



EUROPA-
KOMMISSIONEN

Bruxelles, den 1.3.2022
C(2022) 1159 final

ANNEX

BILAG

til

MEDDELELSE FRA KOMMISSIONEN

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

BILAG

MEDDELELSE FRA KOMMISSIONEN – Retningslinjer for anvendelsen af artikel 101 i traktaten om Den Europæiske Unions funktionsmåde på horisontale samarbejdsaftaler

UDKAST

INDHOLDSFORTEGNELSE

1.	Indledning	6
1.1.	Retningslinjernes formål og struktur.....	6
1.2.	Anvendelse af artikel 101 på horisontale samarbejdsaftaler	8
1.2.1.	Indledning	8
1.2.2.	Analysegrundlag	10
1.2.3.	Vurdering efter artikel 101, stk. 1	11
1.2.4.	Konkurrencebegrænsende formål	13
1.2.5.	Konkurrencebegrænsende virkninger	14
1.2.6.	Accessoriske begrænsninger	15
1.2.7.	Vurdering efter artikel 101, stk. 3	15
1.2.8.	Horisontale samarbejdsaftaler, der generelt falder uden for anvendelsesområdet for artikel 101, stk. 1.....	17
1.3.	Sammenhæng med anden vejledning og lovgivning	18
2.	Forsknings- og udviklingsaftaler.....	20
2.1.	Indledning	20
2.2.	Relevante markeder.....	21
2.3.	Vurdering efter artikel 101, stk. 1	21
2.3.1.	De vigtigste konkurrenceproblemer	21
2.3.2.	Konkurrencebegrænsende formål	22
2.3.3.	Konkurrencebegrænsende virkninger	22
2.4.	Aftaler omfattet af gruppefritagelsesforordningen for FoU-aftaler	25
2.4.1.	Sondring mellem "fælles FoU" og "betalt FoU" og begrebet "specialisering inden for FoU"	26
2.4.2.	Fælles udnyttelse af FoU-resultaterne og begrebet specialisering i forbindelse med fælles udnyttelse.....	27
2.4.3.	Overdragelse af eller meddelelse af licens på intellektuelle ejendomsrettigheder	28
2.5.	Betingelser for fritagelse i henhold til gruppefritagelsesforordningen for FoU-aftaler	29
2.5.1.	Adgang til de endelige resultater.....	29
2.5.2.	Adgang til allerede eksisterende knowhow.....	30

2.5.3.	Betingelser i forbindelse med fælles udnyttelse.....	30
2.5.4.	Tærskler, markedsandele og fritagelsens varighed	31
2.6.	Alvorlige konkurrencebegrænsninger og begrænsninger, der falder uden for fritagelsen.....	38
2.6.1.	Alvorlige konkurrencebegrænsninger	38
2.6.2.	Begrænsninger, der falder uden for fritagelsen.....	41
2.7.	Inddragelse af gruppefritagelsen i henhold til gruppefritagelsesforordningen for FoU- aftaler.....	42
2.8.	Vurdering efter artikel 101, stk. 3, af FoU-aftaler, der falder uden for anvendelsesområdet for gruppefritagelsesforordningen for FoU-aftaler	44
2.8.1.	Effektivitetsgevinster	44
2.8.2.	Nødvendige begrænsninger.....	44
2.8.3.	Fordele for forbrugerne	45
2.8.4.	Ingen udelukkelse af konkurrencen	45
2.9.	Tidspunktet for vurderingen.....	45
2.10.	Eksempel	46
3.	Produktionsaftaler	50
3.1.	Indledning	50
3.2.	Relevante markeder.....	51
3.3.	Vurdering efter artikel 101, stk. 1	51
3.3.1.	De vigtigste konkurrenceproblemer	51
3.3.2.	Konkurrencebegrænsende formål	52
3.3.3.	Konkurrencebegrænsende virkninger	52
3.4.	Aftaler omfattet af gruppefritagelsesforordningen for specialiseringsaftaler	57
3.4.1.	Specialiseringsaftaler	57
3.4.2.	Andre bestemmelser i specialiseringsaftaler	58
3.4.3.	Fælles distribution og begrebet "fælles" i henhold til gruppefritagelsesforordningen for specialiseringsaftaler	59
3.4.4.	Tjenesteydelser i henhold til gruppefritagelsesforordningen for specialiseringsaftaler	59
3.4.5.	Konkurrerende virksomheder: faktiske eller potentielle konkurrenter	60
3.4.6.	Markedsandelstærskel og fritagelsens varighed.....	60
3.4.7.	Alvorlige konkurrencebegrænsninger i gruppefritagelsesforordningen for specialiseringsaftaler	61
3.4.8.	Inddragelse af gruppefritagelsen i henhold til gruppefritagelsesforordningen for specialiseringsaftaler	62
3.5.	Vurdering efter artikel 101, stk. 3, af produktionsaftaler, der falder uden for anvendelsesområdet for gruppefritagelsesforordningen for specialiseringsaftaler	63

3.5.1.	Effektivitetsgevinster	63
3.5.2.	Nødvendige begrænsninger.....	63
3.5.3.	Fordele for forbrugerne	64
3.5.4.	Ingen udelukkelse af konkurrencen	64
3.6.	Aftaler om deling af mobilinfrastruktur	64
3.7.	Eksempler.....	67
4.	Indkøbsaftaler.....	71
4.1.	Indledning	71
4.2.	Vurdering efter artikel 101, stk. 1	72
4.2.1.	De vigtigste konkurrenceproblemer	72
4.2.2.	Konkurrencebegrænsende formål	72
4.2.3.	Konkurrencebegrænsende virkninger	74
4.3.	Vurdering efter artikel 101, stk. 3	78
4.3.1.	Effektivitetsgevinster	78
4.3.2.	Nødvendige begrænsninger.....	79
4.3.3.	Fordele for forbrugerne	79
4.3.4.	Ingen udelukkelse af konkurrencen	80
4.4.	Eksempler.....	80
5.	Markedsføringsaftaler	83
5.1.	Indledning	83
5.2.	Vurdering efter artikel 101, stk. 1	84
5.2.1.	De vigtigste konkurrenceproblemer	84
5.2.2.	Konkurrencebegrænsende formål	84
5.2.3.	Konkurrencebegrænsende virkninger	85
5.3.	Vurdering efter artikel 101, stk. 3	87
5.3.1.	Effektivitetsgevinster	87
5.3.2.	Nødvendige begrænsninger.....	88
5.3.3.	Fordele for forbrugerne	88
5.3.4.	Ingen udelukkelse af konkurrencen	88
5.4.	Bydende konsortier	88
5.5.	Eksempler.....	91
6.	Informationsudveksling.....	96
6.1.	Indledning	96
6.2.	Vurdering efter artikel 101, stk. 1	98
6.2.1.	Indledning	98

6.2.2.	De vigtigste konkurrenceproblemer i forbindelse med informationsudveksling	99
6.2.3.	De udvekslede oplysningers art	101
6.2.4.	Egenskaberne ved udvekslingen	105
6.2.5.	Markedskarakteristika	110
6.2.6.	Konkurrencebegrænsende formål	111
6.2.7.	Konkurrencebegrænsende virkninger	112
6.3.	Vurdering efter artikel 101, stk. 3	113
6.3.1.	Effektivitetsgevinster	113
6.3.2.	Nødvendige begrænsninger.....	114
6.3.3.	Fordele for forbrugerne	114
6.3.4.	Ingen udelukkelse af konkurrencen	114
6.4.	Eksempler.....	114
7.	Standardiseringsaftaler	117
7.1.	Indledning	117
7.2.	Relevante markeder.....	117
7.3.	Vurdering efter artikel 101, stk. 1	118
7.3.1.	De vigtigste konkurrenceproblemer	118
7.3.2.	Konkurrencebegrænsende formål	120
7.3.3.	Konkurrencebegrænsende virkninger	121
7.4.	Vurdering efter artikel 101, stk. 3	128
7.4.1.	Effektivitetsgevinster	128
7.4.2.	Nødvendige begrænsninger.....	128
7.4.3.	Fordele for forbrugerne	130
7.4.4.	Ingen udelukkelse af konkurrencen	130
7.5.	Eksempler.....	130
8.	Standardbetingelser	132
8.1.	Definitioner	132
8.2.	Relevante markeder.....	132
8.3.	Vurdering efter artikel 101, stk. 1	132
8.3.1.	De vigtigste konkurrenceproblemer	132
8.3.2.	Konkurrencebegrænsende formål	133
8.3.3.	Konkurrencebegrænsende virkninger	133
8.4.	Vurdering efter artikel 101, stk. 3	134
8.4.1.	Effektivitetsgevinster	134
8.4.2.	Nødvendige begrænsninger.....	135

8.4.3.	Fordele for forbrugerne	135
8.4.4.	Ingen udelukkelse af konkurrencen	135
8.5.	Eksempler.....	135
9.	Bæredygtighedsaftaler.....	137
9.1.	Indledning	137
9.2.	Bæredygtighedsaftaler, der ikke giver anledning til konkurrenceproblemer	139
9.3.	Vurdering af bæredygtighedsaftaler i henhold til artikel 101, stk. 1	140
9.3.1.	Principper	140
9.3.2.	Aftaler om standardisering af bæredygtighed	141
9.4.	Vurdering af bæredygtighedsaftaler i henhold til artikel 101, stk. 3	144
9.4.1.	Effektivitetsgevinster	144
9.4.2.	Nødvendige begrænsninger.....	145
9.4.3.	Fordele for forbrugerne	146
9.4.4.	Ingen udelukkelse af konkurrencen	151
9.5.	Inddragelse af offentlige myndigheder	151
9.6.	Eksempler.....	152

1. INDLEDNING

1.1. Retningslinjernes formål og struktur

1. Disse retningslinjer¹ har til formål at skabe retssikkerhed ved at bistå virksomhederne i vurderingen af deres horisontale samarbejdsaftaler i henhold til EU's konkurrenceregler og samtidig sikre en effektiv beskyttelse af konkurrencen. De har også til formål at gøre det lettere for virksomheder at samarbejde på måder, der er økonomisk ønskværdige, og dermed f.eks. bidrage til den grønne og den digitale omstilling og til at fremme det indre markeds modstandsdygtighed².
2. I disse retningslinjer fastsættes principperne for, hvordan horisontale samarbejdsaftaler og samordnet praksis vurderes efter artikel 101 i traktaten om Den Europæiske Unions funktionsmåde* ("artikel 101") og skaber et analysegrundlag for de mest almindelige former for horisontale samarbejdsaftaler:
 - forsknings- og udviklingsaftaler, herunder retningslinjer for anvendelsen af Kommissionens forordning (EU) nr. [...] af [...] december 2022 om anvendelse af artikel 101, stk. 3, i traktaten om Den Europæiske Unions funktionsmåde på visse kategorier af forsknings- og udviklingsaftaler ("gruppefritagelsesforordningen for FoU-aftaler") (kapitel 2)
 - produktionsaftaler, herunder retningslinjer for anvendelsen af Kommissionens forordning (EU) nr. [...] af [...] december 2022 om anvendelse af artikel 101, stk. 3, i traktaten om Den Europæiske Unions funktionsmåde på visse kategorier af specialiseringsaftaler ("gruppefritagelsesforordningen for specialiseringsaftaler") (kapitel 3)
 - indkøbsaftaler (kapitel 4)
 - markedsføringsaftaler (kapitel 5)
 - informationsudveksling (kapitel 6)
 - standardiseringsaftaler (kapitel 7)
 - standardbetingelser (kapitel 8).
3. Da Kommissionen er fast besluttet på at nå målene i den grønne pagt for Den Europæiske Union³, indeholder disse retningslinjer vejledning om, hvordan de mest almindelige horisontale samarbejdsaftaler vil blive vurderet i henhold til artikel 101, når de forfølger bæredygtighedsmål (kapitel 9).
4. I betragtning af de mange forskellige typer horisontalt samarbejde og kombinationer af horisontalt samarbejde og de varierende markedsforhold, hvorunder de anvendes,

¹ Disse retningslinjer erstatter meddelelsen fra Kommissionen om retningslinjer for anvendelsen af artikel 101 i traktaten om Den Europæiske Unions funktionsmåde på horisontale samarbejdsaftaler (EUT C 11 af 14.1.2011, s. 1).

² Jf. også meddelelse fra Kommissionen, "Ajourføring af den nye industristrategi fra 2020: Opbygning af et stærkere indre marked til fremme af Europas genopretning" (COM(2021) 350 final).

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

³ Meddelelse fra Kommissionen, "Den europæiske grønne pagt" (COM(2019) 640 final).

er det vanskeligt at give specifik vejledning om hvert enkelt muligt scenario. Disse retningslinjer skal dog ikke betragtes som en "tjekliste", der kan anvendes mekanisk. Hvert enkelt tilfælde skal vurderes på grundlag af de konkrete omstændigheder.

5. Disse retningslinjer finder anvendelse på horisontale samarbejdsaftaler vedrørende varer, tjenesteydelser og teknologier.
6. Horisontale samarbejdsaftaler kan omfatte flere forskellige trin i samarbejdet, f.eks. forskning og udvikling ("FoU") og produktion og/eller markedsføring af FoU-resultaterne. Sådanne aftaler er også omfattet af disse retningslinjer. Når disse retningslinjer anvendes ved undersøgelse af et sådant integreret samarbejde vil alle kapitler, der vedrører de forskellige dele af samarbejdet, normalt være relevante. Ved vurderingen af, om en bestemt adfærd normalt anses for at have konkurrencebegrænsende formål eller virkninger, gælder det, der er fastsat i kapitlet vedrørende den del af et integreret samarbejde, der kan betragtes som hele samarbejdets "tyngdepunkt".
7. Ved fastlæggelsen af tyngdepunktet for integreret samarbejde er især følgende to faktorer relevante: for det første udgangspunktet for samarbejdet og for det andet de forskellige kombinerede funktioners integrationsgrad. Selv om det ikke er muligt at fastsætte en præcis og fast regel, der gælder for alle tilfælde og alle mulige kombinationer, er det ud fra de indhøstede erfaringer muligt at antage, at:
 - tyngdepunktet for en horisontal samarbejdsaftale, som omfatter både fælles FoU og fælles produktion, normalt vil være den fælles FoU, hvis den fælles produktion kun vil finde sted, hvis den fælles FoU bliver en succes. Det betyder, at resultaterne af den fælles FoU er afgørende for den efterfølgende fælles produktion. I dette tilfælde har retningslinjerne i kapitlet om FoU-aftaler forrang. Resultatet af vurderingen af tyngdepunktet ville være anderledes, hvis parterne ville have gennemført den fælles produktion under alle omstændigheder, dvs. uanset den fælles FoU. Det betyder, at sådanne aftaler i stedet bør vurderes som fælles produktionsaftaler, således at retningslinjerne i kapitlet om produktionsaftaler har forrang. Hvis aftalen indebærer fuld integration på produktionsområdet og kun delvis integration af nogle FoU-aktiviteter, vil tyngdepunktet for samarbejdet være den fælles produktion
 - tilsvarende gælder det, at tyngdepunktet for en horisontal samarbejdsaftale, som omfatter både specialisering og fælles markedsføring af resultaterne, normalt vil være specialiseringen, da den fælles markedsføring kun vil finde sted på grund af samarbejdet i forbindelse med specialiseringsaktiviteten
 - tyngdepunktet for en horisontal samarbejdsaftale, der omfatter fælles produktion og fælles markedsføring af produkterne, vil normalt være den fælles produktion, da den fælles markedsføring generelt kun vil finde sted på grund af samarbejdet i forbindelse med fælles produktion, som er hovedaktiviteten.
8. Tyngdepunkttesten gælder kun for forholdet mellem de forskellige kapitler i disse retningslinjer, ikke for forholdet mellem de forskellige gruppefritagelsesforordninger. En gruppefritagelsesforordnings anvendelsesområde fastlægges af dens egne bestemmelser. Se kapitel 2 om aftaler, der er omfattet af gruppefritagelsesforordningen for FoU-aftaler, og kapitel 3 om aftaler, der er omfattet af gruppefritagelsesforordningen for specialiseringsaftaler.
9. Retningslinjerne er struktureret som følger:

- Det første kapitel er en indledning, der beskriver, i hvilken kontekst artikel 101 finder anvendelse på horisontale samarbejdsaftaler. Dette kapitel indeholder også oplysninger om forholdet mellem disse retningslinjer og anden lovgivning og vejledning, der har relevans for horisontale samarbejdsaftaler.
- I kapitel 2-8 gives der vejledning for at lette selvvurderingen i henhold til artikel 101 for de mest almindelige horisontale samarbejdsaftaler. Kapitel 9 indeholder yderligere vejledning om aftaler, der forfølger bæredygtighedsmål. Vejledningen i kapitel 2-9 supplerer de mere generelle retningslinjer i denne indledning. Det anbefales derfor altid at læse indledningen først og derefter de specifikke kapitler.

1.2. Anvendelse af artikel 101 på horisontale samarbejdsaftaler

1.2.1. Indledning

10. Et af formålene med artikel 101 er at sikre, at virksomhederne ikke bruger horisontale samarbejdsaftaler til at hindre, begrænse eller fordreje konkurrencen på markedet, i sidste ende til skade for forbrugerne.
11. Artikel 101 finder anvendelse på virksomheder og sammenslutninger af virksomheder. En virksomhed er enhver enhed, som udgøres af menneskelige, materielle og immaterielle værdier, og som udøver økonomisk virksomhed, uanset denne enheds retlige status og dens finansieringsmåde⁴. En sammenslutning af virksomheder er et organ, hvorigennem virksomheder af samme generelle type koordinerer deres adfærd på markedet⁵. Disse retningslinjer finder anvendelse på horisontale samarbejdsaftaler mellem virksomheder og vedtagelser inden for sammenslutninger af virksomheder.
12. Når en virksomhed udøver afgørende indflydelse på en anden virksomhed, udgør de en enkelt økonomisk enhed og indgår derfor i samme virksomhed⁶. Selskaber, der indgår i samme virksomhed, betragtes ikke som konkurrenter i disse retningslinjers forstand, selv om de begge opererer på det samme relevante produktmarked og geografiske marked.
13. Med henblik på at fastslå ansvaret for en overtrædelse af artikel 101, stk. 1, har Domstolen fastslået, at moderselskaber og deres joint venture i konkurrenceretlig forstand udgør én økonomisk enhed og dermed én virksomhed på det eller de relevante markeder, for så vidt som det godtgøres, at moderselskaberne til et joint venture udøver en afgørende indflydelse på dette joint venture⁷. Når det påvises, at moderselskaberne udøvede afgørende indflydelse på joint venture-virksomheden, vil

⁴ Jf. f.eks. dom af 25. marts 2021, Deutsche Telekom mod Kommissionen, C-152/19 P, EU:C:2021:238, præmis 72 og den deri nævnte retspraksis.

⁵ Jf. i denne retning dom af 11. september 2014, MasterCard mod Kommissionen, C-382/12 P, EU:C:2014:2201, præmis 76, og forslag til afgørelse fra generaladvokat Léger af 10. juli 2001, Wouters, C-309/99, EU:C:2001:390, punkt 61.

⁶ Jf. f.eks. dom af 24. oktober 1996, Viho, C-73/95 P, EU:C:1996:405, præmis 51. Der foreligger en formodning for, at et moderselskab faktisk udøver afgørende indflydelse på et datterselskabs adfærd, når der er tale om helejede datterselskaber, eller når moderselskabet besidder alle de stemmerettigheder, der er knyttet til dets datterselskabers aktier. Jf. f.eks. dom af 10. september 2009, Akzo, C-97/08 P, EU:C:2009:536, præmis 60 ff., og dom af 27. januar 2021, The Goldman Sachs Group Inc mod Kommissionen, C-595/18 P, EU:C:2021:73, præmis 36.

⁷ Dom af 26. september 2013, EI du Pont de Nemours and Company, C-172/12 P, EU:C:2013:601, præmis 47, og dom af 14. september 2017, LG Electronics Inc. og Koninklijke Philips Electronics NV, C-588/15 P og C-622/15 P, EU:C:2017:679, præmis 71 og 76.

Kommissionen typisk ikke anvende artikel 101, stk. 1, på aftaler og samordnet praksis mellem moderselskabet/moderselskaberne og joint venture-virksomheden vedrørende deres aktiviteter på det eller de relevante markeder, hvor joint venture-virksomheden opererer. Ikke desto mindre vil Kommissionen typisk anvende artikel 101, stk. 1, på aftaler:

- mellem moderselskaberne om oprettelse af joint venture-virksomheden
 - mellem moderselskaberne om ændring af joint venture-virksomhedens omfang
 - mellem moderselskaberne og joint venture-virksomheden uden for virksomhedens produktmæssige og geografiske aktivitetsområde
 - mellem moderselskaberne uden inddragelse af joint venture-virksomheden, også med hensyn til det relevante marked, hvor joint venture-virksomheden opererer.
14. Den omstændighed, at et joint venture og dets moderselskaber anses for at være en del af den samme virksomhed på et bestemt marked, er ikke til hinder for, at de to moderselskaber på alle andre markeder fortsat er uafhængige⁸.
15. For at artikel 101 kan finde anvendelse på horisontalt samarbejde, skal der være en form for koordinering mellem konkurrenter – med andre ord: en aftale mellem virksomheder, en vedtagelse inden for en sammenslutning af virksomheder eller en form for samordnet praksis.

*Horisontalt samarbejde kan tage form af **en aftale**, hvorved to eller flere virksomheder har udtrykt samstemmende vilje til at samarbejde⁹. En **samordnet praksis** er en form for koordinering mellem virksomheder, hvorved disse ikke går så langt som til at afslutte en egentlig aftale, men dog bevidst erstatter den risiko, der er forbundet med normal konkurrence, med indbyrdes praktisk samarbejde¹⁰. Begrebet samordnet praksis forudsætter både samordning mellem de berørte virksomheder og en adfærd på markedet, der ligger i forlængelse af denne samordning, samt årsagsforbindelse mellem samordningen og adfærden¹¹.*

16. Eksistensen af en aftale, en samordnet praksis eller en vedtagelse inden for en sammenslutning af virksomheder er ikke ensbetydende med, at der er tale om en konkurrencebegrænsning som omhandlet i artikel 101, stk. 1. Medmindre andet er angivet, omfatter udtrykket "aftale" i disse retningslinjer også samordnet praksis og vedtagelser inden for sammenslutninger af virksomheder.
17. Horisontale samarbejdsaftaler kan indgås mellem faktiske eller potentielle konkurrenter. Hvis to virksomheder opererer på det samme relevante produktmarked eller geografiske marked, betragtes de som faktiske konkurrenter. En virksomhed behandles som en potentiel konkurrent til en anden virksomhed, hvis det uden aftalen

⁸ Dom af 14. september 2017, LG Electronics Inc. og Koninklijke Philips Electronics NV, C-588/15 P og C-622/15 P, EU:C:2017:679, præmis 79.

⁹ Jf. f.eks. dom af 13. juli 2006, Kommissionen mod Volkswagen, C-74/04 P, EU:C:2006:460, præmis 37.

¹⁰ Jf. f.eks. dom af 4. juni 2009, T-Mobile Netherlands m.fl., C-8/08, EU:C:2009:343, præmis 26, dom af 31. marts 1993, Wood Pulp, C-89/85, C-104/85, C-114/85, C-116/85, C-117/85 og C-125/85 til C-129/85, EU:C:1993:120, præmis 63.

¹¹ Dom af 19. marts 2015, Dole Food og Dole Fresh Fruit Europe mod Kommissionen, C-286/13 P, EU:C:2015:184, præmis 126 og den deri nævnte retspraksis.

er sandsynligt, at førstnævnte virksomhed, inden for en kort periode¹² vil foretage de nødvendige supplerende investeringer eller afholde andre nødvendige omstillingsomkostninger for at komme ind på det relevante marked, hvor sidstnævnte virksomhed opererer. Denne vurdering skal bygge på realistiske forhold, og det er ikke tilstrækkeligt, at der blot foreligger en teoretisk mulighed for, at virksomheden kommer ind på markedet¹³. Når der i disse retningslinjer henvises til konkurrenter, omfatter det både faktiske og potentielle konkurrenter, medmindre andet er angivet.

Ved vurderingen af, om en virksomhed kan betragtes som en potentiel konkurrent til en anden virksomhed, kan følgende overvejelser være relevante:

- *Om virksomheden har en fast beslutsomhed og en selvstændig evne til at indtræde på markedet inden for et kort tidsrum, og der ikke er hindringer, som er uoverstigelige¹⁴.*
- *Om virksomheden har taget de indledende skridt, der er nødvendige for at få adgang til det pågældende marked.*
- *De reelle og konkrete muligheder for, at den virksomhed, der endnu ikke er aktiv, kan komme ind på dette marked og konkurrere med en eller flere af de andre virksomheder – den blotte teoretiske mulighed for at komme ind på et marked er ikke tilstrækkelig.*
- *Strukturen på markedet og den økonomiske og retlige sammenhæng, hvori det indgår.*
- *Opfattelsen hos den etablerede virksomhed er en faktor, der er relevant for vurderingen af, om der foreligger et konkurrenceforhold mellem denne og en virksomhed uden for markedet, for så vidt som denne virksomhed, hvis den opfattes som en potentiel ny aktør på markedet, alene på grund af sin eksistens kan udøve et konkurrencepres på den aktør, der er etableret på dette marked.*
- *Indgåelse af en aftale mellem flere virksomheder i samme led i produktionskæden, hvoraf nogle ikke var til stede på det pågældende marked¹⁵.*

1.2.2. Analysegrundlag

18. Vurderingen efter artikel 101 består af to trin. Første trin, i henhold til artikel 101, stk. 1, består i at vurdere, om en aftale mellem virksomheder, der vil kunne påvirke

¹² Hvad der skal betragtes som "en kort periode", afhænger af de retlige og økonomiske omstændigheder i den pågældende sag, og navnlig af spørgsmålet om, hvorvidt den pågældende virksomhed er part i en horisontal samarbejdsaftale eller tredjepart. Hvor det undersøges, om en aftalepart skal betragtes som en potentiel konkurrent, vil Kommissionen normalt anse en længere periode for at være en "kort periode", end hvor det undersøges, om tredjepart kan udsætte aftaleparterne for et konkurrencepres. For at tredjepart kan betragtes som en potentiel konkurrent, skal markedsadgangen finde sted tilstrækkelig hurtigt, så truslen om potentiel markedsadgang lægger pres på parternes og andre markedsdeltageres adfærd. Af disse årsager betragter både gruppefritagelsesforordningen for FoU- og for specialiseringsaftaler, en periode på højst tre år som "en kort periode".

¹³ Dom af 30. januar 2020, Generics (UK), C-307/18, EU:C:2020:52, præmis 37 og 38.

¹⁴ Den omstændighed, at der foreligger et patent, kan ikke som sådan anses for en uoverstigelig hindring. Jf. dom af 25. marts 2021, Lundbeck, C-591/16 P, EU:C:2021:243, præmis 38 og 58-59.

¹⁵ Jf. f.eks. dom af 30. januar 2020, Generics (UK), C-307/18, EU:C:2020:52, præmis 36-58.

handelen mellem medlemsstater, har et konkurrencebegrænsende formål eller har faktiske eller potentielle¹⁶ konkurrencebegrænsende virkninger.

19. Andet trin, i henhold til artikel 101, stk. 3, der kun bliver relevant, når det er fastslået, at en aftale er konkurrencebegrænsende som omhandlet i artikel 101, stk. 1, består i at bestemme, hvilke konkurrencefremmende fordele aftalen medfører, og vurdere, om disse konkurrencefremmende virkninger opvejer de konkurrencebegrænsende¹⁷. Afvejningen af de konkurrencebegrænsende og de konkurrencefremmende virkninger foretages udelukkende inden for rammerne af artikel 101, stk. 3¹⁸. Hvis de konkurrencefremmende virkninger ikke opvejer de konkurrencebegrænsende, har aftalen i henhold til artikel 101, stk. 2, ingen retsvirkning.
20. Artikel 101 finder ikke anvendelse, når en virksomheds konkurrencebegrænsende adfærd er påkrævet enten i henhold til national lovgivning eller i henhold til en national retlig ramme, der udelukker enhver mulighed for konkurrence for de involverede virksomheder¹⁹. I sådanne situationer er virksomheder afskåret fra at udvise en selvstændig adfærd, der kan hindre, begrænse eller fordreje konkurrencen²⁰. Med andre ord betyder de offentlige myndigheders opmuntring til en horisontal samarbejdsaftale ikke, at den er tilladt efter artikel 101²¹. Virksomhederne er uændret omfattet af artikel 101, hvor en national lov blot tilskynder til eller fremmer virksomhedernes selvstændige udøvelse af konkurrencebegrænsende adfærd. I visse tilfælde ansporer de offentlige myndigheder virksomhederne til at indgå horisontale samarbejdsaftaler for at nå et mål af offentlig interesse gennem selvregulering.

1.2.3. Vurdering efter artikel 101, stk. 1

1.2.3.1. De vigtigste konkurrenceproblemer i forbindelse med horisontalt samarbejde

21. Horisontale samarbejdsaftaler kan medføre betydelige økonomiske fordele, herunder bæredygtighedsfordele, især hvis de indebærer sammenlægning af komplementære aktiviteter, kompetencer eller aktiver. Horisontalt samarbejde kan være et middel til risikodeling, omkostningsbesparelser, investeringsforøgelse, fælles udnyttelse af knowhow, forbedring af produkternes kvalitet, udvidelse af produktsortimentet og hurtigere iværksættelse af innovation. Horisontalt samarbejde kan ligeledes være et middel til at afhjælpe mangler og forstyrrelser i forsyningskæderne eller mindske afhængigheden af visse produkter, tjenester og teknologier.

¹⁶ Artikel 101, stk. 1, forbyder både faktiske og potentielle konkurrencebegrænsende virkninger, jf. f.eks. dom af 28. maj 1998, John Deere, C-7/95 P, EU:C:1998:256, præmis 77, dom af 23. november 2006, Asnef-Equifax, C-238/05, EU:C:2006:734, præmis 50.

¹⁷ Jf. dom af 6. oktober 2009, GlaxoSmithKline, C-501/06 P, C-513/06 P, C-515/06 P og C-519/06 P, EU:C:2009:610, præmis 95.

¹⁸ Jf. dom af 23. oktober 2003, Van den Bergh Foods mod Kommissionen, T-65/98, Sml. 2003 II-04653, EU:T:2003:281, præmis 107, dom af 18. september 2001, Métropole télévision (M6) m.fl. mod Kommissionen, sag T-112/99, Sml. 2001 II-02459, EU:T:2001:215, præmis 74, dom af 2. maj 2006, O2 mod Kommissionen, T-328/03, Sml. 2006 II-01231, EU:T:2006:116, præmis 69 ff.

¹⁹ Jf. dom af 14. oktober 2010, Deutsche Telekom, C-280/08 P, EU:C:2010:603, præmis 80-81. Denne mulighed er blevet fortolket snævert, jf. f.eks. dom af 29. oktober 1980, Van Landewyck, forenede sager 209-215 og 218/78, EU:C:1980:248, præmis 130-134, dom af 11. november 1997, Ladbroke Racing, C-359/95 P og C-379/95 P, EU:C:1997:531, præmis 33 ff.

²⁰ Dom af 9. september 2003, CIF, C-198/01, EU:C:2003:430, præmis 54 ff.

²¹ Jf. f.eks. dom af 13. december 2006, FNCBV m.fl. mod Kommissionen (Fransk oksekød), T-217/03 og T-245/03, EU:T:2006:391, præmis 92.

22. Horisontale samarbejdsaftaler kan imidlertid også begrænse konkurrencen på flere måder. Aftalen kan f.eks. føre til, at konkurrencen på det relevante marked forsvinder, til hemmelig samordning mellem parterne eller give anledning til konkurrenceskadelige afskærmningsproblemer.

1.2.3.2. Tab af konkurrence på det relevante marked

23. Horisontale samarbejdsaftalers potentielle virkninger kan bestå i, at konkurrencen mellem aftaleparterne forsvinder. Konkurrenterne kan også opnå en fordel, ved at aftalen letter konkurrencepresset, og derfor måske finde det fordelagtigt at forhøje priserne eller påvirke de andre konkurrenceparametre på markedet negativt.
24. For den konkurrencemæssige vurdering af aftalen er det relevant, om:
- aftaleparterne har store markedsandele
 - de er faktiske eller potentielle konkurrenter
 - kunderne har tilstrækkelige muligheder for at skifte leverandør
 - konkurrenterne sandsynligvis vil øge udbuddet, hvis priserne stiger
 - en af aftaleparterne er en betydelig konkurrent.

1.2.3.3. Risiko for hemmelig samordning

25. En horisontal samarbejdsaftale kan også indskrænke parternes muligheder for at træffe selvstændige beslutninger og derved øge sandsynligheden for, at de samordner deres adfærd, så det fører til hemmelig samordning. For parter, der samordnede deres adfærd i forvejen, kan den imidlertid også gøre samordningen lettere, mere stabil eller mere effektiv, enten ved at denne styrkes, eller ved at parterne får mulighed for at opnå endnu højere priser. Horisontalt samarbejde kan f.eks. medføre videregivelse af strategiske oplysninger og derved øge sandsynligheden for samordning mellem parterne inden for eller uden for samarbejdsområdet. Parterne kan endvidere opnå en betydelig ensartethed i omkostningsstrukturerne (dvs. den del af de variable omkostninger, som parterne har til fælles), så de lettere kan samordne markedspriser og produktion.
26. For den konkurrencemæssige vurdering af aftalen er det relevant, om:
- aftaleparterne har store markedsandele
 - de er faktiske eller potentielle konkurrenter
 - markedet er præget af forhold, som bidrager til en sådan samordning
 - samarbejdsområdet tegner sig for en stor del af parternes variable omkostninger på et givet marked
 - parterne i betydeligt omfang kombinerer deres virksomhed på samarbejdsområdet. Det kan for eksempel være tilfældet, når de i fællesskab fremstiller eller køber et vigtigt mellemprodukt eller en stor del af deres samlede produktion af et endeligt produkt.

1.2.3.4. Markedsafskærmning

27. Nogle horisontale samarbejdsaftaler, f.eks. produktions- og standardiseringsaftaler, kan også medføre konkurrenceskadelig markedsafskærmning. Ved hjælp af konkurrencebegrænsende midler ville konkurrenterne således blive hindret i at konkurrere effektivt, f.eks. ved at nægte dem adgang til vigtigt input eller blokere en vigtig rute til markedet. Udveksling af kommercielt følsomme oplysninger eller data

kan også medføre betydelige konkurrencemæssige ulemper for konkurrenter, der ikke er tilsluttet udvekslingsordningen, i forhold til de virksomheder, der deltager i ordningen.

1.2.4. *Konkurrencebegrænsende formål*

28. Visse former for samarbejde mellem virksomheder kan i sagens natur anses for at være skadelige for de normale konkurrencevilkår²². I sådanne tilfælde er det ikke nødvendigt at undersøge adfærdens faktiske eller potentielle virkninger på markedet, når først det er fastslået, at den har til formål at begrænse konkurrencen²³.
29. For at en horisontal samarbejdsaftale kan anses for at have et konkurrencebegrænsende formål, er det tilstrækkeligt, at den *potentielt* kan påvirke konkurrencen negativt. Med andre ord skal aftalen blot konkret – dvs. under hensyntagen til den pågældende retlige og økonomiske sammenhæng – kunne hindre, begrænse eller fordreje konkurrencen inden for det indre marked²⁴.
30. For at fastslå, at en aftale har et konkurrencebegrænsende formål, behøver der ikke være en direkte forbindelse mellem aftalen og forbrugerpriserne²⁵. Formålet med artikel 101 er ikke blot at beskytte de enkelte konkurrenters eller forbrugeres umiddelbare interesser, men også at beskytte strukturen på markedet og dermed konkurrencen som sådan²⁶.
31. Begrebet konkurrencebegrænsende formål kan anvendes på former for praksis, for hvilke det efter en individuel og detaljeret undersøgelse er påvist, at de i tilstrækkelig grad skader konkurrencen²⁷.
32. Ved vurderingen af, om en aftale har et konkurrencebegrænsende formål, tages der hensyn til følgende elementer:
 - aftalens indhold
 - de målsætninger, der søges gennemført med aftalen
 - den økonomiske og retlige sammenhæng, hvori aftalen indgår.
33. Ved fastlæggelsen af denne retlige og økonomiske sammenhæng skal der også tages hensyn til²⁸:
 - arten af de produkter eller tjenesteydelser, der er tale om

²² Jf. f.eks. dom af 11. september 2014, CB mod Kommissionen, C-67/13 P, EU:C:2014:2204, præmis 49-50.

²³ Jf. f.eks. dom af 6. oktober 2009, GlaxoSmithKline, C-501/06 P, C-513/06 P, C-515/06 P og C-519/06 P, EU:C:2009:610, præmis 55, dom af 20. november 2008, BIDS, C-209/07, EU:C:2008:643, præmis 16, dom af 4. juni 2009, T-Mobile Netherlands m.fl., C-8/08, EU:C:2009:343, præmis 29 ff., dom af 28. maj 1998, John Deere, C-7/95 P, EU:C:1998:256, præmis 77.

²⁴ Dom af 4. juni 2009, T-Mobile Netherlands m.fl., C-8/08, EU:C:2009:343, præmis 31.

²⁵ Pris er et af konkurrenceparametrene ud over parametre som f.eks. produktion, produktkvalitet, produktsortiment eller innovation.

²⁶ Dom af 4. juni 2009, T-Mobile Netherlands m.fl., C-8/08, EU:C:2009:343, præmis 38-39, dom af 19. marts 2015, Dole Food og Dole Fresh Fruit Europe mod Kommissionen, C-286/13 P, EU:C:2015:184, præmis 125.

²⁷ Jf. dom af 25. marts 2021, Sun mod Kommissionen, C-586/16 P, EU:C:2021:241, præmis 86.

²⁸ For så vidt angår aftaler, for hvilke Domstolen allerede har fastslået, at de udgør særligt alvorlige overtrædelser af konkurrencereglerne, kan analysen af den retlige og økonomiske sammenhæng begrænses til, hvad der er strengt nødvendigt for at fastslå, at der foreligger et konkurrencebegrænsende formål, jf. dom af 20. januar 2016, Toshiba, C-373/14 P, EU:C:2016:26, præmis 29.

- hvorledes de pågældende markeder er opbygget og reelt fungerer²⁹.
34. Hvis parterne påberåber sig aftalens mulige konkurrencefremmende virkninger, som både skal konstateres og være relevante og specifikke for den omhandlede aftale og af et tilstrækkeligt omfang, vil Kommissionen tage behørigt hensyn til dette³⁰.
35. Parternes *hensigt* er ikke en nødvendig faktor for at fastslå, om en aftale har et konkurrencebegrænsende formål, men kan tages i betragtning³¹.
- 1.2.5. *Konkurrencebegrænsende virkninger*
36. En horisontal samarbejdsaftale, der ikke i sig selv medfører en tilstrækkelig grad af skade på konkurrencen, kan stadig have konkurrencebegrænsende virkninger. For at en horisontal aftale har konkurrencebegrænsende virkninger, skal den have, eller sandsynligvis have, en mærkbar negativ virkning på mindst et af konkurrenceparametrene på markedet, såsom pris, produktion, produktkvalitet, produktsortiment eller innovation. For at afgøre, om dette er tilfældet, er det nødvendigt at undersøge, hvorledes konkurrencen ville forme sig under forhold, hvor den omtvistede aftale ikke fandtes³². Aftaler kan have begrænsende virkninger, når de mærkbart mindsker konkurrencen mellem de virksomheder, der er part i aftalen, eller mellem en af aftaleparterne og tredjepart³³.
37. Med henblik på at vurdere, om en aftale har konkurrencebegrænsende virkninger, er følgende faktorer relevante:
- Aftalens art og indhold.
 - De konkrete rammer, hvori den nævnte aftale indgår, tages i betragtning, bl.a. den økonomiske og retlige sammenhæng, de pågældende virksomheder indgår i, de goder eller tjenesteydelser, der er tale om, samt hvorledes det pågældende marked er opbygget og reelt fungerer³⁴.
 - I hvilket omfang parterne hver for sig eller tilsammen har eller får en vis markedsstyrke, og om aftalen bidrager til at skabe, opretholde eller forøge markedsstyrke eller sætter parterne i stand til at udnytte en sådan markedsstyrke³⁵.

²⁹ Jf. også dom af 11. september 2014, CB mod Kommissionen, C-67/13 P, EU:C:2014:2204, præmis 53, dom af 19. marts 2015, Dole Food og Dole Fresh Fruit Europe mod Kommissionen, C-286/13 P, EU:C:2015:184, præmis 117, og dom af 2. april 2020, Budapest Bank m.fl., C-228/18, EU:C:2020:265, præmis 51.

³⁰ Dom af 30. januar 2020, Generics (UK), C-307/18, EU:C:2020:52, præmis 103-107.

³¹ Jf. f.eks. dom af 14. marts 2013, Allianz Hungária Biztosító m.fl., C-32/11, EU:C:2013:160, præmis 37, dom af 11. september 2014, CB mod Kommissionen, C-67/13 P, EU:C:2014:2204, præmis 54, og dom af 19. marts 2015, Dole Food og Dole Fresh Fruit Europe mod Kommissionen, C-286/13 P, EU:C:2015:184, præmis 118.

³² Dom af 30. januar 2020, Generics (UK), C-307/18, EU:C:2020:52, præmis 118, dom af 12. december 2018, Krka mod Kommissionen, T-684/14, EU:T:2018:918, præmis 315, og dom af 11. september 2014, MasterCard mod Kommissionen, C-382/12 P, EU:C:2014:2201, præmis 166.

³³ Dom af 28. maj 1998, John Deere, C-7/95 P, EU:C:1998:256, præmis 88, dom af 23. november 2006, Asnef-Equifax, C-238/05, EU:C:2006:734, præmis 51.

³⁴ Dom af 30. januar 2020, Generics (UK), C-307/18, EU:C:2020:52, præmis 116 og den deri nævnte retspraksis.

³⁵ Ved markedsstyrke forstås evnen til i en periode at opnå fordele ved at holde priserne på et højere niveau eller produktionen, dvs. udbuddet, produkternes kvalitet og produktsortimentet eller innovationen, på et lavere niveau, end det ville have været muligt på et konkurrencepræget marked. Den grad af markedsstyrke, der normalt skal til for at fastslå, at der foreligger en overtrædelse af artikel 101,

- De konkurrencebegrænsende virkninger kan være reelle og potentielle, men de skal under alle omstændigheder være tilstrækkeligt mærkbare³⁶.

38. Nogle gange indgår virksomheder horisontale samarbejdsaftaler, fordi de ikke ville være i stand til selvstændigt at gennemføre det projekt eller den aktivitet, der er omfattet af samarbejdet, på grundlag af objektive faktorer, f.eks. på grund af parternes begrænsede tekniske kapacitet. Sådanne horisontale samarbejdsaftaler vil normalt ikke få konkurrencebegrænsende virkninger som omhandlet i artikel 101, stk. 1, medmindre parterne kunne have gennemført projektet med mindre strenge begrænsninger³⁷.

1.2.6. *Accessoriske begrænsninger*

39. En horisontal samarbejdsaftale, der er i overensstemmelse med artikel 101, stk. 1, kan stadig begrænse aftaleparternes kommercielle selvstændighed. En sådan såkaldt "accessorisk begrænsning" kan i sig selv også være i overensstemmelse med artikel 101, stk. 1, hvis den er objektivt nødvendig for gennemførelsen af den horisontale samarbejdsaftale og står i rimeligt forhold til formålene³⁸. I sådanne tilfælde skal det undersøges, om aftalen ville være umulig at gennemføre uden den pågældende begrænsning³⁹. Det forhold, at en transaktion eller aktivitet blot bliver vanskeligere at gennemføre eller mindre rentabel uden den pågældende begrænsning, anses ikke for at gøre denne begrænsning "objektivt nødvendig" og således accessorisk⁴⁰.

1.2.7. *Vurdering efter artikel 101, stk. 3*

40. Vurderingen af konkurrencebegrænsende formål eller konkurrencebegrænsende virkninger efter artikel 101, stk. 1, er kun den ene side af den undersøgelse, der skal foretages. Den anden side, der kommer til udtryk i artikel 101, stk. 3, går ud på at vurdere konkurrencebegrænsende aftalers konkurrencefremmende virkninger⁴¹. Når der i en konkret sag er blevet påvist konkurrencebegrænsende formål eller virkninger som omhandlet i artikel 101, stk. 1, kan virksomheden påberåbe sig artikel 101, stk. 3. I henhold til artikel 2 i Rådets forordning (EF) nr. 1/2003 af 16. december 2002 om gennemførelse af konkurrencereglerne i traktatens artikel 81 og 82⁴², påhviler bevisbyrden i henhold til artikel 101, stk. 3, den eller de virksomheder, der påberåber sig denne bestemmelse. Derfor skal virksomhedens/virksomhedernes faktiske argumenter og dokumentation kunne sætte Kommissionen i stand til at konkludere,

stk. 1, er mindre end den grad af markedsstyrke, der skal til for at fastslå, at der foreligger en dominerende stilling efter artikel 102, hvor der kræves en betydelig grad af markedsstyrke.

³⁶ Dom af 11. september 2014, CB mod Kommissionen, C-67/13 P, EU:C:2014:2204, præmis 52.

³⁷ Jf. også punkt 18 i Kommissionens retningslinjer om anvendelse af traktatens artikel 81, stk. 3 (EUT C 101 af 27.4.2004, s. 97).

³⁸ Dom af 11. september 2014, MasterCard mod Kommissionen, C-382/12 P, EU:C:2014:2201, præmis 89, dom af 11. juli 1985, Remia m.fl. mod Kommissionen, C-42/84, EU:C:1985:327, præmis 19-20, dom af 28. januar 1986, Pronuptia, C-161/84, EU:C:1986:41, præmis 15-17, dom af 15. december 1994, DLG, C-250/92, EU:C:1994:413, præmis 35, og dom af 12. december 1995, Oude Luttikhuis m.fl., C-399/93, EU:C:1995:434, præmis 12-15.

³⁹ Dom af 11. september 2014, MasterCard mod Kommissionen, C-382/12 P, EU:C:2014:2201, præmis 91.

⁴⁰ Dom af 11. september 2014, MasterCard mod Kommissionen, C-382/12 P, EU:C:2014:2201, præmis 91.

⁴¹ Den generelle fremgangsmåde ved anvendelsen af artikel 101, stk. 3, findes i Kommissionens retningslinjer om anvendelse af traktatens artikel 81, stk. 3 (EUT C 101 af 27.4.2004, s. 97).

⁴² EUT L 1 af 4.1.2003, s. 1.

at det er tilstrækkelig sandsynligt, at den pågældende aftale vil få konkurrencefremmende virkninger⁴³.

41. Anvendelsen af undtagelsesbestemmelsen i artikel 101, stk. 3, er underlagt fire kumulative betingelser – to positive og to negative:

- Aftalen skal bidrage til at forbedre produktionen eller distributionen af produkterne eller til at fremme den tekniske eller økonomiske udvikling, dvs. medføre effektivitetsgevinster.
- Begrænsningerne skal være nødvendige for at nå disse mål, dvs. effektivitetsgevinsterne.
- Forbrugerne skal opnå en rimelig andel af fordelene derved, dvs. at de effektivitetsgevinster, herunder kvalitative effektivitetsgevinster, der opnås ved de nødvendige begrænsninger, i tilstrækkeligt omfang skal komme forbrugerne til gode, så de i det mindste opnår compensation for aftalens restriktive virkninger. Derfor vil effektivitetsgevinster, der kun kommer aftaleparterne til gode, ikke være tilstrækkelige. I disse retningslinjer omfatter begrebet "forbrugere" aftaleparternes potentielle og/eller faktiske kunder⁴⁴
- Aftalen må ikke give parterne mulighed for at udelukke konkurrencen for en væsentlig del af de pågældende produkter.

42. Gruppefritagelsesforordningen for FoU-aftaler og for specialiseringsaftaler er baseret på artikel 101, stk. 3. De er baseret på den forudsætning, at sammenlægningen af komplementære kompetencer eller aktiver kan skabe betydelige effektivitetsgevinster ved FoU- og specialiseringsaftaler. Dette kan også være tilfældet for andre typer horisontale samarbejdsaftaler. Undersøgelsen af en konkret aftales effektivitetsgevinster i henhold til artikel 101, stk. 3, er derfor i vid udstrækning et spørgsmål om at påvise, med hvilke komplementære kompetencer og aktiver hver af parterne bidrager til aftalen, og at vurdere, om de effektivitetsgevinster, det medfører, er af en sådan art, at betingelserne i artikel 101, stk. 3, er opfyldt.

Horisontale samarbejdsaftaler kan medføre komplementaritet på forskellige måder. En FoU-aftale kan samle forskellige kompetencer på forskningsområdet og komplementære færdigheder og aktiver, hvilket kan give mulighed for udvikling og markedsføring af bedre eller nye produkter, end det ellers ville være tilfældet. Andre horisontale samarbejdsaftaler kan gøre det muligt for parterne at gå sammen om at designe, fremstille og markedsføre produkter eller i fællesskab at købe produkter eller tjenesteydelser, som de måtte have brug for til deres aktiviteter.

43. Når horisontale samarbejdsaftaler ikke omfatter en kombination af komplementære kompetencer eller aktiver, er det mindre sandsynligt, at de vil medføre effektivitetsgevinster, som gavner forbrugerne. Sådanne aftaler kan betyde, at visse omkostninger ikke skal afholdes af begge parter, f.eks. fordi en række faste omkostninger kan elimineres. Det er dog normalt mindre sandsynligt, at besparelser med hensyn til de faste omkostninger vil gavne forbrugerne, end det er tilfældet med f.eks. besparelser med hensyn til de variable omkostninger eller marginalomkostningerne.

⁴³ Jf. f.eks. dom af 6. oktober 2009, GlaxoSmithKline, C-501/06 P, C-513/06 P, C-515/06 P og C-519/06 P, EU:C:2009:610, præmis 93-95.

⁴⁴ Der findes flere oplysninger om begrebet "forbruger" i punkt 84 i Kommissionens retningslinjer om anvendelse af traktatens artikel 81, stk. 3 (EUT C 101 af 27.4.2004, s. 97).

1.2.8. *Horisontale samarbejdsaftaler, der generelt falder uden for anvendelsesområdet for artikel 101, stk. 1*

44. Aftaler, der ikke kan påvirke handelen mellem medlemsstaterne mærkbart (ingen påvirkning af handelen), eller der ikke begrænser konkurrencen mærkbart (aftaler af ringe betydning), falder ikke ind under artikel 101, stk. 1⁴⁵. Kommissionen har udstedt vejledning om, hvornår der ikke er tale om påvirkning af handelen, i Kommissionens retningslinjer vedrørende begrebet påvirkning af handelen i traktatens artikel 81 og 82 ("retningslinjerne om påvirkning af handelen")⁴⁶ og om aftaler af ringe betydning i Kommissionens meddelelse om aftaler af ringe betydning, der ikke indebærer en mærkbar begrænsning af konkurrencen i henhold til artikel 101, stk. 1, i traktaten om Den Europæiske Unions funktionsmåde ("bagatelmeddelelsen")⁴⁷. Nærværende retningslinjer berører ikke retningslinjerne om påvirkning af handelen eller bagatelmeddelelsen eller Kommissionens fremtidige retningslinjer på området.
45. Retningslinjerne om påvirkning af handelen indeholder de principper, der er udviklet af EU-domstolene med henblik på fortolkning af begrebet "påvirkning af handelen", og der redegøres for, hvornår aftaler kan formodes ikke at ville påvirke handelen mellem medlemsstaterne mærkbart. De omfatter en gendrivelig negativ formodning, der gælder for alle aftaler som omhandlet i artikel 101, stk. 1, uanset arten af de begrænsninger, der er indeholdt i disse aftaler, og den gælder således også for aftaler, der indeholder særligt alvorlige begrænsninger⁴⁸. Ifølge denne formodning kan horisontale samarbejdsaftaler i princippet ikke påvirke handelen mellem medlemsstater mærkbart, når:
- parterne ikke på nogen af de relevante markeder inden for EU har en samlet markedsandel på over 5 %, og
 - de deltagende virksomheders samlede årlige omsætning i Unionen af de produkter, der er omfattet af aftalen, ikke overstiger 40 mio. EUR⁴⁹.
 - I forbindelse med aftaler om fælles indkøb af produkter er den relevante omsætning parternes kombinerede indkøb af de produkter, der er omfattet af aftalen. Kommissionen kan afvise formodningen, hvis en undersøgelse af aftalens kendetegn og dens økonomiske sammenhæng viser det modsatte.
46. Som anført i bagatelmeddelelsen begrænser horisontale samarbejdsaftaler indgået af faktiske eller potentielle konkurrenter ikke mærkbart konkurrencen som omhandlet i artikel 101, stk. 1, hvis aftaleparternes samlede markedsandel ikke overstiger 10 % på noget relevant marked, der er berørt af aftalen⁵⁰. Der gælder dog to undtagelser til denne generelle regel. For det første finder artikel 101, stk. 1, anvendelse på særligt alvorlige begrænsninger, uanset aftaleparternes markedsandel⁵¹. Det skyldes, at en aftale, som kan påvirke handelen mellem medlemsstater, og som har et

⁴⁵ Jf. dom af 13. december 2012, Expedia (UK), C-226/11, EU:C:2012:795, præmis 16-17 og den deri nævnte retspraksis.

⁴⁶ EUT C 101 af 27.4.2004, s. 81.

⁴⁷ EUT C 291 af 30.8.2014, s. 1.

⁴⁸ Punkt 50 i retningslinjerne om påvirkning af handelen.

⁴⁹ Punkt 52 i retningslinjerne om påvirkning af handelen.

⁵⁰ Punkt 8 i bagatelmeddelelsen.

⁵¹ Jf. dom af 9. juli 1969, Völk mod Vervaecke, sag 5/69, ECLI:EU:C:1969:35, dom af 6. maj 1971, Cadillon mod Höss, sag 1/71, EU:C:1971:47, og dom af 28. april 1998, Javico mod Yves Saint Laurent Parfums, C-306/96, EU:C:1998:173, præmis 16-17.

konkurrencebegrænsende formål, i sig selv og uanset dens faktiske følger udgør en mærkbar begrænsning af konkurrencen⁵². For det andet sænkes markedsandelstærsklen fra 10 % til 5 %, hvis konkurrencen på et relevant marked begrænses af den kumulative virkning af parallelle net af aftaler⁵³.

47. Der gælder heller ikke nogen formodning om, at horisontale aftaler mellem virksomheder, hvoraf den ene eller flere har en individuel markedsandel på over 10 %, automatisk falder ind under artikel 101, stk. 1. Sådanne aftaler påvirker ikke nødvendigvis handelen mellem medlemsstaterne mærkbart, og de indebærer ikke nødvendigvis nogen mærkbare konkurrencebegrænsninger⁵⁴. De skal vurderes i deres retlige og økonomiske sammenhæng. Disse retningslinjer indeholder kriterierne for den individuelle vurdering af sådanne aftaler.

1.3. Sammenhæng med anden vejledning og lovgivning

48. Aftaler, der indgås mellem virksomheder i forskellige produktions- eller distributionsled, dvs. vertikale aftaler, behandles principielt i Kommissionens forordning (EU) nr. .../2022 af XX april 2022 om anvendelse af artikel 101, stk. 3, i traktaten om Den Europæiske Unions funktionsmåde på kategorier af vertikale aftaler og samordnet praksis⁵⁵ ("forordning (EU) nr. .../2022" eller "gruppefritagelsesforordningen for vertikale begrænsninger") og i Kommissionens meddelelse – Retningslinjer for vertikale begrænsninger ("retningslinjerne for vertikale begrænsninger")⁵⁶. I det omfang vertikale aftaler, f.eks. distributionsaftaler, indgås mellem konkurrenter, kan de få de samme virkninger på markedet og skabe de samme konkurrencemæssige problemer som horisontale aftaler. Vertikale aftaler mellem konkurrenter falder derfor ind under disse retningslinjer⁵⁷. Hvis det også er nødvendigt at vurdere sådanne aftaler i henhold til gruppefritagelsesforordningen for vertikale begrænsninger og retningslinjerne for vertikale begrænsninger, vil det udtrykkeligt fremgå af det relevante kapitel i disse retningslinjer. Når der ikke findes en sådan henvisning, gælder disse retningslinjer kun for vertikale aftaler mellem konkurrenter.
49. Når der i disse retningslinjer henvises til det relevante marked: kan Kommissionens meddelelse om afgrænsning af det relevante marked i forbindelse med Fællesskabets konkurrenceret ("meddelelsen om markedsafgrænsning") indeholde vejledning om, hvilke regler, kriterier og bevismidler Kommissionen anvender, når den skal tage stilling til markedsafgrænsningsspørgsmål⁵⁸. I forbindelse med anvendelsen af artikel 101 på horisontale samarbejdsaftaler bør det relevante marked derfor afgrænses på

⁵² Dom af 13. december 2012, Expedia, C-226/11, EU:C:2012:795, præmis 37.

⁵³ Punkt 10 i bagatelmeddelelsen.

⁵⁴ Jf. dom af 8. juni 1995, Langnese-Iglo mod Kommissionen, T-7/93, EU:T:1995:98, præmis 98.

⁵⁵ [...]

⁵⁶ [...]

