

FÖRSLAG TILL AVGÖRANDE AV GENERALADVOKAT
VERICA TRSTENJAK

föredraget den 4 september 2008¹

Innehållsförteckning

I	— Inledning	I - 8643
II	— Tillämpliga bestämmelser	I - 8643
III	— Bakgrund, det ursprungliga förfarandet och tolkningsfrågan	I - 8645
	A — Bakgrund	I - 8645
	B — Förfarandet vid den irländska konkurrensmyndigheten och målet vid den nationella domstolen	I - 8647
	C — Tolkningsfrågan	I - 8648
IV	— Förfarandet vid domstolen	I - 8650
V	— Parternas argument	I - 8650
VI	— Rättslig bedömning	I - 8653
	A — Uttrycket syfte att begränsa konkurrensen	I - 8653
	1. Innehållet i samt uppbyggnaden och tillämpningen av artikel 81 EG	I - 8653
	a) Uppbyggnaden av artikel 81 EG	I - 8653
	b) Tillämpningen av artikel 81 EG	I - 8654
	2. Syfte att begränsa konkurrensen	I - 8655

1 — Originalspråk: tyska.

a) Relevanta kriterier	I - 8656
b) Uppenbara konkurrensbegränsningar?	I - 8657
c) Uttömmande förteckning?	I - 8657
d) Rättsligt och ekonomiskt sammanhang	I - 8658
3. Slutsats	I - 8661
B — Syftar avtal som BIDS-avtalen till en konkurrensbegränsning?	I - 8661
1. Inskränkning av friheten att självständigt bestämma vilken politik som ska tillämpas på marknaden	I - 8661
2. Påverkan på marknadsförhållandena	I - 8662
a) Minskningen av produktionskapaciteten inom hela förädlingsindustrin med 25 procent	I - 8663
b) Aktörer som lämnar marknaden	I - 8666
c) Erläggandet av avgifter	I - 8667
d) Användnings- och förfogandebegränsningar	I - 8668
e) Slutsats	I - 8670
3. Beaktande av de mål som eftersträvas med BIDS-avtalen	I - 8670
4. Slutsats	I - 8671
C — Avslutande bedömning av de enskilda elementen i sådana avtal som BIDS-avtalen.	I - 8671
VII — Förslag till avgörande	I - 8671

I — Inledning

1. Föremålet för förevarande begäran om förhandsavgörande är tolkningen av uttrycket syfte att begränsa konkurrensen i artikel 81.1 EG. Den ekonomiska bakgrunden är överkapaciteten inom den irländska nötköttförädlingsindustrin (nedan kallad förädlingsindustrin) som fastställts av den hänskjutande domstolen. Förädlingsindustrin köper nötköpskap från produktionsföretag, slaktar samt urbanar den och säljer sedan nötköttet både inrikes och utrikes. Förädlingsindustrin vill reducera överkapacitet genom avtal.

2. Den nationella domstolen vill genom sin begäran om förhandsavgörande få klarhet i huruvida uttrycket syfte att begränsa konkurrensen i artikel 81.1 EG ska tolkas så att det omfattar de avtal som förädlarna slutit. Därmed är tolkningsfrågan begränsad i dubbel bemärkelse. För det första omfattas endast avtal som har till syfte, och inte sådana som har till resultat, att begränsa konkurrensen. För det andra ska endast prövas om avtalen omfattas av det grundläggande förbudet mot konkurrensbegränsande avtal, och inte om avtalen ändå kan vara förenliga med den gemensamma marknaden enligt artikel 81.3 EG på grund av sina positiva verkningar.

II — Tillämpliga bestämmelser

3. Artikel 81.1 EG föreskriver att alla avtal mellan företag, beslut av företagssammanslutningar och samordnade förfaranden som kan påverka handeln mellan medlemsstater och som har till syfte eller resultat att hindra, begränsa eller snedvrída konkurrensen inom den gemensamma marknaden, särskilt sådana som innebär att

- a) inköps- eller försäljningspriser eller andra affärsvillkor direkt eller indirekt fastställs,
- b) produktion, marknader, teknisk utveckling eller investeringar begränsas eller kontrolleras,
- c) marknader eller inköpskällor delas upp,
- d) olika villkor tillämpas för likvärdiga transaktioner med vissa handelspartner,

varigenom dessa får en konkurrensnackdel,

— samordnade förfaranden eller grupper av samordnade förfaranden,

e) det ställs som villkor för att ingå avtal att den andra parten åtar sig ytterligare förpliktelser, som varken till sin natur eller enligt handelsbruk har något samband med föremålet för avtalet,

som bidrar till att förbättra produktionen eller distributionen av varor eller till att främja tekniskt eller ekonomiskt framåtskridande, samtidigt som konsumenterna tillförsäkras en skälig andel av den vinst som därigenom uppnås och som inte

är oförenliga med den gemensamma marknaden och förbjudna.

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

4. Enligt artikel 81.3 EG får dock bestämmelserna i punkt 1 förklaras icke tillämpliga

b) ger dessa företag möjlighet att sätta konkurrensen ur spel för en väsentlig del av varorna i fråga.

— på avtal eller grupper av avtal mellan företag,

5. I artikel 1.1 och 1.2 i rådets förordning (EG) nr 1/2003 av den 16 december 2002 om tillämpning av konkurrensreglerna i artiklarna 81 och 82 i fördraget² föreskrivs följande:

— beslut eller grupper av beslut av företagssammanslutningar,

² — EGT L 1, 2003, s. 1.

”1. Sådana avtal, beslut och samordnade förfaranden som omfattas av artikel 81.1 i fördraget och som inte uppfyller villkoren i artikel 81.3 i fördraget skall vara förbjudna, utan att det krävs föregående beslut om detta.

2. Sådana avtal, beslut och samordnade förfaranden som omfattas av artikel 81.1 i fördraget och som uppfyller villkoren i artikel 81.3 i fördraget skall inte vara förbjudna, utan att det krävs föregående beslut om detta.”

III — Bakgrund, det ursprungliga förfarandet och tolkningsfrågan

A — Bakgrund

6. Enligt begäran om förhandsavgörande beror den överkapacitet som råder inom den irländska förädlingsindustrin särskilt på att uppförande och utbyggnad av förädlingsanläggningar subventionerades starkt i det förgångna, oberoende av den faktiska efterfrågan på nötkött. Vidare var mängden nötboskap som skulle förädlas starkt säsongsbetonad. Detta ledde till att en hög förädlingsfrekvens måste hanteras vid säsongsbetonade toppar. Uppfödningen av nötdjur sker

numera oberoende av säsong. Dock förekommer i viss mån fortfarande säsongsbetonade variationer. Förädlingsanläggningarnas sammanlagda kapacitet överstiger dock även under säsongsbetonade toppar den mängd som ska förädlas med ungefär 32 procent.

7. Eftersom nötköttsindustrin spelar en betydande roll för den irländska ekonomin anlätade den irländska regeringen och företrädare för förädlingsindustrin ett konsultföretag för att genomföra en marknadsstudie. Målet med denna studie var att ta fram olika handlingsalternativ för att maximera den långsiktiga lönsamheten för samtliga aktörer inom den irländska nötköttsindustrin.

8. I marknadsstudien, som presenterades år 1998, konstaterades att det råder hög överkapacitet inom förädlingsindustrin, och det förutspåddes att denna överkapacitet kommer att leda till en sänkning av lönsamheten inom hela förädlingsindustrin. Denna prognos grundade sig huvudsakligen på argumentet att marginalen mellan inköpspriset för nötdjur och förädlingskostnaderna å ena sidan och försäljningspriset för nötköttet

å andra sidan är avgörande för en förädlares vinst. Hur hög vinsten blir beror särskilt på till vilken grad förädlingsanläggningarna utnyttjas och på eventuell överkapacitet. Vid en högre utnyttjandegrad uppnås stordriftsfördelar, vilket sänker förädlingskostnaderna. Överkapacitet leder till hårdare konkurrens mellan förädlarna vid försäljning av nötköttet och därmed till sjunkande priser. Studien uppskattar vidare att den sjunkande lönsamheten på sikt kommer att leda till att aktörer lämnar förädlingsindustrin.

9. Som lösning rekommenderade marknadsstudien en minskning av antalet förädlare inom förädlingsindustrin. Genom en kompensationsmodell skulle incitament för att få aktörer att lämna marknaden skapas. Marknadsstudien betonade kostnadsfördelarna för hela förädlingsindustrin och uppskattade dessa till 18 miljoner irländska pund (IEP) per år. Åtföljande effektivitetshöjande åtgärder bedömdes kunna medföra kostnadsfördelar på ytterligare 14 miljoner IEP.

10. Minister for Agriculture and Food (Jordbruks- och livsmedelsministern) upprättade en arbetsgrupp för nötkött (Beef Task Force), som lämnade en rapport i juni 1999. I denna

rapport godtogs marknadsstudiens resultat och förädlingsindustrin uppmanades att omsätta studien.

11. År 2002 grundade förädlare the Beef Industry Development Society Ltd (nedan kallat BIDS). De nuvarande medlemmarna producerar ungefär 93 procent av det nötkött som säljs i Irland. BIDS syfte är att omsätta konsultbolagets marknadsstudie samt rapporten från arbetsgruppen för nötkött. För detta ändamål har BIDS utarbetat ett avtal (nedan kallat BIDS-avtalet). Syftet med BIDS-avtalet är att sänka förädlingsindustrins sammanlagda kapacitet med 25 procent inom loppet av ett år. För detta ändamål föreskriver BIDS-avtalet följande:

12. En del av de förädlare som är medlemmar i BIDS ska genom avtal förbinda sig att lämna marknaden, att avveckla sina förädlingsanläggningar samt att iakttäta ett konkurrensförbud under två år. Sådana avtal ska vidare innehålla en överenskommelse om att mark som är knuten till avvecklade anläggningar inte får användas för förädling av nötkött under fem år (nedan kallad användningsbegränsning) och att de primära anläggningarna för nötköttsförädling som tillhör de företag som lämnar marknaden endast får säljas till kvarvarande företag för att användas som reservutrustning eller reservdelar eller annars utanför Irland (nedan kallad förfogandebegränsning). Avtalet medger ingen

möjlighet att avveckla enstaka förädlingsanläggningar från en förädlare. BIDS har redan slutit ett avtal om avveckling med förädlaren Barry Brothers (Carrigmore) Meats Ltd (nedan kallad Barry Brothers).

