett kontrakt, samtidigt som man ger intrycket att det hela skett med äkta konkurrens ⁽¹⁹¹⁾. Ur konkurrenssynpunkt är uppgjorda anbud en form av kartell som består i manipulering av ett anbudsförfarande för tilldelning av ett kontrakt ⁽¹⁹²⁾.

⁽¹⁹⁰⁾ Anbudssamarbete kan genomföras antingen genom underentreprenad, där den officiella anbudsgivaren vid upphandling går med på att lägga ut en del av verksamheten på en eller flera andra parter, eller genom ett konsortium, där alla konsortiepartner deltar gemensamt i anbudsförfarandet, normalt med en särskild rättslig enhet för anbudsförfarandet. När det gäller offentlig upphandling är skillnaden mellan underentreprenad och ett konsortium att huvudentreprenören i det första fallet kanske inte omedelbart behöver uppge namnen på sina underleverantörer, medan namnen på konsortiets medlemmar i ett konsortium omedelbart anmäls till den upphandlande myndigheten. Ur ett konkurrensrättsligt perspektiv utgör både underentreprenad och konsortier gemensamma anbud. I detta avsnitt kommer termen anbudskonsortium att användas för enkelhetens skull.

⁽¹⁹¹⁾ Kommissionens Tillkännagivande om verktyg för att bekämpa otillåten samverkan vid offentlig upphandling och om vägledning om att tillämpa detta som skäl för uteslutning, EUT C 91, 18.3.2021, s. 1.

⁽¹⁹²⁾ Dom av den 14 januari 2021, Konkurrens- och konsumentverket, C-450/19, EU:C:2021:10, punkt 35.

388. Uppgjorda anbud innebär i allmänhet inte ett gemensamt deltagande i anbudsförfarandet. Det är vanligtvis ett dolt eller underförstått avtal mellan potentiella deltagare om att samordna sina skenbart enskilda beslut om deltagande i anbudsförfarandet. I vissa fall är det dock inte enkelt att skilja mellan uppgjorda anbud och lagliga former av gemensamma anbud, särskilt när det gäller underentreprenad. Fall där två anbudsgivare anger varandra som underentreprenörer kan detta till exempel vara en potentiell indikation på samverkan, eftersom detta ofta innebär att parterna känner till varandras ekonomiska anbud, varför det kan ifrågasättas om parterna agerar på ett oberoende sätt när de utformar sina egna anbud. Det finns emellertid inte någon generell presumtion om att det faktum att den utvalda anbudsgivaren anlitar en annan anbudsgivare i samma förfarande som underleverantör utgör otillåten samverkan och de berörda parterna bör få möjlighet att bevisa motsatsen ⁽¹⁹³⁾.
389. Avtal om anbudskonsortier kan innebära en betydande grad av integrering av parternas resurser och verksamheter, särskilt när former av gemensam produktion ingår i den avtalade verksamheten, i syfte att delta i anbudsförfarandet. I situationer där den gemensamma saluföringen endast är underordnad parternas huvudsakliga integrering i produktionsprocessen ligger tyngdpunkten i avtalet i produktionsverksamheten och konkurrensbedömningen ska utföras i enlighet med de regler som är tillämpliga på det relevanta samarbetet, det vill säga gemensam produktion. I förevarande fall anses i allmänhet inte fastställande av priser för de varor eller tjänster som omfattas av avtalet utgöra en konkurrensbegränsning genom syfte och det kommer att behöva göras en bedömning av huruvida det föreligger begränsning genom resultat (se ovan punkt 216 om produktionsavtal).
390. Konsortieavtal som huvudsakligen eller uteslutande omfattar gemensam saluföring måste dock i princip betraktas som saluföringsavtal och ska därför bedömas i enlighet med principerna i detta kapitel.
391. Ett avtal om ett gemensamt anbudskonsortium kommer – oberoende av dess rättsliga utformning – inte att medföra en konkurrensbegränsning om det gör det möjligt för de berörda företagen att delta i projekt som de inte skulle kunna genomföra individuellt. Eftersom parterna i konsortieavtalen därför inte är potentiella konkurrenter om genomförandet av projektet föreligger det ingen konkurrensbegränsning i den mening som avses i artikel 101.1. Detta kan vara fallet med företag som tillhandahåller olika tjänster som kompletterar varandra när det gäller deltagande i anbudsförfarandet. En annan möjlighet är att de berörda företagen, även om de är verksamma på samma marknader, inte kan genomföra kontraktet individuellt, till exempel på grund av kontraktets storlek eller komplexitet.
392. Bedömningen av huruvida var och en av parterna kan konkurrera individuellt i ett anbud och således vara konkurrenter beror först och främst på de krav som anges i upphandlingsreglerna. Att det teoretiskt är möjligt att bedriva avtalsverksamheten på egen hand innebär dock inte automatiskt att parterna är konkurrenter: det måste göras en realistisk bedömning av huruvida ett företag kommer att vara i stånd att fullgöra avtalet på egen hand, med beaktande av de särskilda omständigheterna i det enskilda fallet, såsom företagets storlek och kapacitet samt dess nuvarande och framtida kapacitet som bedöms mot bakgrund av utvecklingen av avtalsvillkoren.
393. När det gäller anbudsinfordringar där det är möjligt att lämna anbud på delar av kontraktet måste företag som har kapacitet att lämna anbud på en eller flera delar – men inte antas kunna lägga anbud på hela kontraktet – betraktas som konkurrenter. I liknande situationer motiveras samarbetet ofta med att samarbetet i konsortieavtalet skulle göra det möjligt för parterna att lämna anbud på hela kontraktet, vilket skulle ge möjlighet att erbjuda en kombinerad rabatt för hela kontraktet. Detta ändrar dock inte det faktum att parterna i princip är konkurrenter för åtminstone en del av anbudet och de eventuella effektivitetsvinster som uppnås genom ett gemensamt anbud på hela anbudet måste bedömas på grundval av principerna i artikel 101.3.
394. Om det inte är möjligt att utesluta att parterna i konsortieavtalet kan konkurrera individuellt i anbudet (eller om det finns fler parter i ett konsortieavtal än nödvändigt) kan det gemensamma anbudet begränsa konkurrensen. Begränsningen uppstår genom syfte eller genom verkningar, beroende på avtalets innehåll och de särskilda omständigheterna i det enskilda fallet (se punkterna 360–375 ovan).

⁽¹⁹³⁾ Kommissionens Tillkännagivande om verktyg för att bekämpa otillåten samverkan vid offentlig upphandling och om vägledning om att tillämpa detta som skäl för uteslutning, EUT C 91, 18.3.2021, s. 1, avsnitt 5.6.

395. Under alla omständigheter kan ett konsortieavtal mellan konkurrenter uppfylla kriterierna i artikel 101.3. I allmänhet kommer det att krävas en särskild och konkret bedömning på grundval av olika faktorer, såsom parternas ställning på den relevanta marknaden, antalet andra deltagare i anbudsförandet och deras marknadsställning, innehållet i konsortieavtalet, de berörda produkterna eller tjänsterna och marknadsvillkoren.
396. När det gäller effektivitetsvinster kan dessa uppstå i form av lägre priser, men också i form av bättre kvalitet, större urval eller snabbare förverkligande av de produkter eller tjänster som berörs av anbudsinfördran. Dessutom måste alla andra kriterier i artikel 101.3 vara uppfyllda (nödvändighet, nytta för konsumenterna och konkurrensen sätts inte ur spel). I anbudsföranden är dessa ofta sammankopplade med varandra: det är lättare att låta effektivitetsvinsterna av ett gemensamt anbud genom ett konsortieavtal komma konsumenterna till godo – i form av lägre priser eller bättre kvalitet på anbudet – om konkurrensen avseende anbudet inte sätts ur spel och andra relevanta konkurrenter deltar i anbudsförandet.
397. I huvudsak kan kriterierna i artikel 101.3 vara uppfyllda om det gemensamma deltagandet i anbudet gör det möjligt för parterna att lämna ett anbud som är mer konkurrenskraftigt än de anbud som de skulle ha lämnat på egen hand – i fråga om pris och/eller kvalitet – och nyttan för konsumenterna och den upphandlande enheten uppväger konkurrensbegränsningarna. Effektivitetsvinsterna måste konsumenterna till godo och kommer inte att vara tillräckliga för att uppfylla kriterierna i artikel 101.3 om de endast gynnar parterna i det gemensamma anbudsgivande konsortieavtalet.
- 5.5. **Exempel**
398. Gemensam saluföring som är nödvändig för att komma in på en marknad

Exempel 1

Situation: Fyra företag som tillhandahåller tvättjänster i en stor stad invid gränsen till en annan medlemsstat, samtliga med en marknadsandel på 3% av hela tvättmarknaden i den staden, kommer överens om att bilda en gemensam marknadsföringsgren för försäljning av tvättjänster till institutionella kunder (dvs. hotell, sjukhus, kontor), samtidigt som de har kvar sin självständighet och frihet att konkurrera om lokala, individuella kunder. Med tanke på det nya efterfrågesegmentet (institutionella kunder) utvecklar de ett gemensamt varumärke och fastställer ett gemensamt pris och gemensamma standardvillkor som bl.a. omfattar leveranstidtabeller (bl.a. tvätt och leverans inom 24 timmar). De upprättar en egen teletjänstcentral där institutionella kunder kan beställa insamlings- och/eller leveranstjänster. De anställer en receptionist (för teletjänstcentralen) och flera chaufförer. Vidare investerar de i skåpbilar och varumärkesreklam för att öka sin synlighet. Avtalet minskar inte optimalt deras individuella infrastrukturkostnader (eftersom de behåller sina egna lokaler och fortfarande konkurrerar med varandra om individuella lokala kunder), men det ökar deras stordriftsfördelar och ger dem möjlighet att erbjuda en mer omfattande tjänst till andra typer av kunder, bl.a. genom att hålla öppet längre och leverera inom ett större geografiskt område. För att garantera projektets lönsamhet är det nödvändigt att samtliga fyra företag ingår avtalet. Marknaden är mycket fragmenterad, och ingen enskild konkurrent har en marknadsandel som överstiger 15 %.

Analys: Parterna har visserligen en gemensam marknadsandel på mindre än 15 %, men eftersom avtalet omfattar prisöverenskommelser kan artikel 101.1 ändå vara tillämplig. I den mån parterna inte skulle ha kunnat träda in på marknaden för tillhandahållande av tvättjänster till institutionella kunder, vare sig enskilt eller i samarbete med färre parter än de fyra som för närvarande deltar i avtalet, skulle avtalet emellertid inte ge upphov till konkurrensproblem, oberoende av prissättningsbegränsningen, som i detta fall kan anses vara oumbärlig för främjandet av det gemensamma varumärket och projektets framgång.

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

Exempel 2

Situation: Samma omständigheter som i exempel 1 i punkt 398 föreligger, med en väsentlig skillnad: för att garantera projektets bärkraft skulle det ha räckt om tre parter hade genomfört avtalet (i stället för de fyra som faktiskt deltar i samarbetet).

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

400. Gemensam internetplattform – 1

Exempel 3

Situation: Ett antal små specialaffärer på olika håll i ett visst land går med i en elektronisk nätbaserad plattform för marknadsföring, försäljning och leverans av presentfruktkorgar. Det finns flera konkurrerande nätbaserade plattformar. Genom en månadsavgift delar de plattformens driftskostnader och investerar gemensamt i märkesreklam. På webbplatsen erbjuds ett stort urval olika typer av presentkorgar, och kunderna beställer (och betalar) den typ av korg de vill ha levererad. Därefter går beställningen till den specialaffär som ligger närmast leveransadressen. Specialaffären i fråga betalar själv kostnaderna för att komponera presentkorgen och leverera den till kunden. Den återvinner 90 % av det slutliga priset, som fastställs av den nätbaserade plattformen och gäller för samtliga deltagande specialaffärer, medan resterande 10 % anslås för gemensam marknadsföring och nätplattformens driftskostnader. Bortsett från att de måste betala en månadsavgift finns det inget annat som hindrar specialaffärer från att ansluta sig till plattformen var som helst i landet. Dessutom kan specialaffärer som har en egen företagswebbplats sälja presentfruktkorgar på nätet under eget namn (vilket de i vissa fall gör) och således fortfarande konkurrera sinsemellan utanför samarbetet. Kunder som köper via nätplattformen garanteras leverans fruktkorgarna samma dag och de kan också välja en leveranstidpunkt som passar dem.

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

401. Gemensam internetplattform – 2

Exempel 4

Situation: Ett antal små oberoende bokhandlare skapar en elektronisk webbaserad plattform som kommer att marknadsföra, sälja och leverera de böcker som finns tillgängliga i deras butiker. Bokhandlarna omfattar en betydande region som gränsar till flera medlemsstater. Varje bokhandlare betalar en årlig avgift som ska täcka kostnaderna för att driva och marknadsföra plattformen. Avgiften beräknas på grundval av en fast procentsats av varje bokhandels årliga försäljning på plattformen upp till ett högsta belopp. Detta högsta belopp fastställs årligen och baseras på plattformens driftskostnader under det föregående året. För den inledande perioden på tre år är procentandelen fastställd till 10 % av den årliga försäljningen, men medlemmarna är överens om att de i takt med att verksamheten växer sannolikt kommer att kunna minska avgifterna. Bokhandlarna kommer överens om att förhandla med ett leveransföretag om leverans samma dag av de böcker som beställts på nätet. På grund av antalet bokhandlare som ingår i företaget kan leveransföretaget garantera leverans samma dag. Ett pris för denna leveranstjänst är överenskommet och inkluderar kostnaden för att förpacka föremålen. Det finns ingen överenskommelse mellan de enskilda bokhandlarna om onlinepriset för deras böcker, som varje bokhandlare endast förmedlar till plattformen och ingen information utbyts mellan bokhandlarna om framtida priser eller säljfrämjande åtgärder. Priset på böcker på nätet är i allmänhet detsamma som det pris som tas ut i butiken (och det tilläggsbelopp för porto och förpackning som överenskommit med leveransföretaget). Tillträde till plattformen är öppet för alla oberoende butiker mot betalning av den årliga avgiften. Det finns flera andra liknande webbaserade plattformar som tillhandahåller en liknande tjänst i samma region. Ingen enskild plattform har mer än 15 % av marknaden i någon region.

Analys: Eftersom avtalet omfattar fastställande av priset för paketering och leverans av beställningar samt en avgift baserad på en procentandel av detaljhandelspriserna, kan artikel 101.1 vara tillämplig. Parterna lägger fram bevis för att fördelarna med det framförhandlade avtalet – inklusive klausulen om leverans samma dag – inte skulle ha varit tillgängliga för varje bokhandlare individuellt. På grund av avtalet sker dessutom en märkbar ökning av bokförsäljningen – både på nätet och i butik. Det förefaller uppenbart att dessa fördelar inte skulle ha kunnat uppnås utan avtalet. Eftersom det finns flera andra plattformar med liknande marknadsandelar i samma region elimineras inte konkurrensen och avtalet skapar inga konkurrensproblem.

402. Gemensamt försäljningsföretag

Exempel 5

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

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

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

Exempel 6

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

Analys: Underleverantörsavtalet avlägsnar företag B som oberoende leverantör av städtjänster till företag A:s små kunder, eftersom de inte längre kan ingå ett direkt avtalsförhållande med B. Därför kan artikel 101.1 vara tillämplig. Dessa kunder utgör dock endast en tredjedel av företag A:s kundkrets, dvs. 5 % av marknaden. De kommer fortfarande att kunna vända sig till företagen A:s och B:s konkurrenter, som har 70 % av marknaden. Därför ger underleverantörsavtalet inte företag A någon möjlighet att på ett lönsamt sätt ta ut högre priser av de kunder som omfattas av avtalet. Vidare är det osannolikt att underleverantörsavtalet ska ge upphov till samverkan, eftersom företagen A och B har en sammanlagd marknadsandel på endast 30 % och utsätts för konkurrens från flera konkurrenter som har lika stora marknadsandelar som A och B var för sig. Risken för att underleverantörsavtalet ska få spridningseffekter på företagen A:s och B:s beteende när de konkurrerar om stora kunder minskas dessutom av att tjänsterna ska tillhandahållas på något olika sätt beroende på om det är fråga om stora eller små kunder. Det är följaktligen osannolikt att underleverantörsavtalet ger konkurrensbegränsande effekter och det kan omfattas av undantag i enlighet med artikel 101.3.

404. Plattform för distribution av medier

Exempel 7

Situation: Tv-programföretaget A och tv-programföretaget B, som båda huvudsakligen är verksamma på den fria tv-marknaden i en medlemsstat, bildar ett gemensamt företag för lansering på samma nationella marknad av en onlineplattform för beställvideo, där konsumenterna mot betalning kan se filmer eller serier som producerats av var och en av parterna eller av tredje part som har licensierat de relevanta audiovisuella rättigheterna till ett av de två programföretagen. Tv-programföretag A:s koncern har en marknadsandel på cirka 25 % av marknaden för okodad tv och tv-programföretag B har en marknadsandel på cirka 15 %. Det finns två andra stora aktörer med marknadsandelar på mellan 10 % och 15 % och en rad mindre programföretag. Den nationella marknaden för beställvideo, där det gemensamma företaget huvudsakligen kommer att vara verksamt, är en ung marknad med en allmän förväntan på betydande tillväxtpotential. Priset för att titta på en film kommer att fastställas centralt av det gemensamma företaget, som också kommer att samordna priserna för förvärv av licenser för beställvideo i föregående marknadsled.

Analys: Med tanke på deras storlek på den nationella tv-marknaden och deras stora bibliotek av audiovisuella rättigheter skulle både A och B kunna lansera en plattform för beställvideo separat. De är därför potentiella konkurrenter på den framväxande marknaden för beställvideo. Dessutom omfattar avtalet fastställande av priser, vilket innebär att artikel 101.1 är tillämplig. Konkurrensbegränsningen förefaller betydande, eftersom priskonkurrensen mellan de två programföretagen kommer att sättas ur spel. Dessutom kommer prissättningen för licenser för beställvideo att samordnas. Dessa konkurrensbegränsningar kommer att vara märkbara med tanke på de berörda företagens verksamhet och omfattning. När det gäller tillämpningen av artikel 101.3 förefaller de fördelar som följer av ett ökat utbud av beställvideo och en förenklad navigering i innehållet inte uppväga de negativa effekterna på konkurrensen. I synnerhet förefaller begränsningarna inte vara nödvändiga för att uppnå de nämnda effektivitetsvinsterna, eftersom de även skulle kunna uppnås med en öppen plattform och ett rent tekniskt samarbete. Därför är det osannolikt att avtalet uppfyller villkoren i artikel 101.3.

405. Anbudskonsortier

Exempel 8

Situation: Företagen A och B är konkurrerande leverantörer av specialiserade medicinska produkter för sjukhus. De beslutar att ingå ett konsortieavtal om att lämna gemensamma anbud i en rad upphandlingar som anordnas av det nationella hälso- och sjukvårdssystemet i en medlemsstat, för tillhandahållande av en uppsättning plasmabaserade medicinska produkter till offentliga sjukhus. Kriteriet för tilldelning av kontrakt är det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet, med beaktande av en balans mellan pris och kvalitet. I synnerhet tilldelas extra poäng om anbudet omfattar en rad valfria produkter. Båda företagen A och B skulle kunna konkurrera var för sig i anbudet på grundval av kraven i upphandlingsreglerna. I själva verket har både företag A och företag B redan konkurrerat individuellt i ett av de berörda anbudet, där kontraktet tilldelades en annan deltagare, eftersom båda deras individuella anbud erbjöd sämre villkor i fråga om pris och kvalitet, särskilt på grund av ett begränsat utbud av valfria produkter. I allmänhet finns det minst två andra deltagare i de aktuella anbudsförfarandena.

Analys: Eftersom företagen A och B skulle kunna konkurrera individuellt i anbudet är artikel 101.1 tillämplig och det gemensamma deltagandet kan begränsa konkurrensen. Därför måste avtalet bedömas enligt artikel 101.3. Enligt resultatet av det tidigare anbudsförfarandet, där parterna konkurrerade separat, förefaller det som om ett gemensamt anbud skulle vara mer konkurrenskraftigt än de enskilda anbudet, i fråga om prissättning och utbud av erbjudna produkter, särskilt valfria produkter. Konsortieavtalet förefaller objektivt sett vara nödvändigt för att de berörda parterna ska kunna lämna verkligt konkurrenskraftiga anbud i anbudsförfarandena, jämfört med de anbud som lämnats av övriga deltagare. Konkurrensen i anbudet utesluts inte eftersom minst två andra relevanta konkurrenter kommer att delta i anbudsförfarandet. Detta innebär att effektivitetsvinsterna av det gemensamma anbudet skulle kunna gynna den upphandlande enheten och i förlängningen även konsumenterna. Därför verkar avtalet uppfylla villkoren i artikel 101.3.

6. INFORMATIONSUTBYTE

6.1. Inledning

406. Syftet med detta kapitel är att ge vägledning för företag och sammanslutningar om den konkurrensrättsliga bedömningen av informationsutbyte⁽¹⁹⁴⁾. Informationsutbyte kan ske i olika former och i olika sammanhang.

⁽¹⁹⁴⁾ I den mån den information som utbyts helt eller delvis utgör personuppgifter påverkar dessa riktlinjer inte unionslagstiftningen om dataskydd, särskilt Europaparlamentets och rådets förordning (EU) 2016/679 av den 27 april 2016 om skydd för fysiska personer med avseende på behandling av personuppgifter och om det fria flödet av sådana uppgifter och om upphävande av direktiv 95/46/EG (allmän dataskyddsförordning) (EUT L 119, 4.5.2016, s. 1). Ingen bestämmelse i dessa riktlinjer bör tillämpas eller tolkas på ett sådant sätt att rätten till skydd av personuppgifter inskränks eller begränsas.

407. I detta kapitel avses med informationsutbyte bland annat utbyte av i) obearbetat och oorganiserat digitalt innehåll som kräver behandling för att kunna användas (rådata), ii) förbehandlade data som redan har bearbetats och validerats, iii) data som har manipulerats för att framställa meningsfull information i någon form och iv) alla andra typer av information, även icke-digital information. Det omfattar fysiskt informationsutbyte och datadelning mellan faktiska eller potentiella konkurrenter⁽¹⁹⁵⁾. I detta kapitel omfattar begreppet "information" alla ovannämnda typer av uppgifter och information.
408. Information kan utbytas direkt mellan konkurrenter (i form av ett ensidigt utlämnande eller i ett bi- eller multilateralt utbyte), eller indirekt av eller genom en tredje part (t.ex. en tjänsteleverantör, en plattform, ett onlineverktyg eller en algoritm), ett gemensamt organ (t.ex. en branschorganisation), en organisation för marknadsundersökningar eller genom leverantörer eller återförsäljare. Detta kapitel är tillämpligt på både direkta och indirekta former av informationsutbyte.
409. Informationsutbyte kan ingå i en annan typ av horisontellt samarbetsavtal. Genomförandet av ett sådant horisontellt samarbetsavtal kan kräva utbyte av kommersiellt känslig information. I sådant fall måste man kontrollera om utbytet kan ge upphov till samverkan såvitt avser parternas verksamhet inom och utanför samarbetet. Eventuella negativa effekter till följd av sådana utbyten kommer inte att bedömas separat utan mot bakgrund av det horisontella samarbetsavtalets övergripande effekter. Om informationsutbytet inte går utöver det som är nödvändigt för det legitima samarbetet mellan konkurrenter, är det mer sannolikt att avtalet uppfyller villkoren i artikel 101.3 än om informationsutbytet går utöver det som det gemensamma inköpet kräver, även om det har konkurrensbegränsande effekter i den mening som avses i artikel 101.1. När informationsutbytet i sig utgör huvudsyftet med samarbetet bör bedömningen av utbytet ske i enlighet med riktlinjerna i detta kapitel.
410. Informationsutbyte kan också ingå i en inköpsprocess. I sådana fall kan utbytet, beroende på omständigheterna, omfattas av koncentrationsförordningen⁽¹⁹⁶⁾. Alla beteenden som begränsar konkurrensen och som inte har direkt samband med och är nödvändiga för genomförandet av förvärvet av kontroll omfattas av artikel 101 i fördraget.
411. Informationsutbyte kan också härröra från lagstiftningsinitiativ. Även om företag kan uppmuntras eller åläggas att dela viss information och vissa uppgifter för att uppfylla unionens eller statliga krav, fortsätter artikel 101.1 att gälla. I praktiken innebär detta att de som omfattas av lagstadgade krav inte får använda dessa krav som ett sätt att bryta mot artikel 101.1. De bör begränsa omfattningen av informationsutbytet till vad som krävs enligt den tillämpliga förordningen och de kan behöva vidta säkerhetsåtgärder om kommersiellt känsliga uppgifter utbyts.

I en EU-förordning kan det till exempel föreskrivas informationsutbyte mellan dem som omfattas av förordningen för att undanröja eller minska behovet av djurförsök och/eller minska forskningskostnaderna. Sådana utbyten omfattas av tillämpningen av artikel 101.1. Företag som deltar i utbyten som föreskrivs i en förordning får därför inte lämna ut kommersiellt känslig information som avslöjar deras marknadsstrategi eller teknisk information som går utöver kraven i förordningen. Företag kan ha möjlighet att minska frekvensen av utbytet för att göra informationen mindre känslig i kommersiellt hänseende. När så är möjligt bör aggregerade uppgifter eller intervall användas för att undvika utbyte av enskilda eller mer detaljerade siffror. Företag kan också överväga att använda en oberoende tredjepartsleverantör (en förvaltare) som erhåller individuell information från flera källor på grundval av sekretessavtal och därefter sammansätter, kontrollerar och aggregerar detta i ett sammansatt resultat som inte ger möjlighet att härleda individuella siffror.

⁽¹⁹⁵⁾ Begreppet datadelning används för att beskriva alla möjliga former och modeller som ligger till grund för dataåtkomst och dataöverföring mellan företag. Den omfattar datapooler, där datainnehavare grupperas för att dela dataresurser.

⁽¹⁹⁶⁾ Artiklarna 4.1 och 7.1 i förordning nr 139/2004. Se även domen av den 22 september 2021, Altice Europe mot kommissionen, T-425/18, ännu ej offentliggjord, EU:T:2021:607, punkt 239.

6.2. Bedömning enligt artikel 101.1

6.2.1. Inledning

412. Informationsutbyte är ett vanligt inslag på många konkurrensutsatta marknader och kan ge upphov till olika typer av effektivitetsvinster. Det kan lösa problem med informationsasymmetrier⁽¹⁹⁷⁾ och gör därför marknaderna effektivare. Under de senaste åren har framför allt datadelning blivit allt viktigare och har blivit avgörande för beslutsfattandet genom användning av stordataanalys och maskininlärningsteknik⁽¹⁹⁸⁾. Dessutom förbättrar företagen ofta sin interna effektivitet genom att jämföra sig med varandras bästa metoder. Informationsutbyte kan också hjälpa företag att spara kostnader genom att minska sina lager, möjliggöra snabbare leverans av lättfördärliga produkter till konsumenterna eller hantera instabil efterfrågan osv. Utbyte av information av samma typ eller av kompletterande karaktär kan göra det möjligt för företag att utveckla nya eller bättre produkter eller tjänster eller att utbilda algoritmer på en bredare och mer meningsfull grund. Informationsutbyte kan dessutom vara till direkt nytta för konsumenterna genom att deras sökkostnader minskar och valmöjligheterna förbättras.