⁵⁷ Dette gælder ikke, når konkurrenter indgår en ikke-gensidig vertikal aftale, og i) udbyderen er producent og distributør af produkter, mens aftageren er distributør og ikke er konkurrent i produktionsleddet, eller ii) udbyderen leverer tjenesteydelser i forskellige omsætningsled, mens aftageren leverer sine varer og tjenester i detaileddet og ikke er konkurrent i det omsætningsled, hvor aftaletjenesterne købes. Sådanne aftaler vurderes udelukkende på grundlag af gruppefritagelsesforordningen for vertikale begrænsninger og retningslinjerne for vertikale begrænsninger (jf. gruppefritagelsesforordningens artikel 2, stk. 4).

⁵⁸ Kommissionens meddelelse om afgrænsning af det relevante marked i forbindelse med Fællesskabets konkurrenceret (EFT C 372 af 9.12.1997, s. 5).

grundlag af disse retningslinjer og eventuelle fremtidige retningslinjer om afgrænsning af relevante markeder i forbindelse med EU-konkurrenceretten.

50. Selv om retningslinjerne indeholder henvisninger til karteller, tager de ikke sigte på at give nogen vejledning med hensyn til, hvad der udgør eller ikke udgør et kartel, som defineret i Kommissionens beslutningspraksis og Domstolens retspraksis.
51. Disse retningslinjer gælder for de mest almindelige former for horisontale samarbejdsaftaler, uanset hvilket integrationsniveau de medfører, bortset fra transaktioner, der udgør en fusion som omhandlet i artikel 3 i Rådets forordning (EF) nr. 139/2004 af 20. januar 2004 om kontrol med fusioner og virksomhedsovertagelser⁵⁹ ("fusionsforordningen"), hvilket ville være tilfældet med f.eks. joint venture-selskaber, som på et varigt grundlag varetager en selvstændig erhvervsvirksomheds funktioner ("selvstændigt fungerende joint ventures")⁶⁰.
52. Disse retningslinjer finder ikke anvendelse på aftaler, vedtagelser og samordnet praksis mellem producenter af landbrugsprodukter, der vedrører produktion af eller handel med landbrugsprodukter, og som har til formål at anvende en bæredygtighedsstandard, der er højere end fastsat i EU-retten eller national ret, og som er undtaget fra artikel 101, stk. 1, i henhold til artikel 210a i forordning (EU) nr. 1308/2013 om en fælles markedsordning for landbrugsprodukter⁶¹. Disse retningslinjer berører ikke de retningslinjer, som Kommissionen udsteder i henhold til artikel 210a, stk. 5, i nævnte forordning. Aftaler, vedtagelser og samordnet praksis mellem producenter af landbrugsprodukter, der vedrører produktion af eller handel med landbrugsprodukter, og som ikke opfylder betingelserne i artikel 210a, er dog omfattet af artikel 101, stk. 1.
53. Den vurdering efter artikel 101, der er beskrevet i disse retningslinjer, påvirker ikke den eventuelle parallelle anvendelse af traktatens artikel 102 på horisontale samarbejdsaftaler⁶².
54. Disse retningslinjer påvirker ikke EU-Domstolens eventuelle fortolkning med hensyn til anvendelsen af artikel 101 på horisontale samarbejdsaftaler.
55. Disse retningslinjer erstatter Kommissionens retningslinjer for anvendelsen af EF-traktatens artikel 101 på horisontale samarbejdsaftaler⁶³, som Kommissionen offentliggjorde i 2011, og finder ikke anvendelse, hvis der gælder sektorspecifikke

⁵⁹ EUT L 24 af 29.1.2004, s. 1.

⁶⁰ Jf. fusionsforordningens artikel 3, stk. 4. Når Kommissionen skal vurdere, om der er tale om et selvstændigt fungerende joint venture, undersøger den dog, om det driftsmæssigt set er uafhængigt. Det betyder ikke, at det kan træffe sine strategiske beslutninger uafhængigt af sine moderselskaber (jf. Kommissionens konsoliderede meddelelse om jurisdiktion, Rådets forordning (EF) nr. 139/2004 om kontrol med fusioner og virksomhedsovertagelser, punkt 91-109 (EUT C 95 af 16.4.2008, s. 1) ("den konsoliderede jurisdiktionsmeddelelse")). Desuden skal det erindres, at i det omfang, hvor etableringen af et joint venture, som udgør en fusion efter fusionsforordningens artikel 3, har til formål eller til følge at samordne fortsat uafhængige virksomheders konkurrenceadfærd, vurderes denne samordning efter kriterierne i traktatens artikel 101 (jf. fusionsforordningens artikel 2, stk. 4).

⁶¹ Europa-Parlamentets og Rådets forordning (EU) nr. 1308/2013 af 17. december 2013 om en fælles markedsordning for landbrugsprodukter og om ophævelse af Rådets forordning (EØF) nr. 922/72, (EØF) nr. 234/79, (EF) nr. 1037/2001 og (EF) nr. 1234/2007 (EUT L 347 af 20.12.2013, s. 671), som ændret ved Europa-Parlamentets og Rådets forordning (EU) 2021/2117 af 2. december 2021 (EUT L 435 af 6.12.2021, s. 262).

⁶² Jf. dom af 10. juli 1990, Tetra Pak I, T-51/89, Sml. 1990 II-00309, EU:T:1990:41, præmis 25 ff.

⁶³ EUT C 11 af 14.1.2011, s. 1.

regler, som det er tilfældet for visse aftaler vedrørende landbrug⁶⁴ eller transport⁶⁵. Kommissionen vil fortsat føre tilsyn med anvendelsen af gruppefritagelsesforordningen for FoU og for specialiseringsaftaler og disse retningslinjer på grundlag af markedsoplysninger fra aktørerne og de nationale konkurrencemyndigheder og vil eventuelt revidere disse retningslinjer i lyset af den fremtidige udvikling og de indhøstede erfaringer.

2. FORSKNINGS- OG UDVIKLINGSAFTALER

2.1. Indledning

56. Formålet med dette kapitel er at vejlede om omfanget af og konkurrencevurderingen af FoU-aftaler.
57. FoU-aftaler varierer med hensyn til form og omfang. De omfatter udliciteringsaftaler for bestemte FoU-aktiviteter, aftaler om fælles forbedring af eksisterende teknologier og samarbejde om forskning, udvikling og markedsføring af helt nye produkter. FoU-samarbejdet kan tage form af en samarbejdsaftale eller samarbejde i et selskab, som parterne kontrollerer i fællesskab⁶⁶. Dette omfatter også løsere former for samarbejde mellem konkurrenter, f.eks. teknisk samarbejde i arbejdsgrupper.
58. FoU-aftaler kan indgås af store virksomheder, SMV'er⁶⁷, akademiske institutioner eller forskningsinstitutter eller enhver kombination heraf⁶⁸.
59. FoU-samarbejde kan ikke kun påvirke konkurrencen på eksisterende produkt- eller teknologimarkeder, men også konkurrencen på innovation.
60. I forbindelse med gruppefritagelsesforordningen for FoU-aftaler og dette kapitel i retningslinjerne henviser "konkurrence på innovation"⁶⁹ til en FoU-indsats rettet mod nye produkter og/eller teknologier, der skaber deres eget nye marked⁷⁰, og til FoU-centre, dvs. en FoU-indsats, der primært er rettet mod et specifikt formål eller en specifik målsætning, der udspringer af FoU-aftalen⁷¹. Det specifikke formål eller den specifikke målsætning med et FoU-center kan endnu ikke defineres som et produkt eller en teknologi eller omfatter et væsentligt bredere mål end et bestemt produkt eller en bestemt teknologi på et bestemt marked.

⁶⁴ Rådets forordning (EF) nr. 1184/2006 af 24. juli 2006 om anvendelse af visse konkurrenceregler inden for produktion og handel med landbrugsvarer (EUT L 214 af 4.8.2006, s. 7).

⁶⁵ Rådets forordning (EF) nr. 169/2009 af 26. februar 2009 om anvendelse af konkurrenceregler for transport med jernbane, ad landeveje og sejlbare vandveje (EUT L 61 af 5.3.2009, s. 1). Rådets forordning (EF) nr. 246/2009 af 26. februar 2009 om anvendelse af traktatens artikel 81, stk. 3, på visse kategorier af aftaler og samordnet praksis mellem linjerederier (konsortier) (EUT L 79 af 25.3.2009, s. 1), og Kommissionens forordning (EF) nr. 906/2009 af 28. september 2009 om anvendelse af traktatens artikel 81, stk. 3, på visse kategorier af aftaler, vedtagelser og samordnet praksis mellem linjerederier (konsortier) (EUT L 256 af 29.9.2009), senest ændret ved Kommissionens forordning (EU) 2020/436 af 24. marts 2020 (EUT L 90 af 25.3.2020, s. 1). Retningslinjer for anvendelsen af EF-traktatens artikel 81 på søtransport (EUT C 245 af 26.9.2008, s. 2).

⁶⁶ Jf. punkt 51 ("selvstændigt fungerende joint ventures") og 13 ("ansvar for en overtrædelse af artikel 101, stk. 1") i disse retningslinjer.

⁶⁷ Som defineret i bilaget til Kommissionens henstilling af 6. maj 2003 om definitionen af mikrovirksomheder, små og mellemstore virksomheder (EUT L 124 af 20.5.2003, s. 36).

⁶⁸ Herunder nystartede virksomheder.

⁶⁹ Jf. artikel 1, stk. 1, nr. 18), i gruppefritagelsesforordningen for FoU-aftaler vedrørende aftaleparterne og artikel 1, stk. 1, nr. 19), vedrørende tredjepart.

⁷⁰ Artikel 1, stk. 1, nr. 7), i gruppefritagelsesforordningen for FoU-aftaler.

⁷¹ Artikel 1, stk. 1, nr. 8), i gruppefritagelsesforordningen for FoU-aftaler.

61. Vurderingen af FoU-aftaler efter artikel 101, stk. 1, er beskrevet i afsnit 2.3 i disse retningslinjer. FoU-aftaler kan være omfattet af den legalitetsformodning, der er fastsat i gruppefritagelsesforordningen for FoU-aftaler⁷². Gruppefritagelsen er baseret på den betragtning, at FoU-aftaler, for så vidt som de falder ind under artikel 101, stk. 1, og opfylder kriterierne i gruppefritagelsesforordningen for FoU-aftaler, typisk vil opfylde de fire betingelser i artikel 101, stk. 3. I afsnit 2.4 i disse retningslinjer beskrives de aftaler, der er omfattet af gruppefritagelsesforordningen for FoU-aftaler. Betingelserne for fritagelse for FoU-aftaler er forklaret i afsnit 2.5 – Betingelser for fritagelse. De alvorlige og andre begrænsninger, der er beskrevet i afsnit 2.6 i disse retningslinjer, er udelukket fra fritagelsen for at sikre, at kun konkurrencebegrænsende aftaler, der med rimelighed kan forventes at opfylde betingelserne i artikel 101, stk. 3, er omfattet af fritagelsen efter artikel 2 i gruppefritagelsesforordningen for FoU-aftaler.
62. Legalitetsformodningen finder anvendelse, så længe gruppefritagelsen ikke er blevet inddraget i en individuel sag af Kommissionen eller af konkurrencemyndigheden i en medlemsstat i henhold til artikel 29 i Rådets forordning (EF) nr. 1/2003 af 16. december 2002 om gennemførelse af konkurrencereglerne i traktatens artikler 81 og 82⁷³ (afsnit 2.7 i disse retningslinjer).
63. Hvis legalitetsformodningen ifølge gruppefritagelsesforordningen for FoU-aftaler ikke finder anvendelse på en FoU-aftale, skal det i det konkrete tilfælde undersøges, om aftalen er omfattet af artikel 101, stk. 1, og i givet fald, om betingelserne i artikel 101, stk. 3, er opfyldt. Dette er beskrevet i afsnit 2.8 i disse retningslinjer, mens det relevante tidspunkt for vurderingen er angivet i afsnit 2.9.

2.2. Relevante markeder

64. Meddelelsen om markedsafgrænsning indeholder vejledning om de regler, kriterier og beviser, som Kommissionen anvender, når den skal tage stilling til spørgsmål om markedsafgrænsning⁷⁴. I forbindelse med anvendelsen af artikel 101 på FoU-aftaler bør det relevante marked derfor afgrænses på grundlag af disse retningslinjer eller eventuelle fremtidige retningslinjer om afgrænsning af relevante markeder i forbindelse med EU-konkurrenceretten, alt efter hvad der er relevant.
65. I henhold til gruppefritagelsesforordningen for FoU-aftaler er et relevant produkt- eller teknologimarked markedet for de produkter eller teknologier, der kan blive forbedret, substitueret eller afløst af aftaleprodukterne eller -teknologierne⁷⁵.

2.3. Vurdering efter artikel 101, stk. 1

2.3.1. De vigtigste konkurrenceproblemer

66. FoU-aftaler kan give anledning til forskellige konkurrenceproblemer. Navnlig kan de direkte begrænse konkurrencen mellem parterne, føre til konkurrenceskadelig afskærmning af tredjepart eller til hemmelig samordning på markedet.

⁷² Kommissionens forordning (EU) nr. [...] af [...] december 2022 om anvendelse af artikel 101, stk. 3, i traktaten om Den Europæiske Unions funktionsmåde på visse kategorier af forsknings- og udviklingsaftaler.

⁷³ EUT L 1 af 4.1.2003, s. 1.

⁷⁴ Kommissionens meddelelse om afgrænsning af det relevante marked i forbindelse med Fællesskabets konkurrenceret (97/C 372/03)

⁷⁵ Artikel 1, stk. 1, nr. 21) og 22), i gruppefritagelsesforordningen for FoU-aftaler.

67. Hvis FoU-samarbejdet **direkte begrænser konkurrencen mellem parterne eller fremmer hemmelig samordning på markedet**, kan dette føre til højere priser, færre valgmuligheder for forbrugerne eller lavere kvalitet af produkter eller teknologier. Dette kan også føre til mindre eller langsommere innovation og dermed til, at der lanceres dårligere eller færre produkter eller teknologier på markedet. Det kan også føre til, at produkter eller teknologier kommer på markedet senere, end det ellers ville have været tilfældet.
68. Der kan navnlig opstå **konkurrenceskadelig afskærmning af tredjepart**, når mindst én part i FoU-aftalen har ret til eksklusiv udnyttelse af forsknings- og udviklingsresultaterne, og mindst én part har en betydelig markedsstyrke.

2.3.2. *Konkurrencebegrænsende formål*

69. Aftaler vedrørende forskning og udvikling har til formål at begrænse konkurrencen, hvis de ikke har til hovedformål at gennemføre forskning og udvikling, men snarere skal tjene som redskab til at indgå i et kartel eller begå andre overtrædelser med konkurrencebegrænsende formål i henhold til artikel 101, stk. 1, såsom prisfastsættelse, begrænsning af produktion, markedsdeling eller begrænsning af den tekniske udvikling.
70. En FoU-aftale kan begrænse den tekniske udvikling, når parterne i stedet for at samarbejde om at fremme den tekniske og økonomiske udvikling anvender FoU-samarbejdet til a) at forhindre eller forsinke markedsadgangen for produkter eller teknologier, b) at koordinere egenskaberne ved produkter eller teknologier, der ikke er omfattet af FoU-aftalen, eller c) at begrænse potentialet for et produkt eller en teknologi, der er udviklet i fællesskab, når de bringer et sådant produkt eller en sådan teknologi individuelt ind på markedet.

2.3.3. *Konkurrencebegrænsende virkninger*

2.3.3.1. Indledning – aftaler, der normalt ikke begrænser konkurrencen

71. Mange FoU-aftaler falder ikke ind under artikel 101, stk. 1, når de er indgået af virksomheder med komplementære kompetencer, som ellers ikke ville have været i stand til at gennemføre forskning og udvikling på egen hånd.
72. Hertil kommer, at FoU-samarbejdet mellem virksomheder, der ikke konkurrerer med hinanden⁷⁶, generelt ikke har nogen konkurrencebegrænsende horisontale virkninger.
73. Konkurrenceforholdet mellem parterne skal undersøges på grundlag af de berørte eksisterende markeder⁷⁷ og med hensyn til innovation⁷⁸.
74. Hvis det på grundlag af objektive faktorer kan fastslås, at parterne ikke ville være stand til at gennemføre den nødvendige forskning og udvikling uafhængigt af hinanden, vil FoU-aftalen normalt ikke få nogen konkurrencebegrænsende virkninger. En part er muligvis ikke i stand til at gennemføre forskning og udvikling uafhængigt af den anden, f.eks. hvis den har begrænset teknisk kapacitet eller begrænset adgang til finansiering, faglærte arbejdstagere, teknologier eller andre ressourcer.

⁷⁶ Se definitionen i artikel 1, stk. 1, nr. 20), i gruppefritagelsesforordningen for FoU-aftaler.

⁷⁷ Inden for rammerne af gruppefritagelsesforordningen for FoU-aftaler se artikel 1, stk. 1, nr. 17), deri.

⁷⁸ Inden for rammerne af gruppefritagelsesforordningen for FoU-aftaler se artikel 1, stk. 1, nr. 18), deri.

75. Udlicitering af tidligere konkurrencebeskyttet forskning og udvikling er en særlig form for FoU-samarbejde. Under dette scenario gennemføres forskning og udvikling ofte af specialiserede virksomheder, forskningsinstitutter eller højere læreanstalter, der ikke deltager i udnyttelsen af resultaterne. Sådanne aftaler er normalt kombineret med overførsel af knowhow og/eller en eksklusiv leveringsklausul vedrørende eventuelle resultater. Da samarbejdspartnerne i dette scenario supplerer hinanden (f.eks. med hensyn til deres kompetencer eller teknologier), har sådanne aftaler normalt ikke konkurrencebegrænsende virkninger som omhandlet i artikel 101, stk. 1.
76. FoU-samarbejde, der ikke omfatter fælles udnyttelse af de eventuelle resultater gennem licenser, produktion og/eller markedsføring, får sjældent konkurrencebegrænsende virkninger som omhandlet i artikel 101, stk. 1. Disse FoU-aftaler kan imidlertid få konkurrencebegrænsende virkninger, f.eks. hvis konkurrencen på innovationsniveau som følge af FoU-aftalen reduceres mærkbart.

2.3.3.2. Markedsstyrke

77. Det er kun sandsynligt, at FoU-aftaler vil få konkurrencebegrænsende virkninger, hvis de parter, der deltager i FoU-samarbejdet, har markedsstyrke.
78. Der er ikke nogen absolut tærskel for, hvornår det kan formodes, at en FoU-aftale skaber eller opretholder markedsstyrke og dermed vil kunne få konkurrencebegrænsende virkninger som omhandlet i artikel 101, stk. 1. FoU-aftaler mellem virksomheder, der konkurrerer om eksisterende produkter og/eller teknologier, er imidlertid omfattet af fritagelsen i gruppefritagelsesforordningen for FoU-aftaler, forudsat at deres samlede markedsandel ikke overstiger 25 % på de relevante produkt- og teknologimarkeder, og at de øvrige betingelser for anvendelse af gruppefritagelsesforordningen for FoU-aftaler er opfyldt.
79. Gruppefritagelsesforordningen for FoU-aftaler omfatter også FoU-aftaler mellem virksomheder, der konkurrerer på innovation. Disse aftaler er omfattet af fritagelsen i gruppefritagelsesforordningen for FoU-aftaler, forudsat at der er tre eller flere sammenlignelige konkurrerende FoU-indsatser⁷⁹ ud over aftaleparternes. De øvrige betingelser for anvendelse af gruppefritagelsesforordningen for FoU-aftaler skal også være opfyldt. På disse betingelser vil en aftale mellem virksomheder, der konkurrerer på innovation⁸⁰, sandsynligvis ikke få konkurrencebegrænsende virkninger i det indre marked, da parterne sandsynligvis ikke vil være i stand til at opretholde innovationen på et lavere niveau i en længere periode.

⁷⁹ I artikel 1, stk. 1, nr. 19), i gruppefritagelsesforordningen for FoU-aftaler defineres en konkurrerende FoU-indsats som en FoU-indsats, i hvilken tredjepart deltager alene eller i samarbejde med anden tredjepart, eller i hvilken tredjepart kan og sandsynligvis selvstændigt vil deltage i, og som vedrører: a) forskning og udvikling af de samme eller forventeligt substituerbare nye produkter og/eller teknologier som dem, der er omfattet af FoU-aftalen, eller b) FoU-centre, som i alt væsentligt forfølger det samme mål eller formål som dem, der er omfattet af FoU-aftalen. Tredjepart skal være uafhængig af parterne i FoU-aftalen.

⁸⁰ Artikel 1, stk. 1, nr. 18), i gruppefritagelsesforordningen for FoU-aftaler definerer en virksomhed, der konkurrerer på innovation, som "en virksomhed, der ikke konkurrerer om eksisterende produkter og/eller teknologier, og som selvstændigt deltager i, eller som, fraset forsknings- og udviklingsaftalen, vil kunne og sandsynligvis selvstændigt vil indgå i FoU-indsatser, der vedrører: a) forskning og udvikling af de samme eller forventeligt substituerbare nye produkter og/eller teknologier som dem, der er omfattet af FoU-aftalen, eller b) FoU-centre, som i alt væsentligt forfølger det samme mål eller formål som dem, der er omfattet af FoU-aftalen.

80. Jo stærkere parternes samlede stilling på de eksisterende markeder er, og/eller jo lavere omfanget af sammenlignelige konkurrerende FoU-indsatser ud over parternes er, jo mere sandsynligt er det, at FoU-aftalen kan have konkurrencebegrænsende virkninger⁸¹.
- 2.3.3.3. Forskning og udvikling rettet mod forbedring, substitution eller afløsning af eksisterende produkter eller teknologier
81. Hvis forskning og udvikling tager sigte på **forbedring** af eksisterende produkter eller teknologier, kan samarbejdet få virkninger på det eller de relevante markeder for disse eksisterende produkter eller teknologier. Det er dog kun sandsynligt, at priserne, produktionen, produkternes kvalitet, produktsortimentet eller den tekniske udvikling på eksisterende markeder påvirkes, hvis parterne tilsammen indtager en stærk stilling, hvis det er vanskeligt at komme ind på markedet, og hvis der kun er få andre tilbageværende konkurrenter. Hvis forskning og udvikling kun vedrører en forholdsvis ubetydelig komponent i et endeligt produkt, vil de eventuelle afskærmende virkninger med hensyn til disse endelige produkter desuden være meget begrænsede.
82. Hvis forskning og udvikling tager sigte på **substitution eller afløsning** af eksisterende produkter eller teknologier, kan det muligvis forsinke udviklingen af det produkt eller den teknologi, der skal afløse dem. Dette er navnlig tilfældet, hvis parterne har markedsstyrke på det eksisterende produkt- eller teknologimarked, og de også er de eneste, der beskæftiger sig med forskning og udvikling med henblik på at udvikle en afløser for det eksisterende produkt eller den eksisterende teknologi. Der kan opstå tilsvarende virkninger, hvis en stor aktør på et eksisterende marked samarbejder med en langt mindre eller endog potentiel konkurrent, der er ved at lancere et produkt eller en teknologi, og som kan bringe den store virksomheds stilling i fare.
83. Hvis parterne i deres aftale også medtager fælles udnyttelse (f.eks. produktion og/eller distribution) af aftaleprodukterne eller aftaleteknologierne, skal virkningerne for konkurrencen undersøges nærmere. Hvis parterne er stærke konkurrenter, er der større sandsynlighed for konkurrencebegrænsende virkninger i form af højere priser eller nedsat produktion på eksisterende markeder. Hvis den fælles udnyttelse kun omfatter licenser til tredjepart, er konkurrencebegrænsende virkninger i form af f.eks. markedsafskærmning imidlertid usandsynlige.
- 2.3.3.4. FoU-centre og FoU-indsatser rettet mod et produkt eller en teknologi, der skaber et nyt marked
84. FoU-indsatser, der vedrører forskning i og udvikling af nye produkter eller teknologier, og FoU-centre, er omfattet af begrebet konkurrence på innovation i forbindelse med dette kapitel.
85. Et nyt produkt eller en ny teknologi forbedrer, substituerer eller afløser ikke blot eksisterende produkter eller teknologier. Efterspørgslen efter det nye produkt eller den nye teknologi vil, hvis den opstår, skabe et nyt særskilt marked.
86. FoU-centre er FoU-indsatser, der primært er rettet mod et specifikt mål eller formål. Det specifikke mål eller formål med et FoU-center kan endnu ikke defineres som et

⁸¹ Dette påvirker ikke analysen af potentielle effektivitetsgevinster, herunder de effektivitetsgevinster, der ofte forekommer ved offentligt samfinansieret FoU.

produkt eller en teknologi eller omfatter et væsentligt bredere mål end produkter eller teknologier på et bestemt marked.

87. Virkningerne på priser og produktion på de eksisterende markeder er temmelig usandsynlige for sådanne FoU-indsatser på tidspunktet for vurderingen af FoU-samarbejdet, da FoU-indsatserne endnu ikke kan defineres som værende rettet mod et produkt eller en teknologi. Undersøgelsen vil derfor skulle fokusere på mulige konkurrencebegrænsninger på innovationsniveau med hensyn til f.eks. kvalitet og sortiment i forbindelse med eventuelle fremtidige produkter eller teknologier eller innovationstempoet- eller niveauet. Disse begrænsende virkninger kan opstå, når to eller flere af de få virksomheder, der selvstændigt beskæftiger sig med (f.eks.) forskning i og udvikling af et nyt produkt (navnlig når de befinder sig på et stadium, hvor de er tæt på at lancere det nye produkt), begynder at samarbejde i stedet for at udvikle det nye produkt separat. Sådanne virkninger er typisk det direkte resultat af parternes samarbejde.
88. Selv en ren FoU-aftale kan begrænse innovation. Generelt er det dog ikke sandsynligt, at FoU-samarbejdet vedrørende nye produkter eller teknologier eller FoU-centre vil få konkurrencebegrænsende virkninger, medmindre der kun er et begrænset antal konkurrerende FoU-indsatser, der ligger ud over de indsatser, der udføres af parterne i FoU-samarbejdet.

2.4. Aftaler omfattet af gruppefritagelsesforordningen for FoU-aftaler

89. Den gruppefritagelse, der fastsættes i gruppefritagelsesforordningen for FoU-aftaler, gælder for de FoU-aftaler, der med tilstrækkelig sikkerhed kan antages at opfylde betingelserne i artikel 101, stk. 3⁸².
90. Gruppefritagelsesforordningen for FoU-aftaler omfatter FoU-aftaler, der er indgået mellem to eller flere parter, og som vedrører de betingelser, hvorpå disse parter⁸³:
- (a) udfører fælles FoU af aftaleprodukter eller aftaleteknologier, som omfatter eller udelukker fælles udnyttelse af resultaterne af den pågældende FoU, eller
 - (b) betalt FoU af aftaleprodukter eller aftaleteknologier, som omfatter eller udelukker fælles udnyttelse af resultaterne af den pågældende FoU, eller
 - (c) fælles udnyttelse af resultaterne af FoU af aftaleprodukter eller aftaleteknologier, der er gennemført i henhold til en forudgående aftale om fælles FoU (som defineret i litra a) ovenfor) mellem de samme parter, eller
 - (d) fælles udnyttelse af resultaterne af FoU af aftaleprodukter eller aftaleteknologier, der er gennemført i henhold til en forudgående aftale om betalt FoU (som defineret i litra b) ovenfor) mellem de samme parter.
91. I gruppefritagelsesforordningen for FoU-aftaler skelnes der mellem aftaleprodukter og aftaleteknologier:
- (a) "aftaleprodukt"⁸⁴: et produkt⁸⁵, der er opnået som resultat af fælles eller betalt forsknings- eller udviklingsarbejde eller produceret eller frembragt under

⁸² Forordning (EØF) nr. 2821/71 giver i overensstemmelse med artikel 101, stk. 3, Kommissionen beføjelse til ved forordning at gruppefritage aftaler, der vedrører forskning og udvikling af produkter, teknologier eller processer frem til den industrielle anvendelsesfase, og udnyttelse af resultaterne, herunder bestemmelser om intellektuelle ejendomsrettigheder.

⁸³ Artikel 1, stk. 1, nr. 1), i gruppefritagelsesforordningen for FoU-aftaler.

⁸⁴ Artikel 1, stk. 1, nr. 6), i gruppefritagelsesforordningen for FoU-aftaler.

anvendelse af aftaleteknologierne. Dette omfatter produkter, der er fremstillet ved hjælp af et FoU-center, samt nye produkter⁸⁶.

- (b) "aftaleteknologi"⁸⁷: en teknologi eller produktionsmetode, der er opnået som resultat af fælles eller betalt FoU. Dette omfatter produkter, der er fremstillet ved hjælp af et FoU-center, samt nye teknologier eller produktionsmetoder.

92. I henhold til gruppefritagelsesforordningen for FoU-aftaler betyder "forskning og udvikling" aktiviteter med henblik på erhvervelse af knowhow om eksisterende eller nye produkter, teknologier eller produktionsmetoder, gennemførelse af teoretiske analyser, systematiske undersøgelser eller forsøg, herunder forsøgsproduktion, teknisk afprøvning af produkter eller metoder, etablering af de fornødne faciliteter og opnåelse af intellektuelle ejendomsrettigheder (IPR) på resultaterne.

2.4.1. *Sondring mellem "fælles FoU" og "betalt FoU" og begrebet "specialisering inden for FoU"*

93. I gruppefritagelsesforordningen for FoU-aftaler skelnes der mellem "fælles FoU" og "betalt FoU".

94. Når parterne udfører **fælles FoU**, kan deres aftale foreskrive, at arbejdet i forbindelse med FoU-aktiviteterne⁸⁸:

- (a) udføres af et fælles forskerhold, en fælles enhed eller en fælles virksomhed,
- (b) i fællesskab overlades til tredjepart, eller
- (c) fordeles mellem parterne gennem "specialisering inden for FoU". Det betyder, at hver af parterne er involveret i FoU-aktiviteterne, og at de fordeler FoU-arbejdet mellem dem på en måde, som de finder mest hensigtsmæssig. Dette omfatter ikke betalt FoU⁸⁹.

95. Ved **betalt FoU** forstås FoU, der gennemføres af mindst én part, mens mindst én anden part finansierer det, men ikke selv udfører nogen af FoU-aktiviteterne (finansierende part).

96. Sondringen mellem fælles FoU og betalt FoU i gruppefritagelsesforordningen for FoU-aftaler er relevant for beregningen af markedsandelene. For så vidt angår betalt FoU, skal parterne i forbindelse med beregningen af den samlede markedsandel også medtage FoU-aftaler, der er indgået af den finansierende part og tredjepart med hensyn til de samme aftaleprodukter eller aftaleteknologier – se afsnit 2.5.4.2 nedenfor.

⁸⁵ Med henblik på gruppefritagelsesforordningen for FoU-aftaler forstås ved "produkt" en vare og/eller tjenesteydelse, herunder såvel mellemliggende produkter eller tjenesteydelser som færdige produkter eller tjenesteydelser (artikel 1, stk. 1, nr. 4), i gruppefritagelsesforordningen for FoU-aftaler).

⁸⁶ Med henblik på gruppefritagelsesforordningen for FoU-aftaler forstås ved "nyt produkt eller ny teknologi" et produkt, en teknologi eller en produktionsmetode, der ikke allerede findes på det tidspunkt, hvor forsknings- og udviklingsaftalen, der falder ind under artikel 1, stk. 1, nr. 1), litra a) eller b), i gruppefritagelsesforordningen for FoU-aftaler, indgås, og som, hvis det sker, skaber sit eget nye marked og ikke forbedrer, substituerer eller afløser et eksisterende produkt, en eksisterende teknologi eller en eksisterende produktionsmetode (artikel 1, stk. 1, nr. 7), i gruppefritagelsesforordningen for FoU-aftaler).

⁸⁷ Artikel 1, stk. 1, nr. 5), i gruppefritagelsesforordningen for FoU-aftaler.

⁸⁸ Artikel 1, stk. 1, nr. 12), i gruppefritagelsesforordningen for FoU-aftaler.

⁸⁹ Artikel 1, stk. 1, nr. 13), i gruppefritagelsesforordningen for FoU-aftaler.

2.4.2. *Fælles udnyttelse af FoU-resultaterne og begrebet specialisering i forbindelse med fælles udnyttelse*

97. Gruppefritagelsesforordningen for FoU-aftaler omfatter udtrykkeligt aftaler, der indbefatter fælles udnyttelse af FoU-resultaterne. Sådanne aftaler er imidlertid underlagt særlige bestemmelser.
98. **Begrebet "udnyttelse af resultaterne"** er temmelig bredt og omfatter fremstilling eller distribution af aftaleprodukterne, anvendelse af aftaleteknologierne, overdragelse af eller meddelelse af licens på intellektuelle ejendomsrettigheder eller meddelelse af knowhow til brug for sådan fremstilling eller anvendelse⁹⁰.
99. I henhold til gruppefritagelsesforordningen for FoU-aftaler må fælles udnyttelse af resultaterne af FoU kun vedrøre resultater, som er:
- (a) af afgørende betydning for fremstillingen af aftaleprodukterne eller anvendelsen af aftaleteknologierne, og
 - (b) beskyttet af intellektuelle ejendomsrettigheder eller udgør knowhow.
100. Det betyder omvendt, at for at være omfattet af fritagelsen i artikel 2 i gruppefritagelsesforordningen for FoU-aftaler kan anvendelsesområdet for en FoU-aftale, som omfatter fælles udnyttelse, ikke vedrøre resultater, der ikke er beskyttet af intellektuel ejendomsret eller knowhow, og som ikke er af afgørende betydning for fremstillingen af aftaleprodukterne eller anvendelsen af aftaleteknologierne.
101. Den fælles udnyttelse af resultaterne af fælles eller betalt FoU kan finde sted enten inden for rammerne af den oprindelige FoU-aftale eller inden for rammerne af en **efterfølgende** aftale, der omfatter fælles udnyttelse af resultaterne af en tidligere FoU-aftale mellem de samme parter om forskning og udvikling⁹¹. Hvis parterne vælger at gennemføre den fælles udnyttelse af resultaterne af en tidligere FoU-aftale i henhold til en efterfølgende aftale, skal den forudgående FoU-aftale også opfylde betingelserne i gruppefritagelsesforordningen for FoU-aftaler, for at den efterfølgende aftale om fælles udnyttelse kan være omfattet af fritagelsen efter artikel 2 i gruppefritagelsesforordningen for FoU-aftaler.
102. Gruppefritagelsesforordningen for FoU-aftaler indeholder **tre forskellige måder**, hvorpå resultaterne af FoU kan udnyttes i fællesskab⁹²:
- (a) For det første kan udnyttelsen foretages i **fællesskab af parterne** i et fælles hold, en fælles organisation eller en fælles virksomhed.
 - (b) For det andet kan parterne i fællesskab overlade udnyttelsesarbejdet til tredjepart.
 - (c) Endelig kan parterne fordele arbejdet mellem dem gennem **specialisering inden for udnyttelse**, hvilket betyder, at⁹³:
 - i) parterne fordeler de enkelte opgaver mellem sig, såsom fremstilling eller distribution, eller
 - ii) de pålægger hinanden begrænsninger vedrørende udnyttelsen af resultaterne, såsom begrænsninger i forhold til visse geografiske

⁹⁰ Artikel 1, stk. 1, nr. 9), i gruppefritagelsesforordningen for FoU-aftaler.

⁹¹ Artikel 1, stk. 1, nr. 1), litra c) og d), i gruppefritagelsesforordningen for FoU-aftaler.

⁹² Artikel 1, stk. 1, nr. 12), i gruppefritagelsesforordningen for FoU-aftaler.

⁹³ Artikel 1, stk. 1, nr. 14), i gruppefritagelsesforordningen for FoU-aftaler.

områder, kundekredse eller anvendelsesområder; dette omfatter også en situation, hvor kun en enkelt part fremstiller og distribuerer aftaleprodukterne på grundlag af en eksklusivlicens udstedt af de øvrige parter.

103. Praxis, der udgør specialisering inden for udnyttelse, vil ikke blive behandlet som alvorlige konkurrencebegrænsninger⁹⁴. Desuden kan parterne, når de specialiserer sig i udnyttelse, begrænse adgangen til resultaterne med henblik på en sådan udnyttelse tilsvarende⁹⁵. Det betyder, at en FoU-aftale f.eks. kan begrænse parternes udnyttelsesrettigheder for visse områder, kundekredse eller anvendelsesområder. Hvis parterne er enige om, at de hver især kan distribuere aftaleprodukterne (og de dermed ikke har valgt en fælles distributionsmodel og ikke har aftalt, at kun den part, der fremstiller aftaleprodukterne, kan distribuere dem), skal de parter, der i tilfælde af specialisering inden for udnyttelse har fået overdraget at fremstille aftaleprodukterne, være forpligtede til at efterkomme ordrer på leverancer af aftaleprodukterne fra alle øvrige parter⁹⁶.
104. Endelig gælder, som nævnt i afsnit 2.5.4 nedenfor, fritagelsen i henhold til gruppefritagelsesforordningen for FoU-aftaler, hvis FoU-aftalen omfatter fælles udnyttelse af FoU-resultaterne: i) så længe FoU-arbejdet gennemføres, og ii) i en yderligere periode på syv år fra den dato, hvor aftaleprodukterne eller aftaleteknologierne første gang markedsføres i det indre marked⁹⁷.
- 2.4.3. *Overdragelse af eller meddelelse af licens på intellektuelle ejendomsrettigheder*
105. Fritagelsen efter gruppefritagelsesforordningen for FoU-aftaler finder også anvendelse på aftaler, der indeholder bestemmelser om overdragelse af eller meddelelse af licens på intellektuelle ejendomsrettigheder, forudsat at sådanne bestemmelser ikke udgør hovedformålet med FoU-aftalen, men er direkte knyttet til og nødvendige for deres gennemførelse⁹⁸.
106. Denne fritagelse omfatter overdragelse eller meddelelse af licens til en eller flere af parterne eller til en enhed, som parterne aftaler skal udføre den fælles FoU, betalt FoU eller fælles udnyttelse⁹⁹.
107. I disse tilfælde vil overdragelsen eller meddelelsen af licens derfor være underlagt bestemmelserne i gruppefritagelsesforordningen for FoU-aftaler og ikke bestemmelserne i gruppefritagelsesforordningen for teknologioverførsel¹⁰⁰. Parterne kan imidlertid også i forbindelse med FoU-aftaler fastsætte betingelserne for at meddele tredjeparter licens på resultaterne af FoU-arbejdet. Sådanne licensaftaler er ikke omfattet af gruppefritagelsesforordningen for FoU-aftaler, men kan være

⁹⁴ Se afsnit 2.6 om alvorlige konkurrencebegrænsninger samt artikel 8, stk. 3, litra c), i gruppefritagelsesforordningen for FoU-aftaler.

⁹⁵ Artikel 3, stk. 4, i gruppefritagelsesforordningen for FoU-aftaler.

⁹⁶ Artikel 5, stk. 2, i gruppefritagelsesforordningen for FoU-aftaler.

⁹⁷ Jf. også artikel 6, stk. 4, i gruppefritagelsesforordningen for FoU-aftaler.

⁹⁸ Artikel 2, stk. 3, i gruppefritagelsesforordningen for FoU-aftaler.

⁹⁹ Artikel 2, stk. 3, i gruppefritagelsesforordningen for FoU-aftaler.

¹⁰⁰ Kommissionens forordning (EU) nr. 316/2014 af 21. marts 2014 om anvendelse af artikel 101, stk. 3, i traktaten om Den Europæiske Unions funktionsmåde på visse kategorier af teknologioverførselsaftaler. Se også punkt 73 og 74 i retningslinjerne for anvendelse af artikel 101 i traktaten om Den Europæiske Unions funktionsmåde på teknologioverførselsaftaler, 2014/C 89/03 ("retningslinjer for teknologioverførsel").

omfattet af gruppefritagelsen i gruppefritagelsesforordningen for teknologioverførsel, hvis betingelserne heri er opfyldt¹⁰¹.

2.5. Betingelser for fritagelse i henhold til gruppefritagelsesforordningen for FoU-aftaler

2.5.1. Adgang til de endelige resultater

108. Den første betingelse for at være omfattet af fritagelsen i henhold til gruppefritagelsesforordningen for FoU-aftaler er, at alle parter har fuld adgang til de endelige resultater af FoU-arbejdet med henblik på¹⁰²:
- (a) yderligere forskning og
 - (b) udnyttelse af resultaterne af FoU-arbejdet.
109. I henhold til gruppefritagelsesforordningen for FoU-aftaler skal fuld adgang til de endelige resultater af FoU-arbejdet også omfatte alle deraf følgende intellektuelle ejendomsrettigheder og knowhow. Denne adgang gives, så snart resultaterne foreligger¹⁰³.
110. Afhængigt af deres formåen og kommercielle behov kan parterne bidrage i forskelligt omfang til deres FoU-samarbejde. For derfor at afspejle og opveje forskelle i værdien eller karakteren af parternes bidrag kan en FoU-aftale indeholde en bestemmelse om, at en part skal kompensere en anden for at få adgang til resultaterne med henblik på yderligere forskning eller udnyttelse. Kompensationen er ikke obligatorisk, men bør, hvis den indgår i FoU-aftalen, dog ikke være så høj, at den faktisk hindrer fuld adgang til resultaterne.
111. For at være omfattet af en fritagelse i henhold til gruppefritagelsesforordningen for FoU-aftaler kan retten til adgang til resultaterne af FoU **ikke begrænses**, hvis en sådan adgang er nødvendig for at udføre **yderligere forskning**¹⁰⁴.
112. Under visse omstændigheder kan adgangen til resultaterne **med henblik på udnyttelse dog begrænses**, og FoU-aftalen kan stadig være omfattet af fritagelsen i henhold til gruppefritagelsesforordningen for FoU-aftaler. Dette er tilfældet for FoU-aftaler med følgende parter, som kan indvillige i at begrænse deres anvendelse af resultaterne til yderligere forskning (og derfor ikke til udnyttelse):
- (a) forskningsinstitutter
 - (b) akademiske organer
 - (c) virksomheder, der leverer FoU på et kommercielt grundlag, men normalt ikke beskæftiger sig med udnyttelse af resultaterne¹⁰⁵.
113. Desuden kan adgangen til resultaterne med henblik på udnyttelse også begrænses, hvis parterne begrænser deres udnyttelsesrettigheder i overensstemmelse med gruppefritagelsesforordningen for FoU-aftaler, navnlig når de specialiserer sig i

¹⁰¹ Retningslinjerne for teknologioverførsel, punkt 74.

¹⁰² Artikel 3 i gruppefritagelsesforordningen for FoU-aftaler.

¹⁰³ Artikel 3, stk. 1, litra a), i gruppefritagelsesforordningen for FoU-aftaler.

¹⁰⁴ I artikel 3 i gruppefritagelsesforordningen for FoU-aftaler henvises der kun til muligheden for at begrænse adgangen under visse omstændigheder med henblik på udnyttelse, jf. artikel 3, stk. 3 og 4.

¹⁰⁵ Det kunne f.eks. være SMV'er.

udnyttelse¹⁰⁶. Det betyder, at parterne vil kunne pålægge hinanden begrænsninger vedrørende udnyttelsen af resultaterne (såsom begrænsninger i forhold til visse geografiske områder, kundekredse eller anvendelsesområder).

2.5.2. *Adgang til allerede eksisterende knowhow*

114. Den anden betingelse for at være omfattet af fritagelsen i henhold til gruppefritagelsesforordningen for FoU-aftaler vedrører adgang til allerede eksisterende knowhow. Denne betingelse gælder kun for FoU-aftaler, der udelukker fælles udnyttelse af FoU-resultaterne, og som er begrænset til knowhow, der er af afgørende betydning for udnyttelsen af FoU-resultaterne¹⁰⁷.
115. Det skal fremgå af sådanne aftaler, at hver part skal have adgang til enhver allerede eksisterende knowhow fra de andre parter, hvis denne knowhow er af afgørende betydning for, at den pågældende part kan udnytte resultaterne. Dette betyder ikke, at parterne skal medtage al deres allerede eksisterende knowhow inden for anvendelsesområdet for FoU-aftalen. De vil dog skulle identificere den knowhow, der er af afgørende betydning for at udnytte resultaterne. FoU-aftalen kan indeholde en bestemmelse om, at parterne kompenserer hinanden for at give adgang til deres allerede eksisterende knowhow. Sådan compensation bør dog ikke være så høj, at den faktisk hindrer en sådan adgang¹⁰⁸.
116. Betingelsen om at give adgang til allerede eksisterende knowhow berører ikke den betingelse om at give fuld adgang til resultaterne af FoU, der er fastsat i artikel 3 i gruppefritagelsesforordningen for FoU-aftaler. Det betyder, at en given FoU-aftale på visse betingelser vil skulle indeholde bestemmelser om både adgang til allerede eksisterende knowhow og om de endelige resultater af FoU for at være omfattet af fritagelsen.

2.5.3. *Betingelser i forbindelse med fælles udnyttelse*

117. Gruppefritagelsesforordningen for FoU-aftaler indeholder to yderligere betingelser vedrørende fælles udnyttelse af FoU-resultaterne. Som anført i afsnit 2.4.2 skal omfanget af den fælles udnyttelse begrænses til FoU-resultater, der er beskyttet af intellektuelle ejendomsrettigheder eller udgør knowhow, og som er af afgørende betydning for fremstillingen af aftaleprodukterne eller anvendelsen af aftaleteknologierne.
118. For det andet gælder det, at hvis parterne er enige om, at hver af dem kan distribuere aftaleprodukterne (og dermed ikke har valgt en fælles distributionsmodel, og de ikke har aftalt, at kun den part, der fremstiller aftaleprodukterne, kan distribuere dem), skal de parter, der i tilfælde af en specialisering inden for udnyttelse har fået overdraget at fremstille aftaleprodukterne, være forpligtede til at efterkomme ordrer på leverancer af aftaleprodukterne fra alle øvrige parter¹⁰⁹.

¹⁰⁶ Se definitionen af specialisering inden for udnyttelse i artikel 1, stk. 1, nr. 14), i gruppefritagelsesforordningen for FoU-aftaler og i afsnit 2.4 i disse retningslinjer.

¹⁰⁷ Jf. artikel 4 i gruppefritagelsesforordningen for FoU-aftaler og afsnit 2.4.2 i disse retningslinjer.

¹⁰⁸ Artikel 4, stk. 2, i gruppefritagelsesforordningen for FoU-aftaler.

¹⁰⁹ Artikel 5, stk. 2, i gruppefritagelsesforordningen for FoU-aftaler.

2.5.4. Tærskler, markedsandele og fritagelsens varighed

119. I forbindelse med anvendelsen af traktatens artikel 101, stk. 3, kan det generelt antages, at under en vis markedsstyrke vil de positive virkninger af FoU-aftaler opveje enhver negativ indvirkning på konkurrencen¹¹⁰.
120. Gruppefritagelsesforordningen for FoU-aftaler anvender to parametre til at bestemme, hvilke FoU-aftaler der ikke når op over en vis markedsstyrke: i) en markedsandelstærskel for virksomheder, der konkurrerer om eksisterende produkter og/eller teknologier, og ii) en tærskel for virksomheder, der konkurrerer med hensyn til innovation, baseret på tilstedeværelsen af et minimumsantal konkurrerende FoU-indsatser (tre ud over den, der udføres af parterne i FoU-aftalen).
- 2.5.4.1. Virksomheder, der konkurrerer om eksisterende produkter og/eller teknologier, og virksomheder, der konkurrerer på innovation
121. For at kunne bestemme konkurrenceforholdet mellem parterne er det nødvendigt at undersøge, om parterne kunne have været konkurrenter uden FoU-aftalen¹¹¹.
122. Generelt udgør aftaler mellem virksomheder, der konkurrerer om et eksisterende produkt og/eller en eksisterende teknologi, og aftaler mellem virksomheder, der konkurrerer på innovation, en større risiko for konkurrencen end aftaler mellem virksomheder, der ikke konkurrerer med hinanden. Aftaler mellem virksomheder, der ikke er i konkurrence med hinanden, vil kun i sjældne tilfælde få horisontale konkurrencebegrænsende virkninger¹¹².
- (a) Virksomheder, der konkurrerer om et eksisterende produkt og/eller en eksisterende teknologi
123. Med henblik på gruppefritagelsesforordningen for FoU-aftaler forstås ved en "virksomhed, der konkurrerer om et eksisterende produkt og/eller en eksisterende teknologi" en faktisk eller potentiel konkurrent:
- (a) "faktisk konkurrent" defineres som en virksomhed, der udbyder et eksisterende produkt eller en eksisterende teknologi, der kan blive forbedret, substitueret eller afløst af aftaleproduktet eller aftaleteknologien på det relevante geografiske marked, mens
- (b) "potentiel konkurrent" defineres som en virksomhed, som frasat FoU-aftalen på et realistisk grundlag og ikke blot som en teoretisk mulighed på mindre end tre år vil kunne foretage de nødvendige ekstra investeringer eller afholde andre nødvendige omkostninger med henblik på at udbyde et produkt eller en teknologi, der kan blive forbedret, substitueret eller afløst af aftaleproduktet eller aftaleteknologien på det relevante geografiske marked.
124. Spørgsmålet om potentiel konkurrence skal vurderes på et realistisk grundlag. For eksempel kan parterne ikke defineres som potentielle konkurrenter, blot fordi samarbejdet giver dem mulighed for at udføre FoU-arbejdet. Det afgørende spørgsmål er, om de uafhængigt af hinanden har de nødvendige midler dertil i form af aktiver, knowhow og andre ressourcer¹¹³.

¹¹⁰ Betragtning 5 i gruppefritagelsesforordningen for FoU-aftaler.

¹¹¹ Se også afsnit 2.3 i dette kapitel om vurderingen efter artikel 101, stk. 1.

¹¹² Eventuelle vertikale virkninger skal muligvis vurderes i overensstemmelse med retningslinjerne for vertikale begrænsninger.

¹¹³ Jf. også afsnit 1.2.1 i disse retningslinjer.

125. FoU-aftaler, der er omfattet af gruppefritagelsesforordningen for FoU-aftaler, vedrørende eksisterende produkter og/eller teknologier kan f.eks. antage følgende former:
- (a) En FoU-aftale mellem to virksomheder, der allerede leverer et eksisterende produkt, der kan blive forbedret, substitueret eller afløst af det produkt, der følger af FoU-samarbejdet (faktiske konkurrenter).
 - (b) En FoU-aftale mellem a) en virksomhed, der allerede leverer et produkt, der kan blive forbedret, substitueret eller afløst af aftaleproduktet (en faktisk konkurrent), og b) en virksomhed, der beskæftiger sig med FoU af et produkt, og som sandsynligvis vil foretage de nødvendige ekstra investeringer med henblik på at udbyde det pågældende produkt, der kan blive forbedret, substitueret eller afløst af det produkt, der følger af FoU-samarbejdet (aftaleprodukt) på det relevante geografiske marked (potentiel konkurrent).
 - (b) Virksomheder, der konkurrerer på innovation
126. Med henblik på gruppefritagelsesforordningen for FoU-aftaler er virksomheder, der konkurrerer på innovation, virksomheder, der ikke konkurrerer om et eksisterende produkt og/eller en eksisterende teknologi¹¹⁴, og som selvstændigt udfører eller, i mangel af FoU-aftalen, ville være i stand til at og sandsynligvis uafhængigt vil gennemføre FoU-indsatser, der vedrører:
- (a) FoU for de samme eller sandsynligt substituerbare nye produkter og/eller teknologier som dem, der er omfattet af FoU-aftalen, eller
 - (b) FoU-centre, der i alt væsentligt forfølger samme mål eller formål som dem, der er omfattet af FoU-aftalen.
127. For så vidt angår nye produkter og/eller teknologier skal parterne, hvis FoU-aftalen vedrører både nye produkter og teknologier, vurdere, om de er konkurrerende virksomheder både med hensyn til den teknologi og det produkt, der kan udvikles.
128. Vurderingen af nye produkters og/eller teknologiers sandsynlige substituerbarhed bør fokusere på, om forbrugerne, når produkterne og/eller teknologierne kommer ind på markedet, sandsynligvis vil betragte disse nye produkter og/eller teknologier som substituerbare på grund af deres egenskaber¹¹⁵, forventede priser og tilsigtede anvendelse.
129. For at blive betragtet som konkurrerende skal FoU-centre i det væsentlige forfølge samme mål eller formål som dem, der er omfattet af FoU-aftalen. Dette skal fastlægges på grundlag af pålidelige oplysninger om f.eks. arten og omfanget af FoU-indsatsen.
130. FoU-aftaler mellem virksomheder, der konkurrerer på innovation, og som er omfattet af gruppefritagelsesforordningen for FoU-aftaler, kan f.eks. antage følgende former:
- (a) en FoU-aftale mellem a) en virksomhed, der udvikler et nyt produkt, og b) en virksomhed, der udvikler det samme eller en sandsynlig substitut for et sådant nyt produkt

¹¹⁴ Jf. afsnit 2.5.4.1, litra a), ovenfor.

¹¹⁵ Dette kan også omfatte de underliggende teknologier til fremstilling af de nye produkter.

- (b) en FoU-aftale mellem a) en virksomhed, der udvikler et nyt produkt, og b) en virksomhed, der selv kan og sandsynligvis vil udføre (men endnu ikke udfører) FoU inden for det samme eller en sandsynlig substitut for sådan et nyt produkt
 - (c) en FoU-aftale mellem a) en virksomhed, der gennemfører en FoU-indsats, som vedrører et FoU-center, og b) en virksomhed, der indgår i et FoU-center, der i det væsentlige forfølger samme mål eller formål
 - (d) en FoU-aftale mellem a) en virksomhed, der indgår i et FoU-center, og b) en virksomhed, der selv kan og sandsynligvis vil indgå (men endnu ikke indgår) i et FoU-center, der i det væsentlige forfølger samme mål eller formål.
 - (c) Ikke konkurrerende virksomheder
131. Gruppefritagelsesforordningen for FoU-aftaler definerer "ikke konkurrerende virksomhed" som en virksomhed, der hverken konkurrerer om eksisterende produkter og/eller teknologier eller konkurrerer på innovation. Parterne i en FoU-aftale vil blive anset for ikke at være konkurrerende virksomheder, f.eks. når der er tale om en virksomhed, der gennemfører en FoU-indsats vedrørende et produkt, der kan blive forbedret, substitueret eller afløst af aftaleproduktet, og en virksomhed, der udfører forskning inden for FoU-center.
- 2.5.4.2. Aftaler mellem virksomheder, der konkurrerer om et eksisterende produkt og/eller en eksisterende teknologi
- (a) Markedsandelstærskler for virksomheder, der konkurrerer om et eksisterende produkt og/eller en eksisterende teknologi
132. Hvis to eller flere af parterne i FoU-aftalen er konkurrerende virksomheder med hensyn til eksisterende produkter og/eller teknologier, finder fritagelsen anvendelse med forbehold af en markedsandelstærskel på 25 % beregnet på tidspunktet for indgåelsen af FoU-aftalen. Denne tærskel anvendes på følgende måde, afhængigt af om FoU-aftalen omfatter fælles FoU eller betalt FoU¹¹⁶:
- (a) For FoU-aftaler, der omfatter **fælles FoU**, må aftaleparternes samlede markedsandel ikke overstige 25 % på de relevante produkt- og teknologimarkeder¹¹⁷
 - (b) For FoU-aftaler, der omfatter **betalt FoU**, gælder den samme markedsandelstærskel på 25 %, men den gælder ikke kun for den finansierende part selv, men også for alle de parter, med hvem den finansierende part har indgået FoU-aftaler om de samme aftaleprodukter eller aftaleteknologier¹¹⁸.
133. Hvis resultaterne af den fælles eller betalte FoU **ikke udnyttes i fællesskab**, finder fritagelsen i henhold til gruppefritagelsesforordningen for FoU-aftaler anvendelse, så længe FoU-arbejdet gennemføres.
134. Hvis resultaterne af den fælles eller betalte FoU derimod **udnyttes i fællesskab**, vil parterne derimod fortsat være omfattet af fritagelsen i syv år fra den dato, hvor aftaleprodukterne eller aftaleteknologierne første gang bringes på markedet i det

¹¹⁶ Se afsnit 2.4.1 om sondringen mellem fælles FoU og betalt FoU. Se også artikel 1, stk. 1, nr. 1), i gruppefritagelsesforordningen for FoU-aftaler.

¹¹⁷ Artikel 6, stk. 2, litra a), i gruppefritagelsesforordningen for FoU-aftaler.

¹¹⁸ Artikel 6, stk. 2, litra b), i gruppefritagelsesforordningen for FoU-aftaler. Sådanne FoU-aftaler behøver ikke at falde ind under gruppefritagelsesforordningen for FoU-aftaler.

indre marked¹¹⁹, hvis markedsandelstærsklen blev opfyldt i) på tidspunktet for indgåelsen af aftalen om fælles eller betalt FoU, og som omfatter fælles udnyttelse¹²⁰, eller ii) for de FoU-aftaler, der gælder for parternes fælles udnyttelse af resultaterne af en tidligere indgået aftale¹²¹, på tidspunktet for indgåelsen af en sådan tidligere indgået aftale¹²².

135. Efter udløbet af den syvårige periode, der er omhandlet i artikel 6, stk. 4, i gruppefritagelsesforordningen for FoU-aftaler, finder fritagelsen fortsat anvendelse, så længe parternes samlede markedsandel ikke overstiger 25 % på de markeder, som aftaleprodukterne eller aftaleteknologierne tilhører. Det betyder, at parterne på det pågældende tidspunkt skal vurdere, hvilket marked aftaleproduktet eller aftaleteknologierne tilhører, og om deres samlede markedsandel overstiger 25 %. Hvis den samlede markedsandel stiger til over 25 % efter udløbet af den syvårige periode, finder fritagelsen i gruppefritagelsesforordningen for FoU-aftaler fortsat anvendelse i to på hinanden følgende kalenderår efter det år, hvor tærsklen første gang blev overskredet¹²³.