13. Som compensation ska de företag som lämnar marknaden erhålla ersättning från BIDS. Betalningen av sådan ersättning ska finansieras av de medlemmar som kvarstår inom förädlingsindustrin (nedan kallade kvarvarande företag).

14. Avgifterna fördelas på följande sätt: Så länge de kvarvarande företagens slaktandel inte överskrider deras traditionella slaktandel uppkommer en avgift på 2 euro för varje nötkreatur som de har förädlat, och om de överskrider sin traditionella slaktnivå så stiger avgiften till 11 euro per överskridande nötkreatur. Den traditionella slaktandelen beräknas efter en förädlares genomsnittliga slaktandel under de sista tre åren innan BIDS-avtalet börjar tillämpas.

B — Förfarandet vid den irländska konkurrensmyndigheten och målet vid den nationella domstolen

15. Medan BIDS-avtalet utarbetades stämde BIDS av med irländska Competition Authority (den irländska konkurrensmyndigheten)

(nedan kallad Competition Authority). Den 5 respektive den 26 juni 2003 underrättade Competition Authority BIDS om att myndigheten ansåg att BIDS-avtalet och avtalet om avveckling med Barry Brothers (hädanefter betecknas BIDS-avtalet och avtalet om avveckling med Barry Brothers gemensamt som "BIDS-avtalen") inte är förenliga med irländsk konkurrensrätt. Den 30 juni 2003 väckte Competition Authority talan vid irländska High Court (nedan kallad High Court) och yrkade att det skulle fastställas att BIDS-avtalen strider mot artikel 81 EG.

16. High Court ogillade myndighetens talan genom dom av den 27 juli 2006. Domstolen grundade domen på att BIDS-avtalen inte omfattas av förbudet i artikel 81.1 EG. BIDS-avtalen syftar inte till någon begränsning av konkurrensen, eftersom de varken innehåller ett prisavtal, en uppdelning av kunderna eller en produktionsbegränsning i enlighet med artikel 81.1 a–c EG. Minskningen av den sammanlagda kapaciteten kan inte klassificeras som en begränsning av produktionen. BIDS-avtalen innebär inte heller att konkurrensen begränsas. En minskning av den sammanlagda kapaciteten med 25 procent kan endast begränsa konkurrensen om det leder till en kapacitetsbrist som orsakar stigande priser. Eftersom den sammanlagda framtida produktionen av nötkött i Irland inte kommer att stiga, utan snarare falla, är det även vid en minskning av den sammanlagda kapaciteten med 25 procent säkerställt att alla nötkreatur kan förädlas. Priserna kommer troligen inte heller att stiga. Förädlingskost-

naderna kommer i och för sig att stiga till följd av avgifterna. En prisökning kan likväl uteslutas, särskilt som minskningen av den sammanlagda kapaciteten leder till skalfördelar för de kvarvarande företagen och förädlarnas kunder har en stark förhandlingsposition.

17. Användnings- och förfogandebegränsningarna utgör inte heller en begränsning av konkurrensen. Visserligen är det i det rådande marknadsläget inte ekonomiskt möjligt att bygga nya förädlingsanläggningar. Potentiella konkurrenter kan dock komma in på marknaden genom att köpa andra förädlingsanläggningar (från kvarvarande medlemmar eller icke medlemmar).

18. Detta resulterar i att BIDS-avtalen inte är så anmärkningsvärda att de kan anses ha till syfte att begränsa konkurrensen.

19. Vidare ansåg High Court att förutsättningarna i artikel 81.3 EG inte är uppfyllda. BIDS har inte visat att konsumenterna tillförsäkras en skäligen andel av vinsten. Artikel 81.3 EG är dock inte tillämplig redan av den anledningen att det grundläggande förbudet i artikel 81.1 EG inte är uppfyllt.

20. Competition Authority överklagade domen från High Court till irländska Supreme Court (nedan kallad Supreme Court).

C — Tolkningsfrågan

21. Supreme Court anser att målet aktualiserar tolkningen av artikel 81.1 EG, vilken är avgörande betydelse för att rätten ska kunna döma i målet. Följaktligen hänskjuts följande tolkningsfråga till EG-domstolen i enlighet med artikel 234 EG:

”När rätten finner det styrkt att

- a) det föreligger överkapacitet i industrin vad gäller nötköttsförädling, som vid produktionstoppen kan beräknas till 32 procent,

- b) effekten av denna överkapacitet kommer att få allvarliga konsekvenser för lönsamheten i industrin som helhet på medellång sikt,
- c) även om effekterna av överkapaciteten såsom angetts i och för sig ännu inte har märkts av i någon nämnvärd utsträckning, har oberoende konsulter påpekat att överkapaciteten på kort sikt inte lär försvinna genom normala marknadsåtgärder men över tid kommer att leda till mycket omfattande förluster och slutligen till att förädlare och anläggningar försvinner från industrin,
- d) nötköttsförädlare som tillsammans svarar för omkring 93 procent av denna industris produktion av nötkött har kommit överens om att vidta åtgärder för att eliminera överkapaciteten och är beredda att betala en avgift för att finansiera ersättning till förädlare som är beredda att upphöra med sin produktion, och
1. Anläggningar ...⁴ som slaktar och förädlar 420 000 djur per år, vilket är ungefär 25 procent av den aktiva kapaciteten, ingår avtal med de kvarvarande företagen ...⁵ om att lämna industrin och att iakttä följande villkor:
2. De företag som lämnar marknaden förbinder sig att inte konkurrera inom nötköttsförädlingssektorn på ön Irland under två år.
3. Dessa företags anläggningar avvecklas.
4. Mark knuten till de avvecklade anläggningarna ska inte användas för förädling av nötkött på fem år.
- dessa förädlare, tio företag, bildar ett bolag (society)³ i syfte att genomföra åtgärder med följande kännetecken:

3 — BIDS.

4 — Tillägget "(kallade de företag som lämnar marknaden)" utelämnas.

5 — Tillägget "(kallade stannarna)" utelämnas.

5. Kompensation betalas till de företag som lämnar marknaden genom avbetalning, genom lån från de kvarvarande företagen till bolaget. och det är ostridigt att en sådan överenskommelse kan påverka handeln mellan medlemsstater i den mening som avses i artikel 81.1 EG,
6. Alla kvarvarande företag betalar en frivillig avgift till bolaget på 2 euro per djur för dessa företags traditionella slaktnivå och 11 euro per djur för slakt utöver den nivån. ska då dessa åtgärder anses ha till syfte, till skillnad från som resultat, att hindra, begränsa eller snedvrیدا konkurrensen inom den gemensamma marknaden och därmed vara oförenliga med artikel 81.1 i Fördraget om upprättande av europeiska gemenskapen?"
7. Avgiften används till att återbetala de kvarvarande företagens lån. När lånet har återbetalats upphör avgifterna att tas ut. **IV — Förfarandet vid domstolen**
8. Utrustningen för primär nötköttsförädling tillhörande de företag som lämnar marknaden säljs endast till kvarvarande företag för att användas som reservutrustning eller reservdelar eller säljs utanför ön Irland. 22. Begäran om förhandsavgörande inkom till domstolen den 20 april 2007. I det skriftliga förfarandet inkom BIDS, Competition Authority, den belgiska regeringen och kommissionen med yttranden. Vid förhandlingen den 4 juni 2008 kompletterade Competition Authority, BIDS och kommissionen sina yttranden.
9. De kvarvarande företagens frihet angående produktion, prissättning, försäljningsvillkor, import och export, kapacitetsökning och övrigt påverkas inte. **V — Parternas argument**
23. BIDS, Competition Authority, Konungariket Belgien och kommissionen är överens på följande punkter: Artikel 81.1 EG skiljer mellan syftet att begränsa konkurrensen och

resultatet att konkurrensen begränsas. Vid syftet att begränsa konkurrensen måste inget resultat visas. Vid prövningen av huruvida det föreligger ett syfte att begränsa konkurrensen ska hänsyn inte bara tas till avtalsinnehållet utan även till det rättsliga och ekonomiska sammanhanget.

24. Parterna är oense om när ett syfte att begränsa konkurrensen föreligger och om BIDS-avtalen omfattas av denna definition. Enligt BIDS syftar BIDS-avtalen inte till att begränsa konkurrensen. Competition Authority, Konungariket Belgien och kommissionen är av motsatt åsikt.

25. BIDS jämför ett syfte att begränsa konkurrensen med kärnbegränsningar och överenskommelser som *per se* begränsar konkurrensen. Denna kategori av överenskommelser ska enligt BIDS tolkas snävt och omfattar endast ett begränsat antal grova konkurrensbegränsningar såsom överenskommelser om att fastställa priser, begränsa produktionen eller dela upp marknader eller kunder. Endast vid sådana uppenbara och skadliga avtal föreligger ett syfte att begränsa konkurrensen.

26. Enligt BIDS har BIDS-avtalen inte till syfte att begränsa konkurrensen. Om hänsyn tas till BIDS-avtalens rättsliga och ekonomiska sammanhang framgår det att dessa inte

syftar till att begränsa konkurrensen. BIDS har i detta sammanhang särskilt åberopat att High Court konstaterade att den sammanlagda produktionen inte kommer att begränsas och att priserna inte kommer att höjas. Av domen i målet GlaxoSmithKline Services mot kommissionen⁶ framgår att sådana omständigheter måste beaktas. Vidare begränsas inte de kvarvarande företagens frihet vad gäller produktionskapacitet, marknadsandelar och priser. Dessutom måste det beaktas att BIDS-avtalen har som berättigat syfte att minska överkapacitet. Avgifterna, konkurrensförbudet och användnings- och förfogandebestämmelserna är nödvändiga åtgärder för att uppnå detta mål. BIDS har inte heller handlat i hemlighet.

27. Enligt BIDS uppfattning framgår det vid beaktandet av dessa omständigheter att BIDS-avtalen inte är så uppenbara och av en så konkurrensbegränsande art att de kan anses ha till syfte att begränsa konkurrensen.

28. Competition Authority anser att ett syfte att begränsa konkurrensen föreligger vid en uppenbar konkurrensbegränsning eller kärnbegränsningar. Det finns emellertid ingen

⁶ — Dom av den 27 september 2006 i mål T-168/01, GlaxoSmithKline Services mot kommissionen (REG 2006, s. II-2969).

uttömmande förteckning över sådana begränsningar. Det är inte nödvändigt att utröna parternas syften. I förevarande mål kan inga slutsatser dras av domen i målet GlaxoSmithKline Services mot kommissionen⁷.