413. Som anges i punkt 15 kan informationsutbyte endast granskas enligt artikel 101 om det lägger grunden till eller utgör en del av ett avtal, ett samordnat förfarande eller ett beslut av en företagssammanslutning. Som beskrivs i punkt 15 förutsätter begreppet samordnat förfarande, förutom samordningen mellan de berörda företagen, ett beteende på marknaden som svarar mot denna samordning och ett orsakssamband mellan dessa båda rekvisit⁽¹⁹⁹⁾. Om ett utbyte av kommersiellt känslig information mellan konkurrenter äger rum som förberedelse för ett konkurrensbegränsande avtal är detta tillräckligt för att bevisa att det föreligger ett samordnat förfarande i den mening som avses i artikel 101.1. Det är i detta avseende inte nödvändigt att visa att dessa konkurrenter formellt har åtagit sig att uppträda på ett visst sätt eller att konkurrenterna har samarbetat om sitt framtida beteende på marknaden⁽²⁰⁰⁾. Dessutom finns det en presumtion om att de företag som deltar i ett samordnat förfarande och som fortsätter att vara aktiva på marknaden tar hänsyn till de uppgifter som de har lämnat till varandra när de bestämmer sitt beteende på marknaden⁽²⁰¹⁾.

414. Huvudprincipen för konkurrensen är att varje företag självständigt bestämmer sitt ekonomiska beteende på den relevanta marknaden. Denna princip hindrar inte företag från att på ett intelligent sätt anpassa sig till konkurrenternas befintliga eller förväntade beteende eller till normala förhållanden på marknaden. Företagen bör dock undvika informationsutbyte som har till syfte eller resultat att skapa konkurrensvillkor som inte motsvarar de normala villkoren på den relevanta marknaden. Så är fallet om utbytet påverkar en faktisk eller potentiell konkurrens beteende på marknaden eller avslöjar för en sådan konkurrent det beteende som en annan konkurrent har beslutat att följa eller överväger att anta på marknaden⁽²⁰²⁾.

415. I detta avsnitt beskrivs först de två centrala konkurrensproblemen i samband med informationsutbyte (avsnitt 6.2.2). Därefter ges mer vägledning om relevansen av den information som utbyts för bedömningen enligt artikel 101.1 (avsnitt 6.2.3) och egenskaperna hos själva utbytet (avsnitt 6.2.4) samt marknadens egenskaper (avsnitt 6.2.5). I två särskilda avsnitt behandlas konkurrensbegränsningar genom syfte (avsnitt 6.2.6) och genom resultat (avsnitt 6.2.7).

⁽¹⁹⁷⁾ Den ekonomiska teorin om informationsasymmetrier ägnar sig åt studiet av beslutsfattande i transaktioner där den ena parten har mer information än den andra parten.

⁽¹⁹⁸⁾ Datadelning uppmuntras också i EU-strategin för data.

⁽¹⁹⁹⁾ Se dom av den 21 januari 2016, *Eturas m.fl.*, C-74/14, EU:C:2016:42, punkterna 39–40; dom av den 19 mars 2015, *Dole Food och Dole Fresh Fruit Europe mot kommissionen*, C-286/13 P, EU:C:2015:184, punkt 126.

⁽²⁰⁰⁾ Dom av den 26 januari 2017, *Duravit m.fl. mot kommissionen*, C-609/13 P, EU:C:2017:46, punkt 135.

⁽²⁰¹⁾ Dom av den 10 november 2017, *ICAP m.fl. mot kommissionen*, T-180/15, EU:T:2017:795, punkt 57; dom av den 4 juni 2009, *T-Mobile Netherlands m.fl.*, C-8/08, EU:C:2009:343, punkt 51, och dom av den 19 mars 2015, *Dole Food och Dole Fresh Fruit Europe mot kommissionen*, C-286/13 P, EU:C:2015:184, punkt 127.

⁽²⁰²⁾ Dom av den 21 januari 2016, *Eturas m.fl.*, C-74/14, EU:C:2016:42, punkt 27 och dom av den 4 juni 2009, *T-Mobile Netherlands m.fl.*, C-8/08, EU:C:2009:343, punkterna 32–33.

6.2.2. De centrala konkurrensproblemen i samband med informationsutbyte ⁽²⁰³⁾

6.2.2.1. Samverkan

416. Genom att på ett konstgjort sätt öka insynen mellan konkurrenter på marknaden kan utbytet av kommersiellt känslig information underlätta samordning av företagets konkurrensbeteende och leda till konkurrensbegränsningar. Detta gäller särskilt när utbytet ligger till grund för ett annat konkurrensbegränsande arrangemang ⁽²⁰⁴⁾.
417. Ett utbyte av kommersiellt känslig information kan i sig göra det möjligt för företagen att nå samförstånd om villkoren för samordning, vilket kan leda till samverkan på marknaden. Utbytet kan skapa ömsesidigt överensstämmande förväntningar i fråga om osäkerhetsfaktorer på marknaden. Utifrån detta kan företagen nå samförstånd om sitt beteende på marknaden, även utan att uttryckligen avtala om samordning ⁽²⁰⁵⁾.
418. Utbyte av kommersiellt känslig information kan också användas som en metod för att öka den interna stabiliteten i ett konkurrensbegränsande avtal eller samordnat förfarande på marknaden. Informationsutbyte kan göra marknaden tillräckligt öppen för att samverkande företag ska ha tillräckliga möjligheter att övervaka om andra företag avviker från samverkan och därmed veta när de ska vidta repressalier. Såväl utbyte av aktuella som tidigare uppgifter kan utgöra en sådan övervakningsmekanism. Detta kan antingen ge företagen möjlighet att uppnå samverkan på marknader där de annars inte skulle ha kunnat det eller det kan göra en samverkan som redan finns på marknaden mer stabil.

Konkurrenternas användning av algoritmer kan till exempel öka risken för samverkan på marknaden ⁽²⁰⁶⁾. Algoritmer kan göra det möjligt för konkurrenter att öka insynen på marknaden, upptäcka prisavvikelser i realtid och effektivisera sanktionsmekanismerna. För att algoritmisk samverkan ska vara möjlig krävs å andra sidan, utöver algoritmernas specifika utformning, vissa strukturella marknadsvillkor, såsom en hög frekvens av interaktioner, begränsad köparmakt och förekomsten av homogena produkter/tjänster.

419. Slutligen kan informationsutbyte också användas som en metod för att öka den externa stabiliteten i ett konkurrensbegränsande avtal eller samordnat förfarande på marknaden. Utbyten som gör marknaden tillräckligt öppen kan ge samverkande företag möjlighet att övervaka om och när andra företag försöker gå in på marknaden, vilket gör det möjligt för de samverkande företagen att utse den nya aktören till måltavla. Såväl utbyte av aktuella som tidigare information kan skapa en sådan övervakningsmekanism.

6.2.2.2. Konkurrenshämmande avskärmning

420. Förutom att underlätta samverkan kan ett informationsutbyte också leda till Konkurrenshämmande avskärmning på samma marknad där utbytet äger rum eller på en närliggande marknad ⁽²⁰⁷⁾.
421. Avskärmning på samma marknad kan inträffa om utbytet av kommersiellt känslig information försätter konkurrenter som inte deltar i utbytet i ett betydande underläge ur konkurrenssynpunkt jämfört med de företag som är knutna till varandra inom systemet för informationsutbyte. Denna typ av avskärmning är endast möjlig om den berörda informationen har stor strategisk betydelse för och utbytet täcker en betydande del av den relevanta marknaden. Detta kan till exempel vara fallet när det gäller initiativ för datadelning där de data som delas är av strategisk betydelse, utgör en stor del av marknaden och tredje parts tillträde förhindras ⁽²⁰⁸⁾. Sådana initiativ underlättar inte heller nya aktörers inträde på marknaden.

⁽²⁰³⁾ Användningen av begreppet "centrala konkurrensproblem" innebär att den beskrivning av olika konkurrensproblem som följer är varken exkluderande eller uttömmande.

⁽²⁰⁴⁾ Dom av den 26 januari 2017, Duravit m.fl. mot kommissionen, C-609/13 P, EU:C:2017:46, punkt 134; dom av den 7 januari 2004, Aalborg Portland m.fl. mot kommissionen, mål C-204/00 P, C-205/00 P, C-211/00 P, C-213/00 P, C-217/00 P och C-219/00 P, EU:C:2004:6, punkt 281.

⁽²⁰⁵⁾ Se, t.ex., dom av den 7 november 2019, Campine och Campine Recycling mot kommissionen, T-240/17, EU:T:2019:778, punkt 305.

⁽²⁰⁶⁾ Algoritmisk samverkan måste särskiljas från den så kallade samverkan per kod, som avser konkurrenters avsiktliga tillämpning av gemensamma algoritmer för beteendesamordning. Samverkan per kod är typiskt sett en kartell och har därför till syfte att begränsa konkurrensen, oberoende av marknadsvillkoren och den information som utbyts.

⁽²⁰⁷⁾ När det gäller farhågor för avskärmning som vertikala avtal kan ge upphov till, se punkterna [...] i riktlinjerna om vertikala begränsningar.

⁽²⁰⁸⁾ I domen av den 23 november 2006, Asnef-Equifax, C-238/05, EU:C:2006:734, punkterna 57–58, betonas vikten av att analysera den underliggande marknadsstrukturen för att fastställa huruvida risken för utestängning är sannolik.

422. Det kan inte uteslutas att informationsutbytet också kan leda till att tredje man avskärmas på ett konkurrens-hämmande sätt på en angränsande marknad. Till exempel kan vertikalt integrerade företag som utbyter information på en marknad i föregående led vinna marknadsstyrka och samverka för att höja priset på en nyckelkomponent för en marknad i efterföljande marknadsled. Därigenom kan de öka kostnaderna för sina konkurrenter i efterföljande marknadsled, vilket kan leda till konkurrens-hämmande avskärmning i efterföljande marknadsled. Dessutom kan företag som använder icke-transparenta och diskriminerande villkor för tillgång till delad information begränsa tredje parter i deras förmåga att upptäcka trender för potentiella nya produkter på närliggande marknader.

6.2.3. Informationsutbytets natur

6.2.3.1. Kommersiellt känslig information

423. Artikel 101.1 är tillämplig om ett utbyte av kommersiellt känslig information sannolikt kommer att påverka konkurrenternas affärsstrategi. Så är fallet om informationen, när den väl har utbyts, minskar osäkerheten om en eller flera konkurrenters framtida eller senaste agerande på marknaden och oavsett om de företaget som deltar i utbytet får någon fördel av sitt samarbete. Det rör sig ofta om information som är viktig för att ett företag ska kunna skydda sig för att bibehålla eller förbättra sin konkurrensställning på marknaden eller marknaderna. Information om prissättning är till exempel kommersiellt känslig, men artikel 101.1 är också tillämplig om utbytet inte har någon direkt inverkan på de priser som slutanvändarna betalar⁽²⁰⁹⁾. Den omständigheten att den information som utbyts kan vara felaktig eller vilseledande i sig undanröjer inte risken för att den kan påverka konkurrenternas beteende på marknaden⁽²¹⁰⁾.

424. Information som har ansetts vara särskilt kommersiellt känslig och vars utbyte kvalificerades som en begränsning genom syfte innefattar följande:

Utbyte med konkurrenter av ett företags prissättnings- och prissättningsavsikter⁽²¹¹⁾.

Utbyte med konkurrenter av ett företags nuvarande och framtida produktionskapacitet⁽²¹²⁾.

Utbyte med konkurrenter av ett företags planerade affärsstrategi⁽²¹³⁾.

Utbyte med konkurrenter av ett företags avtal om nuvarande och framtida efterfrågan⁽²¹⁴⁾.

Utbyte med konkurrenter av ett företags framtida försäljning⁽²¹⁵⁾.

Utbyte med konkurrenter av ett företags nuvarande tillstånd och affärsstrategi⁽²¹⁶⁾.

Utbyte med konkurrenter av framtida produkttegenskaper som är relevanta för konsumenterna⁽²¹⁷⁾.

Utbyte med konkurrenter av information om positioner på marknaden och strategier vid auktioner för finansiella produkter⁽²¹⁸⁾.

⁽²⁰⁹⁾ Dom av den 19 mars 2015, Dole Food och Dole Fresh Fruit Europe mot kommissionen, C-286/13 P, EU:C:2015:184, punkt 123 och dom av den 4 juni 2009, T-Mobile Netherlands m.fl., C-8/08, EU:C:2009:343, punkt 36.

⁽²¹⁰⁾ Dom av den 15 december 2016, Philips och Philips France mot kommissionen, T-762/14, EU:T:2016:738, punkt 91.

⁽²¹¹⁾ Se, t.ex., dom av den 8 juli 2020, Infineon Technologies mot kommissionen, T-758/14 RENV, ännu ej offentliggjord, EU:T:2020:307, punkt 96; dom av den 15 december 2016, Philips och Philips France mot kommissionen, T-762/14, EU:T:2016:738, punkterna 134–136. Det är inte nödvändigt att informationen har ett direkt samband med priserna. Utbyte av information som utgör en avgörande del av det pris som slutanvändaren ska betala kan också utgöra en konkurrensbegränsning genom syfte. Se dom av den 4 juni 2009, T-Mobile Netherlands m.fl., C-8/08, EU:C:2009:343, punkt 37.

⁽²¹²⁾ Dom av den 8 juli 2020, Infineon Technologies mot kommissionen, T-758/14 RENV, ännu ej offentliggjord, EU:T:2020:307, punkterna 85 och 96; dom av den 15 december 2016, Philips och Philips France mot kommissionen, T-762/14, EU:T:2016:738, punkt 104.

⁽²¹³⁾ Dom av den 8 juli 2020, Infineon Technologies mot kommissionen, T-758/14 RENV, ännu ej offentliggjord, EU:T:2020:307, punkt 98.

⁽²¹⁴⁾ Dom av den 9 september 2015, Samsung SDI m.fl. mot kommissionen, T-84/13, EU:T:2015:611, punkt 51.

⁽²¹⁵⁾ Dom av den 8 juli 2020, Infineon Technologies mot kommissionen, T-758/14 RENV, ännu ej offentliggjord, EU:T:2020:307, punkt 96.

⁽²¹⁶⁾ Dom av den 8 juli 2020, Infineon Technologies mot kommissionen, T-758/14 RENV, ännu ej publicerad, EU:T:2020:307, punkt 70.

⁽²¹⁷⁾ Kommissionens beslut av den 8 juli 2021 i ärende AT40178 Car Emissions, skälen 84, 107 och 124–126.

⁽²¹⁸⁾ Kommissionens beslut av den 20 maj 2021 i ärende AT.40324 Europeiska statsobligationer, skäl 94.

6.2.3.2. Information till allmänheten

425. Information som är offentlig "i sann bemärkelse" är information som i allmänhet är lika tillgänglig för alla konkurrenter och kunder (när det gäller kostnaderna för att få tillgång till den) ⁽²¹⁹⁾. Eftersom informationen är allmänt tillgänglig kan den ha förlorat sin kommersiellt känsliga karaktär. I allmänhet är det osannolikt att utbyte av information som är offentlig i sann bemärkelse utgör en överträdelse av artikel 101 ⁽²²⁰⁾. Det faktum att informationen är offentlig i sann bemärkelse kan minska sannolikheten för samverkan på marknaden i en sådan utsträckning att icke-samordnande företag, potentiella konkurrenter samt kunder kan vara i stånd att hindra eventuella konkurrensbegränsande effekter ⁽²²¹⁾.
426. För att information ska vara offentlig i sann bemärkelse bör det inte vara dyrare för kunder och företag som inte deltar i utbytet än för de företag som utbyter information att skaffa sig informationen i fråga. Konkurrenter skulle i vanliga fall inte välja att utbyta information som de lika lätt kan samla in på marknaden. Därför är det i praktiken osannolikt att företag utbyter information som är offentlig i sann bemärkelse. Tvärtom gäller att även om den information som konkurrenter utväxlar anses ligga inom den "offentliga sfären" är den inte offentlig i sann bemärkelse om kostnaderna för att samla in informationen avhåller andra företag och kunder från att göra det ⁽²²²⁾. En möjlighet att samla in information på marknaden, t.ex. att samla in den från kunder, behöver inte betyda att sådan information utgör marknadsinformation som är lätt tillgänglig för konkurrenter ⁽²²³⁾.

Ett typiskt exempel på offentlig information i sann bemärkelse är bensinstationernas annonsering med sin aktuella prisinformation till både konsumenter och närliggande konkurrenter. I avsikt att undvika ett konkurrensbegränsande avtal eller samordnat förfarande gynnar sådan reklam konsumenterna, eftersom den underlättar jämförelsen mellan bensinstationer innan de tankar sina bilar, även om annonseringen också gör det möjligt för konkurrenterna att få kännedom om de priser som tas ut av deras konkurrenter i närheten.

Om bensinstationsinnehavarna skulle inleda ett utbyte av prisinformation i realtid enbart sinsemellan, kommer bedömningen enligt artikel 101.1 sannolikt bli en annan. De prisuppgifter som utväxlas av ägarna är inte offentliga i sann bemärkelse, eftersom det skulle kräva betydande uppoffringar i tid och transportkostnader för att få samma information på något annat sätt. Man skulle i själv verket behöva resa ofta och långa sträckor för att samla in de prisuppgifter som visas på tavlorna vid bensinstationer runtom i landet. Kostnaderna för detta kan vara höga, att det i praktiken inte skulle vara möjligt att få sådana upplysningar på något annat sätt genom utbyte av information. Utbytet är dessutom systematiskt och omfattar hela den relevanta marknaden, där det endast finns ett fåtal konkurrenter och det är osannolikt att nya aktörer kommer in på marknaden. Utbytet skapar därför sannolikt ett klimat av ömsesidig säkerhet mellan konkurrenterna om deras prispolitik och underlättar därför sannolikt samverkan.

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

⁽²¹⁹⁾ Detta utesluter inte att en databas kan erbjudas till ett lägre pris till kunder som själva bidragit med information, eftersom det normalt sett innebär kostnader för dem att göra det.

⁽²²⁰⁾ Dom av den 30 september 2003, Atlantic Container Line m.fl. mot kommissionen, T-191/98, T-212/98 till T-214/98, ECR 2003 II-03275, EU:T:2003:245, punkt 1154. Detta kanske inte är fallet om informationsutbytet förstärker en kartell.

⁽²²¹⁾ Att bedöma inträdes hinder och utjämnande "köparstyrka" på marknaden är relevant för att avgöra om företag som står utanför systemet med informationsutbyte kan äventyra de resultat som samordningen väntas medföra. Ökad överblickbarhet för konsumenterna kan dock antingen minska eller öka möjligheterna till samverkan, eftersom ökad överblickbarhet för konsumenterna, då priselasticiteten i efterfrågan blir större, leder till att avvikelser ger bättre utdelning men att repressalierna är desto hårdare.

⁽²²²⁾ Dessutom betyder det faktum att de företag som deltar i informationsutbytet offentliggjort informationen tidigare (t.ex. i en dagstidning eller på sin webbplats) inte att ett senare icke-offentligt informationsutbyte inte skulle utgöra en överträdelse av artikel 101.1.

⁽²²³⁾ Se dom av den 12 juli 2001, Tate & Lyle m.fl. mot kommissionen, T-202/98, T-204/98 och T-207/98, ECR 2001 II-02035, EU:T:2001:185, punkt 60.

Inom en viss sektor kan det till exempel vara allmänt känt att leveranskostnaderna ökar. Vid bilaterala möten eller vid möten i den berörda branschorganisationen får deltagarna ta upp detta fenomen. Även om konkurrenterna kan hänvisa till de stigande leveranskostnaderna – vilket är allmänt känt – kan de inte gemensamt bedöma de stigande kostnaderna om detta minskar osäkerheten om en enskild konkurrents framtida eller senaste agerande på marknaden ⁽²²⁴⁾. En konkurrent måste självständigt bestämma vilken politik den avser att föra på den inre marknaden. Detta innebär att varje konkurrent självständigt måste bestämma hur den ska reagera på de stigande leveranskostnaderna.

6.2.3.3. Aggregerad/individualiserad information och data

428. Informationens kommersiellt känsliga karaktär beror också på hur användbar den är för konkurrenterna. Beroende på omständigheterna kan utbytet av rådata vara mindre kommersiellt känsligt än ett utbyte av uppgifter som redan har behandlats till meningsfull information. På samma sätt kan rådata vara mindre kommersiellt känsliga än aggregerade uppgifter, samtidigt som de kan göra det möjligt för företag att uppnå större effektivitet genom att utbyta dem. Samtidigt är det mycket mindre sannolikt att utbyte av uppgifter som är aggregerade i sann bemärkelse, dvs. om det är tillräckligt svårt eller osäkert att känna igen individualiserad information på företagsnivå, leder till en konkurrensbegränsning än utbyte av information på företagsnivå.
429. Insamling och offentliggörande av aggregerad information om marknaden (såsom uppgifter om försäljning, om kapacitet eller om kostnader för insatsvaror eller komponenter) som görs av en branschammanslutning eller ett marknadsinformationsföretag kan vara till nytta för både konkurrenter och kunder genom att de kan spara kostnader och att de ges en klarare bild av den ekonomiska situationen i en sektor. Sådan insamling och sådant offentliggörande av information kan ge enskilda konkurrenter möjlighet att göra mer välinformerade individuella val för att effektivt anpassa sin egen konkurrensstrategi till marknadsvillkoren. Mer generellt är det osannolikt att utbytet av sammanställd information ger upphov till en begränsning av konkurrensen om det inte sker mellan ett förhållandevis litet antal företag med en tillräckligt stor marknadsandel. Utbyte av individualiserade information underlättar kan däremot underlätta samförstånd på marknaden, och gör det lättare för samordnande företag att tillämpa strategier där de mer effektivt väljer ut och straffar ett företag som avviker från villkoren för samordning eller ett företag som är en ny aktör på marknaden. Det kan dock inte uteslutas att utbytet av aggregerad information och aggregerade uppgifter kan underlätta samverkan på marknader med specifika egenskaper. Medlemmarna i ett starkt sammansvetsat och stabilt oligopol vilka utbyter aggregerad information och som gör ett fynd av ett marknadspris under en viss nivå kan nämligen automatiskt utgå från att ett företag har hoppat av samverkan och vidta mått och steg för att utlösa repressalier på hela marknaden. För att samverkan ska vara stabil behöver företag i ett hårt sammansvetsat och stabilt oligopol med andra ord inte alltid veta vem som avvikit, det kan räcka med att få reda på att "någon" gjort det.

6.2.3.4. Informationens ålder

430. I många branscher blir informationen relativt snabbt historisk och förlorar därmed sin kommersiellt känsliga karaktär. Det är osannolikt att utbytet av äldre information leder till samverkan, eftersom det sannolikt inte ger någon indikation om konkurrenternas avsedda agerande eller leder till något samförstånd på marknaden ⁽²²⁵⁾. Ju äldre informationen är, desto mindre användbar är den i princip för att upptäcka avvikelser i tid och därmed som ett trovärdigt hot om snabba repressalier ⁽²²⁶⁾. Detta kräver dock en bedömning från fall till fall av informationens relevans ⁽²²⁷⁾.

⁽²²⁴⁾ Se, t.ex., dom av den 14 mars 2013, Dole Food Company och Dole Germany mot kommissionen, T-588/08, EU:T:2013:130, punkterna 291–295.

⁽²²⁵⁾ Insamlingen av äldre uppgifter kan också användas för att förmedla en branschorganisationens bidrag till eller analys av en översyn av den offentliga politiken.

⁽²²⁶⁾ Kommissionen har till exempel i tidigare fall betraktat utbyte av individuella uppgifter som var mer än ett år gamla som historiskt och inte som en begränsning av konkurrensen i den mening som avses i artikel 101.1. Information som har varit mindre än ett år gammal har däremot betraktats som aktuell. Kommissions beslut i ärende IV/31.370, UK Agricultural Tractor Registration Exchange, punkt 50, kommissionens beslut i ärende IV/36.069, Wirtschaftsvereinigung Stahl (EGT L 1, 3.1.1998, p. 10, skäl 17).

⁽²²⁷⁾ I sin dom av den 12 juli 2019, Sony och Sony Electronics mot kommissionen, T-762/15, EU:T:2019:515, punkt 127, ansåg tribunalen att kännedom om tidigare auktionsresultat under omständigheterna i det aktuella fallet var av stor betydelse för konkurrenterna, både för övervakningsändamål och för framtida avtal.

431. Huruvida informationen är historisk beror på den relevanta marknads särdrag, hur ofta inköps- och försäljningsförhandlingar pågår inom branschen och på hur gammal information som vanligtvis används i branschen för affärsbeslut. Information kan t.ex. anses vara gammal om den är flera gånger äldre än den genomsnittliga löptiden för prissättningscykler eller avtal inom branschen, om dessa ger en indikation om omförhandlingar av priser. Å andra sidan kan utbytet av aktuell information ha konkurrensbegränsande effekter, särskilt om detta utbyte på ett konstlat sätt ökar insynen mellan företagen snarare än gentemot konsumenterna.

Om företag till exempel vanligtvis förlitar sig på uppgifter om konsumenternas preferenser (inköp eller andra val) under det senaste året för att optimera sina varumärkens strategiska affärsbeslut, kommer information för denna period i allmänhet att vara mer kommersiellt känslig än äldre uppgifter. Informationen för det senaste året betraktas då inte som "historisk".

6.2.4. Utbytet egenskaper

6.2.4.1. Ensidiga upplysningar

432. En situation där endast ett företag utlämnar kommersiellt känslig information till de konkurrenter som accepterar det kan utgöra ett samordnat förfarande⁽²²⁸⁾. Ett sådant utlämnande kan ske genom inlägg på webbplatser (chatt)meddelanden, e-post, telefonsamtal, indata till ett delat algoritmverktyg, osv. Då är det irrelevant om endast ett företag ensidigt underrättar sina konkurrenter om hur det planerar att agera på marknaden, eller om samtliga deltagande företag underrättar varandra om sina respektive överväganden och avsikter. Om ett enda företag avslöjar kommersiellt känslig information om sin framtida affärspolicy för sina konkurrenter, minskar den strategiska osäkerheten om den relevanta marknads framtida funktion för alla sina konkurrenter och ökar risken för att konkurrensen försvagas och samverkan uppstår⁽²²⁹⁾.

Deltagandet i ett möte⁽²³⁰⁾ där ett företag avslöjar sina prissättningsplaner för sina konkurrenter är t.ex. förmodligen tillräckligt för att artikel 101.1 ska vara tillämplig. Det behövs således ingen explicit överenskommelse om att höja priserna⁽²³¹⁾. På samma sätt kommer införandet av en prissättningsregel i ett gemensamt algoritmverktyg (t.ex. det lägsta priset på de berörda onlineplattformarna eller i de berörda butikerna + 5 %, eller en konkurrents pris – 5 %) sannolikt också att omfattas av artikel 101.1, även om det inte finns något uttryckligt avtal om att anpassa framtida prissättning.

Det faktum att ett e-postmeddelande skickas till personliga brevlådor visar däremot inte i sig att mottagarna borde ha varit medvetna om innehållet i detta meddelande⁽²³²⁾. Det kan, mot bakgrund av andra objektiva och samstämmiga indicier, motivera presumtionen att mottagarna hade kämmedom om innehållet, men dessa mottagare måste fortfarande ha möjlighet att motbevisa presumtionen⁽²³³⁾.