(b) Beregning af markedsandele for eksisterende produkt- og teknologimarkeder

136. I starten af et FoU-samarbejde om et eksisterende produkt og/eller en eksisterende teknologi, er referencepunktet det eksisterende marked for produkter eller teknologier, som kan blive forbedret, substitueret eller afløst af aftaleprodukterne eller aftaleteknologierne.
137. Hvis FoU-aftalen har til formål at **forbedre, substituere eller afløse eksisterende** produkter eller teknologier, kan markedsandelene beregnes under henvisning til eksisterende produkter eller teknologier, der vil blive forbedret, substitueret eller afløst. Hvis afløsningen af et eksisterende produkt eller en eksisterende teknologi vil være væsentligt anderledes, kan markedsandelene i forhold til eksisterende produkter eller teknologier være mindre informative, men kan stadig anvendes som målestok til at vurdere parternes markedsposition. Alternativt kan beregningen af markedsandelen, hvis der ikke foreligger oplysninger om omsætning på markedet, baseres på andre pålidelige markedsoplysninger, herunder udgifter til FoU¹²⁴.
138. I henhold til artikel 7, stk. 1, litra b), i gruppefritagelsesforordningen for FoU-aftaler skal markedsandelene beregnes på grundlag af oplysninger vedrørende det foregående kalenderår¹²⁵. For visse markeder kan det være nødvendigt at beregne markedsandelene på grundlag af et gennemsnit af parternes markedsandele i de seneste tre foregående kalenderår. Dette kan f.eks. være relevant, når der er udbudsmarkeder, og markedsandelene kan ændre sig betydeligt (f.eks. fra 0 % til

¹¹⁹ Artikel 6, stk. 4, i gruppefritagelsesforordningen for FoU-aftaler.

¹²⁰ Som defineret i artikel 1, stk. 1, nr. 1), litra a), nr. ii), og artikel 1, stk. 1, nr. 1), litra b), nr. ii), i gruppefritagelsesforordningen for FoU-aftaler.

¹²¹ Som defineret i artikel 1, stk. 1, nr. 1), litra c) og d), i gruppefritagelsesforordningen for FoU-aftaler.

¹²² Som nævnt ovenfor i afsnit 2.4.2 i disse retningslinjer skal den tidligere indgåede aftale om fælles eller betalt FoU også opfylde betingelserne for at blive fritaget i henhold til gruppefritagelsesforordningen for FoU-aftaler.

¹²³ Artikel 6, stk. 5, i gruppefritagelsesforordningen for FoU-aftaler.

¹²⁴ Artikel 7, stk. 1, i gruppefritagelsesforordningen for FoU-aftaler.

¹²⁵ Artikel 7, stk. 1, litra b), i gruppefritagelsesforordningen for FoU-aftaler fastsætter, at når det foregående kalenderår ikke er repræsentativt for parternes stilling på det eller de relevante markeder, beregnes markedsandelene på grundlag af et gennemsnit af parternes oplysninger om markedsandele for de seneste tre foregående kalenderår.

100 %) fra år til år, afhængigt af om en part blev udvalgt i udbudsproceduren eller ej. Dette kan også være relevant for markeder, der er kendetegnet ved store, faste ordrer, for hvilke markedsandelen for det foregående kalenderår måske ikke er repræsentativ, f.eks. hvis der ikke er afgivet en større ordre i det foregående kalenderår. En anden situation, hvor det kan være nødvendigt at beregne markedsandele på grundlag af et gennemsnit af de tre foregående kalenderår, er, når der opstår et udbuds- eller efterspørgselschok i kalenderåret forud for samarbejdsaftalen.

139. For så vidt angår de parametre, der anvendes til beregning af markedsandele, fastsættes det i gruppefritagelsesforordningen for FoU-aftaler, at beregningen af markedsandele skal baseres på omsætningen på markedet. Foreligger der ingen oplysninger om en deltagende virksomheds omsætning, kan dens markedsandel fastlægges skønsmæssigt på grundlag af andre pålidelige markedsoplysninger, herunder salgsvolumen på markedet, FoU-udgifter eller FoU-kapacitet.
140. I forbindelse med teknologimarkeder kan markedsandelene beregnes på basis af hver enkelt teknologis andel af de samlede indtægter af licensafgifter, som svarer til en given teknologis andel af det marked, hvor der meddeles licens på konkurrerende teknologier. En alternativ fremgangsmåde er at beregne markedsandelene på teknologimarkedet på grundlag af omsætningen af de produkter eller tjenester, som bygger på den teknologi, hvorpå der er meddelt licens, på produktmarkeder i de efterfølgende omsætningsled. Benyttes denne metode, tages der hensyn til alt salg på det relevante produktmarked, uanset om produktet bygger på en teknologi, hvorpå der er meddelt licens, eller ej¹²⁶.

2.5.4.3. Aftaler om nye produkter og/eller teknologier og FoU-centre¹²⁷

(a) Tærskel for nye produkter og/eller teknologier og FoU-centre

141. Hvis to eller flere af parterne i FoU-aftalen er virksomheder, der konkurrerer på innovation, finder fritagelsen anvendelse, hvis der på tidspunktet for indgåelsen af FoU-aftalen er tre eller flere sammenlignelige konkurrerende FoU-indsatser ud over de FoU-indsatser, som FoU-aftalens parter udfører¹²⁸.
142. En FoU-aftale mellem virksomheder, der konkurrerer på innovation, kan også føre til resultater, som parterne kan aftale at udnytte i fællesskab (aftaleprodukterne eller aftaleteknologierne). Hvorvidt aftalen omfatter en sådan fælles udnyttelse, vil påvirke varigheden af fritagelsen i henhold til gruppefritagelsesforordningen for FoU-aftaler.
143. Hvis resultaterne af aftalen om den fælles eller betalte FoU-aftale vedrørende nye produkter og/eller teknologier eller FoU-centre **ikke udnyttes i fællesskab**, og aftalen opfylder betingelserne for fritagelse i henhold til

¹²⁶ Se også retningslinjerne for teknologioverførsel vedrørende relevante elementer til beregning af markedsandele på teknologimarkederne.

¹²⁷ I henhold til artikel 12 i gruppefritagelsesforordningen for FoU-aftaler finder artikel 1, stk. 1, nr. 18), og artikel 6, stk. 3, deri for FoU-aftaler mellem virksomheder, der konkurrerer på innovation, kun anvendelse på aftaler, der træder i kraft efter den 31. december 2022.

¹²⁸ Artikel 6, stk. 3, i gruppefritagelsesforordningen for FoU-aftaler. Hvis FoU-aftalen vedrører nye produkter og teknologier, finder fritagelsen anvendelse, hvis der på tidspunktet for indgåelsen af FoU-aftalen er tre eller flere sammenlignelige konkurrerende FoU-indsatser ud over FoU-aftaleparternes på teknologiniveau og på produktniveau.

gruppefritagelsesforordningen for FoU-aftaler, gælder fritagelsen, **så længe FoU-arbejdet gennemføres.**

144. Hvis resultaterne af den fælles eller betalte FoU vedrørende nye produkter og/eller teknologier eller FoU-centre **udnyttes i fællesskab**, vil parterne dog fortsat være omfattet af fritagelsen i syv år fra den dato, hvor de resulterende aftaleprodukter eller aftaleteknologier første gang markedsføres i det indre marked¹²⁹. Dette gælder, hvis aftalen opfylder betingelserne for fritagelse i henhold til gruppefritagelsesforordningen for FoU-aftaler¹³⁰: i) på tidspunktet for indgåelse af aftalen om fælles eller betalt FoU, som omfatter fælles udnyttelse¹³¹, eller ii) for de FoU-aftaler, der gælder for parternes fælles udnyttelse af resultaterne af en tidligere indgået aftale¹³², på tidspunktet for indgåelsen af en sådan tidligere indgået aftale¹³³.
145. Efter udløbet af den syvårige periode bør parterne kunne beregne deres markedsandele på markederne for de resulterende aftaleprodukter eller aftaleteknologier. Fritagelsen vil derfor kun finde anvendelse, så længe parternes samlede markedsandel ikke overstiger 25 % på de markeder, som aftaleprodukterne eller aftaleteknologierne tilhører¹³⁴. Hvis den samlede markedsandel stiger til over 25 % efter udløbet af den syvårige periode, finder fritagelsen i gruppefritagelsesforordningen for FoU-aftaler fortsat anvendelse i to på hinanden følgende kalenderår efter det år, hvor tærsklen første gang blev overskredet¹³⁵.
- (b) Vurdering af, om der findes konkurrerende og sammenlignelige FoU-indsatser
146. For at et FoU-samarbejde vedrørende innovation kan fritages, er den relevante tærskel baseret på tre **konkurrerende** og **sammenlignelige** FoU-indsatser.
147. Det følger af definitionen af konkurrerende FoU-indsatser i artikel 1, stk. 1, nr. 19), i gruppefritagelsesforordningen for FoU-aftaler¹³⁶, at følgende elementer skal tages i betragtning med henblik på at identificere **konkurrerende FoU-indsatser**:
- (a) hvorvidt FoU-indsatsen vedrører FoU vedrørende de samme eller sandsynligt substituerbare nye produkter og/eller teknologier eller FoU-centre, som i alt væsentligt forfølger det samme mål eller formål som dem i FoU-aftalen
- (b) hvorvidt tredjepart allerede udfører en FoU-indsats eller selv kan og sandsynligvis vil udføre en sådanne indsats

¹²⁹ Artikel 6, stk. 4, i gruppefritagelsesforordningen for FoU-aftaler.

¹³⁰ Betingelserne for fritagelse er beskrevet i afsnit III i gruppefritagelsesforordningen for FoU-aftaler og omfatter blandt andre betingelser den tærskel, der er beskrevet i artikel 6, stk. 3, deri.

¹³¹ Som defineret i artikel 1, stk. 1, nr. 1), litra a), nr. ii), og artikel 1, stk. 1, nr. 1), litra b), nr. ii), i gruppefritagelsesforordningen for FoU-aftaler.

¹³² Som defineret i artikel 1, stk. 1, nr. 1), litra c) og d), i gruppefritagelsesforordningen for FoU-aftaler.

¹³³ Som nævnt ovenfor i afsnit 2.4.2 i disse retningslinjer skal den tidligere indgåede aftale om fælles eller betalt FoU også opfylde betingelserne for at blive fritaget i henhold til gruppefritagelsesforordningen for FoU-aftaler.

¹³⁴ Artikel 6, stk. 5, i gruppefritagelsesforordningen for FoU-aftaler.

¹³⁵ Artikel 6, stk. 5, i gruppefritagelsesforordningen for FoU-aftaler.

¹³⁶ "konkurrerende FoU-indsats": en FoU-indsats, i hvilken tredjepart deltager alene eller i samarbejde med anden tredjepart, eller i hvilken tredjepart kan og sandsynligvis selvstændigt vil deltage i, og som vedrører: a) forskning og udvikling af de samme eller forventeligt substituerbare nye produkter og/eller teknologier som dem, der er omfattet af FoU-aftalen, eller b) FoU-centre, som i alt væsentligt forfølger det samme mål eller formål som dem, der er omfattet af FoU-aftalen. Tredjepart skal være uafhængig af parterne i FoU-aftalen.

(c) hvorvidt tredjepart er uafhængig af parterne i FoU-aftalen.

148. Hvad for det første angår spørgsmålet om, hvorvidt **FoU-indsatsen vedrører de samme eller sandsynligt substituerbare** nye produkter og/eller teknologier eller FoU-centre, der i alt væsentligt forfølger det samme mål eller formål, kan dette besvares på samme måde som ved vurderingen af virksomheder, der konkurrerer på innovation, jf. afsnit 2.5.4.1 ovenfor.
149. For det andet kan konkurrerende FoU-indsatser være dem, som **tredjepart allerede udfører**, alene eller i samarbejde med anden tredjepart. Det betyder, at FoU-indsatsen kan forfølges enten individuelt af en tredjepart eller i fællesskab af en række forskellige tredjeparter. En konkurrerende FoU-indsats kan også henvise til den indsats, som en **tredjepart selv kan og sandsynligvis vil udføre**. Hvorvidt tredjepart selv kan og sandsynligvis vil udføre FoU vedrørende de samme eller sandsynligt substituerbare nye produkter og/eller teknologier eller FoU-centre, der i alt væsentligt forfølger det samme mål eller formål som FoU-aftalen, kan bestemmes på grundlag af den pågældende tredjeparts adgang til finansielle og menneskelige ressourcer, dens intellektuelle ejendom, knowhow eller andre specialiserede aktiviteter eller dens tidligere FoU-indsats.
150. For det tredje skal vurderingen af spørgsmålet om, hvorvidt FoU-indsatsen udøves af **tredjeparter, der er uafhængige** af parterne i FoU-aftalen, kun omfatte den FoU-indsats, som parterne i FoU-aftalen ikke er involveret i.
151. Når det drejer sig om **vurderingen af sammenligneligheden af en konkurrerende FoU-indsats** med FoU-aftaleparternes, fastsættes det i gruppefritagelsesforordningen for FoU-aftaler, at den skal foretages på grundlag af pålidelige oplysninger om elementer som f.eks. i) FoU-indsatsens størrelse, udviklingstrin og timing, ii) tredjeparts (adgang til) finansielle og menneskelige ressourcer, deres intellektuelle ejendom, knowhow eller andre specialiserede aktiver, deres tidligere FoU-indsats og iii) tredjeparts evne til og sandsynlighed for direkte eller indirekte at udnytte de mulige resultater af deres FoU-indsats i det indre marked¹³⁷.
152. Kriterierne skal anvendes fra sag til sag, hvor der foretages en afvejning af de faktorer, der taler for, og dem, der taler imod sammenlignelighed. Formålet med denne afvejning er i sidste ende at fastslå, at de konkurrerende FoU-indsatser lægger et konkurrencemæssigt pres på parterne i FoU-aftalen.
153. Det første sæt elementer til vurdering af sammenligneligheden er **knyttet til selve FoU-indsatsen**. De vedrører FoU-indsatsens størrelse, udviklingstrin og timing. Det betyder f.eks., at hvis en tredjeparts konkurrerende FoU-indsats har mindst samme eller lignende størrelse eller befinder sig på et lignende eller højere udviklingstrin end den FoU-indsats, der er omfattet af FoU-aftalen, kan de lægge et konkurrencepres, og dette taler for sammenlignelighed. På samme måde med hensyn til timing er en tredjeparts FoU-indsats, der er mellem seks og otte år fra indtræden på markedet, sammenlignet med en FoU-indsats udført af parterne i FoU-aftalen, som er et år fra indtræden på markedet, muligvis ikke sammenlignelige.
154. Det andet sæt elementer er **knyttet til kapaciteten hos den tredjepart (eller de tredjeparter), der udfører FoU-indsatsen**. Dette vedrører deres (adgang til)

¹³⁷ Artikel 7, stk. 2, i gruppefritagelsesforordningen for FoU-aftaler. For tredjepart, der kan og sandsynligvis vil udføre en konkurrerende FoU-indsats, vil kun nr. ii) og iii) være relevante for vurderingen af sammenligneligheden.

finansielle og menneskelige ressourcer, deres intellektuelle ejendom, knowhow eller andre specialiserede aktiver eller deres tidligere FoU-indsats. Disse elementer er relevante for at afgøre, om de ressourcer og kapaciteter, der understøtter tredjeparts FoU-indsats, er sammenlignelige og derfor sandsynligvis vil have mindst samme udviklingstempo og -resultater og dermed udgøre et konkurrencepres. F.eks. er en tredjeparts FoU-indsats måske ikke sammenlignelig, hvis den i væsentlig grad mangler de finansielle og menneskelige ressourcer til at forfølge en lignende FoU-indsats. På samme måde taler en tredjeparts tidligere gode resultater med FoU-projekter svarende til dem, der er omfattet af FoU-aftalen, for sammenlignelighed. I visse sektorer kan tilsvarende adgang til og/eller ejerskab af relevante intellektuelle ejendomsrettigheder (f.eks. patenter) eller relevant knowhow fra tredjeparts side også tale for sammenlignelighed.

155. Det tredje sæt **elementer er knyttet til udnyttelsen af resultaterne**. Dette henviser til tredjeparts evne til og sandsynlighed for (dvs. incitament) til fortsat at arbejde for at få resultaterne på markedet) at udnytte de mulige resultater af FoU-indsatsen i det indre marked. Det betyder f.eks., at en FoU-indsats, der sandsynligvis kun vil blive udnyttet uden for EU uden udsigt til at nå frem til det indre marked, måske ikke kan sammenlignes med den FoU-indsats, der er omfattet af FoU-aftalen, for hvilken resultaterne vil blive markedsført i det indre marked.

2.5.4.4. Aftaler mellem ikke-konkurrerende virksomheder

156. Når parterne i FoU-aftalen **ikke er konkurrerende virksomheder**, er parterne ikke underlagt nogen tærskel¹³⁸. Hvis resultaterne af FoU **ikke udnyttes i fællesskab**, fritages FoU-aftalen, så længe FoU-arbejdet gennemføres.
157. I tilfælde af **fælles udnyttelse** af resultaterne fortsætter fritagelsen med at gælde i syv år fra den dato, hvor aftaleprodukterne eller aftaleteknologierne første gang markedsføres i det indre marked.
158. Efter udløbet af den syvårige periode bør parterne kunne beregne deres markedsandele på markederne for de resulterende aftaleprodukter eller aftaleteknologier. Fritagelsen vil kun finde anvendelse, så længe parternes samlede markedsandel ikke overstiger 25 % på de markeder, som aftaleprodukterne eller aftaleteknologierne tilhører. Hvis den samlede markedsandel stiger til over 25 % på et af disse markeder efter udløbet af den syvårige periode, finder fritagelsen i gruppefritagelsesforordningen for FoU-aftaler fortsat anvendelse i to på hinanden følgende kalenderår efter det år, hvor tærsklen første gang blev overskredet¹³⁹.

2.6. **Alvorlige konkurrencebegrænsninger og begrænsninger, der falder uden for fritagelsen**

2.6.1. *Alvorlige konkurrencebegrænsninger*

159. Artikel 8 i gruppefritagelsesforordningen for FoU-aftaler indeholder en liste over alvorlige begrænsninger. Disse betragtes som alvorlige konkurrencebegrænsninger, som i de fleste tilfælde bør forbydes på grund af den skade, de forårsager på markedet og forbrugerne. FoU-aftaler, der indeholder en eller flere alvorlige begrænsninger, er som helhed udelukket fra anvendelsesområdet for den fritagelse, der er fastsat i gruppefritagelsesforordningen for FoU-aftaler.

¹³⁸ Artikel 6, stk. 1, i gruppefritagelsesforordningen for FoU-aftaler.

¹³⁹ Artikel 6, stk. 5, i gruppefritagelsesforordningen for FoU-aftaler.

160. De alvorlige begrænsninger, der er anført i artikel 8 i gruppefritagelsesforordningen for FoU-aftaler, kan inddeles i følgende kategorier: i) begrænsninger af parternes frie adgang til at udføre FoU-indsats, ii) begrænsninger af produktion eller salg og fastsættelse af priser, iii) begrænsninger af aktivt og passivt salg og iv) andre alvorlige begrænsninger.

2.6.1.1. Begrænsning af parternes frie adgang til at udføre anden FoU-indsats

161. I henhold til artikel 8, stk. 1, i gruppefritagelsesforordningen for FoU-aftaler, er FoU-aftaler, der medfører begrænsninger i parternes frie adgang til at gennemføre FoU selvstændigt eller i samarbejde med tredjepart, udelukket fra fritagelsen, enten:

- (a) på et område uden forbindelse med det område, som FoU-aftalen omhandler, eller
- (b) efter tilendebringelsen af FoU på det område, FoU-aftalen omhandler, eller på et beslægtet område.

162. Med andre ord skal parterne til enhver tid frit kunne udføre en FoU-indsats på områder, der ikke er forbundet med de områder, der er omfattet af FoU-aftalen. Parterne skal også efter tilendebringelsen af den af FoU-aftalen omhandlede FoU fortsat frit kunne gennemføre en FoU-indsats på det område, der er omfattet af FoU-aftalen, eller på et beslægtet område. I modsat fald vil FoU-aftalen ikke være omfattet af fritagelsen i henhold til gruppefritagelsesforordningen for FoU-aftaler.

2.6.1.2. Begrænsning af produktion eller salg og prisfastsættelse

163. Artikel 8, stk. 2, i gruppefritagelsesforordningen for FoU-aftaler udelukker FoU-aftaler om begrænsning af produktion eller salg fra fritagelsen. Når konkurrenter aftaler at begrænse, hvor meget de hver især må producere eller sælge, er dette normalt en alvorlig konkurrencebegrænsning. Fastsættelsen af produktionsmål skal dog ikke betragtes som en alvorlig begrænsning, hvis den fælles udnyttelse af resultaterne omfatter fælles produktion af aftaleprodukterne¹⁴⁰. På samme måde skal fastsættelsen af salgsmål ikke betragtes som en alvorlig begrænsning, hvis den fælles udnyttelse af resultaterne omfatter fælles distribution af aftaleprodukterne eller fælles meddelelse af licens på aftaleteknologierne og udføres af et fælles forskerhold, en fælles organisation eller en fælles virksomhed eller overlades i fællesskab til tredjepart¹⁴¹. Dette gælder også for praksis, der udgør specialisering i forbindelse med udnyttelse¹⁴² og visse konkurrenceklausuler¹⁴³.

164. I henhold til artikel 8, stk. 3, i gruppefritagelsesforordningen for FoU-aftaler er fastsættelse af priser ved salg af produkter eller fastsættelse af licensafgifter ved meddelelse af licens til tredjepart alvorlige begrænsninger. Fastsættelse af priser for direkte kunder eller fastsættelse af licensafgifter for direkte licenstagere, når den fælles udnyttelse af resultaterne omfatter fælles distribution af aftaleprodukterne eller fælles meddelelse af licens for aftaleteknologierne og udføres af et fælles forskerhold, en fælles organisation eller en fælles virksomhed eller overlades i fællesskab til tredjepart, betragtes imidlertid ikke som en alvorlig begrænsning.

¹⁴⁰ Artikel 8, stk. 2, litra a), i gruppefritagelsesforordningen for FoU-aftaler.

¹⁴¹ Artikel 8, stk. 2, litra b), i gruppefritagelsesforordningen for FoU-aftaler.

¹⁴² Artikel 8, stk. 2, litra c), i gruppefritagelsesforordningen for FoU-aftaler. Definitionen af specialisering i forbindelse med udnyttelse findes i artikel 1, stk. 1, nr. 14), i gruppefritagelsesforordningen for FoU-aftaler og afsnit 2.4.2 i disse retningslinjer.

¹⁴³ Artikel 8, stk. 2, litra d), i gruppefritagelsesforordningen for FoU-aftaler.

2.6.1.3. Begrænsninger af aktivt og passivt salg

165. Artikel 8, stk. 4, 5 og 6, i gruppefritagelsesforordningen for FoU-aftaler vedrører begrænsninger af aktivt og passivt salg. Med hensyn til FoU-aftaler defineres **passivt salg** i artikel 1, stk. 1, nr. 24), i gruppefritagelsesforordningen for FoU-aftaler som salg som følge af uopfordrede henvendelser fra individuelle kunder, herunder levering af produkter til kunden eller kunderne, uden at salget er blevet indledt gennem direkte henvendelse til den specifikke kunde, kundegruppe eller det specifikke område; passivt salg omfatter salg som følge af deltagelse i private eller offentlige udbud.
166. Aktivt salg omfatter alle former for salg, som ikke er passivt salg, herunder
- (a) aktiv henvendelse til kunder gennem besøg, breve, e-mails, opkald eller andre former for direkte kommunikation eller gennem målrettet reklame og målrettede salgsfremstød, offline eller online, eksempelvis i trykt form eller via digitale medier, herunder onlinemedier, prissammenligningsværktøjer eller annoncering på søgemaskiner, som er målrettet kunder i bestemte områder eller bestemte kundegrupper
 - (b) hvis der på et websted tilbydes andre sprogmuligheder end dem, der almindeligvis anvendes i det område, hvor forhandleren er etableret
 - (c) muligheden for at tilgå et websted med et domænenavn fra et andet område end det, hvori forhandleren er etableret.
167. Artikel 8, stk. 4, i gruppefritagelsesforordningen for FoU-aftaler ophæver fritagelsen deri for FoU-aftaler, der indeholder begrænsninger for passivt salg. Dette omfatter enhver begrænsning af passivt salg for så vidt angår a) det område eller b) de kunder, hvor eller til hvem parterne kan sælge aftaleprodukterne passivt eller meddele licens til aftaleteknologierne, men udelukker forpligtelsen til meddelelse af enelicens til resultaterne til en anden part. Grunden til sidstnævnte undtagelse er den udtrykkelige mulighed, som parterne har, for at kun en af parterne producerer og distribuerer aftaleprodukterne på grundlag af en enelicens udstedt af de øvrige parter¹⁴⁴.
168. Artikel 8, stk. 5, i gruppefritagelsesforordningen for FoU-aftaler ophæver fritagelsen deri for FoU-aftaler, der indeholder visse begrænsninger for aktivt salg. Dette er tilfældet ved krav om afståelse fra eller begrænsning af aktivt salg af aftaleprodukterne eller aftaleteknologierne i geografiske områder eller til kundegrupper, som ikke eksklusivt er tildelt en af parterne i tilfælde af en specialisering mellem parterne inden for udnyttelse.
169. Det betyder, at aktivt salg ikke må begrænses mellem parterne, medmindre parterne fordeler områder eller kunder til en af dem efter en specialisering i forbindelse med udnyttelse¹⁴⁵.

2.6.1.4. Andre alvorlige konkurrencebegrænsninger

170. Gruppefritagelsesforordningen for FoU-aftaler indeholder to yderligere alvorlige begrænsninger. Hvis parterne for det første fordeler områder mellem sig eller på anden måde fordeler kunder ved specialisering i forbindelse med udnyttelse, er det en

¹⁴⁴ I henhold til definitionen af specialisering i forbindelse med udnyttelse i artikel 1, stk. 1, nr. 14), i gruppefritagelsesforordningen for FoU-aftaler.

¹⁴⁵ Se definitionen af specialisering i forbindelse med udnyttelse i artikel 1, stk. 1, nr. 14), i gruppefritagelsesforordningen for FoU-aftaler.

alvorlig begrænsning at stille krav om, at den ene part ikke efterkommer ordrer fra kunder, som er tildelt den anden part, og som vil videresælge aftaleprodukterne eller meddele licens til aftaleteknologierne i andre områder inden for det indre marked¹⁴⁶.

171. For det andet udgør forpligtelsen til at vanskeliggøre brugeres eller forhandleres køb af aftaleprodukterne hos andre forhandlere inden for det indre marked også en alvorlig begrænsning¹⁴⁷.

2.6.2. *Begrænsninger, der falder uden for fritagelsen*

172. I henhold til artikel 9 i gruppefritagelsesforordningen for FoU-aftaler er visse af de forpligtelser, der er indeholdt i FoU-aftalerne, ikke omfattet af fritagelsen i gruppefritagelsesforordningen. Der er tale om forpligtelser, for hvilke det ikke med tilstrækkelig sikkerhed kan antages, at de opfylder betingelserne i artikel 101, stk. 3. I modsætning til alvorlige begrænsninger, der er omfattet af artikel 8 i gruppefritagelsesforordningen for FoU-aftaler, betyder de udelukkede begrænsninger ikke, at hele FoU-aftalen er udelukket fra gruppefritagelsen. Dette er imidlertid kun tilfældet, hvis den pågældende begrænsning kan udskilles fra resten af aftalen. Hvis begrænsningen kan udskilles, er resten af aftalen fortsat omfattet af fritagelsen i henhold til gruppefritagelsesforordningen for FoU-aftaler.

173. Udelukkede begrænsninger er genstand for en individuel vurdering i henhold til artikel 101. Der er ingen formodning om, at udelukkede begrænsninger er omfattet af artikel 101, stk. 1, eller ikke opfylder betingelserne i artikel 101, stk. 3.

174. Den første udelukkede begrænsning er en forpligtelse til ikke at anfægte gyldigheden af parternes intellektuelle ejendomsrettigheder i det indre marked:

- (a) efter færdiggørelse af FoU-aktiviteterne for intellektuelle ejendomsrettigheder, der er relevante for FoU-aktiviteterne, eller
- (b) efter udløbet af FoU-aftalen for intellektuelle ejendomsrettigheder, der beskytter FoU-resultaterne¹⁴⁸.

175. Grunden til, at sådanne forpligtelser ikke er omfattet af gruppefritagelsen, er, at parter, der har de relevante oplysninger til at identificere en intellektuel ejendomsrettighed, der er tildelt ved en fejl, ikke bør forhindres i at anfægte gyldigheden af sådanne intellektuelle ejendomsrettigheder. For en sådan begrænsning kan det ikke generelt antages, at betingelserne i artikel 101, stk. 3, er opfyldt, og parterne skal derfor selv vurdere sådanne begrænsninger. Dog er bestemmelser, der giver mulighed for at opsiges FoU-aftalen, hvis en af parterne anfægter gyldigheden af de intellektuelle ejendomsrettigheder, der er relevante for FoU-aftalen, eller som beskytter FoU-resultaterne, ikke udelukkede begrænsninger.

176. Den anden udelukkede begrænsning er en forpligtelse til ikke at meddele licenser til tredjepart på fremstilling af aftaleprodukterne eller anvendelse af aftaleteknologierne. Det betyder, at parterne i princippet frit bør kunne udstede licenser til tredjepart. Der gælder en undtagelse, når FoU-aftaler indeholder bestemmelser om, at mindst en af parterne kan udnytte resultaterne af den fælles FoU eller den betalte FoU, og denne udnyttelse finder sted i det indre marked over for tredjepart.

¹⁴⁶ Artikel 8, stk. 6, i gruppefritagelsesforordningen for FoU-aftaler.

¹⁴⁷ Artikel 8, stk. 7, i gruppefritagelsesforordningen for FoU-aftaler.

¹⁴⁸ Artikel 9, stk. 1, litra a), i gruppefritagelsesforordningen for FoU-aftaler.

2.7. Inddragelse af gruppefritagelsen i henhold til gruppefritagelsesforordningen for FoU-aftaler

177. I henhold til artikel 29, stk. 1, i forordning (EF) nr. 1/2003 kan Kommissionen inddrage en gruppefritagelse, hvis den i et konkret tilfælde finder, at en FoU-aftale, som er omfattet af fritagelsen efter gruppefritagelsesforordningen for FoU-aftaler, ikke desto mindre har virkninger, der er uforenelige med traktatens artikel 101, stk. 3. Hvis en sådan aftale i et konkret tilfælde har virkninger, som er uforenelige med artikel 101, stk. 3, på en medlemsstats område, eller på en del af dette område, der frembyder alle et særskilt geografisk markeds karakteristika, kan de nationale konkurrencemyndigheder desuden også inddrage gruppefritagelsen for dette område i medfør af artikel 29, stk. 2, i forordning (EF) nr. 1/2003. Medlemsstaternes domstole nævnes ikke i artikel 29 i forordning (EF) nr. 1/2003, og de har derfor ikke beføjelse til at inddrage gruppefritagelsen, medmindre den pågældende domstol er en af medlemsstaten udpeget konkurrencemyndighed, jf. artikel 35 i forordning (EF) nr. 1/2003.
178. Kommissionen og de nationale konkurrencemyndigheder kan navnlig inddrage gruppefritagelsen, hvis:
- (a) FoU-aftalen i væsentlig grad vanskeliggør tredjeparts gennemførelse af FoU på det eller de relevante områder for aftaleprodukterne, aftaleteknologierne eller FoU-centre, hvilket f.eks. kunne skyldes den begrænsede forskningskapacitet,
 - (b) FoU-aftalen i væsentlig grad vanskeliggør tredjeparts adgang til markedet for aftaleprodukterne eller aftaleteknologierne, hvilket f.eks. kan skyldes den særlige struktur på udbudssiden,
 - (c) når aftaleparterne uden objektiv gyldig grund ikke udnytter resultaterne af den fælles FoU over for tredjepart,
 - (d) når aftaleprodukterne eller -teknologierne ikke i hele det indre marked eller en væsentlig del heraf er udsat for effektiv konkurrence fra produkter eller teknologier, som på grund af deres egenskaber, pris og anvendelsesformål af brugerne anses for at svare dertil.
179. Kommissionen kan i medfør af artikel 29, stk. 1, i forordning (EF) nr. 1/2003 inddrage gruppefritagelsen på eget initiativ eller på grundlag af en klage. Det omfatter muligheden for, at de nationale konkurrencemyndigheder kan anmode Kommissionen om at inddrage gruppefritagelsen i et konkret tilfælde, uden at dette berører anvendelsen af reglerne om sagsfordeling og bistand inden for Det Europæiske Konkurrencenetværk¹⁴⁹ eller deres egen inddragelsesbeføjelse i henhold til artikel 29, stk. 2, i forordning (EF) nr. 1/2003. Hvis mindst tre nationale konkurrencemyndigheder anmoder Kommissionen om at anvende artikel 29, stk. 1, i forordning (EF) nr. 1/2003 i et konkret tilfælde, drøfter Kommissionen sagen inden for rammerne af Det Europæiske Konkurrencenetværk med henblik på at afgøre, hvorvidt gruppefritagelsen skal inddrages. I den forbindelse tager Kommissionen nøje hensyn til holdningen hos de nationale konkurrencemyndigheder, som har anmodet den om at inddrage gruppefritagelsen, med henblik på inden for en rimelig tid at konkludere, om betingelserne for inddragelse er opfyldt i det konkrete tilfælde.

¹⁴⁹ Jf. kapitel IV i forordning (EF) nr. 1/2003.

180. Det følger af artikel 29, stk. 1 og 2, i forordning (EF) nr. 1/2003, at Kommissionen har enekompetence til at inddrage gruppefritagelsen på EU-plan, idet den kan inddrage den for FoU-aftaler, som begrænser konkurrencen på et relevant geografisk marked, som dækker bredere end en enkelt medlemsstats område, hvorimod de nationale konkurrencemyndigheder kun kan inddrage den for deres respektive medlemsstats område.
181. De individuelle nationale konkurrencemyndigheders inddragelsesbeføjelser vedrører således kun de tilfælde, hvor det relevante marked dækker en enkelt medlemsstat eller et område, der udelukkende ligger inden for én medlemsstat eller en del heraf. I dette tilfælde har den nationale konkurrencemyndighed beføjelse til at inddrage gruppefritagelsen for en FoU-aftale, der har virkninger, som er uforenelige med artikel 101, stk. 3, på det nationale eller regionale marked. Der er således tale om delt kompetence, eftersom artikel 29, stk. 1, i forordning (EF) nr. 1/2003, også giver Kommissionen beføjelse til at inddrage gruppefritagelsen for et nationalt eller regionalt marked, forudsat at den pågældende FoU-aftale kan påvirke handelen mellem medlemsstaterne.
182. Hvis flere særskilte nationale eller regionale markeder er berørt, kan flere kompetente nationale konkurrencemyndigheder inddrage gruppefritagelsen på samme tid.
183. Det følger af ordlyden af artikel 29, stk. 1, i forordning (EF) nr. 1/2003, at når Kommissionen inddrager gruppefritagelsen, påhviler det den for det første at bevise, at den pågældende FoU-aftale har mærkbare konkurrencebegrænsende virkninger, således at den falder ind under traktatens artikel 101, stk. 1. For det andet skal den dokumentere, at aftalen har virkninger, der er uforenelige med traktatens artikel 101, stk. 3, hvilket betyder, at den ikke opfylder mindst én af de fire betingelser i traktatens artikel 101, stk. 3. I henhold til artikel 29, stk. 2, i forordning (EF) nr. 1/2003 gælder de samme krav, når en national konkurrencemyndighed inddrager gruppefritagelsen for sin medlemsstat. Hvad angår ansvaret for at dokumentere, at den anden betingelse er opfyldt, kræves det i henhold til artikel 29 i forordning (EF) nr. 1/2003 navnlig, at den kompetente konkurrencemyndighed påviser, at mindst én af de fire betingelser i traktatens artikel 101, stk. 3, ikke er opfyldt¹⁵⁰.
184. Hvis betingelserne i artikel 29, stk. 1, i forordning (EF) nr. 1/2003 er opfyldt, kan Kommissionen inddrage gruppefritagelsen i et konkret tilfælde. En sådan inddragelse, og betingelserne herfor som beskrevet i de foregående afsnit, skal adskilles fra konstateringerne i en afgørelse om overtrædelse fra Kommissionen, jf. kapital III i forordning (EF) nr. 1/2003. En inddragelse kan imidlertid kombineres med f.eks. en konstatering af en overtrædelse og pålæggelse af afhjælpende

¹⁵⁰ Kravet i artikel 29 i forordning (EF) nr. 1/2003 angående den kompetente myndigheds bevisbyrde følger af den situation, hvor gruppefritagelsesforordningen for FoU-aftaler ikke finder anvendelse, og en individuel virksomhed påkalder sig artikel 101, stk. 3, i et konkret tilfælde. I en sådan situation påhviler det i henhold til artikel 2 i forordning (EF) nr. 1/2003 virksomheden at dokumentere, at alle fire betingelser i artikel 101, stk. 3, er opfyldt. Med henblik herpå skal den underbygge sine påstande, jf. f.eks. Kommissionens afgørelse AT.39226 – Lundbeck, stadfæstet i dom af 8. september 2016, Lundbeck mod Kommissionen, T-472/13, EU:T:2016:449, og af 25. marts 2021, Lundbeck mod Kommissionen, C-591/16, EU:C:2021:243.

foranstaltninger, selv med foreløbige forholdsregler, som det også har været tilfældet i tidligere kommissionsafgørelser¹⁵¹.

185. Hvis Kommissionen inddrager gruppefritagelsen i henhold til artikel 29, stk. 1, i forordning (EF) nr. 1/2003, skal den tage hensyn til, at inddragelsen kun kan have ex nunc-virkninger, dvs. at de pågældende aftalers status som fritagne ikke vil blive påvirket i perioden forud for den dato, hvor inddragelsen træder i kraft. I tilfælde af en inddragelse i medfør af artikel 29, stk. 2, i forordning (EF) nr. 1/2003, skal den berørte nationale konkurrencemyndighed også tage hensyn til sine forpligtelser efter artikel 11, stk. 4, i samme forordning, navnlig til at forelægge Kommissionen eventuelle påtænkte beslutninger.

2.8. Vurdering efter artikel 101, stk. 3, af FoU-aftaler, der falder uden for anvendelsesområdet for gruppefritagelsesforordningen for FoU-aftaler

186. Der gælder ingen formodning om, at FoU-aftaler, der falder uden for anvendelsesområdet for gruppefritagelsesforordningen for FoU-aftaler, er omfattet af artikel 101, stk. 1, eller at de ikke opfylder betingelserne i artikel 101, stk. 3. Sådanne FoU-aftaler kræver en individuel vurdering i henhold til artikel 101.
187. En sådan individuel vurdering begynder med spørgsmålet om, hvorvidt aftalen ville begrænse konkurrencen som omhandlet i artikel 101, stk. 1¹⁵². Hvis dette er tilfældet, vil virksomhederne skulle vurdere, om FoU-aftalen opfylder betingelserne i artikel 101, stk. 3.

2.8.1. Effektivitetsgevinster

188. Mange FoU-aftaler – med eller uden fælles udnyttelse af de eventuelle resultater – skaber effektivitetsgevinster, fordi de kombinerer komplementære kompetencer og aktiver, så der hurtigere udvikles og markedsføres bedre eller nye produkter og teknologier, end det ellers ville have været tilfældet. FoU-aftaler kan også medføre en større udbredelse af viden, hvilket kan skabe yderligere innovation. FoU-aftaler kan også medføre omkostningsbesparelser og mindske afhængigheden af et for begrænset antal leverandører af visse teknologier, produkter og tjenesteydelser. Disse effektivitetsgevinster kan bidrage til et modstandsdygtigt indre marked.

2.8.2. Nødvendige begrænsninger

189. Begrænsninger, der strækker sig ud over det, der er nødvendigt for at opnå de effektivitetsgevinster, som en FoU-aftale medfører, opfylder ikke kriterierne i artikel 101, stk. 3. Navnlig er det mindre sandsynligt, at de alvorlige begrænsninger, der er anført i artikel 8 i gruppefritagelsesforordningen for FoU-aftaler¹⁵³, opfylder nødvendighedskriteriet i en individuel vurdering.

¹⁵¹ Kommissionen benyttede sin beføjelse til at inddrage en af de tidligere gældende gruppefritagelsesforordninger i Kommissionens afgørelse af 25. marts 1992 (foreløbige foranstaltninger) og af 23. december 1992 vedrørende en procedure efter artikel 85 i EØF-traktaten i sag IV/34.072 – Mars/Langnese og Schöller, stadfæstet i dom af 1. oktober 1998, Langnese-Iglo mod Kommissionen, C-279/95 P, ECLI:EU:C:1998:447, og Kommissionens afgørelser af 4. december 1991 (foreløbige foranstaltninger) og 4. december 1991 vedrørende en procedure efter artikel 85 i EØF-traktaten i sag IV/33.157 – Eco System/Peugeot.

¹⁵² Jf. også afsnit 2.3 i disse retningslinjer.

¹⁵³ Jf. også afsnit 2.6 i disse retningslinjer om alvorlige konkurrencebegrænsninger.

2.8.3. *Fordele for forbrugerne*

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

2.8.4. *Ingen udelukkelse af konkurrencen*

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

2.9. **Tidspunktet for vurderingen**

195. Konkurrencebegrænsende aftaler vurderes efter artikel 101 i den faktiske sammenhæng, hvori de indgår, og ud fra de omstændigheder, der foreligger på et givet tidspunkt. Vurderingen vil kunne påvirkes af materielle ændringer i de faktiske omstændigheder.
196. Fritagelse efter artikel 101, stk. 3, gælder, så længe de fire kumulative betingelser i denne artikel er opfyldt, og ophører med at finde anvendelse, når dette ikke længere er tilfældet. Ved anvendelsen af de fire kumulative kriterier i artikel 101, stk. 3, må der tages hensyn til de irreversible ("sunk") investeringer, en af parterne måske har foretaget i starten, og til den tid, det tager, og de begrænsninger, der er nødvendige for, at få forrentet en effektivitetsfremmende investering. Artikel 101 kan ikke anvendes uden hensyntagen til en sådan tidligere investering. Den risiko, parterne løber, og de irreversible investeringer, der skal foretages for at gennemføre aftalen, kan derfor bevirke, at aftalen ikke falder ind under artikel 101, stk. 1, eller at den opfylder betingelserne i artikel 101, stk. 3, i den tid, det tager at få investeringen tjent ind. Hvis den opfindelse, som investeringen medfører, er omfattet af en eller anden form for eksklusivitet, som parterne har fået i henhold til særlige regler for beskyttelse af intellektuelle ejendomsrettigheder, vil den periode, der er nødvendig for at tjene investeringsomkostningerne ind, normalt ikke være længere end den eksklusivitetsperiode, som er fastsat i disse regler.
197. I nogle tilfælde er den konkurrencebegrænsende aftale irreversibel, dvs. at den situation, der bestod før aftalen, ikke kan genoprettes, når først den konkurrencebegrænsende aftale er gennemført. I så fald må vurderingen udelukkende foretages på grundlag af de omstændigheder, der foreligger på gennemførelsestidspunktet.

198. For en FoU-aftale, hvorved hver af parterne forpligter sig til at opgive deres respektive forskningsprojekter og sammenlægge deres respektive kompetencer, kan det f.eks. rent objektivt set være teknisk og økonomisk umuligt at genoplive et projekt, når det først er opgivet. Hvis aftalen på det tidspunkt er forenelig med artikel 101, f.eks. fordi tilstrækkeligt mange tredjeparter har konkurrerende FoU-indsatser i gang, vil parternes aftale om at opgive deres individuelle projekter fortsat være forenelig med artikel 101, stk. 1, også selv om tredjepartsprojekterne senere skulle vise sig at mislykkes.
199. Forbuddet i artikel 101, stk. 1, finder dog muligvis anvendelse på andre dele af aftalen, hvor der ikke er tale om forhold af irreversibel karakter. Når aftalen f.eks. ud over fælles FoU også indeholder bestemmelser om fælles udnyttelse, vil artikel 101 kunne finde anvendelse på denne del af aftalen, hvis aftalen får konkurrencebegrænsende virkninger på grund af den efterfølgende udvikling på markedet og ikke (længere) opfylder betingelserne i artikel 101, stk. 3, under behørig hensyntagen til tidligere, irreversible investeringer.

2.10. Eksempel

200. FoU-aftaler mellem virksomheder, der konkurrerer på innovation

Eksempel 1

Situation: Virksomhed A og B har hver især foretaget betydelige investeringer i den FoU, der er nødvendig for at udvikle mikroelektroniske komponenter, som hverken vil forbedre eller afløse eksisterende komponenter, og hvor efterspørgslen vil skabe sit eget nye marked, hvis de bliver en succes. Virksomhed A og B har udviklet tidlige prototyper. De er nu enige om at samle disse FoU-indsatser ved at oprette et joint venture-selskab, der skal fuldføre FoU, og som kun fokuserer på en af de to FoU-indsatser (den del af aftalen, der omhandler FoU), og at fremstille den nye komponent (den del af aftalen, der omhandler fælles udnyttelse), som vil blive solgt tilbage til virksomhed A og B, således at de kan markedsføre den nye komponent separat ("FoU-aftalen").

Der er ingen andre virksomheder, der i øjeblikket udvikler den samme eller en substituerbar elektronisk komponent, eller som kan og sandsynligvis vil udføre FoU-indsatser for at udvikle den samme eller en substituerbar komponent.

Analyse: Den mikroelektroniske komponent er et helt nyt produkt, og der bør foretages en analyse af, om FoU-aftalen begrænser konkurrencen i det indre marked som omhandlet i artikel 101, stk. 1. Der bør desuden foretages en vurdering af, om FoU-aftalen er omfattet af gruppefritagelsesforordningen for FoU-aftaler.

På tidspunktet for indgåelsen af FoU-aftalen er virksomhed A og B de eneste to virksomheder, der indgår (eller kan og sandsynligvis vil indgå) i FoU-indsatserne vedrørende den nye komponent. De ville hver især have været i stand til selv at udføre FoU af den nye komponent og markedsføre den. Gennem joint venture-selskabet vil virksomhed A og B nu fokusere på én FoU-indsats i stedet for to separate. FoU-aftalen kan derfor meget vel have konkurrencebegrænsende virkninger som omhandlet i artikel 101 som følge af reduktionen af antallet af FoU-indsatser og dermed af antallet af produkter, der kan forventes at komme på markedet.

Hvis aftalen fører til en begrænsning af konkurrencen, skal parterne afgøre, om de er fritaget i henhold til gruppefritagelsesforordningen for FoU-aftaler. FoU-aftalen mellem virksomhed A og B opfylder imidlertid ikke betingelserne for fritagelse. Navnlig er tærsklen for aftaler mellem virksomheder, der konkurrerer på innovation,

ikke nået, da der ikke findes andre konkurrerende FoU-indsatser (artikel 6, stk. 3, i gruppefritagelsesforordningen for FoU-aftaler). Som følge heraf er det nødvendigt med en individuel vurdering for at fastslå, om FoU-aftalen opfylder kravene i artikel 101, stk. 3.

I henhold til artikel 101, stk. 3, kan FoU-aftalen potentielt medføre effektivitetsgevinster ved, at der hurtigere udvikles et nyt produkt, men FoU-aftalen ville fjerne det eneste konkurrencepres fra parterne på innovationsniveau. Som følge heraf vil dette sandsynligvis føre til tab af innovation og højere priser i efterfølgende omsætningsled. FoU-aftalen vil sandsynligvis skabe et duopol på det fremtidige marked for nye mikroelektroniske komponenter. Et sådant duopol ville være kendetegnet ved en meget ensartet omkostningsstruktur og mulig udveksling af kommercielt følsomme oplysninger mellem parterne, eftersom deres joint venture vil fremstille til de eneste sælgere af den nye komponent, nemlig virksomhed A og B. Der kan derfor også være en alvorlig risiko for konkurrencebegrænsende samordning, som vil føre til hemmelig samordning på det nye marked. Selv om nogle af disse problemer kan løses, ved at parterne på rimelige vilkår giver tredjepart licens på knowhow eller intellektuelle ejendomsrettigheder til fremstilling af den nye komponent til tredjepart, er det ikke sandsynligt, at dette vil løse alle problemerne, og at betingelserne i artikel 101, stk. 3, vil være opfyldt. FoU-aftalen vil derfor sandsynligvis ikke opfylde betingelserne for fritagelse i henhold til artikel 101, stk. 3.

201. FoU-aftaler mellem virksomheder, der konkurrerer om et eksisterende produkt og/eller en eksisterende teknologi

Eksempel 2

Situation: Virksomhed A har en markedsandel på 51 % på et marked, hvor dens medicinalprodukt er en salgssucces. En lille virksomhed, virksomhed B, beskæftiger sig med FoU inden for medicinalvarer, fremstilling af aktive lægemiddelbestanddele ("API") og fremstilling af generiske lægemidler. Virksomhed B har opfundet en proces, som giver mulighed for en mere økonomisk produktion af API til virksomhed A's succesprodukt. Virksomhed B har indgivet en patentansøgning for denne proces (procespatent). Virksomhed A's patent på succesproduktets API-bestanddel udløber om små tre år, og derefter vil der være en række procespatenter tilbage vedrørende den pågældende medicin. Virksomhed B mener ikke, at den nye, mere effektive proces, som den har udviklet, krænker virksomhed A's eksisterende procespatenter, men finder, at den vil give mulighed for produktion af en version af succesproduktet, der ikke krænker patentet, når virksomhed A's API-patent er udløbet. Virksomhed B kan enten fremstille produktet selv eller meddele tredjepart licens på processen, f.eks. andre generiske producenter eller virksomhed A.

Inden virksomhed B træffer beslutning om sin FoU på dette område, indgår den en aftale med virksomhed A om, at virksomhed A yder et finansielt bidrag til det FoU-projekt, der skal gennemføres af virksomhed B, på betingelse af, at den opnår eksklusiv licens på alle virksomhed B's patenter vedrørende API til virksomhed A's succesprodukt.

Der er to andre uafhængige FoU-indsatser, der udvikler en proces til fremstilling af API til succesproduktet, som ikke ville krænke virksomhed A's eller B's procespatenter, men det er endnu ikke klart, om de vil kunne gennemføre industriel produktion.

Analyse: Den proces, der er omfattet af virksomhed B's patentansøgning, forbedrer blot en eksisterende produktionsproces. Virksomhed A er aktiv på markedet for den eksisterende teknologi (produktionsprocessen) og på markedet for det eksisterende produkt (succesproduktet). Virksomhed B er en potentiel konkurrent på teknologiniveau. Hvis virksomhed B skulle udnytte procespatentet, ville den sandsynligvis være i stand til at komme ind på produktmarkedet med f.eks. et generisk produkt. Derfor er virksomhed A og B potentielle konkurrenter på det produktmarked, som succesproduktet indgår på. Aftalen er ikke fritaget i henhold til gruppefritagelsesforordningen for FoU-aftaler, da virksomhed A's markedsandel i det mindste med hensyn til produktmarkedet er på over 25 %. Der skal derfor foretages en individuel vurdering.

Virksomhed A har markedsstyrke på det eksisterende marked for succesproduktet. Selv om denne markedsstyrke vil blive formindsket betydeligt med de generiske konkurrenters faktiske markedsadgang, gør den eksklusive licens under procespatentet den proces, som virksomhed B har udviklet, utilgængelig for tredjepart og vil dermed kunne forsinke markedsføringen af generiske lægemidler (ikke mindst fordi produktet fortsat er beskyttet af en række procespatenter, der tilhører virksomhed A). Da det er uklart, om de to andre FoU-indsatser, der i øjeblikket arbejder på et ikkekrænkende alternativ til virksomhed A's procespatent, vil kunne gennemføre industriel produktion, er virksomhed B's procespatent den eneste troværdige vej til at lancere generiske produkter, der kan konkurrere med virksomhed A's succesprodukt. Aftalen begrænser derfor konkurrencen som omhandlet i artikel 101, stk. 1. Virksomhed A's omkostningsbesparelser opnået gennem den nye produktionsproces er ikke tilstrækkelige til at opveje konkurrencebegrænsningen. I mangel af andre konkurrenter på produktmarkedet, såsom producenter af generiske produkter, er det usandsynligt, at besparelserne i produktionsomkostningerne vil komme forbrugerne til gode. Desuden er en eksklusiv licens ikke nødvendig for at opnå sådanne besparelser. Det er derfor usandsynligt at aftalen opfylder betingelserne i artikel 101, stk. 3.

202. Forskningspartnerskab

Eksempel 3

Situation: Virksomhed A, B og C er førende aktører inden for vedvarende energiteknologier. De planlægger at etablere et forskningspartnerskab, som skal fastlægge en FoU-dagsorden med en langsigtet fælles vision for udvikling af nye teknologier for vedvarende energi og forbedring af de eksisterende teknologier, som skal gennemføres i en række selvstændige FoU-projekter.

Denne dagsorden vil udgøre et FoU-samarbejde og vil blive formaliseret i et aftalememorandum, der fastsætter målsætninger, vilkår og betingelser for samarbejdet, herunder forvaltningsmekanismer og overvågningsordninger. Aftalememorandummet fastlægger således en ramme for samarbejdet, inden for hvilket der vil blive gennemført specifikke FoU-samarbejdsprojekter til støtte for den aftalte langsigtede dagsorden.

Analyse: Denne type forskningspartnerskaber kan involvere konkurrerende virksomheder i enten udviklingen eller implementeringen af disse teknologier eller begge dele. Men hvis forskningspartnerskabets karakter er begrænset til fastlæggelse af en bred dagsorden, vil denne form for samarbejde sandsynligvis ikke være problematisk.

Hvis forskningspartnerskabet desuden tager fat på en udfordring, som ingen enkelt virksomhed kan tackle alene, og kræver mobilisering af flere aktører, vil det fremme innovation, som ellers ikke ville finde sted, og dermed udgøre et bidrag til den tekniske og økonomiske udvikling.

Selv om det er usandsynligt, at et sådant forskningspartnerskab vil give anledning til konkurrenceproblemer, vil det være nødvendigt at analysere de enkelte FoU-samarbejdsaftaler hver for sig.

3. PRODUKTIONSAFTALER

3.1. Indledning

203. Formålet med dette kapitel er at vejlede om anvendelsesområdet for og konkurrencevurderingen af produktionsaftaler, der falder ind under artikel 101, stk. 1, og som enten a) er omfattet af gruppefritagelsesforordningen for specialiseringsaftaler (afsnit 3.4), eller b) falder uden for anvendelsesområdet for gruppefritagelsesforordningen for specialiseringsaftaler og skal vurderes i henhold til artikel 101, stk. 1 og 3 (afsnit 3.5).
204. Produktionsaftaler varierer med hensyn til form og omfang. De kan indeholde bestemmelser om, at produktionen kun gennemføres af den ene af parterne, eller at den gennemføres af to eller flere parter. Virksomhederne kan producere i fællesskab gennem et joint venture, dvs. et selskab, som de kontrollerer i fællesskab, og som driver et eller flere produktionsanlæg, eller gennem løsere former for produktionssamarbejde som f.eks. underleveranceaftaler.
205. Disse retningslinjer gælder for alle former for aftaler om fælles produktion og horisontale underleveranceaftaler¹⁵⁴.
206. Underleveranceaftaler henviser til aftaler, hvorved den ene part ("ordregiveren") overlader produktionen af et produkt til den anden part ("underleverandøren") Horisontale underleveranceaftaler indgås mellem virksomheder, som opererer på samme produktmarked, uanset om de er faktiske eller potentielle konkurrenter. Horisontale underleveranceaftaler omfatter ensidige og gensidige specialiseringsaftaler samt andre horisontale underleveranceaftaler.
207. Ensidede specialiseringsaftaler er aftaler mellem to eller flere parter, som er aktive på samme produktmarked, hvorved en eller flere parter indvilliger i helt eller delvis at ophøre med at producere bestemte produkter eller afstå fra at producere disse produkter og at købe dem hos den anden part eller de andre parter, som indvilliger i at producere og levere disse produkter til den eller de parter, der ophører med eller afstår fra at producere dem.
208. Gensidige specialiseringsaftaler er aftaler mellem to eller flere parter, som er aktive på samme produktmarked, hvorved to eller flere parter på gensidig vis indvilliger i helt eller delvis at ophøre med eller afstå fra at producere bestemte, men anderledes produkter og at købe disse produkter hos de andre parter, som indvilliger i at producere og levere disse produkter til den eller de parter, der ophører med eller afstår fra at producere dem.
209. Disse retningslinjer finder også anvendelse på andre horisontale underleveranceaftaler. Dette omfatter underleveranceaftaler med henblik på at udvide produktionen, hvor ordregiveren ikke samtidig indstiller eller begrænser sin egen produktion af produktet.