29. Av innehållet i BIDS-avtalen framgår att de syftar till att begränsa konkurrensen. Competition Authority har i detta sammanhang hänvisat till det planerade utträdet av förädlare ur förädlingsindustrin, vilka utgör cirka 25 procent av den totala kapaciteten. Vidare anser Competition Authority att detta utgör en begränsning av produktionen, eller åtminstone en likaledes konkurrensbegränsande inskränkning av kapaciteten. Competition Authority har dessutom hänvisat till att avgifterna kommer att leda till höjda priser, till användnings- och förfogandebegränsningar för de företag som lämnar marknaden och till den omständigheten att de kvarvarande företagen inte nödvändigtvis är de effektivaste förädlarna. Även dessa element i BIDS-avtalen ska enligt myndighetens mening anses syfta till att begränsa konkurrensen.

30. BIDS-avtalens positiva verkningar ska beaktas enligt artikel 81.3 EG.

31. I samband med tolkningen av uttrycket syfte att begränsa konkurrensen har *Konunga-*

riket Belgien åberopat uppbyggnaden av artikel 81 EG. Skillnaden mellan artikel 81.1 EG och artikel 81.3 EG måste betonas mot bakgrund av att företag sedan ikraftträdandet av förordning nr 1/2003 är skyldiga att redovisa överenskommelser genom självdeklaration. Inom ramen för artikel 81.1 EG prövas endast om en konkurrensbegränsning föreligger. Frågan huruvida ett avtal som faller under det grundläggande förbudet i artikel 81.1 EG kan vara förenligt med den gemensamma marknaden enligt artikel 81.3 EG ska skiljas härifrån.

32. Enligt Konungariket Belgiens uppfattning syftar ett avtal som avser en rationalisering av förädlingsindustrin och som vill uppnå detta genom ett utträde av förädlare som motsvarar 25 procent av den sammanlagda kapaciteten till en förändring av marknadsförhållandena. BIDS-avtalen syftar således till att begränsa konkurrensen.

33. *Kommissionen* har anmärkt att gemenskapsdomstolarnas rättspraxis angående uttrycket syfte att begränsa konkurrensen visserligen ursprungligen rörde fall av kärnbegränsningar. Gemenskapsdomstolarna har dock sedan dess även kvalificerat avtal avseende legitima mål såsom avtal som syftar till att begränsa konkurrensen. Det faktum att ett berättigat mål eftersträvas utesluter följaktligen inte att ett syfte att begränsa konkurrensen föreligger. Artikel 81.1 EG är således även tillämplig på avtal vilka efterstävår att

7 — Se ovan fotnot 6.

övervinna en kris. Någon annan uppfattning är inte förenlig med uppbyggnaden av artikel 81 EG. Det är inte heller nödvändigt att konkurrensbegränsningen är uppenbar. Huruvida BIDS-avtalen har förhandlats fram och slutits i hemlighet eller öppet är inte heller relevant.

34. Vad avser bedömningen av BIDS-avtalen delar kommissionen i huvudsak den uppfattning som företräts av Competition Authority.

A — *Uttrycket syfte att begränsa konkurrensen*

36. Som nämnts inledningsvis är föremålet för begäran om förhandsavgörande endast tolkningen av uttrycket syfte att begränsa konkurrensen i artikel 81.1 EG. Det är dock inte möjligt att tolka detta uttryck utan att samtidigt beakta dess rättsliga sammanhang. Jag kommer därför först att behandla innehållet i samt uppbyggnaden och tillämpningen av artikel 81 EG (1) och därefter vad som ska förstås med ett syfte att begränsa konkurrensen (2).

VI — Rättslig bedömning

35. Eftersom parterna tolkar uttrycket syfte att begränsa konkurrensen olika kommer jag först att gå in på detta begrepp (A), innan jag prövar om sådana avtal som BIDS-avtalen syftar till att begränsa konkurrensen (B). Därefter kommer jag att utreda hur de enskilda elementen i dessa avtal ska bedömas med hänsyn till de fall som omnämns i artikel 81.1 b och generalklausulen i artikel 81.1 EG (C).

1. Innehållet i samt uppbyggnaden och tillämpningen av artikel 81 EG

a) Uppbyggnaden av artikel 81 EG

37. Enligt artikel 81.1 EG är alla avtal mellan företag som syftar till eller resulterar i en

märkbar konkurrensbegränsning principiellt förbjudna.⁸ Att syfta till och resultera i en begränsning av konkurrensen är två skilda rekvisit.⁹ Om det står klart att ett avtal syftar till att begränsa konkurrensen är det inte avgörande huruvida det verkligen resulterar i en konkurrensbegränsning.¹⁰ För det principiella förbudet i artikel 81.1 EG är det således tillräckligt att ett avtal syftar till att åstadkomma en konkurrensbegränsning.

39. Artikel 81 EG föreskriver sålunda att prövning ska ske *i två steg*. Ett avtal är följaktligen förenligt med den gemensamma marknaden antingen om det inte faller under det principiella förbudet i artikel 81.1 EG eller om det visserligen faller under detta förbud men uppfyller förutsättningarna i artikel 81.3 EG. Även om det fastställs att ett avtal syftar till att begränsa konkurrensen och sålunda faller under det principiella förbudet i artikel 81.1 EG är detta inte slutgiltigt avgörande för frågan om avtalet är oförenligt med den gemensamma marknaden. Vid en prövning av förekomsten av ett syfte att begränsa konkurrensen enligt artikel 81.1 EG måste hänsyn tas till denna skillnad mellan artikel 81.1 EG och artikel 81.3 EG.

38. Det principiella förbudet i artikel 81.1 EG kan visserligen förklaras icke tillämpligt enligt artikel 81.3 EG. För detta krävs att fyra kumulativa förutsättningar är uppfyllda. För det första måste avtalet bidra till att förbättra produktionen eller distributionen av varor eller till att främja tekniskt eller ekonomiskt framåtskridande, och för det andra måste konsumenterna tillförsäkras en skälig andel av denna vinst. För det tredje krävs att avtalet inte får ålägga företagen begränsningar som inte är nödvändiga för att uppnå dessa mål och för det fjärde får det inte finnas någon möjlighet att sätta konkurrensen ur spel för en väsentlig del av varorna i fråga.

b) Tillämpningen av artikel 81 EG

40. Före den 1 maj 2004 var det av processrättsliga skäl viktigt att skilja mellan artikel 81.1 EG och artikel 81.3 EG. Enligt artikel 4.1 i rådets förordning nr 17 av den 6 februari 1962 om tillämpning av fördragets artiklar 85 (nu artikel 81 EG) och 86 (nu artikel 82 EG)¹¹ gällde ett förbudssystem med undantag: Ett avtal som föll under det principiella förbudet i artikel 81.1 EG och

8 — Se den fullständiga lydelsen av artikel 81.1 EG i punkt 3 i detta förslag till avgörande.

9 — Dom av den 30 juni 1966 i mål 56/65, LTM (REG 1966, s. 337; svensk specialutgåva, volym 1, s. 251).

10 — Se domen i målet LTM (ovan fotnot 9), s. 303, och dom av den 13 juli 1966 i de förenade målen 56/64 och 58/64, Consten och Grundig mot kommissionen (REG 1966, s. 429, 496; svensk specialutgåva, volym 1, s. 277).

11 — EGT L 13, s. 204.

som inte omfattades av en gruppundantagsförordning måste anmälas till kommissionen. Endast kommissionen kunde undanta ett sådant avtal från det principiella förbudet i artikel 81.1 EG.

41. Genom ikraftträdandet av förordning nr 1/2003¹² ersattes detta system av ett system med självdeklaration. Avtal som omfattas av det principiella förbudet i artikel 81.1 EG men som uppfyller förutsättningarna i artikel 81.3 EG är inte längre förbjudna utan föregående beslut av kommissionen.¹³ Principiellt är numera de berörda företagen skyldiga att pröva om förutsättningarna i artikel 81.1 EG och artikel 81.3 EG är uppfyllda, eventuellt genom att anlita rättsligt stöd.¹⁴

2. Syfte att begränsa konkurrensen

42. Syftet med avtalet måste vara en *konkurrensbegränsning*. Detta kännetecken är emel-

lertid svårt att definiera.¹⁵ Artikel 81 EG skyddar i synnerhet konkurrensen genom sin funktion att bilda en enda marknad med förhållanden som liknar en inhemsk marknads och i sin funktion att försörja konsumenterna på bästa möjliga vis.¹⁶ Vid prövningen av om ett avtal strider mot dessa skyddsändamål prövas gemenskapsdomstolarna huruvida avtalet inskränker friheten för ett eller flera företag att självständigt bestämma vilken politik som de vill tillämpa på marknaden (krav på självständighet) och huruvida denna inskränkning märkbart påverkar marknadsförhållandena.¹⁷

43. Vid prövningen av huruvida ett avtal har till *syfte* att begränsa konkurrensen ska bedömningen enligt gemenskapsdomstolarnas rättspraxis grundas på avtalsinnehållet med hänsyn till dess rättsliga och ekonomiska sammanhang.¹⁸ Härnäst kommer jag att utreda vilka kriterier som är relevanta vid bedömningen av om ett avtal syftar till att

12 — Förordning nr 1/2003 trädde i kraft den 1 maj 2004.

13 — Artikel 1.1 och 1.2 i förordning nr 1/2003.

14 — Att prövningen enligt artikel 81 EG är uppbyggd i två steg påverkar dock fördelningen av bevisbördan. Enligt artikel 2 i förordning nr 1/2003 bär den part eller myndighet som åberopar det principiella förbudet i artikel 81.1 bevisbördan för dessa förutsättningar, medan den part som åberopar att det principiella förbudet inte är tillämpligt måste bevisa att villkoren i artikel 81.3 är uppfyllda.

15 — Angående begreppet konkurrensbegränsning, se Bellamy & Child, *European Community Law of Competition*, Oxford, 6:e upplagan, 2008, punkterna 2.062–2.120, Wish, R., *Competition Law*, London, 5:e upplagan, 2003, s. 106–128, Faull, J./Nikpay, A., *The EC Law of Competition*, Oxford, 1999, punkterna 2.56–2.99.