433. Om ett företag får kommersiellt känslig information från en konkurrent (under ett möte, per telefon, på elektronisk väg eller som indata i ett algoritmverktyg), antas företaget ta hänsyn till den informationen och anpassa sitt marknadsbeteende i enlighet därmed om det inte klart uttalar att det inte vill ha sådan information⁽²³⁴⁾ eller anmäler den till de administrativa myndigheterna.

⁽²²⁸⁾ Se dom av den 15 mars 2000, Cimenteries CBR mot kommissionen, T-25/95 m.fl., ECR 2000 II-00491, EU:T:2000:77, punkt 1849.

⁽²²⁹⁾ Se generaladvokat Kokotts förslag till avgörande av den 19 februari 2009, T-Mobile Netherlands m.fl., mål C-8/08, EU:C:2009:110, punkt 54.

⁽²³⁰⁾ Se dom av den 4 juni 2009, T-Mobile Netherlands m.fl., C-8/08, EU:C:2009:343, punkt 59.

⁽²³¹⁾ Se dom av den 12 juli 2001, Tate & Lyle m.fl. mot kommissionen, T-202/98, T-204/98 och T-207/98, ECR 2001 II-02035, EU:T:2001:185, punkt 54.

⁽²³²⁾ Dom av den 21 januari 2016, Eturas m.fl., C-74/14, EU:C:2016:42, punkterna 39–40.

⁽²³³⁾ I domen av den 21 januari 2016, Eturas m.fl., C-74/14, EU:C:2016:42, punkt 41, gav domstolen exempel på hur denna presumtion kan motbevisas: genom att visa att adressaten inte mottagit nämnda meddelande, inte öppnat det eller att de öppnat det först efter det att viss tid hade förflutit sedan utskicket.

⁽²³⁴⁾ Se dom av den 21 januari 2016, Eturas m.fl., C-74/14, EU:C:2016:42, punkt 48, dom av den 8 juli 1999, Hüls mot kommissionen, C-199/92 P, EU:C:1999:358, punkt 162; dom av den 8 juli 1999, kommissionen mot Anic Partecipazioni, C-49/92 P, EU:C:1999:356, punkt 121.

434. Om ett företag ensidigt utfärdar ett tillkännagivande som är offentligt i sann bemärkelse, t.ex. genom ett inlägg på en offentlig webbplats, ett offentligt uttalande eller i en dagstidning, är detta i regel inte fråga om ett samordnat förfarande i den mening som avses i artikel 101.1 ⁽²³⁵⁾. Beroende på de omständigheter som ligger till grund för det aktuella fallet kan det emellertid inte uteslutas att det föreligger ett samordnat förfarande. Såsom förklaras i punkt 426 kan information och uppgifter som är offentliga i sann bemärkelse hjälpa kunderna att göra välgrundade val. Dessa effektivitetsvinster är dock mindre sannolika om informationen avser framtida avsikter som kanske inte förverkligas och som inte binder företaget gentemot dess kunder ⁽²³⁶⁾.

Ett ensidigt offentligt tillkännagivande som till exempel hänvisar till framtida avsikter i fråga om prissättning är inte bindande gentemot kunderna för det företag som gör tillkännagivandet, men det kan ge viktiga signaler om ett företags planerade strategi på marknaden till företagets konkurrenter. Detta gäller särskilt om informationen är tillräckligt specifik. Sådana tillkännagivanden tenderar därför att inte ge några effektivitetsvinster till fördel för konsumenterna, men kan underlätta samverkan.

Ensidiga offentliga tillkännagivanden kan också tyda på ett underliggande konkurrensbegränsande avtal eller samordnat förfarande. På en marknad där det endast finns få konkurrenter och det finns stora inträdeshinder kan företag som kontinuerligt offentliggör information utan uppenbara fördelar för konsumenterna (t.ex. information om FoU-kostnader, kostnader för anpassning till miljökrav osv.) – i avsaknad av en annan rimlig förklaring – vara inblandade i en överträdelse av artikel 101.1. Ensidiga offentliga tillkännagivanden kan användas för att genomföra eller övervaka deras hemliga överenskommelser. Huruvida en sådan överträdelse faktiskt konstateras beror på all tillgänglig bevisning.

6.2.4.2. Indirekt informationsutbyte och informationsutbyte i blandade vertikala/horisontella förbindelser

435. Utbyte av kommersiellt känslig information mellan konkurrenter kan ske via en tredje part (t.ex. en tredjeparts-leverantör av tjänster, inbegripet en leverantör av plattform- eller tredjepartsoptimeringsverktyg), ett gemensamt organ (t.ex. en branschorganisation), via någon av deras leverantörer eller kunder ⁽²³⁷⁾, eller via en gemensam algoritm (tillsammans kallade *tredje part*). Det centrala konkurrensproblemet är att utbytet kan minska osäkerheten om konkurrenternas agerande och därmed leda till samverkan på marknaden. Samverkan i sådana fall underlättas eller verkställs via den tredje parten. Beroende på omständigheterna i fallet kan både konkurrenterna och den tredje parten hållas ansvariga för sådan samverkan. Det finns inget i lydelsen av artikel 101.1 som tyder på att förbudet i den bestämmelsen enbart gäller de parter i avtal eller samordnade förfaranden som är verksamma på de marknader som berörs av dessa överenskommelser ⁽²³⁸⁾.
436. Vid indirekt utbyte av kommersiellt känslig information krävs en analys från fall till fall av varje deltagares roll för att fastställa om utbytet gäller ett konkurrensbegränsande avtal eller samordnat förfarande och vem som bär ansvaret för samverkan. Denna bedömning måste särskilt ta hänsyn till graden av medvetenhet hos leverantörerna eller mottagarna av informationen om utbytet mellan andra mottagare eller leverantörer av information och den tredje parten.

Flera omständigheter kan urskiljas:

Vissa indirekta informationsutbyten kallas nav-och-eker-avtal. I sådana fall fungerar en gemensam leverantör eller tillverkare som ett nav för att förmedla information till olika återförsäljare, men det kan också vara så att en återförsäljare underlättar samordningen mellan flera leverantörer eller tillverkare. En onlineplattform kan också fungera som nav om den underlättar, samordnar eller genomför konkurrensbegränsande metoder bland användarna av dess plattformstjänster.

⁽²³⁵⁾ Se dom av den 5 oktober 2020, Casino, Guichard-Perrachon och AMC mot kommissionen, T-249/17, ännu ej offentliggjord, EU:T:2020:458, punkterna 263–267.

⁽²³⁶⁾ Se t.ex. kommissionens beslut av den 7 juli 2016, ärende AT.39850 Container Shipping, punkterna 40–43.

⁽²³⁷⁾ Vägledning om bedömningen av vertikala distributionsavtal finns i gruppundantagsförordningen och riktlinjerna om vertikala begränsningar, men under vissa omständigheter kan vertikala distributionsavtal användas för horisontell samverkan.

⁽²³⁸⁾ Dom av den 10 november 2017, ICAP m.fl. mot kommissionen, T-180/15, EU:T:2017:795, punkt 103; dom av den 22 oktober 2015, AC-Treuhand mot kommissionen, C-194/14 P, EU:C:2015:717, punkterna 27, 34–35.

Onlineplattformar kan till exempel möjliggöra informationsutbyte mellan plattformsanvändare för att säkra vissa marginaler eller prisnivåer. Plattformar kan också användas för att införa driftsrestriktioner för systemet som hindrar plattformsanvändare från att erbjuda lägre priser eller andra fördelar för slutförbrukarna. Andra indirekta informationsutbyten kan innebära att (potentiella) konkurrenter förlitar sig på en gemensam optimeringsalgoritm som skulle fatta affärsbeslut på grundval av kommersiellt känsliga dataflöden från olika konkurrenter, eller att anpassade/samordnade funktioner eller mekanismer för optimering införs i de berörda automatiserade verktygen. Det är lagligt att använda offentligt tillgängliga data för inmatning i algoritmisk programvara, men att sammanställa känslig information till ett prissättningsverktyg som erbjuds av ett enda it-företag och som olika konkurrenter har tillgång till skulle kunna utgöra horisontell samverkan.

Ett gemensamt organ, t.ex. en branschorganisation, kan också underlätta utbytet mellan sina medlemmar.

437. Ett företag som indirekt tar emot eller överför kommersiellt känsliga uppgifter kan hållas ansvarigt för en överträdelse av artikel 101.1. Detta kan vara fallet under förutsättning att det företag som mottog eller överlämnade informationen var medvetet om de konkurrensbegränsande syften som dess konkurrenter och tredje man eftersträvade och avsåg att bidra till dessa genom sitt eget beteende. Detta gäller om företaget uttryckligen eller underförstått kommer överens med den tredjepartsleverantör som delar informationen med sina konkurrenter eller om företaget, via den tredje parten, har för avsikt att lämna ut kommersiellt känsliga uppgifter till sina konkurrenter. Dessutom skulle villkoret vara uppfyllt om det företag som mottar eller vidarebefordrar informationen rimligen kunde förutse att den tredje parten skulle dela med sig av den kommersiella informationen till sina konkurrenter och om det var berett att godta den risk som detta medförde. Villkoret är däremot inte uppfyllt när tredje part har använt ett företags kommersiellt känsliga information och, utan att informera detta företag, vidarebefordrat den till företagets konkurrenter ⁽²³⁹⁾.
438. På samma sätt kan en tredje part som överför känsliga affärsuppgifter också hållas ansvarig för en sådan överträdelse, om denne genom sitt eget beteende har för avsikt att bidra till de gemensamma syften som eftersträvas av samtliga deltagare i överenskommelsen och kände till det faktiska beteendet som planerades eller genomfördes av andra företag i samma syfte eller rimligen kunde förutse detta och var berett att ta risken ⁽²⁴⁰⁾.

6.2.4.3. Frekvens för utbyte av information

439. Informationsutbyte med täta intervaller som underlättar ett bättre samförstånd om marknaden och övervakning av avvikelser ökar risken för samverkan. På instabila marknader kan det vara nödvändigt att utväxla information oftare än på stabila marknader för att underlätta samverkan. På marknader med långfristiga avtal (vilket är en indikation på att inköps- och försäljningspriser omförhandlas mer sällan) skulle ett informationsutbyte med längre intervaller normalt vara tillräckligt för att uppnå samverkan. Ett utbyte med längre intervaller kanske däremot inte är tillräckligt för att uppnå samverkan på marknader med kortfristiga avtal som är en indikation på ofta förekommande omförhandlingar ⁽²⁴¹⁾. Hur ofta information behöver utbytas för att underlätta samverkan beror i allmänhet också på informationens art, hur gammal den är och hur aggregerad den är ⁽²⁴²⁾. Som ett resultat av den ökande betydelsen av realtidsdata för företagens förmåga att konkurrera på ett hållbart sätt uppnås den största konkurrensfördelen genom det automatiska utbytet av realtidsinformation.

6.2.4.4. De åtgärder som vidtagits för att begränsa och/eller kontrollera hur uppgifter används

440. Företag som vill (eller behöver) utbyta information kan vidta åtgärder för att begränsa tillgången till information och/eller kontrollera hur informationen används ⁽²⁴³⁾. Sådana åtgärder kan förhindra att kommersiellt känslig information kan påverka en konkurrents beteende.

⁽²³⁹⁾ Dom av den 21 juli 2016, VM Remonts m.fl., C-542/14, EU:C:2016:578, punkt 30; dom av den 22 oktober 2015, AC-Treuhand mot kommissionen, C-194/14 P, EU:C:2015:717, punkt 30.

⁽²⁴⁰⁾ Dom av den 10 november 2017, ICAP m.fl. mot kommissionen, T-180/15, EU:T:2017:795, punkt 100.

⁽²⁴¹⁾ Till exempel skulle avtal som ingås med längre intervaller kunna minska risken för repressalier.

⁽²⁴²⁾ Beroende på marknadsstrukturen och bakgrunden till utbytet kan det dock inte uteslutas att ett isolerat informationsutbyte kan utgöra en tillräcklig grund för företagen att samordna sitt marknadsbeteende; se dom av den 4 juni 2009, T-Mobile Netherlands m.fl., C-8/08, EU:C:2009:343, punkt 59.

⁽²⁴³⁾ Sådana skyldigheter kan redan följa av den allmänna dataskyddsförordningen (EUT L 119, 4.5.2016, s. 1) om personuppgifter ingår i utbytet.

Företag kan t.ex. använda så kallade *clean teams* för att ta emot och bearbeta information. Med ett *clean team* avses i allmänhet en begränsad grupp personer från ett företag som inte deltar i den dagliga affärsverksamheten och som är bundna av strikta sekretessregler när det gäller kommersiellt känsliga uppgifter. Ett *clean team* kan till exempel användas vid genomförandet av ett annat horisontellt samarbetsavtal för att säkerställa att den information som lämnas för ett sådant samarbete tillhandahålls på grundval av behövlig behörighet och i aggregerad form.

Deltagare i en *datapool* bör i princip endast ha tillgång till sin egen information och den slutliga, aggregerade informationen från andra deltagare. Tekniska och praktiska åtgärder kan säkerställa att en deltagare inte kan få kommersiellt känslig information från andra deltagare. Förvaltningen av en *datapool* kan till exempel överlåtas på en oberoende tredje part som omfattas av strikta sekretessregler när det gäller den information som tas emot från deltagarna i *datapoolen*. De som förvaltar en *datapool* bör också se till att endast information samlas in som är nödvändig för genomförandet av det legitima syftet med *datapoolen*.

6.2.4.5. Tillgång till information och insamlade uppgifter

441. I situationer där den information som utbyts är strategisk för konkurrensen och omfattar en betydande del av den relevanta marknaden – men inte utgör någon risk för samverkan – är villkoren för tillgång till denna information en viktig faktor för att bedöma eventuella avskärmningseffekter. Utbyte av sådan strategisk information kan endast tillåtas om informationen görs tillgänglig på ett icke-diskriminerande sätt för alla företag som är verksamma på den relevanta marknaden. Om sådan tillgänglighet inte garanteras skulle vissa konkurrenter missgynnas, eftersom de skulle ha mindre information, vilket inte heller skulle underlätta för nya aktörer att komma in på marknaden ⁽²⁴⁴⁾.
442. Detta kan särskilt vara fallet när det gäller initiativ för datadelning där de data som delas i en *datapool* motsvarar en stor del av marknaden. När de data som delas utgör en värdefull tillgång för att konkurrera på marknaden kan konkurrenter som nekas tillträde (eller endast beviljas tillträde på mindre gynnsamma villkor) utestängas från marknaden. Bedömningen enligt artikel 101.1 kommer att bero på faktorer såsom vilken typ av data som delas, villkoren i datadelningsavtalet och tillträdeskraven samt de berörda parternas marknadsställning. Om man antar att *datapoolen* inte riskerar att leda till samverkan skulle någon form av öppet medlemskap eller tillgång till *datapoolen* begränsa risken för konkurrensbegränsande avskärmningseffekter. I bedömningen bör det beaktas att avskärmningseffekterna av en vägran att bevilja tillgång till en *datapool* kan vara betydande, särskilt om det finns en hög grad av marknads- och datakoncentration, och om de sammanställda uppgifterna ger en viktig konkurrens fördel, inte bara för att betjäna den relevanta marknaden utan även angränsande marknader.

6.2.5. Marknadsegenskaper

443. Sannolikheten för att ett informationsutbyte leder till samverkan eller avskärmning beror på marknadens egenskaper. Utbytena kan också påverka dessa marknadsegenskaper. Relevanta marknadsegenskaper i detta avseende är bland annat graden av öppenhet på en marknad, antalet närvarande företag, förekomsten av inträdes hinder, homogeniteten hos den produkt eller tjänst som berörs av utbytet, de berörda företagens homogenitet ⁽²⁴⁵⁾ och stabiliteten i fråga om tillgång och efterfrågan på marknaden ⁽²⁴⁶⁾.
444. Det är lättare att nå en gemensam överenskommelse om villkoren för samordning och att övervaka avvikelser på en marknad där endast ett fåtal företag är verksamma. Om en marknad är starkt koncentrerad kan utbyte av viss information, beroende på vilken typ av information det rör sig om, ge företag möjlighet att ta reda på vilken affärsställning och vilka affärsstrategier konkurrenter har på marknaden och på så sätt snedvräta

⁽²⁴⁴⁾ Dom av den 23 november 2006, *Asnef-Equifax*, C-238/05, EU:C:2006:734, punkt 60.

⁽²⁴⁵⁾ När företaget är homogena i fråga om kostnader, efterfrågan, marknadsandelar, produkturval, kapacitet osv., är det mer sannolikt att de når samförstånd om villkoren för samordning eftersom de har mer liknande motiv.

⁽²⁴⁶⁾ Det bör noteras att detta inte är en fullständig förteckning över relevanta marknadsegenskaper. Det kan finnas andra marknadsegenskaper som är viktiga i samband med vissa typer av informationsutbyte.

konkurrensen på marknaden och öka risken för hemliga samförstånd, eller till och med förenkla för sådana. Om en marknad däremot är splittrad kan informationsutbyte mellan konkurrenter vara neutralt eller till och med positivt för konkurrenskraften på marknaden ⁽²⁴⁷⁾.

445. En marknad som har en stor grad av öppenhet kan underlätta samverkan genom att möjliggöra för företagen att nå samförstånd om villkoren för samordning, och genom att göra samverkan mer stabil både internt och externt ⁽²⁴⁸⁾.
446. Samverkan är mer också sannolik om förhållandena rörande utbud och efterfrågan på marknaden är relativt stabila ⁽²⁴⁹⁾. Instabil efterfrågan, betydande intern tillväxt hos vissa företag på marknaden eller att nya företag ofta träder in på marknaden kan tyda på att den nuvarande situationen inte är tillräckligt stabil för att samordning ska vara sannolik ⁽²⁵⁰⁾, eller att det kan krävas tätare utbyten för att påverka konkurrensen.
447. Dessutom kan samordning vara svårare på marknader där innovation är viktigt, eftersom särskilt viktiga innovationer kan göra det möjligt för ett företag att få ett betydande övertag över sina konkurrenter. För att samverkan ska vara hållbar bör reaktionerna hos utomstående, till exempel nuvarande och framtida konkurrenter som inte deltar i samordningen samt kunder, inte få äventyra de förväntade resultaten av samverkan. I detta sammanhang är det mer sannolikt att hållbar samverkan kan uppnås på marknaden om det finns hinder för marknadsinträde.

6.2.6. *Avtal som har till syfte att begränsa konkurrensen*

448. Ett informationsutbyte kommer att betraktas som en konkurrensbegränsning genom syfte när informationen är kommersiellt känslig och utbytet kan undanröja osäkerhet mellan deltagarna när det gäller tidpunkten för, omfattningen av och detaljerna i de ändringar som de berörda företagen ska göra i sitt beteende på marknaden ⁽²⁵¹⁾. När kommissionen undersöker om ett utbyte har till syfte att begränsa konkurrensen fäster den särskild uppmärksamhet vid innehållet, syftena och det rättsliga och ekonomiska sammanhang där informationsutbytet äger rum ⁽²⁵²⁾. Vid bedömningen av detta sammanhang måste hänsyn tas till de aktuella produkternas eller tjänsternas beskaffenhet samt till strukturen och de faktiska villkoren på den eller de relevanta marknaderna ⁽²⁵³⁾.
449. Av exemplen i punkt 424 framgår att det inte krävs något direkt samband mellan den information som utbyts och konsumentpriserna för att utbytet ska utgöra en konkurrensbegränsning genom syfte. För att fastställa huruvida det föreligger en överträdelse genom syfte är det avgörande kriteriet arten av kontakterna och inte deras frekvens ⁽²⁵⁴⁾.

Exempel: en grupp konkurrenter oroar sig för att deras produkter kan omfattas av allt strängare miljökrav. Inom ramen för gemensamma lobbyinsatser träffas de regelbundet och utbyter åsikter. För att komma fram till en gemensam ståndpunkt om framtida lagstiftningsförslag utbyter de viss information om miljöegenskaperna hos sina befintliga produkter. Så länge denna information är historisk och inte gör det möjligt för företagen att få kännedom om konkurrenternas planerade marknadsstrategier utgör utbytet inte en begränsning i den mening som avses i artikel 101.1.

⁽²⁴⁷⁾ Se dom av den 23 november 2006, Asnef-Equifax, C-238/05, EU:C:2006:734, punkt 58 och där angiven rättspraxis.

⁽²⁴⁸⁾ Se även punkt 452.

⁽²⁴⁹⁾ Se dom av den 27 oktober 1994, Deere mot kommissionen, T-35/92, EU:T:1994:259, punkt 78.

⁽²⁵⁰⁾ Se kommissionens beslut i ärendena IV/31.370 och 31.446, UK Agricultural Tractor Registration Exchange, EGT L 68, 13.3.1992, s. 19, punkt 51 och dom av den 27 oktober 1994, Deere mot kommissionen, T-35/92, EU:T:1994:259, punkt 78.

⁽²⁵¹⁾ Dom av den 8 juli 2020, Infineon Technologies mot kommissionen, T-758/14 RENV, ännu ej publicerad, EU:T:2020:307, punkt 100. Se även dom av den 19 mars 2015, Dole Food och Dole Fresh Fruit Europe mot kommissionen, C-286/13 P, EU:C:2015:184, punkt 122; och dom av den 4 juni 2009, T-Mobile Netherlands m.fl., C-8/08, EU:C:2009:343, punkt 41.

⁽²⁵²⁾ Se, t.ex., dom av den 6 oktober 2009, GlaxoSmithKline, C-501/06 P, C-513/06 P, C-515/06 P och C-519/06 P, EU:C:2009:610, punkt 58; dom av den 20 november 2008, BIDS, C-209/07, EU:C:2008:643, punkt 15 och framåt.

⁽²⁵³⁾ Dom av den 26 september 2018, Philips och Philips France mot kommissionen, C-98/17 P, EU:C:2018:774, punkt 35.

⁽²⁵⁴⁾ Dom av den 7 november 2019, Campine och Campine Recycling mot kommissionen, T-240/17, EU:T:2019:778, punkt 308.

När företagen börjar utbyta information om utvecklingen av framtida produkter finns det dock en risk för att sådana utbyten kan påverka konkurrenternas beteende på marknaden. Detta utbyte kan få konkurrenterna att nå en gemensam överenskommelse om att inte saluföra produkter som är miljövänligare än vad som krävs enligt lag. En sådan samordning påverkar parternas beteende på marknaden och begränsar konsumenternas valmöjligheter och konkurrensen om produktens egenskaper. Den kommer därför att betraktas som en konkurrensbegränsning genom syfte.

450. Ett informationsutbyte kan betraktas som en kartell om det syftar till att samordna konkurrensbeteendet eller till att påverka de relevanta konkurrensparametrarna på marknaden mellan två eller flera konkurrenter. Ett informationsutbyte utgör en kartell om det är ett avtal eller ett samordnat förfarande mellan två eller flera konkurrenter som syftar till att samordna deras konkurrensbeteende på marknaden eller påverka de relevanta konkurrensparametrarna, såsom genom, men ej begränsat till, fastställande av eller samordning av inköps- eller försäljningspriser eller andra affärsvillkor, även med anknytning till immateriella rättigheter, tilldelning av produktions- eller försäljningskvoter, uppdelning av marknader och kundkretsar, inklusive uppgjorda anbud, import- eller exportrestriktioner eller konkurrensbegränsande åtgärder mot andra konkurrenter. Utbyten av information som utgör karteller innebär inte endast en överträdelse av artikel 101.1, utan dessutom är det mycket osannolikt att de uppfyller villkoren i artikel 101.3. Ett informationsutbyte kan också underlätta genomförandet av en kartell genom att det ger företagen möjlighet att kontrollera om deltagarna uppfyller de överenskomna villkoren. Dessa typer av informationsutbyte kommer att bedömas som en del av kartellen.

6.2.7. Konkurrensbegränsande effekter

451. Ett informationsutbyte som inte har till syfte att begränsa konkurrensen kan fortfarande ha konkurrensbegränsande effekter.

452. Som anges i punkt 37 måste de sannolika konkurrens effekterna av ett informationsutbyte analyseras från fall till fall eftersom resultaten av bedömningen är beroende av hur olika ärendespecifika faktorer kombineras. I denna bedömning kommer kommissionen att jämföra de faktiska eller potentiella effekterna av informationsutbytet på marknaden nuvarande situation med den situation som skulle råda om det specifika informationsutbytet inte hade ägt rum⁽²⁵⁵⁾. För att ett informationsutbyte ska ha konkurrensbegränsande effekter i den mening som avses i artikel 101.1 måste det sannolikt ha en märkbart negativ effekt på en (eller flera) av konkurrensparametrarna, t.ex. pris, produktion, produktkvalitet, produktutbud eller innovation.

453. För bedömningen av de eventuella konkurrensbegränsande effekterna är arten av den information som utbyts (se avsnitt 6.2.3), utbytetts egenskaper (se avsnitt 6.2.4) och marknaden egenskaper (se avsnitt 6.2.5) relevanta⁽²⁵⁶⁾.

454. För att ett informationsutbyte sannolikt ska ha konkurrensbegränsande effekter måste de företag som deltar i utbytet täcka en tillräckligt stor del av den relevanta marknaden. Annars kan de konkurrenter som inte deltar i utbytet hindra de berörda företagen från att agera på ett konkurrensbegränsande sätt.

455. Vad som utgör en "tillräckligt stor del av marknaden" kan inte definieras teoretiskt och är beroende av de specifika omständigheterna i varje enskilt fall och vilken typ av utbyte det är fråga om. Om ett informationsutbyte äger rum inom ramen för en annan typ av horisontellt samarbetsavtal, kommer ett sådant utbyte som inte går utöver vad som är nödvändigt för avtalets genomförande vanligtvis inte att ge upphov till konkurrensbegränsande effekter när marknadstäckningen ligger under de tröskelvärden för marknadsandelar som anges i det relevanta kapitlet i dessa riktlinjer, den relevanta gruppundantagsförordningen⁽²⁵⁷⁾ eller tillkännagivandet om avtal av mindre betydelse för den berörda typen av avtal⁽²⁵⁸⁾.

⁽²⁵⁵⁾ Dom av den 28 maj 1998, John Deere, C-7/95 P, EU:C:1998:256, punkt 76.

⁽²⁵⁶⁾ Dom av den 23 november 2006, Asnef-Equifax, C-238/05, EU:C:2006:734, punkt 54.

⁽²⁵⁷⁾ Informationsutbyte i samband med ett forsknings- och utvecklingsavtal kan, om det inte går utöver det som är nödvändigt för genomförande av avtalet, omfattas av det safe harbour-undantag på 25 % som anges i gruppundantagsförordningen om FoU. För gruppundantagsförordningen om specialisering är det tillämpliga safe harbour-undantaget 20 %.

⁽²⁵⁸⁾ Se avsnitt 1.2.8.

456. Ett informationsutbyte som föga bidrar till öppenheten på en marknad har mindre sannolikt konkurrensbegränsande effekter än ett informationsutbyte som ökar öppenheten väsentligt. Därför är det kombinationen av graden av öppenhet före informationsutbytet och hur denna förändras av utbytet som avgör hur sannolikt det är att informationsutbytet får betydande negativa effekter. Informationsutbyte inom sammansvetsade oligopol har med större sannolikhet begränsande effekter på konkurrensen än inom mindre sammansvetsade oligopol, och har sannolikt inte några konkurrensbegränsande effekter på starkt fragmenterade marknader.