¹⁵⁴

Vertikale underleveranceaftaler er ikke omfattet af disse retningslinjer. Vertikale underleveranceaftaler indgås mellem virksomheder, der opererer i forskellige omsætningsled på markedet. De falder ind under retningslinjerne for vertikale begrænsninger og kan på visse betingelser være omfattet af gruppefritagelsesforordningen for vertikale begrænsninger. Desuden kan de være omfattet af Kommissionens meddelelse af 18. december 1978 om bedømmelse af underleveranceaftaler i forhold til EØF-traktatens artikel 85, stk. 1 (EFT C 1 af 3.1.1979, s. 2) ("meddelelsen om underleveranceaftaler").

3.2. Relevante markeder

210. En produktionsaftale vil påvirke de markeder, der er direkte berørt af samarbejdet, dvs. de markeder, som de produkter, der fremstilles i henhold til produktionsaftalen, tilhører. Disse markeder vil blive defineret i overensstemmelse med meddelelsen om markedsafgrænsning¹⁵⁵. En produktionsaftale kan også have afsmittende virkninger ("spill over"-virkninger) på markeder i de foregående eller efterfølgende omsætningsled eller tilstødende markeder i forhold til det marked, der berøres direkte af samarbejdet ("spill over"-markeder)¹⁵⁶. "Spill over"-markederne vil sandsynligvis være relevante, hvis markederne er indbyrdes afhængige, og parterne indtager en stærk stilling på "spill over"-markedet.

3.3. Vurdering efter artikel 101, stk. 1

211. Vurderingen af en specialiseringsaftale begynder med spørgsmålet om, hvorvidt aftalen indeholder konkurrencebegrænsninger, der er omfattet af artikel 101, stk. 1. Hvis det er tilfældet:
- (a) vil vurderingen for det første fokusere på, om specialiseringsaftalen kan være omfattet af fritagelsen i gruppefritagelsesforordningen for specialiseringsaftaler,
 - (b) og for det andet vil det, hvis aftalerne falder uden for anvendelsesområdet for gruppefritagelsesforordningen for specialiseringsaftaler, være nødvendigt at foretage en individuel vurdering af aftalen for at afgøre, om specialiseringsaftalen opfylder betingelserne i artikel 101, stk. 3.

3.3.1. De vigtigste konkurrenceproblemer

212. Produktionsaftaler kan give anledning til forskellige konkurrenceproblemer, f.eks.:
- (a) direkte begrænsning af konkurrencen mellem parterne
 - (b) samordning af parternes konkurrencemæssige adfærd som leverandører
 - (c) konkurrenceskadelig afskærmning af tredjepart på et beslægtet marked.
213. Produktionsaftaler kan medføre **direkte begrænsning af konkurrencen mellem parterne**. Produktionsaftaler og især produktions-joint ventures¹⁵⁷ kan medføre, at parterne direkte tilpasser i) produktionsniveauer, ii) kvalitet, iii) pris, som joint venture-selskabet skal sælge sine produkter til, eller iv) andre vigtige konkurrenceparametre (f.eks. innovation, bæredygtighed). Dette kan begrænse konkurrencen, selv om parterne sælger produkterne hver for sig.
214. Produktionsaftaler kan også medføre **samordning af parternes konkurrencemæssige adfærd som leverandører**, dvs. **hemmelig samordning**, der fører til i) højere priser, ii) lavere produktion, iii) ringere produktkvalitet, iv) ringere produktsortiment eller v) mindre innovation. Dette kan ske, hvis:
- (a) parterne har markedsstyrke, og

¹⁵⁵ Kommissionens meddelelse om afgrænsning af det relevante marked i forbindelse med Fællesskabets konkurrenceret (EFT C 372 af 9.12.1997, s. 5).

¹⁵⁶ Artikel 2, stk. 5, første afsnit, i Rådets forordning (EF) nr. 139/2004 af 20. januar 2004 om kontrol med fusioner og virksomhedsovertagelser (EUT L 24 af 29.1.2004, s. 1).

¹⁵⁷ Jf. punkt 51 ("selvstændigt fungerende joint ventures") og 13 ("ansvar for en overtrædelse af artikel 101, stk. 1") i disse retningslinjer.

- (b) hvis markedet er præget af forhold, som bidrager til en sådan samordning, især:
 - i) når produktionsaftalen gør parternes omkostningsstrukturer (dvs. den del af de variable omkostninger, som parterne har til fælles) så meget mere ensartede, at de kan foretage hemmelig samordning, eller
 - ii) hvis aftalen indebærer udveksling af kommercielt følsomme oplysninger, der kan føre til hemmelig samordning.
215. Produktionsaftaler kan desuden føre til **konkurrenceskadelig afskærmning af tredjepart på et beslægtet marked** (f.eks. markedet i det efterfølgende omsætningsled, der er afhængigt af komponenter fra det marked, hvor produktionsaftalen anvendes). Sådanne konkurrenceproblemer kan blive en realitet, uanset om aftaleparterne er konkurrenter på det marked, hvor samarbejdet foregår. For at denne type afskærmning kan have konkurrencebegrænsende virkninger, skal mindst en af parterne have en stærk stilling på det marked, hvor afskærmningsrisikoen vurderes.
216. *Eksempel* Ved at opnå en tilstrækkelig markedsstyrke kan de parter, der beskæftiger sig med fælles produktion på et marked i det foregående omsætningsled, blive i stand til at hæve prisen for en nøglekomponent (eller et nøgleinput) på et marked i det efterfølgende omsætningsled. De kan derved bruge den fælles produktion til at øge deres konkurrenters omkostninger i det efterfølgende omsætningsled og marginalisere dem eller i sidste instans tvinge dem ud af markedet. Dette vil igen øge parternes markedsstyrke i det efterfølgende led og eventuelt sætte dem i stand til at fastholde priserne over det konkurrencedygtige niveau eller skade forbrugerne på anden måde.
- 3.3.2. *Konkurrencebegrænsende formål*
217. Generelt har aftaler, der indebærer a) prisfastsættelse, b) produktionsbegrænsning eller c) fordeling af markeder eller kunder, konkurrencebegrænsende formål.
218. I forbindelse med produktionsaftaler gælder dette dog ikke:
- (a) når parterne indgår aftale om den produktion, der berøres direkte af produktionsaftalen (f.eks. et joint venture-selskabs kapacitet og produktionsmængde eller den aftalte mængde udliciterede produkter), forudsat at de øvrige konkurrenceparametre (f.eks. priser) ikke udelukkes, eller
 - (b) når en produktionsaftale, der også omfatter fælles distribution af de produkter, som er fremstillet i fællesskab, indeholder bestemmelse om fælles fastsættelse af salgspriserne for disse produkter, og kun disse produkter, forudsat at denne begrænsning er nødvendig for den fælles produktion, dvs. at parterne ellers slet ikke ville have incitament til at indgå produktionsaftalen.
219. I disse to tilfælde skal de produktionsaftaler, der indeholder disse begrænsninger, vurderes for at afgøre, om de kan få konkurrencebegrænsende virkninger som omhandlet i artikel 101, stk. 1. Disse begrænsninger og produktionsaftalerne vil ikke blive vurderet særskilt, men i lyset af den samlede indvirkning på markedet af hele produktionsaftalen.
- 3.3.3. *Konkurrencebegrænsende virkninger*
220. Spørgsmålet om, hvorvidt de konkurrenceproblemer, som en produktionsaftale vil kunne medføre, i praksis kommer til at gøre sig gældende i en given sag, afhænger af flere variabler. Disse variabler er afgørende for en produktionsaftales sandsynlige

virksomheder for konkurrencen og dermed anvendelsen af artikel 101, stk. 1. Disse variabler omfatter:

- (a) forholdene på det marked, hvor aftalen anvendes
- (b) samarbejdets art
- (c) samarbejdets markedsdækning
- (d) de produkter, der er omfattet af samarbejdet.

221. Hvorvidt en produktionsaftale vil kunne få konkurrencebegrænsende virkninger, afhænger af den situation, der ville gøre sig gældende uden aftalen med alle dens påståede begrænsninger.
222. Det er også relevant for vurderingen af aftalens indvirkning på konkurrenceforholdene, om aftaleparterne er nære konkurrenter, om kundernes muligheder for at skifte leverandører er begrænsede, om det er usandsynligt, at konkurrenterne vil øge udbuddet, hvis priserne stiger, og om en af aftaleparterne er en betydelig konkurrent.
223. **Produktionsaftaler, der også omfatter markedsføring** (f.eks. fælles distribution eller markedsføring). Disse aftaler indebærer en større risiko for konkurrencebegrænsende virkninger end aftaler, der udelukkende vedrører fælles produktion. Fælles markedsføring bringer samarbejdet nærmere forbrugeren og indebærer normalt fælles fastsættelse af priser og afsætning, dvs. praksis, der indebærer den største risiko for konkurrencen.
224. Det er dog normalt mindre sandsynligt, at aftaler om fælles distribution af produkter, der er fremstillet i fællesskab, begrænser konkurrencen, end rene aftaler om fælles distribution.
225. Det er også mindre sandsynligt, at en fælles distributionsaftale, som er nødvendig for, at aftalen om fælles produktion overhovedet kan indgås, begrænser konkurrencen, end en distributionsaftale, som ikke er nødvendig for den fælles produktion.
226. **Produktionsaftaler, som sandsynligvis ikke vil få konkurrencebegrænsende virkninger** Visse produktionsaftaler vil sandsynligvis ikke få konkurrencebegrænsende virkninger:
227. Produktionsaftaler mellem virksomheder, der konkurrerer på de markeder, hvor samarbejdet finder sted, vil få konkurrencebegrænsende virkninger, hvis *produktionsaftalen medfører, at der opstår et nyt marked*¹⁵⁸, dvs. hvis aftalen giver parterne mulighed for at lancere et nyt produkt, hvilket de objektivt set ellers ikke ville have kunnet (f.eks. som følge af parternes tekniske kompetence).
228. Det er ikke sandsynligt, at produktionsaftaler fører til direkte begrænsning af konkurrencen mellem parterne, hemmelig samordning eller konkurrenceskadelig afskærmning, hvis aftaleparterne ikke har markedsstyrke på det marked, hvor begrænsningen af konkurrencen vurderes. Det er kun markedsstyrke, der kan gøre det rentabelt for aftaleparterne at holde priserne på et højere niveau eller produktionen, produktkvaliteten eller -sortimentet på et lavere niveau, end det ville have været muligt på et konkurrenceudsat marked.

¹⁵⁸ I dette kapitel skal "nyt marked" forstås i bredere forstand end i forbindelse med FoU-aftaler i kapitel 2 (jf. f.eks. punkt 60).

3.3.3.1. Markedsstyrke

229. Udgangspunktet for undersøgelsen af markedsstyrke er parternes a) individuelle og samlede markedsandel. Herefter vil man normalt undersøge b) koncentrationsgraden og antallet af aktører på markedet samt c) dynamiske faktorer såsom potentiel tilgang af nye virksomheder og skiftende markedsandele samt d) andre faktorer af relevans for vurderingen af markedsstyrke.

(a) Markedsandele

230. Virksomheder har sandsynligvis ikke markedsstyrke, hvis deres markedsandel ligger under et bestemt niveau.

231. **Gruppefritagelsesforordningen for specialiseringsaftaler.** Markedsandelstærsklen i henhold til gruppefritagelsesforordningen for specialiseringsaftaler er fastsat til 20 %. Specialiseringsaftaler¹⁵⁹ er omfattet af gruppefritagelsesforordningen for specialiseringsaftaler, hvis de er indgået mellem parter med en samlet markedsandel på højst 20 % på det eller de relevante markeder, forudsat at de øvrige betingelser for anvendelse af gruppefritagelsesforordningen for specialiseringsaftaler er opfyldt.

232. **Legalitetsformodning.** For horisontale underleveranceaftaler, der falder uden for definitionen af specialiseringsaftaler i gruppefritagelsesforordningen for specialiseringsaftaler, (artikel 1, stk. 1, litra a)), er det i de fleste tilfælde usandsynligt, at parterne har markedsstyrke, hvis de tilsammen har en markedsandel på højst 20 %. Under alle omstændigheder vil horisontale underleveranceaftaler, hvor parternes samlede markedsandel ikke overstiger 20 %, sandsynligvis opfylde betingelserne i artikel 101, stk. 3.

233. **Markedsandel på over 20 %.** Hvis parternes samlede markedsandel overstiger 20 %, skal de restriktive virkninger analyseres. Samlet set er risikoen for, at en produktionsaftale kan øge aftaleparternes incitament til at hæve deres priser (og/eller forringe kvaliteten og sortimentet), mere sandsynligt, jo større parternes samlede markedsandel er.

(b) Markedskoncentrationsgrad

234. Generelt er der større sandsynlighed for, at en produktionsaftale får konkurrencebegrænsende virkninger på et koncentreret marked end på et marked, der ikke er koncentreret. En produktionsaftale på et koncentreret marked kan øge risikoen for hemmelig samordning, selv om parterne kun har en moderat markedsandel tilsammen.

235. En samlet markedsandel for parterne på lidt over 20 % indebærer imidlertid ikke nødvendigvis et stærkt koncentreret marked. Parterne kan have en samlet markedsandel på lidt over 20 % på et marked med en moderat koncentration.

(c) Dynamiske faktorer

236. Selv om aftaleparterne har store markedsandele, og markedskoncentrationen er betydelig, kan risikoen for konkurrencebegrænsende virkninger stadig være ringe, hvis markedet er dynamisk, dvs. et marked, hvor virksomhedstilgang og markedsandele ændrer sig hyppigt.

(d) Andre faktorer af relevans for vurderingen af markedsstyrke

¹⁵⁹ Artikel 1, stk. 1, i gruppefritagelsesforordningen for specialiseringsaftaler.

237. Antallet af forbindelser og deres intensitet (f.eks. andre samarbejdsaftaler) mellem konkurrenterne på markedet er også relevante for vurderingen af parternes markedsstyrke.
238. I tilfælde, hvor en virksomhed med markedsstyrke på et marked samarbejder med en potentiel ny virksomhed på det pågældende marked, f.eks. med en udbyder af samme produkt på et tilstødende geografisk marked eller produktmarked, vil aftalen endvidere kunne øge den etablerede virksomheds markedsstyrke. Dette kan få konkurrencebegrænsende virkninger, hvis: a) den faktiske konkurrence på den etablerede virksomheds marked i forvejen er svag, og b) truslen om en ny virksomheds adgang til markedet indebærer et betydeligt konkurrencepres.
- 3.3.3.2. Direkte begrænsning af konkurrencen mellem parterne
239. Konkurrencen mellem parterne i en produktionsaftale kan på forskellige måder begrænses direkte. Eksempel:
- (a) Parterne i et produktions-joint venture kunne f.eks. begrænse joint venture-selskabets produktion i forhold til, hvad parterne ville have markedsført, hvis de hver især havde truffet afgørelse om deres produktion.
 - (b) Hvis de vigtigste produktkarakteristika afgøres af produktionsaftalen, kan dette også udelukke nøgleaspekterne ved konkurrencen mellem parterne og i sidste instans medføre konkurrencebegrænsninger.
 - (c) Et joint venture, der forlanger en høj afregningspris fra parterne i produktionsaftalen, ville forhøje parternes komponentomkostninger, hvilket kunne medføre højere priser i de efterfølgende omsætningsled. Konkurrenterne vil måske finde det rentabelt at forhøje deres priser som reaktion herpå og kommer derved til at bidrage til prisstigninger på det relevante marked.
240. Inden for nogle erhvervsgrene, hvor produktionen er den vigtigste økonomiske aktivitet, kan en ren produktionsaftale i sig selv desuden udelukke nogle af konkurrencens nøgleaspekter og dermed direkte begrænse konkurrencen mellem aftaleparterne.
- 3.3.3.3. Hemmelig samordning og konkurrenceskadelig afskærmning
241. Sandsynligheden for hemmelig samordning afhænger af parternes markedsstyrke (se afsnit 3.3.3.1) og de særlige forhold, der præger det relevante marked. Hemmelig samordning kan især (men ikke udelukkende) skyldes ensartethed i omkostningsstrukturerne eller informationsudveksling som følge af produktionsaftalen.
242. En produktionsaftale kan også føre til konkurrenceskadelig afskærmning: a) ved at øge virksomhedernes markedsstyrke eller b) ved at øge deres ensartethed i omkostningsstrukturen, eller c) hvis den indebærer udveksling af kommercielt følsomme oplysninger.
- (a) Ensartede omkostningsstrukturer
243. En produktionsaftale mellem parter med markedsstyrke kan have konkurrencebegrænsende virkninger, hvis den gør omkostningsstrukturen mere ensartet, så det bliver lettere for virksomhederne at foretage hemmelig samordning (f.eks. aftale om priser eller andre konkurrenceparametre) eller udelukke tredjeparter på spill over-markeder.

244. Ensartethed i omkostningsstrukturen henviser til den del af variable omkostninger, som aftaleparterne har til fælles. De relevante omkostninger er de variable omkostninger ved det produkt, som aftaleparterne konkurrerer om at afsætte.
245. Der er større sandsynlighed for, at en produktionsaftale fører til hemmelig samordning eller afskærmning, hvis parterne allerede inden aftalens indgåelse havde en stor andel af de variable omkostninger til fælles, da den supplerende del bestående af produktionsomkostningerne ved det produkt, der er omfattet af aftalen, kan være udslagsgivende. Omvendt kan risikoen for hemmelig samordning eller afskærmning være høj, selv om omkostningsstrukturen fra starten er meget ensartet, hvis stigningen (som følge af produktionsomkostningerne for de produkter, der er omfattet af aftalen) er stor.
246. En ensartet omkostningsstruktur øger kun risikoen for hemmelig samordning eller afskærmning, hvis produktionsomkostningerne udgør en stor del af de pågældende variable omkostninger.
- (a) Et andet tilfælde, hvor en ensartet omkostningsstruktur kan føre til hemmelig samordning, er den situation, hvor parterne aftaler fælles produktion af et mellemprodukt, der tegner sig for en stor del af de variable omkostninger ved det endelige produkt, som parterne konkurrerer om at afsætte på markedet i det efterfølgende omsætningsled. Parterne kan benytte produktionsaftalen til at forhøje prisen på dette fælles mellemprodukt, der er en vigtig komponent i deres produkter på markedet i det efterfølgende omsætningsled. Dette kan svække konkurrencen på markedet i det efterfølgende omsætningsled og vil sandsynligvis medføre højere slutpriser. Fortjenesten vil blive flyttet fra det efterfølgende til det foregående omsætningsled og blive fordelt mellem parterne via joint venture-selskabet.
 - (b) En ensartet omkostningsstruktur øger også risikoen for, at en horisontal underleveranceaftale får konkurrencebegrænsende afskærmningsvirkninger, når den komponent, som ordregiver køber hos underleverandøren, tegner sig for en stor del af de variable omkostninger ved det endelige produkt, som parterne konkurrerer om.
247. Det er dog mindre sandsynligt, at omkostningsstrukturens ensartethed vil øge risikoen for hemmelig samordning, når samarbejdet vedrører produkter, der nødvendiggør en omkostningskrævende markedsføring. Som eksempel kan nævnes nye eller uensartede produkter, der indebærer en dyr markedsføring eller høje transportomkostninger.
- (b) Udveksling af oplysninger
248. En produktionsaftale kan få konkurrencebegrænsende virkninger, hvis den indebærer udveksling af kommercielt strategiske oplysninger, som kan medføre hemmelig samordning eller konkurrenceskadelig afskærmning.
249. Hvorvidt udvekslingen af oplysninger i forbindelse med en produktionsaftale vil kunne få konkurrencebegrænsende virkninger bør vurderes i overensstemmelse med vejledningen i kapitel 6 i disse retningslinjer. Eventuelle negative virkninger som følge af disse udvekslinger af oplysninger vil ikke blive vurderet særskilt, men på grundlag af produktionsaftalens samlede virkninger.
250. Der er større sandsynlighed for, at produktionsaftalen opfylder kriterierne i artikel 101, stk. 3, hvis informationsudvekslingen ikke strækker sig ud over de fælles data, der er nødvendige for produktionen af de produkter, der er omfattet af aftalen,

selv om informationsudvekslingen har konkurrencebegrænsende virkninger som omhandlet i artikel 101, stk. 1. I dette tilfælde vil effektivitetsgevinsterne ved den fælles produktion sandsynligvis opveje de konkurrencebegrænsende virkninger af parternes samordnede adfærd.

251. Det er mindre sandsynligt, at produktionsaftalen vil opfylde kriterierne i artikel 101, stk. 3, hvis informationsudvekslingen gik ud over, hvad der var nødvendigt for den fælles produktion, f.eks. oplysninger om priser og salg.

3.4. Aftaler omfattet af gruppefritagelsesforordningen for specialiseringsaftaler

252. Gruppefritagelsesforordningen for specialiseringsaftaler fastsætter en legalitetsformodning på visse betingelser for visse produktionsaftaler, der benævnes "specialiseringsaftaler".

253. Den gruppefritagelse, der fastsættes i gruppefritagelsesforordningen for specialiseringsaftaler, gælder kun de specialiseringsaftaler, som med tilstrækkelig sikkerhed kan antages at opfylde betingelserne i artikel 101, stk. 3.

3.4.1. Specialiseringsaftaler

254. Specialiseringsaftaler omfatter følgende typer horisontale produktionsaftaler: ensidige specialiseringsaftaler, gensidige specialiseringsaftaler og aftaler om fælles produktion, og de vedrører fremstilling af varer eller forberedelse af tjenesteydelser.

255. **Ensidige specialiseringsaftaler.** De vigtigste elementer i disse aftaler som defineret i artikel 1, stk. 1, litra a), nr. i), i gruppefritagelsesforordningen for specialiseringsaftaler er følgende:

- (a) De er indgået mellem to eller flere parter.
- (b) Aftaleparterne er allerede aktive på samme produktmarked.
- (c) Aftalen vedrører de samme produkter.
- (d) En eller flere parter indvilliger i helt eller delvis at ophøre med at producere bestemte produkter eller afstå fra at producere disse produkter fra en eller flere andre parter.
- (e) En eller flere andre parter indvilliger i at producere og levere disse produkter til den eller de andre parter, der ophører med eller afstår fra at producere dem.

256. Definitionen af ensidige specialiseringsaftaler kræver ikke: i) at parterne er aktive på det samme geografiske marked, eller ii) at den eller de parter, der ophører med eller afstår fra at producere bestemte produkter, reducerer kapaciteten (f.eks. salg af fabrikker, lukning af produktionslinjer osv.), da det er tilstrækkeligt, at de reducerer deres produktionsmængder.

257. **Gensidige specialiseringsaftaler.** De vigtigste elementer i disse aftaler som defineret i artikel 1, stk. 1, litra a), nr. ii), i gruppefritagelsesforordningen for specialiseringsaftaler er følgende:

- (a) De er indgået mellem to eller flere parter.
- (b) Aftaleparterne er allerede aktive på samme produktmarked.
- (c) Aftalen vedrører forskellige produkter.
- (d) To eller flere parter aftaler på gensidig vis helt eller delvis at ophøre med eller afstå fra at producere bestemte, men andre produkter og at købe disse produkter hos de andre parter.

- (e) Sådanne andre parter indvilliger i at producere og levere disse produkter til de parter, der ophører med eller afstår fra at producere dem.
258. Definitionen af gensidige specialiseringsaftaler kræver ikke: i) at parterne er aktive på det samme geografiske marked, eller ii) at den eller de parter, der ophører med eller afstår fra at producere bestemte, men andre produkter, reducerer kapaciteten (f.eks. salg af fabrikker, lukning af produktionslinjer osv.), da det er tilstrækkeligt, at de reducerer deres produktionsmængder.
259. **Fælles produktionsaftaler.** De vigtigste elementer i disse aftaler som defineret i artikel 1, stk. 1, litra a), nr. iii), i gruppefritagelsesforordningen for specialiseringsaftaler er følgende:
- (a) De er indgået mellem to eller flere parter.
- (b) Parterne fremstiller bestemte produkter i fællesskab (se afsnit 3.4.3).
260. Definitionen af fælles produktionsaftaler kræver ikke: i) at parterne er aktive på det samme produktmarked, eller ii) at en eller flere parter til ophører med eller afstår fra at producere produkter.
- 3.4.2. *Andre bestemmelser i specialiseringsaftaler*
261. Gruppefritagelsesforordningen for specialiseringsaftaler fritager også visse bestemmelser, der kan indgå i specialiseringsaftaler.
262. **Bestemmelser om overdragelse af eller meddelelse af licens på intellektuelle ejendomsrettigheder til en eller flere af parterne** (artikel 2, stk. 3, i gruppefritagelsesforordningen for specialiseringsaftaler). Disse bestemmelser er omfattet af fritagelsen i artikel 2 i gruppefritagelsesforordningen for specialiseringsaftaler, hvis de opfylder to kumulative betingelser:
- (a) De udgør ikke hovedformålet med specialiseringsaftalen.
- (b) De er direkte knyttet til og nødvendige for gennemførelsen af en sådan aftale.
263. **Bestemmelser om leverings- eller købsforpligtelser** (artikel 2, stk. 4, og betragtning 11 i gruppefritagelsesforordningen for specialiseringsaftaler). Gruppefritagelsesforordningen for specialiseringsaftaler fastsætter, at ensidige og gensidige specialiseringsaftaler kun vil blive fritaget, hvis de indeholder leverings- og købsforpligtelser. I så fald kan disse forpligtelser være eksklusive, men skal ikke være det (betragtning 11 i gruppefritagelsesforordningen for specialiseringsaftaler).
264. Med hensyn til eksklusive leverings- eller købsforpligtelser fastsættes det i artikel 2, stk. 4, i gruppefritagelsesforordningen for specialiseringsaftaler, at fritagelsen gælder for specialiseringsaftaler, hvorved parterne accepterer en eksklusiv købsforpligtelse eller en eksklusiv leveringsforpligtelse.
- (a) En eksklusiv leveringsforpligtelse som defineret i artikel 1, stk. 1, litra j), i gruppefritagelsesforordningen for specialiseringsaftaler betyder en forpligtelse til ikke at levere specialiseringsprodukterne (som defineret i artikel 1, stk. 1, litra c)) til en konkurrerende virksomhed, som ikke er en eller flere aftaleparter. En eksklusiv leveringsforpligtelse forhindrer derfor ikke parterne i at levere specialiseringsprodukter til tredjepart, der ikke er en konkurrerende virksomhed.

- (b) En eksklusiv købsforpligtelse som defineret i artikel 1, stk. 1, litra k), i gruppefritagelsesforordningen for specialiseringsaftaler betyder en forpligtelse til kun at købe specialiseringsprodukterne hos en eller flere aftaleparter.
265. Andre bestemmelser i specialiseringsaftaler, der udgør accessoriske begrænsninger, vil også være omfattet af fritagelsen i artikel 2 i gruppefritagelsesforordningen for specialiseringsaftaler, så længe betingelserne i EU's retspraksis¹⁶⁰ er opfyldt.
- 3.4.3. *Fælles distribution og begrebet "fælles" i henhold til gruppefritagelsesforordningen for specialiseringsaftaler*
266. Gruppefritagelsesforordningen for specialiseringsaftaler definerer begrebet "fælles" i forbindelse med distribution. Fælles distribution kan være en del af en specialiseringsaftale og kan være omfattet af fritagelsen i gruppefritagelsesforordningen for specialiseringsaftaler, hvis distributionsaktiviteterne udføres på en af følgende to måder:
- (a) Distributionen udføres af et fælles distributionshold eller en fælles distributionsenhed eller -virksomhed.
- (b) Distributionen udføres af en tredjepart, der opfylder tre kumulative betingelser:
- i) Den udnævnes i fællesskab af parterne i specialiseringsaftalen.
 - ii) Den udnævnes med eksklusivrettigheder eller ej.
 - iii) Den er ikke en faktisk eller potentiel konkurrent til parterne i specialiseringsaftalen.
267. Fritagelsen i gruppefritagelsesforordningen for specialiseringsaftaler finder også anvendelse¹⁶¹ på specialiseringsaftaler, hvor parterne a) i fællesskab distribuerer specialiseringsprodukterne og b) ikke sælger dem hver for sig.
268. I gruppefritagelsesforordningen for specialiseringsaftaler anvendes også begrebet "fælles" i definitionen af "fælles produktionsaftaler" (artikel 1, stk. 1, litra a), nr. iii)). Begrebet "fælles" er imidlertid ikke defineret i produktionssammenhæng. I henhold til gruppefritagelsesforordningen for specialiseringsaftaler kan fælles produktion derfor antage en hvilken som helst form.
- 3.4.4. *Tjenesteydelser i henhold til gruppefritagelsesforordningen for specialiseringsaftaler*
269. Specialiseringsaftaler, der er omfattet af gruppefritagelsen for specialiseringsaftaler, kan også vedrøre forberedelse af tjenesteydelser. Forberedelse af tjenesteydelser vedrører aktiviteter forud for levering af tjenesteydelser til kunder (artikel 1, stk. 1, litra e), i gruppefritagelsesforordningen for specialiseringsaftaler). F.eks. kan en specialiseringsaftale om oprettelse af en platform, hvorigennem en tjeneste vil blive leveret, betragtes som en aftale om forberedelse af tjenesteydelser.
270. Som forklaret i betragtning 9 i gruppefritagelsesforordningen for specialiseringsaftaler er levering af tjenesteydelser imidlertid ikke omfattet af

¹⁶⁰ Dom af 11. september 2014, MasterCard mod Kommissionen, C-382/12 P, EU:C:2014:2201, præmis 89, dom af 11. juli 1985, Remia m.fl. mod Kommissionen, C-42/84, EU:C:1985:327, præmis 19-20, dom af 28. januar 1986, Pronuptia, C-161/84, EU:C:1986:41, præmis 15-17, dom af 15. december 1994, DLG, C-250/92, EU:C:1994:413, præmis 35, og dom af 12. december 1995, Oude Luttikhuis m.fl., C-399/93, EU:C:1995:434, præmis 12-15.

¹⁶¹ Artikel 2, stk. 4, litra b), og artikel 1, stk. 1, litra l), i gruppefritagelsesforordningen for specialiseringsaftaler.

gruppefritagelsesforordningen for specialiseringsaftaler, undtagen i forbindelse med distribution, hvor parterne leverer de tjenester, der er forberedt i henhold til specialiseringsaftalen.

3.4.5. *Konkurrerende virksomheder: faktiske eller potentielle konkurrenter*

271. I henhold til gruppefritagelsesforordningen for specialiseringsaftaler (artikel 1, stk. 1, litra i)) vil konkurrerende virksomheder blive betragtet som: a) faktiske konkurrenter, hvis de er aktive på det samme relevante marked, eller b) potentielle konkurrenter, hvis de fraset produktionsaftalen på et realistisk grundlag og ikke blot som en teoretisk mulighed på mindre end tre år vil kunne foretage de nødvendige ekstra investeringer eller afholde andre nødvendige omstillingsomkostninger for at indtræde på det relevante marked.

272. Spørgsmålet om potentiel konkurrence skal vurderes på et realistisk grundlag. For eksempel kan parterne ikke defineres som potentielle konkurrenter, blot fordi specialiseringsaftalen giver dem mulighed for at udføre visse produktionsaktiviteter. Det afgørende spørgsmål er, om de uafhængigt af hinanden har de nødvendige midler dertil.

3.4.6. *Markedsandelstærskel og fritagelsens varighed*

3.4.6.1. Markedsandelstærskel

273. I henhold til artikel 3 i gruppefritagelsesforordningen for specialiseringsaftaler er specialiseringsaftaler omfattet af fritagelsen, hvis følgende markedsandelstærskler er opfyldt:

(a) Parternes samlede markedsandel overstiger ikke 20 % af det eller de relevante markeder, der er berørt af specialiseringsaftalen, forudsat at de øvrige betingelser for fritagelse i henhold til gruppefritagelsesforordningen for specialiseringsaftaler er opfyldt.

(b) Hvor specialiseringsprodukterne er mellemliggende produkter, som en eller flere af parterne helt eller delvis anvender internt til fremstilling af produkter i efterfølgende omsætningsled, som de dernæst også sælger, afhænger fritagelsen i medfør af gruppefritagelsesforordningen for specialiseringsaftaler af:

i) at parternes samlede markedsandel ikke overstiger 20 % på det eller de relevante markeder for specialiseringsprodukterne, og

ii) at parternes samlede markedsandel ikke overstiger 20 % på det eller de relevante markeder for produkterne i det efterfølgende omsætningsled. I henhold til gruppefritagelsesforordningen for specialiseringsaftaler defineres et "produkt i efterfølgende omsætningsled" som et produkt som et specialiseringsprodukt anvendes til af en eller flere af parterne som komponent, og som afsættes af disse parter på markedet (artikel 1, stk. 1, litra g)).

3.4.6.2. Beregning af markedsandele

274. I henhold til artikel 4 i gruppefritagelsesforordningen for specialiseringsaftaler skal markedsandelene beregnes på grundlag af oplysninger vedrørende det foregående kalenderår.

275. For visse markeder kan det være nødvendigt at beregne markedsandelene på grundlag af et gennemsnit af parternes markedsandele i de seneste tre foregående

kalenderår. Dette kan f.eks. være relevant, når der er udbudsmarkeder, og markedsandelene kan ændre sig betydeligt (f.eks. fra 0 % til 100 %) fra år til år, afhængigt af om en part blev udvalgt i udbudsproceduren eller ej. Dette kan også være relevant for markeder, der er kendetegnet ved store, faste ordrer, for hvilke markedsandelen for det foregående kalenderår måske ikke er repræsentativ, f.eks. hvis der ikke er afgivet en større ordre i det foregående kalenderår. En anden situation, hvor det kan være nødvendigt at beregne markedsandele på grundlag af et gennemsnit af de tre foregående kalenderår, er, når der opstår et udbuds- eller efterspørgselschok i kalenderåret forud for samarbejdsaftalen.

276. For så vidt angår de parametre, der anvendes til beregning af markedsandele, fastsættes det i gruppefritagelsesforordningen for specialiseringsaftaler, at beregningen af markedsandele skal baseres på omsætningen på markedet. Foreligger der ingen oplysninger om omsætning på markedet, kan parternes markedsandel beregnes skønsmæssigt på grundlag af andre pålidelige markedsoplysninger, herunder salgsvolumen på markedet.
277. I forbindelse med gruppefritagelsesforordningen for specialiseringsaftaler omfatter udtrykket "virksomhed" og "part" deres respektive "forbundne virksomheder" som defineret i artikel 1, stk. 2. I henhold til artikel 4, stk. 3, i gruppefritagelsesforordningen for specialiseringsaftaler skal den markedsandel, som parterne i specialiseringsaftalen og deres forbundne virksomhed har, fordeles ligeligt mellem hver virksomhed, der har følgende rettigheder eller beføjelser:
- (a) ret til direkte eller indirekte at udøve mere end halvdelen af stemmerettighederne,
 - (b) ret til at udpege mere end halvdelen af medlemmerne af bestyrelsen, direktionen eller andre organer, som repræsenterer virksomheden retligt, eller
 - (c) ret til direkte eller indirekte at lede virksomhedens forretninger.

3.4.6.3. Fritagelsens varighed

278. Fritagelsen i gruppefritagelsesforordningen for specialiseringsaftaler har ikke en bestemt varighed. Fritagelsen gælder i hele specialiseringsaftalens løbetid, så længe markedsandelstærsklerne er opfyldt.
279. Gruppefritagelsesforordningen for specialiseringsaftaler fastsætter, at når parternes samlede markedsandel stiger til over 20 % på mindst et af de markeder, der er berørt af specialiseringsaftalen, vil fritagelsen fortsat finde anvendelse i to på hinanden følgende kalenderår efter det år, hvor tærsklen på 20 % første gang blev overskredet.

3.4.7. *Alvorlige konkurrencebegrænsninger i gruppefritagelsesforordningen for specialiseringsaftaler*

3.4.7.1. Alvorlige konkurrencebegrænsninger

280. Artikel 5 i gruppefritagelsesforordningen for specialiseringsaftaler indeholder en liste over alvorlige begrænsninger. Disse betragtes som alvorlige konkurrencebegrænsninger, som i de fleste tilfælde bør forbydes på grund af den skade, de forårsager på markedet og forbrugerne. Specialiseringsaftaler, der indeholder en eller flere alvorlige begrænsninger, er som helhed udelukket fra anvendelsesområdet for den fritagelse, der er fastsat i gruppefritagelsesforordningen for specialiseringsaftaler.

281. De alvorlige begrænsninger, der er anført i artikel 5 i gruppefritagelsesforordningen for specialiseringsaftaler, kan inddeles i følgende kategorier:

- (a) fastsættelse af priser ved salg af specialiseringsprodukter til tredjepart
- (b) begrænsning af produktion eller salg
- (c) deling af markeder eller kunder.

282. Sådanne begrænsninger kan opnås a) direkte eller indirekte og b) alene eller kombineret med andre faktorer, som parterne i specialiseringsaftalen har afgørende indflydelse på.

3.4.7.2. Undtagelser

283. Artikel 5 i gruppefritagelsesforordningen for specialiseringsaftaler indeholder også flere undtagelser fra de alvorlige begrænsninger. Specialiseringsaftaler, der indeholder disse bestemmelser, kan stadig fritages, hvis de øvrige betingelser for fritagelse i henhold til gruppefritagelsesforordningen for specialiseringsaftaler er opfyldt.

- (a) Prisfastsættelse: I forbindelse med fælles distribution giver gruppefritagelsesforordningen mulighed for at fastsætte priser for direkte kunder (artikel 5, stk. 1, andet afsnit).
- (b) Begrænsning af produktion eller salg:
 - i) I forbindelse med ensidige eller gensidige specialiseringsaftaler tillader gruppefritagelsesforordningen for specialiseringsaftaler bestemmelser om den aftalte mængde produkter, som i) en eller flere parter ville ophøre med at fremstille eller forberede, og/eller ii) en eller flere parter ville fremstille eller forberede for den eller de andre parter (artikel 5, stk. 2, andet afsnit, litra a)).
 - ii) I forbindelse med fælles produktionsaftaler tillader gruppefritagelsesforordningen for specialiseringsaftaler bestemmelser om fastsættelse af parternes kapacitet og produktionsomfang for så vidt angår specialiseringsprodukter (artikel 5, stk. 2, andet afsnit, litra b)).
 - iii) I forbindelse med fælles distribution giver gruppefritagelsesforordningen for specialiseringsaftaler mulighed for at fastsætte priser for direkte kunder (artikel 5, stk. 2, andet afsnit, litra c)).

3.4.8. Inddragelse af gruppefritagelsen i henhold til gruppefritagelsesforordningen for specialiseringsaftaler

284. I henhold til artikel 6 og 7 i gruppefritagelsesforordningen for specialiseringsaftaler kan Kommissionen og de nationale konkurrencemyndigheder inddrage gruppefritagelsen i henhold til henholdsvis artikel 29, stk. 1, og artikel 29, stk. 2, i forordning (EF) nr. 1/2003, navnlig hvis:

- (a) det relevante marked er meget koncentreret, og
- (b) konkurrencen allerede er beskeden, navnlig på grund af i) andre markedsdeltageres respektive markedsstillinger eller ii) forbindelser med andre markedsdeltagere som følge af parallelle specialiseringsaftaler.

285. Retningslinjerne for inddragelse af gruppefritagelsen ifølge gruppefritagelsesforordningen for FoU-aftaler gælder også for fritagelserne ifølge

ved gruppefritagelsesforordningen for specialiseringsaftaler (se afsnit 2.7 i disse retningslinjer).

3.5. Vurdering efter artikel 101, stk. 3, af produktionsaftaler, der falder uden for anvendelsesområdet for gruppefritagelsesforordningen for specialiseringsaftaler

286. Der gælder ingen formodning om, at produktionsaftaler, der falder uden for anvendelsesområdet for gruppefritagelsesforordningen for specialiseringsaftaler, er omfattet af artikel 101, stk. 1, eller at de ikke opfylder betingelserne i artikel 101, stk. 3. Sådanne produktionsaftaler kræver en individuel vurdering.

287. En sådan individuel vurdering af sådanne produktionsaftaler begynder med spørgsmålet om, hvorvidt aftalen ville begrænse konkurrencen som omhandlet i artikel 101, stk. 1¹⁶². Hvis dette er tilfældet, vil virksomhederne skulle vurdere, om produktionsaftalen opfylder betingelserne i artikel 101, stk. 3.

3.5.1. Effektivitetsgevinster

288. Produktionsaftaler kan give effektivitetsgevinster ved:

- (a) at give virksomhederne mulighed for at spare omkostninger, som de ellers skulle afholde hver især
- (b) at hjælpe virksomhederne med at forbedre produktkvaliteten, hvis de samler deres komplementære viden og knowhow
- (c) at give virksomhederne mulighed for at øge produktsortimentet, hvilket de ellers ikke ville have haft råd til eller ville have været i stand til
- (d) at give virksomhederne mulighed for at forbedre produktionsteknologier eller lancere nye produkter (såsom bæredygtige produkter), som de ellers ikke ville have været i stand til (f.eks. på grund af parternes tekniske kapacitet)
- (e) at tilskynde virksomhederne til og sætte dem i stand til at tilpasse deres produktionskapacitet til en pludselig stigning i efterspørgslen eller et fald i udbuddet af visse produkter, hvilket medfører en risiko for knaphed
- (f) at afhjælpe mangler og forstyrrelser i forsyningskæden i kritiske sektorer i økonomien, så parterne kan mindske afhængigheden af et for begrænset antal leverandører af visse produkter, tjenester og teknologier
- (g) at give virksomhederne mulighed for at producere til lavere omkostninger, hvis samarbejdet sætter dem i stand til at øge produktionen, hvor marginalomkostningerne falder med produktionen, dvs. gennem stordriftsfordele
- (h) at sikre omkostningsbesparelser ved hjælp af stordriftsfordele, hvis aftalen giver parterne mulighed for at øge antallet af forskellige produkttyper.

289. Disse effektivitetsgevinster kan bidrage til et modstandsdygtigt indre marked.

3.5.2. Nødvendige begrænsninger

290. Begrænsninger, der strækker sig ud over det, der er nødvendigt for at opnå de effektivitetsgevinster, som en produktionsaftale medfører, opfylder ikke kriterierne i artikel 101, stk. 3. For eksempel vil en produktionsaftales begrænsning af parternes

¹⁶² Afsnit 2.3 i disse retningslinjer.

konkurrencemæssige adfærd med hensyn til produktionen uden for samarbejdet normalt ikke blive anset for nødvendig. Fælles prisfastsættelse vil heller ikke blive betragtet som nødvendig, hvis produktionsaftalen ikke indebærer fælles markedsføring.

3.5.3. *Fordele for forbrugerne*

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

3.5.4. *Ingen udelukkelse af konkurrencen*

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

3.6. **Aftaler om deling af mobilinfrastruktur**

296. I dette afsnit giver Kommissionen vejledning om en specifik type produktionsaftale, der vedrører mobil infrastruktur – aftaler om deling af mobilinfrastruktur¹⁶³. Konnektivitetsnetværk er grundlaget for en digital økonomi og et digitalt samfund, hvilket er relevant for praktisk taget alle virksomheder og forbrugere. Mobilnetoperatører samarbejder ofte om at øge omkostningseffektiviteten af deres netudrulning¹⁶⁴.
297. Aftaler om deling af mobilinfrastruktur er et eksempel på specialiseringsaftaler, der vedrører fælles forberedelse af tjenester. I aftaler om deling af mobilinfrastruktur

¹⁶³ Det skal bemærkes, at udtrykket "mobil infrastruktur" i dette afsnit vedrører anvendelsen af infrastrukturen til såvel mobile tjenester, såsom mobilbredbånd, som til levering af trådløs adgang til et fast sted, såsom den faste trådløse adgang ("FWA"), der anvendes som et alternativ til kablede forbindelser.

¹⁶⁴ Kodeksen for elektronisk kommunikation fastsætter mulighederne for at dele mobilinfrastruktur under visse meget specifikke omstændigheder. Dette kan f.eks. være tilfældet for mindre tætbefolkede områder, hvor duplikering ikke er mulig, og hvor slutbrugerne risikerer at gå glip af sådanne forbindelser. Jf. betingelserne i artikel 61, stk. 4, i direktiv (EU) 2018/1972 af 11. december 2018 om oprettelse af en europæisk kodeks for elektronisk kommunikation, i henhold til hvilken medlemsstaterne skal sikre, at deres kompetente myndigheder har beføjelse til at pålægge virksomheder forpligtelser i forbindelse med deling af passiv infrastruktur eller forpligtelser til at indgå lokale roamingaftaler, samt undtagelsesvis deling af aktiv infrastruktur. Se også Kommissionens henstilling om en fælles EU-værktøjskasse til at reducere omkostningerne ved udrulning af net med meget høj kapacitet og sikre rettidig og investeringsvenlig adgang til 5G-radiofrekvenser med henblik på at fremme konnektivitet til støtte for den økonomiske genopretning efter covid-19-krisen i Unionen.

indvilliger mobilnetoperatørerne i at dele visse infrastrukturelementer. Dette kan omfatte deling af deres grundlæggende anlægsinfrastruktur såsom master, skabe, antenner eller strømforsyninger ("passiv deling" eller "deling af anlægspladser"). Mobilnetoperatører kan også dele udstyr til Radio Access Network ("RAN") på steder som basistransceiverstationer eller controllerknudepunkter ("aktiv RAN-delning") eller deres frekvenser, såsom frekvensbånd ("frekvensdeling")¹⁶⁵.

298. Kommissionen anerkender de potentielle fordele ved aftaler om deling af mobilinfrastruktur i form af omkostningsbesparelser eller kvalitetsforbedringer. Omkostningsbesparelser, f.eks. i forbindelse med udrulning og vedligeholdelse, kan være til gavn for forbrugerne i form af lavere priser. En bedre kvalitet af tjenesterne eller et bredere udbud af produkter og tjenester kan f.eks. skyldes hurtigere udrulning af nye net og teknologier, bredere dækning eller tættere net. Deling af mobilinfrastruktur kan også gøre det muligt at skabe konkurrence, som ellers ikke ville eksistere¹⁶⁶. Kommissionen har også generelt konstateret, at mobilnetoperatører kan drage fordel af store effektive net ved at indgå aftaler om deling af mobilinfrastruktur uden behov for konsolidering gennem fusioner.
299. Kommissionen er af den opfattelse, at aftaler om deling af mobilinfrastruktur, herunder en eventuel frekvensdeling, i princippet ikke vil have et konkurrencebegrænsende formål som omhandlet i artikel 101, stk. 1, medmindre de tjener som et redskab til at indgå i et kartel.
300. Aftaler om deling af mobilinfrastruktur kan imidlertid få konkurrencebegrænsende virkninger. De kan begrænse den infrastrukturkonkurrence, der ville eksistere uden aftalen¹⁶⁷. Reduceret konkurrence på infrastrukturuområdet kan igen begrænse konkurrencen på engros- og detailniveau. Dette skyldes, at mere begrænset konkurrence på infrastrukturniveau kan påvirke parametre såsom antallet og placeringen af anlægspladser, tidspunkterne for anlæggenes udrulning samt den kapacitetsmængde, der installeres på hvert anlæg, hvilket igen kan påvirke tjenesternes kvalitet og priserne.
301. Aftaler om deling af mobilinfrastruktur kan også de facto indskrænke parternes muligheder for at træffe selvstændige beslutninger og begrænse deres mulighed for og incitamenter til at deltage i infrastrukturkonkurrence med hinanden. Dette kan f.eks. skyldes visse tekniske¹⁶⁸, kontraktmæssige eller finansielle vilkår i aftalen¹⁶⁹.

¹⁶⁵ Endelig kan mobilnetoperatørerne, ud over at dele RAN-delen af deres net, også dele nogle knudepunkter i deres respektive hovednet såsom MSC'er (Mobile Switching Centres) og MME'er (Mobile Management Entities).

¹⁶⁶ F.eks. kan deling af mobilinfrastruktur åbne op for konkurrence på detailniveau, som ikke ville eksistere uden aftalen. Jf. analogt dom af 2. maj 2006, O2 (Germany) mod Kommissionen, T-328/03, EU:T:2006:116, præmis 77-79. Denne dom vedrører nationale roamingaftaler, men principperne kan finde tilsvarende anvendelse på aftaler om deling af mobilinfrastruktur.

¹⁶⁷ Aftalens virkninger skal undersøges, og for at aftalen skal kunne omfattes af forbuddet, må der foreligge omstændigheder, der beviser, at konkurrencen faktisk er blevet enten hindret, indskrænket eller mærkbart fordrejet. Den konkurrence, som det vedrører, skal forstås inden for de reelle rammer, hvor den ville udfolde sig, såfremt den omstridte aftale ikke fandtes. Det kan navnlig forekomme tvivlsomt, om der foreligger en forstyrrelse af konkurrencen, hvis aftalen netop viser sig at være nødvendig for, at en virksomhed kan trænge ind på et område, hvor den ikke hidtil har virket. Jf. dom af 2. maj 2006, O2 (Germany) mod Kommissionen, T-328/03, ECLI:EU:T:2006:116, præmis 68.

¹⁶⁸ Aftaler om deling af mobilinfrastruktur kan føre til situationer, hvor en part holder den anden part tilbage. Det gælder f.eks. hvis en part ikke er i stand til at anvende en bestemt teknologi i et område, der betjenes af den anden part.

Informationsudveksling mellem parterne kan også være problematisk ud fra et konkurrencemæssigt synspunkt, navnlig når de går ud over, hvad der er strengt nødvendigt for, at aftalen om deling af mobilinfrastruktur kan fungere.

302. Mens konkurrencevurderingen i henhold til artikel 101 altid skal foretages fra sag til sag¹⁷⁰, kan der udstikkes brede principper for en sådan vurdering af de forskellige typer aftaler om deling af mobilinfrastruktur:
- (a) Passiv deling vil sandsynligvis ikke få konkurrencebegrænsende virkninger, så længe netoperatørerne opretholder en betydelig grad af uafhængighed og fleksibilitet ved fastlæggelsen af deres forretningsstrategi, arten af deres tjenester og netinvesteringer.
 - (b) Aktive RAN-delingsaftaler kan have større sandsynlighed for at få konkurrencebegrænsende virkninger. Dette skyldes, at aktiv RAN-delning sammenlignet med passiv deling sandsynligvis indebærer et mere omfattende samarbejde om netelementer, som sandsynligvis ikke kun vil påvirke dækningen, men også den uafhængige udrulning af kapacitet.
 - (c) Aftaler om frekvensdeling (også kaldet "frekvenspooling") er et mere vidtrækkende samarbejde og kan begrænse parternes mulighed for at differentiere deres detail- og/eller engrosudbud yderligere og direkte begrænse konkurrencen mellem dem¹⁷¹. De kompetente myndigheder må ikke forhindre deling af radiofrekvenser i de vilkår, der er fastsat i individuelle brugsrettigheder til radiofrekvenser¹⁷², men disse aftaler skal undersøges nøje i henhold til artikel 101¹⁷³.
303. Ved vurderingen af, om en aftale om deling af mobilinfrastruktur kan have konkurrencebegrænsende virkninger, er en række faktorer relevante, herunder:

¹⁶⁹ Det kan f.eks. være i forbindelse med en geografisk opdeling, hvor den ene part opkræver en pris for netopgraderinger, der er højere end de underliggende meromkostninger.

¹⁷⁰ Jf. dom af 2. maj 2006, O2 (Germany) mod Kommissionen, T-328/03, ECLI:EU:T:2006:116, præmis 65-71.

¹⁷¹ Det skal bemærkes, at udtrykket "frekvensdeling" i dette afsnit kun vedrører den type infrastrukturel delingsaftale, hvor to eller flere mobilnetoperatører anvender deres respektive frekvenslicenser i et eller flere frekvensbånd som en fælles ressource ("pooling"). Overvejelserne vedrørende frekvensdeling berører dog ikke andre former for frekvensdeling, f.eks. mellem ikke-konkurrenter (herunder mellem mobilnetoperatører og ikke-mobilnetoperatører), som bruger de samme frekvensbånd på en dynamisk måde og derved fremmer en effektiv udnyttelse af en sådan knap ressource og nye muligheder for udrulning af 5G. Desuden bør udtrykket "frekvensdeling" i dette afsnit ikke forveksles med den såkaldte "Dynamic Spectrum Sharing", som er en teknologi, der muliggør dynamisk allokering af en mobiloperatørs kapacitetsressourcer i et bestemt frekvensbånd, for at åbne op for samtidig drift af mere end én mobilteknologigeneration, såsom 3G, 4G og 5G, på dette frekvensbånd.

¹⁷² Se bestemmelserne i artikel 47, stk. 2, i den europæiske kodeks for elektronisk kommunikation, hvorefter medlemsstaternes kompetente myndigheder ikke må forhindre deling af radiofrekvenser i vilkår fastsat i brugsrettighederne til radiofrekvenser. Desuden kan de kompetente myndigheder, når de fastsætter vilkårene for individuelle brugsrettigheder til radiofrekvenser, give mulighed for følgende: a) delt brug af passiv eller aktiv infrastruktur b) kommercielle roamingaftaler c) eller for i fællesskab at udrulle infrastruktur til levering af net eller tjenester, som er afhængig af brugen af radiofrekvenser.

¹⁷³ For eksempel vil en aftale om deling af mobilinfrastruktur mellem to mobiloperatører med stabile samlede markedsandele på 90 %, som dækker hele en medlemsstats område, alle teknologier (2G-5G) og med frekvensdeling, berettige en tilbundsående undersøgelse med formodentlig stor sandsynlighed for at identificere konkurrencebegrænsende virkninger på markedet til skade for forbrugerne. Under visse omstændigheder (f.eks. hvis aftalen er begrænset til tyndt befolkede områder) kan sådanne aftaler dog ikke have sådanne begrænsende virkninger.

- (a) typen og dybden af delingen (herunder den grad af uafhængighed, som netoperatørerne beholder)¹⁷⁴
 - (b) omfanget af delte tjenester og delte teknologier, varigheden og den struktur, der er etableret ved aftalerne
 - (c) det geografiske anvendelsesområde og markedsdækningen for aftalen om deling af mobilinfrastruktur (f.eks. befolkningsdækning, og hvorvidt aftalen vedrører tætbefolkede områder)¹⁷⁵
 - (d) markedets struktur og karakteristika (parternes markedsandele, mængden af frekvenser, som parterne er i besiddelse af, den tætte konkurrence mellem parterne, antallet af operatører uden for aftalen og det konkurrencepres, de udøver, adgangsbARRIERER osv.).
304. Selv om det ikke automatisk betyder, at artikel 101 er overholdt, skal en aftale om deling af mobilinfrastruktur, for at den umiddelbart kan anses for ikke at have konkurrencebegrænsende virkninger i henhold til artikel 101, som minimum overholde følgende:
- (a) Operatørerne kontrollerer og driver deres eget hovednet, og der findes ingen tekniske, kontraktmæssige, finansielle eller andre negative incitamenter, som forhindrer operatørerne i at udrulle deres infrastruktur individuelt/ensidigt, opgradere og udvikle, hvis de ønsker det.
 - (b) Operatørerne har deres egne detail- og engrosaktiviteter (muligheder for at træffe selvstændige tekniske, kommercielle og øvrige beslutninger). Dette omfatter operatørernes frihed til at fastsætte priser for deres tjenester, fastlægge produkt-/bundtparametre, følge deres egne frekvensstrategier og differentiere deres tjenester på grundlag af kvalitet og andre parametre.
 - (c) Operatørerne udveksler ikke flere oplysninger, end hvad der er strengt nødvendigt for, at delingen af mobilinfrastruktur kan fungere, og der er indført de nødvendige hindringer for informationsudveksling.
305. Hvis aftalen om deling af mobilinfrastruktur ikke opfylder disse minimumsbetingelser, tyder det på, at aftalen om deling af mobilinfrastruktur sandsynligvis vil få konkurrencebegrænsende virkninger i henhold til artikel 101.

3.7. Eksempler

306. Direkte begrænsning af konkurrencen

Eksempel 1

Situation: To udbydere, virksomhed A og B, af produkt X beslutter at lukke deres nuværende, gamle produktionsanlæg og bygge et nyt, større og mere effektivt produktionsanlæg, som skal drives af et joint venture, og som vil få større kapacitet end virksomhed A's og B's tidligere anlæg tilsammen. Konkurrenterne udnytter deres

¹⁷⁴ Kommissionens beslutning af 16. juli 2003, T-Mobile Deutschland/O2 Germany: Network Sharing Rahmenvertrag COMP/38.369, betragtning 12, Kommissionens beslutning af 30. april 2003, O2 UK Limited/T-Mobile UK Limited ("UK Network Sharing Agreement") (COMP/38.370), betragtning 11.

¹⁷⁵ Jf. Sammenslutningen af Europæiske Tilsynsmyndigheder inden for Elektronisk Kommunikations (BEREC) fælles holdning om deling af mobilinfrastruktur af 13. juni 2019, afsnit 4.2 om aktiv deling. Jf. f.eks. også Kommissionens afgørelse af 6. marts 2020, Vodafone Italia/TIM/INWIT JV (M.9674), og den ledsagende pressemeddelelse: [Mergers: INWIT /Telecom Italia, Vodafone \(europa.eu\)](https://ec.europa.eu/competition/mergers/decisions/m9674_en.pdf).

eksisterende kapacitet fuldt ud og har ingen udvidelsesplaner. Virksomhed A og B har markedsandele på henholdsvis 20 % og 25 %. Markedet er koncentreret, stagnerende, der har ikke været nogen tilgang af nye virksomheder i den senere tid, og markedsandelene har været stabile i en periode. Produktionsomkostningerne udgør en stor del af virksomhed A's og B's variable omkostninger ved produkt X. Markedsføring er en mindre økonomisk aktivitet, når det gælder omkostninger og strategisk betydning, i forhold til produktion: Markedsføringsomkostningerne er lave, da produkt X er ensartet og etableret, og transporten er ikke et vigtigt konkurrenceparameter.