16 — Dom av den 25 oktober 1977 i mål C-26/76, Metro SB-Großmärkte mot kommissionen (REG 1977, s. 1875; svensk specialutgåva, volym 3, s. 431), punkt 20, av den 8 juli 1999 i mål C-49/92 P, kommissionen mot Anic Partecipazioni SpA (REG 1999, s. I-4125), punkt 117, och av den 23 november 2006 i mål C-238/05, Asnef-Equifax och Administración del Estado (REG 2006, s. I-11125), punkt 52. Angående konsumenternas välfärd, se särskilt Leupold, H., Weidenbach, G., Neues zum Verhältnis zwischen Art. 81 Abs. 1 und Art. 81 Abs. 3 EG-Vertrag, *Wirtschaft und Wettbewerb*, 2006, s. 1003, 1008, fotnot 28 med vidare hänvisningar.

17 — Se domen i målet kommissionen mot Anic Partecipazioni SpA (ovan fotnot 16), punkt 117, och i målet Asnef-Equifax och Administración del Estado (ovan fotnot 16), punkt 52. För en grundläggande behandling av märkbarhet, se dom av den 9 juli 1969 i mål 5/69, Völk mot Vervaecke (REG 1969, s. 295; svensk specialutgåva, volym 1, s. 409), punkterna 5–7.

18 — Se domen i målet LTM (ovan fotnot 9), s. 303, dom av den 28 mars 1984 i de förenade målen 29/83 och 30/83, CRAM och Rheinzink mot kommissionen (REG 1984, s. 1679), punkterna 25–28 och punkt 26, och domen GlaxoSmithKline Services mot kommissionen (ovan fotnot 6), punkt 110.

begränsa konkurrensen (a). Därefter kommer jag att pröva om detta uttryck är begränsat till uppenbara konkurrensbegränsningar (b) och om det finns en uttömmande förteckning över vad som syftar till att begränsa konkurrensen (c). Slutligen ska jag visa vilka rättsliga och ekonomiska omständigheter som är relevanta vid fastställandet av om det föreligger en konkurrensbegränsning, respektive vilka som inte är det (d).

45. Av denna rättspraxis kan man dock inte dra slutsatsen att parternas avsikt inte kan beaktas. Den uttrycker endast tankegången att företag som handlar rationellt räknar med de näraliggande verkningar som ett avtal medför och därmed att dessa åtminstone är villkorligt önskade.²¹

a) Relevanta kriterier

44. Enligt ordalydelsen är uttrycket syfte att begränsa konkurrensen först och främst kopplat till avtalets syfte. Gemenskapsdomstolarna har bedömt att det föreligger en konkurrensbegränsande målsättning eller tendens särskilt när avtalet har en konkurrensbegränsning som nödvändig följd.¹⁹ I sådana fall kan parterna principiellt inte åberopa att en konkurrensbegränsning inte var avsedd eller att avtalet efterstavar ett annat mål.²⁰

46. Dessutom framgår det av det alternativa förhållandet mellan syftet med och resultatet av att begränsa konkurrensen enligt artikel 81.1 EG²², samt av den omständigheten att alternativet syfte att begränsa konkurrensen i artikel 81.1 EG är utformat som ett objektivt ansvarsdelikt (*abstraktes Gefährdungsdelikt*)²³, att inte uteslutande de

19 — Dom av den 1 februari 1978 i mål 19/77, Miller International Schallplatten mot kommissionen (REG 1978, s. 131), punkt 7, och CRAM och Rheinzink mot kommissionen (ovan fotnot 18), punkterna 25–28.

20 — Dom av den 8 november 1983 i de förenade målen 96/82-102/82, 104/82, 105/82, 108/82 och 110/82, IAZ m.fl. mot kommissionen (REG 1983, s. 3369), punkt 24, domen i målet Miller mot kommissionen (ovan fotnot 19), punkt 7, och domen i målet CRAM och Rheinzink mot kommissionen (ovan fotnot 18), punkterna 25–28.

21 — Som generaladvokaten Tizzano träffande har konstaterat i punkt 77 i förslaget till avgörande i mål C-551/03 P, General Motors mot kommissionen, där domstolen meddelade dom den 6 april 2006 (REG 2006, s. I-3173), kan parterna inte heller åberopa att de inte kände till förbudet i artikel 81.1 EG (*ignorantia legis non excusat*). Se även Emmerich, V. i: Immenga/Mestmäcker, *Wettbewerbsrecht*, volym 1, München, 4:e upplagan, 2007.

22 — Se punkt 37i detta förslag till avgörande.

23 — Se förslaget till avgörande av den till generaladvokat utnämnda domaren Vesterdorf i de förenade målen T-1/89-T-4/89 och T-6/89-T-15/89, Rhône-Poulenc m.fl. mot kommissionen, där domstolen meddelade dom den 24 oktober 1991 (REG 1990, s. II-867), s. 945.

nödvändiga avtalsföljderna ska bedömas. Även avtalsparternas avsikter kan beaktas.²⁴ Slutsatser om partsviljan kan särskilt dras av avtalets tillkomst.²⁵

b) Uppenbara konkurrensbegränsningar?

47. Av resonemanget ovan framgår att inte enbart avtal som uppenbarligen inskränker konkurrensen kan anses ha till syfte att begränsa konkurrensen. När inte endast avtalsinnehållet utan även avtalets rättsliga och ekonomiska sammanhang måste beaktas kan fastställandet av att avtalet har till syfte att begränsa konkurrensen inte vara beroende av om nämnda syfte är synbart vid första ögonkastet, eller om det framgår först vid en närmare undersökning av omständigheterna och partsviljan.²⁶

24 — Se punkt 78 i förslaget till avgörande av generaladvokaten Tizzano i målet General Motors mot kommissionen (ovan fotnot 21), Odudu, O., *Interpreting Art. 81 (1): object as subjective intention*, *European Law Review*, 2001, s. 61, 62.

25 — Punkt 78 i förslaget till avgörande av generaladvokat Tizzano (ovan fotnot 24).

26 — Se domen i målet IAZ International Belgium m.fl. mot kommissionen (ovan fotnot 20), punkt 24, i vilken domstolen har analyserat kontrollsystemet genom överensstämmelsemärken. Även av punkterna 60, 64 och 65 i domen i målet General Motors mot kommissionen (ovan fotnot 21) framgår att det inte är nödvändigt att syftet är uppenbart. Något annat framgår inte heller av punkt 136 i domen av den 15 september 1998 i de förenade målen T-374/94, T-375/94, T-384/94 och T-388/94, *European Night Services m.fl. mot kommissionen* (REG 1998, s. II-3141). Domstolen har i denna dom fastslagit att det vid uppenbara inskränkningar som fastställandet av priser, uppdelning av marknader eller kontroll av produktionen inte är nödvändigt att undersöka det rättsliga och ekonomiska sammanhanget. Detta visar endast att beaktandet av det rättsliga och ekonomiska sammanhanget kan behandlas summariskt i uppenbara fall. Av detta kan dock inte den slutsatsen dras att uttrycket syfte att begränsa konkurrensen är begränsat till uppenbara fall.

c) Uttömmande förteckning?

48. Enligt min mening kan uttrycket syfte att begränsa konkurrensen inte heller begränsas till en uttömmande förteckning. Redan ordet "särskilt" i artikel 81.1 EG tydliggör att de konkurrensbegränsningar som omfattas av denna artikel inte begränsas till dem som nämns i artikel 81.1 a–e EG. Därför kan inte heller uttrycket syfte att begränsa konkurrensen inskränkas till exemplen i artikel 81.1 a–c EG.²⁷

49. Vidare kan uttrycket syfte att begränsa konkurrensen inte begränsas till att omfatta fastställandet av priser, uppdelning av marknader eller kontroll av produktionen. Att gemenskapsdomstolarna i många avgöranden har befattat sig med denna typ av konkurrens-

27 — Så även Aicher, J./Schuhmacher, F., i: Grabitz/Hilf, *Das Recht der Europäischen Union*, volym 2, München, supplement 34 (januari 2008), artikel 81, punkt 1, Bellamy & Child (ovan fotnot 15), fotnot 402 till punkt 2.097, där det med rätta anges att även andra avtal kan syfta till att begränsa konkurrensen. Även i Wish, R. (ovan fotnot 15), s. 106, hänvisas det till att det rör sig om en exemplifierande uppräknings.

begränsningar betyder inte att ett avtal med ett annat ändamål inte kan syfta till att begränsa konkurrensen.²⁸

förekomsten av en konkurrensbegränsning ska beaktas.³⁰

d) Rättsligt och ekonomiskt sammanhang

50. Som tidigare nämnts ska vid prövningen av om ett avtal syftar till att begränsa konkurrensen inte endast dess innehåll utan även dess rättsliga och ekonomiska sammanhang beaktas.²⁹ Detta krav ska tas på allvar. Det ska dock inte förstås som en inkörsport, med avseende på alla omständigheter som talar för att ett avtal är förenligt med den gemensamma marknaden. Tvärtom framgår det av uppbyggnaden av artikel 81 EG att endast de rättsliga och ekonomiska omständigheter som kan föranleda tvivel vad avser

51. Härnäst kommer jag att presentera tre kategorier vid vilka det på grund av det faktiska och rättsliga sammanhanget är uteslutet eller åtminstone kan ifrågasättas att en konkurrensbegränsning föreligger.³¹

28 — Se Wish, R. (ovan fotnot 15), s. 112–114. Trots att en mycket restriktiv tolkning förespråkas av uttrycket syfte att begränsa konkurrensen häri (det är tveklöst att det *per se* finns en kategori av konkurrensbegränsningar under artikel 81.1 EG (ibid. s. 116 och följande sida)), så hänvisas det uttryckligen till att denna förteckning över avtal inte är uttömmande. Mot att uttrycket begränsas till denna typ av konkurrensbegränsningar talar även det inbördes förhållandet mellan artikel 81.1 EG och artikel 81.3 EG. Enligt artikel 81.1 EG prövas endast om ett avtal syftar till eller resulterar i en konkurrensbegränsning. Även om det fastställs att ett avtal syftar till eller resulterar i en konkurrensbegränsning är detta inte avgörande för frågan om avtalet är förenligt med den gemensamma marknaden. Tvärtom kan ett avtal vara förenligt med den gemensamma marknaden enligt artikel 81.3 EG. Avtal som har till ändamål att fastställa priser, dela upp marknader eller begränsa produktionen utmärker sig genom en särskild skadlighet. Därför är de som regel inte förenliga med den gemensamma marknaden. Den som inskränker uttrycket syfte att begränsa konkurrensen till dessa särskilt skadliga avtalstyper bortser från att ett syfte att begränsa konkurrensen kan vara förenligt med den gemensamma marknaden enligt artikel 81.3 EG. En sådan utgångspunkt är enligt min mening inte förenlig med uppbyggnaden av artikel 81 EG. Se här till även Bellamy & Child (fotnot 15), fotnot 291 till punkt. 2.069.