6.3. **Bedömning enligt artikel 101.3**

6.3.1. *Effektivitetsvinster* ⁽²⁵⁹⁾

457. Informationsutbyte kan leda till effektivitetsvinster, beroende på marknadens särdrag. Företag kan till exempel bli mer effektiva om de jämför sina resultat med bästa praxis inom branschen. Informationsutbyte kan också bidra till en motståndskraftig marknad genom att göra det möjligt för företag att reagera snabbare på förändringar i efterfrågan och utbud och göra det möjligt för dem att minska interna och externa risker för störningar i leveranskedjan eller sårbarheter. Det kan gynna både konsumenter och företag genom att ge insikter om produkternas relativa kvaliteter, till exempel genom att offentliggöra förteckningar över bästsäljande produkter eller uppgifter om prisjämförelser. Ett informationsutbyte som är offentligt i sann bemärkelse kan därmed gagna konsumenterna genom att hjälpa dem att göra ett mer välinformerat val (och minska deras sökkostnader). På samma sätt kan ett offentligt informationsutbyte om marknadspriser på insatsvaror sänka företagets sökkostnader, vilket i regel gynnar konsumenterna tack vare lägre slutpriser.

458. Utbyte av information om konsumenter mellan företag på marknader med asymmetrisk information om konsumenter kan också medföra effektivitetsvinster. Om företagen exempelvis håller reda på kundernas tidigare beteende i fråga om olyckor eller misskötsel av lån sporrar det konsumenterna att minska sin risk-exponering. Det gör det också möjligt att upptäcka vilka konsumenter som innebär en mindre risk och därför bör få dra nytta av lägre priser. I detta sammanhang kan informationsutbyte också minska problemet med att konsumenter låses in, vilket medför hårdare konkurrens. Detta beror på att informationen i allmänhet är specifik för en relation, och konsumenterna skulle gå miste om fördelen av denna information om de bytte till ett annat företag. Exempel på sådana effektivitetsvinster kan påträffas inom bank- och försäkringssektorn, som kännetecknas av att man ofta utbyter information om konsumenternas misskötsel av lån och om deras riskprofiler.

6.3.2. *Nödvändighet*

459. Begränsningar som går utöver det som är nödvändigt för att uppnå de effektivitetsvinster som ett informationsutbyte för med sig uppfyller inte villkoren i artikel 101.3. För att uppfylla kravet på nödvändighet måste parterna bevisa att informationens art och det sammanhang i vilket utbytet äger rum inte medför några risker för den fria konkurrensen som inte kan användas för att skapa de påstådda effektivitetsvinsterna. Dessutom bör utbytet inte omfatta information som går utöver de variabler som är relevanta för uppnåendet av effektivitetsvinsterna.

Exempelvis utbytet av individualiserade uppgifter är i regel inte nödvändigt med tanke på en jämförelse, eftersom aggregerad information (t.ex. i någon form av branschrankning) också kan ge de påstådda effektivitetsvinsterna samtidigt som risken för samverkan är mindre.

6.3.3. *Nytta för konsumenterna*

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

⁽²⁵⁹⁾ Diskussionen om eventuella effektivitetsvinster tack vare informationsutbyte är varken exkluderande eller uttömmande.

6.3.4. *Konkurrensen sätts inte ur spel*

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

6.4. **Exempel***Exempel 1*

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

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

Exempel 2

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

Analys: Detta informationsutbyte har i princip inte till syfte att begränsa konkurrensen. Därför måste man bedöma informationsutbytets effekter på marknaden. På grund av marknadsstrukturen, det faktum att informationsutbytet avser en stor del av företagets rörliga kostnader, det individualiserade sättet att presentera informationen och den omfattande täckningen av den relevanta marknaden är det sannolikt att informationsutbytet underlättar samverkan och därmed ger upphov till konkurrensbegränsande effekter i den mening som avses i artikel 101.1. Det är osannolikt att villkoren i artikel 101.3 är uppfyllda, eftersom det finns mindre konkurrensbegränsande sätt att uppnå de påstådda effektivitetsvinsterna, t.ex. genom att en tredje man samlar in, anonymiserar och aggregerar uppgifterna i någon form av branschrankning. I det här fallet skulle t.o.m. utbytet av aggregerade uppgifter kunna underlätta samverkan på marknaden, eftersom parterna bildar ett mycket sammansvetsat, okomplicerat och stabilt oligopol. Detta vore dock mycket osannolikt om informationsutbytet ägde rum på en fragmenterad, instabil och komplex marknad utan insyn.

Exempel 3

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

Analys: Trots att marknaden är tämligen koncentrerad och den utväxlade informationen aktuell och strategisk, är det inte särskilt sannolikt att informationsutbytet skulle underlätta samverkan eftersom efterfrågan på marknaden är instabil. Även om utbytet medför en viss risk för konkurrensbegränsande effekter, genom en bättre anpassning av utbud och efterfrågan och därmed minskat avfall, kommer det sannolikt att leda till effektivitetsvinster. Informationen utbyts i offentlig och aggregerad form som medför en mindre risk för konkurrenshämmande effekter än om den vore icke-offentlig och individualiserad. Där går informationsutbytet inte utöver vad som är nödvändigt för att rätta till ett marknadsmisslyckande. Därför är det sannolikt att detta informationsutbyte uppfyller villkoren i artikel 101.3.

Exempel 4

Situation: Det finns flera tillverkare av nödvändiga produkter på en marknad som ofta drabbas av försörjningsbrist. För att förbättra utbudet och öka produktionen på ett så effektivt och ändamålsenligt sätt som möjligt föreslår branschorganisationen att man samlar in uppgifter och modellerar tillgång och efterfrågan på de berörda nödvändiga produkterna. Dessutom skulle de samla in uppgifter för att identifiera produktionskapacitet, befintliga lager och potential för att optimera försörjningskedjan. Ett konsultföretag skulle hjälpa sammanslutningen att samla in uppgifterna och aggregera dem i en modell, med förbehåll för de sekretessavtal som ingåtts med varje tillverkare. Aggregerade uppgifter skulle vidarebefordras till producenterna i syfte att återställa balansen och anpassa deras individuella kapacitetsutnyttjande, produktion och försörjning.

Analys: de insamlade uppgifterna är kommersiellt känsliga och skulle, om de utbyts mellan tillverkarna, kunna undanröja osäkerhet mellan deltagarna när det gäller tidpunkten för, omfattningen av och detaljerna i de ändringar som de berörda företagen ska vidta i sitt beteende på marknaden. Dessutom kan tillverkare som inte är medlemmar i branschorganisationen få en betydande konkurrensnackdel jämfört med de företag som är anslutna till utbytessystemet.

För att undvika risken för samverkan skulle flera åtgärder kunna vidtas. Om ett utbyte av kommersiellt känslig information mellan tillverkarna är absolut nödvändigt utöver den information som skulle samlas in av branschorganisationen och konsultföretaget i aggregerad form (t.ex. för att gemensamt identifiera var man bäst kan ställa om produktionen eller öka kapaciteten), måste ett sådant utbyte strikt begränsas till vad som är absolut nödvändigt för att målen ska kunna uppnås på ett effektivt sätt. All information och allt utbyte som rör projektet måste dokumenteras väl för att säkerställa insyn i interaktionen. Deltagarna skulle behöva åta sig att undvika diskussioner om priser eller samordning av andra frågor som inte är absolut nödvändiga för att uppnå målen. Projektet bör också vara tidsbegränsat så att utbytet omedelbart upphör när risken för brister upphör att vara ett tillräckligt akut hot för att motivera samarbetet. Endast konsulten skulle få de kommersiellt känsliga uppgifterna och få i uppdrag att aggregera dem. Avskärningsproblemen skulle kunna lindras om projektet skulle vara öppet för alla tillverkare som tillverkar den berörda produkten, oavsett om de är medlemmar i den berörda branschorganisationen eller inte.

7. STANDARDISERINGSAVTAL

7.1. Inledning

462. Det främsta syftet med standardiseringsavtal är att fastställa tekniska krav eller kvalitetskrav som befintliga eller framtida produkter, tillbörlig aktsamhet i värdekedjan, produktionsprocesser, tjänster eller metoder kan uppfylla ⁽²⁶⁰⁾. Standardiseringsavtal kan omfatta olika områden, såsom standardisering av olika grader eller storlekar av en viss produkt eller tekniska specifikationer på produkt- eller tjänstemarknader där det är nödvändigt med kompatibilitet och interoperabilitet med andra produkter eller system. Villkoren för tillträde till ett visst kvalitetsmärke eller för godkännande från en tillsynsmyndighet kan också betraktas som en standard, liksom även avtal om hållbarhetsstandarder. Hållbarhetsstandarder har likheter med de standardiseringsavtal som behandlas i detta kapitel, men de har också inslag som inte är typiska för eller mindre uttalade i dessa standardiseringsavtal. Relevant vägledning för sådana hållbarhetsstandarder ges därför i kapitel 9.
463. Dessa riktlinjer omfattar inte förberedandet och utarbetandet av tekniska standarder som ett led i myndighetsutövning ⁽²⁶¹⁾. De europeiska standardiseringsorganisationer som erkänns enligt Europaparlamentets och rådets förordning (EU) nr 1025/2012 av den 25 oktober 2012 om europeisk standardisering ⁽²⁶²⁾ omfattas av konkurrenslagstiftningen i den mån de kan anses vara ett företag eller en företagssammanslutning i den mening som avses i artiklarna 101 och 102 ⁽²⁶³⁾. Dessa riktlinjer omfattar inte standarder som gäller tillhandahållande av professionella tjänster, såsom regler för att få utöva ett fritt yrke.

7.2. De relevanta marknaderna

464. Standardiseringsavtal kan få effekter på fyra möjliga marknader, vilka kommer att definieras i enlighet med tillkännagivandet om marknadsdefinition och eventuell framtida vägledning om definitionen av relevanta marknader i unionens konkurrenslagstiftning. För det första kan utvecklingen av standarder påverka de produkt- eller tjänstemarknader som standarderna avser. För det andra kan fastställandet av standarder få effekter på den relevanta teknikmarknaden, om standardutvecklingen omfattar utveckling eller val av teknik eller om de immateriella rättigheterna marknadsförs separat från de produkter de avser ⁽²⁶⁴⁾. För det tredje kan marknaden för utveckling av standarder påverkas om det finns olika organ eller avtal för utveckling av standarder. För det fjärde, om det är relevant, kan utveckling av standarder påverka den särskilda marknaden för provning och certifiering.

7.3. Bedömning enligt artikel 101.1

7.3.1. De centrala konkurrensproblemen

465. Standardiseringsavtal har i regel en betydande gynnsam ekonomisk effekt ⁽²⁶⁵⁾, t.ex. genom att de främjar ekonomisk interpenetration på den inre marknaden och utvecklingen av nya och förbättrade produkter eller marknader och bättre utbudsvillkor. Standarder ökar således i regel konkurrensen och minskar kostnaderna för produktion och försäljning, vilket gynnar ekonomierna som helhet. Standarder kan upprätthålla och förbättra kvaliteten, säkerheten, ge information och garantera interoperabilitet och kompatibilitet (vilket ökar värdet för konsumenterna).

⁽²⁶⁰⁾ Standardisering kan ske på olika sätt, från fastställande av standarder i samförstånd genom erkända internationella, europeiska eller nationella standardiseringsorgan, genom samförståndsbaseade tekniska specifikationer som utvecklas av konsortier och fora, till avtal mellan självständiga företag.

⁽²⁶¹⁾ Se dom av den 26 mars 2009, Selex Sistemi Integrati mot kommissionen, C-113/07 P, EU:C:2009:191, punkt 92.

⁽²⁶²⁾ Europaparlamentets och rådets förordning (EU) nr 1025/2012 av den 25 oktober 2012 om europeisk standardisering och om ändring av rådets direktiv 89/686/EEG och 93/15/EEG samt av Europaparlamentets och rådets direktiv 94/9/EG, 94/25/EG, 95/16/EG, 97/23/EG, 98/34/EG, 2004/22/EG, 2007/23/EG, 2009/23/EG och 2009/105/EG samt om upphävande av rådets beslut 87/95/EEG och Europaparlamentets och rådets beslut 1673/2006/EG.

⁽²⁶³⁾ Se dom av den 12 maj 2010, EMC Development mot kommissionen, T-432/05, EU:T:2010:189.

⁽²⁶⁴⁾ Se kapitel 2 om FoU-avtal och riktlinjerna för tillämpningen av artikel 101 i fördraget om Europeiska unionens funktionssätt på avtal om tekniköverföring, EUT C 89, 28.3.2014, s. 3, punkterna 20–26 (riktlinjerna för tekniköverföring), som behandlar aspekter av marknadsdefinition som är särskilt viktiga på området för licensiering av tekniskrättigheter. För ett exempel på marknadsdefinition i enlighet med sådana riktlinjer, se kommissionens beslut i ärende AT.39985, Motorola – Tillämpning av nödvändiga patent för GPRS, punkterna 184–220.

⁽²⁶⁵⁾ Se även punkt 501.

466. Deltagare i standardisering är inte nödvändigtvis konkurrenter. Utvecklingen av standarder kan dock under vissa förhållanden där konkurrenter är inblandade också ge upphov till konkurrensbegränsande effekter eftersom den kan begränsa priskonkurrensen och begränsa eller kontrollera produktion, marknader, innovation eller teknisk utveckling. Som förklaras närmare nedan kan detta ske på tre olika sätt, nämligen genom att i) priskonkurrensen försvagas, ii) innovativ teknik utestängs och iii) vissa företag utesluts eller diskrimineras genom att de hindras från att verkligen få tillgång till standarden.
467. För det första skulle priskonkurrensen på den berörda marknaden kunna försvagas eller elimineras, eller produktionen begränsas eller kontrolleras, om företag förde konkurrensbegränsande diskussioner i samband med utvecklingen av standarder, vilket skulle underlätta samverkan på marknaden ⁽²⁶⁶⁾.
468. För det andra kan standarder som anger detaljerade tekniska specifikationer för en produkt eller tjänst begränsa teknisk utveckling och innovation. Medan standarden är i utvecklingsskedet är det öppet för konkurrens om att få in olika alternativa tekniker i den. När en teknik väl har valts eller utvecklats och standarden fastställts kan vissa konkurrerande tekniker och företag möta ett inträdeshinder och potentiellt utestängas från marknaden. Dessutom kan standarder som kräver att en viss teknik används uteslutande för en standard få till följd att utvecklingen och spridningen av andra tekniker hindras. Effekten kan bli densamma om utveckling av annan teknik hindras genom att medlemmarna i organisationen för utveckling av standarder åläggs att enbart använda en viss standard. Risken för att innovationen begränsas ökar om ett eller flera företag obefogat utesluts från standardutvecklingsprocessen.
469. När det gäller standarder som omfattar immateriella rättigheter ⁽²⁶⁷⁾ kan tre huvudkategorier av företag med olika intressen i samband med utveckling av standarder urskiljas. För det första finns det företag som endast är verksamma i föregående marknadsled och som enbart ägnar sig åt att utveckla och marknadsföra teknik. Detta kan även omfatta företag som förvärvar teknik i syfte att licensiera denna. Licensintäkter är deras enda inkomstkälla och deras incitament är att maximera licensavgifterna. För det andra finns det företag som endast är verksamma i efterföljande marknadsled och enbart tillverkar produkter eller tillhandahåller tjänster som grundar sig på teknik som utvecklats av andra och inte har några relevanta immateriella rättigheter. Licensavgifter innebär en kostnad och inte en inkomstkälla för dem, och deras incitament är att minska licensavgifter. Slutligen finns det integrerade företag som både utvecklar teknik som skyddas av immateriella rättigheter och säljer produkter för vilka de skulle behöva licens. Dessa företag har blandade incitament. Å ena sidan skulle deras immateriella rättigheter kunna ge dem licensintäkter. Å andra sidan måste de kanske betala licensavgifter till andra företag som har immateriella rättigheter som är väsentliga för den standard som är relevant för deras egna produkter. Därför kan det hända att de korslicensierar sina egna väsentliga immateriella rättigheter i utbyte mot väsentliga immateriella rättigheter som innehas av andra företag eller använder sina immateriella rättigheter defensivt. Dessutom kan företag även värdera sina immateriella rättigheter på andra sätt än genom licensavgifter. I praktiken tillämpar många företag en mix av dessa affärsmodeller.
470. För det tredje kan standardisering leda till att konkurrensen begränsas genom att vissa företag hindras från att faktiskt få tillgång till resultaten av standardutvecklingsprocessen (dvs. den specifikation och/eller de väsentliga immateriella rättigheterna för genomförande av standarden). Om ett företag helt hindras från att få tillgång till resultaten av standarden, eller endast ges tillgång till resultaten på oöverkomliga eller diskriminerande villkor, finns det en risk för konkurrensbegränsande effekter. Ett system där potentiellt relevanta immateriella rättigheter avslöjas på förhand kan öka sannolikheten för att tillgång till standarden faktiskt beviljas ⁽²⁶⁸⁾ eftersom deltagarna tack vare det kan fastställa vilken teknik som täcks av immateriella rättigheter. Immaterialrätt och konkurrenslagstiftning har samma mål ⁽²⁶⁹⁾ att främja konsumenternas välfärd och innovation samt en effektiv resursfördelning. Immaterialrättigheter främjar dynamisk konkurrens genom att uppmanar företag till att investera i utveckling av nya eller förbättrade produkter och processer. Därför är immateriella rättigheter i regel konkurrensfrämjande. Tack vare sina immateriella rättigheter kan en deltagare som har immateriella rättigheter som är väsentliga för genomförande av standarden i samband med utveckling av standarder emellertid också förvärva kontroll över hur standarden används. Om standarden utgör ett hinder för marknadsinträde kan

⁽²⁶⁶⁾ Beroende på kretsen av deltagare i standardiseringsutvecklingsprocessen kan begränsningar uppstå antingen på leverantörs- eller köparsidan på marknaden för den standardiserade produkten.

⁽²⁶⁷⁾ I samband med detta kapitel avser immateriella rättigheter framför allt patent (utom patentansökningar som inte offentliggjorts). Om någon annan typ av immateriella rättigheter i praktiken ger den som innehar immateriella rättigheter kontroll över hur standarden används bör dock samma principer tillämpas.

⁽²⁶⁸⁾ Om de också åtföljs av ett FRAND-åtagande. Se punkterna 482–484.

⁽²⁶⁹⁾ Se punkt 7 i riktlinjerna om tekniköverföring.

företaget kontrollera den produkt- eller tjänstemarknad som standarden avser. Detta kan i sin tur ge företag möjlighet att agera på ett konkurrensbegränsande sätt, t.ex. genom att vägra att licensiera de nödvändiga immateriella rättigheterna eller genom att ta ut diskriminerande eller alltför höga ⁽²⁷⁰⁾ licensavgifter och därmed hindra användare att faktiskt få tillgång till standarden ("hold-up"). Den omvända situationen kan också uppstå om licensförhandlingar upprättas av skäl som uteslutande kan tillskrivas användaren av standarden. Detta kan till exempel omfatta vägran att betala en FRAND-licensavgift eller användning av förhållningsstrategier ("hold-out").

471. Även om fastställandet av en standard kan skapa eller öka marknadsstyrkan för sådana innehavare av immateriella rättigheter som har immateriella rättigheter som är väsentliga för standarden i fråga, finns det ingen presumtion om att innehav eller utövande av immateriella rättigheter som är väsentliga för en standard är liktydigt med att ha eller utöva marknadsstyrka. Frågan om marknadsstyrka kan endast bedömas från fall till fall ⁽²⁷¹⁾.

7.3.2. *Avtal som har till syfte att begränsa konkurrensen*

472. Avtal i vilka en standard används som en del av ett mer omfattande konkurrensbegränsande avtal i syfte att utestänga faktiska eller potentiella konkurrenter, har till syfte att begränsa konkurrensen. Denna kategori omfattar t.ex. avtal genom vilka en nationell sammanslutning av tillverkare fastställer en standard och utövar påtryckningar på tredje parter för att dessa inte ska saluföra produkter som inte motsvarar standarden eller genom vilka tillverkarna av den etablerade produkten samverkar för att utesluta ny teknik från en standard som redan finns ⁽²⁷²⁾.

473. Alla avtal om att minska konkurrensen genom att lämna ut de mest restriktiva licensvillkoren innan en standard införs för att dölja ett gemensamt fastställande av priser antingen på produkter i efterföljande led eller på ersättande immateriella rättigheter eller ersättande teknik har till syfte att begränsa konkurrensen ⁽²⁷³⁾.

7.3.3. *Konkurrensbegränsande effekter*

7.3.3.1. *Avtal som i regel inte begränsar konkurrensen*

474. Standardiseringsavtal som inte har till syfte att begränsa konkurrensen ska analyseras i sitt rättsliga och ekonomiska sammanhang, inbegripet med beaktande av de berörda varornas eller tjänsternas art, de faktiska villkoren för hur marknaden eller marknaderna i fråga fungerar och strukturen, med hänsyn till deras faktiska och sannolika inverkan på konkurrensen. Om marknadsstyrka inte föreligger ⁽²⁷⁴⁾ kan ett standardiseringsavtal inte få några konkurrensbegränsande effekter. Därför är konkurrensbegränsande effekter högst osannolika i en situation där det råder effektiv konkurrens mellan ett antal frivilliga standarder.

475. I fråga om de avtal om utveckling av standarder som riskerar att skapa marknadsstyrka anges i följande punkter (477–483) under vilka förhållanden sådana avtal i normalt faller utanför tillämpningsområdet för artikel 101.1.

476. Det faktum att någon av eller alla de principer som anges i detta avsnitt inte följs leder inte till någon presumtion för att konkurrensen begränsas i den mening som avses i artikel 101.1. Däremot måste en självbedömning göras för att avgöra om avtalet omfattas av artikel 101.1 och, om så är fallet, om villkoren i artikel 101.3 är uppfyllda. Det konstateras i det här sammanhanget att det finns olika modeller för utveckling av standarder och att konkurrens inom och mellan dessa modeller är en positiv aspekt av en marknads ekonomi. Organisationer för utveckling av standarder är därför i sin fulla rätt att införa regler och förfaranden som inte bryter mot konkurrensreglerna men som samtidigt är annorlunda än de som beskrivs i punkterna 477–483.

⁽²⁷⁰⁾ Höga licensavgifter kan klassificeras som alltför höga endast om kriterierna för missbruk av en dominerande ställning i artikel 102 i fördraget och i domstolens och tribunalens rättspraxis är uppfyllda. Se t.ex. dom av den 14 februari 1978, *United Brands*, mål 27/76, EU:C:1978:22.

⁽²⁷¹⁾ Se kommissionens beslut i ärende AT.39985 – *Motorola* – Tillämpning av nödvändiga patent för GPRS, punkterna 221–270.

⁽²⁷²⁾ Se t.ex. kommissionens beslut i ärende IV/35.691, *förisolerade rör*, punkt 147, där en del av överträdelsen av artikel 101 bestod av att "använda normer och standarder för att förhindra eller försena införandet av ny teknik som skulle resultera i prisminskningar".

⁽²⁷³⁾ Denna punkt bör inte hindra utlämnande på förhand av de mest restriktiva licensvillkoren för standardessentiella patent från enskilda innehavare av immateriella rättigheter eller av en högsta ackumulerad licensavgift för alla innehavare av immateriella rättigheter enligt beskrivningen i punkt 500. Den hindrar inte heller patentpooler som skapats enligt de principer som anges i avsnitt IV.4 i riktlinjerna för tekniköverföring eller beslutet om att licensiera immateriella rättigheter som är nödvändiga för en standard på avgiftsfria villkor i enlighet med detta kapitel.

⁽²⁷⁴⁾ Se även kapitel 1 Inledning. Vad gäller marknadsandelar se även punkt 498.

477. Standardiseringsavtal som **inte ålägger någon skyldighet** ⁽²⁷⁵⁾ att följa standarden och som **ger tillgång** till standarden på **rättvisa, rimliga och icke-diskriminerande (FRAND) villkor** begränsar i regel inte konkurrensen i den mening som avses i artikel 101.1, om deltagandet i fastställandet av standarden är **utan begränsningar** och **förfarandet** för att införa den är **öppet**.
478. För att säkerställa att **deltagandet** i utvecklingen av en standard är **utan begränsningar** måste reglerna för organisationen för utveckling av standarder framför allt tillåta samtliga konkurrenter på den eller de marknader som berörs av standarden att delta i den process som utmynnar i att standarden väljs. Organisationer för utveckling av standarder måste också ha objektiva och icke-diskriminerande rutiner för tilldelning av rösträtt samt vid behov objektiva kriterier för valet av den teknik som ska tas med i standarden.
479. När det gäller **öppenhet** måste den berörda organisationen för utveckling av standarder ha rutiner som ger berörda aktörer möjlighet att faktiskt informera sig om kommande, pågående och slutfört standardiseringsarbete i god tid under varje fas medan standarden utvecklas.
480. Vidare måste reglerna för organisationen för utveckling av standarder **faktiskt garantera tillgång** till standarden på **lika, rimliga och icke-diskriminerande villkor** ⁽²⁷⁶⁾.
481. Om det är fråga om en standard som omfattar immateriella rättigheter ökar sannolikheten för att de som genomför standarden faktiskt beviljas tillgång till den eller de standarder som det standardiseringsorganet utarbetat, om **en tydlig och välavvägd politik tillämpas på området immateriella rättigheter** ⁽²⁷⁷⁾, **anpassad till branschen i fråga** och till behoven hos den berörda organisationen för utveckling av standarder.
482. För att politiken på immateriella rättigheter ska **säkerställa faktiskt tillgång** till standarden måste den kräva att deltagare som vill att deras immateriella rättigheter ska tas med i standarden skriftligen oåterkalleligen åtar sig att licensiera sina väsentliga immateriella rättigheter till alla tredje parter på lika, rimliga och icke-diskriminerande villkor (nedan kallat FRAND-åtagande (fair, reasonable and non-discriminatory terms)) ⁽²⁷⁸⁾. Detta åtagande bör göras innan standarden antas. Samtidigt bör politiken på området immateriella rättigheter ge innehavare av immateriella rättigheter möjlighet att utesluta viss teknik från standardutvecklingsprocessen och därmed från åtagandet om licensiering, förutsatt att det sker i ett tidigt skede av utvecklingen av standarden. För att garantera att FRAND-åtagandet blir verkningfullt måste det också finnas ett krav på att samtliga deltagande innehavare av immateriella rättigheter som gör ett sådant åtagande ska se till att alla företag till vilka innehavaren av de immateriella rättigheterna överför dessa (inklusive rätten att licensiera dessa immateriella rättigheter) är bunden av det åtagandet, t.ex. genom en avtalsklausul mellan köpare och säljare. Det bör noteras att FRAND också kan omfatta licensiering utan licensavgifter.
483. Dessutom måste politiken på området immateriella rättigheter kräva att deltagare i **god tro lämnar ut** sådana rättigheter som kan vara väsentliga för genomförandet av den standard som håller på att utvecklas. Detta är relevant för att i) ge branschen möjlighet att välja teknik som ska inkluderas i en standard på ett välinformerat sätt ⁽²⁷⁹⁾ och ii) bidra till att målet om faktisk tillgång till standarden kan uppnås. En sådan skyldighet att lämna ut immateriella rättigheter skulle kunna grunda sig på rimliga insatser för att identifiera immateriella

⁽²⁷⁵⁾ Se även punkt 490 i detta avseende.

⁽²⁷⁶⁾ De bör t.ex. garantera faktisk tillgång till specifikationen av standarden.