Analyse: Gruppefritagelsesforordningen for specialiseringsaftaler finder ikke anvendelse på dette eksempel, fordi parternes samlede markedsandel overstiger 20 % på det relevante marked for produkt X. Der vil derfor være behov for en individuel vurdering af produktionsaftalen.

Hvis virksomhed A og B har alle eller næsten alle deres variable omkostninger til fælles, kan denne produktionsaftale medføre en direkte begrænsning af konkurrencen mellem dem. Det kan få parterne til at begrænse joint venture-selskabets produktion i forhold til, hvad de ville have markedsført, hvis de hver især havde truffet afgørelse om deres produktion. I lyset af de begrænsede indskrænkninger, som konkurrenterne vil udøve med hensyn til kapacitet, kan dette fald i produktionen føre til højere priser.

Derfor er det sandsynligt, at virksomhed A's og B's produktions-joint venture vil medføre konkurrencebegrænsninger som omhandlet i artikel 101, stk. 1, på markedet for X.

Udskiftningen af to mindre, gamle produktionsanlæg med et nyt kan dog få joint venture-selskabet til at øge produktionen til lavere priser til gavn for forbrugerne. Produktionsaftalen kan dog kun opfylde kriterierne i artikel 101, stk. 3, hvis parterne fremlægger dokumentation for, at effektivitetsgevinsterne vil være betydelige og sandsynligvis vil komme forbrugerne til gode i et sådant omfang, at det opvejer de konkurrencebegrænsende virkninger.

307. Hemmelig samordning

Eksempel 2

Situation: To leverandører, virksomhed A og B, etablerer et produktions-joint venture med hensyn til produkt Y. Virksomhed A og B har en markedsandel på henholdsvis 15 % og 10 % på markedet for produkt Y. Der findes tre andre aktører på markedet, nemlig virksomhed C, D og E med markedsandele på henholdsvis 30 %, 25 % og 20 %. Virksomhed B og D har i forvejen et fælles produktionsanlæg. Produkt Y er homogent, den underliggende teknologi er simpel, og leverandørerne har næsten de samme variable omkostninger.

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

forekommer dette imidlertid usandsynligt i betragtning af de homogene egenskaber ved produkt Y og den enkle underliggende teknologi.

308. Konkurrenceskadelig markedsafskærmning

Eksempel 3

Situation: Virksomhed A og B opretter et joint venture, der skal producere mellemprodukt X, og som skal varetage hele deres produktion af X. Mellemprodukt X er det vigtigste input i produktionen af produkt Y, som er et produkt i efterfølgende omsætningsled, og der er ikke andre produkter, der kan bruges i stedet. Produktionsomkostningerne ved X tegner sig for 70 % af de variable omkostninger ved det endelige produkt Y, som virksomhed A og B konkurrerer om at afsætte på markedet i det efterfølgende omsætningsled. Virksomhed A og B har hver en andel på 20 % af markedet for Y, der er begrænset tilgang af nye virksomheder, og markedsandelene har været stabile i en periode. Ud over at virksomhed A og B dækker deres egen efterspørgsel efter X (intern brug), har de hver især en markedsandel på 40 % på markedet for X (salg til tredjepart). Der er betydelige adgangsbarrierer på markedet for X, og de eksisterende producenter opererer med næsten fuld kapacitetsudnyttelse. På markedet for Y er der to andre betydelige udbydere med en markedsandel på hver 15 % samt flere mindre konkurrenter. Denne aftale medfører besparelser i faste omkostninger i form af en reduktion af omkostninger i hovedsædet, hvilket fører til stordriftsfordele for joint venture-selskabet.

Analyse: Gruppefritagelsesforordningen for specialisering finder ikke anvendelse på dette eksempel, fordi parternes samlede markedsandel overstiger 20 % både på markedet for mellemprodukt X og på markedet for produkt Y. En individuel vurdering af produktionsaftalen ville derfor være påkrævet.

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

309. Produktionsaftale som markedsdeling

Eksempel 4

Situation: Virksomhed A og B fremstiller hver især både produkt X og Y, som tilhører særskilte produktmarkeder. Virksomhed A's markedsandel på X er 30 % og Y 10 %. Virksomhed B's markedsandel på X er på 10 % og Y på 30 %. For at opnå stordriftsfordele i produktionen indgår de en gensidig specialiseringsaftale om, at virksomhed A kun skal fremstille X, og virksomhed B kun skal fremstille Y. De foretager ikke krydsleverancer af produkterne til hinanden, så virksomhed A sælger kun X, og virksomhed B sælger kun Y. Parterne hævder, at de gennem denne specialisering i stort omfang sparer faste omkostninger på grund af

stordriftsfordelene, og at de ved at koncentrere sig om et enkelt produkt vil forbedre deres produktionsteknologi, hvilket vil medføre produkter af bedre kvalitet.

Analyse: Gruppefritagelsesforordningen for specialiseringsaftaler finder ikke anvendelse på dette eksempel, fordi parternes samlede markedsandel overstiger 20 % på produktmarkederne for X og Y. Endvidere falder den aftale, som virksomhed A og B har indgået, uden for definitionen af en gensidig specialiseringsaftale i henhold til gruppefritagelsesforordningen for specialiseringsaftaler, eftersom der ikke er nogen krydsleverancer (dvs. der er ikke nogen aftale om køb af produkt X og Y fra henholdsvis virksomhed B og A, som indvilliger i at fremstille og levere dem). Der vil derfor være behov for en individuel vurdering af produktionsaftalen.

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

310. Udveksling af oplysninger

Eksempel 5

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

Virksomhed A og B beslutter, at det vil være mere effektivt, hvis virksomhed A holder op med at transportere Z fra medlemsstat X til Sydeuropa, og virksomhed B holder op med at transportere Z fra medlemsstat Y til Nordeuropa, selv om de samtidig meget gerne vil beholde deres eksisterende kunder. Med henblik herpå vil de indgå en swaptale, som giver dem mulighed for at aftage en aftalt årlig mængde af Z fra den anden parts anlæg med det formål at sælge den til deres kunder, der er beliggende nærmest ved den anden parts anlæg. For at beregne en købspris, der ikke favoriserer den ene part frem for den anden, og som tager hensyn til parternes forskellige produktionsomkostninger og forskellige besparelser i

transportomkostningerne, og for at sikre begge parter en rimelig avance, aftaler de at oplyse hinanden om deres vigtigste omkostninger med hensyn til Z (dvs. produktionsomkostninger og transportomkostninger).

Analyse: Det forhold, at virksomhed A og B — som er konkurrenter — indgår en swaptale om dele af deres produktion, skaber ikke i sig selv konkurrenceproblemer. Aftalen omfatter dog udveksling af oplysninger om de to parterers produktions- og transportomkostninger med hensyn til Z. Desuden har virksomhed A og B til sammen en stærk markedsstilling på et forholdsvis koncentreret marked for et ensartet basiskemikalieprodukt. Som følge af den omfattende informationsudveksling om et vigtigt konkurrenceparameter med hensyn til Z, er det derfor sandsynligt, at swaptalen mellem virksomhed A og B vil få konkurrencebegrænsende virkninger som omhandlet i artikel 101, stk. 1, da den kan medføre hemmelig samordning. Selv om aftalen vil medføre betydelige effektivitetsgevinster i form af omkostningsbesparelser for parterne, er de konkurrencebegrænsninger, den medfører, ikke nødvendige, for at de kan opnås. Parterne kan opnå tilsvarende omkostningsbesparelser ved at aftale en prisformel, som ikke medfører oplysninger om deres produktions- og transportomkostninger. Swaptalen opfylder derfor ikke i sin nuværende form kriterierne i artikel 101, stk. 3.

4. INDKØBSAFTALER

4.1. Indledning

311. Dette kapitel fokuserer på aftaler om fælles indkøb af produkter af flere virksomheder i fællesskab. Fælles indkøb kan foretages gennem en virksomhed, som parterne kontrollerer i fællesskab, eller af en virksomhed, hvori forskellige virksomheder har ikke-kontrollerende kapitalandele, af en andelsforening eller en sammenslutning af andelsforeninger, eller ved en aftale eller løsere former for samarbejde, f.eks. hvor én køber eller forhandler repræsenterer en gruppe købere (under ét betegnet som "fælles indkøbsordninger").
312. Fælles indkøbsordninger kan findes i en række økonomiske sektorer og omfatter sammenlægning af indkøbsaktiviteter. De kan bestå i at samle de faktiske indkøb gennem den fælles indkøbsordning. De kan også blot omfatte fælles forhandling om købsprisen, visse elementer af prisen eller andre vilkår og betingelser, mens de egentlige indkøb foretages af de enkelte medlemmer til den pris og på de vilkår, der er aftalt i fællesskab. En fælles indkøbsordning kan også omfatte yderligere aktiviteter såsom fælles distribution, kvalitetskontrol og oplagring, så man undgår dobbelte leveringsomkostninger. Afhængigt af sektoren kan køberen forbruge produkterne eller anvende dem som input til sine egne aktiviteter, f.eks. energi eller gødning. Grupper af potentielle licenstagere kan også i fællesskab forhandle licensaftaler om standardessentielle patenter med licensgivere med henblik på at indarbejde denne teknologi i deres produkter (undertiden benævnt licensforhandlingsgrupper). I distributionssektoren kan køberne blot videresælge produkterne, f.eks. hurtigt omsættelige forbrugsvarer, forbrugerelektronik eller andre forbrugsvarer. De sidstnævnte grupper af købere, der består af uafhængige

detailhandlere, detailkæder eller detailhandelsgrupper, benævnes normalt "detailhandelsalliancer"¹⁷⁶.

313. Formålet med fælles indkøbsordninger er normalt at opnå en vis køberstyrke over for store leverandører, som de enkelte medlemmer af den fælles indkøbsordning ikke ville kunne opnå, hvis de handlede hver for sig i stedet for i fællesskab. Deres vurdering fokuserer derfor hovedsagelig på det indkøbsmarked, hvor den fælles indkøbsordning akkumulerer medlemmernes køberstyrke og forhandler med eller køber hos leverandører. En fælles indkøbsordnings køberstyrke kan føre til lavere priser, et større udvalg eller produkter og tjenesteydelser af bedre kvalitet for forbrugerne. Virksomheder kan også indgå i fælles indkøbsordninger, når det giver dem mulighed for at forebygge mangler eller afhjælpe forstyrrelser i produktionen af visse produkter og dermed undgå afbrydelser i forsyningskæden. Køberstyrke kan dog også under visse omstændigheder medføre konkurrenceproblemer som beskrevet i afsnit 4.2.3.
314. Fælles indkøbsordninger kan omfatte både horisontale og vertikale aftaler. I disse tilfælde er det nødvendigt at foretage en tottrinsanalyse. For det første skal de horisontale aftaler mellem de konkurrerende virksomheder, der foretager fælles indkøb, eller de beslutninger, der træffes af sammenslutningen af virksomheder, vurderes på grundlag af principperne i disse retningslinjer. Hvis denne vurdering fører til den konklusion, at den fælles indkøbsordning ikke giver anledning til konkurrenceproblemer, er det nødvendigt at foretage en yderligere vurdering for at undersøge de relevante vertikale aftaler mellem den fælles indkøbsordning og et individuelt medlem heraf og mellem den fælles indkøbsordning og leverandørerne. Denne vurdering vil følge reglerne i gruppefritagelsesforordningen for vertikale begrænsninger og retningslinjerne for vertikale begrænsninger. Vertikale aftaler, der ikke er omfattet af denne vertikale gruppefritagelsesforordning, formodes ikke at være ulovlige, men skal undersøges individuelt.

4.2. Vurdering efter artikel 101, stk. 1

4.2.1. De vigtigste konkurrenceproblemer

315. Indkøbsaftaler kan få konkurrencebegrænsende virkninger på indkøbsmarkedet i det foregående omsætningsled og/eller afsætningsmarkedet eller -markederne i det efterfølgende omsætningsled i form af højere priser, lavere produktion, ringere produktkvalitet eller mindre produktsortiment, eller innovation, markedsdeling eller afskærmning af markedet til skade for eventuelle andre aftagere.

4.2.2. Konkurrencebegrænsende formål

316. Fælles indkøbsordninger har normalt ikke et konkurrencebegrænsende formål, hvis de reelt vedrører fælles indkøb, dvs. hvis den fælles indkøbsordning beskæftiger sig med fælles forhandling og indgåelse af en aftale om vilkår og betingelser på vegne af medlemmerne med en bestemt leverandør. Der skal sondres mellem sådanne ordninger og indkøbskarteller, dvs. aftaler eller samordnet praksis mellem to eller flere købere, der tager sigte på
- (a) koordinering af disse køberes individuelle konkurrenceadfærd på markedet eller påvirkning af de relevante konkurrenceparametre gennem praksis såsom,

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

men ikke begrænset til, fastsættelse eller koordinering af købspriser eller dele heraf (herunder aftaler om fastsættelse af lønninger eller om ikke at betale en pris for et produkt) eller andre handelsbetingelser, tildeling af indkøbskvoter, opdeling af markeder og leverandører, og

- (b) påvirkning af disse køberes egne forhandlinger med eller egne indkøb fra leverandører, f.eks. gennem koordinering af købernes prisforhandlingsstrategier eller udvekslinger om status for sådanne forhandlinger med leverandører.
317. Indkøbskarteller har til formål at fordreje konkurrenceprocessen i det indre marked¹⁷⁷ i strid med artikel 101, stk. 1, litra a)¹⁷⁸. I et indkøbskartel koordinerer køberne deres adfærd indbyrdes med henblik på deres individuelle interaktion med leverandøren på indkøbmarkedet. Hvis køberne handler med leverandører hver for sig, bør de træffe deres egne indkøbsbeslutninger uafhængigt af hinanden uden at fjerne strategisk usikkerhed indbyrdes gennem aftaler og samordnet praksis eller kunstigt øge gennemsigtigheden med hensyn til deres fremtidige adfærd på markedet. Dette er tydeligvis ikke tilfældet, når køberne først fastsætter købsprisen indbyrdes, og hver enkelt køber efterfølgende forhandler og køber hos leverandøren hver for sig.
318. Der kan også være tale om et indkøbskartel, når købere aftaler indbyrdes at udveksle kommercielt følsomme oplysninger om deres individuelle indkøbsintentioner eller forhandlinger med leverandører uden for en egentlig fælles indkøbsordning, der på vegne af sine medlemmer samarbejder kollektivt med leverandører¹⁷⁹. Det drejer sig navnlig om udvekslinger mellem købere om købspriser (maksimumspriser, minimumsrabatter og andre prisaspekter), vilkår og betingelser, forsyningskilder (både med hensyn til leverandører og områder), mængder og antal, kvalitet eller andre konkurrenceparametre (f.eks. tidsplan, levering og innovation).
319. Følgende ikkeudtømmende liste over faktorer kan hjælpe virksomhederne med at vurdere, om den aftale, som de deltager i sammen med andre købere, udgør et indkøbskartel. Disse faktorer vil dog skulle vurderes fra sag til sag:
- (a) Den fælles indkøbsordning har gjort det klart for leverandørerne, at den i fællesskab forhandler og binder sine medlemmer med hensyn til vilkår og betingelser for deres individuelle indkøb eller indkøber for dem i fællesskab. Dette kræver ikke, at den fælles indkøbsordning afslører medlemmernes nøjagtige identitet, navnlig når der er tale om små eller mellemstore virksomheder, der handler med store leverandører. Indirekte kendskab til den fælles indkøbsordning hos leverandørerne, f.eks. gennem tredjepart eller medierne, vil dog sandsynligvis ikke blive betragtet som tilstrækkeligt¹⁸⁰.
 - (b) Parterne i den fælles indkøbsordning har defineret deres samarbejdes form, omfang og funktion i en skriftlig aftale, således at deres overholdelse af

¹⁷⁷ Dom af 7. november 2019, Campine, T-240/17, EU:C:2019:778, præmis 297.

¹⁷⁸ Jf. dom af 4. juni 2009, T-Mobile Netherlands m.fl., C-8/08, EU:C:2009:343, præmis 37, dom af 13. december 2006, Fransk oksekød, forenede sager T-217/03 og T-245/03, EU:T:2006:391, præmis 83 ff.

¹⁷⁹ Se kapitel 6 om udveksling af oplysninger og navnlig afsnit 6.2.6, der også finder anvendelse på udveksling af kommercielt følsomme oplysninger mellem købere.

¹⁸⁰ Hemmeligholdelse er imidlertid ikke en betingelse for, at der foreligger et indkøbskartel. Kommissionen har godkendt indkøbskarteller, der ikke var fuldstændig hemmelige, men som i det mindste startede på en relativt gennemsigtig måde. Jf. Kommissionens beslutning 2003/600/EF af 2. april 2003, Fransk oksekød (EUT L 209 af 19.8.2003, s. 12).

artikel 101, stk. 1, kan kontrolleres efterfølgende og kontrolleres i forhold til den fælles indkøbsordnings faktiske funktion. En skriftlig aftale kan imidlertid ikke beskytte ordningen mod konkurrenceretlig kontrol.

320. Et indkøbskartel, der påvirker handelen mellem medlemsstater, udgør efter sin art og uanset aftalens faktiske følger en mærkbar begrænsning af konkurrencen¹⁸¹. Derfor kræver vurderingen af indkøbskarteller, i modsætning til vurderingen af fælles indkøbsordninger, ikke en afgrænsning af det eller de relevante markeder, hensyntagen til købernes markedsposition på indkøbsmarkedet i tidligere omsætningsled eller til, om de konkurrerer på afsætningsmarkedet i det efterfølgende omsætningsled.
321. Fælles indkøbsordninger kan også have et konkurrencebegrænsende formål, hvis de tjener som redskab til at indgå i et skjult kartel, dvs. en aftale mellem købere, der fastsætter priser, begrænser produktionen eller opdeler markeder eller kunder på afsætningsmarkedet eller -markederne i efterfølgende omsætningsled.
322. En fælles indkøbsordning mellem en gruppe købere, der har til formål at udelukke en faktisk eller potentiel konkurrent fra samme afsætningsniveau, kan betragtes som en kollektiv boykot og har også et konkurrencebegrænsende formål.

4.2.3. *Konkurrencebegrænsende virkninger*

323. Fælles indkøbsordninger, hvor igennem indkøbere handler med leverandører i fællesskab gennem ordningen, skal analyseres i deres retlige og økonomiske sammenhæng med hensyn til deres faktiske og sandsynlige virkninger for konkurrencen. Analysen af de konkurrencebegrænsende virkninger af en fælles indkøbsordning skal omfatte de negative virkninger på både indkøbsmarkedet eller -markederne, hvor den fælles indkøbsordning handler med leverandørerne, og afsætningsmarkedet eller -markederne, hvor parterne i den fælles indkøbsordning kan konkurrere som sælgere.
324. Generelt er det dog mindre sandsynligt, at fælles indkøbsordninger medfører konkurrenceproblemer, når parterne ikke har markedsstyrke på afsætningsmarkedet eller -markederne.
325. Visse kontraktlige begrænsninger, der pålægges medlemmerne af en fælles indkøbsordning, begrænser muligvis ikke konkurrencen i henhold til artikel 101, stk. 1, og har endog gavnlige virkninger for konkurrencen, når de er begrænset til, hvad der er objektivt nødvendigt for at sikre, at ordningen fungerer korrekt og udøver sin køberstyrke over for leverandørerne¹⁸². Dette gælder f.eks. et forbud for parter i en fælles indkøbsordning mod at deltage i andre konkurrerende ordninger, i det omfang dette kan bringe dens funktion og køberstyrke i fare. Derimod kan eksklusive købsforpligtelser, hvorved medlemmerne af en fælles indkøbsordning er forpligtet til at købe alle eller størstedelen af deres behov gennem ordningen, have negative virkninger for konkurrencen og kræve en vurdering i lyset af den fælles indkøbsordnings samlede virkninger.

4.2.3.1. *Relevante markeder*

326. Der findes to markeder, som kan blive påvirket af fælles indkøbsordninger: For det første det eller de markeder, som den fælles indkøbsordning vedrører direkte, dvs.

¹⁸¹ Dom af 13. december 2012, Expedia, C-226/11, EU:C:2012:795, præmis 37.

¹⁸² Jf. dom af 15. december 1994, Gøttrup-Klim, C-250/92, EU:C:1994:413, præmis 34.

det eller de relevante indkøbsmarkeder, hvor parterne forhandler med eller køber hos leverandørerne. Og for det andet afsætningsmarkedet/-markederne, dvs. det eller de markeder i det efterfølgende omsætningsled, hvor parterne i den fælles indkøbsordning er aktive som sælgere.

327. Afgrænsningen af de relevante indkøbsmarkeder følger de principper, der er fastlagt i meddelelsen om markedsafgrænsning og eventuelle fremtidige retningslinjer vedrørende afgrænsningen af relevante markeder i forbindelse med EU's konkurrenceret, og er baseret på substitutionsbegrebet, der benyttes til at identificere konkurrencebegrænsninger. Den eneste forskel i forhold til afgrænsningen af "afsætningsmarkederne" er, at det skal fastlægges ud fra et udbuds- og ikke et efterspørgselssynspunkt, om der er tale om substituerbarhed. Det betyder med andre ord, at leverandørernes alternativer er afgørende for påvisning af det konkurrencepres, som køberne udsættes for. Disse alternativer kunne for eksempel undersøges på grundlag af leverandørernes reaktion på et lille, men varigt prisfald. Når markedet er afgrænset, kan markedsandelen beregnes som den procentdel, de pågældende parter indkøb tegner sig for i forhold til den samlede afsætning af produktet eller produkterne på det relevante marked.
328. Hvis parterne desuden er konkurrenter på et eller flere afsætningsmarkeder, er disse markeder også relevante for vurderingen. Afsætningsmarkederne skal defineres ved hjælp af den metode, der er beskrevet i meddelelsen om markedsafgrænsning og eventuelle fremtidige retningslinjer vedrørende afgrænsningen af relevante markeder i forbindelse med EU's konkurrenceret.

4.2.3.2. Markedsstyrke

329. Der er ikke nogen absolut tærskel for, hvornår det kan formodes, at parterne i en fælles indkøbsordning har markedsstyrke, således at der er sandsynlighed for, at den vil kunne få konkurrencebegrænsende virkninger som omhandlet i artikel 101, stk. 1. I de fleste tilfælde er det dog usandsynligt, at der er tale om markedsstyrke, hvis parterne i den fælles indkøbsordning har en samlet markedsandel på højst 15 % på indkøbsmarkedet eller -markederne og en samlet markedsandel på højst 15 % på afsætningsmarkedet eller -markederne. Hvis parternes samlede markedsandel ikke overstiger 15 % på både indkøbs- og afsætningsmarkedet eller -markederne, er det sandsynligt, at betingelserne i artikel 101, stk. 3, er opfyldt.
330. En markedsandel, der overstiger en af eller begge disse tærskler, betyder ikke uden videre, at den fælles indkøbsordning vil kunne få konkurrencebegrænsende virkninger. Det skal vurderes indgående, hvilke virkninger en fælles indkøbsordning med en samlet markedsandel over tærsklen kan få på markedet, og vurderingen skal bl.a. omfatte faktorer som markedsconcentration, en vurdering af fortjenstmargener og af stærke leverandørers eventuelle mulighed for at udligne købernes styrke.
331. Hvis parterne i den fælles indkøbsordning har en betydelig køberstyrke på indkøbsmarkedet, er der risiko for, at de kan skade konkurrencen i tidligere omsætningsled, hvilket i sidste ende også kan skade konkurrencen for forbrugerne længere fremme i kæden. F.eks. kan den køberstyrke, der udøves i fællesskab, betyde, at leverandørernes investeringslyst reduceres, og tvinge dem til at reducere sortimentet eller kvaliteten af de produkter, de producerer. Dette kan få konkurrencebegrænsende virkninger, f.eks. dårligere kvalitet, mindre innovation eller i sidste ende et suboptimalt udbud.

332. Risikoen for, at en fælles indkøbsordning kan modvirke investeringer eller innovation til gavn for forbrugerne, kan være større for store købere, der tilsammen tegner sig for en stor del af indkøbene – navnlig når de handler med små leverandører. Sådanne leverandører kan være særligt sårbare over for et fald i fortjenesten som følge af en fælles indkøbsordning med en betydelig markedsandel på indkøbsmarkedet eller -markederne, især når små leverandører har foretaget specifikke investeringer med henblik på at levere til medlemmerne af en fælles indkøbsordning. Der er mindre sandsynlighed for, at der vil opstå konkurrencebegrænsende virkninger, hvis leverandørerne har en betydelig grad af modstående sælgermagt (hvilket ikke nødvendigvis udgør en dominerende stilling) på indkøbsmarkedet eller -markederne, f.eks. fordi de sælger produkter eller tjenesteydelser, som køberne skal have for at kunne konkurrere på afsætningsmarkedet eller -markederne i det efterfølgende omsætningsled.
333. For eksempel kan en aftale mellem medlemmerne af en fælles indkøbsordning om ikke længere at købe produkter fra visse leverandører, fordi sådanne produkter ikke er bæredygtige, mens indkøbsordningen kun ønsker at købe bæredygtige produkter, føre til en begrænsning af konkurrencen med hensyn til pris og udbud. Henset til aftalens indhold, formål og retlige og økonomiske sammenhæng¹⁸³ har den i princippet ikke til formål at udelukke leverandører, der producerer ikkebæredygtige produkter, fra indkøbsmarkedet. Under disse omstændigheder bør de konkurrencebegrænsende virkninger af en fælles indkøbsordning, hvor der kun købes bæredygtige produkter, vurderes under hensyntagen til navnlig produkternes art, købernes markedsposition og leverandørernes markedsposition. I denne forbindelse vil det være relevant at overveje, om de pågældende leverandører har andre kunder end dem, der er part i den fælles indkøbsordning (herunder kunder på andre markeder), eller let kan beslutte også at begynde at producere bæredygtige produkter.
334. Køberstyrken hos parterne i den fælles indkøbsordning kan også bruges til at udelukke konkurrerende købere fra indkøbsmarkedet ved at begrænse deres adgang til effektive leverandører og kræver en vurdering af ordningens konkurrencebegrænsende virkninger. Dette er mest sandsynligt, hvis der kun er et begrænset antal leverandører, og der er adgangsbarrierer på udbudssiden på indkøbsmarkedet i det foregående omsætningsled. Omvendt kan en fælles indkøbsordning mellem en gruppe købere, der har til formål at udelukke en faktisk eller potentiel konkurrent fra samme niveau af afsætningsmarkedet, betragtes som en kollektiv boykot og har et konkurrencebegrænsende formål.
335. Hvis parterne i en fælles indkøbsordning er faktiske eller potentielle konkurrenter i efterfølgende omsætningsled, kan deres incitament til priskonkurrence på afsætningsmarkedet i det efterfølgende omsætningsled reduceres betydeligt, når de køber en betydelig del af deres produkter sammen. Hvis parterne tilsammen har en betydelig markedsstyrke på afsætningsmarkedet eller -markederne (hvilket ikke nødvendigvis udgør en dominerende stilling), kan det for det første være mindre sandsynligt, at de lavere købspriser, der opnås ved den fælles indkøbsordning, kommer forbrugerne til gode. For det andet gælder det, at jo højere den samlede markedsandel for køberne på afsætningsmarkedet i det efterfølgende omsætningsled er, desto større er risikoen for, at samordning af indkøb i tidligere omsætningsled også kan føre til samordning af salget i det efterfølgende omsætningsled. Denne

183

Jf. afsnit 1.2.4 ovenfor.

risiko er særlig høj, hvis den fælles indkøbsordning begrænser medlemmernes mulighed for (eller fjerner deres incitament til) selv at købe yderligere mængder af input på indkøbsmarkedet, enten gennem eller uden for den fælles indkøbsordning. En forpligtelse for medlemmerne af en fælles indkøbsordning til at få dækket alle eller de fleste af deres behov gennem ordningen kræver en vurdering af de konkurrencebegrænsende virkninger. En sådan vurdering tager navnlig hensyn til forpligtelsens omfang, den fælles indkøbsordnings markedsandel på afsætningsmarkedet og graden af koncentration af leverandører på indkøbsmarkedet, og om en sådan forpligtelse er nødvendig for at sikre, at ordningen har en tilstrækkelig stærk forhandlingsposition over for stærke leverandører.

336. Når det skal vurderes, om parterne i den fælles indkøbsordning har køberstyrke, er det relevant at undersøge antallet af forbindelser og deres intensitet (f.eks. andre indkøbsaftaler) mellem konkurrenterne på indkøbsmarkedet.
337. Hvis konkurrerende købere, der samarbejder, imidlertid ikke er aktive på det samme relevante afsætningsmarked (f.eks. detailhandlere, der er aktive på forskellige geografiske markeder og ikke kan betragtes som potentielle konkurrenter), er det mindre sandsynligt, at den fælles indkøbsordning vil have konkurrencebegrænsende virkninger på afsætningsmarkedet. En sådan fælles indkøbsordning med medlemmer, der ikke er aktive på det samme afsætningsmarked, kan dog med større sandsynlighed føre til konkurrencebegrænsende virkninger, hvis de har en så betydelig position på indkøbsmarkederne, at det kan skade konkurrencen for andre aktører på indkøbsmarkederne (f.eks. ved i væsentlig grad at skade investeringsincitamenterne i tidligere omsætningsled).

4.2.3.3. Hemmelig samordning

338. Fælles indkøbsordninger kan føre til hemmelig samordning, hvis de letter samordningen af parternes adfærd på det afsætningsmarked, hvor de er faktiske eller potentielle konkurrenter. Dette kan navnlig være tilfældet, hvis markedsstrukturen på afsætningsmarkedet er befordrende for ulovlig samordning (f.eks. fordi markedet er koncentreret og udviser en betydelig grad af gennemsigtighed). Hemmelig samordning er også mere sandsynlig, hvis den fælles indkøbsordning omfatter et betydeligt antal virksomheder på afsætningsmarkedet og rækker ud over den blotte fælles forhandling af købsvilkår og -betingelser (f.eks. ved at fastsætte medlemmernes købsmængder), hvilket i betydelig grad begrænser aftaleparternes muligheder for at konkurrere på salgsmarkedet.
339. Hemmelig samordning kan også ske, hvis parterne opnår en meget ensartet omkostningsstruktur gennem fælles indkøb, forudsat at parterne har markedsstyrke på afsætningsmarkedet, og markedet er præget af forhold, som bidrager til en sådan samordning,
340. Konkurrencebegrænsende virkninger er mere sandsynlige, hvis parterne i den fælles indkøbsordning har en betydelig del af deres variable omkostninger på afsætningsmarkedet til fælles. Dette er for eksempel tilfældet, hvis detailhandlere, der opererer på samme relevante detailmarked eller -markeder, køber en betydelig andel af de produkter, som de videresælger, i fællesskab. Det kan også være tilfældet, hvis konkurrerende fabrikanter og sælgere af et endeligt produkt køber en stor andel af deres komponenter i fællesskab.
341. Gennemførelsen af en fælles indkøbsordning kan kræve udveksling af kommercielt følsomme oplysninger, såsom købspriser (eller en del deraf) og mængder.

Udveksling af sådanne oplysninger kan gøre det lettere at samordne salgspriser og produktion og dermed føre til hemmelig samordning på afsætningsmarkederne. De afsmittende virkninger af udvekslingen af kommercielt følsomme oplysninger kan f.eks. reduceres til det mindst mulige, hvis oplysningerne indsamles gennem en fælles indkøbsordning, og oplysningerne ikke videregives til de deltagende parter, ved at iværksætte tekniske eller praktiske foranstaltninger til beskyttelse af fortroligheden. Desuden bør en virksomheds deltagelse i flere fælles indkøbsordninger ikke føre til konkurrencebegrænsende udveksling af oplysninger eller andre former for koordinering mellem de forskellige indkøbsordninger.

342. Eventuelle virkninger for konkurrencen som følge af udveksling af kommercielt følsomme oplysninger vil blive vurderet i lyset af de samlede virkninger af den fælles indkøbsordning, forudsat at en sådan udveksling er nødvendig for, at den fælles indkøbsordning kan fungere. Hvorvidt udvekslingen af oplysninger i forbindelse med en fælles indkøbsordning vil kunne få konkurrencebegrænsende virkninger bør også vurderes i overensstemmelse med vejledningen i kapitel 6. Hvis informationsudvekslingen ikke strækker sig ud over de fælles data, der er nødvendige for fælles indkøb af de produkter, som er omfattet af den fælles indkøbsordning, vil det, selv om informationsudvekslingen har konkurrencebegrænsende virkninger som omhandlet i artikel 101, stk. 1, være mere sandsynligt, at aftalen opfylder kriterierne i artikel 101, stk. 3, end i det tilfælde, hvor informationsudvekslingen strækker sig ud over det, der er nødvendigt for fælles indkøb.
343. Når der forhandles vilkår og betingelser med leverandører, kan en fælles indkøbsordning true leverandørerne med at gå fra forhandlingerne eller midlertidigt at stoppe med at købe, medmindre de tilbydes bedre vilkår eller lavere priser. Sådanne trusler er typisk en del af en forhandlingsproces og kan omfatte kollektive skridt fra købers side, når en fælles indkøbsordning fører forhandlingerne. Stærke leverandører kan bruge lignende trusler til at stoppe med at forhandle eller levere produkter i deres forhandlinger med køberne. Sådanne trusler udgør normalt ikke et konkurrencebegrænsende formål, og eventuelle negative virkninger af sådanne kollektive trusler vil ikke blive vurderet særskilt, men i lyset af de samlede virkninger af den fælles indkøbsordning. Et eksempel på sådanne forhandlingstrusler er, at medlemmerne af en detailhandelsalliance midlertidigt holder op med at bestille visse produkter, som hvert enkelt medlem har udvalgt individuelt til sine egne butikker, hos en leverandør under deres forhandlinger om vilkår og betingelser for deres fremtidige leveringsaftale¹⁸⁴. Sådanne midlertidige stop kan medføre, at de produkter, som de enkelte medlemmer af alliancen har udvalgt, ikke kan findes på detailhandlernes hylder i en begrænset periode, nemlig indtil detailalliancen og leverandøren har aftalt vilkårene og betingelserne for fremtidige leverancer.

4.3. Vurdering efter artikel 101, stk. 3

4.3.1. Effektivitetsgevinster

344. Fælles indkøbsordninger kan skabe betydelige effektivitetsgevinster. De kan især medføre omkostningsbesparelser i form af lavere købspriser eller lavere transaktions-, transport- og lageromkostninger og dermed gøre det lettere at opnå stordriftsfordele.

¹⁸⁴ Der bør sondres mellem detailhandlers midlertidige stop for ordrer på visse produkter fra leverandører og de tilfælde, hvor en detailhandler permanent fjerner visse af en leverandørs produkter fra sit sortiment og giver pladsen på hylderne til andre produkter.

Desuden kan fælles indkøbsordninger skabe kvalitative effektivitetsgevinster, fordi de ansporer de førende udbydere til innovation og markedsføring af nye eller forbedrede produkter. Sådanne kvalitative effektivitetsgevinster kan være til gavn for forbrugerne ved at mindske afhængigheden og undgå mangler gennem mere modstandsdygtige forsyningskæder og bidrage til et mere modstandsdygtigt indre marked.

4.3.2. *Nødvendige begrænsninger*

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

4.3.3. *Fordele for forbrugerne*

346. Effektivitetsgevinster – såsom omkostningsreducerende indkøbs effektivitet eller kvalitative effektivitetsgevinster i form af markedsføring af nye eller forbedrede produkter – der opnås ved nødvendige begrænsninger, skal komme forbrugerne til gode i et sådant omfang, at det opvejer den fælles indkøbsordnings konkurrencebegrænsende virkninger. Omkostningsbesparelser eller andre effektivitetsgevinster, der kun kommer parterne i den fælles indkøbsordning til gode, er derfor ikke tilstrækkelige. I stedet skal omkostningsbesparelserne gives videre til parternes egne kunder, dvs. forbrugerne. I eksemplet med lavere indkøbsomkostninger kan dette ske gennem lavere priser på afsætningsmarkedet eller -markederne.
347. Normalt har virksomhederne et incitament til at lade i det mindste en del af besparelserne i de variable omkostninger komme deres egne kunder til gode. Den højere fortjenstmargen som følge af de lavere variable omkostninger giver virksomhederne et betydeligt kommercielt incitament til at udvide produktionen gennem prisnedsættelser. Medlemmerne af en fælles indkøbsordning, der tilsammen har betydelig markedsstyrke på afsætningsmarkedet eller -markederne, kan imidlertid være mindre tilbøjelige til lade besparelserne komme forbrugerne til gode. Desuden er det ikke sandsynligt, at lavere faste omkostninger (f.eks. betaling af et engangsbetrag fra leverandører) alene vil blive videregivet til forbrugerne, da de normalt ikke giver virksomhederne et incitament til at udvide produktionen. Der er derfor behov for en omhyggelig vurdering af den specifikke fælles indkøbsordning for at vurdere, om den skaber et økonomisk incitament til at udvide produktionen og dermed videregive omkostningsbesparelser eller effektivitetsgevinster¹⁸⁵. Endelig er lavere salgspriser for forbrugerne særligt usandsynlige, hvis den fælles indkøbsordning begrænser medlemmernes mulighed for (eller fjerner deres incitament til) selv at købe yderligere mængder enten gennem eller uden for den fælles indkøbsordning. Fælles indkøbsordninger, der begrænser medlemmernes bestilling af yderligere mængder, giver nemlig et incitament til at hæve salgspriserne. Dette skyldes, at en fælles begrænsning af indkøbet af input også kan begrænse salgsmængden på afsætningsmarkedet eller -markederne.

¹⁸⁵ Selv om en rabat f.eks. ifølge kontrakten har *form* af et engangsbetrag, kan den reelt være betinget af, at køberen når visse forventede salgsmål, når kontrakten genforhandles det følgende år.

4.3.4. Ingen udelukkelse af konkurrencen

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

4.4. Eksempler

349. Indkøbskartel

Eksempel 1

Situation: Mange små virksomheder indsamler brugte mobiltelefoner via butikker, hvor de returneres ved køb af en ny mobiltelefon. De sælger de brugte mobiltelefoner videre til genanvendelsesvirksomheder, der udvinder værdifulde materialer såsom guld, sølv og kobber, til genbrug som et mere bæredygtigt alternativ til ikkeindustriel minedrift. Fem genanvendelsesvirksomheder, der tegner sig for 12 % af indkøbsmarkedet for brugte mobiltelefoner, aftaler en fælles maksimal købspris pr. telefon. Disse fem genanvendelsesvirksomheder holder også hinanden underrettet om de prisforhandlinger, de hver især har med deres leverandører af brugte mobiltelefoner, om de tilbud, de modtager, og om den pris, de i sidste ende indvilliger i at betale pr. telefon.

Analyse: De fem genanvendelsesvirksomheder er alle parter i et indkøbskartel. De forhandler og køber hver især fra de butikker, der indsamler mobiltelefonerne. Der er ikke tale om en fælles indkøbsordning, som repræsenterer køberne i fællesskab i forhandlingerne med eller køb fra butikkerne. Uanset den relativt lille markedsandel, som genanvendelsesvirksomhederne har på indkøbsmarkedet for elektronisk affald, kan aftalen mellem dem anses for at have et konkurrencebegrænsende formål og kræver hverken en markedsafgrænsning eller en vurdering af dens potentielle virkninger på markedet.

350. Fælles forhandling ved en europæisk detailhandleralliance

Eksempel 2

Situation: En europæisk detailhandleralliance, hvis medlemmer er syv store detailkæder fra forskellige medlemsstater, forhandler i fællesskab med en stor mærkeproducent af konfekturprodukter nogle yderligere vilkår og betingelser for deres fremtidige leveringsaftale. Alliancen har en markedsandel på højst 18 % på hvert relevant indkøbsmarked for konfekturprodukter, og hvert af dens medlemmer har en markedsandel på mellem 15 % og 20 % på detailmarkederne i deres respektive medlemsstater. Forhandlingerne omfatter navnlig en yderligere rabat på producentens normale listeprijs til gengæld for visse reklameydelse i de syv medlemsstater, hvor allianceens medlemmer er aktive på salgsmarkedet. Begge sider går hårdt på i forhandlingerne for at få den bedst mulige aftale. På et tidspunkt under forhandlingerne truer detailalliancen og beslutter efterfølgende midlertidigt at ophøre med at bestille visse produkter fra producenten for at øge presset. I forbindelse med gennemførelsen af denne beslutning beslutter hvert medlem af allianceen hver for sig, hvilke produkter fra producenten de ophører med at bestille under dødvandet i forhandlingerne. Efter endnu en forhandlingsrunde bliver producenten og allianceen i sidste ende enige om den yderligere rabat, der vil gælde for medlemmernes efterfølgende individuelle indkøb, og de genoptager deres ordrer på hele produktsortimentet fra producenten.

Analyse: Den europæiske detailhandleralliance kan betragtes som en fælles indkøbsordning, selv om den i fællesskab kun forhandler visse vilkår og betingelser med producenten på vegne af sine medlemmer, på grundlag af hvilke de individuelt køber de ønskede mængder. De nationale detailkæder, der er medlemmer af alliancen, er ikke aktive på de samme salgsmarkeder. Det er derfor mindre sandsynligt, at den fælles indkøbsordning vil have konkurrencebegrænsende virkninger i det efterfølgende omsætningsled, i det omfang de står over for et tilstrækkeligt konkurrencepres fra konkurrerende detailhandlere. Eventuelle negative virkninger for konkurrencen for producenter i tidligere omsætningsled som følge af den supplerende rabat (f.eks. med hensyn til leverandørernes innovation) skal vurderes i lyset af de samlede virkninger af den fælles indkøbsordning. Det midlertidige ordrestop synes ikke at skade forbrugerne på kort sigt, da de har andre konkurrerende detailhandlere, hvor de kan købe de samme produkter eller substituerbare produkter, og kan være til gavn for forbrugerne på lang sigt gennem lavere priser.

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

Eksempel 3

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

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

352. Ensartet omkostningsstruktur og markedsstyrke på afsætningsmarkedet

Eksempel 4

Situation: To supermarkeds kæder indgår en aftale om fælles indkøb af produkter, der tegner sig for omkring 80 % af deres variable omkostninger. På de relevante indkøbsmarkeder for de forskellige produktkategorier har parterne tilsammen markedsandele på mellem 25 % og 40 %. På det relevante afsætningsmarked har de tilsammen en markedsandel på 60 %, og der er fire andre store detailhandlere med

hver en markedsandel på 10 %. Det er ikke sandsynligt, at der kommer nye virksomheder ind på markedet.

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

353. Parterne opererer på forskellige geografiske markeder

Eksempel 5

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

Analyse: Den fælles indkøbsordning vil kunne konkurrere med de andre store eksisterende købere på indkøbsmarkedet. Afsætningsmarkederne er langt mindre (hvad angår omsætning og geografisk udstrækning) end det EU-dækkende indkøbsmarked, og på disse markeder kan nogle af indkøbsordningens medlemmer have markedsstyrke. Selv om den fælles indkøbsordnings medlemmer tilsammen har en markedsandel på over 15 % på indkøbsmarkedet, er det usandsynligt, at parterne vil samordne deres adfærd og foretage hemmelig samordning på afsætningsmarkederne, da de hverken er faktiske eller potentielle konkurrenter på markederne i det efterfølgende omsætningsled. De vil sandsynligvis også videreføre de nedsatte priser til på kunderne, i det omfang de er udsat for betydelig konkurrence på afsætningsmarkederne. Følgelig vil den fælles indkøbsordning sandsynligvis ikke give anledning til konkurrencebegrænsende virkninger som omhandlet i artikel 101, stk. 1.

354. Informationsudveksling

Eksempel 6

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

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

5. MARKEDSFØRINGSÅFTALER

5.1. Indledning

355. Markedsføringsaftaler vedrører samarbejde mellem konkurrenter om afsætning og distribution af eller salg fremstød for deres substitutionsprodukter. Denne type aftale kan have et vidt forskelligt omfang afhængigt af de marketingfunktioner, som samarbejdet omfatter. I den ene ende af spektret findes den fælles afsætning, der kan føre til en fælles fastlæggelse af alle kommercielle aspekter i forbindelse med salget af et produkt, herunder prisen. I den anden ende findes de mere begrænsede aftaler, der kun vedrører en bestemt marketingfunktion, såsom distribution, eftersalgsservice eller reklamevirksomhed.
356. En vigtig kategori under disse mere begrænsede aftaler er distributionsaftaler. Gruppefritagelsesforordningen for vertikale aftaler og retningslinjerne for vertikale begrænsninger omfatter generelt distributionsaftaler, medmindre aftaleparterne er faktiske eller potentielle konkurrenter. Hvis konkurrenter aftaler at distribuere deres substitutionsprodukter (især hvis de gør det på forskellige geografiske markeder), er der i visse tilfælde risiko for, at aftalerne har til formål eller til følge at opdele markederne mellem parterne, eller at de fører til hemmelig samordning. Dette gælder både for gensidige og ikke-gensidige aftaler mellem konkurrenter, som derfor først skal vurderes på grundlag af de principper, der er fastsat i dette kapitel. Hvis vurderingen fører til den konklusion, at et distributionssamarbejde mellem konkurrenter principielt kan accepteres, skal der foretages en yderligere vurdering for at undersøge de vertikale begrænsninger, som disse aftaler indebærer. Dette andet trin i vurderingen bør ske på grundlag af principperne i retningslinjerne for vertikale begrænsninger.
357. Den eneste undtagelse fra trotrinsprocessen som nævnt i foregående punkt er i forbindelse med ikke-gensidige distributionsaftaler mellem konkurrenter, hvor a) udbyderen er producent, grossist eller importør, mens aftageren er distributør og ikke en konkurrerende virksomhed i produktions-, grossist- eller importleddet, eller at b) udbyderen er leverandør af tjenesteydelser i flere omsætningsled, mens aftageren

leverer sine tjenester i detailledet og ikke er en konkurrerende virksomhed i det omsætningsled, hvor kontrakttydelserne, der er omfattet af gruppefritagelsesforordningen for vertikale aftaler¹⁸⁶, købes, hvorpå disse retningslinjer ikke finder anvendelse. Punkt 48 giver yderligere vejledning om det generelle forhold mellem disse retningslinjer og gruppefritagelsesforordningen for vertikale aftaler og retningslinjerne for vertikale begrænsninger.

358. Der bør desuden skelnes mellem aftaler, der kun vedrører fælles markedsføring, og aftaler, hvor markedsføringen er knyttet til en anden type samarbejde på markedet i det foregående omsætningsled, såsom fælles produktion eller fælles indkøb. Når markedsføringsaftaler, som omfatter flere forskellige trin i samarbejdet, analyseres, er det nødvendigt at foretage vurderingen i overensstemmelse med punkt 6 og 7.
359. Der gælder særlige regler for markedsføring af landbrugsprodukter. Artikel 101 finder ikke anvendelse på i) markedsføring af landbrugsprodukter gennem anerkendte producentorganisationer og sammenslutninger heraf¹⁸⁷ og ii) visse markedsføringsaftaler, der ikke vedrører priser ved fælles salg, og som er indgået mellem landbrugere og mellem deres sammenslutninger¹⁸⁸, jf. de særlige betingelser, der er fastsat i disse regler. Desuden gælder særlige bestemmelser for markedsføring af rå mælk¹⁸⁹.

5.2. Vurdering efter artikel 101, stk. 1

5.2.1. De vigtigste konkurrenceproblemer

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

5.2.2. Konkurrencebegrænsende formål

364. For det første fører markedsføringsaftaler til et konkurrencebegrænsende formål, hvis de tjener som middel til at iværksætte et skjult kartel. Derfor vil markedsføringsaftaler, der omfatter prisfastsættelse, begrænsning af produktion eller markedsopdeling, sandsynligvis have et konkurrencebegrænsende formål under alle omstændigheder.

¹⁸⁶ Artikel [...], i gruppefritagelsesforordningen for vertikale begrænsninger.

¹⁸⁷ Artikel 152, stk. 1a, i Europa-Parlamentets og Rådets forordning (EU) 1308/2013 af 17. december 2013 om en fælles markedsordning for landbrugsprodukter, som ændret ved Europa-Parlamentets og Rådets forordning (EU) 2021/2117 af 2. december 2021.

¹⁸⁸ Artikel 209 i samme forordning.

¹⁸⁹ Artikel 149 i samme forordning.

365. Prisfastsættelse er et af de vigtigste konkurrencemæssige problemer i forbindelse med markedsføringsaftaler mellem konkurrenter. Aftaler, der kun vedrører fælles afsætning, og markedsføringsaftaler generelt, som omfatter fælles prisfastsættelse, medfører normalt en samordning af de konkurrerende producenters eller tjenesteudbyderes prispolitik. Sådanne aftaler kan ikke blot udelukke parternes priskonkurrence med hensyn til substitutionsprodukter, men kan også begrænse parternes samlede produktleverancer i forbindelse med et ordrefordelingssystem. Derfor vil sådanne aftaler sandsynligvis have et konkurrencebegrænsende formål.
366. Denne vurdering ændrer sig ikke, hvis aftalen ikke er eksklusiv, dvs. hvis parterne hver for sig frit kan sælge uden for aftalens rammer, så længe det kan antages, at aftalen vil medføre en samordning af parternes priser for alle eller en del af deres kunder.
367. På samme måde er begrænsning af produktion et væsentligt konkurrenceproblem, som markedsføringsaftaler vil kunne skabe. Hvis aftaleparterne i fællesskab fastsætter, hvor store mængder af deres produkter der bør tilføres markedet, kan det tilgængelige udbud af aftaleprodukterne reduceres, hvilket forhøjer deres priser. Enhver part i aftalen bør i princippet uafhængigt beslutte at øge eller reducere sin produktion for at imødekomme efterspørgslen på markedet. Risikoen med hensyn til begrænsning af produktion er mere begrænset i forbindelse med ikke-eksklusive markedsføringsaftaler, så længe parterne frit kan og rent faktisk hver for sig har mulighed for at imødekomme yderligere efterspørgsel, og forudsat at aftalen ikke vil føre til en samordning af parternes forsyningspolitik.
368. Et andet specifikt konkurrenceproblem vedrørende markedsføringsaftaler mellem parter, der opererer på forskellige geografiske markeder eller over for forskellige kundekategorier, er, at de kan være et middel til markedsopdeling. Hvis parterne benytter en gensidig markedsføringsaftale til at distribuere hinandens produkter med det formål at udelukke faktisk eller potentiel konkurrence mellem dem ved forsætligt at fordele markeder eller kunder, er det sandsynligt, at aftalen vil have til formål at begrænse konkurrencen. Hvis aftalen ikke er gensidig, er risikoen for markedsopdeling mindre. Det skal dog vurderes, om den ikke-gensidige aftale danner grundlag for en fælles forståelse, der går ud på at undgå, at parterne trænger ind på hinandens markeder.

5.2.3. *Konkurrencebegrænsende virkninger*

369. En markedsføringsaftale, der ikke har et konkurrencebegrænsende formål, kan stadig have konkurrencebegrænsende virkninger, hvilket bør undersøges i overensstemmelse med de i punkt 37 nævnte elementer. Følgende præciseringer kan tilføjes, specifikt hvad angår konkurrencebegrænsende virkninger i markedsføringsaftaler.
370. For at vurdere en markedsføringsaftales konkurrencebegrænsende virkninger skal der foretages en afgrænsning af konkurrenceforholdet mellem parterne på det relevante produktmarked og det geografiske marked eller markeder, der berøres direkte af samarbejdet (dvs. det eller de markeder, som aftaleprodukterne tilhører). I en markedsføringsaftale er det mest berørte marked normalt det marked, hvor aftaleparterne i fællesskab vil markedsføre aftaleprodukterne. Da en markedsføringsaftale på et marked imidlertid også kan påvirke parternes konkurrencemæssige adfærd på et tilstødende marked, der er nært beslægtet med det marked, som berøres direkte af samarbejdet, skal der også foretages en afgrænsning

af det eventuelle tilstødende marked. Sådanne tilstødende markeder kan være horisontalt eller vertikalt forbundet med det marked, hvor samarbejdet finder sted.

371. I tilfælde hvor markedsføringsaftaler ikke har et konkurrencebegrænsende formål, vil de mellem konkurrenter kun få konkurrencebegrænsende virkninger, hvis aftaleparterne har en vis markedsstyrke, hvilket skal vurderes under hensyntagen til en eventuel køberstyrke, der kan danne modvægt. I den forbindelse samler aftaleparterne (en del af) deres aktiviteter relateret til markedsføring i markedsføringsaftaler i direkte relation til deres kunder. I forbindelse med fælles markedsstyrke kan det derfor i et vist omfang generelt forventes, at aftaleparterne har kapacitet til at hæve priserne eller mindske produktionen, forringe produktkvaliteten, indskrænke produktsortimentet eller mindske innovationen. Den direkte relation til kunderne øger risikoen for konkurrencebegrænsende virkninger af aftalen.
372. En markedsføringsaftale vil normalt ikke kunne skabe konkurrenceproblemer, hvis den objektivt set er nødvendig for, at en part kan komme ind på et marked, som den pågældende ikke kunne være kommet ind på alene eller sammen med færre parter end dem, der faktisk deltager i samarbejdet, f.eks. på grund af de omkostninger, det indebærer.
373. Det er et nøglespørgsmål i forbindelse med vurderingen af en gensidig markedsføringsaftale, om den pågældende aftale objektivt set er nødvendig for, at parterne kan komme ind på hinandens marked. Hvis den er det, giver aftalen ikke anledning til konkurrenceproblemer af horisontal karakter. Hvis den derimod begrænser den ene parts incitament til og muligheder for at træffe selvstændige beslutninger om at komme ind på de andre parter's markeder, er det sandsynligt, at den får konkurrencebegrænsende virkninger. Det samme gør sig gældende for ikke-gensidige aftaler, hvor der dog er mindre risiko for konkurrencebegrænsende virkninger.

5.2.3.1. Hemmelig samordning

374. En aftale om fælles markedsføring, der ikke omfatter prisfastsættelse, begrænsning af produktion eller markedsopdeling vil også kunne få konkurrencebegrænsende virkninger, hvis den gør parternes variable omkostninger mere ensartede i et sådant omfang, at det sandsynligvis vil føre til hemmelig samordning. Dette vil sandsynligvis være tilfældet med en aftale om fælles markedsføring, hvis parterne allerede inden aftalens indgåelse havde en stor andel af de variable omkostninger til fælles. I en sådan situation kan den supplerende del i ensartethed (dvs. produktionsomkostningerne ved det produkt, der er omfattet af aftalen) være udslagsgivende. Hvis den supplerende del derimod er betydelig, kan risikoen for hemmelig samordning være stor, selv om omkostningsstrukturen oprindeligt ikke var særlig ensartet.
375. Hvor sandsynlig hemmelig samordning er, afhænger af parternes markedsstyrke og de særlige forhold, der præger det relevante marked. En ensartet omkostningsstruktur kan kun øge risikoen for hemmelig samordning, hvis parterne har markedsstyrke, og hvis markedsføringsomkostningerne udgør en stor del af de variable omkostninger ved de pågældende produkter. Dette er f.eks. ikke tilfældet med ensartede produkter, hvor produktionen er den største omkostningsfaktor. Ensartede markedsføringsomkostninger øger risikoen for hemmelig samordning, hvis markedsføringsaftalen vedrører produkter, som indebærer omkostningskrævende markedsføring, f.eks. store distributions- eller marketingomkostninger. Aftaler, der alene vedrører fælles reklamevirksomhed eller fælles salg fremstød kan derfor også

få konkurrencebegrænsende virkninger, hvis disse omkostninger udgør en betydelig omkostningsfaktor.

376. Fælles markedsføring omfatter normalt udveksling af følsomme kommercielle oplysninger, især om marketingstrategi og prisfastsættelse. I forbindelse med de fleste markedsføringsaftaler er der behov for en vis informationsudveksling, for at aftalen kan gennemføres. Det er derfor nødvendigt at efterprøve, om informationsudvekslingen kan medføre hemmelig samordning med hensyn til parternes aktiviteter inden for og uden for samarbejdet. Eventuelle negative virkninger som følge af informationsudvekslingen vil ikke blive vurderet særskilt, men på grundlag af aftalens samlede virkninger.
377. Hvilke konkurrencebegrænsende virkninger informationsudveksling i forbindelse med markedsføringsaftaler vil kunne få, afhænger under alle omstændigheder af markedets karakteristika og de fælles data og bør vurderes på baggrund af retningslinjerne i kapitel 6.

5.2.3.2. Samarbejde, der normalt ikke giver anledning til problemer

378. Som allerede nævnt i punkt 367 ovenfor, kan markedsføringsaftaler mellem konkurrenter generelt kun få konkurrencebegrænsende virkninger, hvis aftaleparterne har en vis markedsstyrke. I de fleste tilfælde er det usandsynligt, at der er tale om markedsstyrke, hvis aftaleparterne har en samlet markedsandel på højst 15 %, når de i fællesskab afsætter aftaleprodukterne. Hvis parternes markedsandel tilsammen ikke overstiger 15 %, er det under alle omstændigheder sandsynligt, at betingelserne i artikel 101, stk. 3, er opfyldt.
379. Hvis parternes samlede markedsandel overstiger 15 %, kan det ikke antages, at deres aftale ikke vil få konkurrencebegrænsende virkninger, og det skal derfor vurderes, hvorledes aftalen om fælles markedsføring vil kunne påvirke markedet.