29 — Se punkt 41 i detta förslag till avgörande.

52. Den första kategorin avser fall i vilka en inskränkning av företagens frihet att självständigt bestämma vilken politik de vill tillämpa på marknaden saknar inverkan på konkurrensen. Så kan vara fallet när det är tveksamt om de företag som ingått avtal med varandra konkurrerar.³² Ytterligare ett exempel är fall där det är tveksamt om det

30 — Se särskilt dom av den 8 juli 1999 i mål C-235/92 P, Montecatini mot kommissionen (REG 1999, s. I-4539), punkterna 114–128.

31 — Dessa kategorier är inte så klart åtskilda att varje enskilt fall klart kan klassificeras under en enda kategori. För syftet i detta förfarande räcker det dock att pröva om ett avtal åtminstone kan klassificeras under en av de tre kategorierna.

32 — Se domen i målet European Night Services m.fl. mot kommissionen (ovan fotnot 26), i vilken någon potentiell konkurrens inte kunde styrkas.

över huvud taget föreligger tillräcklig konkurrens vilken kan inskränkas genom avtalet.³³

53. Den *andra kategorin* avser fall i vilka det är ambivalent huruvida ett avtal inverkar på konkurrensen. Om ett avtal eftersträvar ett konkurrensfrämjande syfte som att stärka konkurrensen på marknaden, på öppna en marknad eller att ge en ny aktör tillträde till en marknad, så kan de nödvändiga inskränkningar som följer av kravet på självständighet vid en helhetsbedömning underordnas det konkurrensfrämjande syftet.³⁴

54. Den *tredje kategorin* avser sidoöverenskommelser som är nödvändiga för att förverk-

liga det huvudsakliga syftet.³⁵ Vad gäller förevarande begäran om förhandsavgörande ska följande åtskillnad göras med avseende på denna kategori: Om det huvudsakliga syftet inte omfattas av det principiella förbudet i artikel 81.1 EG eftersom det är neutralt ur konkurrenshänseende eller konkurrensfrämjande, så omfattas inte heller sidoöverenskommelser vilka är nödvändiga för att uppnå detta mål av förbudet.³⁶ En konkurrensbegränsning kan inte anses föreligga i dessa fall. Om det huvudsakliga syfte som eftersträvas däremot omfattas av det principiella förbudet i artikel 81.1 EG så föreligger en konkurrensbegränsning.³⁷

55. Omständigheter som inte kan läggas till grund för tvivel vad avser förekomsten av en konkurrensbegränsning, till exempel en för-

33 — Domen i målet GlaxoSmithKline Services mot kommissionen (ovan fotnot 6), punkterna 114–147. Här rådde tvivel angående konsekvenserna av priskonkurrensen eftersom priset för slutkonsumenterna på grund av lagreglering i stor utsträckning inte påverkades av utbud och efterfrågan. Jag kommer att gå in närmare på denna dom i punkterna 72 och 73 i detta förslag till avgörande.

34 — Domen i målet LTM (ovan fotnot 9), s. 304: Ensamrätt till försäljning för att komma in på en ny marknad, dom av den 8 juni 1982 i mål 258/78, Nungesser och Eisele mot kommissionen (REG 1982, s. 2015), punkterna 44–58: Tilldelning av en öppen licens för fördelning av ny teknik, domen i målet Metro SB-Großmärkte mot kommissionen (ovan fotnot 16), punkterna 20–22: Distributionskanaler som är anpassade till tekniskt avancerade konsumtionsvaror av hög kvalitet.

35 — Exempel på sidoöverenskommelser är konkurrensförbud utan vilka en försäljning av ett företag är omöjlig (dom av den 11 juli 1985 i mål 42/84, Remia m.fl. mot kommissionen, REG 1985, s. 2545, punkterna 19–20), medverkandeförbud eller verksamhetsbegränsningar så länge dessa är nödvändiga för att ett företag med ett ur konkurrenshänseende oantastligt syfte ska kunna fungera (dom av den 15 december 1994 i mål C-250/92, DLG, REG 1994, s. I-5641, punkterna 30–45), liksom begränsningar av handlingsfriheten vilka är nödvändiga för att fastställa disciplinregler för fria yrkesutövare (dom av den 19 februari 2002 i mål C-309/99, Wouters m.fl., REG 2002, s. I-1577, punkt 97) eller för att säkerställa att doping inte förekommer inom en sport (dom av den 18 juli 2006 i mål C-519/04 P, Meca-Medina och Majcen mot kommissionen, REG 2006, s. I-6991, punkterna 42–44).

36 — Se Bellamy & Child (ovan fotnot 15), punkt 2.112.

37 — Huruvida konceptet sidoöverenskommelse kommer till användning även i dessa fall (enligt Bellamy & Child, ovan fotnot 15) eller endast artikel 81.3 EG behöver inte avgöras i förevarande fall.

bättring av varuproduktionen genom stordriftsfördelar, kan inte beaktas vid en bedömning enligt artikel 81.1 EG, även om de i slutändan är positiva för bedömningen av om avtalet är förenligt med artikel 81 EG, utan endast inom ramen för artikel 81.3 EG.³⁸

56. Denna skillnad framgår redan av ordalydelsen i artikel 81.3 EG, vilken klargör att denna typ av konsekvenser av avtal ska beaktas under artikel 81.3 EG. Denna skillnad beror på följande: Det allmänna syftet med artikel 81 EG är att konsumenterna ska försörjas på bästa möjliga vis.³⁹ *Olika aspekter* av konsumenternas välfärd beaktas under artikel 81.1 EG och artikel 81.3 EG. Enligt artikel 81.1 EG är avtal som begränsar konkurrensen mellan marknadsaktörerna och därmed särskilt artikelns funktion att på bästa sätt tillhandahålla konsumenten produkter till lägsta möjliga pris⁴⁰ eller innovativa produkter⁴¹ principiellt förbjudna.⁴² Sådana avtal leder till en omedelbar

38 — Dom av den 10 mars 1992 i mål T-14/89, Montedipe mot kommissionen (REG 1992, s. II-1155), punkt 265, av den 6 april 1995 i mål T-148/89, Tréfilunion mot kommissionen (REG 1995, s. II-1063), punkt 109, och av den 18 september 2001 i mål T-112/99, M6 m.fl. mot kommissionen (REG 2001, s. II-2459), punkterna 72–74.

39 — Leupold, H., Weidenbach, G. (ovan fotnot 16), s. 1008, fotnot 28 med vidare hänvisningar.

40 — Denna konkurrensfunktion kan särskilt påverkas genom avtal om priser (artikel 81.1 a EG), genom begränsningar av produktionen (artikel 81.1 b EG) och genom en uppdelning av marknader (artikel 81.1 c EG).

41 — Denna konkurrensfunktion kan särskilt påverkas av avtal som inskränker investeringar (artikel 81.1 a EG).

42 — Leupold, H., Weidenbach, G. (ovan fotnot 16), s. 1008 och följande sida, där dessa funktioner betecknas som allokativ och dynamisk effektivitet, Odudu, O., Art. 81(3), *Discretion and Direct Effect*, *European Competition Law Review*, 2002, s. 20.

inskränkning av konsumenternas välfärd och är därmed principiellt förbjudna.

57. I artikel 81.3 EG accepteras dock att avtal som inskränker konkurrensen mellan marknadsaktörerna särskilt kan medföra en sänkning av produktionskostnaderna och att en sådan sänkning indirekt kan bidra till konsumenternas välfärd.⁴³ Eftersom en sänkning av produktionskostnaderna först och främst kommer producenten omedelbart till godo,⁴⁴ är förenligheten av ett sådant avtal med den gemensamma marknaden enligt artikel 81.3 EG särskilt beroende av att konsumenterna får del av de fördelar som uppnås. Vad gäller bevisbördan har gemenskapslagstiftaren omsatt denna tanke på så sätt att de parter som slutit ett konkurrensbegränsande avtal är skyldiga att visa att förutsättningarna i artikel 81.3 EG är uppfyllda, särskilt vad avser fördelarna för konsumenterna.⁴⁵

58. Omständigheter som inte kan läggas till grund för tvivel vad avser förekomsten av en konkurrensbegränsning, till exempel en effektivare produktion genom stordriftsfördelar, kan av dessa skäl inte beaktas vid en bedömning enligt artikel 81.1 EG, även om de i slutändan är positiva för bedömningen av

43 — Leupold, H., Weidenbach, G. (ovan fotnot 16), s. 1008 och följande sida, där detta betecknas som produktiv effektivitet, Odudu, O., Art. 81(3), *Discretion and Direct Effect* (ovan fotnot 42), s. 20.

44 — Odudu, O., Art. 81(3), *Discretion and Direct Effect* (ovan fotnot 42), s. 20.

45 — Se artikel 2 andra meningen i förordning nr 1/2003.

om avtalet är förenligt med artikel 81 EG, utan endast inom ramen för artikel 81.3 EG.⁴⁶

3. Slutsats

59. Slutsatsen är att BIDS restriktiva tolkning inte kan godtas. För att det ska föreligga ett syfte att begränsa konkurrensen förutsätts inga uppenbara konkurrensbegränsningar. Vidare saknas en uttömmande förteckning över vad som ska klassificeras som syfte att begränsa konkurrensen. Det rättsliga och ekonomiska sammanhanget ska endast beaktas i den mån som det kan ge upphov till tvivel vad avser förekomsten av en konkurrensbegränsning. Andra omständigheter ska beaktas först inom ramen för artikel 81.3 EG även om de ska värderas positivt med hänsyn till den gemensamma marknaden.

B — Syftar avtal som BIDS-avtalen till en konkurrensbegränsning?