⁽²⁷⁷⁾ Såsom anges i punkterna 482 och 483. Se även Europeiska kommissionens meddelande COM (2017) 712 om EU:s strategi för standardessentiella patent.

⁽²⁷⁸⁾ Se dom av den 16 juli 2015, Huawei Technologies Co. Ltd v ZTE Corp. och ZTE Deutschland GmbH, C-170/13, EU:C:2015:477, punkt 53: "Under dessa omständigheter, och med beaktande av att ett åtagande att bevilja licenser på FRAND-villkor ger upphov till berättigade förväntningar hos tredje man om att innehavaren av det nödvändiga patentet verkligen kommer att bevilja dem licenser på dessa villkor, kan en vägran av innehavaren att bevilja en licens på samma villkor i princip utgöra missbruk, i den mening som avses i artikel 102 FEUF." Se även kommissionens beslut i ärende AT.39985 – Motorola – Tillämpning av nödvändiga patent för GPRS, punkt 417: "Mot bakgrund av den standardiseringsprocess som ledde till antagandet av GPRS-standarderna och Motorolas frivilliga åtagande att licensiera Cudak SEP på FRAND-villkor, har de som genomför GPRS-standarderna berättigade förväntningar på att Motorola kommer att bevilja dem en licens för detta nödvändiga patent, förutsatt att de inte är ovilliga att ingå en licens på FRAND-villkor."

⁽²⁷⁹⁾ Omvänt föreligger ett "patentbakhåll" när ett företag som deltar i standardutvecklingsprocessen avsiktligt döljer att det innehar nödvändiga patent för den standard som utvecklas och börjar göra gällande sådana patent först efter det att standarden har avtalats och andra företag därför är låsta till att använda den. När ett "patentbakhåll" inträffar under standardutvecklingsprocessen undergräver detta förtroendet för standardutvecklingsprocessen, eftersom en effektiv standardutvecklingsprocess är en förutsättning för teknisk utveckling och utveckling av marknaden i allmänhet till gagn för konsumenterna. Se, t.ex., kommissionens beslut av den 9 december 2009 i ärende COMP/38.636 – RAMBUS (EUT C 30, 6.2.2010, s. 17).

rättigheter som är väsentliga för den potentiella standarden⁽²⁸⁰⁾ och för att uppdatera utlämnandet allteftersom standarden utvecklas. När det gäller patent bör offentliggörandet av immateriella rättigheter innehålla åtminstone patentnumret eller patentansökans nummer. Om denna information ännu inte är offentligt tillgänglig är det också tillräckligt om deltagaren förklarar att man sannolikt har krav som gäller immateriella rättigheter avseende en viss teknik utan att precisera krav eller ansökningar som gäller immateriella rättigheter (ett så kallat generellt utlämnande)⁽²⁸¹⁾. Med undantag för detta fall är det mindre sannolikt att ett generellt utlämnande skulle göra det möjligt för industrin att göra ett välgrundat val av teknik och säkerställa effektiv tillgång till standarden. Deltagarna bör också uppmuntras att uppdatera sin information när en standard antas, särskilt om det förekommer ändringar som kan påverka deras immateriella rättigheters nödvändighet eller giltighet. Med beaktande av att riskerna rörande tillgång till standarden inte är desamma i fråga om en organisation för utveckling av standarder som tillämpar en policy med standarder utan licensavgifter, är utlämnandet av immateriella rättigheter inte relevant i det här sammanhanget.

484. FRAND-åtaganden ska garantera att väsentlig immaterialrättsligt skyddad teknik som införlivats i en standard är tillgänglig för dem som använder den standarden på lika, rimliga och icke-diskriminerande villkor. FRAND-åtaganden kan framför allt hindra innehavare av immateriella rättigheter från att försvåra genomförandet av en standard genom att vägra licensiera eller genom att ta ut orättvisa eller orimliga avgifter (m.a.o. alltför höga avgifter) efter det att branschen har låsts vid standarden och/eller ta ut diskriminerande avgifter⁽²⁸²⁾. Samtidigt gör FRAND-åtagandena det möjligt för innehavare av immateriella rättigheter att monetarisera sin teknik via FRAND-licensavgifter och få en rimlig avkastning på sina investeringar i FoU som till sin natur är riskfyllda. Detta kan säkerställa fortsatta incitament att bidra med bästa tillgängliga teknik till standarden.
485. Organisationen för utveckling av standarder behöver inte försäkra sig om att deltagarnas licensvillkor uppfyller FRAND-åtagandet för att anses uppfylla villkoren i artikel 101⁽²⁸³⁾. Deltagarna måste själva bedöma om licensvillkoren och i synnerhet de avgifter de tar ut uppfyller FRAND-åtagandet. När deltagarna beslutar om huruvida de ska förbinda sig till FRAND för vissa immateriella rättigheter måste de förutse konsekvenserna av FRAND-åtagandet, framför allt vad gäller deras möjligheter att fritt fastställa nivån på sina avgifter.
486. I händelse av en tvist bör bedömningen av om avgifter för tillgång till immateriella rättigheter i samband med utvecklingen av standarder är orättvisa eller orimliga grunda sig på huruvida avgifterna står i rimlig relation till det ekonomiska värdet på patenten⁽²⁸⁴⁾. Det ekonomiska värdet av de immateriella rättigheterna skulle kunna baseras på det nuvarande mervärdet av de immateriella rättigheter som omfattas och bör vara oberoende av framgången på marknaden för de produkter som inte har någon koppling till den patenterade tekniken⁽²⁸⁵⁾. I allmänhet finns det olika bedömningsmetoder⁽²⁸⁶⁾, och i praktiken används ofta mer än en metod för att ta hänsyn till brister i en viss metod och dubbelkontrollera resultatet⁽²⁸⁷⁾. Det kan hända att de licensavgifter som företaget i fråga tar ut för de relevanta patenten i en konkurrensutsatt miljö, innan branschen har utvecklat standarden (på förhand), kan jämföras med värdet på/licensavgiften för det näst bästa tillgängliga alternativet (på förhand) eller med dem som tas ut efter det att branschen har låsts in (i efterhand). Detta förutsätter att jämförelsen kan göras på ett konsekvent och tillförlitligt sätt⁽²⁸⁸⁾.

⁽²⁸⁰⁾ För att det önskade resultatet ska uppnås behöver ett utlämnande i god tro inte gå så långt att man kräver att deltagarna ska jämföra sina immateriella rättigheter med den potentiella standarden och bestämt meddelar att de inte har några immateriella rättigheter som är väsentliga för den potentiella standarden.

⁽²⁸¹⁾ Deltagarna uppmanas att komplettera informationen i utlämnandet när patentnumret och/eller patentansökans nummer blir allmänt tillgängliga.

⁽²⁸²⁾ Se även dom av den 16 juli 2015, Huawei Technologies Co. Ltd/ZTE Corp. och ZTE Deutschland GmbH, C-170/13, EU:C:2015:477, punkt 71, enligt vilken en talan om intrång kan utgöra missbruk av dominerande ställning i den mening som avses i artikel 102 om den väcks mot en villig licenstagare utan iakttagande av de processuella åtgärder som domstolen angav i sin dom.

⁽²⁸³⁾ Organisationer för utveckling av standarder deltar inte i förhandlingar om licensiering eller de avtal som förhandlingarna leder fram till.

⁽²⁸⁴⁾ Se dom av den 14 februari 1978, United Brands, mål 27/76, EU:C:1978:22, punkt 250; se även dom av den 16 juli 2009, Der Grüne Punkt – Duales System Deutschland mot kommissionen, C-385/07 P, EU:C:2009:456, punkt 142.

⁽²⁸⁵⁾ Europeiska kommissionens meddelande COM (2017) 712 om EU:s strategi för standardessentiella patent, s. 7.

⁽²⁸⁶⁾ I princip är kostnadsbaserade metoder kanske inte de mest ändamålsenliga, eftersom de gör det svårt att bedöma de kostnader som kan hänföras till utvecklingen av ett visst patent eller en viss grupp av patent och kan snedvräta incitamenten till innovation.

⁽²⁸⁷⁾ De metoder som beskrivs här är inte exklusiva, och andra metoder som återspeglar samma anda som de beskrivna metoderna kan användas för att fastställa FRAND-avgifter. Se även Chryssoula Pentheroudakis, Justus A. Baron (2017) *Licensing Terms of Standard Essential Patents. A Comprehensive Analysis of Cases*. JRC:s vetenskapliga och politiska rapport. EUR 28302 EN; doi:10.2791/193948.

⁽²⁸⁸⁾ Se dom av den 13 juli 1989, Tournier, C-395/87, EU:C:1989:319, punkt 38; dom av den 13 juli 1989, Lucazeau m.fl. mot SACEM m.fl., målen 110/88, 241/88 och 242/88, EU:C:1989:326, punkt 33.

487. En oberoende expertbedömning skulle också kunna göras med avseende på den objektiva centrala och väsentliga betydelsen av de relevanta immateriella rättigheterna i förhållande till den aktuella standarden. I lämpliga fall kan det också vara möjligt att hänvisa till på förhand utlämnade licensvillkor, inklusive enskilda eller sammanlagda licensavgifter för relevanta immateriella rättigheter, inom ramen för en särskild standardutvecklingsprocess. På samma sätt kan det vara möjligt att jämföra licensvillkoren i avtal mellan innehavaren av immateriella rättigheter och andra aktörer som tillämpar samma standard. De avgifter som tas ut för samma immateriella rättigheter i andra jämförbara standarder kan också ge en indikation om FRAND-licensavgifterna. Dessa metoder förutsätter att jämförelsen kan göras på ett konsekvent och tillförlitligt sätt och inte är resultatet av otillbörligt utövande av marknadsinflytande. En annan metod består i att fastställa dels ett lämpligt totalt värde för alla relevanta immateriella rättigheter, dels den andel som kan tillskrivas en viss innehavare av immateriella rättigheter. Syftet med dessa riktlinjer är inte att ge en uttömmande förteckning över lämpliga metoder för att bedöma om avgifterna är alltför höga eller diskriminerande i enlighet med artikel 102.
488. Det bör dock framhållas att ingenting i dessa riktlinjer föregriper parternas möjligheter att lösa sina tvister om nivån på FRAND-avgifter genom att vända sig till behöriga tvistemålsdomstolar och handelsdomstolar eller använda alternativa tvistlösningsmetoder ⁽²⁸⁹⁾.

7.3.3.2. Effektbaserad bedömning för standardiseringsavtal

489. Bedömningen av varje enskilt standardiseringsavtal måste ta hänsyn till standardens sannolika effekter på de berörda marknaderna. Vid analys av standardiseringsavtal ska sektorns och industrins särdrag beaktas. Följande överväganden gäller alla standardiseringsavtal som avviker från de principer som anges i punkterna 477–483.

(A) STANDARDENS FRIVILLIGA KARAKTÄR

490. Huruvida standardiseringsavtal kan ge konkurrensbegränsande effekter kan bland annat bero på huruvida medlemmarna i en organisation för utveckling av standarder har möjlighet att fritt utveckla alternativa standarder eller produkter som inte är förenliga med den överenskomna standarden ⁽²⁹⁰⁾. T.ex. om avtalet om utveckling av standarder ålägger medlemmarna att endast tillverka produkter i enlighet med standarden ökar risken för en sannolik negativ effekt på konkurrensen avsevärt och kan under vissa omständigheter ha till syfte att begränsa konkurrensen ⁽²⁹¹⁾. Enligt samma resonemang orsakar standarder som endast täcker mindre väsentliga aspekter/delar av slutprodukten mindre sannolikt konkurrensproblem än mer omfattande standarder, framför allt om standarden inte omfattar väsentliga immateriella rättigheter.

(B) TILLGÅNG TILL STANDARDEN

491. Bedömningen av om avtalet begränsar konkurrensen fokuserar också på tillgången till standarden. Om resultatet av en standard (dvs. specifikationen av hur en standard ska följas och, i tillämpliga fall, de immateriella rättigheter som är väsentliga för genomförande av standarden) inte alls är tillgängliga för alla medlemmar eller tredje parter (dvs. företag som inte är medlemmar in den berörda organisationen för utveckling av standarder) kan det avskärma eller segmentera marknader och därmed sannolikt begränsa konkurrensen. Det är också sannolikt att konkurrensen begränsas om resultatet av en standard endast är tillgängligt på diskriminerande eller orimliga villkor för medlemmar eller tredje man. Om det finns flera konkurrerande standarder eller om konkurrensen mellan den standardiserade lösningen och den icke-standardiserade lösningen är effektiv, kan det hända att en begränsad tillgång till resultaten inte får några begränsande effekter på konkurrensen.
492. Vad gäller standardutvecklingsavtal med **andra modeller för utlämnande av immateriella rättigheter** än de som redovisas i punkt 483 måste det avgöras från fall till fall om modellen i fråga (t.ex. en modell som inte kräver utan endast uppmuntrar till utlämnande av immateriella rättigheter) faktiskt garanterar tillgång till standarden. Standardutvecklingsavtal som föreskriver att information om egenskaper och mervärde för varje immateriell rättighet ska lämnas ut till en standard och därigenom öka öppenheten för de parter som deltar i utvecklingen av en standard kommer i princip inte att begränsa konkurrensen i den mening som avses i artikel 101.1.

⁽²⁸⁹⁾ Om båda parter är överens kan tvister om vilka FRAND-villkor som gäller för standardessentiella patent också avgöras av en oberoende tredje part, dvs. en skiljeman. Se t.ex. dom av den 16 juli 2015, Huawei Technologies Co. Ltd/ZTE Corp. och ZTE Deutschland GmbH, C-170/13, EU:C:2015:477, punkt 68, och kommissionens beslut av den 29 april 2014 i mål AT. 39939, Samsung – Skydd för väsentliga standardpatent på UMTS-området, punkt 78.

⁽²⁹⁰⁾ Se kommissionens beslut i ärende IV/29/151, Philips/VCR, punkt 23: "Eftersom dessa standarder var avsedda för tillverkning av videoutrustning var parterna skyldiga att endast tillverka och distribuera kassetter och videobandspelare som var förenliga med det VCR-system som licensieras av Philips. De förbjöds att gå över till att tillverka och distribuera andra videokassettsystem... Detta utgjorde en konkurrensbegränsning enligt artikel 85.1 b."

⁽²⁹¹⁾ Se kommissionens beslut i ärende IV/29/151, Philips/VCR, punkt 23.

(C) DELTAGANDE I UTVECKLINGEN AV STANDARDEN

493. Om deltagandet i standardutvecklingsprocessen är öppet kommer detta att minska riskerna för en sannolik konkurrensbegränsande effekt som skulle ha uppstått om vissa företag uteslöts från möjligheten att påverka valet och utarbetandet av standarden ⁽²⁹²⁾.
494. Öppet deltagande kan uppnås genom att alla konkurrenter och/eller relevanta aktörer på den marknad som påverkas av standarden tillåts delta i utvecklingen och valet av standard..
495. Ju större sannolika marknadseffekter en standard har och ju mer omfattande de potentiella tillämpningsområdena av en standard är, desto viktigare är det att ge tillträde till standardutvecklingsprocessen på lika villkor.
496. I vissa situationer kanske en begränsning av deltagandet dock inte har konkurrensbegränsande effekter i den mening som avses i artikel 101.1, till exempel i) om det råder konkurrens mellan flera standarder och organisationer för utveckling av standarder, ii) om det i avsaknad av en begränsning för deltagarna ⁽²⁹³⁾ inte skulle ha varit möjligt att anta standarden eller om ett sådant antagande skulle ha varit osannolikt ⁽²⁹⁴⁾ eller iii) om begränsningen för deltagarna är begränsad i tiden och syftar till snabba framsteg (t.ex. i början av standardiseringsarbetet) och så länge som alla konkurrenter vid viktiga milstolpar har möjlighet att delta för att fortsätta utvecklingen av standarden.
497. I vissa situationer kan de potentiellt negativa effekterna av en begränsning av deltagandet elimineras eller åtminstone lindras om berörda aktörer hålls informerade och konsulteras om det pågående arbetet ⁽²⁹⁵⁾. Erkända förfaranden för kollektiv representation av berörda parter (t.ex. konsumenter) kan komma i fråga. Ju fler berörda parter som kan påverka den process som leder till valet av standard och ju öppnare standardiseringsförfarandet är desto mer sannolikt är det att alla berörda parter intressen beaktas i den standard som antas.

(D) MARKNADSANDEL

498. Marknadsandelarna för de varor eller tjänster som grundar sig på standarden bör beaktas för att effekterna av ett standardutvecklingsavtal ska kunna bedömas. Det är kanske inte alltid möjligt att med en någon grad av säkerhet kunna avgöra i ett tidigt skede om en stor del eller endast en obetydlig del av den berörda branschen kommer att använda standarden i praktiken. I de fall där de företag som bidrar med teknik till standarden är vertikalt integrerade skulle de relevanta marknadsandelarna för de företag som deltagit i arbetet med att utveckla standarden kunna användas som måttstock för att beräkna standardens sannolika marknadsandel (eftersom de företag som deltar i utvecklingen av standarden i de flesta fall skulle ha intresse av att standarden genomförs) ⁽²⁹⁶⁾. Eftersom standardiseringsavtalens effekter ofta står i proportion till hur stor andel av branschen som deltar i att utveckla och/eller tillämpa standarden, behöver det faktum att parterna har stora marknadsandelar på de marknader som berörs av standarden emellertid inte nödvändigtvis leda till slutsatsen att standarden sannolikt ger konkurrensbegränsande effekter.

(E) DISKRIMINERING

499. Alla standardutvecklingsavtal som klart diskriminerar någon av de deltagande eller potentiella medlemmarna skulle kunna leda till en begränsning av konkurrensen. T.ex. om en organisation för utveckling av standarder uttryckligen utesluter företag som endast är verksamma i föregående marknadsled (dvs. företag som inte är verksamma på marknaden i senare produktionsled) kan det leda till att potentiellt bättre teknik i föregående marknadsled utesluts.

⁽²⁹²⁾ I kommissionens beslut i ärende IV/31.458, X/Open Group ansåg kommissionen att även om de antagna standarderna offentliggjordes, hade policyn med ett begränsat medlemskap den effekten att icke-medlemmar hindrades från att påverka resultaten av gruppens arbete och från att få den know-how och den tekniska kunskap som avsåg de standarder som medlemmarna skulle förvärva. Dessutom kunde icke-medlemmar, till skillnad från medlemmar, inte genomföra standarden innan den antogs (se punkt 32). Under dessa omständigheter ansågs avtalet därför utgöra en överträdelse enligt artikel 101.1.

⁽²⁹³⁾ En sådan begränsning kan förverkligas genom att berörda parter utesluts från standardiseringsavtalet eller genom en mer begränsad deltagarstatus.

⁽²⁹⁴⁾ Eller, om antagandet av standarden försenats kraftigt på grund av ett ineffektivt förfarande, kan en begränsning i inledningsfasen uppvägas av effektivitetsvinster, som dock måste bedömas mot bakgrund av artikel 101.3.

⁽²⁹⁵⁾ Se kommissionens beslut av den 14 oktober 2009 i ärende 39.416, fartygsklassificering.

⁽²⁹⁶⁾ Se punkt 464.

(F) OFFENTLIGGÖRANDE PÅ FÖRHAND AV LICENSavgIFTER

500. Standardutvecklingsavtal som föreskriver utlämnande i förväg av de mest restriktiva licensvillkoren för standardessentiella patent av enskilda innehavare av immateriella rättigheter eller av en högsta ackumulerad⁽²⁹⁷⁾ licensavgift för alla innehavare av immateriella rättigheter kommer i princip inte att begränsa konkurrensen i den mening som avses i artikel 101.1. I detta avseende är det viktigt att de parter som deltar i valet av standard är välinformerade inte bara om de tekniska alternativ och åtföljande immateriella rättigheter som står till buds, utan också om de sannolika kostnaderna för dessa immateriella rättigheter. Om den policy som en organisation för utveckling av standarder har när det gäller immateriella rättigheter förutsätter att innehavare av immateriella rättigheter individuellt lämnar ut sina mest restriktiva licensvillkor, inklusive de högsta avgifter eller högsta ackumulerade avgifter som ska tas ut, ger det i regel inga konkurrensbegränsande effekter i den mening som avses i artikel 101.1⁽²⁹⁸⁾. Sådana ensidiga utlämnanden på förhand av information om de mest restriktiva licensvillkoren eller den högsta ackumulerade licensavgiften skulle vara ett sätt att göra det möjligt för de parter som deltar i utvecklingen av en standard att fatta ett välgrundat beslut baserat på nackdelarna och fördelarna med olika alternativa tekniker.

7.4. Bedömning enligt artikel 101.3**7.4.1. Effektivitetsvinster**

501. Standardiseringsavtal medför ofta betydande effektivitetsvinster. Standarder som omfattar hela unionen kan t. ex. underlätta marknadsintegration och ge företag möjlighet att saluföra sina varor och tjänster i samtliga medlemsstater, vilket ökar konsumenternas valmöjligheter och sänker priserna. Standarder som inför teknisk interoperabilitet och kompatibilitet främjar ofta kvalitationsgrundad konkurrens mellan teknik från olika företag och bidrar till att förhindra att en viss leverantör blir inlåst. Vidare kan standarder minska transaktionskostnaderna för säljare och köpare. Standarder om t.ex. kvalitet, säkerhet och miljöaspekter av en produkt kan dessutom underlätta konsumenternas val och leda till bättre produktkvalitet. Standarder kan också spela en viktig roll för innovationen. De kan förkorta den tid det tar att få ut en ny teknik på marknaden och underlätta innovation genom att göra det möjligt för företag att bygga vidare på överenskomna lösningar. Dessa effektivitetsvinster kan bidra till en motståndskraftig inre marknad.

502. För att effektivitetsvinster ska uppnås när det gäller standardiseringsavtal måste den information som behövs för att tillämpa standarden finnas tillgänglig i praktiken för dem som vill komma in på marknaden⁽²⁹⁹⁾.

503. Spridningen av en standard kan främjas med hjälp av varumärken eller logotyper som certifierar att kraven är uppfyllda och ger kunderna en garanti. Avtal om provning och certifiering går längre än det primära syftet att fastställa standarden och utgör normalt sett ett separat avtal och en separat marknad.

504. Medan effekterna på innovationsverksamheten måste analyseras från fall till fall anses standarder som skapar kompatibilitet på horisontell nivå mellan olika teknikplattformar sannolikt ge upphov till effektivitetsvinster.

7.4.2. Nödvändighet

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

⁽²⁹⁷⁾ För att öka insynen i de potentiella kostnaderna för att genomföra en standard skulle organisationer för utveckling av standarder kunna spela en aktiv roll när det gäller att offentliggöra den totala högsta staplade licensavgiften för standarden. I likhet med begreppet patentpool kan innehavare av immateriella rättigheter dela den totala avgiftsstapeln ("royalty stack").

⁽²⁹⁸⁾ Ensidigt eller gemensamt utlämnande på förhand av de mest restriktiva licensvillkoren får inte tjäna som täckmantel för ett gemensamt fastställande av priser antingen på produkter i efterföljande led eller på ersättande immateriella rättigheter eller ersättande teknik, vilket utgör avsiktlig konkurrensbegränsning.

⁽²⁹⁹⁾ Se kommissionens beslut av den 15 december 1986 i ärende IV/31.458, X/Open Group, punkt 42: "Kommissionen anser att gruppens beredvillighet att göra resultaten tillgängliga så snabbt som möjligt är en väsentlig faktor när den beslutar att bevilja ett undantag."

506. Bedömningen av varje enskilt standardiseringsavtal måste ta hänsyn till avtalets sannolika effekter på de berörda marknaderna å ena sidan och omfattningen av begränsningar som eventuellt går utöver syftet att uppnå effektivitetsvinster å andra sidan ⁽³⁰⁰⁾.
507. I regel bör alla konkurrenter på den eller de marknader som berörs av standarden ha möjlighet att delta i utvecklingen av den, om inte parterna kan visa att ett sådant deltagande är påtagligt ineffektivt ⁽³⁰¹⁾. Alternativt bör eventuella begränsande effekter av begränsat deltagande undanröjas eller minskas på annat sätt ⁽³⁰²⁾. Dessutom skulle en begränsning för deltagarna kunna uppvägas av effektivitetsvinster enligt artikel 101.3 om antagandet av standarden skulle ha försenats kraftigt av ett förfarande som är öppet för alla konkurrenter.
508. I regel bör standardiseringsavtal inte omfatta mer än det som är nödvändigt för att syftet med dem ska uppnås, oavsett om syftet är teknisk interoperabilitet och kompatibilitet eller en viss kvalitetsnivå. I sådana fall där det gagnar konsumenterna eller ekonomin i stort att det finns en enda teknisk lösning bör denna standard fastställas på icke-diskriminerande villkor. Tekniskt neutrala standarder kan under vissa omständigheter leda till större effektivitetsvinster. Att inkludera ersättande immateriella rättigheter ⁽³⁰³⁾ som väsentliga delar av en standard samtidigt som de som använder standarden tvingas betala för mer immateriella rättigheter än vad som är tekniskt nödvändigt går utöver det som är nödvändigt för att eventuella effektivitetsvinster ska uppnås. Enligt samma resonemang skulle konkurrensen mellan olika slags teknik kunna begränsas om ersättande immateriella rättigheter införlivades som väsentliga delar av en standard och användningen av den tekniken begränsades till den standarden (dvs. exklusiv användning), och det skulle inte vara nödvändigt för att uppnå de identifierade effektivitetsvinsterna.
509. Begränsningar i standardiseringsavtal som gör en standard bindande och obligatorisk för en bransch är i princip inte oundgängliga.
510. Enligt samma tankegång går standardiseringsavtal genom vilka vissa organ ges ensamrätt att pröva förenligheten med standarden utöver det primära syftet med att fastställa standarden och kan också begränsa konkurrensen. Det kan emellertid vara berättigat att bevilja ensamrätt under en viss period t.ex. på grund av behovet av att ta igen betydande startkostnader ⁽³⁰⁴⁾. I det här fallet bör standardiseringsavtalet innehålla tillräckliga garantier för att minska den risk för konkurrensen som ensamrätten kan ge upphov till. Detta gäller bl.a. certifieringsavgiften, som måste vara skälig och stå i proportion till kostnaderna för att pröva förenligheten.

⁽³⁰⁰⁾ I kommissionens beslut i ärende IV/29/151, Philips/VCR ledde uppfyllandet av VCR-standarderna till att andra system som kanske var bättre utslöts. Att så skedde var särskilt allvarligt med tanke på den överlägsna marknadsställning som Philips hade. "... Parterna ålades begränsningar som inte var nödvändiga för att uppnå dessa förbättringar. Videokassetternas kompatibilitet med andra tillverkares apparater skulle ha garanterats om andra tillverkare inte hade behövt iakttä mer än en skyldighet att följa VCR-standarder vid tillverkning av VCR-utrustning" (skäl 31).

⁽³⁰¹⁾ Se kommissionens beslut av den 15 december 1986 i ärende IV/31.458, X/Open Group, punkt 45: "Gruppen skulle inte ha kunnat uppnå sina syften om alla företag som är villiga att förbinda sig till gruppens mål hade rätt att bli medlem. Detta skulle skapa praktiska och logistiska svårigheter för ledningen av arbetet och eventuellt hindra att lämpliga förslag går igenom." Se också kommissionens beslut i ärende 39.416, fartygsklassificering, punkt 36: "När det gäller de föreslagna kriterierna för medlemskap i IACS innehåller åtagandena en lämplig avvägning mellan behovet av att bibehålla stränga kriterier för medlemskap och behovet av att undanröja onödiga hinder för medlemskap i IACS. Enligt de nya kriterierna kan endast sådana klassificeringssällskap som har tillräcklig expertis få medlemskap i IACS, vilket innebär att IACS verksamhet inte kommer att försämrats på grund av alltför låga krav för medlemskap i IACS. De nya kriterierna hindrar dock inte att klassificeringssällskap som har tillräcklig expertis, och som så önskar, från att bli medlemmar i IACS."