5.3. Vurdering efter artikel 101, stk. 3

5.3.1. Effektivitetsgevinster

380. Markedsføringsaftaler kan medføre betydelige effektivitetsgevinster. De effektivitetsgevinster, der skal tages i betragtning ved vurderingen af, om en markedsføringsaftale opfylder kriterierne i artikel 101, stk. 3, vil afhænge af aktiviteterne art og samarbejdspartnerne. Prisfastsættelse er normalt ikke berettiget, medmindre den er nødvendig for integreringen af andre marketingfunktioner, og medmindre denne integrering vil skabe betydelige effektivitetsgevinster. Fælles distribution kan skabe betydelige effektivitetsgevinster på grund af stordrifts- og synergifordele, især for mindre producenter eller grupper af uafhængige detailhandlere, f.eks. i tilfælde af at de drager nytte af nye distributionsplatforme for at konkurrere med globale eller større virksomheder. Fælles distribution kan navnlig være relevant for at opfylde miljømål, forudsat at de er sikre, kvantificerbare og dokumenterede. Markedsføringsaftaler kan også bidrage til at øge det indre markeds modstandsdygtighed og skabe effektivitetsgevinster til fordel for forbrugeren ved at mindske afhængigheden og/eller afbøde mangler og afbrydelser i forsyningskæder.
381. Desuden må effektivitetsgevinsterne ikke være besparelser, der kun skyldes afskaffelse af konkurrencerelaterede omkostninger, men skal skyldes integration af økonomiske aktiviteter. En nedbringelse af transportomkostningerne, der kun skyldes en kundefordeling uden integrering af det logistiske system, kan derfor ikke betragtes som en effektivitetsgevinst som omhandlet i artikel 101, stk. 3.

382. Aftaleparterne skal påvise effektivitetsgevinsterne. Det vil i denne forbindelse være vigtigt, at begge parter bidrager med betydelig kapital, teknologi eller andre aktiver. Omkostningsbesparelser ved at fjerne dobbeltanvendelse af ressourcer og anlæg kan også accepteres. Hvis den fælles markedsføring derimod kun omfatter et salgsagentur uden investeringer, er betingelserne i artikel 101, stk. 3, ikke opfyldt.

5.3.2. *Nødvendige begrænsninger*

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

5.3.3. *Fordele for forbrugerne*

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

5.3.4. *Ingen udelukkelse af konkurrencen*

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

5.4. **Bydende konsortier**

386. Begrebet bydende konsortier betegner en situation, hvor to eller flere parter går sammen om at afgive et fælles bud i forbindelse med et offentligt eller privat indkøb¹⁹⁰.
387. I dette afsnit sondres der mellem bydende konsortier og samordning af tilbud, der henviser til ulovlige aftaler mellem økonomiske aktører, som har til formål at fordreje konkurrencen i forbindelse med udbudsprocedurer. Tilbudskoordinering er en af de mest alvorlige former for konkurrencebegrænsende formål og kan antage forskellige former, f.eks. fastsættelse af indholdet af deres tilbud på forhånd (navnlig

¹⁹⁰ Der kan indgås samarbejde i forbindelse med udbud enten gennem underleveranceaftaler, hvor den officielle tilbudsgiver i tilfælde af tildeling accepterer, at en del af aktiviteten skal gives i underentreprise til en eller flere andre parter eller gennem et konsortium, hvor alle konsortiepartnere i fællesskab deltager i udbudsproceduren, normalt med en særlig juridisk enhed i forbindelse med udbudsproceduren. Ud fra et offentligt udbudsperspektiv er forskellen mellem en underleveranceaftale og et konsortium, at hovedkontrahenten i det første tilfælde ikke nødvendigvis behøver at offentliggøre navnene på sine underleverandører, mens navnene på konsortie medlemmerne i et konsortium øjeblikkeligt anmeldes til den ordregivende myndighed. Ud fra et konkurrenceretligt perspektiv udgør både underleveranceaftaler og konsortier fælles tilbudsgivning. I dette afsnit anvendes udtrykket bydende konsortium af hensyn til overskueligheden.

prisen) for at påvirke udfaldet af proceduren, afholdelse fra at afgive tilbud, fordeling af markedet på grundlag af geografi, indgåelse af aftale med myndigheden eller genstanden for udbuddet eller indførelse af rotationsordninger for en række procedurer. Formålet med alle disse former for samordning er at sætte en tilbudsgiver, der er udpeget på forhånd, i stand til at sikre sig en kontrakt, samtidig med at der skabes det indtryk, at der er tale om en konkurrencepræget procedure¹⁹¹. Ud fra et konkurrencemæssigt synspunkt er tilbudskoordinering en form for kartel, der består i manipulation af proceduren for indgivelse af tilbud for at få tildelt en kontrakt¹⁹².

388. Tilbudskoordinering indebærer normalt ikke fælles deltagelse i udbudsproceduren. Det er typisk snarere en skjult eller stiltiende aftale mellem potentielle deltagere om at samordne deres tilsyneladende individuelle beslutninger med hensyn til deltagelse i udbudsproceduren. I nogle tilfælde er sondringen mellem tilbudskoordinering og legitime former for fælles tilbudsgivning imidlertid ikke så ligetil, navnlig ikke ved underleveranceaftaler. Tilfælde, hvor f.eks. tilbudsgivere indgår underleveranceaftaler med hinanden, kan være en potentiel indikation på hemmelig samordning, idet sådanne underleveranceaftaler normalt giver parterne mulighed for at få kendskab til hinandens finansielle tilbud og derfor giver anledning til tvivl om parternes uafhængighed ved udarbejdelse af deres særskilte tilbud. Der er imidlertid ikke en generel formodning om, at den vindende tilbudsgivers underleveranceaftale med en anden tilbudsgiver i den samme procedure udgør ulovlig samordning blandt de berørte økonomiske aktører, og at de berørte parter har mulighed for at fremføre argumenter om det modsatte¹⁹³.
389. Konsortieaftaler kan indebære en betydelig grad af integration af parternes ressourcer og aktiviteter, navnlig når der indgår former for fælles produktion i den kontraktmæssige aktivitet med henblik på deltagelse i udbudsproceduren. I situationer, hvor den fælles markedsføring kun er sekundær i forhold til parternes vigtigste integration i produktionsprocessen, ligger tyngdepunktet for aftalen i produktionsaktiviteten, og vurderingen af indvirkningen på konkurrenceforholdene skal foretages i overensstemmelse med reglerne for det respektive samarbejde, dvs. fælles produktion. I dette tilfælde anses prisfastsættelse for aftaleprodukterne eller kontrakttydelserne normalt ikke for at have et konkurrencebegrænsende formål, og en effektvurdering heraf vil være nødvendig (jf. punkt 216 om produktionsaftaler ovenfor).
390. I princippet skal konsortieaftaler, der hovedsagelig eller udelukkende omfatter fælles markedsføring, dog betragtes som markedsføringsaftaler og skal derfor vurderes i overensstemmelse med principperne i dette kapitel.
391. En aftale om et fælles bydende konsortium – uanset dens retlige kvalifikation – begrænser ikke konkurrencen, hvis den giver de pågældende virksomheder mulighed for at deltage i projekter, som de ikke ville have kunnet gennemføre hver for sig. Da parterne i konsortieaftaler derfor ikke er potentielle konkurrenter i forbindelse med

¹⁹¹ Kommissionens meddelelse om værktøjer til bekæmpelse af ulovlig samordning i forbindelse med offentlige udbud og vejledning om anvendelse af den relevante udelukkelsesgrund (EUT C 91 af 18.3.2021, s. 1).

¹⁹² Dom af 14. januar 2021 i sag C-450/19, Kilpailu-ja kuluttajavirasto, EU:C:2021:10, præmis 35.

¹⁹³ Kommissionens meddelelse om værktøjer til bekæmpelse af ulovlig samordning i forbindelse med offentlige udbud og vejledning om anvendelse af den relevante udelukkelsesgrund (EUT C 91 af 18.3.2021, s. 1, afsnit 5.6).

gennemførelsen af projektet, foreligger der ingen begrænsning af konkurrencen som omhandlet i artikel 101, stk. 1. Dette kan være tilfældet for virksomheder, som fremstiller forskellige tjenesteydelser, der supplerer hinanden med henblik på deltagelse i udbuddet. En anden mulighed er, når de pågældende virksomheder, selv om de alle er aktive på de samme markeder, ikke kan opfylde kontrakten hver for sig, f.eks. på grund af kontraktens størrelse eller dens kompleksitet.

392. Vurderingen af, om parterne kan deltage i en udbudsprocedure hver for sig, dvs. være konkurrenter, afhænger først og fremmest af de krav, der er indeholdt i udbudsreglerne. Det, at der blot foreligger en teoretisk mulighed for at gennemføre den kontraktmæssige aktivitet alene, gør imidlertid ikke automatisk parterne til konkurrenter. Der skal foretages en realistisk vurdering af, om en virksomhed vil kunne opfylde kontrakten på egen hånd under hensyn til sagens særlige omstændigheder, såsom virksomhedens størrelse og formåen, og dens nuværende og fremtidige kapacitet, der bør vurderes på baggrund af udviklingen i de kontraktmæssige krav.
393. I forbindelse med indkaldelser af tilbud, hvor det er muligt at afgive bud på dele af kontrakten (lots), skal virksomheder, der har kapacitet til at byde på et eller flere lots – men formodentlig ikke på hele udbuddet – betragtes som konkurrenter. I tilsvarende situationer er samarbejdet ofte begrundet i, at samarbejdet om konsortieaftalen vil gøre det muligt for parterne at byde på hele kontrakten, og dette vil give mulighed for at tilbyde en kombineret rabat for hele kontrakten. Dette ændrer imidlertid ikke ved, at parterne i princippet er konkurrenter i forbindelse med som minimum en del af udbuddet, og at de mulige effektivitetsgevinster, der opnås med et fælles bud på hele udbuddet, skal vurderes på grundlag af principperne i artikel 101, stk. 3.
394. Hvis det ikke er muligt at udelukke, at parterne i konsortieaftalen kan deltage hver for sig i udbuddet (eller hvis der er flere parter i en konsortieaftale end nødvendigt), kan det fælles bud begrænse konkurrencen. Begrænsningen kan anses for at have konkurrencebegrænsende formål eller virkninger, afhængigt af aftalens indhold og de særlige omstændigheder i sagen (jf. punkt 360-375 ovenfor).
395. Under alle omstændigheder kan en konsortieaftale mellem konkurrenter opfylde kriterierne i artikel 101, stk. 3. Normalt vil en specifik og konkret vurdering være nødvendig på grundlag af forskellige elementer såsom parternes stilling på et relevante marked, de andre deltageres antal og markedsstilling, konsortieaftalens indhold, de berørte produkter eller tjenesteydelser og markedsvilkårene.
396. Med hensyn til effektivitetsgevinster kan disse have form af lavere priser, men også af bedre kvalitet, større valgmuligheder eller hurtigere udarbejdelse af de produkter eller tjenesteydelser, der er omfattet af udbuddet. Desuden skal alle de øvrige kriterier i artikel 101, stk. 3, være opfyldt (nødvendige begrænsninger, fordele for forbrugerne og ingen udelukkelse af konkurrencen). I udbudsprocedurer er disse ofte forbundne: Effektivitetsgevinsterne ved et fælles bud gennem en konsortieaftale kan lettere komme forbrugerne til gode — i form af lavere priser eller bedre kvalitet af tilbuddet — hvis konkurrencen med hensyn til udbuddet ikke udelukkes, og andre relevante konkurrenter deltager i udbudsproceduren.
397. I det væsentlige kan kriterierne i artikel 101, stk. 3, opfyldes, hvis den fælles deltagelse i udbuddet gør det muligt for parterne at afgive et tilbud, der er mere konkurrencedygtigt end de tilbud, de ville have afgivet alene — med hensyn til priser og/eller kvalitet — og fordelene for forbrugerne og den ordregivende myndighed

opvejer begrænsningerne for konkurrencen. Effektivitetsgevinster skal komme forbrugerne til gode og vil ikke være tilstrækkelige til at opfylde kriterierne i artikel 101, stk. 3, hvis de kun kommer parterne i aftalen om det fælles bydende konsortium til gode.

5.5. Eksempler

398. Fælles markedsføring som forudsætning for markedsadgang

Eksempel 1

Situation: Fire virksomheder, der i en stor by tæt på grænsen til en anden medlemsstat udbyder vaskeritjenester og hver har en markedsandel på 3 % inden for denne sektor i en enkelt by, aftaler at oprette en fælles markedsføringsafdeling for salg af vaskeritjenester til institutionelle kunder (dvs. hoteller, hospitaler, kontorer), samtidig med at de bevarer deres uafhængighed og frihed til at konkurrere om lokale individuelle kunder. Med henblik på det nye efterspørgselssegment (de institutionelle kunder) udvikler de et nyt fælles varemærke, en fælles pris og fælles standardvilkår, bl.a. en maksimal leveringsperiode på 24 timer samt tidsplaner for levering. De opretter et fælles kontaktcenter, hvor de institutionelle kunder kan aftale afhentning og/eller levering. De ansætter en receptionist (til kontaktcentret) og en række chauffører. De investerer desuden i varevogne til levering og i salgsfremstød for at gøre sig mere synlige. Aftalen reducerer ikke deres individuelle infrastrukturomkostninger helt (idet de opretholder deres egne lokaler og fortsat konkurrerer med hinanden om individuelle lokale kunder), men den øger deres stordriftsfordele og giver dem mulighed for at tilbyde andre typer kunder en mere omfattende service, der omfatter længere åbningstider og levering til et større geografisk område. For at sikre projektets rentabilitet er det nødvendigt, at de indgår aftalen alle fire. Markedet er meget fragmenteret, og ingen konkurrent har en markedsandel på over 15 %.

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

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

Eksempel 2

Situation: Der gør sig de samme forhold gældende som i eksempel 1, punkt 398, dog med en vigtig forskel: for at sikre projektets rentabilitet kunne aftalen være gennemført af kun tre af parterne (i stedet for de fire, der faktisk deltager i samarbejdet).

Analyse: Selv om parternes fælles markedsandel er på under 15 %, betyder det forhold, at aftalen indebærer prisfastsættelse og kunne være gennemført af færre end fire parter, at artikel 101, stk. 1, finder anvendelse. Aftalen skal derfor vurderes på grundlag af artikel 101, stk. 3. Aftalen medfører effektivitetsgevinster, da parterne nu er i stand til at tilbyde en ny kundekategori bedre service i større omfang (hvilket de ikke ville have kunnet hver for sig). På baggrund af parternes samlede markedsandel

på under 15 % er det sandsynligt, at de i tilstrækkeligt omfang vil lade eventuelle effektivitetsgevinster komme forbrugerne til gode. Det er desuden nødvendigt at undersøge, om de begrænsninger, aftalen medfører, er nødvendige for at opnå effektivitetsgevinsterne, og om aftalen udelukker konkurrencen. I betragtning af at aftalen har til formål at yde en yderligere kundekategori en mere omfattende service (herunder levering, hvilket ikke var tilfældet tidligere) under et enkelt varemærke på fælles standardvilkår, kan prisfastsættelsen anses for nødvendig for at fremme salget af det fælles mærke og for at sikre projektets succes og de deraf følgende effektivitetsgevinster. I betragtning af det fragmenterede marked vil aftalen heller ikke udelukke konkurrencen. Det forhold, at der er fire aftaleparter (i stedet for de tre, som ville have været strengt nødvendigt), muliggør øget kapacitet og bidrager samtidig til, at de kan efterkomme efterspørgslen fra en række institutionelle kunder i overensstemmelse med standardvilkårene (dvs. overholdelse af maksimale leveringsfrister). Effektivitetsgevinsterne vil således kunne opveje de begrænsninger, som den mindskede konkurrence mellem parterne medfører, og det er derfor sandsynligt, at aftalen opfylder betingelserne i artikel 101, stk. 3.

400. Fælles internetplatform — 1

Eksempel 3

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

Analyse: Selv om aftalen er begrænset, idet den kun omfatter fælles salg af en bestemt type produkt gennem en specifik markedsføringskanal (den webbaserede platform) og omfatter prisfastsættelse, er det sandsynligt, at den vil have et konkurrencebegrænsende formål, og den skal derfor vurderes på grundlag af artikel 101, stk. 3. Aftalen medfører effektivitetsgevinster i form af større valgmuligheder, bedre service og reduktion af søgeomkostningerne, hvilket gavner forbrugerne og sandsynligvis vil opveje aftalens konkurrencebegrænsende virkninger. Da de specialforretninger, der deltager i samarbejdet, fortsat kan operere hver for sig og konkurrere indbyrdes, både via deres forretninger og internettet, kan begrænsningen i form af prisfastsættelse anses for nødvendig for fremme af produktet (fordi

kunderne, når de handler gennem webplatformen, ikke ved, hos hvem de køber gavekurven, og ikke ønsker at skulle tage stilling til en lang række forskellige priser) og for de deraf følgende effektivitetsgevinster og fordelene ved den fælles onlinebranding. Da aftalen ikke indeholder andre begrænsninger, opfylder den kriterierne i artikel 101, stk. 3. Da der findes andre konkurrerende webbaserede platforme, og parterne fortsat konkurrerer med hinanden via deres forretninger eller internettet, vil konkurrencen heller ikke blive udelukket.

401. Fælles internetplatform — 2

Eksempel 4

Situation: En række små uafhængige boghandlere opretter en elektronisk webbaseret platform til at markedsføre, sælge og levere de bøger, som er tilgængelige i deres butikker. Boghandlerne dækker en betydelig region, der grænser op til flere medlemsstater. Hver boghandler betaler et årligt gebyr, som skal dække omkostningerne til drift og markedsføring af platformen. Gebyret er beregnet på grundlag af en fast procentdel af de enkelte boghandlers årlige salg på platformen op til et maksimumsbeløb. Dette maksimumsbeløb aftales årligt og beregnes på grundlag af de løbende udgifter til platformen, der er afholdt i det foregående år. For den indledende periode på tre år er procenten fastsat til 10 % af det årlige salg, men der er enighed blandt medlemmerne om, at de efterhånden som forretningen vokser, sandsynligvis vil kunne nedsætte bidragene. Boghandlerne er enige om at forhandle en aftale på plads med et fragtfirma om levering af bøger bestilt på nettet samme dag. På grund af antallet af boghandlere, der deltager i ordningen, kan fragtfirmaet garantere levering samme dag. Der er aftalt en pris for denne leveringsydelse, som inkluderer omkostninger til pakning af varerne. Der er ingen aftale mellem de enkelte boghandlere om onlineprisen for deres bøger, som den enkelte boghandler kun lægger ud på platformen, og der udveksles ingen oplysninger mellem boghandlerne om fremtidige priser eller kampagner. Prisen på bøgerne på nettet er normalt den samme som butiksprisen (plus porto og pakkeomkostninger, der aftales med fragtfirmaet). Adgang til platformen er åben for alle uafhængige boghandlere ved betaling af det årlige gebyr. Der findes flere andre lignende webbaserede platforme, der udbyder en lignende tjeneste i samme region. Ingen enkelt platform har mere end 15 % af markedet i en bestemt region.

Analyse: Da aftalen indebærer fastsættelse af prisen for pakning og levering af varer samt et gebyr, der er beregnet på grundlag af en procentdel af detailpriserne, kan artikel 101, stk. 1, finde anvendelse. Parterne har godtgjort, at den enkelte boghandler ikke ville have kunnet nyde fordel af den forhandlede aftale — herunder garantien for levering samme dag. Desuden er der på grund af aftalen en mærkbar stigning i bogsalget — både på nettet og i de fysiske butikker. Det er tydeligt, at disse fordele ikke ville være opnået uden aftalen. Da der findes flere andre platforme med tilsvarende markedsandele, som opererer i samme region, udelukkes konkurrencen ikke, og aftalen giver ikke anledning til konkurrenceproblemer.

402. Joint venture for salg

Eksempel 5

Situation: Virksomhed A og B, som hører hjemme i to forskellige medlemsstater, fremstiller cykeldæk. De har tilsammen en markedsandel på 14 % på det EU-dækkende marked for cykeldæk. De beslutter at oprette et (ikke-selvstændigt fungerende) joint venture, som skal afsætte deres dæk til cykelproducenter, og

aftaler, at de vil sælge hele deres produktion gennem joint venture. Parternes produktions- og transportinfrastruktur forbliver adskilt. Parterne hævder, at aftalen vil medføre betydelige effektivitetsgevinster. Disse gevinster vil fortrinsvis bestå i øgede stordriftsfordele og virksomhedernes mulighed for at efterkomme efterspørgslen fra eksisterende og potentielle nye kunder og for bedre at kunne konkurrere med importerede dæk, som er fremstillet i tredjelande. Joint venture forhandler om priserne og fordeler ordrene til det nærmeste produktionsanlæg, hvorved det rationaliserer transportomkostningerne ved levering til kunden.

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

403. Forbud mod "kundefiskeri" i aftale om udlicitering af tjenesteydelser

Eksempel 6

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

Analyse: Udliciteringsaftalen fjerner virksomhed B som en uafhængig udbyder af rengøringsydelser til virksomhed A's små kunder, da de ikke længere vil kunne indgå direkte kontrakter med virksomhed B. Derfor finder artikel 101, stk. 1, muligvis anvendelse. Disse kunder udgør dog kun en tredjedel af virksomhed A's kundeunderlag, dvs. 5 % af markedet. De vil imidlertid kunne henvende sig til virksomhed A's og B's konkurrenter, som tegner sig for 70 % af markedet.

Udliciteringsaftalen vil derfor ikke sætte virksomhed A i stand til at foretage en rentabel forhøjelse af de priser, der anvendes over for kunder, som udliciteringsaftalen omfatter. Udliciteringsaftalen vil sandsynligvis heller ikke medføre hemmelig samordning, da virksomhed A og B kun har en markedsandel på 30 % tilsammen og også har flere konkurrenter med markedsandele svarende til virksomhed A's og B's individuelle markedsandele. Desuden vil den omstændighed, at betjeningen af store og små kunder er ret forskellig, mindske risikoen for, at udliciteringsaftalen får afsmittende virkninger på virksomhed A's og B's adfærd, når de konkurrerer om store kunder. Det er derfor usandsynligt, at denne udliciteringsaftale vil kunne få konkurrencebegrænsende virkninger og kan fritages under artikel 101, stk. 3.

404. Mediedistributionsplatform

Eksempel 7

Situation: TV-selskab A og TV-selskab B, der begge er aktive på markedet for licens- og reklamefinansieret TV i en medlemsstat, opretter et joint venture med henblik på at lancere en onlineplatform for video-on-demand på det samme nationale marked, hvor forbrugerne mod betaling kan se film eller serier, som de hver især har produceret, eller fra tredjeparter, der har solgt relevante rettigheder til audiovisuelle medier til et af de to TV-selskaber. TV-selskab A's koncern har en markedsandel på ca. 25 % af markedet for licens- og reklamefinansieret TV, og TV-selskab B har en markedsandel på ca. 15 %. Der er to andre store aktører med markedsandele på mellem 10 % og 15 % og en række mindre TV-selskaber. Det nationale marked for video-on-demand, hvor joint venture-selskabet hovedsagelig vil være aktivt, er et ungt marked med en generel forventning om et betydeligt vækstpotentiale. Prisen for at se en video vil blive fastsat centralt af joint venture-selskabet, som også vil samordne priserne for erhvervelse af video-on-demand-licenser på markedet i det foregående omsætningsled.

Analyse: I betragtning af deres størrelse på det nationale TV-marked og deres rettigheder til et stort bibliotek af audiovisuelle medier vil både A og B hver især kunne lancere en video-on-demand-platform. Derfor er de potentielle konkurrenter på det spirende forbrugermarked for video-on-demand-tjenester. Desuden indebærer aftalen prisfastsættelse, og dermed finder artikel 101, stk. 1, anvendelse. Begrænsningen af konkurrencen synes at være betydelig, da priskonkurrencen mellem de to TV-selskaber vil blive udelukket. Herudover vil der ske en samordning af priserne for video-on-demand-rettigheder. Disse begrænsninger af konkurrencen vil blive mærkbare i betragtning af de pågældende virksomheders aktiviteter og dimension. Med hensyn til anvendelsen af artikel 101, stk. 3, synes de fordele, der følger af et større udbud af video-on-demand-indhold og af den forenkede navigation i indhold ikke at opveje de negative virkninger for konkurrencen. Navnlig forekommer begrænsningerne ikke nødvendige for at opnå de nævnte effektivitetsgevinster, da disse også kunne opnås med en åben platform og et rent teknisk samarbejde. Aftalen ser således ikke ud til at opfylde kriterierne i artikel 101, stk. 3.

405. Bydende konsortier

Eksempel 8

Situation: Virksomhed A og B er to konkurrerende udbydere af specialiserede lægemidler til hospitaler. De beslutter at indgå en konsortieaftale om at afgive fælles

bud i en række udbud afholdt af det nationale sundhedsvæsen i en medlemsstat om levering af en række lægemidler fremstillet på basis af plasma til offentlige hospitaler. Kontrakten tildeles til den tilbudsgiver, der har afgivet det økonomisk mest fordelagtige tilbud under hensyntagen til en afvejning mellem pris og kvalitet. Der tildeles navnlig yderligere point, hvis tilbuddet omfatter en række valgfrie produkter. Både virksomhed A og B vil kunne deltage hver for sig i udbuddene på baggrund af de krav, der indgår i udbudsreglerne. Faktisk har både virksomhed A og virksomhed B allerede deltaget hver for sig i et af de pågældende udbud, der blev tildelt en anden deltager, idet begge deres bud lå lavere, hvad angik pris og kvalitet, navnlig på grund af et begrænset udbud af valgfrie produkter. Normalt er der mindst to andre deltagere i de pågældende udbudsprocedurer.

Analyse: Da virksomhed A og B vil kunne deltage hver for sig i udbuddene, finder artikel 101, stk. 1, anvendelse, og den fælles deltagelse kan begrænse konkurrencen. Aftalen skal derfor vurderes på grundlag af artikel 101, stk. 3. Ud fra resultatet af den tidligere udbudsprocedure, hvor parterne konkurrerede hver for sig, ser det ud til, at et fælles bud ville være mere konkurrencedygtigt end de individuelle bud, hvad angår pris og udbud af produkter, navnlig valgfrie produkter. Konsortieaftalen er objektivt set nødvendig for, at de involverede parter kan afgive virkelig konkurrencedygtige tilbud i udbudsprocedurerne sammenlignet med de tilbud, de øvrige deltagere afgiver. Konkurrencen med hensyn til tilbuddet udelukkes ikke, da mindst to andre relevante konkurrenter vil deltage i udbudsproceduren. Dette indebærer, at effektivitetsgevinsterne ved det fælles bud kan komme den ordregivende myndighed og i sidste ende forbrugerne til gode. Aftalen ser således ud til at opfylde kriterierne i artikel 101, stk. 3.

6. INFORMATIONSDUDVEKSLING

6.1. Indledning

406. Formålet med dette kapitel er at give virksomheder og sammenslutninger vejledning om den konkurrencemæssige vurdering af informationsudveksling¹⁹⁴. Informationsudveksling kan antage forskellige former og forekomme i forskellige sammenhænge.
407. I dette kapitel omfatter informationsudveksling udveksling af i) rådata og ustruktureret digitalt indhold, der kræver behandling, hvis de skal være praktisk anvendelige (rådata), ii) forbehandlede data, der allerede er udarbejdet og valideret, iii) data af enhver art, der er blevet manipuleret med henblik på at tilvejebringe meningsfulde oplysninger, samt iv) andre typer oplysninger, herunder ikke-digitaliseret information. Det omfatter fysisk informationsdeling og datadeling

¹⁹⁴ For så vidt de udvekslede oplysninger helt eller delvist omfatter personoplysninger, berører disse retningslinjer ikke EU-retten om databeskyttelse, navnlig Europa-Parlamentets og Rådets forordning (EU) 2016/679 af 27. april 2016 om beskyttelse af fysiske personer i forbindelse med behandling af personoplysninger og om fri udveksling af sådanne oplysninger og om ophævelse af direktiv 95/46/EF (den generelle forordning om databeskyttelse) (EUT L 119 af 4.5.2016, s. 1). Ingen bestemmelser i disse retningslinjer skal anvendes eller fortolkes på en sådan måde, at de mindsker eller begrænser retten til beskyttelse af personoplysninger.

mellem faktiske eller potentielle konkurrenter¹⁹⁵. I dette kapitel omfatter begreberne "information" og "oplysninger" alle ovennævnte typer data og oplysninger.

408. Oplysningerne kan udveksles direkte mellem konkurrenter (i form af udveksling af ensidige oplysninger eller bilateral eller multilateral udveksling af oplysninger) eller indirekte af eller gennem en tredjepart (f.eks. en tjenesteudbyder, en platform, et onlineværktøj eller en algoritme), et fælles agentur (f.eks. en brancheforening), et markedsforskningsinstitut, eller gennem leverandører eller detailhandlere. Dette kapitel finder anvendelse på både direkte og indirekte former for informationsudveksling.
409. Informationsudveksling kan indgå som en del af en anden type horisontal samarbejdsaftale. Gennemførelsen af en sådan horisontal samarbejdsaftale kan kræve udveksling af kommercielt følsomme oplysninger. I et sådant tilfælde vil det være nødvendigt at efterprøve, om udvekslingen kan medføre hemmelig samordning med hensyn til parternes aktiviteter inden for og uden for samarbejdet. Eventuelle negative virkninger som følge af en sådan udveksling vil ikke blive vurderet særskilt, men på grundlag af den horisontale samarbejdsaftales samlede virkninger. Hvis informationsudvekslingen ikke strækker sig ud over, hvad der er nødvendigt for det legitime samarbejde mellem konkurrenter, vil det, selv om udvekslingen har konkurrencebegrænsende virkninger som omhandlet i artikel 101, stk. 1, være mere sandsynligt, at aftalen opfylder kriterierne i artikel 101, stk. 3, end i det tilfælde, hvor informationsudvekslingen strækker sig ud over det, der er nødvendigt for at muliggøre samarbejdet. Når informationsudvekslingen i sig selv udgør hovedformålet med samarbejdet, bør vurderingen af udvekslingen ske i overensstemmelse med vejledningen i dette kapitel.
410. Informationsudveksling kan også indgå som en del af en sammenlægningsproces. I sådanne tilfælde kan udvekslingen, afhængigt af omstændighederne, være omfattet af fusionsforordningen¹⁹⁶. Enhver konkurrencebegrænsende adfærd, der ikke er direkte knyttet til og nødvendig for gennemførelsen af erhvervelsen af kontrol, er fortsat underlagt traktatens artikel 101.
411. Informationsudveksling kan også udspringe af lovgivningsmæssige initiativer. Selv om virksomheder kan tilskyndes eller forpligtes til at dele visse oplysninger og data for at opfylde EU-krav eller myndighedskrav, finder artikel 101, stk. 1, fortsat anvendelse. I praksis betyder det, at dem, der er underlagt tilsynsmæssige krav, ikke må anvende disse krav som et middel til at tilsidesætte artikel 101, stk. 1. De bør begrænse omfanget af informationsudvekslingen til det, der kræves på grundlag af den gældende forordning, og de kan være nødt til at gennemføre forebyggende foranstaltninger, hvis der udveksles kommercielt følsomme oplysninger.

En EU-forordning kan f.eks. indeholde bestemmelser om informationsudveksling mellem dem, der er omfattet af forordningen, for at undgå eller mindske behovet for dyreforsøg og/eller reducere forskningsudgifter. Sådanne udvekslinger er underlagt anvendelsen af artikel 101, stk. 1. Virksomheder, der deltager i udvekslinger i henhold til forordningen, må derfor ikke udlevere kommercielt følsomme

¹⁹⁵ Begrebet datadeling anvendes til at beskrive alle eventuelle formularer og modeller, der understøtter dataadgang og overførsel mellem virksomheder. Det omfatter datalagre, hvor dataindehavere går sammen om at dele dataressourcer.

¹⁹⁶ Artikel 4, stk. 1, og artikel 7, stk. 1, i forordning nr. 139/2004. Jf. også dom af 22. september 2021, Altice Europe mod Kommissionen, T-425/18, endnu ikke offentliggjort, EU:T:2021:607, præmis 239.

oplysninger, der afslører deres markedsstrategi eller tekniske oplysninger, som rækker ud over kravene i forordningen. Virksomhederne kan muligvis reducere hyppigheden af udvekslingen for at gøre oplysningerne mindre kommercielt følsomme. Hvis det er muligt, bør der anvendes samlede oplysninger eller intervaller for at undgå udveksling af individuelle eller mere detaljerede tal. Brug af en uafhængig tredjepartstjenesteudbyder ("en administrator"), som modtager individuelle oplysninger fra flere kilder på baggrund af fortrolighedsaftaler og efterfølgende sammenstiller og kontrollerer disse i en samlet rapport, der ikke giver mulighed for at udlede de enkelte tal, kan også overvejes af virksomheder.

6.2. Vurdering efter artikel 101, stk. 1

6.2.1. Indledning

412. Informationsudveksling er et fælles træk ved mange konkurrenceudsatte markeder, som kan skabe forskellige typer effektivitetsgevinster. Informationsudveksling kan løse problemer vedrørende informationsasymmetri¹⁹⁷ og derved gøre markederne mere effektive. I de seneste år er navnlig datadeling blevet mere udbredt og afgørende for at kunne sikre informeret beslutningstagning ved hjælp af big data-analyser og maskinindlæringsteknikker¹⁹⁸. Desuden forbedrer virksomhederne ofte deres interne effektivitet ved at sammenligne deres præstationer med konkurrenternes bedste praksis. Informationsudveksling kan også bidrage til omkostningsbesparelser for virksomhederne ved at nedbringe deres lagre og muliggøre hurtigere levering af fordærlige varer til forbrugerne eller tackle situationer med ustabil efterspørgsel osv. Udveksling af oplysninger af samme type, eller som supplerer hinanden, kan give virksomhederne mulighed for at udvikle nye eller bedre produkter eller tjenesteydelser eller træne algoritmer på et bredere og mere meningsfyldt grundlag. Desuden kan informationsudveksling direkte komme forbrugerne til gode ved at mindske deres søgeomkostninger og forbedre deres valgmuligheder.
413. Som anført i punkt 15 kan informationsudveksling kun behandles efter artikel 101, stk. 1, hvis den medfører eller indgår i en aftale, en samordnet praksis eller en vedtagelse inden for en sammenslutning af virksomheder. Begrebet samordnet praksis forudsætter, jf. punkt 15, både samordning mellem de berørte virksomheder og en adfærd på markedet, der ligger i forlængelse af denne samordning, samt årsagsforbindelse mellem samordningen og adfærden¹⁹⁹. Hvis udveksling af kommercielt følsomme oplysninger finder sted mellem konkurrenter som led i forberedelsen af en konkurrencebegrænsende aftale, er dette tilstrækkeligt bevis for en samordnet praksis i henhold til artikel 101, stk. 1. I den forbindelse er det ikke nødvendigt, at det påvises, at de pågældende konkurrenter formelt har forpligtet sig til at indtage en bestemt adfærd, eller at konkurrenterne i fællesskab fastlægger deres fremtidige adfærd på markedet²⁰⁰. Desuden er der en formodning om, at virksomheder, som deltager i en samordnet praksis, og som forbliver aktive på

¹⁹⁷ Økonomisk teori om informationsasymmetri beskæftiger sig med studiet af beslutninger i transaktioner, hvor den ene part har mere information end den anden.

¹⁹⁸ Der tilskyndes også til datadeling i den europæiske strategi for data.

¹⁹⁹ Jf. dom af 21. januar 2016, Eturas m.fl., C-74/14, ECLI:EU:C:2016:42, præmis 39-40, dom af 19. marts 2015, Dole Food og Dole Fresh Fruit Europe mod Kommissionen, C-286/13 P, EU:C:2015:184, præmis 126.

²⁰⁰ Dom af 26. januar 2017, Duravit m.fl. mod Kommissionen, C-609/13 P, EU:C:2017:46, præmis 135.

markedet, tager hensyn til informationsudvekslingen med deres konkurrenter for at fastlægge deres adfærd på markedet²⁰¹.

414. Konkurrencens overordnede princip er, at hver virksomhed selvstændigt bestemmer sin økonomiske adfærd på det pågældende marked. Dette princip er ikke til hinder for, at virksomhederne rationelt tilpasser sig deres konkurrenters eksisterende eller forventede adfærd eller normale forhold på markedet. Virksomhederne bør imidlertid undgå informationsudveksling, der har til formål eller til følge at skabe konkurrencevilkår, som ikke svarer til det pågældende markedes normale vilkår. Dette er tilfældet, hvis udvekslingen enten påvirker en faktisk eller potentiel konkurrents adfærd på markedet eller oplyser en sådan konkurrent om, hvilken adfærd en anden konkurrent selv har besluttet at følge eller overveje at udøve på markedet²⁰².
415. I dette afsnit fremgår først de to vigtigste konkurrenceproblemer i forbindelse med informationsudveksling (afsnit 6.2.2). Derefter er der yderligere vejledning om betydningen af de udvekslede oplysningers art i forbindelse med vurderingen i henhold til artikel 101, stk. 1, (afsnit 6.2.3), og egenskaberne ved selve udvekslingen (afsnit 6.2.4), samt markedets karakteristika (afsnit 6.2.5). To særlige afsnit omhandler konkurrencebegrænsende formål (afsnit 6.2.6) og konkurrencebegrænsende virkninger (afsnit 6.2.7).

6.2.2. *De vigtigste konkurrenceproblemer i forbindelse med informationsudveksling*²⁰³

6.2.2.1. Hemmelig samordning

416. Ved at øge gennemsigtigheden mellem konkurrenter på markedet kan udvekslingen af kommercielt følsomme oplysninger lette samordning af virksomhedernes konkurrencemæssige adfærd og resultere i en begrænsning af konkurrencen. Dette gælder navnlig, hvis udvekslingen understøtter en anden konkurrencebegrænsende ordning²⁰⁴.
417. En udveksling af kommercielt følsomme oplysninger kan i sig selv give virksomhederne mulighed for at nå frem til en fælles forståelse af samordningsbetingelserne, hvilket kan føre til hemmelig samordning på markedet. Udvekslingen kan skabe ensartede forventninger med hensyn til usikkerheden på markedet. På dette grundlag kan virksomhederne så nå frem til en fælles forståelse af deres adfærd på markedet, selv uden en udtrykkelig aftale om samordning²⁰⁵.
418. Udveksling af kommercielt følsomme oplysninger kan også anvendes som en metode til at øge den interne stabilitet i en konkurrencebegrænsende aftale eller samordnet praksis på markedet. Informationsudveksling kan gøre markedet tilstrækkelig gennemsigtigt til, at de virksomheder, der er involveret i den hemmelige samordning,

²⁰¹ Dom af 10. november 2017, ICAP m.fl. mod Kommissionen, T-180/15, EU:T:2017:795, præmis 57, dom af 4. juni 2009, T-Mobile Netherlands m.fl., C-8/08, EU:C:2009:343, præmis 51, og dom af 19. marts 2015, Dole Food og Dole Fresh Fruit Europe mod Kommissionen, C-286/13 P, EU:C:2015:184, præmis 127.

²⁰² Dom af 21. januar 2016, Eturas m.fl., C-74/14, EU:C:2016:42, præmis 27, og dom af 4. juni 2009, T-Mobile Netherlands m.fl., C-8/08 P, EU:C:2009:343, præmis 32-33.

²⁰³ Anvendelsen af begrebet "de vigtigste konkurrenceproblemer" betyder, at den efterfølgende beskrivelse af konkurrenceproblemer hverken er endegyldig eller udtømmende.

²⁰⁴ Dom af 26. januar 2017, Duravit m.fl. mod Kommissionen, C-609/13 P, EU:C:2017:46, præmis 134, dom af 7. januar 2004, Aalborg Portland m.fl. mod Kommissionen, sag C-204/00 P, C-205/00 P, C-211/00 P, C-213/00 P, C-217/00 P og C-219/00 P, EU:C:2004:6, præmis 281.

²⁰⁵ Jf. f.eks. dom af 7. november 2019, Campine og Campine Recycling mod Kommissionen, T-240/17, EU:T:2019:778, præmis 305.

kan føre tilstrækkelig kontrol med, om andre virksomheder afviger fra den hemmelige adfærd, så de ved, hvornår de skal træffe modforanstaltninger. Udveksling af oplysninger om både aktuelle og tidligere forhold kan udgøre en sådan kontrolmekanisme. Dette kan enten sætte virksomhederne i stand til at nå frem til en hemmelig samordning på markeder, hvor det ellers ikke ville have været muligt, eller det kan gøre den hemmelige samordning, der allerede forekommer på markedet, mere stabil.

Konkurrenters brug af algoritmer kan f.eks. øge risikoen for hemmelig samordning på markedet²⁰⁶. Algoritmer kan give konkurrenterne mulighed for at øge gennemsigtigheden på markedet, afsløre prisafvigelser i realtid og gøre straffemekanismer mere effektive. På den anden side er det nødvendigt med nogle strukturelle markedsvilkår, f.eks. hyppige samspil, begrænset køberstyrke og tilstedeværelsen af homogene produkter/tjenester, for at samordning ved hjælp af algoritmer er mulig, ud over den specifikke udformning af algoritmerne.

419. Endelig kan informationsudveksling også anvendes som en metode til at øge *den eksterne stabilitet* i en konkurrencebegrænsende aftale eller samordnet praksis på markedet. Udveksling, der gør markedet tilstrækkelig gennemsigtigt, kan gøre det muligt for virksomheder, som er involveret i hemmelig samordning, at kontrollere, hvor og hvornår andre virksomheder forsøger at komme ind på markedet, og dermed iværksætte målrettede tiltag for at imødegå konkurrencen fra den nytilkomne virksomhed. Udveksling af oplysninger om både aktuelle og tidligere forhold kan skabe en sådan kontrolmekanisme.

6.2.2.2. Konkurrenceskadelig markedsafskærmning

420. Ud over at lette hemmelig samordning kan informationsudveksling også føre til konkurrenceskadelig afskærmning på det marked, hvor udvekslingen finder sted, eller på et beslægtet marked²⁰⁷.
421. Afskærmning på det samme marked kan forekomme, når udveksling af kommercielt følsomme oplysninger medfører betydelige konkurrencemæssige ulemper for konkurrenter, der ikke er tilsluttet udvekslingsordningen, i forhold til de virksomheder, der deltager i ordningen. Denne type afskærmning er mulig, hvis de pågældende oplysninger er af strategisk betydning, og udvekslingen omfatter en væsentlig del af det relevante marked. Dette kan f.eks. være tilfældet med datadelingsinitiativer, hvor de fælles data er af strategisk betydning, udgør en stor del af markedet, og tredjeparter forhindres i at få adgang²⁰⁸. Sådanne initiativer gør det heller ikke lettere for nye aktører at komme ind på markedet.
422. Det kan ikke udelukkes, at informationsudveksling kan føre til konkurrenceskadelig afskærmning af tredjepart på et beslægtet marked. F.eks. kan vertikalt integrerede virksomheder, der udveksler oplysninger på et marked i det foregående

²⁰⁶ Der skal skelnes mellem samordning ved hjælp af algoritmer og såkaldt "collusion by code", der betegner konkurrenters bevidste anvendelse af fælles adfærdskoordineringsalgoritmer. "Collusion by code" betegner typisk et kartel, og det har derfor et konkurrencebegrænsende formål, uanset markedsvilkårene og den udvekslede information.

²⁰⁷ Med hensyn til de afskærmningsproblemer, som vertikale aftaler kan medføre, henvises til punkt [...] i retningslinjerne for vertikale begrænsninger.

²⁰⁸ Dommen af 23. november 2006, Asnef-Equifax, C-238/05, EU:C:2006:734, præmis 57-58, understreger betydningen af at analysere den underliggende markedsstruktur for at fastslå, hvorvidt risikoen for afskærmning er sandsynlig.

omsætningsled, opnå markedsstyrke og foretage hemmelig samordning for at hæve prisen for en nøglekomponent på et marked i det efterfølgende omsætningsled. De kan derved øge deres konkurrenters omkostninger i det efterfølgende omsætningsled, hvilket kan medføre konkurrenceskadelig afskærmning på markedet i dette led. Desuden kan virksomheder, der anvender ugenomsigtige og diskriminerende betingelser for adgang til fælles oplysninger, indskrænke tredjeparters mulighed for at fornemme tendenserne med hensyn til potentielle nye produkter på beslægtede markeder.

6.2.3. *De udvekslede oplysningers art*

6.2.3.1. Kommercielt følsomme oplysninger

423. Artikel 101, stk. 1, finder anvendelse, hvis en udveksling af kommercielt følsomme oplysninger sandsynligvis vil påvirke konkurrenternes forretningsstrategi. Dette er tilfældet, hvis informationen, når den er udvekslet, mindsker usikkerheden med hensyn til en eller flere konkurrenters fremtidige eller seneste adfærd på markedet, og uanset om de virksomheder, der deltager i informationsudvekslingen, opnår en vis fordel ved deres samarbejde. Det vedrører ofte information, som er vigtig for en virksomhed for at fastholde eller forbedre sin konkurrenceevne på markedet eller markederne. Oplysninger om prisfastsættelse er f.eks. kommercielt følsomme, men artikel 101, stk. 1, finder også anvendelse, hvis udvekslingen ikke har direkte indvirkning på de priser, som slutbrugerne betaler²⁰⁹. Den omstændighed, at de udvekslede oplysninger kan være urigtige eller vildledende i sig selv, fjerner ikke risikoen for, at de kan påvirke konkurrenternes adfærd på markedet²¹⁰.
424. Oplysninger, der anses for at være særlig kommercielt følsomme, og hvis udveksling betragtes som et konkurrencebegrænsende formål, omfatter følgende:

*Udveksling af en virksomheds prisfastsættelse og tilsigtede prisfastsættelse med konkurrenter*²¹¹

*Udveksling af oplysninger om en virksomheds nuværende og fremtidige produktionskapacitet med konkurrenter*²¹²

*Udveksling af oplysninger om en virksomheds tilsigtede forretningsstrategi med konkurrenter*²¹³

*Udveksling af oplysninger om en virksomheds ordninger vedrørende nuværende og fremtidig efterspørgsel med konkurrenter*²¹⁴

²⁰⁹ Dom af 19. marts 2015, Dole Food og Dole Fresh Fruit Europe mod Kommissionen, C-286/13 P, EU:C:2015:184, præmis 123, og dom af 4. juni 2009, T-Mobile Netherlands m.fl., C-8/08, EU:C:2009:343, præmis 36.

²¹⁰ Dom af 15. december 2016, Philips og Philips France mod Kommissionen, T-762/14, EU:T:2016:738, præmis 91.

²¹¹ jf. f.eks. dom af 8. juli 2020, Infineon Technologies mod Kommissionen, T-758/14 RENV, endnu ikke offentliggjort, EU:T:2020:307, præmis 96, dom af 15. december 2016, Philips og Philips France mod Kommissionen, T-762/14, EU:T:2016:738, præmis 134-136. Oplysningerne behøver ikke direkte at vedrøre priser. Informationsudvekslinger, der udgør et væsentligt element af den pris, som slutbrugeren skal betale, kan også have et konkurrencebegrænsende formål. Jf. dom af 4. juni 2009, T-Mobile Netherlands m.fl., C-8/08, EU:C:2009:343, præmis 37.

²¹² Dom af 8. juli 2020, Infineon Technologies mod Kommissionen, T-758/14 RENV, endnu ikke offentliggjort, EU:T:2020:307, præmis 85 og 96, dom af 15. december 2016, Philips og Philips France mod Kommissionen, T-762/14, EU:T:2016:738, præmis 104.

²¹³ Dom af 8. juli 2020, Infineon Technologies mod Kommissionen, T-758/14 RENV, endnu ikke offentliggjort, EU:T:2020:307, præmis 98.

Udveksling af oplysninger om en virksomheds fremtidige afsætning med konkurrenter²¹⁵

Udveksling af oplysninger om en virksomheds aktuelle situation og forretningsstrategi med konkurrenter²¹⁶

Udveksling af oplysninger om fremtidige produktenskabere, som er relevante for forbrugerne, med konkurrenter²¹⁷

Udveksling af oplysninger vedrørende positioner på markedet og strategier på auktioner for finansielle produkter²¹⁸.

6.2.3.2. Offentlige oplysninger

425. "Oplysninger, der er offentlige i egentlig forstand", er oplysninger, som normalt er lige tilgængelige (når det gælder omkostningerne ved adgang til dem) for alle konkurrenter og kunder²¹⁹. Da oplysningerne er offentligt tilgængelige, kan de have mistet deres kommercielt følsomme karakter. Udveksling af oplysninger, der er offentlige i egentlig forstand, vil normalt ikke udgøre en overtrædelse af artikel 101²²⁰. Når oplysninger er offentlige i egentlig forstand, kan det mindske sandsynligheden for hemmelig samordning på markedet, hvis konkurrenter, der ikke deltager i samordningen, potentielle konkurrenter og kunder er i stand til at imødegå de potentielle konkurrencebegrænsende virkninger²²¹.
426. For at oplysningerne kan være offentlige i egentlig forstand, må adgangen til dem ikke være dyrere for kunder og virksomheder, der ikke deltager i udvekslingen, end for de virksomheder, der udveksler oplysningerne. Konkurrenter vil normalt ikke vælge at udveksle oplysninger, som de kan indhente lige så let på markedet, og udveksling af oplysninger, der er offentlige i egentlig forstand, er derfor usandsynlig i praksis. Derimod er de oplysninger, der udveksles mellem konkurrenter, selv om de betragtes som offentligt tilgængelige oplysninger, ikke offentlige i egentlig forstand, hvis de omkostninger, der er forbundet med indsamlingen af dem, afskrækker andre

²¹⁴ Dom af 9. september 2015, Samsung SDI m.fl. mod Kommissionen, T-84/13, EU:T:2015:611, præmis 51.

²¹⁵ Dom af 8. juli 2020, Infineon Technologies mod Kommissionen, T-758/14 RENV, endnu ikke offentliggjort, EU:T:2020:307, præmis 96.

²¹⁶ Dom af 8. juli 2020, Infineon Technologies mod Kommissionen, T-758/14 RENV, endnu ikke offentliggjort, EU:T:2020:307, præmis 70.

²¹⁷ Kommissionens afgørelse af 8. juli 2021 i sag AT40178 — Biludledninger, betragtning 84, 107 og 124-126.

²¹⁸ Kommissionens afgørelse af 20. maj 2021 i sag AT.40324 — Europæiske statsobligationer, betragtning 94.

²¹⁹ Dette udelukker ikke, at en database stilles billigere til rådighed for kunder, som selv har bidraget med oplysninger til den, da de herved også normalt har pådraget sig nogle omkostninger.

²²⁰ Dom af 30. september 2003, Atlantic Container Line m.fl. mod Kommissionen, T-191/98, T-212/98 til T-214/98, ECR 2003 II-03275, EU:T:2003:245, præmis 1154. Dette behøver ikke at være tilfældet, hvis informationsudvekslingen understøtter et kartel.

²²¹ En vurdering af adgangsbarrierer og køberstyrke, der kan danne modvægt på markedet, vil være relevant for at fastslå, om udenforstående i forhold til informationsudvekslingssystemet vil kunne skade de forventede resultater af samordningen. Øget gennemsigtighed for forbrugerne kan enten mindske eller øge mulighederne for hemmelig samordning, for med øget gennemsigtighed for forbrugerne, hvor efterspørgselspriselasticiteten er højere, er udbyttet ved afvigelser højere, men modforanstaltningerne er også hårdere.

virksomheder og kunder fra at indsamle dem²²². Muligheden for at indsamle oplysningerne på markedet, f.eks. at indsamle dem hos kunderne, indebærer ikke nødvendigvis, at disse oplysninger skal betragtes som markedsoplysninger, som konkurrenter har let adgang til²²³.

Et typisk eksempel på oplysninger, der er offentlige i egentlig forstand, er, når tankstationer annoncerer deres løbende priser for både forbrugere og nærmeste konkurrenter. Hvis der ikke foreligger en konkurrencebegrænsende aftale eller samordnet praksis, gavner denne annoncering forbrugerne, da den gør det lettere for dem at sammenligne tankstationernes priser, før de tanker bilen, også selv om det gør det muligt for konkurrenterne at få kendskab til deres nærmeste konkurrenters priser.

Hvis ejerne af tankstationerne kun ønsker at udveksle oplysninger om priser i realtid indbyrdes, kan vurderingen i henhold til artikel 101, stk. 1, meget vel se anderledes ud. De prisoplysninger, der udveksles af ejerne, er ikke offentlige i egentlig forstand, da man må påregne lang tid og betydelige transportomkostninger, hvis man ønsker at få de samme oplysninger på anden måde. Faktisk ville det være nødvendigt at rejse hele tiden for at indsamle oplysninger om de priser, der er angivet på prisskiltene ved de forskellige benzinstationer over hele landet. Omkostningerne herved kan være så høje, at oplysningerne i praksis ikke kan fås uden informationsudvekslingen. Desuden foregår udvekslingen systematisk og dækker hele det respektive marked, hvor der kun er få konkurrenter til stede, og der ikke er sandsynlighed for nye konkurrenter. Udvekslingen vil derfor kunne skabe et klima af gensidig sikkerhed mellem konkurrenterne med hensyn til deres prispolitik og vil derved kunne lette den hemmelige samordning.

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

I en bestemt sektor kan det f.eks. være alment kendt, at leveringsomkostningerne er steget. På bilaterale møder eller under møder med den respektive brancheforening kan fænomenet blive bragt op af deltagerne. Selv om konkurrenterne kan henvise til de stigende leveringsomkostninger — da det er alment kendt — kan de ikke i fællesskab vurdere de stigende omkostninger, hvis dette mindsker usikkerheden om den enkelte konkurrents fremtidige eller seneste adfærd på markedet²²⁴. En konkurrent skal uafhængigt tage stilling til den politik, vedkommende vil føre på det fælles marked. Dette betyder, at hver enkelt konkurrent uafhængigt skal beslutte, hvad dens svar på de stigende leveringsomkostninger skal være.

²²² Desuden vil det forhold, at deltagerne i informationsudvekslingen tidligere har bekendtgjort oplysningerne for offentligheden (f.eks. i en avis eller på deres websted), ikke indebære, at en senere informationsudveksling, som ikke er offentlig, ikke overtræder artikel 101, stk. 1.

²²³ Jf. dom af 12. juli 2001, Tate o Lyle m.fl. mod Kommissionen, T-202/98, T-204/98 og T-207/98, ECR 2001 II-02035, EU:T:2001:185, præmis 60.

²²⁴ Jf. f.eks. dom af 14. marts 2013, Dole Food Company og Dole Germany mod Kommissionen, T-588/08, EU:T:2013:130, præmis 291-295.

6.2.3.3. Samlede/individualiserede oplysninger og data

428. Oplysningernes kommercielt følsomme karakter afhænger også af, hvor nyttige de er for konkurrenterne. Afhængigt af omstændighederne kan udvekslingen af rådata være mindre kommercielt følsom end udveksling af data, der allerede er blevet omdannet til meningsfulde oplysninger. På samme måde kan rådata være mindre kommercielt følsomme end samlede data, mens udveksling af oplysningerne kan give virksomhederne mulighed for at opnå større effektivitet. Samtidig vil udveksling af samlede oplysninger, hvor det er tilstrækkelig vanskeligt at genkende virksomhedsspecifikke oplysninger, i langt mindre grad end udveksling af virksomhedsspecifikke oplysninger kunne få konkurrencebegrænsende virkninger.
429. Indsamling og offentliggørelse af aggregerede markedsoplysninger (såsom oplysninger om salg, kapacitet eller udgifter til input og komponenter) foretaget af en brancheorganisation eller et markedsanalysebureau kan være en fordel for både konkurrenter og kunder som følge af omkostningsbesparelser og muligheden for at få et klarere samlede billede af den økonomiske situation i en given sektor. En sådan indsamling af oplysninger og offentliggørelse kan give de enkelte konkurrenter mulighed for at træffe mere informerede valg med henblik på effektivt at tilpasse deres individuelle konkurrencestrategi til markedsvilkårene. Mere generelt er det ikke sandsynligt, at udvekslingen af de samlede oplysninger vil få konkurrencebegrænsende virkninger, medmindre den finder sted mellem et relativt lille antal virksomheder med en tilstrækkelig stor markedsandel. Udveksling af individualiserede oplysninger kan gøre det lettere at skabe en fælles forståelse på markedet og fastlægge sanktionerstrategier ved at give de samordnende virksomheder mulighed for mere effektivt at udpege en afvigende eller nyttilkommen virksomhed. Det kan dog ikke udelukkes, at udveksling af samlede oplysninger og data kan lette hemmelig samordning på markeder med bestemte karakteristika. Medlemmerne af et meget snævert og stabilt oligopol, som udveksler samlede oplysninger, der bemærker en markedspris under et bestemt niveau kan nemlig automatisk gå ud fra, at nogen har afvejet fra den hemmelige samordning, og tage skridt mod iværksættelse af markedsdækkende modforanstaltninger. Med andre ord er det ikke altid nødvendigt, at virksomhederne i et meget snævert og stabilt oligopol ved, hvem der afveg, for at holde samordningen stabil. Det kan være tilstrækkeligt at vide, at "en eller anden" afveg.