60. Inledningsvis ska konstateras att artikel 81.1 EG är tillämplig på verksamheten

46 — Domen i målet Montedipe mot kommissionen (ovan fotnot 38), punkt 265, i målet Tréfilunión mot kommissionen (ovan fotnot 38), punkt 109, och i målet M6 m.fl. mot kommissionen (ovan fotnot 38), punkterna 72–74.

inom förädlingsindustrin och de produkter som är hänförliga till denna verksamhet.⁴⁷ Som visat ovan⁴⁸ ska prövningen av huruvida sådana avtal som BIDS-avtalen syftar till att begränsa konkurrensen göras på följande sätt: Först måste det prövas om sådana avtal medför konkurrensbegränsningar som tvingande följd eller syftar till att inskränka parternas frihet att självständigt bestämma vilken politik de vill tillämpa på marknaden (1) och därigenom påverkar marknadsförhållandena (2). I anslutning därtill ska genom en helhetsbedömning prövas om de inskränkande elementen är nödvändiga för att uppnå ett konkurrensfrämjande syfte eller ett huvudsakligt mål som inte faller under det principiella förbudet i artikel 81.1 EG (3).

1. Inskränkning av friheten att självständigt bestämma vilken politik som ska tillämpas på marknaden

61. Avtal som BIDS-avtalen inskränker friheten för de företag som lämnar marknaden

47 — Begäran om förhandsavgörande avser visserligen tolkningen av uttrycket syfte att begränsa konkurrensen i artikel 81.1 EG. Avtal som BIDS-avtalen kan dock endast syfta till att begränsa konkurrensen enligt artikel 81.1 EG om sådana avtal omfattas av användningsområdet för artikel 81 EG. Detta användningsområde framgår först och främst av artiklarna 1 och 2 i rådets förordning nr 26 av den 4 april 1962 om tillämpning av vissa konkurrensregler på produktion av och handel med jordbruksvaror (EGT L 30, s. 993; svensk specialutgåva, område 4, volym 1, s. 3), i dess lydelse enligt rådets förordning nr 49 av den 29 juni 1962 om ändring av datumet för ikraftträdande av vissa rättsakter avseende den gemensamma jordbrukspolitik (EGT L 53, s. 1571; svensk specialutgåva, område 3, volym 1, s. 31). I detta hänseende har rättsläget inte ändrats sedan ikraftträdandet av rådets förordning nr 1184/2006 av den 24 juli 2006.

48 — Se punkterna 40 och 57 i detta förslag till avgörande.

och för de kvarvarande företagen att självständigt bestämma vilken politik som de vill tillämpa på marknaden. De företag som lämnar marknaden ska i avtalet om utträde särskilt förplikta sig att beakta ett konkurrensförbud och användnings- och förfogandebeogränsningar vad gäller de avvecklade anläggningarna.⁴⁹ De kvarvarande företagen förpliktar sig att betala avgifter enligt BIDS-avtalet.

även en bedömning av vilka faktiska omständigheter som är relevanta vid tillämpningen av gemenskapsrätten och vilka som inte är det.

2. Påverkan på marknadsförhållandena

62. Dessa begränsningar av kravet på självständighet måste leda till att marknadsförhållandena påverkas. I detta sammanhang ska det påpekas att det principiellt inte är domstolens uppgift att överpröva de sakförhållanden som fastställts av den nationella domstolen vid en begäran om förhandsavgörande. Det är inte heller domstolens uppgift att pröva om Supreme Court är bunden av vad som fastställts av High Court. Dock hör det till domstolens uppgift att tolka gemenskapsrätten så att det är möjligt för den nationella domstolen att tillämpa den korrekt. Dit hör

63. Huruvida ett avtal påverkar marknadsförhållandena ska fastställas genom en jämförelse av två hypotetiska tillstånd.⁵⁰

64. Det *första hypotetiska tillståndet* rör situationen såsom den ser ut utan BIDS-avtalen. Detta framgår särskilt av punkterna a–d i tolkningsfrågan. Av punkt c i tolkningsfrågan och handlingarna i målet sluter jag mig till att det hittills inom förädlingsindustrin inte i nämnvärd omfattning har förekommit att aktörer har lämnat marknaden och att aktörer med motsvarande 25 procent av produktionskapaciteten inom hela förädlingsindustrin åtminstone på kort sikt inte skulle lämna marknaden utan BIDS-avtalen.

65. Det *andra hypotetiska tillståndet* är situationen såsom den ser ut om BIDS-avtalen tillämpas. Här ska prövas om BIDS-avtalen syftar till att begränsa konkurrensen.

49 — I detta avseende ska BIDS-avtalen skiljas från ett scenario där företag unilateralt bestämmer sig för att lämna marknaden.

50 — Domen i målet LTM (ovan fotnot 9), s. 303.

Vad avser detta andra hypotetiska tillstånd ska, såsom visats ovan⁵¹, följaktligen de verkningar beaktas som är en nödvändig följd av de bestämmelser som beskrivs i punkterna 1–9 i tolkningsfrågan, liksom de resultat som parterna vill uppnå med dessa bestämmelser.

66. Inledningsvis ska konstateras att BIDS-avtalet utgör ett horisontellt avtal, det vill säga ett avtal mellan konkurrenter på samma nivå på marknaden. Även avvecklingsavtalet utgör ett horisontellt avtal mellan en förädlare och en sammanslutning av förädlare, BIDS.

a) Minskningen av produktionskapaciteten inom hela förädlingsindustrin med 25 procent

67. Genom BIDS-avtalen ska produktionskapaciteten inom hela förädlingsindustrin minskas med 25 procent genom att förädlare lämnar marknaden. Principiellt anser jag att konkurrensen mellan de kvarvarande företagen på marknaden kan komma att begränsas genom att förädlare lämnar marknaden och genom överenskommelsen att

51 — Se punkterna 40 och 57 i detta förslag till avgörande.

deras förädlingsanläggningar inte får nyttjas.⁵²

68. Konkurrens råder inte bara när producenterna till fullo kan utnyttja sin kapacitet, utan även när det råder överkapacitet. För en producent uppstår fasta kostnader för innehav och underhåll av produktionsanläggningarna. Vid en låg utnyttjandegrad av produktionsanläggningarna påverkar de fasta kostnaderna produktionskostnaderna per produkt mer än vid en hög utnyttjandegrad, eftersom den andel av kostnaden per produkt som är hänförlig till fasta kostnader sjunker proportionellt (så kallad stordriftseffekt). Producenten har därför principiellt ett incitament att utnyttja sina produktionsanläggningar till fullo för att på så sätt uppnå stordriftsfördelar.⁵³

69. BIDS har ifrågasatt detta och har åberopat följande omständigheter: En minskning av den sammanlagda kapaciteten leder inte till en minskning av den sammanlagda produktionen. Priset för förädlarnas produkter stiger inte. Det är fråga om en engångsminskning av produktionskapaciteten på den sammanlagda

52 — Se dom av den 28 februari 2002 i mål T-395/94, Atlantic Container Line m.fl. mot kommissionen (REG 2002, s. II-875), punkt 56, se även Jürgens, R., *Strukturkrisenkartelle im deutschen und europäischen Kartellrecht*, Peter Lang, Frankfurt am Main, 2007, s. 95.

53 — Om förhållandet mellan överkapacitet, stordriftseffekter och en ökning av konkurrensen, se Schulz, N., *Wettbewerbspolitik*, Tübingen, 2003, s. 84–86.

marknaden. Innan jag går in på dessa uppgifter vill jag återigen erinra om att endast omständigheter kan beaktas som kan läggas till grund för ett ifrågasättande av förekomsten av en konkurrensbegränsning.⁵⁴

70. För det första synes mig, enligt logikens regler, vid en konstant sammanlagd produktion,⁵⁵ principiellt större konkurrens råda mellan marknadsaktörerna på en marknad med hög överkapacitet än på en marknad med lägre (eller ingen) överkapacitet. På en marknad med hög överkapacitet är det svårare för den genomsnittlige producenten att uppnå samma utnyttjandegrad av sina produktionsanläggningar än på en marknad med låg överkapacitet. Eftersom stordriftsfördelarna sjunker med utnyttjandegraden så drabbas den genomsnittliga producenten av ett högre konkurrensstryck på en marknad med hög överkapacitet än på en marknad där endast låg överkapacitet råder. Inom ekonomin är beroendeförhållandet mellan överkapacitet, stordriftseffekter och konkurrensstryck erkänt.⁵⁶

54 — Se punkterna 48–56 i detta förslag till avgörande.

55 — High Court har utgått ifrån att den sammanlagda produktionen inte kommer att höjas nämnvärt.

56 — Om förhållandet mellan överkapacitet, stordriftseffekter och en ökning av konkurrensen se Schulz, N. (ovan fotnot 53), s. 84–86.

71. Jag ser inga omständigheter som talar emot detta beroendeförhållande i förevarande mål. Särskilt synes det vara irrelevant för förekomsten av detta beroendeförhållande huruvida överkapaciteten har uppkommit på grund av sjunkande efterfråga eller, som i förevarande fall, genom att upprättandet och utbyggnaden av förädlingsanläggningar har gynnats och genom en jämnare fördelning av den produkt som ska förädlas. För detta talar också att nämnda beroendeförhållande har fastställts i marknadsstudien. Den omständigheten att den sammanlagda produktionen inte sjunker utesluter därmed inte i sig att en konkurrensbegränsning föreligger.⁵⁷

72. För det andra är enligt min mening den omständigheten att priserna inte höjs inte ägnad att utesluta en konkurrensbegränsning. I förevarande fall handlar det endast om huruvida avtal som BIDS-avtalen syftar till att begränsa konkurrensen. Huruvida det föreligger en konkurrensbegränsning och de möjliga följderna av en sådan på priserna är två skilda frågor. Detta framgår redan av att priser kan påverkas av en rad faktorer. Av dessa faktorer är inte samtliga ägnade att utesluta förekomsten av en konkurrensbegränsning.

57 — Med ett exempel låter sig dessutom BIDS uppfattning föras *ad absurdum*: Om hög överkapacitet råder på en marknad med ett duopol på producentsidan och om en av de båda producenterna i samförstånd med den andra producenten upphör med sin produktion utan att detta leder till en minskning av den sammanlagda produktionen, så skulle enligt BIDS mening ett sådant avtal inte syfta till att begränsa konkurrensen. I praktiken skulle en sådan förändring av marknadens struktur leda till att konkurrensen i princip försvann, eftersom den kvarvarande producenten som monopolist endast skulle vara föremål för potentiell konkurrens.