⁽³⁰²⁾ Se punkt 477 ovan om att se till att berörda parter hålls informerade och rådfrågas om det pågående arbetet om deltagandet begränsas.

⁽³⁰³⁾ Teknik som användare eller licenstagare anser vara utbyttbar eller substituerbar med annan teknik, på grund av teknikens egenskaper och avsedda ändamål.

⁽³⁰⁴⁾ Se kommissionens beslut av den 29 november 1995 i ärendena IV/34.179, 34.202, 216, Dutch Cranes (SCK och FNK), punkt 23: "Förbudet mot att anlita företag som inte är certifierade av SCK som underentreprenörer, begränsar de certifierade företagets handlingsfrihet. Om ett förbud kan anses hindra, begränsa eller snedvrider konkurrensen enligt artikel 85.1 måste bedömas i sitt rättsliga och ekonomiska sammanhang. Om ett sådant förbud är förenat med ett certifieringssystem som är fullständigt öppet, oberoende och genomblickbart och genom vilket likvärdiga garantier godtas från andra system, kan man invända att det inte har några hämmande effekter på konkurrensen men att det genom systemet endast strävas efter att fullständigt garantera kvaliteten på godkända varor och tjänster."

7.4.3. Nyttja för konsumenterna

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

7.4.4. Konkurrensen sätts inte ur spel

512. Om ett standardiseringsavtal ger parterna möjlighet att sätta konkurrensen ur spel beror på de olika konkurrenskällorna på marknaden, hur starkt konkurrensstryck de utsätter parterna för och hur avtalet påverkar detta konkurrensstryck. Marknadsandelar är relevanta för denna analys, men omfattningen av den konkurrens som faktiskt återstår kan inte bedömas enbart på grundval av marknadsandelar, utom i fall där en standard i praktiken blir branschstandard (*de facto-standardisering*)⁽³⁰⁵⁾. I det senare fallet kan konkurrensen sättas ur spel om tredje parter hindras från att verkligen få tillgång till standarden.

7.5. Exempel

513. Fastställande av standarder som konkurrenterna inte kan uppfylla

Exempel 1

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

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

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

Exempel 2

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

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

⁽³⁰⁵⁾ Med *de facto-standardisering* avses en situation där en standard (som inte är rättsligt bindande) i praktiken används inom den största delen av branschen.

515. Standardiseringsavtal utan utlämnande av immateriella rättigheter

Exempel 3

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

Analys: I många fall skulle en skyldighet att lämna ut immateriella rättigheter vara konkurrensfrämjande eftersom det ökar konkurrensen mellan olika slag av teknik på förhand. I regel ger en sådan skyldighet medlemmarna i en organisation för utveckling av standarder möjlighet att väga in den mängd immateriella rättigheter som är väsentlig för en viss teknik när de väljer mellan konkurrerande teknik (eller om möjligt att välja en teknik som inte belastas av immateriella rättigheter). Mängden immateriella rättigheter som är väsentlig för en teknik påverkar ofta direkt kostnaderna för att få tillgång till standarden. I detta specifika sammanhang förefaller dock all tillgänglig teknik omfattas av immateriella rättigheter, till och med många sådana. Därför skulle utlämnande av immateriella rättigheter inte ha den positiva effekten att det ger medlemmarna möjlighet att väga in mängden immateriella rättigheter när de väljer teknik, eftersom man kan anta det finns immateriella rättigheter som är väsentliga oavsett vilken teknik som väljs. Avtalet ger sannolikt inte upphov till några negativa konkurrenseffekter i den mening som avses i artikel 101.1.

8. STANDARDVILLKOR

8.1. Definitioner

516. I vissa branscher använder företag standardvillkor för försäljning eller inköp som utarbetats av en branschorganisation eller direkt av konkurrerande företag (*standardvillkor*)⁽³⁰⁶⁾. Sådana standardvillkor omfattas av dessa riktlinjer om de fastställer standardvillkor för försäljning eller köp av varor eller tjänster mellan konkurrenter och konsumenter (och inte försäljnings- och inköpsvillkoren mellan konkurrenter) för substitutprodukter. Om sådana standardvillkor används allmänt i en bransch kan de inköps- och försäljningsvillkor som används i branschen i praktiken anpassas till varandra⁽³⁰⁷⁾. Exempel på branscher där standardvillkor spelar en viktig roll är banksektorn (t.ex. kontovillkor) och försäkringssektorn.
517. Standardvillkor som ett företag utarbetar individuellt enbart för eget bruk när det ingår avtal med leverantörer eller kunder är inga horisontella avtal och omfattas därför inte av dessa riktlinjer.

8.2. De relevanta marknaderna

518. Effekterna av standardvillkor känns i regel av i det efterföljande marknadsledet, där företag som använder standardvillkor konkurrerar genom att sälja sin produkt till sina kunder.

8.3. Bedömning enligt artikel 101.1

8.3.1. De centrala konkurrensproblemen

519. Standardvillkor kan ge upphov till konkurrensbegränsande effekter genom att begränsa produktutbud och innovation. Om en stor del av en bransch inför standardvillkor och väljer att inte avvika från dem i enskilda fall (eller endast avviker från dem i undantagsfall när stor köparstyrka föreligger), kan det hända att kunderna

⁽³⁰⁶⁾ Sådana standardvillkor kan omfatta endast en mycket liten eller stor del av klausulerna i det slutliga avtalet.

⁽³⁰⁷⁾ Detta avser en situation där standardvillkor (som inte är rättsligt bindande) i praktiken används av största delen av branschen och/eller för de flesta aspekter av produkten eller tjänsten och därmed leder till färre eller rentav inga valmöjligheter för konsumenterna.

inte har något annat val än att godta standardvillkoren. Risken för att utbud och innovation ska begränsas är dock sannolik endast i fall där standardvillkoren fastställer slutproduktens räckvidd. Vad gäller klassiska konsumtionsvaror begränsar standardvillkor för försäljning i regel inte innovationen i fråga om själva produkten eller produktkvalitet och produktutbud.

520. Dessutom kan det finnas en risk för att standardvillkor, beroende på sitt innehåll, påverkar de kommersiella villkoren för färdigprodukten. Det finns särskilt en allvarlig risk för att standardvillkor som avser priser kan begränsa priskonkurrensen.
521. Om standardvillkoren blir branschpraxis kan det dessutom vara ytterst viktigt att ha tillgång till dem för att komma in på marknaden. I sådana fall kan förvägrad tillgång till standardvillkoren leda till konkurrenshämmande avskärmning. Så länge standardvillkoren i praktiken står öppna för alla som vill ha tillgång till dem är det osannolikt att de ger upphov till konkurrensbegränsande avskärmning.
- 8.3.2. *Avtal som har till syfte att begränsa konkurrensen*
522. Avtal i vilka standardvillkor används som en del av ett mer omfattande konkurrensbegränsande avtal i syfte att utestänga faktiska eller potentiella konkurrenter, har till syfte att begränsa konkurrensen. Ett exempel är om en branschorganisation inte ger en ny aktör tillgång till sina standardvillkor, som absolut måste användas för att garantera marknadsinträde.
523. Alla standardvillkor som innehåller bestämmelser som direkt påverkar de priser som kunderna betalar (dvs. rekommenderade priser, rabatter osv.) har till syfte att begränsa konkurrensen.
- 8.3.3. *Konkurrensbegränsande effekter*
524. Fastställandet och användningen av standardvillkor måste bedömas i ett lämpligt ekonomiskt sammanhang och mot bakgrund av situationen på den relevanta marknaden för att man ska kunna avgöra om standardvillkoren i fråga sannolikt ger upphov till konkurrensbegränsande effekter.
525. Så länge deltagandet i det faktiska arbetet med att fastställa standardvillkor är **obegränsat** för konkurrenterna på den relevanta marknaden (antingen direkt eller genom deltagande i branschorganisationen), och de fastställda standardvillkoren är **icke-bindande** och **i praktiken tillgängliga** för alla är det osannolikt att sådana avtal (under de förbehåll som anges i punkterna 527–531) ger upphov till konkurrensbegränsande effekter.
526. Faktiskt tillgängliga och icke-bindande standardvillkor för försäljning av konsumtionsvaror eller tjänster (om man antar att de inte har någon priseffekt) har således i allmänhet ingen konkurrensbegränsande effekt eftersom de sannolikt inte leder till någon negativ effekt på produktkvalitet, produktutbud eller innovation. Det finns emellertid två generella undantag som kräver en mer ingående bedömning.
527. För det första, standardvillkor för försäljning av konsumtionsvaror eller konsumenttjänster, där standardvillkoren anger användningsområdet för den produkt som säljs till kunden, och där risken för att produktutbudet ska minska därför är större, skulle kunna ge upphov till konkurrensbegränsande effekter i den mening som avses i artikel 101.1, om det är sannolikt att den gemensamma tillämpningen av dem i praktiken leder till att de anpassas till varandra. Detta kan vara fallet om en vida spridd användning av standardvillkoren i praktiken leder till att innovation och produktutbud minskar på marknaden. Detta kan inträffa t.ex. om standardvillkor i försäkringsavtal i praktiken begränsar kundens möjligheter att välja de viktiga beståndsdelarna i avtalet, t.ex. vilka standardrisker som försäkringen täcker. Även om det inte är obligatoriskt att använda standardvillkoren kan de försvaga konkurrenternas incitament att konkurrera med produktdiversifiering. Detta skulle kunna lösas genom att försäkringsgivare ges möjlighet att även ta med andra risker än standardrisker i sina försäkringsavtal.

528. Vid bedömningen av om det finns risk för att standardvillkoren sannolikt får konkurrensbegränsande effekter genom en begränsning av produktutbudet bör hänsyn tas till faktorer av typen befintlig konkurrens på marknaden. Risken för att produktutbudet ska begränsas verkar t.ex. mindre om det finns många mindre konkurrenter än om det endast finns ett fåtal större konkurrenter⁽³⁰⁸⁾. Marknadsandelarna för företag som deltar i arbetet med att fastställa standardvillkoren kan också ge en viss indikation på sannolikheten för att standardvillkoren införs eller för att de kommer att användas av en stor del av marknaden. I det här avseendet är det emellertid inte endast relevant att undersöka om de standardvillkor som utarbetats sannolikt kommer att användas av en stor del av marknaden, utan också om standardvillkoren täcker endast en del av produkten eller hela produkten (ju mindre omfattande standardvillkor, desto mindre sannolikhet för att produktutbudet begränsas generellt sett). Dessutom skulle det sannolikt inte uppstå några konkurrensbegränsande effekter i den mening som avses i artikel 101.1 i fall där det inte hade varit möjligt att erbjuda en viss produkt om inga standardvillkor fastställts. I detta scenario snarare ökar än minskar produktutbudet som följd av att standardvillkor fastställs.
529. För det andra gäller att även om standardvillkoren inte anger det faktiska användningsområdet för slutprodukten, kan de utgöra en avgörande del av transaktionen med kunden av andra orsaker. Ett exempel på detta är näthandel, där kundens förtroende är väsentligt (t.ex. vid användning av säkra betalningssystem, en korrekt produktbeskrivning, öppna och tydliga regler för prissättning, en flexibel återlämningspolicy osv.). Eftersom det är svårt för kunderna att göra en klar bedömning av alla dessa faktorer har de en tendens att gynna sådan praxis som är allmänt spridd, och därför kan standardvillkor som avser sådana faktorer bli en de facto-standard som företagen måste följa för att kunna sälja på marknaden. Även om dessa standardvillkor inte är bindande skulle de bli en de facto-standard och ligga mycket nära en bindande standard, och skulle då behöva analyseras som en sådan.
530. Om användningen av standardvillkor är bindande, måste man bedöma hur de påverkar produktkvalitet, produktutbud och innovation (särskilt om standardvillkoren är bindande för hela marknaden).
531. Dessutom gäller att om (de bindande eller icke-bindande) standardvillkoren innehåller villkor som sannolikt har en negativ effekt på konkurrensen i fråga om priser (t.ex. villkor som anger vilken typ av rabatter som ska beviljas) skulle de sannolikt ge upphov till konkurrensbegränsande effekter i den mening som avses i artikel 101.1.

8.4. **Bedömning enligt artikel 101.3**

8.4.1. *Effektivitetsvinster*

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

8.4.2. *Nödvändighet*

534. Begränsningar som går utöver det som är nödvändigt för att uppnå de effektivitetsvinster som standardvillkor kan föra med sig uppfyller inte villkoren i artikel 101.3. Det är i allmänhet inte motiverat att göra standardvillkor bindande och obligatoriska för branschen. Det är emellertid inte uteslutet att bindande standardvillkor i ett visst fall kan vara oundgängliga för att de effektivitetsvinster de medför ska kunna uppnås.

⁽³⁰⁸⁾ Om tidigare erfarenheter av standardvillkor på den relevanta marknaden visar att standardvillkor inte försvagade konkurrensen på området produktdifferentiering, kan det också vara en indikation på att samma typ av standardvillkor som utarbetats för en närliggande produkt inte kommer att ge någon konkurrensbegränsande effekt.

8.4.3. *Nytta för konsumenterna*

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

8.4.4. *Konkurrensen sätts inte ur spel*

537. Standardvillkor som används av de flesta företag i branschen kan skapa en de facto-branschstandard. I sådant fall kan konkurrensen sättas ur spel om tredje parter hindras från att verkligen få tillgång till standarden. Om standardvillkoren däremot endast avser en liten del av produkten eller tjänsten är det osannolikt att konkurrensen sätts ur spel.

8.5. **Exempel**

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

Exempel 1

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

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

539. Standardvillkor som används i avtal mellan företag

Exempel 2

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

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

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

Exempel 3

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

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

9. HÅLLBARHETSAVTAL

9.1. Inledning

541. Detta kapitel är inriktat på bedömning av avtal mellan konkurrenter som eftersträvar ett eller flera hållbarhetsmål (nedan kallade *hållbarhetsavtal*).
542. Hållbar utveckling är en grundläggande princip i fördraget om Europeiska unionen och ett prioriterat mål för unionens politik ⁽³⁰⁹⁾. Kommissionen åtog sig att genomföra FN:s mål för hållbar utveckling. ⁽³¹⁰⁾ I linje med det åtagandet innehåller den europeiska gröna given en ny tillväxtstrategi som ska ställa om EU till ett rättvist och välmående samhälle med en modern, resurseffektiv och konkurrenskraftig ekonomi där från och med 2050 inte längre förekommer några nettoutsläpp av växthusgaser och där den ekonomiska tillväxten har frikopplats från resursförbrukningen ⁽³¹¹⁾.

⁽³⁰⁹⁾ Artikel 3 FEU.

⁽³¹⁰⁾ Agenda 2030 för hållbar utveckling, som antogs av alla FN:s medlemsstater 2015.

⁽³¹¹⁾ Meddelande från kommissionen till Europaparlamentet, Europeiska rådet, rådet, Europeiska ekonomiska och sociala kommittén samt Regionkommittén: Den europeiska gröna given, COM(2019) 640 final.

543. I allmänna ordalag avser hållbar utveckling samhällets förmåga att konsumera och använda de tillgängliga resurserna i dag utan att äventyra kommande generationers förmåga att tillgodose sina egna behov. I detta ingår verksamhet som stöder ekonomisk, miljömässig och social utveckling (inbegripet arbetstagares och mänskliga rättigheter) ⁽³¹²⁾. Begreppet hållbarhetsmål omfattar därför, men är inte begränsat till, att ta itu med klimatförändringarna (t.ex. genom att minska utsläppen av växthusgaser), minska föroreningarna, begränsa användningen av naturresurser, respektera de mänskliga rättigheterna, främja motståndskraftig infrastruktur och innovation, minska matsvinnet, underlätta övergången till hälsosamma och näringsrika livsmedel, säkerställa djurens välbefinnande osv. ⁽³¹³⁾
544. Tillämpningen av konkurrenslagstiftningen bidrar till en hållbar utveckling genom att säkerställa effektiv konkurrens som stimulerar innovation, ökar kvaliteten på och urvalet av produkter, säkerställer en effektiv resursfördelning, minskar produktionskostnaderna och därigenom bidrar till konsumenternas välfärd.
545. En fråga som rör hållbar utveckling är dock att enskilda produktions- och konsumtionsbeslut kan ha negativa effekter ("negativa externa effekter"), till exempel på miljön, som inte beaktas tillräckligt av de ekonomiska aktörer eller konsumenter som orsakar dem. Sådana marknadsmisslyckanden kan mildras eller avhjälpas genom kollektiva åtgärder, till exempel genom offentlig politik, sektorsspecifika bestämmelser eller samarbetsavtal mellan företag som främjar hållbar produktion eller konsumtion.
546. Om marknadsmisslyckanden åtgärdas genom lämplig lagstiftning, till exempel obligatoriska unionsstandarder för föroreningar, prissättningsmekanismer såsom unionens utsläppshandelssystem och skatter, kan ytterligare åtgärder från företagets sida, till exempel genom samarbetsavtal, vara onödiga. Samarbetsavtal kan dock bli nödvändiga om det finns återstående marknadsmisslyckanden som inte till fullo åtgärdas genom offentlig politik och offentlig lagstiftning.
547. Hållbarhetsmål kan eftersträvas med olika typer av samarbetsavtal, inbegripet de som behandlas i de föregående kapitlen i dessa riktlinjer. Avtal som syftar till att uppnå hållbarhetsmål är inte en särskild typ av samarbetsavtal. Med begreppet "hållbarhetsavtal" som används i dessa riktlinjer avses i allmänhet alla typer av horisontella samarbetsavtal som verkligen eftersträvar ett eller flera hållbarhetsmål, oavsett samarbetsform. Om ett hållbarhetsavtal avser en typ av samarbete som beskrivs i något av de föregående kapitlen i dessa riktlinjer kommer bedömningen av det att styras av de principer och överväganden som anges i de kapitlen, samtidigt som hänsyn tas till det specifika hållbarhetsmål som eftersträvas.
548. Hållbarhetsavtal ger upphov till konkurrensproblem enligt artikel 101.1 endast om de medför allvarliga konkurrensbegränsningar i form av begränsningar genom syfte eller har märkbara negativa effekter på konkurrensen i strid med artikel 101.1. Om hållbarhetsavtal strider mot artikel 101.1 kan de fortfarande vara motiverade enligt artikel 101.3, om de fyra villkoren i den bestämmelsen är uppfyllda. Detaljerade riktlinjer för bedömningen av dessa villkor ges i kommissionens riktlinjer för tillämpningen av artikel 101.3 ⁽³¹⁴⁾. Avtal som begränsar konkurrensen kan inte undgå förbudet i artikel 101.1 enbart av det skälet att de är nödvändiga för att uppnå ett hållbarhetsmål ⁽³¹⁵⁾. Begränsningar som är underordnade ett hållbarhetsavtal som är förenligt med artikel 101.1 kommer dock också att falla utanför tillämpningsområdet för den bestämmelsen ⁽³¹⁶⁾.

⁽³¹²⁾ Se t.ex. FN:s resolution 66/288 som antogs av generalförsamlingen den 27 juli 2012.

⁽³¹³⁾ I FN:s Agenda 2030 för hållbar utveckling anges 17 mål för hållbar utveckling (till exempel mål 7: säkerställa tillgång till ekonomiskt överkomlig, tillförlitlig, hållbar och modern energi för alla; mål 9: bygga motståndskraftig infrastruktur, verka för en inkluderande och hållbar industrialisering samt främja innovation; mål 13: vidta omedelbara åtgärder för att bekämpa klimatförändringarna och dess konsekvenser); och 169 delmål (till exempel delmål 9.1: bygga ut tillförlitlig, hållbar och motståndskraftig infrastruktur av hög kvalitet, inklusive regional och gränsöverskridande infrastruktur, för att stödja ekonomisk utveckling och människors välbefinnande, med fokus på ekonomiskt överkomlig och rättvis tillgång för alla; och delmål 13.1: stärka motståndskraften mot och förmågan till anpassning till klimatrelaterade faror och naturkatastrofer i alla länder).

⁽³¹⁴⁾ Kommissionens riktlinjer för tillämpningen av artikel 81.3 i fördraget (*riktlinjerna för tillämpning av artikel 101.3*), EUT C 101, 27.4.2004, s. 97.

⁽³¹⁵⁾ I fördraget föreskrivs uttryckligen undantag från tillämpningen av konkurrensreglerna endast för att utföra en tjänst av allmänt ekonomiskt intresse enligt artikel 106.2 i fördraget och för att förverkliga målen för den gemensamma jordbrukspolitiken enligt artikel 42 i fördraget. Se även de mål i vilka EU-domstolen har slagit fast att begränsningar som är inneboende i de legitima mål som eftersträvas med vissa yrken kan undgå förbudet i artikel 101.1 om de konkurrensbegränsande effekterna är en naturlig följd av att dessa mål eftersträvas (se dom av den 19 februari 2002, Wouters m.fl., C-309/99, EU:C:2002:98, och dom av den 16 juli 2006, Meca-Medina och Majcen mot kommissionen, C-519/04 P, EU:C:2006:492).

⁽³¹⁶⁾ Se avsnitt 1.2.6 ovan.

549. Detta kapitel innehåller ytterligare vägledning om bedömningen av dessa villkor, särskilt genom att klargöra när hållbarhetsfördelar kan beaktas som kvalitativa eller kvantitativa effektivitetsvinster vid bedömningen enligt artikel 101.3.

550. Detta kapitel är uppbyggt på följande sätt: I avsnitt 9.2 finns exempel på hållbarhetsavtal som sannolikt inte ger upphov till konkurrensproblem eftersom de varken har till syfte att begränsa konkurrensen eller ger några märkbara effekter på konkurrensen och därför inte omfattas av artikel 101.1. I avsnitt 9.3 ges vägledning och specifika aspekter av bedömningen av hållbarhetsavtal i enlighet med artikel 101.1 med fokus på de vanligaste typerna av hållbarhetsavtal där det fastställs hållbarhetsstandarder. Avsnitt 9.4 är inriktat på specifika aspekter av bedömningen av hållbarhetsavtal enligt artikel 101.3. I avsnitt 9.5 behandlas konsekvenserna av att offentliga myndigheter deltar i ingåendet av hållbarhetsavtal. Slutligen ges i avsnitt 9.7 en bedömning av hypotetiska exempel på hållbarhetsavtal.

9.2. Hållbarhetsavtal som inte ger upphov till konkurrensproblem

551. Inte alla hållbarhetsavtal mellan konkurrenter omfattas av artikel 101. Om sådana avtal inte påverkar konkurrensparametrar, såsom pris, kvantitet, kvalitet, valfrihet eller innovation, kan de inte ge upphov till konkurrensrättsliga problem. Följande exempel är belysande och inte uttömmande.

552. För det första omfattas avtal som inte rör konkurrenters ekonomiska verksamhet, utan deras interna beteende, i allmänhet inte av tillämpningsområdet för artikel 101. Konkurrenter kan försöka öka industrins övergripande rykte om att vara miljösansvarig och kommer i detta syfte till exempel överens om åtgärder för att upphöra med använda plastbestick för engångsbruk i sina affärslokaler, att inte överskrida en viss omgivningstemperatur i byggnader eller att begränsa antalet trycksaker per dag.

553. För det andra kommer avtal om upprättande av en databas med information om leverantörer som har hållbara värdekedjor, använder hållbara produktionsprocesser och tillhandahåller hållbara insatsvaror, eller distributörer som säljer produkter på ett hållbart sätt, utan krav på att parterna köper från dessa leverantörer eller säljer till dessa distributörer, i allmänhet inte att ge upphov till konkurrensproblem enligt artikel 101.

554. För det tredje kan avtal mellan konkurrenter om anordnande av branschövergripande informationskampanjer eller kampanjer för att öka kundernas medvetenhet om miljöavtrycket av deras konsumtion, utan att sådana kampanjer utgör gemensam reklam för vissa produkter, i allmänhet inte heller ge upphov till konkurrensproblem enligt artikel 101.

9.3. Bedömning av hållbarhetsavtal enligt artikel 101.1

9.3.1. Principer

555. Om hållbarhetsavtal påverkar en eller flera konkurrensparametrar kan de behöva bedömas enligt artikel 101.1.

556. Hållbarhetsavtal som motsvarar en av de typer av samarbetsavtal som behandlas i de föregående kapitlen i dessa riktlinjer kommer att bedömas enligt artikel 101.1 i enlighet med beskrivningen i dessa kapitel. Till exempel måste ett avtal mellan konkurrenter om att gemensamt utveckla en produktionsteknik som minskar energiförbrukningen bedömas enligt principerna i kapitel 2 (FoU-avtal). Ett avtal om att dela infrastruktur i syfte att minska miljöavtrycket från en produktionsprocess måste bedömas enligt principerna i kapitel 3 (Produktionsavtal).

557. Ett avtal mellan konkurrenter om att gemensamt köpa produkter med ett begränsat miljöavtryck som insatsvara för sin produktion, eller att endast köpa från leverantörer som iakttar vissa hållbarhetsprinciper, måste bedömas i enlighet med principerna i kapitel 4 (Inköpsavtal) ⁽³¹⁷⁾.

558. På samma sätt omfattas hållbarhetsavtal i form av FoU-avtal eller specialiseringsavtal av respektive gruppundantagsförordningar om de villkor för undantag som anges i dessa förordningar är uppfyllda.

⁽³¹⁷⁾ Se avsnitt 4.2.3.2 ovan.