6.2.3.4. Oplysningernes alder

430. Inden for mange erhvervsgrene bliver oplysninger relativt hurtigt oplysninger om tidligere forhold og mister dermed deres kommercielt følsomme karakter. Det er usandsynligt, at udveksling af oplysninger om tidligere forhold vil medføre hemmelig samordning, da de ikke giver noget fingerpeg om konkurrenternes planlagte adfærd eller skaber en fælles forståelse på markedet²²⁵. Jo ældre oplysningerne er, desto mindre nyttige vil de være, når det gælder om at afsløre afvigelser i tide, og dermed som en troværdig trussel om hurtige modforanstaltninger²²⁶. Det vil imidlertid kræve en vurdering af oplysningernes relevans fra sag til sag²²⁷.

²²⁵ Indsamling af oplysninger om tidligere forhold kan også anvendes til at videregive en sektorsammenslutnings bidrag til eller analyse af en revision af den offentlige politik.

²²⁶ F.eks. har Kommissionen i tidligere sager anset udveksling af oplysninger, der var mere end ét år gamle, for at være oplysninger om tidligere forhold og for ikke at være konkurrencebegrænsende som

431. Hvorvidt der er tale om oplysninger om tidligere forhold, afhænger af det respektive markeds karakteristika, hyppigheden af forhandlinger vedrørende køb og salg i den pågældende erhvervsgren, samt hvor gamle de oplysninger, der anvendes af den pågældende erhvervsgren, er i forbindelse med forretningsmæssige beslutninger. Oplysninger kan f.eks. anses for at vedrøre tidligere forhold, hvis de er flere gange ældre end den gennemsnitlige længde på priscyklusserne eller løbetiden for kontrakter inden for den pågældende erhvervsgren, hvis sidstnævnte afspejler genforhandling af priser. På den anden side kan udvekslingen af aktuelle oplysninger få konkurrencebegrænsende virkninger, især hvis denne udveksling har til formål kunstigt at øge gennemsigtigheden mellem virksomhederne frem for over for forbrugerne.

Hvis virksomheder f.eks. typisk bruger data om forbrugernes præferencer (køb eller andre valg) i løbet af det seneste år for at optimere deres strategiske forretningsbeslutninger vedrørende deres mærker, vil oplysninger, der dækker denne periode, generelt være mere kommercielt følsomme end ældre data. Oplysningerne i løbet af det seneste år anses således ikke for at vedrøre tidligere forhold.

6.2.4. Egenskaberne ved udvekslingen

6.2.4.1. Ensidede oplysninger

432. I en situation, hvor det kun er en enkelt virksomhed, der giver kommercielt følsomme oplysninger til sin(e) konkurrent(er), som accepterer dem, kan det udgøre en samordnet praksis²²⁸. Videregivelse af sådanne strategiske oplysninger kan f.eks. ske gennem indlæg på websteder, (chat)meddelelser, e-mail, telefonsamtaler, input i et fælles algoritmeværktøj, møder osv. Det er i så fald irrelevant, om det kun er en enkelt virksomhed, som ensidigt underretter sine konkurrenter om sin planlagte markedsadfærd, eller om alle deltagende virksomheder underretter hinanden om deres respektive overvejelser og planer. Når en enkelt virksomhed giver sine konkurrenter kommercielt følsomme oplysninger om sin fremtidige forretningspolitik, vil det mindske den strategiske usikkerhed med hensyn til, hvordan markedet vil fungere i fremtiden for alle sine konkurrenter, og øge risikoen for en begrænsning af konkurrencen og for hemmelig samordning²²⁹.

F.eks. vil deltagelse i et møde²³⁰, hvor en virksomhed underretter konkurrenterne om sine planlagte priser sandsynligvis være omfattet af artikel 101, stk. 1, selv om der ikke foreligger en udtrykkelig aftale om prisforhøjelser²³¹. På samme måde vil indførelsen af en prisfastsættelsesregel i et fælles algoritmesystem (f.eks. den laveste

omhandlet i artikel 101, stk. 1, mens oplysninger, der er under ét år gamle, er blevet betragtet som nye; Kommissionens afgørelse i sag IV/31.370, UK Agricultural Tractor Registration Exchange, betragtning 50, Kommissionens afgørelse i sag IV/36.069, Wirtschaftsvereinigung Stahl, EFT L 1 af 3.1.1998, s. 10, betragtning 17.

²²⁷ I sin dom af 12. juli 2019, Sony og Sony Electronics mod Kommissionen, T-762/15, EU:T:2019:515, præmis 127, fandt retten, henset til omstændighederne i den foreliggende sag, at viden om tidligere auktionsresultater var yderst relevant information for konkurrenterne, både til overvågningsformål og med henblik på fremtidige kontrakter.

²²⁸ Jf. dom af 15. marts 2000, Cimenteries CBR mod Kommissionen, T-25/95 m.fl., ECR 2000 II-00491, EU:T:2000:77, præmis 1849.

²²⁹ Jf. generaladvokat Kokotts forslag til afgørelse af 19. februar 2009 i sagen T-Mobile Netherlands m.fl., sag C-8/08, EU:C:2009:110, præmis 54.

²³⁰ Jf. dom af 4. juni 2009, T-Mobile Netherlands m.fl., C-8/08, EU:C:2009:343, præmis 59.

²³¹ Jf. dom af 12. juli 2001, Tate og Lyle m.fl. mod Kommissionen, T-202/98, T-204/98 og T-207/98, ECR 2001 II-02035, EU:T:2001:185, præmis 54.

pris på den eller de relevante onlineplatforme +5 % eller prisen hos en konkurrent - 5 %) sandsynligvis falde ind under artikel 101, stk. 1, selv hvis der ikke foreligger en udtrykkelig aftale om at ensrette de fremtidige priser.

På den anden side er fremsendelsen af en e-mail til personlige postkasser ikke i sig selv et fingerpeg om, at modtagerne burde have haft kendskab til meddelelsens indhold²³². Den kan, henset til andre objektive og samstemmende indicier, begrunde den formodning, at modtagerne havde kendskab til indholdet, men disse modtagere skal stadig have haft muligheden for at modbevise dette²³³.

433. Når en virksomhed modtager kommercielt følsomme oplysninger fra en konkurrent (hvad enten det sker på et møde, telefonisk, elektronisk eller som input i et algoritmisk værktøj), formodes den at tage hensyn til oplysningerne og tilpasse sin markedsadfærd efter dem, medmindre den svarer klart, at den ikke ønsker at modtage sådanne oplysninger²³⁴ eller indberetter det til de administrative myndigheder.
434. Når en virksomhed ensidigt udsender en bekendtgørelse, der også reelt er offentlig, f.eks. gennem et indlæg på et offentligt tilgængeligt websted, en offentlig udtalelse eller i en avis, er der normalt ikke tale om en samordnet praksis som omhandlet i artikel 101, stk. 1²³⁵. Afhængigt af de forhold, der kendetegner den pågældende sag, kan muligheden for, at det vil blive fastslået, at der foreligger en samordnet praksis, dog ikke udelukkes. Som beskrevet i punkt 426, kan det hjælpe kunderne med at træffe informerede valg, hvis der gives oplysninger og data, der er offentlige i egentlig forstand. Disse effektivitetsgevinster er dog mindre sandsynlige, hvis oplysningerne vedrører fremtidige hensigter, som måske ikke bliver en realitet og ikke forpligter virksomheden over for kunderne²³⁶.

En ensidig offentlig bekendtgørelse om fremtidige intentioner med hensyn til priser vil eksempelvis ikke forpligte den virksomhed, der udsender bekendtgørelsen til sine kunder, men kan sende vigtige signaler om en virksomheds planlagte strategi på markedet til sine konkurrenter. Dette vil navnlig være tilfældet, hvis oplysningerne ikke er tilstrækkeligt specifikke. Der er derfor en tendens til, at sådanne oplysninger ikke medfører effektivitetsgevinster, der kommer forbrugerne til gode, men at de letter hemmelig samordning.

Ensidige offentlige bekendtgørelser kan også give et fingerpeg om, at der foreligger en underliggende konkurrencebegrænsende aftale eller samordnet praksis. På et marked, hvor der kun er få konkurrenter til stede, og hvor adgangsbarriererne er høje, kan virksomheder, der løbende offentliggør oplysninger uden åbenbare fordele for forbrugerne (f.eks. oplysninger om FoU-omkostninger, omkostninger til tilpasning til miljøkrav osv.) — i mangel af anden plausibel forklaring — være gode

²³² Dom af 21. januar 2016, Eturas m.fl., C-74/14, EU:C:2016:42, præmis 39-40.

²³³ I sin dom af 21. januar 2016, Eturas m.fl., C-74/14, EU:C:2016:42, præmis 41, gav retten eksempler på, hvordan dette kunne modbevise: eksempelvis ved at godtgøre, at de ikke havde modtaget denne meddelelse, eller at de ikke havde åbnet den pågældende meddelelse eller først havde gjort det nogen tid efter meddelelsens fremsendelse.

²³⁴ Jf. dom af 21. januar 2016, Eturas m.fl., C-74/14, EU:C:2016:42, præmis 48, dom af 8. juli 1999, Hüls mod Kommissionen, C-199/92 P, EU:C:1999:358, præmis 162, dom af 8. juli 1999, Kommissionen mod Anic Partecipazioni, C-49/92 P, EU:C:1999:356, præmis 121.

²³⁵ Jf. dom af 5. oktober 2020, Casino Guichard-Perrachon og AMC mod Kommissionen, T-249/17, endnu ikke offentliggjort, EU:T:2020:458, præmis 263-267.

²³⁶ Jf. f.eks. Kommissionens afgørelse af 7. juli 2016, sag AT.39850 — Containerskibsfart, betragtning 40-43.

sig skyldige i en overtrædelse af artikel 101, stk. 1. Ensidige offentlige bekendtgørelser kan bruges til at gennemføre eller overvåge deres hemmelige aftaler. Om en sådan overtrædelse faktisk foreligger, afhænger af det samlede bevismateriale, der er til rådighed.

6.2.4.2. Indirekte informationsudveksling og udvekslinger i blandede vertikale/horisontale forhold

435. Udveksling af kommercielt følsomme oplysninger mellem konkurrenter kan finde sted via en tredjepart (f.eks. en tredjepartstjenesteudbyder, herunder en platform eller en tredjepartstjenesteudbyder af optimeringsværktøjer), et fælles agentur (f.eks. en brancheforening) via en af deres leverandører eller kunder²³⁷ eller via en fælles algoritme (tilsammen benævnt "tredjepart"). Det vigtigste konkurrenceproblem er, at udvekslingen kan mindske usikkerheden om konkurrenternes adfærd og dermed føre til hemmelig samordning på markedet. Den hemmelige samordning i sådanne tilfælde gøres enten lettere eller gennemføres via tredjeparten. Afhængigt af sagens faktiske omstændigheder kan konkurrenterne og tredjeparten begge drages til ansvar for en sådan samordning. Der er intet i ordlyden af artikel 101, stk. 1, der indikerer, at det i denne bestemmelse indeholdte forbud kun er rettet mod de parter i sådanne aftaler eller samordnet praksis, som er aktive på de markeder, der berøres deraf²³⁸.
436. I tilfælde af indirekte udveksling af kommercielt følsomme oplysninger kræves der en individuel analyse af hver deltagers rolle for at fastslå, om udvekslingen vedrører en konkurrencebegrænsende aftale eller samordnet praksis, og hvem der bærer ansvaret for samordningen. Denne vurdering skal navnlig tage hensyn til det kendskab, som dem, der har givet oplysningerne, eller modtagerne af oplysningerne, har til udvekslingen mellem andre modtagere af oplysninger, eller personer, der har givet oplysninger, og tredjeparten.

Der kan være tale om forskellige betingelser:

Visse indirekte informationsudvekslinger betegnes som "hub and spoke"-aftaler. I sådanne tilfælde fungerer en fælles leverandør eller producent som knudepunkt for videregivelse af oplysninger til forskellige detailhandlere, men det kan også være, at en detailhandler fremmer koordineringen mellem flere leverandører eller producenter. En onlineplatform kan også fungere som knudepunkt, hvis den letter, koordinerer eller håndhæver konkurrencebegrænsende praksis blandt brugerne af platformens tjenester.

Onlineplatforme kan f.eks. muliggøre udveksling af oplysninger mellem platformsbrugere med henblik på at sikre bestemte margener eller prisniveauer. Desuden kan platforme anvendes til at pålægge systemet driftsrestriktioner, hvilket forhindrer brugerne af platformen i at tilbyde lavere priser eller andre fordele til slutkunderne. Andre indirekte informationsudvekslinger kan omfatte (potentielle) konkurrenters afhængighed af en fælles optimeringsalgoritme, der træffer forretningsmæssige beslutninger på grundlag af kommercielt følsomme data-feeds fra forskellige konkurrenter, eller gennemførelsen i de relevante automatiserede

²³⁷ Selv om gruppefritagelsesforordningen for vertikale aftaler og retningslinjerne for vertikale begrænsninger indeholder vejledning med hensyn til vurdering af vertikale distributionsaftaler, kan vertikale distributionsaftaler på visse betingelser anvendes på horisontal samordning.

²³⁸ Dom af 10. november 2017, ICAP m.fl. mod Kommissionen, T-180/15, EU:T:2017:795, præmis 103, dom af 22. oktober 2015, AC-Treuhand mod Kommissionen, C-194/14 P, EU:C:2015:717, præmis 27, 34-35.

værktøjer af tilpassede/koordinerede funktioner eller optimeringsmekanismer. Selv om det er lovligt at forsyne algoritmisk software med offentligt tilgængelige data, kan aggregeringen af følsomme oplysninger i et prisfastsættelsesværktøj, der tilbydes af et enkelt IT-firma, som forskellige konkurrenter har adgang til, udgøre horisontal samordning.

Et fælles agentur, såsom en brancheforening, kan også lette udvekslingen mellem sine medlemmer.

437. En virksomhed, der indirekte modtager eller videregiver kommercielt følsomme oplysninger, kan drages til ansvar for at overtræde artikel 101, stk. 1. Dette kan være tilfældet, hvis den virksomhed, der modtog eller fremsendte oplysningerne, var bekendt med de konkurrencebegrænsende formål, som dens konkurrenter og tredjepart forfølger, og som har til formål at bidrage til dem ved sin egen adfærd. Dette gælder, hvis virksomheden udtrykkeligt eller stiltiende samtykker i, at tredjeparten deler disse oplysninger med dennes konkurrenter, eller når den gennem tredjepart har til hensigt at videregive kommercielt følsomme oplysninger til sine konkurrenter. Desuden ville betingelsen være opfyldt, hvis den virksomhed, der modtager eller videregiver oplysningerne, med rimelighed kunne have forudset, at den pågældende tredjepart ville dele sine kommercielle oplysninger med sine konkurrenter, og hvis den var villig til at acceptere den risiko, som dette medførte. Derimod er betingelsen ikke opfyldt, hvis tredjeparten har anvendt en virksomheds kommercielt følsomme oplysninger, og uden at underrette den pågældende virksomhed har videregivet disse til sine konkurrenter²³⁹.
438. På samme måde kan en tredjepart, der videregiver kommercielt følsomme oplysninger, også drages til ansvar for en sådan overtrædelse, hvis den har til hensigt, ved sin egen adfærd, at bidrage til de fælles mål, der forfølges af alle aftaleparterne, og havde kendskab til de andre virksomheders planlagte eller faktiske adfærd, som havde samme formål, eller at den med rimelighed kunne have forudset den, og at den var indstillet på at løbe risikoen²⁴⁰.

6.2.4.3. Hyppighed af informationsudvekslingen

439. Hyppig informationsudveksling, der gør det lettere både at skabe en bedre fælles forståelse af markedet og at føre kontrol med afvigelser, øger risikoen for hemmelig samordning. På ustabile markeder kan det i højere grad end på stabile markeder være nødvendigt at foretage informationsudveksling hyppigere for at lette hemmelig samordning. På markeder med langsigtete kontrakter (der er kendetegnet ved sjældne købs- og salgsforhandlinger) vil en mindre hyppig udveksling af oplysninger normalt være tilstrækkelig til, at der kan foretages hemmelig samordning. En mere uregelmæssig udveksling vil derimod næppe være tilstrækkelig til, at der kan foretages hemmelig samordning på markeder med kortfristede kontrakter, hvor der ofte sker genforhandling²⁴¹. Den hyppighed, hvormed oplysninger skal udveksles for at lette hemmelig samordning, afhænger generelt også af oplysningernes art, alder og sammensætning²⁴². Som følge af realtidsdatas voksende betydning for

²³⁹ Dom af 21. juli 2016, VM Remonts m.fl., C-542/14, EU:C:2016:578, præmis 30, dom af 22. oktober 2015, AC-Treuhand mod Kommissionen, C-194/14 P, EU:C:2015:717, præmis 30.

²⁴⁰ Dom af 10. november 2017, ICAP m.fl. mod Kommissionen, T-180/15, EU:T:2017:795, præmis 100.

²⁴¹ F.eks. kan kontrakter, der ikke indgås hyppigt, mindske risikoen for modforanstaltninger.

²⁴² Afhængigt af markedsstrukturen og den sammenhæng, hvori informationsudvekslingen indgår, kan det ikke udelukkes, at en enkelt informationsudveksling kan udgøre et tilstrækkeligt grundlag for

virksomhedernes evne til at konkurrere effektivt er den største konkurrencefordel opnået gennem automatiseret udveksling af information i realtid.

6.2.4.4. Foranstaltninger, der er indført for at begrænse/kontrollere, hvordan dataene anvendes

440. Virksomheder, der ønsker at (eller skal) udveksle oplysninger, kan indføre foranstaltninger for at begrænse adgangen til oplysninger og/eller kontrollere, hvordan oplysninger anvendes²⁴³. Sådanne foranstaltninger kan forhindre, at kommercielt følsomme oplysninger kan påvirke en konkurrents adfærd.

Virksomhederne kan f.eks. benytte clean teams til at modtage og behandle oplysninger. Begrebet "clean team" refererer overordnet set til en begrænset gruppe af personer fra en virksomhed, som ikke er involveret i virksomhedens daglige forretningsaktiviteter, og som er bundet af strenge fortrolighedsprotokoller hvad angår kommercielt følsomme oplysninger. Et clean team kan f.eks. anvendes til gennemførelse af en anden horisontal samarbejdsaftale for at sikre, at de oplysninger, der stilles til rådighed med henblik på et sådant samarbejde, gives på grundlag af need-to-know-princippet og videregives samlet.

Deltagere i et datalager bør i princippet kun have adgang til deres egne oplysninger og andre deltagers endelige, samlede oplysninger. Tekniske og praktiske foranstaltninger kan sikre, at en deltager ikke kan indhente kommercielt følsomme oplysninger fra andre deltagere. Varetagelsen af administrationen af et datalager kan f.eks. overdrages til en uafhængig tredjepart, der er underlagt strenge fortrolighedsregler for så vidt angår de oplysninger, der modtages fra deltagerne i datalageret. Dem, der administrerer datalageret, bør også sikre, at der kun indsamles oplysninger, som er nødvendige for gennemførelsen af det legitime formål med datalageret.

6.2.4.5. Adgang til oplysninger og indsamlede data

441. I situationer hvor de udvekslede oplysninger er af strategisk betydning for konkurrencen og omfatter en væsentlig del af det relevante marked — men ikke udgør en risiko for hemmelig samordning — er betingelserne for adgang til disse oplysninger et vigtigt element til vurdering af eventuelle afskærmende virkninger. Udveksling af sådanne strategiske oplysninger er kun tilladt, hvis oplysningerne gøres tilgængelige på en ikkediskriminerende måde for alle virksomheder, der er aktive på det relevante marked. Hvis en sådan tilgængelighed ikke var garanteret, ville nogle af konkurrenterne blive stillet ringere, da de ville have færre oplysninger, hvilket heller ikke ville gøre det lettere for nye aktører at komme ind på markedet²⁴⁴.
442. Dette kan navnlig være tilfældet med datadelingsinitiativer, hvor de fælles data i et datalager udgør en stor del af markedet. Når de fælles data udgør et værdifuldt aktiv med hensyn til at konkurrere på markedet, kan konkurrenter, der nægtes adgang (eller kun gives adgang på mindre gunstige vilkår), blive udelukket fra markedet. Vurderingen efter artikel 101, stk. 1, beror på elementer som karakteren af de fælles data, betingelserne i aftalen om datadeling og adgangskravene samt de relevante

samordning af virksomhedernes markedsadfærd, jf. dom af 4. juni 2009, T-Mobile Netherlands m.fl., C-8/08, EU:C:2009:343, præmis 59.

²⁴³ Sådanne forpligtelser kan allerede udspringe af den generelle forordning om databeskyttelse, EUT L 119 af 4.5.2016, s. 1, hvis personoplysninger indgår i udvekslingen.

²⁴⁴ Dom af 23. november 2006, Asnef-Equifax, C-238/05, EU:C:2006:734, præmis 60.

parters markedsstilling. Hvis det antages, at datapuljen ikke er tilbøjelig til at føre til hemmelig samordning, vil en eller anden form for åbent medlemskab eller adgang til datapuljen begrænse risikoen for konkurrenceskadelig afskærmning. I vurderingen bør der tages hensyn til, at de afskærmende virkninger som følge af afslag på adgang til et datalager kan være væsentlige, navnlig når markeds- og datakoncentrationen er betydelig, og hvis de lagrede data giver en betydelig konkurrencemæssig fordel i at dække ikke blot det relevante marked, men også tilstødende markeder.

6.2.5. Markedskarakteristika

443. Sandsynligheden for, at en informationsudveksling fører til hemmelig samordning eller afskærmning, afhænger af markedets karakteristika. Udvekslingerne kan også påvirke disse markedskarakteristika. Relevante markedskarakteristika i denne henseende omfatter bl.a. graden af gennemsigtighed på et marked, antallet af virksomheder, der befinder sig på markedet, forekomsten af adgangsbarrierer, at de pågældende produkter eller tjenester er ensartede ved udvekslingen, de involverede²⁴⁵ virksomheders ensartede karakter samt stabilitet i forhold til udbuds- og efterspørgselsforholdene på markedet²⁴⁶.
444. Det er lettere at nå frem til en fælles forståelse af samordningsbetingelser og kontrollere afvigelserne på et marked, hvor der kun er få virksomheder til stede. Hvis et marked er stærkt koncentreret, kan udveksling af visse oplysninger, alt efter navnlig hvilken type oplysninger der udveksles, give virksomhederne kendskab til deres konkurrenters placering på markedet og deres forretningsstrategi og dermed fordreje den rivalisering, der finder sted på markedet, og øge sandsynligheden for samordning eller lette en sådan samordning. Hvis markedet omvendt har en opsplittet karakter, kan spredning og informationsudveksling blandt konkurrenter have en neutral eller positiv virkning på markedets konkurrencemæssige karakter²⁴⁷.
445. Et marked, der er meget gennemsigtigt, kan lette hemmelig samordning ved at sætte virksomhederne i stand til at nå frem til en fælles forståelse af samordningsbetingelserne og ved at øge samordningens interne og eksterne stabilitet²⁴⁸.
446. Der er også størst sandsynlighed for hemmelig samordning, når efterspørgsels- og udbudsbetingelserne på markedet er forholdsvis stabile²⁴⁹. Svingende efterspørgsel, en betydelig intern vækst hos nogle virksomheder på markedet eller hyppig indtræden af nye virksomheder på markedet kan være tegn på, at situationen ikke er tilstrækkelig stabil, til at en samordning er sandsynlig²⁵⁰, eller kan kræve hyppigere udvekslinger for at have en indvirkning på konkurrencen.

²⁴⁵ Når virksomheder er homogene med hensyn til omkostninger, efterspørgsel, markedsandele, produktsortiment, kapacitet osv., er der større sandsynlighed for, at de kan nå frem til en fælles forståelse af samordningsbetingelserne, fordi de har samme incitamenter.

²⁴⁶ Det skal bemærkes, at dette ikke er en fuldstændig oversigt over relevante markedskarakteristika. Der kan være andre kendetegn ved markedet, som er vigtige i forbindelse med visse former for informationsudveksling.

²⁴⁷ Jf. dom af 23. november 2006, Asnef-Equifax, C-238/05, EU:C:2006:734, præmis 58 og den deri nævnte retspraksis.

²⁴⁸ Jf. også punkt 452.

²⁴⁹ Jf. dom af 27. oktober 1994, Deere mod Kommissionen, T-35/92, EU:T:1994:259, præmis 78.

²⁵⁰ Jf. Kommissionens afgørelse i sag IV/31.370 og 31.446, UK Agricultural Tractor Registration Exchange, EFT L 68 af 13.3.1992, s. 19, betragtning 51, og dom af 27. oktober 1994, Deere mod Kommissionen, T-35/92, EU:T:1994:259, præmis 78.

447. På markeder, hvor innovation er af stor betydning, kan det desuden være vanskeligere at foretage samordning, da særlig betydelig innovation kan sætte en virksomhed i stand til at opnå en større fordel frem for sine konkurrenter. For at hemmelig samordning kan være holdbar, må reaktioner fra udenforstående virksomheder, såsom nuværende og potentielle konkurrenter, der ikke deltager i samordningen, og kunder ikke kunne skade de forventede resultater af den hemmelige samordning. I denne forbindelse gør adgangsbarrierer det mere sandsynligt, at en hemmelig samordning på markedet er praktisk mulig og holdbar.

6.2.6. *Konkurrencebegrænsende formål*

448. Udveksling af oplysninger vil blive anset for at have et konkurrencebegrænsende formål, når oplysningerne er kommercielt følsomme, og udvekslingen kan fjerne usikkerhed mellem deltagerne med hensyn til tidsplanen, omfanget og detaljerne i de ændringer, der skal vedtages af de pågældende virksomheder som en del af deres adfærd på markedet²⁵¹. Når Kommissionen skal vurdere, om en udveksling har et konkurrencebegrænsende formål, vil den være særlig opmærksom på indholdet, dens formål og den retlige og økonomiske sammenhæng, hvori informationsudvekslingen indgår²⁵². I forbindelse med vurderingen af den nævnte sammenhæng skal arten af de produkter eller tjenesteydelser, der er tale om, samt hvorledes de pågældende markeder er opbygget og reelt fungerer, tages i betragtning²⁵³.
449. Ud fra eksemplerne i punkt 424 er det klart, at der ikke kræves nogen direkte sammenhæng mellem de udvekslede oplysninger og forbrugerpriserne, for at udvekslingen har et konkurrencebegrænsende formål. For at fastslå om der foreligger en overtrædelse med konkurrencebegrænsende formål, er det afgørende kriterium karakteren af kontakterne, ikke deres hyppighed²⁵⁴.

Der kan f.eks. være tale om en gruppe konkurrenter, der har udtrykt bekymring for, at deres produkter kan være underlagt stadigt skærpede miljøkrav. I forbindelse med fælles lobbyarbejde mødes de regelmæssigt og udveksler synspunkter. For at nå frem til en fælles holdning vedrørende fremtidige lovgivningsforslag udveksler de visse oplysninger om deres eksisterende produkters miljøegenskaber. Så længe der er tale om oplysninger om tidligere forhold, og de ikke giver virksomhederne mulighed for at få kendskab til konkurrenternes planlagte markedsstrategier, udgør udvekslingen ikke en begrænsning i den betydning, der anvendes i artikel 101, stk. 1.

Men når virksomhederne begynder at udveksle oplysninger om udviklingen af fremtidige produkter, er der en risiko for, at sådanne udvekslinger kan påvirke konkurrenternes adfærd på markedet. Denne udveksling kan få konkurrenter til at nå frem til en fælles forståelse om ikke at markedsføre produkter, der er mere miljøvenlige end påkrævet ved lov. En sådan koordinering påvirker parternes adfærd

²⁵¹ Dom af 8. juli 2020, Infineon Technologies mod Kommissionen, T-758/14 RENV, endnu ikke offentliggjort, EU:T:2020:307, præmis 100. Jf. også: dom af 19. marts 2015, Dole Food og Dole Fresh Fruit Europe mod Kommissionen, C-286/13 P, EU:C:2015:184, præmis 122, og dom af 4. juni 2009, T-Mobile Netherlands m.fl., C-8/08, EU:C:2009:343, præmis 41.

²⁵² Jf. f.eks. dom af 6. oktober 2009, GlaxoSmithKline, C-501/06 P, C-513/06 P, C-515/06 P og C-519/06 P, EU:C:2009:610, præmis 58, dom af 20. november 2008, BIDS, C-209/07, EU:C:2008:643, præmis 15 ff.

²⁵³ Dom af 26. september 2018, Philips og Philips France mod Kommissionen, C-98/17 P, EU:C:2018:774, præmis 35.

²⁵⁴ Dom af 7. november 2019, Campine og Campine Recycling mod Kommissionen, T-240/17, EU:T:2019:778, præmis 308.

på markedet og begrænser forbrugernes valgmuligheder og konkurrencen på grundlag af produkternes egenskaber. Det vil derfor blive betragtet som et konkurrencebegrænsende formål.

450. Informationsudveksling kan betragtes som et kartel, hvis den tager sigte på at koordinere konkurrenceadfærden eller påvirke de relevante konkurrenceparametre på markedet mellem to eller flere konkurrenter. Informationsudveksling udgør et kartel, hvis der er tale om en aftale eller samordnet praksis mellem to eller flere konkurrenter om at samordne deres konkurrencemæssige adfærd på markedet eller påvirke de relevante konkurrenceparametre gennem forskellige former for praksis, f.eks., men ikke udelukkende, fastsættelse eller koordinering af købs- eller salgspriser eller af andre forretningsbetingelser, herunder i forbindelse med immaterielle rettigheder, tildeling af produktions- eller salgskvoter, markedsdeling og fordeling af kunder, herunder tilbudskoordinering, import- eller eksportbegrænsninger eller konkurrencebegrænsende foranstaltninger over for andre konkurrenter. Informationsudveksling, der udgør karteller, indebærer en overtrædelse af artikel 101, stk. 1, men det er desuden højst usandsynligt, at de opfylder betingelserne i artikel 101, stk. 3. Informationsudveksling kan også lette gennemførelsen af et kartel ved at gøre det muligt for virksomhederne at kontrollere, om deltagerne overholder de aftalte vilkår. Disse typer informationsudveksling vil blive vurderet som en del af kartellet.

6.2.7. Konkurrencebegrænsende virkninger

451. Informationsudveksling, der ikke har et konkurrencebegrænsende formål, kan stadig have konkurrencebegrænsende virkninger.

452. Som anført i punkt 37 skal det undersøges fra sag til sag, hvilke virkninger informationsudveksling vil kunne få for konkurrencen da resultaterne af vurderingen afhænger af en kombination af forskellige sagsspecifikke faktorer. I denne vurdering vil Kommissionen sammenligne de faktiske eller potentielle virkninger, informationsudvekslingen vil få på de aktuelle markedsvilkår, med hvordan situationen ville være, hvis denne specifikke informationsudveksling ikke fandt sted²⁵⁵. For at en informationsudveksling kan have konkurrencebegrænsende virkninger som omhandlet i artikel 101, stk. 1, skal den kunne få en mærkbar negativ indvirkning på et eller flere af konkurrenceparametrene på markedet, såsom pris, produktion, produktkvalitet, produktsortiment eller innovation.

453. For at vurdere de konkurrencebegrænsende virkninger er de udvekslede oplysningers art (jf. afsnit 6.2.3), egenskaberne ved udvekslingen (jf. afsnit 6.2.4) samt markedets karakteristika (jf. afsnit 6.2.5) relevante²⁵⁶.

454. For at informationsudveksling kan få konkurrencebegrænsninger, skal de involverede virksomheder dække en tilstrækkelig stor del af det respektive marked. Ellers kan konkurrenter, der ikke deltager i udvekslingen, imødegå en hvilken som helst form for konkurrenceskadelig adfærd fra de involverede virksomheders side.

455. Hvad der skal betragtes som "en tilstrækkelig stor del af markedet" kan ikke defineres abstrakt, men vil afhænge af de særlige forhold, der gør sig gældende i hver enkelt sag, og af den pågældende type udveksling. Når informationsudveksling finder sted som led i en anden type horisontal samarbejdsaftale og ikke strækker sig

²⁵⁵ Dom af 28. maj 1998, John Deere, C-7/95 P, EU:C:1998:256, præmis 76.

²⁵⁶ Dom af 23. november 2006, Asnef-Equifax, C-238/05, EU:C:2006:734, præmis 54.

ud over det, der er nødvendigt for at gennemføre den, vil en markedsdækning under de tærskler, der er fastsat i det relevante kapitel i disse retningslinjer, den relevante gruppefritagelsesforordning²⁵⁷ eller de minimis-meddelelsen for den pågældende aftaletype, normalt ikke få konkurrencebegrænsende virkninger²⁵⁸.

456. Informationsudveksling, der kun bidrager lidt til gennemsigtigheden på et marked, vil dog i mindre grad end informationsudveksling, der øger gennemsigtigheden væsentligt, kunne få mærkbare begrænsende virkninger. Det er derfor kombinationen af både det eksisterende gennemsigtighedsniveau og den måde, hvorpå udvekslingen ændrer dette niveau, der vil være afgørende for, hvor sandsynligt det er, at informationsudvekslingen får mærkbare begrænsende virkninger. Der er større sandsynlighed for, at informationsudveksling vil kunne få mærkbare begrænsende virkninger for konkurrencen, jo snævrere oligopolerne er, og informationsudveksling inden for snævre oligopoler vil ikke kunne få sådanne begrænsende virkninger på meget fragmenterede markeder.

6.3. Vurdering efter artikel 101, stk. 3

6.3.1. Effektivitetsgevinster²⁵⁹

457. Informationsudveksling kan medføre effektivitetsgevinster afhængigt af forholdene på markedet. Virksomhederne kan f.eks. blive mere effektive, hvis de benytter bedste praksis inden for den pågældende erhvervsgren. Informationsudveksling kan også bidrage til et modstandsdygtigt marked ved at give virksomhederne mulighed for at reagere på ændringer i efterspørgslen og levere hurtigere og give dem mulighed for at afbøde interne og eksterne risici i forbindelse med afbrydelser af forsyningskæden eller sårbarheder. Det kan være til gavn for både forbrugere og virksomheder ved at give indsigt i de forskellige produkters kvalitet, f.eks. gennem offentliggørelse af lister over de mest solgte produkter eller prissammenligninger. Udveksling af oplysninger, som er offentlige i egentlig forstand, kan derfor gavne forbrugerne, fordi det kan hjælpe dem med at foretage et mere kvalificeret valg (ved at nedsætte deres søgeomkostninger). Offentlig informationsudveksling vedrørende aktuelle inputpriser kan også sænke virksomhedernes søgeomkostninger, hvilket normalt vil komme forbrugerne til gode i form af lavere slutpriser.
458. Virksomhedernes udveksling af forbrugeroplysninger på markeder med asymmetrisk information om forbrugerne kan også medføre effektivitetsgevinster. For eksempel vil opfølgning af kundernes tidligere adfærd, når det gælder ulykker eller misligholdelse af lån, give forbrugerne et incitament til at begrænse deres risikoeksponering. Det giver også mulighed for at finde ud af, hvilke forbrugere der er forbundet med en lavere risiko og bør tilbydes lavere priser. I denne forbindelse kan informationsudveksling også mindske kundebindingen og derved styrke konkurrencen. Dette skyldes, at oplysningerne normalt er specifikke for et kundeforhold, og at forbrugerne ellers ville miste fordelene ved disse oplysninger, når de skifter til en anden leverandør. Eksempler på sådanne effektivitetsgevinster findes

²⁵⁷ Hvis informationsudveksling som led i en FoU-aftale ikke strækker sig ud over det, der er nødvendigt for aftalens gennemførelse, kan den være omfattet af den legalitetsformodningen vedrørende 25 %, der er fastsat i gruppefritagelsesforordningen for FoU-aftaler. For gruppefritagelsesforordningen for specialiseringsaftaler er den relevante tærskel for legalitetsformodningen fastsat til 20 %.

²⁵⁸ Jf. afsnit 1.2.8.

²⁵⁹ Behandlingen af potentielle effektivitetsgevinster ved informationsudveksling er hverken endegyldig eller udtømmende.

i bank- og forsikringssektoren, der er kendetegnet ved hyppig informationsudveksling om forbrugernes misligholdelses- og risikoprofil.

6.3.2. *Nødvendige begrænsninger*

459. Begrænsninger, der strækker sig ud over det, der er nødvendigt for at opnå de effektivitetsgevinster, som informationsudveksling medfører, opfylder ikke betingelserne i artikel 101, stk. 3. For at opfylde den betingelsen om, at begrænsningen skal være nødvendig, skal parterne bevise, at oplysningernes art og den sammenhæng, hvori udvekslingen finder sted, ikke indebærer nogen risiko for uhæmmet konkurrence, som er nødvendig for at skabe de påståede effektivitetsgevinster. Der må heller ikke udveksles oplysninger, der strækker sig ud over de variabler, som er relevante for, at effektivitetsgevinsterne kan opnås.

Med henblik på fastlæggelse af et referencegrundlag vil udveksling af individualiserede oplysninger normalt ikke være nødvendig, fordi oplysninger, der f.eks. samles efter erhvervsgrene, også kan skabe de påståede effektivitetsgevinster og samtidig indebærer mindre risiko for hemmelig samordning.

6.3.3. *Fordele for forbrugerne*

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

6.3.4. *Ingen udelukkelse af konkurrencen*

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

6.4. **Eksempler**

Eksempel 1

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

Analyse: Medmindre det er et skjult middel til at udveksle oplysninger om fremtidige intentioner, har informationsudvekslingen ikke noget konkurrencebegrænsende formål, fordi hotellerne udveksler oplysninger om de aktuelle forhold og ikke om de planlagte fremtidige priser eller mængder. Informationsudvekslingen vil dog få konkurrencebegrænsende virkninger som omhandlet i artikel 101, stk. 1, fordi kendskab til konkurrentens faktiske, gældende priser vil kunne lette samordning af deres konkurrencemæssige adfærd. Den vil højst sandsynligt blive anvendt til at kontrollere afvigelser fra den hemmelige samordning. Informationsudvekslingen øger gennemsigtigheden på markedet, for selv om hotellerne normalt offentliggør deres listepreiser, tilbyder de også forskellige rabatter på listeprisen som følge af forhandlinger eller i tilfælde af tidlig bestilling eller gruppebestillinger osv. De yderligere oplysninger, der ikke udveksles offentligt

mellem hotellerne, er derfor kommercielt følsomme. Denne informationsudveksling vil sandsynligvis lette den hemmelige samordning på markedet, fordi parterne udgør et snævert, ukomplekst og stabilt oligopol, som er involveret i et langsigtet konkurrenceforhold (regelmæssigt samspil). Desuden er hotellernes omkostningsstruktur stort set ensartet. Endelig kan hverken forbrugerne eller nyttilkomne virksomheder på markedet imødegå de etablerede virksomheders konkurrenceskadelige adfærd, da forbrugerne har ringe køberstyrke, og adgangsbarriererne er høje. Det er usandsynligt, at parterne i dette tilfælde vil være i stand at påvise, at informationsudvekslingen medfører effektivitetsgevinster, der vil komme forbrugerne til gode i et sådant omfang, at det opvejer de konkurrencebegrænsende virkninger. Det er derfor usandsynligt, at betingelserne i artikel 101, stk. 3, kan opfyldes.

Eksempel 2

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

Analyse: Denne informationsudveksling har principielt ikke til formål at begrænse konkurrencen. Der skal derfor foretages en vurdering af dens virkninger på markedet. På grund af markedsstrukturen, det faktum, at informationsudvekslingen vedrører en stor del af selskabernes variable omkostninger, oplysningernes individualiserede form og informationsudvekslingens dækning af en stor del af det relevante marked er det sandsynligt, at informationsudvekslingen letter den hemmelige samordning og dermed får konkurrencebegrænsende virkninger som omhandlet i artikel 101, stk. 1. Det er usandsynligt, at kriterierne i artikel 101, stk. 3, er opfyldt, fordi der findes mindre restriktive midler til at opnå de påståede effektivitetsgevinster, f.eks. ved at tredjepart indsamler, anonymiserer og samler oplysningerne efter erhvervsgrene. Endelig vil selv udvekslingen af samlede oplysninger i dette tilfælde kunne gøre det lettere at foretage hemmelig samordning, da parterne udgør et snævert, ukomplekst og stabilt oligopol. Dette ville dog være meget usandsynligt, hvis informationsudvekslingen fandt sted på et ugenomsigtigt, fragmenteret, ustabil og komplekst marked.

Eksempel 3

Situation: Der er fem producenter af frisk aftappet gulerodsjuice (på flaske) på det relevante marked. Efterspørgslen efter dette produkt er meget ustabil og varierer fra sted til sted på forskellige tidspunkter. Juicen skal sælges og drikkes senest én dag efter produktionstidspunktet. Producenterne aftaler, at de vil oprette et uafhængigt markedsanalysefirma, der dagligt skal indsamle aktuelle oplysninger om usolgt juice på hvert salgssted og offentliggøre dem på sit websted den følgende uge i samlet form for hvert salgssted. De offentliggjorte statistikker giver producenterne og forhandlerne mulighed for at udarbejde en prognose over efterspørgslen og positionere produktet bedre. Inden informationsudvekslingen blev iværksat, rapporterede forhandlerne om store mængder juice, der var gået til spilde, og de aftog derfor mindre mængder fra producenterne, hvilket vil sige, at markedet ikke

fungerede effektivt. Det forekom derfor hyppigt, at efterspørgslen ikke blev imødekommet i visse perioder og i visse områder. Informationsudvekslingssystemet, som gav mulighed for bedre prognoser med hensyn til for stort og for lille udbud, betød, at der var langt færre tilfælde af manglende imødekommelse af forbrugernes efterspørgsel, og det medførte en stigning i den mængde, der blev solgt på markedet.

Analyse: Selv om markedet er ret koncentreret, og de udvekslede oplysninger er nye og af strategisk betydning, er det ikke særlig sandsynligt, at denne informationsudveksling vil lette en hemmelig samordning, fordi markedet er så ustabil. Selv om informationsudvekslingen skaber en vis risiko for konkurrencebegrænsende virkninger, vil det sandsynligvis medføre effektivitetsgevinster at afpasse udbuddet og efterspørgslen bedre og således mindske mængden af affald. Oplysningerne udveksles i offentlig og samlet form, hvilket indebærer mindre risiko for konkurrencebegrænsninger, end hvis informationsudvekslingen ikke var offentlig, eller hvis den var individualiseret. Informationsudvekslingen strækker sig derfor ikke ud over det, der er nødvendigt for at korrigere markedssvigten. Det er derfor sandsynligt, at denne informationsudveksling opfylder kriterierne i artikel 101, stk. 3.

Eksempel 4

Situation: Der findes adskillige producenter af vigtige produkter på et marked, der ofte er ramt af forsyningsmangel. For at forbedre udbuddet og øge produktionen på den mest effektive og hensigtsmæssige måde foreslår erhvervssammenslutningen, at der indsamles data og modeller for efterspørgsel og udbud for de pågældende vigtige produkter. Desuden indsamler de data med henblik på at identificere produktionskapacitet, eksisterende lagre og potentialet for at optimere forsyningskæden. Et konsulentfirma bistår sammenslutningen med at indsamle data og samle dem i en model på baggrund af indgåelse af fortrolighedsaftaler med hver enkelt producent. De samlede oplysninger føres tilbage til producenterne med henblik på at genskabe balance og tilpasning af deres respektive kapacitetsudnyttelse, produktion og udbud.

Analyse: De indsamlede oplysninger er kommercielt følsomme, og hvis de udveksles mellem producenterne, kan de fjerne usikkerhed mellem deltagerne med hensyn til tidsplanen, omfanget og detaljerne i de ændringer, der skal vedtages af de pågældende virksomheder som en del af deres adfærd på markedet. Desuden kan det medføre betydelige konkurrencemæssige ulemper for producenter, der ikke er medlem af erhvervssammenslutningen, i forhold til de virksomheder, der deltager i ordningen.

For at undgå risikoen for hemmelig samordning kan der træffes flere foranstaltninger. Hvis en udveksling af kommercielt følsomme oplysninger mellem producenterne er absolut nødvendig ud over de oplysninger, der ville blive indsamlet og delt i sammenfattet form af erhvervssammenslutningen og konsulentfirmaet (f.eks. for i fællesskab at finde frem til, hvor de bedst kan omstille produktionen eller øge kapaciteten), skal sådanne udvekslinger være strengt begrænset til, hvad der er absolut nødvendigt for effektivt at nå målene. Alle oplysninger og udvekslinger med hensyn til projektet skal være veldokumenterede for at sikre gennemsigtighed i samspillet. Deltagerne skal forpligte sig til at undgå enhver drøftelse om priser eller koordinering af andre forhold, som ikke er strengt nødvendige for at nå målene. Projektet bør også være tidsbegrænset, så udvekslingerne straks ophører, når risikoen for knaphed ikke længere er en tilstrækkelig presserende trussel til at berettige

samarbejdet. Kun konsulenten modtager de kommercielt følsomme oplysninger og har ansvaret for at samle dem. Afskærmningsproblemerne kunne afhjælpes, hvis projektet var åbent for alle fabrikanter, der producerer det pågældende produkt, uanset om de er medlem af den respektive erhvervssammenslutning.

7. STANDARDISERINGSAFTALER

7.1. Indledning

462. Standardiseringsaftaler har hovedsagelig til formål at fastlægge tekniske eller kvalitetsmæssige krav, som eksisterende eller fremtidige produkter, produktionsprocesser, due diligence-processer vedrørende værdikæden, tjenesteydelser eller metoder skal opfylde²⁶⁰. Standardiseringsaftaler kan vedrøre forskellige områder, såsom standardisering af et bestemt produkts forskellige kvaliteter eller størrelser eller tekniske specifikationer på produkt- eller tjenestemarkeder, hvor det er vigtigt, at produkterne er driftskompatible med andre produkter eller systemer. Betingelserne for adgang til et bestemt kvalitetsmærke eller for en regulerende myndigheds godkendelse kan også betragtes som en standard ligesom aftaler, der fastsætter standarder for bæredygtighed. Selv om bæredygtighedsstandarder har mange lighedspunkter med standardiseringsaftaler som beskrevet i dette kapitel, har de også karakteristika, der er atypiske for eller mindre udtalte ved disse standardiseringsaftaler. Relevant vejledning til sådanne bæredygtighedsstandarder findes derfor i kapitel 9.

463. Forberedelsen og udarbejdelsen af tekniske standarder som en del af udøvelsen af offentlige beføjelser er ikke omfattet af disse retningslinjer²⁶¹. De europæiske standardiseringsorganisationer, der er anerkendt i henhold til Europa-Parlamentets og Rådets forordning (EU) nr. 1025/2012 af 25. oktober 2012 om europæisk standardisering²⁶², er undergivet konkurrencereglerne, for så vidt de kan betragtes som en virksomhed eller en sammenslutning af virksomheder som omhandlet i artikel 101 og 102²⁶³. Standarder i forbindelse med udøvelse af et erhverv, f.eks. regler for adgang til at udøve et liberalt erhverv, er ikke omfattet af disse retningslinjer.

7.2. Relevante markeder

464. Standardiseringsaftaler kan få virkninger på fire mulige markeder, der afgrænses i overensstemmelse med Kommissionens meddelelse om markedsafgrænsning og eventuelle fremtidige retningslinjer om afgrænsning af det relevante marked i forbindelse med EU-konkurrenceretten. For det første kan udvikling af standarder påvirke det eller de produkt- eller tjenestemarked(er), som standarderne vedrører. For det andet kan det påvirke det relevante teknologimarked, hvis udviklingen af

²⁶⁰ Standardisering kan finde sted på forskellige måder lige fra anerkendte internationale, europæiske eller nationale standardiseringsorganisationers vedtagelse af nationale standarder over konsensusbaserede tekniske specifikationer udarbejdet af konsortier og fora til aftaler mellem uafhængige virksomheder.

²⁶¹ Jf. dom af 26. marts 2009, Selex Sistemi Integrati mod Kommissionen, C-113/07 P, EU:C:2009:191, præmis 92.

²⁶² Europa-Parlamentets og Rådets forordning (EU) nr. 1025/2012 af 25. oktober 2012 om europæisk standardisering, om ændring af Rådets direktiv 89/686/EØF og 93/15/EØF og Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 94/9/EF, 94/25/EF, 95/16/EF, 97/23/EF, 98/34/EF, 2004/22/EF, 2007/23/EF, 2009/23/EF og 2009/105/EF og om ophævelse af Rådets beslutning 87/95/EØF og Europa-Parlamentets og Rådets afgørelse nr. 1673/2006/EF

²⁶³ Jf. dom af 12. maj 2010, EMC Development mod Kommissionen, T-432/05, EU:T:2010:189.

standarder omfatter udvikling eller udvælgelse af teknologier, og hvis intellektuelle ejendomsrettigheder markedsføres særskilt i forhold til de produkter, de vedrører²⁶⁴. For det tredje kan standardiseringsmarkedet blive påvirket, hvis der findes forskellige standardiseringsorganisationer eller -aftaler. For det fjerde kan udvikling af standarder påvirke et eventuelt særskilt marked for afprøvning og godkendelse.

7.3. Vurdering efter artikel 101, stk. 1

7.3.1. De vigtigste konkurrenceproblemer

465. Standardiseringsaftaler har normalt betydelige positive økonomiske virkninger²⁶⁵, f.eks. ved at fremme den økonomiske integration på det indre marked og udviklingen af nye og bedre produkter eller markeder og bedre leveringsbetingelser. Standarder skærper derfor normalt konkurrencen og mindsker produktions- og salgsomkostningerne og gavner dermed økonomien som helhed. Standarder kan opretholde og forbedre kvaliteten og sikkerheden, give information og sikre driftskompatibilitet (og derved øge værdien for forbrugerne).
466. Deltagere inden for standardisering er ikke nødvendigvis konkurrenter. Udvikling af standarder kan dog under visse omstændigheder, hvis der er tale om konkurrenter, få konkurrencebegrænsende virkninger ved potentielt at begrænse priskonkurrencen eller begrænse eller kontrollere produktionen, markederne, innovationen eller den tekniske udvikling. Som nærmere forklaret nedenfor kan dette hovedsagelig ske på tre måder, nemlig ved i) mindskelse af priskonkurrencen, ii) afskærmning af markeder for innovative teknologier og iii) udelukkelse eller forskelsbehandling af visse virksomheder ved at hindre effektiv adgang til standarden.
467. For det første kan det, hvis virksomheder gennemfører konkurrencebegrænsende drøftelser som led i udviklingen af standarder, mindske eller fjerne priskonkurrencen på de berørte markeder eller begrænse eller kontrollere produktionen og dermed lette hemmelig samordning på markedet²⁶⁶.
468. For det andet kan standarder, der fastlægger detaljerede tekniske specifikationer for et produkt eller en tjenesteydelse, begrænse den tekniske udvikling og innovation. Mens der udvikles en standard, kan alternative teknologier konkurrere om at blive optaget i standarden. Når først der er udvalgt eller udviklet en teknologi, og standarden er fastsat, kan der opstå en adgangsbarriere for visse teknologier og virksomheder, som kan blive udelukket fra markedet. Desuden kan standarder, der kræver, at en bestemt teknologi udelukkende anvendes til en standard, have den virkning, at udvikling og udbredelse af andre teknologier hæmmes. Forhindring af udvikling af andre teknologier ved at forpligte medlemmerne af standardiseringsorganisationen til udelukkende at anvende en bestemt standard kan få samme virkning. Risikoen for begrænsning af innovationen øges, hvis en eller flere virksomheder uberettiget udelukkes fra standardiseringsprocessen.

²⁶⁴ Jf. kapitel 2 om FoU-aftaler samt Retningslinjer for anvendelse af EUF-traktatens artikel 101 på teknologioverførselsaftaler (EUT C 89 af 28.3.2014, s. 3, punkt 20-26) ("Retningslinjer for teknologioverførsel"), der beskæftiger sig med de aspekter af markedsafgrænsningen, der er særlig vigtige for meddelelse af licens på teknologirettigheder. Et eksempel på markedsafgrænsning i overensstemmelse med sådanne retningslinjer gives i Kommissionens afgørelse i sag AT.39985, Motorola — Enforcement of GPRS standard essential patents, betragtning 184-220.

²⁶⁵ Jf. også punkt 501.

²⁶⁶ Afhængigt af kredsen af deltagere i standardiseringsprocessen kan der forekomme begrænsninger både på udbuds- og efterspørgselssiden af markedet for det standardiserede produkt.

469. I forbindelse med standarder, der involverer intellektuelle ejendomsrettigheder²⁶⁷, kan der teoretisk set skelnes mellem tre hovedgrupper af virksomheder med forskellige interesser i udviklingen af standarder. For det første er der virksomheder, der kun opererer på markedet i det foregående omsætningsled og udelukkende udvikler og markedsfører teknologierne. Dette kan også omfatte virksomheder, der erhverver teknologier med henblik på meddelelse af licenser. Deres eneste indtægtskilde er licensindtægter, og de har incitament til at maksimere deres licensafgifter. For det andet er der virksomheder, der kun opererer på markedet i det efterfølgende omsætningsled og udelukkende fremstiller produkter eller udbyder tjenester, der er baseret på teknologier, som andre har udviklet, og som ikke er i besiddelse af relevante intellektuelle ejendomsrettigheder. Licensafgifter udgør en omkostning for dem og ikke en indtægtskilde, og de har incitament til at mindske licensafgifterne. Endelig er der integrerede virksomheder, som både udvikler teknologi, der er beskyttet af intellektuelle ejendomsrettigheder, og sælger produkter, hvortil de har brug for en licens. Disse virksomheder har blandede incitamenter. På den ene side kan de opnå licensindtægter fra deres egne intellektuelle ejendomsrettigheder. På den anden side skal de måske betale licensafgifter til andre virksomheder, som har intellektuelle ejendomsrettigheder, der er væsentlige for den relevante standard for deres egne produkter. De kunne derfor meddele krydslicens på deres væsentlige intellektuelle ejendomsrettigheder til gengæld for andre virksomheders væsentlige intellektuelle ejendomsrettigheder eller bruge deres intellektuelle ejendomsrettigheder defensivt. Desuden kan virksomhederne også anvende deres intellektuelle ejendomsrettigheder ved hjælp af andre metoder end royalties. I praksis anvender mange virksomheder en blanding af disse forretningsmodeller.
470. For det tredje kan standardisering få konkurrenceskadelige resultater ved at forhindre visse virksomheder i at få effektiv adgang til resultaterne af standardiseringsprocessen (dvs. specifikationen og/eller de intellektuelle ejendomsrettigheder, som er væsentlige for gennemførelsen af standarden). Hvis en virksomhed enten forhindres fuldstændigt i at få adgang til resultaterne af standarden eller kun får adgang på prohibitive eller diskriminerende betingelser, er der risiko for en konkurrencebegrænsende virkning. Et system, hvor potentielt relevante intellektuelle ejendomsrettigheder afsløres på forhånd, kan øge sandsynligheden for, at der gives effektiv adgang til standarden²⁶⁸, fordi det giver deltagerne mulighed for at påvise, hvilke teknologier der er omfattet af intellektuelle ejendomsrettigheder, og hvilke der ikke er. Lovgivningen om intellektuel ejendomsret og konkurrencelovgivningen har de samme målsætninger²⁶⁹, nemlig at fremme innovation og sikre effektiv tildeling af ressourcer. Intellektuelle ejendomsrettigheder fremmer dynamisk konkurrence ved at tilskynde virksomhederne til at investere i udvikling af nye eller forbedrede produkter og produktionsmetoder. Intellektuelle ejendomsrettigheder er derfor generelt konkurrencefremmende. En virksomhed kan dog i forbindelse med udviklingen af en standard også opnå kontrol over anvendelsen af den, i kraft af at den er indehaver af intellektuelle

²⁶⁷ I forbindelse med dette kapitel henviser intellektuelle ejendomsrettigheder især til patenter (bortset fra patentansøgninger, der ikke er offentliggjort). Hvis andre former for intellektuelle ejendomsrettigheder i praksis giver indehaveren af intellektuelle ejendomsrettigheder kontrol over anvendelsen af standarden, bør de samme principper anvendes.

²⁶⁸ Hvis de også ledsages af et FRAND-tilsagn. Jf. punkt 482-484.

²⁶⁹ Jf. også retningslinjerne for teknologioverførsel, punkt 7.

ejendomsrettigheder, som er væsentlige for gennemførelsen af standarden. Når standarden udgør en adgangsbarriere, kan virksomheden derfor kontrollere det produkt- eller tjenestemarked, som standarden vedrører. Dette kan igen sætte virksomhederne i stand til at udøve en konkurrenceskadelig adfærd, f.eks. ved at nægte at meddele licens på de nødvendige intellektuelle ejendomsrettigheder eller ved at forskelsbehandle eller opkræve usædvanlig høje²⁷⁰ licensafgifter og dermed forhindre effektiv adgang til standarden ("hold-up"). Den omvendte situation kan også opstå, hvis forhandlingerne af licensen trækker ud af årsager, som udelukkende kan tilskrives brugeren af standarden. Dette kan f.eks. omfatte at nægte at betale en FRAND-licensafgift eller benytte forhalingsstrategier ("hold-out").

471. Selv om etablering af en standard kan give indehavere af intellektuelle ejendomsrettigheder, som er væsentlige for standarden, markedsstyrke eller øge den markedsstyrke, de har i forvejen, kan det dog ikke antages, at det faktum, at en virksomhed er indehaver af eller udøver intellektuelle ejendomsrettigheder, som er væsentlige for en standard, er ensbetydende med, at den også har eller udøver markedsstyrke. Spørgsmålet om markedsstyrke kan kun vurderes fra sag til sag²⁷¹.