73. I förevarande fall ska prishöjningar kunna uteslutas på grund av att stordriftsfördelar uppnås genom en högre utnyttjandegrad och genom att den motsatta sidan av marknaden har en stark förhandlingsposition. Stordriftsfördelar kan visserligen i förekommande fall följa av minskningen av produktionskapaciteten inom hela förädlingsindustrin. De är emellertid inte ägnade att utesluta förekomsten av en konkurrensbegränsning enligt artikel 81.1 EG. Snarare ska stordriftsfördelar, som utgör fördelar som i första hand kommer förädlarna till godo, beaktas under artikel 81.3 EG.⁵⁸ Den motsatta sidans förhandlingsmakt kan principiellt inte heller, även om den skulle utesluta en höjning av priserna, läggas till grund för ett ifrågasättande av förekomsten av en konkurrensbegränsning och ska därför beaktas under artikel 81.3 EG.⁵⁹

74. Förevarande situation är inte heller jämförbar med den situation som låg till grund för domen i målet *GlaxoSmithKline Services mot kommissionen*⁶⁰. I detta mål, som för övrigt avsåg en vertikal prisreglering, var priserna i försäljningsledet för slutkonsumenter i stor utsträckning reglerade genom

lag och därmed i hög grad frikopplade från verkningarna av utbud och efterfrågan.⁶¹ I ett sådant fall är det osäkert huruvida en vertikal prisreglering är ägnad att inskränka konkurrensen i enlighet med artikel 81.1 EG.⁶² Förevarande mål är dock inte jämförbart redan av den anledningen att det inte finns några lagstadgade bestämmelser som skulle kunna hindra konsumenterna från att få del av de fördelar som uppstår genom konkurrensen mellan de kvarvarande företagen.

75. Att priserna inte kommer att stiga utesluter dessutom inte varje möjlighet till effektiv konkurrens. Tvärtom är *prissänkningar* en typisk konkurrensåtgärd på en marknad med hög överkapacitet vid en konstant sammanlagd produktion. Därigenom kan en producent försöka att uppnå en större andel av efterfrågan och därmed höja sin utnyttjandegrad och uppnå stordriftsfördelar.⁶³ Den omständigheten att priserna inte kommer att stiga är därmed inte i sig ägnad att utesluta förekomsten av en konkurrensbegränsning.

58 — Se punkterna 53–56 i detta förslag till avgörande, *Bellamy & Child* (ovan fotnot 15), punkt 3.029, *Odudu, O.*, Art. 81(3), *Discretion and Direct Effect* (ovan fotnot 42), s. 19, *Leupold, H.*, *Weidenbach, G.* (ovan fotnot 16), s. 1008 och följande sida.

59 — Angående situationen när den motsatta sidan har en stark förhandlingsposition, se punkterna 114–128 i domen i målet *Montecatini mot kommissionen* (ovan fotnot 30). Enligt punkt 116 i denna dom hade klaganden särskilt åberopat att domstolen inte hade beaktat den motsatta sidans starkare ställning på marknaden. I punkt 127 i denna dom har domstolen anmärkt att sådana omständigheter endast är relevanta om den ekonomiska situationen helt omöjliggör effektiv konkurrens.

60 — Ovan fotnot 6.

61 — *Ibid.* punkterna 114–134.

62 — Vid ett sådant fall ska det noggrant prövas om detta påverkar konkurrensfunktionen att på bästa sätt tillhandahålla konsumenterna en produkt till lägsta möjliga pris (se punkt 50 i detta förslag till avgörande).

63 — *Schulz, N.* (ovan fotnot 56), s. 84–86.

76. För *det tredje* kan jag inte förstå varför den omständigheten att den sammanlagda kapaciteten ska minskas ”på en gång” är ägnad att utesluta en begränsning av konkurrensen genom en minskning av den sammanlagda kapaciteten. Vidare ska det påpekas att verkningarna av avvecklingsavtalen och BIDS-avtalet inte är begränsade till en viss tidpunkt. För det företag som lämnar marknaden gäller konkurrensförbudet i två år och användnings- och förfogandebegränsningarna i fem år.

77. *Resultatet* härav är att jag varken av de omständigheter som har åberopats av BIDS, eller av andra omständigheter i målet vid den nationella domstolen, kan se att det finns skäl att ifrågasätta sammanhanget mellan en minskning av produktionskapaciteten inom hela förädlingsindustrin med 25 procent genom att enskilda förädlare lämnar marknaden och en begränsning av konkurrensen. Snarare innebär avtalet att konkurrensen köps upp. Vid en minskning av den sammanlagda kapaciteten med 25 procent tvivlar jag inte på allvar på att en sådan åtgärd blir konkurrens-mässigt märkbar. Med reservation för den sammanlagda bedömning som ska göras under punkt 3 kan en minskning av produktionskapaciteten inom hela förädlingsindustrin med 25 procent antas syfta till att åstadkomma en märkbar konkurrensbegränsning.⁶⁴

64 — Se även Jürgens, R. (ovan fotnot 52), s. 95.

b) Aktörer som lämnar marknaden

78. Som nämnts ovan⁶⁵ sluter jag mig till av punkt c i tolkningsfrågan och av handlingarna i målet att det hittills inom förädlingsindustrin inte har förekommit att aktörer har lämnat marknaden i någon nämnvärd omfattning och att aktörer med motsvarande 25 procent av produktionskapaciteten inom hela förädlingsindustrin åtminstone på kort sikt inte skulle lämna marknaden utan BIDS-avtalen.

79. För fullständighetens skull ska jag i kompletterande syfte pröva om en konkurrensbegränsning också skulle föreligga vid det första hypotetiska tillståndet (avtal som BIDS-avtalen saknas) om aktörer i motsvarande omfattning skulle lämna marknaden på grund av marknadsmekanismer.

80. Enligt artikel 81.1 EG är varje inskränkning i kravet på självständighet förbjuden om den leder till konkurrensvillkor som inte

65 — Se punkt 62 i detta förslag till avgörande.

motsvarar de normala villkoren på marknaden i fråga med beaktande av de tillhandahållna produkternas eller tjänsternas beskaffenhet, av hur betydelsefulla och hur många företagen var, och av den nämnda marknads volym.⁶⁶

81. Vid det första hypotetiska tillståndet (utan BIDS-avtalen) skulle marknads urvalsfunktion i princip leda till att de effektivaste förädlarna kvarstår, eller de förädlare som uppfyller kundernas och i slutändan konsumenternas krav bäst. Om urvalet av de kvarvarande företagen vid det andra hypotetiska tillståndet (med BIDS-avtalen) inte sker genom marknadsmekanismer utan genom samverkan mellan förädlarna så påverkar detta marknads urvalsfunktion. För detta talar i förevarande fall särskilt att BIDS-avtalet inte tillhandahåller någon möjlighet att avveckla enstaka förädlingsanläggningar. En förädlare kan sålunda inte avveckla sina ineffektiva förädlingsanläggningar i enlighet med BIDS-avtalet och stanna kvar på marknaden med sina effektiva förädlingsanläggningar.

82. Med reservation för den sammanlagda bedömning som ska göras under punkt 3 kan syftet med detta ingrepp i marknads urvalsfunktion antas vara en konkurrensbegränsning.⁶⁷

66 — Jämför domen i målet kommissionen mot Anic Partecipazioni (ovan fotnot 16), punkterna 116–117.
67 — Se även Jürgens, R. (ovan fotnot 52), s. 95.

c) Erläggandet av avgifter

83. Inledningsvis ska konstateras att erläggandet av avgifter leder till att de kvarvarande företagen inte kan disponera fritt över avgifterna och att deras förädlingskostnader stiger. Genom höjningen av förädlingskostnaderna uppnår nämnda företag tidigare förlustgränsen. Detta kan leda till en konkurrensbegränsning, om erläggandet av avgifter märkbart skulle påverka de kvarvarande företagens beteende på marknaden.⁶⁸ En nationell domstol ska således pröva om avgifterna, oberoende av hur höga de är, märkbart påverkar de kvarvarande företagens beteende på marknaden.

84. Vidare kan fördelningen av avgifterna i enlighet med den traditionella slaktandelen leda till en konkurrensbegränsning mellan de kvarvarande företagen. BIDS har visserligen anfört att avgifterna endast utgör ett "pris" för att de kvarvarande företagen tar över marknadsandelar från de företag som lämnar marknaden. De kvarvarande företagen måste kämpa för att erövra dessa marknadsandelar. Därför bär varje förädlare kostnaden på 11 euro. Konkurrensen mellan de kvarvarande företagen är därmed inte begränsad.

68 — Dom av den 12 september 2000 i mål C-180/98, Pavlov m.fl. (REG 2000, s. I-6451), punkterna 90–97.

85. Här ska endast anmärkas att en nödvändig följd av en sådan reglering är att de kvarvarande företagen skyddas vad gäller deras traditionella marknadsandel. Om ett kvarvarande företag som redan har uppnått sin traditionella slaktandel (Out-Performer) konkurrerar med ett kvarvarande företag som ännu inte har uppnått sin traditionella slaktandel (Low-Performer), så har den förstnämnda en kostnadsnackdel på 9 euro ända tills den sistnämnda har uppnått sin traditionella slaktandel. Avgiftsfördelningen har alltså en benägenhet att skydda varje kvarvarande företag vad gäller dess traditionella slaktandel. De kvarvarande företagen konkurrerar emellertid inte bara om den slaktandel som blir ledig efter företag som lämnat marknaden, utan även inom ramen för deras traditionella slaktandelar. Fördelningen av avgifterna inskränker sålunda även konkurrensen beträffande den traditionella slaktandelen. Om en förädlare på grund av marknadsförhållandena kan anta att den sammanlagda produktionen kommer att stagnera eller minska i framtiden,⁶⁹ så kan denne för övrigt ganska exakt förutse från och med vilken tidpunkt han kommer att överskrida sin traditionella slaktandel.