559. Den omständigheten att ett avtal verkligen eftersträvar ett hållbarhetsmål kan beaktas vid bedömningen av huruvida den aktuella begränsningen har till syfte att begränsa konkurrensen eller om den utgör en konkurrensbegränsning genom resultat i den mening som avses i artikel 101.1 ⁽³¹⁸⁾.
560. När parterna hävdar att ett avtal, som förefaller syfta till fastställande av priser, uppdelning av marknader eller kunder, produktionsbegränsning eller innovation, faktiskt eftersträvar ett hållbarhetsmål, måste de lägga fram alla fakta och bevis som visar att avtalet verkligen eftersträvar ett sådant mål och inte används för att dölja en konkurrensbegränsning genom syfte. Om bevisen gör det möjligt att fastställa att avtalet verkligen eftersträvar ett hållbarhetsmål i sann bemärkelse, måste dess effekter på konkurrensen bedömas ⁽³¹⁹⁾.
- 9.3.2. *Avtal om hållbarhetsstandardisering*
- 9.3.2.1. *Definition och egenskaper*
561. För att bidra till hållbar utveckling kan konkurrenter vilja gå med på att fasa ut, dra tillbaka eller i vissa fall ersätta icke-hållbara produkter (t.ex. fossila bränslen som olja och kol, plast) och processer (t.ex. gasfackling) med hållbara produkter. Konkurrenter kan också komma överens om att harmonisera förpackningsmaterial för att underlätta materialåtervinning eller harmonisera förpackningsstorlekar (och därmed produktinnehåll) för att minska avfallet. Konkurrenter kan också vilja avtala om inköp av insatsvaror endast om de inköpta produkterna tillverkas på ett hållbart sätt. På samma sätt kan konkurrenter komma överens om vissa villkor som förbättrar djurens välbefinnande (t.ex. överenskomna standarder för att ge djuren mer utrymme). För dessa ändamål kan konkurrenter komma överens om att anta och följa vissa hållbarhetsstandarder. Sådana avtal kallas "avtal om hållbarhetsstandardisering" eller "hållbarhetsstandarder" i detta kapitel.
562. I avtal om standardisering av hållbarhet anges de krav som producenter, handlare, tillverkare, återförsäljare eller tjänsteleverantörer i en leveranskedja kan behöva uppfylla i förhållande till en lång rad hållbarhetsmått, såsom produktionens miljöpåverkan ⁽³²⁰⁾. Avtal om standardisering av hållbarhet innehåller vanligtvis regler, riktlinjer eller egenskaper för produkter och produktionsmetoder för sådana hållbarhetsmått och kallas ibland hållbarhetssystem. De är ofta privata initiativ och kan sträcka sig från uppförandekoder som fastställts ensidigt av företag till standarder som drivs av det civila samhällets organisationer och flerpartsinitiativ som involverar företag längs hela värdekedjan ⁽³²¹⁾. Dessa riktlinjer omfattar endast hållbarhetsstandarder som utvecklats av konkurrenter eller som konkurrenter deltar i, inbegripet kvalitetsmärken eller kvalitetsstämplar.
563. Avtal om hållbarhetsstandardisering har likheter med de standardiseringsavtal som behandlas i kapitel 7. De har emellertid också inslag som inte är typiska för eller mindre uttalade i sådana standardiseringsavtal.
564. För det första kan antagandet av en hållbarhetsstandard ofta leda till att det inrättas en grön märkning, en grön logotyp eller ett grönt varumärke för produkter som uppfyller vissa minimikrav. Användningen av ett sådant märke, en sådan logotyp eller ett sådant varumärke innebär i princip att användarna är skyldiga att följa standarden. Dessa företag kan använda märkningen/logotypen/varumärket så länge de uppfyller hållbarhetskraven, och de kommer att förlora användningen av märket/logotypen/varumärket när de inte längre uppfyller dessa krav.

⁽³¹⁸⁾ För att avgöra om ett avtal mellan företag är så pass skadligt att det kan betraktas som konkurrensbegränsning "genom syfte" i den mening som avses i artikel 101.1, ska bland annat innehållet i avtalsbestämmelserna, de mål som eftersträvas med avtalet och det ekonomiska och rättsliga sammanhang i vilket det ingår beaktas. Se dom av den 11 september 2014, CB mot kommissionen, C-67/13 P, EU:C:2014:2204, punkt 53.

⁽³¹⁹⁾ I princip bör den bevisning som visar att ett hållbarhetsmål eftersträvas vara sådan att det finns rimliga skäl att betvivla att avtalet har ett konkurrensbegränsande syfte. Det bör emellertid inte vara ovisst om ett hållbarhetsmål eftersträvas. Se, analogt, dom av den 30 januari 2020, Generics (UK), C-307/18, EU:C:2020:52, punkterna 107–108).

⁽³²⁰⁾ Se t.ex. FN:s forum för hållbarhetsstandarder, <https://unfss.org/home/objective-of-unfss>.

⁽³²¹⁾ Se t.ex. FN:s konferens om handel och utveckling, Framework for the Voluntary Sustainability Standards (VSS) Assessment Toolkit, https://unctad.org/system/files/official-document/ditctabinf2020d5_en.pdf.

565. För det andra kan kostnaden för att följa och efterleva en hållbarhetsstandard vara hög, särskilt om det krävs ändringar av befintliga produktions- eller handelsprocesser för att uppfylla hållbarhetsstandarden. Att följa en hållbarhetsstandard kan därför leda till ökade produktions- eller distributionskostnader och därmed till en ökning av priset på de produkter som parterna säljer.
566. För det tredje är, till skillnad från tekniska standarder som säkerställer driftskompatibilitet och främjar konkurrens mellan tekniker från olika företag i standardutvecklingsprocessen, frågorna om interoperabilitet och kompatibilitet mellan olika tekniker i allmänhet irrelevanta för hållbarhetsstandarder.
567. För det fjärde är många hållbarhetsstandarder process-, lednings- eller resultatbaserade. Detta innebär att hållbarhetsstandarder, till skillnad från många tekniska standarder, ofta föreskriver ett mål som ska uppfyllas utan att kräva någon särskild teknik eller några särskilda produktionsmetoder. De som antar hållbarhetsstandarder kan åta sig att sträva mot målet men kommer att ha frihet att besluta om användningen av en viss teknik eller produktionsprocess för att uppnå detta mål.

9.3.2.2. De centrala konkurrensproblemen

568. Avtal om standardisering av hållbarhet har ofta positiva effekter på konkurrensen. De bidrar till en hållbar utveckling och kan därför möjliggöra utveckling av nya produkter eller marknader, öka produktkvaliteten eller förbättra leverans- eller distributionsvillkoren. Genom att tillhandahålla information om hållbarhetsfrågor (t.ex. via märkning) ger hållbarhetsstandarder konsumenterna möjlighet att fatta välgrundade köpbeslut och spelar därför en roll i utvecklingen av marknader för hållbara produkter. Slutligen kan hållbarhetsstandarder också skapa lika villkor för producenter som omfattas av olika lagstadgade krav.
569. Under vissa omständigheter kan dock hållbarhetsstandarder också begränsa konkurrensen. Detta kan främst uppstå på tre sätt: genom prissamordning, avskärmning av alternativa standarder och uteslutning av eller diskriminering av vissa konkurrenter ⁽³²²⁾.

9.3.2.3. Konkurrensbegränsning genom syfte

570. Hållbarhetsstandarder som inte verkligen eftersträvar ett hållbarhetsmål, utan döljer fastställande av priser, uppdelning av marknader eller kunder, produktionsbegränsningar eller begränsningar av kvalitet eller innovation, begränsar konkurrensen genom syfte.
571. Ett avtal mellan konkurrenter om hur ökade kostnader till följd av antagandet av en hållbarhetsstandard ska omsättas i höjda försäljningspriser gentemot kunderna begränsar konkurrensen genom syfte. På samma sätt begränsar ett avtal mellan parterna i hållbarhetsnormen om att utöva påtryckningar på tredje parter att avstå från att marknadsföra produkter som inte uppfyller hållbarhetsstandarden konkurrensen genom syfte.

9.3.2.4. Konkurrensbegränsande effekter

(A) MJUK SAFE HARBOUR-REGEL

572. Om ett avtal inte kan anses ha till syfte att begränsa konkurrensen kan det endast strida mot artikel 101.1 om det har en märkbar negativ inverkan på konkurrensen. Det är dock osannolikt att avtal om hållbarhetsstandardisering får några märkbara negativa effekter på konkurrensen och därmed inte omfattas av artikel 101.1 om följande kumulativa villkor är uppfyllda:

För det första är förfarandet för att utveckla hållbarhetsstandarden öppet och alla intresserade konkurrenter kan delta i den process som leder fram till valet av standard ⁽³²³⁾.

För det andra bör hållbarhetsstandarden inte ålägga företag som inte vill delta i standarden någon skyldighet – vare sig direkt eller indirekt – att följa standarden ⁽³²⁴⁾.

⁽³²²⁾ Se punkterna 467–470.

⁽³²³⁾ Se punkt 479.

⁽³²⁴⁾ Med andra ord bör företag inom sektorn som inte vill följa standarden förbli fria och inte hindras från att fortsätta att förse marknaden och konsumenterna med produkter som uppfyller rättsliga krav men som inte uppfyller de ytterligare krav som den nya hållbarhetsstandarden skapar.

För det tredje bör de deltagande företagen ha frihet att själva anta en högre hållbarhetsstandard än den som avtalats med de andra avtalsparterna (de kan t.ex. besluta att använda mer hållbara ingredienser i sin slutprodukt än vad standarden kan kräva).

För det fjärde bör parterna i hållbarhetsstandarderna inte utbyta kommersiellt känslig information som inte är nödvändig för att utveckla, anta eller ändra standarderna.

För det femte bör effektiv och icke-diskriminerande tillgång till resultatet av standardiseringsförfarandet säkerställas. Detta bör innebära faktisk och icke-diskriminerande tillgång till kraven och villkoren för erhållande av den överenskomna märkningen eller för antagande av standarderna i ett senare skede av företag som inte har deltagit i standardutvecklingsprocessen.

För det sjätte bör hållbarhetsstandarderna inte leda till en betydande prisökning eller till en betydande minskning av utbudet av produkter som finns tillgängliga på marknaden ⁽³²⁵⁾.

För det sjunde bör det finnas en mekanism eller ett övervakningssystem för att säkerställa att företag som antar hållbarhetsstandarderna verkligen uppfyller kraven i standarderna.

573. Dessa villkor säkerställer att hållbarhetsstandarderna inte utestänger innovativa alternativa standarder eller utesluter eller diskriminerar andra företag och säkerställer faktisk tillgång till standarderna. Villkoret att inte utbyta onödigt kommersiellt känslig information säkerställer att standardiseringsförfarandet inte används för att underlätta samverkan eller begränsa konkurrensen mellan parterna. Såsom påpekats i punkt 565 ovan kan hållbarhetsstandarder ofta leda till prisökningar. Om standarderna emellertid antas av företag som representerar en betydande del av marknaden kan betydande stordriftsfördelar uppnås, så att företagen kan bibehålla den tidigare prisnivån eller endast tillämpa en obetydlig prishöjning.
574. Underlåtenhet att uppfylla ett eller flera av dessa villkor skapar inte någon presumtion för att avtalet begränsar konkurrensen i den mening som avses i artikel 101.1. Om vissa av dessa villkor inte är uppfyllda kommer det dock att vara nödvändigt att särskilt bedöma om och i vilken utsträckning avtalet sannolikt kommer att – eller faktiskt leder till – en märkbar negativ inverkan på konkurrensen. Det kan finnas olika modeller för standardiseringsansträngningar och företaget är därför i sin fulla rätt att införa regler och förfaranden som inte bryter mot konkurrensreglerna men som samtidigt är annorlunda än de som beskrivs i punkt 572 ovan.

(B) BEHOVET AV ATT BEDÖMA AVTALETS EFFEKTER

575. Marknadsandelarna för de produkter som införlivar standarderna bör beaktas för att effekterna av ett standardiseringsavtal ska kunna bedömas. Hållbarhetsstandarder kan sakna märkbara konkurrenshämmande effekter eftersom det finns tillräcklig konkurrens från alternativa hållbarhetsmärkningar/standarder och/eller från produkter som tillverkas och distribueras på konventionellt sätt (dvs. utanför märkningar/standarder). Det aktuella avtalets marknadstäckning kan vara otillräcklig för att snedvrider konkurrensen i betydande omfattning, på grund av den faktiska konkurrensen från alternativa märkningar och/eller produkter som tillverkas och distribueras på konventionellt sätt. Även om avtalet har en betydande marknadstäckning kan den potentiella konkurrensens begränsande effekt fortfarande vara tillräcklig, särskilt i fall där hållbarhetsavtalet är begränsat till att inrätta en märkning, vilket ger de deltagande företagen frihet att också bedriva verksamhet utanför märket. Om så är fallet kommer konsumenterna att kunna välja mellan att köpa produkter som är försedda med märket, eller produkter som eventuellt tillverkas av samma företag och som inte överensstämmer med märkningen, och konkurrensen kommer därför sannolikt inte att begränsas ⁽³²⁶⁾. I fall där ett standardiseringsavtal sannolikt kommer att leda till en betydande prisökning eller minskning av produktionen, produktutbudet, kvaliteten eller innovationen, får avtalsparterna åberopa artikel 101.3.

⁽³²⁵⁾ Konkurrenspolitiken avser prishöjningar som följer av en konkurrensbegränsning och inte prishöjningar som endast återspeglar en höjning av produkternas kvalitet. I praktiken är det emellertid mycket svårt att skilja mellan prisökningar som enbart beror på en höjning av kvaliteten och prisökningar som också beror på konkurrensbegränsningar. Om prisökningen eller kvalitetsminskningen är betydande måste därför avtalets effekter bedömas.

⁽³²⁶⁾ Avtal mellan konkurrenter som inte innehåller begränsningar genom syfte kan också omfattas av safe harbour-undantaget enligt tillkännagivandet om avtal av mindre betydelse, under förutsättning att, om avtalet ingås mellan konkurrenter, avtalsparternas sammanlagda marknadsandel inte överstiger 10 % på någon av de relevanta marknader som påverkas av avtalet. Se kommissionens tillkännagivande om avtal av mindre betydelse som inte märkbart begränsar konkurrensen enligt artikel 101.1 i fördraget om Europeiska unionens funktionssätt (tillkännagivande om avtal av mindre betydelse) (EUT C 291, 30.8.2014, s. 1).

9.4. **Bedömning av hållbarhetsavtal enligt artikel 101.3**

576. Varje hållbarhetsavtal som strider mot artikel 101.1 kan undantas enligt artikel 101.3, om avtalsparterna visar att de fyra kumulativa villkoren i den bestämmelsen är uppfyllda.

9.4.1. *Effektivitetsvinster*

577. Det första villkoret för undantag som anges i artikel 101.3 är att det berörda avtalet ska bidra till att förbättra produktionen eller distributionen av varor eller bidra till att främja tekniskt eller ekonomiskt framåtskridande. I huvudsak krävs det att avtalet bidrar till objektiva effektivitetsvinster, i vid bemärkelse, som inte bara omfattar minskningar av produktions- och distributionskostnader utan även ökning av produktutbud och produktkvalitet, förbättringar av produktions- eller distributionsprocesser och ökad innovation⁽³²⁷⁾. Det gör det därför möjligt att ta hänsyn till ett brett spektrum av hållbarhetsfördelar till följd av användningen av specifika ingredienser, tekniker och produktionsprocesser som effektivitetsvinster.

578. Hållbarhetsavtal kan till exempel ge effektivitetsvinster, såsom användning av renare produktions- eller distributionsteknik, mindre föroreningar, förbättrade produktions- och distributionsvillkor, mer motståndskraftiga infrastrukturer eller leveranskedjor, produkter av bättre kvalitet osv. De kan också undvika störningar i leveranskedjan, minska den tid det tar att släppa ut hållbara produkter på marknaden och bidra till att förbättra konsumenternas valmöjligheter genom att underlätta jämförelser av produkter. Dessa effektivitetsvinster kan bidra till en motståndskraftig inre marknad.

579. Dessa effektivitetsvinster måste styrkas och kan inte bara antas⁽³²⁸⁾. De måste också vara objektiva, konkreta och kontrollerbara. Om den påstådda effektiviteten till exempel består av produktförbättring måste parterna visa de exakta egenskaperna hos produktförbättringen. Om den påstådda fördelen till exempel är en minskning av vattenföroreningen måste parterna förklara exakt hur avtalet bidrar till att minska vattenföroreningen och lämna en uppskattning av storleken på den påstådda fördelen⁽³²⁹⁾.

9.4.2. *Nödvändighet*

580. I dessa riktlinjer är det lämpligt att behandla det tredje villkoret i artikel 101.3, dvs. kravet på nödvändighet, före det andra villkoret, dvs. skälig andel för konsumenterna. Skälet till detta är att analysen av konsumenternas skäliga andel inte bör omfatta effekterna av eventuella begränsningar som inte uppfyller kravet på nödvändighet och som därför är förbjudna enligt artikel 101⁽³³⁰⁾.

581. Enligt det tredje villkoret i artikel 101.3 får det begränsande avtalet inte ålägga de berörda företagen begränsningar som inte är nödvändiga för att uppnå de fördelar som avtalet i fråga ger upphov till. För att uppfylla detta villkor måste avtalsparterna visa att deras avtal som sådant, och var och en av de konkurrensbegränsningar som avtalet medför, är rimligen nödvändiga för att de påstådda hållbarhetsfördelarna ska förverkligas och att det inte finns några andra ekonomiskt genomförbara och mindre begränsande medel för att uppnå dem⁽³³¹⁾.

582. I princip bör varje företag själva bestämma hur man ska eftersträva hållbarhetsfördelar, och i den mån konsumenterna värdesätter dessa fördelar skulle marknaden belöna goda beslut och bestraffa dåliga beslut. När det finns efterfrågan på hållbara produkter är samarbetsavtal inte outhärliga för att själva uppnå hållbarhetsfördelar. De kan dock också vara outhärliga för att uppnå hållbarhetsmålet på ett mer kostnads-effektivt sätt.

⁽³²⁷⁾ Se även punkterna 48–72 i riktlinjerna för artikel 101.3.

⁽³²⁸⁾ Se även punkterna 50–58 i riktlinjerna för artikel 101.3.

⁽³²⁹⁾ Se, till exempel, kommissionens rekommendation (EU) 2021/2279 av den 15 december 2021 om användningen av metoder för produkters miljöavtryck för att mäta och kommunicera produkters och organisationers miljöprestanda utifrån ett livscykelperspektiv (EUT L 471, 30.12.2021, s. 1).

⁽³³⁰⁾ Se särskilt punkt 39 i artikel 101.3 i riktlinjerna.

⁽³³¹⁾ Se särskilt punkterna 73–82 i riktlinjerna för tillämpning av artikel 101.3.

583. Offentlig politik och lagstiftning tar ofta hand om negativa externa effekter. De syftar vanligtvis till att göra detta genom att införa regler som kräver gruppaltalen, som säkerställer effektiva marknadsresultat som tar hänsyn till konsekvenserna för hållbarheten hos enskilda åtgärder⁽³³²⁾. När EU-lagstiftning eller nationell lagstiftning kräver att företag ska uppfylla konkreta hållbarhetsmål, kan samarbetsavtal och de begränsningar de kan medföra därför inte anses vara nödvändiga för att målet ska kunna uppnås. Detta beror på att lagstiftaren redan har beslutat att varje företag ensamt är skyldigt att uppnå målet⁽³³³⁾. Under sådana omständigheter kan samarbetsavtal vara nödvändiga endast för att uppnå målet på ett mer kostnadseffektivt sätt.
584. Det kan finnas andra fall där hållbarhetsfördelar på grund av marknadsmisslyckanden inte kan uppnås om de lämnas åt marknadskrafterna i fritt samspel eller kan uppnås på ett mer kostnadseffektivt sätt om företagen samarbetar. Ett hållbarhetsavtal kan till exempel vara nödvändigt för att undvika snålskjuts på de investeringar som krävs för att främja en hållbar produkt och utbilda konsumenterna (för att övervinna de så kallade pionjärsackdelarna).
585. I detta sammanhang kan ett begränsande avtal också vara nödvändigt för att uppnå stordriftsfördelar, särskilt för att nå en tillräcklig omfattning för att täcka de fasta kostnaderna för att inrätta, driva och övervaka märkningen. Begränsningar kan också vara nödvändiga för att anpassa parternas incitament till varandra och garantera att de inriktar sina ansträngningar på att genomföra avtalet⁽³³⁴⁾. Om avtalet ålägger parterna att inte bedriva verksamhet utanför märkningen eller standarden måste parterna bevisa varför det inte är tillräckligt att endast införa en märkning eller standard för att uppnå effektivitetsvinsterna. Vanligtvis räcker det att avtalet definierar hållbarhetsstandarderna som en gemensam minimistandard, vilket ger deltagande företag utrymme att individuellt tillämpa en högre hållbarhetsstandard än den gemensamt överenskomna standarden.
586. Ett avtal kan också vara nödvändigt i fall där parterna kan visa att det, till exempel på grund av brist på tillräcklig kunskap eller information om själva produkten eller konsekvenserna av dess användning, är svårt för konsumenterna på den relevanta marknaden att objektivt väga de framtida fördelar som ett avtal ger dem mot den omedelbara skada de lider av samma avtal och att de därför överskattar betydelsen av den omedelbara effekten. Det kan till exempel hända att konsumenterna inte kan uppskatta framtida fördelar i form av förbättrad kvalitet och innovation, om den omedelbara effekten är en prishöjning av produkten.
587. Som en allmän regel bör de skyldigheter som följer av hållbarhetsavtal inte gå utöver vad som är nödvändigt för att uppnå avtalets mål.
- 9.4.3. *Nytta för konsumenterna*
588. Det andra villkoret i artikel 101.3 kräver att konsumenterna får en skälig andel av de påstådda fördelarna. Begreppet *konsument* omfattar alla direkta eller indirekta användare av de produkter som omfattas av avtalet⁽³³⁵⁾. Konsumenterna får en skälig andel av de vinster som uppstår till följd av avtalet när dessa uppväger den skada som orsakas av samma avtal, så att den totala effekten på konsumenterna på den relevanta marknaden åtminstone är neutral⁽³³⁶⁾. Därför måste de hållbarhetsfördelar som följer av avtalen vara kopplade till konsumenterna av de produkter som omfattas av dessa avtal.
589. I många fall kan det vara uppenbart att hållbarhetsfördelarna inte har något samband med konsumenterna på den relevanta marknaden eller att de inte skulle vara tillräckligt betydande för att kompensera för skadan på den relevanta marknaden. Omvänt kan det finnas fall där skadan på konkurrensen är uppenbart obetydlig i förhållande till de potentiella fördelarna, vilket gör att det inte behövs en detaljerad bedömning. Det kan dock också finnas fall där en detaljerad bedömning inte kan undvikas.

⁽³³²⁾ Miljölagstiftningen syftar exempelvis till att uppnå detta genom skatter, förbud eller subventioner.

⁽³³³⁾ Om företagen är bundna av ett system med utsläppstak och handel med utsläppsrätter, såsom EU:s system för handel med utsläppsrätter, måste det anses att varje minskning av föroreningar och motsvarande minskning av användningen av utsläppsrätter från ett visst företag eller en viss sektor kommer att frigöra dessa utsläppsrätter, vilket leder till en nollnettoeffekt på föroreningarna utan en minskning av utsläppsrätterna (så kallad waterbed-effekt).

⁽³³⁴⁾ Se särskilt punkt 80 i riktlinjerna för tillämpning av artikel 101.3.

⁽³³⁵⁾ Detta inbegriper tillverkare som använder produkten som insatsvara, grossister, detaljhandlare och slutkonsument, dvs. fysiska personer som agerar för ändamål som kan anses ligga utanför deras närings- eller yrkesverksamhet.

⁽³³⁶⁾ Se punkt 85 i riktlinjerna för tillämpningen av artikel 101.3, se även dom av den 23 november 2006, *Asnef-Equifax*, C-238/05, EU:C:2006:734, punkt 72.

9.4.3.1. Fördelar med individuellt användarvärde

590. Konsumentnytta uppstår vanligtvis genom konsumtion eller användning av de produkter som omfattas av det avtal som är föremål för bedömning. Dessa fördelar kan utgöras av förbättrad produktkvalitet eller produktutbud till följd av kvalitativa effektivitetsvinster, eller förverkligas i form av prissänkningar till följd av kostnadsbesparingar. Fördelarna kan också uppstå genom konsumtion av en hållbar produkt på samma sätt som de är en följd av konsumtion av någon annan produkt. Denna nytta kan kallas "fördelar med individuellt användarvärde" eftersom de är ett resultat av användningen av produkten och direkt förbättrar konsumenternas erfarenheter av produkten i fråga.
591. Till exempel kan konsumtion av grönsaker som odlas med hjälp av organiska gödselmedel ha bättre smak och/eller vara hälsosammare för konsumenterna än grönsaker som produceras med icke-organiska gödselmedel. På samma sätt kan ersättning av plast med mer hållbara material i en rad produkter öka de berörda produkternas livslängd. Under dessa omständigheter får konsumenterna högre kvalitet enbart på grund av att de konsumerar produkten i fråga. Dessa är typiska kvalitativa effektivitetsvinster som kan uppnås genom ett begränsande avtal och som kan uppväga den skada som orsakas av prishöjningen (på grund av överenskommen användning av dyrare hållbara material) eller det minskade urvalet (på grund av överenskommen icke-användning av en icke-hållbar produkt). Om fördelarna är tillräckligt betydande för att uppväga den skada som orsakas av prishöjningen eller det minskade urvalet kommer de att kompensera de konsument som lidit skada av samma avtal och därmed uppfylla det andra villkoret i artikel 101.3.
592. I exemplen ovan kan avtalen i fråga, tillsammans med fördelarna med det individuella användarvärdet, åtföljas av positiva effekter utanför konsumenterna (positiva externa effekter). Positiva externa effekter föreligger när negativa externa effekter som föroreningar, jorderosion osv. minskar. Dessa positiva externa effekter som samhället kan ha åtnjutit i dag eller i framtiden kanske inte har varit möjliga utan det begränsande avtalet i fråga. Dessa positiva externa effekter skiljer sig från fördelarna med det individuella användarvärdet för konsumenterna på den relevanta marknaden (se avsnitt 9.4.3.3).
593. Avtal som syftar till att minska förpackningarna kan också minska produktions- och distributionskostnaderna och, i förlängningen, priset på produkten. Till exempel kan ett avtal mellan konkurrenter om att tillhandahålla koncentrerad vätska i flaskor av mindre storlek minska kostnaderna för material, transport och lagring. På samma sätt kan avtal som syftar till att dela infrastruktur eller distributionstjänster med konkurrenter minska parternas kostnader och därmed priset på slutprodukten. Skadan av sådana avtal kan bestå i ett minskat utbud för konsumenterna, men fördelen med det lägre priset kan uppväga den skada som följer av begränsningen av valmöjligheterna eller till och med av den försämrade kvaliteten på tjänsterna eller produkterna⁽³³⁷⁾. Samma avtal kan också ha positiva externa effekter i form av en minskad negativ miljöpåverkan (se avsnitt 9.4.3.3 nedan).

9.4.3.2. Fördelar med individuellt icke-användarvärde

594. Fördelarna för konsumenterna med hållbarhetsavtal behöver inte enbart omfatta direkta fördelar av användningen av en hållbar produkt, utan även indirekta fördelar som följer av konsumenternas uppskattning av hur deras hållbara konsumtion påverkar andra. I synnerhet kan vissa konsumenter sätta större värde på sin konsumtion av en hållbar produkt än konsumtionen av en icke-hållbar produkt, eftersom den hållbara produkten har mindre negativ inverkan på andra än den icke-hållbara produkten.
595. Konsumenterna kan till exempel välja ett visst tvättmedel, inte för att de renar bättre utan för att det förorenar mindre vatten. På samma sätt kan konsumenterna vara beredda att betala ett högre pris för möbler av trä som odlas och skördas på ett hållbart sätt, inte på grund av att möbelkvaliteten är bättre, utan för att konsumenterna vill sätta stopp för avskogningen och förlusten av naturliga livsmiljöer. På motsvarande sätt kan förarna välja att använda dyrare bränsle inte för att det är av högre kvalitet och bättre för deras fordon, utan för att det förorenar mindre.

⁽³³⁷⁾ Det är mer sannolikt att minskningar i marginalkostnader eller rörliga kostnader är relevanta för bedömningen av effektivitetsvinster än minskningar i fasta kostnader. Det är i regel mer sannolikt att de förstnämnda leder till lägre priser för konsumenterna.