86. Enligt ovannämnda grunder⁷⁰ är det ovidkommande att den sammanlagda produktionen inte minskas genom inbetalningen av avgifter samt att priserna inte höjs. Även den omständigheten att skyldigheten att erlägga avgifter är begränsad till ett år är

generellt inte ägnad att utesluta en konkurrensbegränsning. Sådana omständigheter kan i förekommande fall beaktas under artikel 81.3 EG.

d) Användnings- och förfogandebegränsningar

87. I den mån användnings- och förfogandebegränsningar är ägnade att hindra ett återinträde på marknaden av de företag som lämnar den, utgör detta en åtgärd för att säkerställa att de lämnar marknaden för gott och förstärker följaktligen verkningarna i detta avseende för dessa företag. I detta avseende hänvisar jag till mitt resonemang ovan.⁷¹

88. Användnings- och förfogandebegränsningarna kan även vara avsedda att hålla potentiella utomstående konkurrenter som inte är medlemmar i BIDS på avstånd. Om det

69 — Detta har fastslagits av High Court.

70 — Se punkterna 68–73 i detta förslag till avgörande.

71 — Se punkterna 65–75 i detta förslag till avgörande.

är klarlagt att det inte är ekonomiskt möjligt att bygga nya förädlingsanläggningar under det rådande marknadsläget⁷² så synes mig användnings- och förfogandebegränsningarna, såsom de regleras i BIDS-avtalen, principiellt vara i stånd att begränsa konkurrensen från potentiella utomstående konkurrenter.

89. Även potentiell konkurrens skyddas av artikel 81.1 EG.⁷³ Om det är klarlagt att nya konkurrenter framgångsrikt har kommit in på marknaden i det förgångna⁷⁴, så verkar detta inte utgöra någon rent teoretisk möjlighet även i framtiden. Följaktligen talar mycket för att tillträdet för potentiella konkurrenter inskränks genom användande- och förfogandebegränsningarna.

90. Huruvida potentiella utomstående konkurrenter även har andra möjligheter att etablera sig på marknaden kan enligt min bedömning endast spela en roll för konkurrensbegränsningens märkbarhet. Eftersom ungefär 25 procent av den sammanlagda produktionen ska beläggas med ett användnings- och förfogandeförbud så talar mycket för att konkurrensbegränsningen är märkbar.

72 — Detta har fastslagits av High Court.

73 — Dom av den 28 februari 1991 i mål C-234/89, *Delimitis* (REG 1991, s. I-935; svensk specialutgåva, volym 11, s. I-65), punkt 21.

74 — High Court hänvisar till Exel Meats Limiteds inträde på marknaden.

91. En nationell domstol måste alltså undersöka om det finns potentiella konkurrenter och om dessa skulle kunna vara intresserade av att komma in på marknaden genom att ta över förädlingsanläggningar från de företag som lämnar marknaden.

92. Vidare kan de kvarvarande företagen inte utnyttja de avvecklade anläggningarna för att öka sin egen kapacitet. Även detta utgör en konkurrensbegränsning, särskilt som det under det rådande marknadsläget inte är ekonomiskt möjligt att upprätta nya förädlingsanläggningar.⁷⁵

93. Enligt ovannämnda överväganden är det ovidkommande att den sammanlagda produktionen inte minskas samt att priserna inte stiger genom användnings- och förfogandebegränsningarna.⁷⁶

75 — Detta har fastslagits av High Court.

76 — Se punkterna 68–73 i detta förslag till avgörande.

e) Slutsats

94. Med förbehåll för beaktandet av ett eventuellt konkurrensfrämjande syfte eller ett huvudsakligt syfte som inte är betänkligt ur konkurrenshänseende i BIDS-avtalen, kommer jag fram till följande preliminära slutsats: Åtminstone den planerade minskningen av produktionskapaciteten inom den sammanlagda förädlingsindustrin med 25 procent genom att förädlare lämnar marknaden, fördelningen av avgifterna och användnings- och förfogandebegränsningarna utgör avtalselement som har en konkurrensbegränsning som nödvändig följd.

95. I detta sammanhang vill jag för fullständighetens skull påpeka att BIDS inte har handlat under statligt tvång.⁷⁷ Att marknadsstudien finansierades av den irländska regeringen och att arbetsgruppen för nötkött uppmanade förädlingsindustrin att omsätta studien utgör inget statligt tvång.

⁷⁷ — Principiellt ska en sådan omständighet endast prövas om det företag som beträffas åberopar detta, se domen i målet Montecatini mot kommissionen (ovan fotnot 30), punkt 128.

3. Beaktande av de mål som eftersträvas med BIDS-avtalen

96. BIDS har åberopat att målsättningen med BIDS-avtalet är att begränsa överkapacitet och uppnå stordriftsfördelar. Med hänsyn till detta legitima mål är det särskilt berättigat att ta ut avgifter och tillämpa användnings- och förfogandebegränsningar.

97. För det första vill jag här återigen erinra om att förevarande prövning endast behandlar huruvida ett avtal syftar till att begränsa konkurrensen. Under artikel 81.1 EG ska inte prövas om en konkurrensbegränsning är så uppenbar eller anmärkningsvärd att den kan jämföras med en typisk kartell.

98. För det andra ska beaktas att den omständigheten att en bransch befinner sig i en konjunkturbetingad eller strukturell kris enligt fast rättspraxis inte utesluter att artikel 81.1 EG tillämpas.⁷⁸

⁷⁸ — Dom av den 13 december 2006 i de förenade målen T-217/03 och T-245/03, FNCBV mot kommissionen (REG 2006, s. II-4987), punkt 90, och av den 20 april 1999 i de förenade målen T-305/94–T-307/94, T-313/94–T-316/94, T-318/94, T-325/94, T-328/94, T-329/94 och T-335/94, Limburgse Vinyl Maatschappij m.fl. mot kommissionen (REG 1999, s. II-931), punkt 740.

99. För det tredje utesluter den omständigheten att parterna eftersträvade ett legitimt mål med avtalet enligt domstolens rättspraxis generellt inte att avtalet begränsar konkurrensen.⁷⁹

4. Slutsats

102. Den slutsats som kan dras är att avtal som BIDS-avtalen syftar till att begränsa konkurrensen.

100. Något annat gäller enligt domstolens ovan anförda⁸⁰ rättspraxis endast om ett avtal antingen eftersträvar ett mål som är konkurrensfrämjande eller neutralt ur konkurrenshänseende. Så kan inte anses vara fallet här. Tvärtom leder målet att öka lönsamheten inom hela förädlingsindustrin genom en minskning av överkapaciteten på 25 procent automatiskt till en konkurrensbegränsning.⁸¹

C — Avslutande bedömning av de enskilda elementen i sådana avtal som BIDS-avtalen

103. Jag kommer nedan att redogöra för hur de enskilda elementen i avtal som BIDS-avtalen ska bedömas med hänsyn till kategorierna i artikel 81.1 b EG och generalklausulen i artikel 81.1 EG.

101. För det fjärde eftersträvar BIDS att uppnå produktionsfördelar genom stordriftseffekter. Det framgår emellertid av det inbördes förhållandet mellan artikel 81.1 EG och artikel 81.3 EG att ett sådant mål endast kan beaktas under artikel 81.3 EG.⁸²

104. Jag är emellertid skeptisk till en överdriven klassificering av konkurrensbegränsningar. Avtalsinnehållet måste alltid prövas mot bakgrund av dess rättsliga och ekonomiska sammanhang. Förevarande mål visar enligt min mening att ett tillvägagångssätt enligt vilket ett avtal jämförs med typiska allvarliga konkurrensbegränsningar inte alltid är lämpligt, utan snarare kan avleda från frågan huruvida ett syfte att begränsa konkur-

79 — Domen i målet IAZ International Belgium m.fl. mot kommissionen (ovan fotnot 20), punkterna 22–25.

80 — Se punkterna 50–53 i detta förslag till avgörande.

81 — Se punkterna 65–75 i detta förslag till avgörande.

82 — Se punkterna 53–55 i detta förslag till avgörande.

rensen föreligger. Eftersom exemplen i artikel 81.1 a–e EG inte utgör en uttömmande förteckning är en sådan klassificering inte heller absolut nödvändig. Ur rättsligt hänseende är en kvalificering under generalklausulen tillräcklig.

105. För företag och deras rättsliga rådgivare kan dock bildandet av kategorier vara till hjälp, särskilt med tanke på det numera gällande systemet med en skyldighet att redovisa överenskommelser genom självdeklaration. Därför föreslår jag att domstolen kategoriserar de syften att begränsa konkurrensen som identifierades ovan, på följande sätt:

106. En minskning av den sammanlagda kapaciteten är en konkurrensbegränsning som i sig omfattas av generalklausulen i artikel 81.1 EG. Om den därutöver även utgör en begränsning av produktionen i enlighet med artikel 81.1 b EG⁸³ kan här lämnas därhän. När en begränsning av den sammanlagda kapaciteten såsom i förevarande fall sker genom att aktörer lämnar marknaden och därigenom genom att enskilda förädlare lägger ned sin produktion, föreligger också en begränsning av produktionen enligt artikel 81.1 b EG. För det första kan ordalydelsen i artikel 81.1 b inte tolkas så att det är den sammanlagda produktionen som är avgö-

rande. För det andra talar en jämförelse med de andra kategorierna för att det är tillräckligt att produktionen begränsas för en enda marknadsaktör. För det tredje anser jag att det med hänsyn till bestämmelsens syfte inte är berättigat att utgå från marknads sammanlagda produktion. Tvärtom är skyddsändamålet i artikel 81.1 EG att på bästa sätt tillhandahålla konsumenten en produkt till lägsta möjliga pris tillämpligt redan när en marknadsaktör begränsar eller helt upphör med sin produktion.

107. Avgiftsfördelningen kan leda till att ett kvarvarande företag hindras från att utöka sin marknadsandel till nackdel för ett annat kvarvarande företags traditionella marknadsandel. Fördelningen utgör därför också en begränsning av produktionen.

108. Användnings- och förfogandebegränsningarna kan också leda till att produktionsökningen, i form av en utökning av kapaciteten för ett kvarvarande företag, begränsas och ska därmed också klassificeras som en begränsning av produktionen.

⁸³ — Jämför här punkt 56 i domen i målet *Atlantic Container Line m.fl. mot kommissionen* (ovan fotnot 52).

VII — Förslag till avgörande

109. Mot denna bakgrund föreslår jag att domstolen besvarar den tolkningsfråga som har ställts av Supreme Court på följande sätt:

Ett avtal med det innehåll som angetts i tolkningsfrågan syftar, under de omständigheter som beskrivits i nämnda fråga, till att begränsa konkurrensen och är följaktligen inte förenligt med artikel 81.1 EG i den mån som övriga villkor i denna bestämmelse är uppfyllda.