596. Under dessa omständigheter förbättras inte konsumenternas erfarenhet av att använda produkten direkt. Konsumenterna är dock beredda att betala ett högre pris för en hållbar produkt eller begränsa sitt konsumtionsval genom att inte använda en icke-hållbar variant av produkten, för att samhället eller framtida generationer ska kunna dra nytta av dem. Indirekta fördelar med icke-användarvärdet tillfaller således konsumenterna på den relevanta marknaden genom deras personliga/individuella värdering av effekten på andra, även för icke-användare utanför den relevanta marknaden.
597. Konsumenterna som är beredda att betala mer för sådana produkter upplever att de är av högre kvalitet, just på grund av fördelarna för andra. Ur ett ekonomiskt perspektiv skiljer sig därför sådana indirekta kvalitativa fördelar inte från de vanliga kvalitetshöjande fördelar som ökar produktens direkta användningsvärde, vilket diskuteras ovan i avsnitt 9.4.3.1. Sådana indirekta fördelar i samband med icke-nyttjande kan mätas genom att undersöka konsumenternas vilja att betala, till exempel genom kundundersökningar.
598. Det kan finnas en skillnad mellan vad konsumenterna uppger att de föredrar och vad deras köpbeteende tyder på att de föredrar. Detta kan tyda på att de angivna preferenserna överskattas eller tvärtom underskattas de verkliga preferenserna. För att minska sådana snedvridningar i samband med hypotetiska val i undersökningarna måste undersökningarna ge ett användbart och lämpligt sammanhang. De frågor som ställs kan dessutom behöva ta hänsyn till samhällsnormer, konsumenternas kunskaper och vanor eller förväntningar på andras beteende.
599. Mer allmänt måste avtalsparterna, för att fullgöra sin bevisbörda enligt artikel 101.3, lägga fram övertygande bevis som visar konsumenternas faktiska preferenser. Avtalsparterna bör undvika att tillskriva konsumenterna sina egna preferenser.
600. Vid bedömningen av konsumenternas betalningsvilja är det inte nödvändigt att bedöma varje konsumentens vilja på den relevanta marknaden. För undersökningens skull är det tillräckligt att bedömningen baseras på en representativ andel av alla konsumenterna på den relevanta marknaden ⁽³³⁸⁾.

9.4.3.3. Kollektiva fördelar

601. I avsnitt 9.4.3.2 hänvisas till fördelar med individuell icke-användarvärde som är begränsade till enskilda konsumenters frivilliga (altruistiska) val. Alla negativa externa effekter kan dock inte avhjälpas genom frivilliga, individuella åtgärder från konsumenternas sida. Eftersom hållbarhetseffekterna av individuell konsumtion inte nödvändigtvis är beroende av den enskilda individens konsumtion utan konsumtionen hos en större grupp, kan det behövas en kollektiv åtgärd, såsom ett samarbetsavtal, för att internalisera negativa externa effekter och skapa hållbarhetsfördelar för en större grupp i samhället ⁽³³⁹⁾. Konsumenterna kan till exempel vara ovilliga att betala ett högre pris för en produkt som tillverkas med en grön men kostsam teknik. För att se till att fördelarna med användningen av denna gröna teknik förverkligas kan det bli nödvändigt med ett avtal om att fasa ut den förorenande tekniken. Dessa fördelar kallas kollektiva fördelar eftersom de uppstår oberoende av konsumenternas individuella bedömning av produkten och objektivt sett kan tillfalla konsumenterna på den relevanta marknaden om de senare ingår i den större grupp som gynnas.
602. Även om avvägningen mellan negativa effekter och de fördelar som följer av begränsande avtal normalt görs på den relevanta marknad som avtalet avser, kan effektivitetsvinster som uppnås på separata marknader beaktas, förutsatt att den konsumentgrupp som berörs av begränsningen och drar nytta av effektivitetsvinsterna i stort sett är densamma ⁽³⁴⁰⁾.

⁽³³⁸⁾ Dom av den 23 november 2006, *Asnef-Equifax*, C-238/05, EU:C:2006:734, punkt 72.

⁽³³⁹⁾ Marknadssmisslyckandet i sådana situationer består vanligtvis i att icke-hållbar konsumtion har negativa externa effekter på andra. Dessa externa effekter (t.ex. utsläpp) internaliseras inte fullt ut av enskilda köpare och är därför för höga. På samma sätt kan marknadssmisslyckandet bestå av positiva externa effekter från hållbar konsumtion som konsumenterna utövar på varandra. Dessa tillhandahålls inte i tillräckligt stor utsträckning av den fria marknaden av i stort sett samma skäl.

⁽³⁴⁰⁾ Punkt 43 i riktlinjerna om tillämpningen av artikel 101.3. Se även dom av den 27 september 2006, *GlaxoSmithKline Services m.fl. mot kommissionen*, T-168/01, EU:T:2006:265, punkterna 248 och 251; dom av den 11 september 2014, *MasterCard Inc, C-382/12 P*, EU:C:2014:2201, punkt 242; kommissionens beslut av den 23 maj 2013 i ärende AT.39595 *Air Canada/United Airlines/Lufthansa (STAR alliance)*.

603. Om konsumenterna på den relevanta marknaden i hög grad överlappar eller ingår i den grupp som gagnas utanför den relevanta marknaden, kan de kollektiva fördelar för konsumenterna på den relevanta marknaden som uppstår utanför den marknaden beaktas om de är tillräckligt betydande för att kompensera konsumenterna på den relevanta marknaden för den skada som lidits ⁽³⁴¹⁾.
604. Till exempel är chaufförer som köper mindre förorenande bränsle också medborgare som skulle gynnas av renare luft om mindre förorenande bränsle används. I den mån en betydande överlappning mellan konsumenter (drivkrafterna i detta exempel) och de som gynnas (medborgare) kan fastställas är hållbarhetsfördelarna med renare luft i princip relevanta för bedömningen och kan beaktas om de är tillräckligt betydande för att kompensera konsumenterna på den relevanta marknaden för den skada de lidit. Omvänt kan konsumenterna köpa kläder av hållbar bomull som minskar kemikalie- och vattenanvändningen på den mark där den odlas. Sådana miljöfördelar skulle i princip kunna beaktas som kollektiva fördelar. Det finns dock sannolikt ingen betydande överlappning mellan klädkonsumenterna och mottagarna av dessa miljöfördelar som endast förekommer i det område där bomullen odlas. Det är därför osannolikt att dessa kollektiva fördelar skulle tillfalla konsumenterna på den relevanta marknaden. I den mån konsumenterna är villiga att betala mer om deras kläder tillverkas av hållbart odlad bomull kan de lokala miljöfördelarna beaktas som fördelar med individuellt icke-användarvärde för klädernas konsumenter (se avsnitt 9.4.3.2).
605. För att de kollektiva fördelarna ska förverkligas kan avtalets marknadstäckning ofta behöva vara betydande. Om exempelvis endast två av tio tillverkare av tvättmaskiner kommer överens om att överge de mer förorenande varianterna, kommer avtalet sannolikt inte att kunna förhindra snålskjuts och därmed inte i tillräcklig utsträckning minska föroreningarna, eftersom konsumenter i egenintresse fortfarande skulle kunna köpa de förorenande varianterna från en eller flera av de återstående leverantörerna ⁽³⁴²⁾.
606. För att hänsyn ska kunna tas till kollektiva fördelar bör parterna kunna
- (a) tydligt beskriva de påstådda fördelarna och lägga fram bevis för att de redan har inträffat eller sannolikt kommer att uppstå,
 - (b) tydligt definiera vilka som gagnas,
 - (c) visa att konsumenterna på den relevanta marknaden i hög grad överlappar eller är en del av den grupp som gagnas,
 - (d) visa vilken del av de kollektiva fördelar som uppstår eller sannolikt kommer att uppstå utanför den relevanta marknaden som tillfaller konsumenterna av produkten på den relevanta marknaden.
607. Bevis för kollektiva fördelar som grundar sig på offentliga myndigheters rapporter eller på rapporter som utarbetats av erkända akademiska organisationer kan vara av särskilt värde för denna bedömning.
608. Om det inte finns några uppgifter som möjliggör en kvantitativ analys av fördelarna, måste det vara möjligt att förutse en klart identifierbar positiv inverkan på konsumenterna, inte en marginell sådan. De nuvarande erfarenheterna av att mäta och kvantifiera kollektiva fördelar är fortfarande begränsade. Kommissionen kommer att kunna ge ytterligare vägledning i denna fråga efter att ha samlat erfarenhet av att hantera konkreta fall, vilket skulle kunna göra det möjligt att utveckla bedömningsmetoder.

9.4.3.4. Någon eller alla typer av förmåner

609. I samtliga fall står det parterna i hållbarhetsavtalet fritt att lägga fram bevis och argument till stöd för påståenden om någon av de tre typerna av konsumentfördelar eller för alla dessa. Parternas val kan bero på ärendets särdrag och på hur tillförlitlig den tillgängliga bevisningen är. I vissa fall kan det vara tillräckligt att visa endast fördelar med individuellt användarvärde för att uppfylla villkoren i artikel 101.3, medan det i andra fall räcker med fördelarna med individuellt icke-användarvärden eller de kollektiva fördelarna. I andra fall kan en kombination av två eller alla tre typer av förmåner vara möjlig.

⁽³⁴¹⁾ Konsumenterna kan kompenseras genom en typ av hållbarhetsfördelar eller genom en kombination av individuella och kollektiva fördelar, se avsnitt 9.4.3.4.

⁽³⁴²⁾ I detta exempel är dock inte bara den potentiella fördelen med avtalet begränsad på grund av otillräcklig täckning, utan även den potentiella skadan på konkurrensen (av i huvudsak samma skäl).

9.4.4. *Konkurrensen sätts inte ur spel*

610. Enligt det fjärde villkoret i artikel 101.3 får avtalet inte ge parterna möjlighet att sätta konkurrensen ur spel för en väsentlig del av varorna/produkterna i fråga. Villkoret säkerställer i huvudsak att en viss grad av återstående konkurrens alltid kommer att finnas kvar på den marknad som berörs av avtalet, oavsett omfattningen av fördelarna.
611. Detta sista villkor kan vara uppfyllt även om det konkurrensbegränsande avtalet omfattar hela branschen, så länge som avtalsparterna fortsätter att konkurrera kraftfullt på åtminstone en viktig konkurrensaspekt. Om till exempel avtalet sätter konkurrensen ur spel när det gäller kvalitet eller variation, men priskonkurrens också är en viktig parameter för konkurrensen inom den berörda branschen och inte är begränsad, kan detta villkor fortfarande uppfyllas.
612. Om konkurrenterna konkurrerar med en rad olika produkter och alla är verksamma på samma relevanta marknad, innebär elimineringen av konkurrensen för en eller flera varianter av produkten inte nödvändigtvis att konkurrensen på den relevanta marknaden sätts ur spel.
613. Om konkurrenter beslutar att inte använda en viss förorenande teknik eller en viss icke-hållbar ingrediens vid tillverkningen av sina produkter kommer konkurrensen mellan konkurrenterna inte heller att sättas ur spel om de fortsätter att konkurrera om slutproduktens pris och/eller kvalitet.
614. Att sätta konkurrensen ur spel under en begränsad tid, som inte har någon inverkan på konkurrensens utveckling efter det att denna period löpt ut, kommer inte att utgöra ett hinder för att uppfylla detta villkor. Ett avtal mellan konkurrenter om att tillfälligt begränsa produktionen av en variant av en produkt som innehåller en icke-hållbar ingrediens för att på marknaden införa en hållbar ersättning för denna produkt, i syfte att öka konsumenternas medvetenhet om den nya produktens egenskaper, kommer att uppfylla det sista konkurrensvillkoret.

9.5. **Deltagande av offentliga myndigheter**

615. Statliga eller lokala myndigheters deltagande i processen för att ingå hållbarhetsavtal, eller dessa myndigheters kännedom om förekomsten av sådana avtal, är inte i sig ett skäl att anse att sådana avtal är förenliga med konkurrensreglerna. Ett sådant deltagande eller denna kunskap från de offentliga myndigheternas sida befriar inte parterna i hållbarhetsavtalet från ansvar för en överträdelse av artikel 101.1. På samma sätt gäller att om offentliga myndigheters agerande endast uppmuntrar eller underlättar företagens självständiga konkurrensbegränsande beteende, omfattas dessa företag fortfarande av artikel 101.1 ⁽³⁴³⁾.
616. Parterna i ett hållbarhetsavtal som begränsar konkurrensen kommer dock inte att hållas ansvariga för överträdelser av konkurrensrätten om de har tvingats eller ålagts av offentliga myndigheter att ingå avtalet eller om de offentliga myndigheterna förstärker avtalets verkan ⁽³⁴⁴⁾.

9.6. **Exempel**

617. Ett avtal som omfattas av de mjuka safe harbour-reglerna

Exempel 1

Situation: Frukostflingor säljs i attraktiva färgglada kartonger. Under årens lopp har dessa kartonger blivit större, inte för att innehållet har ökat, utan enbart för att göra dem mer attraktiva och lovande för konsumenterna. Detta är en lönsam marknadsföringsstrategi, eftersom konsumenterna ofta köper frukostflingor spontant och den större storleken ger intryck av att vara bättre att köpa. Eftersom alla producenter har följt denna strategi har den inte haft någon betydande inverkan på deras marknadsandelar. Den har dock lett till ett överskott på cirka 15 % i det förpackningsmaterial som används för deras produkter.

⁽³⁴³⁾ Dom av den 9 september 2003, CIF, C-198/01, EU:C:2003:430, punkt 56.

⁽³⁴⁴⁾ Dom av den 12 december 2013, Soa Nazionale Costruttori, C-327/12, EU:C:2013:827, punkt 38; dom av den 5 december 2006, Cipolla m.fl., C-94/04, EU:C:2006:758, punkt 47.

Prevent Waste, en icke-statlig organisation, har kritiserat producenternas strategi med "tomma kartonger" med frukostflingor för att vara slösaktiga och skadliga för miljön och använda mer naturresurser än vad som är nödvändig för att producera och distribuera dessa produkter på ett effektivt sätt. Som svar på detta har producenterna av frukostflingor, som är organiserade i branschorganisationer, kommit överens om att begränsa de överdrivet stora förpackningarna för sina produkter. De har kollektivt kommit överens om att begränsa överskridandet till högst 3 % för att se till att kartongerna med flingor fortfarande är lätta att använda och har offentliggjort sina beslut. Producenterna har tillämpat avtalet sedan början av året och det omfattar 100 % av marknaden. Till följd av detta har förpackningskostnaderna, som utgör 6 % av grossistpriset, minskat med cirka 10 %. Detta har lett till en minskning på cirka 0,5 % av grossistpriset på frukostflingor och en minskning av detaljhandelspriset med 0–0,5 %.

Analys: Konkurrenterna kommer överens om en faktor som påverkar priset på produkten, men gör det på ett öppet sätt, vilket gör det möjligt för alla att anta strategin utan att ålägga en skyldighet att göra det. Det förekommer inget utbyte av känslig information och efterlevnaden av beslutet är lätt att övervaka. Dessutom står det spannmålsproducenterna fritt att minska sina egen förpackningar ytterligare om de så önskar. Dessutom har avtalet om begränsning av alltför stora förpackningar en mycket liten och till och med nedåtriktad inverkan på priset på frukostflingor, påverkar inte konkurrensen mellan spannmålsproducenterna om de viktigaste parametrarna pris, kvalitet och innovation och påverkar endast i mycket begränsad utsträckning konkurrensen om saluföringen (med tanke på den till synes begränsade effekten av strategin med "överdimensionerade" kartonger). Avtalet uppfyller därför villkoren för safe harbour och omfattas därför inte av artikel 101.1. Avtalet förbättrar i själva verket resultatet för konsumenterna genom att avskaffa kostsamma strategier med alltför stora förpackningar som har liten inverkan på konkurrensen.

618. Ett avtal som inte har någon märkbar inverkan på konkurrensen

Exempel 2

Situation: Fair Tropical Fruits, en icke-statlig organisation och ett antal frukthandlare, har infört en märkning för tropiska frukter med rättvis handel (FTF-märkningen). För att kunna använda märkningen måste företag som handlar med tropiska frukter garantera att frukterna i fråga kommer från jordbruksföretag som uppfyller vissa minimikrav för säker användning av bekämpningsmedel. Det står dessa företag fritt att även handla med frukt under andra märken. Fair Tropical Fruits har inrättat ett övervakningssystem för att intyga att de produkter som säljs under FTF-märkningen uppfyller minimikraven. Villkoren för deltagande samt övervakningssystemets metoder och resultat finns på webbplatsen för Fair Tropical Fruits. De frukter som säljs under FTF-märkningen är dyrare än andra tropiska frukter.

FTF-märkningen har införts i hela EU och ett antal stora handlare använder märkningen och har undertecknat avtalet om att respektera märkningens minimivillkor. Märkningen har snabbt blivit populär bland vissa konsumenter. Beroende på typen av tropisk frukt och den berörda geografiska marknaden varierar marknadsandelarna för frukt som säljs i EU inom ramen för märkningen nu från 2,6 % för ananas till 14,7 % för mango. Resten av marknaden försörjs av samma näringsidkare som bedriver verksamhet som inte omfattas märkningen och av andra näringsidkare som inte är parter i avtalet.

Analys: Det högre priset på de frukter som säljs under FTF-märkningen kan kräva en bedömning av avtalets effekter. Med tanke på de blygsamma marknadsandelarna för de produkter som omfattas av avtalet på de olika marknaderna i EU, de betydande marknadsandelarna som innehas av och konkurrensen från andra märken och konventionella produkter, det faktum att deltagandet i FTF-märket är frivilligt och icke-exklusivt och att licensen att använda märket endast är beroende av att vissa minimivillkor iakttas, är det emellertid osannolikt att avtalen om att inrätta och licensiera märket kommer att leda till märkbara negativa effekter. Avtalen omfattas således inte av artikel 101.1. Avtalen kan faktiskt öka konsumenternas valmöjligheter genom att göra det möjligt för dem att identifiera produkter som har egenskaper som "rättvis handel".

619. Ett avtal som sannolikt inte kommer att begränsa konkurrensen enligt artikel 101.1 och/eller sannolikt kommer att uppfylla villkoret i artikel 101.3.

Exempel 3

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

Analys: Fetthalterna är visserligen rekommendationer och därför frivilliga, men på grund av den publicitet som den riksomfattande reklamkampanjen får, kommer de rekommenderade fetthalterna sannolikt att införas av alla företag som tillverkar bearbetade livsmedel i medlemsstaten i fråga. Därför är det sannolikt att rekommendationen i praktiken blir högsta tillåtna fetthalt i bearbetade livsmedel. Därför kan konsumenternas valmöjligheter på produktmarknaderna försämrats. Parterna kommer dock att kunna fortsätta att konkurrera när det gäller flera andra produkttegenskaper, såsom pris, produktstorlek, kvalitet, smak, annat näringsinnehåll, salthalt, balans mellan ingredienserna samt varumärke. Dessutom kan konkurrensen öka när det gäller fetthalterna i produktutbudet, eftersom parterna bemödar sig om att erbjuda produkter med lägst fetthalt. Därför är det osannolikt att avtalet ger konkurrensbegränsande effekter i den mening som avses i artikel 101.1. Även om det konstateras att avtalet har en märkbar negativ inverkan på konkurrensen enligt artikel 101.1 – eftersom konsumenterna inte har möjlighet att välja livsmedel med hög fetthalt – är det sannolikt att fördelarna för konsumenterna när det gäller värdet av den mottagna informationen och de gynnsamma hälsoeffekterna uppväger skadan och avtalet uppfyller sannolikt villkoren i artikel 101.3.

620. Ett avtal som begränsar konkurrensen enligt artikel 101.1 och som inte uppfyller villkoren i artikel 101.3.

Exempel 4

Situation: Alla större möbeltillverkare på en viss marknad är överens om att införa en märkning med "det gröna trädet" för möbler av hållbart odlad trä. För närvarande finns inga lagstadgade hållbarhetsstandarder för trä. Parterna har enats om att tillämpa den nya standarden, enligt vilken minst 30 % av det trä som används i möbler ska odlas på ett hållbart sätt inom tre år. Efter denna period måste alla möbler som produceras av avtalsparterna uppfylla den överenskomna standarden och märkas med märkningen "gröna trädet". Det står parterna fritt att tillverka möbler som uppfyller (till och med) högre standarder enligt andra märkningar. Vissa av producenterna gör redan detta. Den överenskomna hållbarhetsnormen bromsar ned men stoppar inte minskningen av skogsområden och försämringen av deras biologiska mångfald. Därför har icke-statliga organisationer kritiserat märkningen för att vara "för liten, för sent".

De möbeltillverkare som är parter i avtalet har en sammanlagd marknadsandel på 85 %. För närvarande består omkring 80 % av parternas totala försäljning av möbler av trä som inte odlas och avverkas på ett hållbart sätt. Återstående 15 % av marknaden innehåller mindre tillverkare som säljer under andra hållbarhetsmärkningar. Enligt studier som beställts av möbeltillverkare från utomstående konsulter kommer efterlevnaden av standarden för "det gröna trädet" att öka kostnaden för trä med i genomsnitt 40 % och att detta kommer att öka kostnaderna för tillverkning av möbler, för vilka trä är den viktigaste beståndsdel, med i genomsnitt 20 %. Produktionskostnaderna utgör i genomsnitt 60 % av slutpriset, medan resterande 40 % är distributionskostnader. Det kan förväntas att ökningen av det slutliga priset på möblerna kommer att uppgå till i genomsnitt 12 %.

En separat publicerad studie visar att konsumenterna i genomsnitt är villiga att betala 5 % mer för möbler som tillverkas enligt standarden "det gröna trädet", jämfört med icke-hållbara trä möbler. Denna forskning bygger på en konsumentundersökning av deras vilja att betala för möbler av trä som uppfyller standarden för "det gröna trädet" och på ett urvalsförsök med olika inköpsalternativ för möbler med olika standard och priser.

Analys: Med tanke på avtalets marknadstäckning och den betydande prisökningen är det sannolikt att avtalet strider mot artikel 101.1. Det är osannolikt att de eventuella effektivitetsvinsterna i form av förbättrad hållbarhet i odling och avverkning av träd kommer att leda till fördelar för konsumenterna som överväger den förväntade prisökningen: undersökningen av konsumenters betalningsvilja visar att konsumenterna i genomsnitt värderar de förbättrade hållbarhetsvillkoren mycket lägre (på 5 % av det slutliga priset) än den förväntade prisökningen på 12 %. Dessutom verkar det osannolikt att avtalet är nödvändigt för att höja hållbarhetsstandarderna för trädodling. Detta framgår av det faktum att vissa av avtalsparterna och andra möbeltillverkare redan använder högre standarder och märkningar. Med andra ord är det oklart varför avtalet är nödvändigt för att höja hållbarhetsstandarderna och varför individuella åtgärder från varje möbeltillverkares sida inte skulle göra det möjligt för dem att höja standarderna på ett liknande sätt eller – till följd av konkurrenstrycket – på ett ännu bättre sätt. Minst två av villkoren i artikel 101.3 uppfylls därmed inte av avtalet, som alltså inte kan omfattas av undantaget från förbudet i artikel 101.1.

621. Ett avtal som begränsar konkurrensen enligt artikel 101.1 och som uppfyller villkoren i artikel 101.3.

Exempel: 5

Tillverkare av tvättmaskiner tillverkar för närvarande en rad maskiner, från de senaste modellerna, som är tekniskt mer avancerade, till äldre modeller som är tekniskt sett mindre avancerade. Äldre, mindre avancerade modeller använder mer el och vatten, men de är billigare att producera och säljs till lägre priser än de nyare och tekniskt avancerade modellerna. I enlighet med en EU-förordning klassificeras alla modeller i åtta energieffektivitetskategorier, från A till H, och märks i enlighet med detta.

Innovationen inom industrin är inriktad på att ytterligare förbättra energieffektiviteten hos nya modeller. Tillverkarna av tvättmaskiner anser dock också att de har ett ansvar för att försöka minska sina maskiners energiförbrukning på andra sätt. De har därför enats om att fasa ut tillverkningen och försäljningen av tvättmaskiner i kategorierna F–H, de äldre och minst energieffektiva modellerna. Dessa äldre modeller är också de minst vatteneffektiva.

Avtalet omfattar alla producenter och täcker därför nästan 100 % av marknaden. Där föreskrivs att tillverkning och försäljning av tvättmaskiner i kategorierna F–H ska fasas ut inom två år. Dessa modeller står för närvarande för omkring 35 % av all försäljning på marknaden. Även om alla deltagande producenter redan tillverkar vissa modeller i kategorierna A–E, och därför kommer ingen av dem att förlora all sin nuvarande försäljning, kommer varje producent att påverkas på olika sätt beroende på det nuvarande urvalet av modeller. Det är därför sannolikt att konkurrensen mellan producenterna kommer att påverkas. Dessutom kommer utfasningen av kategorierna F–H att minska utbudet av maskiner som är tillgängliga för konsumenterna och öka den genomsnittliga inköpskostnaden. För den genomsnittliga köparen av en tvättmaskin i kategorierna F–H kommer priset på maskinen att öka med mellan 40 och 70 EUR.

Före genomförandet av avtalet om utfasning av kategorierna F–H har branschen försökt flytta efterfrågan från dessa kategorier med hjälp av reklamkampanjer. Studier har visat att dessa kampanjers bristande framgång beror på att många konsumenter har svårt att väga de positiva effekterna av framtida sänkningar av deras el- och vattenräkningar mot de negativa effekterna av den omedelbara ökningen i maskinens inköpspris.

Dessa studier visar också att köparna av tvättmaskiner i själva verket gynnas avsevärt av utfasningen av kategorierna F–H. Den genomsnittliga köparen av en tvättmaskin kommer att tjäna in ökningen av inköpspriset inom ett till två år, i form av lägre el- och vattenkostnader. En överväldigande majoritet av konsumenterna, även de som använder sin maskin mindre ofta, kommer att tjäna in ökningen av inköpspriset inom fyra år. Eftersom den genomsnittliga förväntade livslängden för maskiner i kategorierna A–E är minst fem år, drar konsumenterna i grupp nytta av avtalet. Denna nettovinst ökar ytterligare för alla som använder tvättmaskiner genom de miljövinster som följer av den kollektiva minskningen av el- och vattenanvändningen. Den minskade elförbrukningen leder till mindre föroreningar från elproduktionen och detta gynnar konsumenterna, i den mån det föroreningsrelaterade marknadsmisslyckandet inte redan åtgärdas genom andra rättsliga instrument (t.ex. det europeiska systemet för handel med utsläppsrätter, som sätter ett tak för koldioxidutsläppen). Den minskade vattenförbrukningen leder till mindre vattenföroreningar. Eftersom användarna av tvättmaskiner utgör en överväldigande majoritet av den totala befolkningen tillfaller en del av dessa miljövinster konsumenterna på den relevanta marknaden som berörs av avtalet.

Analys: Även om avtalet sannolikt kommer att få märkbara negativa effekter och omfattas av artikel 101.1, uppfyller det sannolikt också villkoren i artikel 101.3. I synnerhet gäller följande: i) Till följd av avtalet blir den genomsnittliga tvättmaskinen mer energi- och vattneffektiv, ii) detta skulle inte ha kunnat uppnås med ett mindre begränsande avtal, till exempel med en kollektiv reklamkampanj eller märkning, iii) konsumenterna på den berörda marknaden gynnas av de enskilda ekonomiska fördelarna och de kollektiva miljövinster, och iv) konkurrensen undanröjs inte, eftersom avtalet endast påverkar omfattningen av de olika modellerna, som är en konkurrensfaktor, och inte andra parametrar för vilka konkurrens kan och faktiskt äger rum.

ISSN 1977-1061 (elektronisk utgåva)
ISSN 1725-2504 (pappersutgåva)



Europeiska unionens publikationsbyrå
L-2985 Luxemburg
LUXEMBURG

SV