7.3.2. *Konkurrencebegrænsende formål*

472. Aftaler, der anvender en standard som led i en bredere restriktiv aftale, som tager sigte på at udelukke faktiske eller potentielle konkurrenter, har konkurrencebegrænsende formål. Under denne kategori hører f.eks. en aftale, hvorved en national producentsammenslutning fastsætter en standard og lægger pres på udenforstående for at få dem til at undlade at markedsføre produkter, der ikke opfylder denne standard, eller hvorved producenterne af det etablerede produkt foretager hemmelig samordning for at udelukke ny teknologi fra en allerede eksisterende standard²⁷².
473. Aftaler om at mindske konkurrencen ved at anvende formidling af oplysninger om de mest restriktive licensbetingelser inden vedtagelsen af en standard som et skalkeskjul for fælles fastsættelse af priserne på enten produkterne i det efterfølgende omsætningsled eller på substitutions-IPR eller -teknologi har konkurrencebegrænsende formål²⁷³.

²⁷⁰ Høje licensafgifter kan kun anses for at være for høje, hvis betingelserne for misbrug af en dominerende stilling i traktatens artikel 102 og EU-Domstolens retspraksis er opfyldt. Jf. f.eks. dom af 14. februar 1978, United Brands, sag 27/76, EU:C:1978:22.

²⁷¹ Jf. Kommissionens afgørelse i sag AT.39985 – Motorola – Håndhævelse af GPRS standard-essentielle patenter, betragtning 221-270.

²⁷² Jf. f.eks. Kommissionens beslutning i sag IV/35.691, Præisolerede rør, betragtning 147, hvor en del af overtrædelsen af artikel 101 bestod i "anvendelse af normer og standarder for at forhindre eller forsinke indførelsen af ny teknologi, der ville medføre lavere priser".

²⁷³ Dette afsnit bør ikke forhindre, at individuelle indehavere af intellektuelle ejendomsrettigheder på forhånd fremlægger de mest restriktive licensbetingelser for standard-essentielle patenter eller maksimale akkumulerede licensafgifter for alle indehavere af intellektuelle ejendomsrettigheder som beskrevet i punkt 500. Det forhindrer heller ikke patentpuljer, der er oprettet i overensstemmelse med principperne i afsnit IV.4 i retningslinjerne for teknologioverførsel, eller beslutningen om at meddele licens på intellektuelle ejendomsrettigheder, der er væsentlige for en standard, på licensafgiftsfrie betingelser som fastsat i dette kapitel.

7.3.3. Konkurrencebegrænsende virkninger

7.3.3.1. Aftaler, som normalt ikke er konkurrencebegrænsende

474. Standardiseringsaftaler, der ikke har konkurrencebegrænsende formål, skal analyseres i den retlige og økonomiske sammenhæng, hvori de indgår, herunder ved at tage hensyn til arten af de pågældende varer eller tjenesteydelser og til de pågældende markeders reelle funktion og struktur med hensyn til deres faktiske og sandsynlige indvirkning på konkurrencen. Hvis ikke der foreligger markedsstyrke²⁷⁴, kan en standardiseringsaftale ikke skabe konkurrencebegrænsende virkninger. Derfor er det højest usandsynligt, at der vil opstå konkurrencebegrænsende virkninger i en situation, hvor der er effektiv konkurrence mellem en række frivillige standarder.
475. For standardiseringsaftaler, der risikerer at skabe markedsstyrke, fastsættes det i punkt 477-483, på hvilke betingelser sådanne aftaler normalt falder uden for artikel 101, stk. 1.
476. Hvis principperne eller nogle af principperne i dette afsnit ikke er opfyldt, vil det ikke føre til en formodning om, at der foreligger en konkurrencebegrænsning som omhandlet i artikel 101, stk. 1. Det vil dog være nødvendigt at foretage en selvvrurdering for at fastslå, om aftalen falder ind under artikel 101, stk. 1, og om betingelserne i artikel 101, stk. 3, i så fald er opfyldt. I denne forbindelse erkendes det, at der findes forskellige standardiseringsmodeller, og at konkurrence inden for og mellem disse modeller er et positivt aspekt ved en markedsøkonomi. Standardiseringsorganisationer kan derfor fortsat frit indføre regler og procedurer, som ikke er i strid med konkurrencereglerne, men som er forskellige fra dem, der er beskrevet i punkt 477-483.
477. Når adgangen til at deltage i fastsættelsen af standarden er **ubegrænset**, og **proceduren** for vedtagelse af den pågældende standard er **gennemsigtig**, vil standardiseringsaftaler, som **ikke indeholder nogen forpligtelse til at opfylde**²⁷⁵ standarden og **giver tredjepart adgang** til standarden på **rimelige betingelser og uden forskelsbehandling (FRAND)**, normalt ikke begrænse konkurrencen som omhandlet i artikel 101, stk. 1.
478. For at sikre **ubegrænset deltagelse** skal standardiseringsorganisationernes regler garantere, at alle konkurrenter på markedet eller markederne, der berøres af standarden, kan deltage i den proces, der fører til udvælgelsen af standarden. Standardiseringsorganisationerne skal også have objektive procedurer, som ikke indebærer forskelsbehandling, i forbindelse med tildeling af stemmerettigheder og eventuelt objektive kriterier for udvælgelse af den teknologi, der skal medtages i standarden.
479. Hvad angår **gennemsigtighed**, bør standardiseringsorganisationen have procedurer, som giver aktørerne mulighed for i god tid at orientere sig om kommende, igangværende og afsluttet standardiseringsarbejde i god tid på hvert trin i udviklingen af standarden.
480. Desuden skal standardiseringsorganisationens regler sikre **effektiv adgang** til standarden på **rimelige betingelser og uden forskelsbehandling**²⁷⁶.

²⁷⁴ Se også kapitel 1 Indledning. Hvad angår markedsandele henvises også til punkt 498.

²⁷⁵ Jf. også punkt 490 i denne henseende.

²⁷⁶ F.eks. bør der gives effektiv adgang til specifikationen af standarden.

481. I forbindelse med en standard, der involverer intellektuelle ejendomsrettigheder, vil **en klar og afvejet politik for intellektuelle ejendomsrettigheder**²⁷⁷, **som er tilpasset efter den bestemte erhvervsgren** og den pågældende standardiseringsorganisations behov, øge sandsynligheden for, at de, der skal gennemføre standarden, vil få effektiv adgang til den (de) standard(er), som standardiseringsorganisationen har udarbejdet.
482. For at **sikre effektiv adgang** til standarden, skal politikken for intellektuelle ejendomsrettigheder også kræve, at de deltagende medlemmer (hvis de ønsker at få deres intellektuelle ejendomsrettigheder medtaget i standarden) skriftligt afgiver et bindende tilsagn om at meddele enhver tredjepart licens på deres intellektuelle ejendomsrettigheder på rimelige vilkår og uden forskelsbehandling ("FRAND-tilsagn")²⁷⁸. Dette tilsagn bør gives inden vedtagelsen af standarden. Samtidig bør politikken for intellektuelle ejendomsrettigheder tillade indehavere af intellektuelle ejendomsrettigheder at udelukke bestemt teknologi fra standardiseringsprocessen og dermed fra tilsagnet om licens, forudsat at denne udelukkelse finder sted på et tidligt tidspunkt i udviklingen af standarden. For at sikre, at FRAND-tilsagnet er effektivt, skal alle deltagende indehavere af intellektuelle ejendomsrettigheder, der afgiver et sådant tilsagn, også forpligtes til at sikre, at alle virksomheder, som indehaveren af intellektuelle ejendomsrettigheder overdrager sine intellektuelle ejendomsrettigheder til (inkl. retten til at meddele licens på de pågældende intellektuelle ejendomsrettigheder), er bundet af tilsagnet, f.eks. ved en kontraktbestemmelse mellem køber og sælger. Det skal bemærkes, at FRAND også kan omfatte licensafgiftsfrie licenser.
483. Desuden skal en politik for intellektuelle ejendomsrettigheder, at de deltagende medlemmer **giver oplysninger i god tro** om deres intellektuelle ejendomsrettigheder, som kan være væsentlige for gennemførelsen af en standard, der er under udvikling. Dette er relevant for i) at sætte industrien i stand til at foretage et kvalificeret valg af teknologi, der skal indgå i en standard²⁷⁹, og ii) at gøre det lettere at nå den tilsigtede effektive adgang til standarden. En sådan

²⁷⁷ Som anført i punkt 482 og 483. Jf. også Europa-Kommissionens meddelelse COM (2017) 712 om fastlæggelse af EU's tilgang til standard-essentielle patenter.

²⁷⁸ Jf. dom af 16. juli 2015, Huawei Technologies Co. Ltd mod ZTE Corp. og ZTE Deutschland GmbH, C-170/13, EU:C:2015:477, præmis 53: "Under disse omstændigheder, og henset til det forhold, at en forpligtelse til at udstede licenser på FRAND-vilkår skaber berettigede forventninger hos tredjepart om, at indehaveren af det standard-essentielle patent faktisk vil udstede licenser til vedkommende på sådanne vilkår, kan en indehaver af et standard-essentielt patents nægtelse af at udstede en licens på disse samme vilkår i princippet udgøre misbrug som omhandlet i artikel 102 TEUF". Jf. også Kommissionens afgørelse i sag AT.39985 — Motorola — håndhævelse af GPRS-standard-essentielle patenter, punkt 417: "I betragtning af den standardiseringsproces, der førte til vedtagelsen af GPRS-standard, og Motorolas frivillige tilsagn om at udstede licenser til Cudak SEP på FRAND-vilkår og -betingelser, har de, der gennemfører GPRS-standard, en berettiget forventning om, at Motorola vil give dem licens til dette SEP, forudsat at de ikke er uvillige til at indgå en licens på FRAND-vilkår og -betingelser".

²⁷⁹ Omvendt er der tale om "patentbaghold", når en virksomhed, der deltager i standardiseringsprocessen, bevidst skjuler det forhold, at den er indehaver af væsentlige patenter over den standard, der udvikles, og først begynder at gøre sådanne patenter gældende, efter at standarden er blevet aftalt, og andre virksomheder derfor er "fastlåst" til at anvende den. Når et "patentbaghold" forekommer under standardiseringsprocessen, undergraver dette tilliden til standardiseringsprocessen, eftersom en effektiv standardiseringsproces er en forudsætning for den tekniske udvikling og udviklingen af markedet generelt til gavn for forbrugerne. Jf. f.eks. Kommissionens beslutning af 9. december 2009 i sag COMP/38.636 — RAMBUS, EUT C 30 af 6.2.2010, s. 17.

oplysningspligt kunne bygge på løbende information, efterhånden som standarden udvikles, og på rimelige bestræbelser for at identificere de intellektuelle ejendomsrettigheder, som den potentielle standard²⁸⁰ omfatter. Med hensyn til patenter bør offentliggørelsen af intellektuelle ejendomsrettigheder som minimum omfatte patentnummeret eller patentansøgningsnummeret. Hvis disse oplysninger endnu ikke er offentligt tilgængelige, er det også tilstrækkeligt, hvis deltageren erklærer, at han sandsynligvis vil have krav til intellektuelle ejendomsrettigheder vedrørende en bestemt teknologi uden at identificere specifikke krav eller ansøgninger vedrørende intellektuelle ejendomsrettigheder (såkaldt generel offentliggørelse)²⁸¹. Bortset fra dette tilfælde vil det være mindre sandsynligt, at en generel offentliggørelse vil sætte industrien i stand til at træffe et informeret valg af teknologi og sikre effektiv adgang til standarden. Deltagerne bør også tilskyndes til at ajourføre deres oplysninger på tidspunktet for vedtagelsen af en standard, navnlig hvis der er ændringer, som kan have en indvirkning på den væsentlige karakter eller gyldighed af deres intellektuelle ejendomsrettigheder. Da der ikke foreligger de samme risici med hensyn til effektiv adgang i forbindelse med en standardiseringsorganisation med licensafgiftsfrie standarder, vil oplysning om intellektuelle ejendomsrettigheder ikke være relevant i denne forbindelse.

484. FRAND-tilsagn har til formål at sikre, at væsentlig teknologi beskyttet af intellektuelle ejendomsrettigheder, som er indarbejdet i en standard, er tilgængelig for brugere af den pågældende standard på rimelige vilkår og uden forskelsbehandling. FRAND-tilsagn kan især forhindre indehavere af intellektuelle ejendomsrettigheder i at gøre det vanskeligt at gennemføre en standard ved at afslå at meddele licens på den eller ved at forlange urimelige (eller med andre ord alt for høje) licensafgifter, efter at virksomhederne er blevet bundet af standarden, og/eller ved at udøve forskelsbehandling ved opkrævning af licensafgifter²⁸². Samtidig giver FRAND-tilsagn indehavere af intellektuelle ejendomsrettigheder mulighed for at omsætte deres teknologier til penge via FRAND-licensafgifter og opnå et rimeligt afkast af deres investering i FoU, som i sagens natur er risikofyldt. Dette kan sikre fortsatte incitamenter til at bidrage med den bedste tilgængelige teknologi til standarden.
485. Standardiseringsorganisationen skal ikke efterprøve, om deltageres licensbetingelser er FRAND, for at opfylde artikel 101²⁸³. Deltagerne skal selv vurdere, om licensbetingelserne og især deres licensafgifter er FRAND. Når deltagerne skal beslutte, om de skal afgive FRAND-tilsagn med hensyn til en bestemt intellektuel ejendomsrettighed, skal de forudse, hvad FRAND-tilsagnet indebærer, navnlig deres mulighed for frit at fastsætte deres licensafgifter

²⁸⁰ For at opnå det ønskede resultat er det ikke nødvendigt, at oplysninger givet i god tro strækker sig så vidt som til at pålægge deltagerne at sammenholde deres intellektuelle ejendomsrettigheder med den potentielle standard og afgive en erklæring om, at de ikke har nogen intellektuelle ejendomsrettigheder, som er omfattet af den potentielle standard.

²⁸¹ Deltagerne opfordres til at færdiggøre fremlæggelsen af deres oplysninger, når patentnummeret og/eller patentansøgningsnumrene bliver offentligt tilgængelige.

²⁸² Jf. også dom af 16. juli 2015, Huawei Technologies Co. Ltd mod ZTE Corp. og ZTE Deutschland GmbH, C-170/13, EU:C:2015:477, præmis 71, hvorefter et patentkrænkelsessøgsmål kan udgøre misbrug af en dominerende stilling som omhandlet i artikel 102, hvis det anlægges mod en licenstag, der har udtrykt ønske om at indgå en licensaftale på FRAND-vilkår, uden at følge de proceduremæssige skridt, som Domstolen har fastlagt i sin dom.

²⁸³ Standardiseringsorganisationer er ikke involveret i licensforhandlingerne eller de deraf følgende aftaler.

486. I tilfælde af tvister skal det ved en vurdering af, om licensafgifter for adgang til intellektuelle ejendomsrettigheder i forbindelse med standardisering er urimelige, undersøges, om licensafgifterne står i rimeligt forhold til intellektuelle ejendomsrettigheders økonomiske værdi²⁸⁴. Den økonomiske værdi af intellektuelle ejendomsrettigheder kan baseres på den aktuelle merværdi af de omfattede intellektuelle ejendomsrettigheder og bør være uafhængig af succesen på markedet for de produkter, som ikke er knyttet til den patenterede teknologi²⁸⁵. Generelt findes der forskellige vurderingsmetoder²⁸⁶, og i praksis anvendes der ofte mere end én metode for at tage højde for mangler ved en bestemt metode og krydstjekke resultatet²⁸⁷. Det kan i stedet være en mulighed at sammenligne de licensafgifter, som den pågældende virksomhed opkræver for de relevante patenter under konkurrenceforhold, før den pågældende erhvervsgren har udviklet standarden (ex ante-situationen) med licensafgifterne for det næstbedste alternativ (ex ante-situationen) eller med de licensafgifter, der opkræves, efter at erhvervsgrenen er blevet fastlåst (ex post-situationen). Dette forudsætter, at sammenligningen kan foretages på en ensartet og pålidelig måde²⁸⁸.
487. Der kunne også indhentes en uafhængig ekspertvurdering af den objektive centrale og essentielle karakter af de relevante intellektuelle ejendomsrettigheder i forhold til den pågældende standard. I givet fald kan det også være muligt at henvise til forhåndsoplysninger om licensvilkår, inklusive de individuelle eller samlede licensafgifter for de relevante intellektuelle ejendomsrettigheder, i forbindelse med en specifik standardiseringsproces. Det kan ligeledes være muligt at sammenligne licensvilkårene i aftaler mellem indehaveren af intellektuelle ejendomsrettigheder og andre aktører, der anvender den samme standard. Licensafgifterne for samme intellektuelle ejendomsrettigheder i andre tilsvarende standarder kan også give et fingerpeg om FRAND-licensafgifterne. Disse metoder forudsætter, at sammenligningen kan foretages på en konsekvent og pålidelig måde og ikke er resultatet af utilbørlig udøvelse af markedsstyrke. En anden metode består i dels at fastsætte en passende samlet værdi for alle relevante intellektuelle ejendomsrettigheder, dels den del, der kan tilskrives en bestemt indehaver af intellektuelle ejendomsrettigheder. Disse retningslinjer har ikke til formål at opstille en udtømmende liste over egnede metoder til at vurdere, om licensafgifterne er uforholdsmæssige eller diskriminerende i henhold til artikel 102.
488. Det skal dog understreges, at intet i disse retningslinjer foregriber parternes mulighed for at løse deres uoverensstemmelser om FRAND-licensafgifternes niveau via de

²⁸⁴ Jf. f.eks. dom af 14. februar 1978, *United Brands*, sag 27/76, EU:C:1978: 22, præmis 250. Jf. også dom af 16. juli 2009, *Der Grüne Punkt — Duales System Deutschland mod Kommissionen*, C-385/07 P, EU:C:2009:456, præmis 142.

²⁸⁵ Europa-Kommissionens meddelelse COM (2017) 712 om fastlæggelse af EU's tilgang til standardessentielle patenter, s. 7.

²⁸⁶ I princippet er omkostningsbaserede metoder måske ikke de bedst egnede, fordi de gør det vanskeligt at vurdere de omkostninger, der kan henføres til udviklingen af et bestemt patent eller bestemte patentgrupper, og kan forvride incitamenterne til at innovere.

²⁸⁷ De metoder, der beskrives her, er ikke udtømmende, og andre metoder, der afspejler samme ånd som de beskrevne metoder, kan anvendes til at bestemme FRAND-satserne. Jf. også Chrysoula Pentheroudakis, Justus A. Baron (2017) *Licensing Terms of Standard Essential Patents. A Comprehensive Analysis of Cases*. FFC Science for Policy Report. EUR 28302 EN; doi:10.2791/193948.

²⁸⁸ Jf. dom af 13. juli 1989, *Tournier*, C-395/87, EU:C:1989:319, præmis 38, dom af 13. juli 1989, *Lucazeau m.fl. mod SACEM m.fl.*, sag 110/88, 241/88 og 242/88, EU:C:1989:326, præmis 33.

kompetente civil- eller handelsretter eller alternative metoder til bilæggelse af tvister²⁸⁹.

7.3.3.2. Virkningsbaseret vurdering af standardiseringsaftaler

489. Ved vurderingen af hver enkelt standardiseringsaftale skal der normalt tages hensyn til standardens sandsynlige virkninger for de pågældende markeder. Ved analysen af standardiseringsaftaler skal der tages hensyn til sektorens og industriens karakteristika. Følgende betragtninger gælder for alle standardiseringsaftaler, der afviger fra principperne i stk. 477-483.

(a) Standardens frivillige karakter

490. Spørgsmålet om, hvorvidt standardiseringsaftaler kan få konkurrencebegrænsende virkninger, kan afhænge af, om standardiseringsorganisationens medlemmer fortsat frit kan udvikle alternative standarder eller produkter, der ikke opfylder den vedtagne standard²⁹⁰. Hvis f.eks. standardiseringsaftalen forpligter medlemmerne til kun at fremstille produkter i overensstemmelse med standarden, øges risikoen for en sandsynlig negativ indvirkning på konkurrencen betydeligt og kan under visse omstændigheder betyde, at der er tale om et konkurrencebegrænsende formål²⁹¹. På samme måde er det mindre sandsynligt, at standarder, der kun omfatter mindre aspekter/dele af slutproduktet, vil medføre konkurrenceproblemer end mere omfattende standarder, navnlig hvis standarden ikke omfatter væsentlige intellektuelle ejendomsrettigheder.

(b) Adgang til standarden

491. Vurderingen af, om aftalen begrænser konkurrencen, vil også lægge vægt på adgangen til standarden. Når resultatet af en standard (dvs. specificeringen af, hvordan standarden overholdes, og eventuelt de intellektuelle ejendomsrettigheder, der er væsentlige for gennemførelsen af standarden) slet ikke er tilgængelig for alle medlemmerne eller tredjepart (dvs. parter, der ikke er medlemmer af den pågældende standardiseringsorganisation), kan dette afskærme eller opdele markeder og dermed sandsynligvis begrænse konkurrencen. Konkurrencen vil sandsynligvis ligeledes blive begrænset, hvis resultatet af en standard kun er tilgængeligt for medlemmer eller tredjeparter på diskriminerende eller uforholdsmæssige vilkår. Når der er tale om flere konkurrerende standarder eller effektiv konkurrence mellem den standardiserede og den ikke-standardiserede løsning, vil en begrænsning af adgangen måske ikke få betydelige begrænsende virkninger for konkurrencen.

492. Hvad angår standardiseringsaftaler med **andre modeller for oplysning om intellektuelle ejendomsrettigheder** end de i punkt 483 nævnte, skal det vurderes fra sag til sag, om den pågældende model (f.eks. en oplysningsmodel, der ikke kræver,

²⁸⁹ Hvis begge parter er enige, kan tvister om, hvad der er FRAND-vilkår for standardessentielle patenter, også afgøres af en uafhængig tredjepart, dvs. en voldgiftsmand. Jf. f.eks. dom af 16. juli 2015, Huawei Technologies Co. Ltd mod ZTE Corp. og ZTE Deutschland GmbH, C-170/13, EU:C:2015:477, præmis 68, og Kommissionens afgørelse af 29. april 2014 i sag AT.39939, Samsung — håndhævelse af UMTS-standard-fundamentale patenter, betragtning 78.

²⁹⁰ Jf. Kommissionens beslutning i sag IV/29/151, Philips/VCR, betragtning 23: "Da der er tale om normer for fremstilling af apparater og kassetter ifølge VCR-systemet, medfører dette en forpligtelse for de pågældende virksomheder til kun at fremstille og forhandle kassetter og apparater ifølge dettes system, for hvilket Philips er licensgiver. Disse virksomheder var derefter i det tidsrum, hvori forpligtelsen var gældende, forhindret i at gå over til at fremstille eller forhandle andre videokassettesystemer ... Dette indebar en konkurrencebegrænsning som omhandlet i artikel 85, stk. 1, litra b)".

²⁹¹ Jf. Kommissionens beslutning i sag IV/29/151, Philips/VCR, betragtning 23.

men ansporer til oplysning om intellektuelle ejendomsrettigheder) sikrer effektiv adgang til standarden. Aftaler standardisering, der indeholder bestemmelser om videregivelse af oplysninger om egenskaber og merværdi ved hver enkelt intellektuel ejendomsrettighed til en standard og dermed øger gennemsigtigheden for de parter, der er involveret i udviklingen af en standard, vil i princippet ikke begrænse konkurrencen som omhandlet i artikel 101, stk. 1.

(c) Deltagelse i udviklingen af standarden

493. Hvis deltagelsen i standardiseringsprocessen er åben, vil det mindske risikoen for en sandsynlig konkurrencebegrænsende virkning, som ville have været en følge af, at visse virksomheder blev udelukket fra muligheden for at påvirke valget og udarbejdelsen af standarden²⁹².
494. Åben deltagelse kan opnås ved at give alle konkurrenter og/eller relevante interessenter på det marked, der berøres af standarden, mulighed for at deltage i udviklingen og valget af standarden. .
495. Jo større standardens sandsynlige indvirkning på markedet er, og jo bredere dens potentielle anvendelsesområde er, desto vigtigere er det at tillade lige adgang til standardiseringsprocessen.
496. I visse situationer kan en begrænsning af deltagelsen dog ikke have konkurrencebegrænsende virkninger som omhandlet i artikel 101, stk. 1, f.eks.: i) hvis der er konkurrence mellem flere standarder og standardiseringsorganisationer, ii) hvis det uden en begrænsning af deltagerne²⁹³ ikke ville have været muligt at vedtage standarden, eller en sådan vedtagelse ville have været usandsynlig²⁹⁴, eller iii) hvis begrænsningen af deltagerne er tidsbegrænset og er indført med henblik på at gøre hurtige fremskridt (f.eks. i starten af standardiseringsindsatsen), og så længe alle konkurrenter ved vigtige delmål har mulighed for at deltage for at fortsætte udviklingen af standarden.
497. I visse situationer kan de potentielle negative virkninger af begrænset deltagelse fjernes eller i hvert fald mindskes ved at sikre, at aktørerne holdes orienteret og konsulteres om det igangværende arbejde²⁹⁵. Man kan overveje anerkendte procedurer for kollektiv repræsentation af interessenter (f.eks. forbrugere). Jo mere interessenter kan påvirke den proces, der fører til udvælgelsen af standarden, og jo mere gennemsigtig proceduren for vedtagelse af standarden er, jo mere sandsynligt er det, at den vedtagne standard vil tage hensyn til alle interessenters interesser.

(d) Markedsandele

²⁹² I Kommissionens beslutning i sag IV/31.458, X/Open Group, fandt Kommissionen, at selv om de vedtagne standarder blev offentliggjort, forhindrede politikken med begrænset medlemskab ikke-medlemmer i at påvirke resultaterne af gruppens arbejde og i at få adgang til den know-how og tekniske forståelse vedrørende standarderne, som medlemmerne sandsynligvis ville opnå. I modsætning til medlemmerne kunne udenforstående virksomheder ikke gennemføre standarden, før den var vedtaget (se punkt 32). Aftalen blev derfor under disse omstændigheder anset for konkurrencebegrænsende efter artikel 101, stk. 1.

²⁹³ En sådan begrænsning kan opstå gennem udelukkelse af interessenter fra standardiseringsaftalen eller via en mere begrænset deltagerstatus.

²⁹⁴ Eller hvis vedtagelsen af standarden ville være blevet stærkt forsinket af en ineffektiv proces, kunne begrænsninger i begyndelsen blive opvejet af effektivitetsgevinster, som skulle behandles efter artikel 101, stk.3.

²⁹⁵ Jf. Kommissionens beslutning af 14. oktober 2009 i sag 39.416, Skibsklassifikation.

498. For at vurdere virkningerne af en standardiseringsaftale bør der tages hensyn til markedsandelene for de varer, tjenesteydelser eller teknologier, der er baseret på standarden. Det er måske ikke altid muligt på et tidligt tidspunkt at vurdere med en vis sikkerhed, om standarden i praksis vil blive vedtaget af en stor del af den pågældende sektor, eller om den kun vil blive anvendt af en beskedent del af den relevante sektor. I tilfælde, hvor virksomheder, der bidrager med teknologi til standarden, er vertikalt integrerede, kan de relevante markedsandele for de virksomheder, der har deltaget i udviklingen af standarden, anvendes som målestok for vurderingen af standardens sandsynlige markedsandel (da de virksomheder, der deltager i udviklingen af standarden, i de fleste tilfælde vil have en interesse i at gennemføre standarden)²⁹⁶. Da standardiseringsaftalers effektivitet ofte står i forhold til den pågældende erhvervsgrens andel i fastsættelsen og/eller anvendelsen af standarden, vil det forhold, at parterne har store markedsandele på det eller de markeder, der berøres af standarden, dog ikke nødvendigvis føre til den konklusion, at standarden sandsynligvis vil få konkurrencebegrænsende virkninger.

(e) Forskelsbehandling

499. Enhver standardiseringsaftale, der medfører en klar forskelsbehandling af deltagende eller potentielle medlemmer, kan medføre konkurrencebegrænsninger. Hvis f.eks. en standardiseringsorganisation udtrykkeligt udelukker virksomheder, der kun opererer i det foregående omsætningsled (dvs. virksomheder, som ikke er aktive på produktionsmarkedet i det efterfølgende omsætningsled), kan det medføre udelukkelse af potentielt bedre teknologier i tidligere omsætningsled.

(f) Forudgående offentliggørelse af licensafgifter

500. Standardiseringsaftaler, der omfatter bestemmelser, om at individuelle indehavere af intellektuelle ejendomsrettigheder forudgående skal fremlægge de mest restriktive licensbetingelser for standard-essentielle patenter eller en maksimal akkumuleret²⁹⁷ licensafgift for alle indehavere af intellektuelle ejendomsrettigheder, vil principielt ikke begrænse konkurrencen som omhandlet i artikel 101, stk. 1. I denne forbindelse er det vigtigt, at de parter, der deltager i udvælgelsen af en standard, underrettes fuldt ud ikke blot om de tekniske valgmuligheder og de dertil knyttede intellektuelle ejendomsrettigheder, men også om de sandsynlige omkostninger ved disse intellektuelle ejendomsrettigheder. Hvis en standardiseringsorganisations politik for intellektuelle ejendomsrettigheder pålægger indehavere af intellektuelle ejendomsrettigheder individuelt at give oplysninger om deres mest restriktive licensvilkår, herunder de maksimale licensafgifter eller de maksimale akkumulerede licensafgifter, de vil opkræve, inden standarden vedtages, vil dette normalt ikke medføre en begrænsning af konkurrencen som omhandlet i artikel 101, stk. 1²⁹⁸. Sådanne ensidige forhåndsoplysninger om de mest restriktive licensvilkår eller de maksimale akkumulerede licensafgifter ville være en måde, hvorpå

²⁹⁶ Jf. punkt 464.

²⁹⁷ For at øge gennemsigtigheden af de potentielle omkostninger ved gennemførelsen af en standard kan standardiseringsorganisationer spille en aktiv rolle med hensyn til at offentliggøre de samlede maksimale licensafgifter for standarden. I lighed med begrebet patentpulje kan indehavere af intellektuelle ejendomsrettigheder dele de samlede licensafgifter.

²⁹⁸ Tidligere ensidige eller fælles forhåndsoplysninger om de mest restriktive licensvilkår bør ikke tjene som et dække over et samarbejde til fælles prisfastsættelse enten i senere produktionsled eller af substitutions-IPR eller -teknologier, der har et konkurrencebegrænsende formål.

standardiseringsorganisationen kan træffe en velfunderet beslutning på grundlag af fordele og ulemper ved forskellige alternative teknologier.

7.4. Vurdering efter artikel 101, stk. 3

7.4.1. Effektivitetsgevinster

501. Standardiseringsaftaler skaber hyppigt betydelige effektivitetsgevinster. F.eks. kan EU-dækkende standarder lette markedsintegrationen og give virksomhederne mulighed for at markedsføre deres produkter og tjenester i samtlige medlemsstater, hvilket fører til større valgmuligheder for forbrugerne og faldende priser. Standarder, som skaber teknisk interoperabilitet og kompatibilitet, fremmer ofte konkurrencen på kvaliteten mellem teknologier fra forskellige virksomheder og bidrager til at forhindre, at kunderne bliver bundet til en bestemt udbyder. Desuden kan standarder nedbringe transaktionsomkostningerne for sælgere og købere. Standarder med hensyn til f.eks. et produkts kvalitet, sikkerhed og miljømæssige aspekter kan også lette forbrugernes valg og føre til bedre produktkvalitet. Standarder spiller også en vigtig rolle for innovation. De kan afkorte den tid, det tager at bringe en ny teknologi på markedet, og lette innovation ved at give virksomhederne mulighed for at bygge videre på de aftalte løsninger. Disse effektivitetsgevinster kan bidrage til et modstandsdygtigt indre marked.
502. For at disse effektivitetsgevinster kan realiseres i forbindelse med standardiseringsaftaler, må de nødvendige oplysninger om anvendelsen af standarden i praksis være til rådighed for de virksomheder, der ønsker at komme ind på markedet²⁹⁹.
503. Udbredelse af en standard kan forbedres gennem mærker og logoer, som bekræfter, at standarden er overholdt, og dermed skabe sikkerhed for kunderne. Aftaler om afprøvning og godkendelse strækker sig ud over det primære formål med definitionen af standarden, og vil normalt udgøre en særskilt aftale og et særskilt marked.
504. Virkningerne for innovationen skal undersøges fra sag til sag. Det anses dog for sandsynligt, at standarder, der skaber driftskompatibilitet på horisontalt plan mellem forskellige teknologiplatforme, vil medføre effektivitetsgevinster.

7.4.2. Nødvendige begrænsninger

505. Begrænsninger, der strækker sig ud over det, der er nødvendigt for at opnå de effektivitetsgevinster, som en standardiseringsaftale eller standardbetingelser kan medføre, opfylder ikke betingelserne i artikel 101, stk. 3.
506. Ved vurderingen af de enkelte standardiseringsaftaler skal der tages hensyn dels til deres sandsynlige indvirkning på de relevante markeder, dels til omfanget af de begrænsninger, der eventuelt strækker sig ud over målet om at opnå effektivitetsgevinster³⁰⁰.

²⁹⁹ Jf. Kommissionens beslutning af 15. december 1986 i sag IV/31.458, X/Open Group, betragtning 42: "Kommissionen finder, at X/Open Groups villighed til at gøre disse resultater almindeligt tilgængelige så hurtigt som muligt, er en vigtig faktor i dens beslutning om at meddele fritagelse".

³⁰⁰ I Kommissionens afgørelse i sag IV/29/151, Philips/VCR, førte overholdelsen af VCR-standarderne til udelukkelse af andre, måske bedre systemer. Denne udelukkelse var særlig alvorlig i betragtning af Philips' fremtrædende markedsstilling "... de pågældende virksomheder [blev pålagt] begrænsninger, som ikke var nødvendige for at opnå de nævnte forbedringer. VCR-systemets videokassetter ville også kunne have været

507. Alle konkurrenter på markedet eller markederne, der berøres af standarden, bør normalt have adgang til at deltage i fastsættelsen af standarden, medmindre parterne påviser, at denne deltagelse kan medføre betydelig ineffektivitet³⁰¹. Alternativt bør eventuelle konkurrencebegrænsende virkninger af begrænset deltagelse på anden måde fjernes eller mindskes³⁰². Desuden kan en begrænsning for deltagerne opvejes af effektivitetsgevinster i henhold til artikel 101, stk. 3, hvis vedtagelsen af standarden ville være blevet stærkt forsinket af en proces, der var åben for alle konkurrenter.
508. Generelt bør standardiseringsaftaler kun omfatte det, der er nødvendigt for at sikre opfyldelsen af deres målsætninger, hvad enten der er tale om teknisk interoperabilitet og kompatibilitet eller et bestemt kvalitetsniveau. I tilfælde, hvor det vil være til gavn for forbrugerne eller økonomien som helhed kun at have en enkelt teknologisk løsning, skal denne standard fastsættes uden forskelsbehandling. Teknologineutrale standarder kan under visse omstændigheder medføre større effektivitetsgevinster. Hvis man medtager substitutions-IPR³⁰³ som en væsentlig del af en standard og samtidig tvinger brugerne af standarden til at betale for flere intellektuelle ejendomsrettigheder end teknisk nødvendigt, strækker det sig ud over det, der er nødvendigt for at opnå de påviste effektivitetsgevinster. På samme måde kan indføjeelse af substitutions-IPR som en væsentlig del af en standard og begrænsning af brugen af den pågældende teknologi til denne bestemte standard (dvs. eksklusiv brug) begrænse konkurrencen inden for samme teknologi og ville ikke være nødvendig for at opnå de påviste effektivitetsgevinster.
509. Begrænsninger i en standardiseringsaftale, der gør en standard bindende og obligatorisk for den pågældende erhvervsgren, er principielt ikke nødvendige.
510. På samme måde vil standardiseringsaftaler, der giver bestemte organer eneret til at afprøve, om standarden er opfyldt, strække sig ud over det primære formål med definition af standarden og kan også begrænse konkurrencen. Eksklusivitet kan dog være berettiget i en bestemt periode, f.eks. på grund af behovet for at få dækket betydelige startomkostninger³⁰⁴. Standardiseringsaftalen skal i dette tilfælde omfatte

anvendt i apparater fremstillet af andre producenter, hvis disse blot skulle have forpligtet sig til at overholde VCR-normerne ved produktion ifølge VCR-systemet" (betragtning. 31).

³⁰¹ Jf. Kommissionens beslutning af 15. december 1986 i sag IV/31.458, X/Open Group, betragtning 45: "De af X/Open Group fastlagte mål kunne ikke nås, såfremt alle virksomheder, der er indstillet på at forfølge disse mål, havde ret til at blive medlemmer. Dette ville skabe praktiske og logistiske vanskeligheder for forvaltningen af arbejdet og måske forhindre, at relevante forslag blev gennemført." Jf. også Kommissionens beslutning i sag 39416, Skibsklassifikation, punkt 36: "tilsagnene [sikrer], at der er en hensigtsmæssig balance mellem nødvendigheden af at fastholde krævende kriterier for medlemskab samtidig med, at unødvendige hindringer for medlemskab fjernes. Med de nye kriterier er der sikkerhed for, at det kun er teknisk kompetente klassifikationsselskaber, der kan blive medlemmer af IACS, hvorved det hindres, at effektiviteten og kvaliteten af IACS' arbejde forringes som følge af for lempelige krav til deltagelse i IACS. Samtidig er de nye kriterier ikke til hinder for, at teknisk kompetente og interesserede klassifikationsselskaber kan blive medlemmer af IACS".

³⁰² Jf. punkt 477 ovenfor om sikring af, at interessenter holdes underrettet og høres om det igangværende arbejde, hvis deltagelsen begrænses.

³⁰³ Teknologi, som brugerne eller licenstagere mener, kan erstattes af en anden teknologi, på grund af teknologiernes egenskaber og anvendelsesformål.

³⁰⁴ Jf. i denne forbindelse Kommissionens beslutning af 29. november 1995 i sag IV/34.179, 34.202, 216, Dutch Cranes (SCK og FNK), betragtning 23: "Forbuddet mod at benytte virksomheder, der ikke er certificeret af SCK, ved underentreprise, begrænser de certificerede virksomheders handlefrihed. Om forbuddet kan betragtes som en hindring, begrænsning eller fordrejning af konkurrencen i henhold til artikel 85, stk. 1, skal vurderes ud fra en juridisk og økonomisk synsvinkel. Såfremt et sådant forbud er knyttet til et certificeringssystem, som er fuldstændig åbent, uafhængigt og gennemsigtigt, og som indebærer anerkendelse

tilstrækkelige sikkerhedsforanstaltninger for at begrænse en eventuel risiko for konkurrencen som følge af eksklusiviteten. Dette vedrører bl.a. godkendelsesgebyret, som skal være rimeligt og stå i rimeligt forhold til omkostningerne ved afprøvning af, om standarden er overholdt.

7.4.3. *Fordele for forbrugerne*

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

7.4.4. *Ingen udelukkelse af konkurrencen*

512. Hvorvidt en standardiseringsaftale giver parterne mulighed for at udelukke konkurrencen, afhænger af de forskellige kilder til konkurrence på markedet, hvilket konkurrencepres de kan udsætte aftaleparterne for, og hvilke virkninger aftalen vil få for dette konkurrencepres. Selv om markedsandele er relevante for denne analyse, kan de resterende faktiske konkurrencekilders størrelse ikke vurderes udelukkende på grundlag af markedsandel, undtagen i tilfælde, hvor en standard bliver en de facto industristandard³⁰⁵. I sidstnævnte tilfælde kan konkurrencen udelukkes, hvis tredjepart hindres effektiv adgang til standarden.

7.5. **Eksempler**

513. Fastsættelse af standarder, som konkurrenter ikke kan opfylde

Eksempel 1

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

Analyse: Denne standardiseringsaftale vil sandsynligvis få konkurrencebegrænsende virkninger som omhandlet i artikel 101, stk. 1, og vil ikke kunne opfylde kriterierne i artikel 101, stk. 3. Standardiseringsorganisationens medlemmer har i dette tilfælde, uden at det er objektivt begrundet, fastsat standarden på en sådan måde, at deres konkurrenters produkter, der er baseret på andre teknologiske løsninger, ikke kan opfylde den, selv om de har den samme ydeevne. Denne standard, der ikke er indgået

af andre systemers tilsvarende garantier, kan det forsvares, at forbuddet ikke har nogen begrænsende indvirkning på konkurrencen, men udelukkende tager sigte på en fuldstændig garanti af kvaliteten af de certificerede varer eller tjenesteydelser".

³⁰⁵

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

uden forskelsbehandling, vil derfor mindske eller hindre innovation og begrænse produktsortimentet. Det er usandsynligt, at den måde, standarden er udformet på, vil medføre større effektivitetsgevinster end en teknologineutral standard.

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

Eksempel 2

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

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

515. Standardiseringsaftale uden oplysning om intellektuelle ejendomsrettigheder

Eksempel 3

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

Analyse: I mange tilfælde vil en forpligtelse til oplysning om intellektuelle ejendomsrettigheder være konkurrencefremmende, fordi den vil forøge konkurrencen mellem teknologierne på forhånd. Normalt giver en sådan forpligtelse medlemmerne af en standardiseringsorganisation mulighed for at tage hensyn til de intellektuelle ejendomsrettigheder, der er omfattet af en bestemt teknologi, når de skal vælge mellem konkurrerende teknologier (eller endog eventuelt at vælge en teknologi, der ikke omfatter intellektuelle ejendomsrettigheder). De intellektuelle

ejendomsrettigheder, som en teknologi omfatter, vil også få direkte indvirkning på omkostningerne ved adgangen til standarden. I det foreliggende tilfælde ser det dog ud til, at alle tilgængelige teknologier omfatter intellektuelle ejendomsrettigheder, og endda mange intellektuelle ejendomsrettigheder. Oplysning om intellektuelle ejendomsrettigheder vil derfor ikke få den positive virkning, at medlemmerne sættes i stand til at tage hensyn til mængden af intellektuelle ejendomsrettigheder, når de vælger en teknologi, for uanset hvilken teknologi der vælges, kan det formodes, at den omfatter intellektuelle ejendomsrettigheder. Aftalen vil sandsynligvis ikke få negative virkninger for konkurrencen som omhandlet i artikel 101, stk. 1.

8. STANDARDBETINGELSER

8.1. Definitioner

516. I visse erhvervsgrene anvender virksomhederne standardbetingelser for salg eller køb, som er udarbejdet af en brancheforening eller direkte af konkurrenterne ("standardbetingelser")³⁰⁶. Sådanne standardbetingelser er omfattet af disse retningslinjer, for så vidt som de udgør standardbetingelser for salg eller køb af varer eller tjenesteydelser mellem konkurrenter og forbrugere (og ikke salgs- eller købsbetingelser mellem konkurrenter), når det gælder substitutionsprodukter. Når sådanne standardbetingelser anvendes i vid udstrækning i en erhvervsgren, kan de købs- eller salgsbetingelser, der anvendes i den pågældende erhvervsgren i praksis blive tilpasset efter hinanden³⁰⁷. Som eksempel på erhvervsgrene, hvor standardbetingelser spiller en væsentlig rolle, kan nævnes banksektoren (f.eks. kontovilkår) og forsikringssektoren.
517. Standardbetingelser, som en bestemt virksomhed selv udarbejder udelukkende til sit eget brug, når den indgår kontrakter med leverandører eller kunder, er ikke horisontale aftaler og er derfor ikke omfattet af disse retningslinjer.

8.2. Relevante markeder

518. Hvad angår standardbetingelser, mærkes virkningerne normalt på markedet i det efterfølgende omsætningsled, hvor de virksomheder, der anvender standardbetingelserne, konkurrerer om salget af deres produkt til kunderne.

8.3. Vurdering efter artikel 101, stk. 1

8.3.1. De vigtigste konkurrenceproblemer

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

³⁰⁶ Sådanne standardbetingelser omfatter måske kun meget få bestemmelser i den endelige kontrakt eller i en stor del af den.

³⁰⁷ Dette henviser til en situation, hvor (ikke retligt bindende) standardbetingelser i praksis anvendes af størstedelen af den pågældende erhvervsgren og/eller for de fleste aspekter ved produktet/tjenesteydelser og dermed fører til, at forbrugernes valgmuligheder begrænses eller endog forsvinder.

520. Desuden kan standardbetingelser, afhængigt af deres indhold, risikere at påvirke de kommercielle vilkår vedrørende det endelige produkt. Der er især alvorlig risiko for, at standardbetingelser vedrørende prisen begrænser priskonkurrencen.
521. Hvis standardbetingelserne bliver almindelig praksis inden for den pågældende erhvervsgren, kan adgangen til dem desuden være afgørende for adgangen til markedet. I sådanne tilfælde kan afslag på adgang til standardbetingelserne risikere at skabe konkurrenceskadelig afskærmning. Så længe standardbetingelserne i praksis er tilgængelige for enhver, der ønsker at få adgang til dem, er det ikke sandsynligt, at de medfører konkurrenceskadelig afskærmning.

8.3.2. *Konkurrencebegrænsende formål*

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

8.3.3. *Konkurrencebegrænsende virkninger*

524. Fastsættelse og anvendelse af standardbetingelser skal vurderes i den rette økonomiske sammenhæng og på baggrund af situationen på det relevante marked, for at det kan fastslås, om de vil kunne få konkurrencebegrænsende virkninger.
525. Så længe adgangen til deltagelse i den faktiske fastsættelse af standardbetingelserne er **ubegrænset** for konkurrenterne på det relevante marked (enten via brancheforeningen eller direkte), og de fastsatte standardbetingelser **ikke er bindende og i praksis er tilgængelige** for enhver, vil sådanne aftaler sandsynligvis ikke få konkurrencebegrænsende virkninger (med forbehold af de forbehold, der er anført i punkt 527-531).
526. Hvis der i praksis er adgang til standardbetingelser for salg af forbrugsvarer eller tjenester, og disse betingelser ikke er bindende (under forudsætning af, at de ikke påvirker priserne), vil disse betingelser normalt ikke få konkurrencebegrænsende virkninger, da det ikke er sandsynligt, at de vil få nogen negative virkninger for produkternes kvalitet, produktsortiment og/eller innovation. Der er dog to generelle undtagelser, hvor der kræves en mere indgående vurdering.
527. For det første kan standardbetingelser for salg af forbrugsvarer eller tjenester, som definerer produktets anvendelsesområde, og hvor der derfor er større risiko for, at udvalget af produkter begrænses, få konkurrencebegrænsende virkninger som omhandlet i artikel 101, stk. 1, hvis den kombinerede anvendelse af dem vil kunne medføre en faktisk tilpasning. Dette kan gøre sig gældende, hvor den udbredte anvendelse af standardbetingelserne i praksis medfører en begrænsning af innovation og produktsortiment på markedet. Det kan f.eks. være tilfældet, når standardbetingelser i forsikringsaftaler begrænser kundens valgmuligheder i praksis med hensyn til nøgleelementer i aftalen, såsom dækning af standardrisici. Selv om anvendelsen af standardbetingelser ikke er obligatorisk, kan sådanne betingelser underminere konkurrenternes incitament til at konkurrere med hensyn til produktdifferentiering. Dette kunne afhjælpes ved at give forsikringsselskaberne mulighed for også at medtage andre risici end standardrisici i deres forsikringsaftaler.

528. Ved vurderingen af, om der er risiko for, at standardbetingelserne vil kunne få konkurrencebegrænsende virkninger gennem en begrænsning af produktsortimentet, bør der tages hensyn til faktorer såsom den eksisterende konkurrence på markedet. Hvis der f.eks. er en lang række mindre konkurrenter, ser det ud til, at risikoen for begrænsning af produktsortimentet er mindre end, hvis der kun findes nogle få større konkurrenter³⁰⁸. De markedsandele, som de virksomheder, der deltager i fastsættelsen af standardbetingelserne, er i besiddelse af, kan muligvis også give et vist fingerpeg om sandsynligheden for, at standardbetingelserne vil blive anvendt, eller at de vil blive anvendt af en stor del af virksomhederne på markedet. I denne forbindelse er det dog ikke blot relevant at analysere, om det er sandsynligt, at standardbetingelserne vil blive anvendt af en stor del af virksomhederne på markedet, men også om standardbetingelserne kun omfatter en del af produktet eller hele produktet (jo mindre omfattende standardbetingelserne er, desto mindre sandsynligt er det, at de generelt vil begrænse produktsortimentet). I tilfælde, hvor det ikke er muligt at udbyde et bestemt produkt, fordi der ikke er fastsat standardbetingelser, vil der heller ikke være nogen sandsynlighed for konkurrencebegrænsninger som omhandlet i artikel 101, stk. 1. Under dette scenario vil fastsættelsen af standardbetingelser snarere øge end mindske produktsortimentet.
529. For det andet kan standardbetingelser, selv om de ikke definerer slutproduktets faktiske anvendelsesområde, være en afgørende del af transaktionen med kunden af andre årsager. Et eksempel herpå er onlineindkøb, hvor kundernes tillid er væsentlig (f.eks. ved anvendelsen af sikre betalingssystemer, en korrekt produktbeskrivelse, klare og gennemsigtige prisregler, fleksible returneringsregler osv.). Da det er vanskeligt for kunderne at foretage en klar vurdering af alle disse elementer, har de en tendens til at foretrække den mest udbredte praksis, og standardbetingelser vedrørende disse elementer kan derfor blive en de facto standard, som virksomheder og skal opfylde for at kunne sælge på markedet. Selv om disse standardbetingelser ikke er bindende, vil de blive en de facto standard, hvis virkninger ligger meget tæt på en bindende standard, og skal analyseres som en sådan.
530. Når anvendelsen af standardbetingelser er bindende, er der dog behov for en vurdering af deres virkninger for produkternes kvalitet, produktsortiment og innovation (især hvis standardbetingelserne er bindende på hele markedet).
531. Når standardbetingelserne (hvad enten de er bindende eller ej) indeholder elementer, der vil kunne få negative virkninger for priskonkurrencen (f.eks. betingelser for, hvilken type rabatter der kan gives), vil de sandsynligvis også få konkurrencebegrænsende virkninger som omhandlet i artikel 101, stk. 1.

8.4. Vurdering efter artikel 101, stk. 3

8.4.1. Effektivitetsgevinster

532. Anvendelsen af standardbetingelser kan medføre økonomiske fordele og f.eks. gøre det lettere for kunderne at sammenligne de tilbudte betingelser og dermed lettere at skifte fra den ene virksomhed til den anden. Standardbetingelser kan også medføre effektivitetsgevinster i form af besparelser med hensyn til transaktionsomkostningerne og i visse sektorer (især hvor kontrakterne har en kompliceret retlig struktur) lette markedsadgangen. Standardbetingelser kan også øge

³⁰⁸ Hvis erfaringerne med standardbetingelser på det relevante marked viser, at standardbetingelserne ikke medførte mindre konkurrence om produktdifferentiering, kan det også være tegn på, at samme type standardbetingelser for et nært beslægtet produkt ikke vil få konkurrencebegrænsende virkninger.

aftaleparternes retlige sikkerhed. Disse effektivitetsgevinster kan bidrage til et modstandsdygtigt indre marked.

533. Jo flere konkurrenter, der er på markedet, desto større er effektivitetsgevinsten ved at lette sammenligningen mellem de tilbudte betingelser.

8.4.2. *Nødvendige begrænsninger*

534. Begrænsninger, der strækker sig ud over det, der er nødvendigt for at opnå de effektivitetsgevinster, som standardbetingelser kan medføre, opfylder ikke betingelserne i artikel 101, stk. 3. Det er normalt ikke berettiget at gøre standardbetingelser bindende og obligatoriske for industrien. Muligheden for at bindende standardbetingelser i en konkret sag er nødvendige for at opnå de effektivitetsgevinster, som de medfører kan dog ikke udelukkes.

8.4.3. *Fordele for forbrugerne*

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

8.4.4. *Ingen udelukkelse af konkurrencen*

537. Standardbetingelser, der anvendes af størstedelen af industrien, kan skabe en de facto industristandard. I et sådant tilfælde kan konkurrencen udelukkes, hvis tredjeparter udelukkes fra effektiv adgang til standarden. Hvis standarden kun vedrører en begrænset del af produktet/tjenesten, er det dog ikke sandsynligt, at konkurrencen udelukkes.

8.5. **Eksempler**

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

Eksempel 1

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

af de aftaler, der indgås med slutbrugere på det relevante marked, er baseret på disse standardbetingelser.

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

539. Standardbetingelser i kontrakter mellem virksomheder

Eksempel 2

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

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

540. Standardbetingelser, som letter sammenligningen mellem forskellige virksomheders produkter

Eksempel 3

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

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

9. BÆREDYGTIGHEDSAFTALER

9.1. Indledning

541. Dette kapitel fokuserer på vurderingen af aftaler mellem konkurrenter, der forfølger et eller flere bæredygtigheds mål ("bæredygtighedsaftaler").
542. Bæredygtig udvikling er et centralt princip i traktaten om Den Europæiske Union og et prioriteret mål for Unionens politikker³⁰⁹. Kommissionen forpligtede sig til at gennemføre FN's mål for bæredygtig udvikling³¹⁰. I overensstemmelse med denne forpligtelse fastlægger den europæiske grønne pagt en vækststrategi, der har til formål at gøre EU til et retfærdigt og velstående samfund med en moderne, ressourceeffektiv og konkurrencedygtig økonomi, hvor der ikke er nogen nettoudledning af drivhusgasser fra 2050 og derefter, og hvor den økonomiske vækst er afkoblet fra ressourceforbruget³¹¹.
543. Overordnet set henviser bæredygtig udvikling til samfundets evne til at forbruge og anvende de ressourcer, der er til rådighed i dag, uden at det går ud over fremtidige generationers evne til at opfylde deres egne behov. Den omfatter aktiviteter, der understøtter økonomisk, miljømæssig og social udvikling (herunder arbejdstagerrettigheder og menneskerettigheder)³¹². Bæredygtigheds målet omfatter derfor, men er ikke begrænset til, håndtering af klimaændringer (f.eks. gennem reduktion af drivhusgasemissioner), eliminering af forurening, begrænsning af anvendelsen af naturressourcer, overholdelse af menneskerettighederne, fremme af

³⁰⁹ Artikel 3 i TEU.

³¹⁰ 2030-dagsordenen for bæredygtig udvikling, som blev vedtaget af alle FN's medlemsstater i 2015.

³¹¹ Meddelelse fra Kommissionen til Europa-Parlamentet, Det Europæiske Råd, Rådet, Det Europæiske Økonomiske og Sociale Udvalg og Regionsudvalget: Den europæiske grønne pagt COM/ 2019/ 640 final.

³¹² Jf. f.eks. FN-resolution 66/288 vedtaget af Generalforsamlingen den 27. juli 2012.

modstandsdygtig infrastruktur og innovation, reduktion af madspild, fremme af et skift til sunde og nærende fødevarer, sikring af dyrevelfærd osv.³¹³

544. Håndhævelse af konkurrencelovgivningen bidrager til en bæredygtig udvikling ved at sikre effektiv konkurrence, som fremmer innovation, øger produkternes kvalitet og udvalget, sikrer en effektiv ressourceallokering, reducerer produktionsomkostningerne og bidrager dermed til forbrugernes velfærd.
545. En bekymring i forbindelse med bæredygtig udvikling er imidlertid, at individuelle produktions- og forbrugsbeslutninger kan have negative virkninger ("negative eksternaliteter"), f.eks. for miljøet, som de erhvervsdrivende eller forbrugere, der forårsager dem, ikke tager tilstrækkeligt hensyn til. Sådanne markedssvigt kan afbødes eller afhjælpes gennem kollektive tiltag, f.eks. gennem offentlige politikker, sektorspecifikke bestemmelser eller samarbejdsaftaler mellem virksomheder, der fremmer bæredygtig produktion eller bæredygtigt forbrug.
546. Hvis markedssvigt afhjælpes ved hjælp af passende lovgivning, f.eks. obligatoriske EU-forureningsstandarder, prisfastsættelsesmekanismer såsom EU's emissionshandelssystem ("ETS") og afgifter, kan yderligere foranstaltninger fra virksomhedernes side, f.eks. i form af samarbejdsaftaler, være unødvendige. Samarbejdsaftaler kan imidlertid blive nødvendige, hvis der er tilbageværende markedssvigt, som ikke fuldt ud afhjælpes gennem offentlige politikker og bestemmelser.
547. Bæredygtighedsmål kan forfølges med forskellige typer af samarbejdsaftaler, herunder dem, der er omhandlet i de foregående kapitler i disse retningslinjer. Aftaler, der forfølger bæredygtighedsmål, er ikke en særskilt type samarbejdsaftaler. Med udtrykket "bæredygtighedsaftale", der anvendes i disse retningslinjer, henvises der generelt til enhver form for horisontal samarbejdsaftale, der reelt forfølger et eller flere bæredygtighedsmål, uanset samarbejdsformen. Hvis en bæredygtighedsaftale vedrører en form for samarbejde, der er beskrevet i et af de foregående kapitler i disse retningslinjer, vil vurderingen blive baseret på de principper og betragtninger, der er fastsat i disse kapitler, samtidig med at der tages hensyn til det specifikke bæredygtighedsmål, der forfølges.
548. Bæredygtighedsaftaler giver kun anledning til konkurrenceproblemer i henhold til artikel 101, stk. 1, hvis de medfører alvorlige konkurrencebegrænsninger i form af begrænsninger med konkurrencebegrænsende formål eller har mærkbare negative virkninger for konkurrencen i strid med artikel 101, stk. 1. Selv om bæredygtighedsaftaler er i strid med artikel 101, stk. 1, kan de stadig være berettigede i henhold til artikel 101, stk. 3, hvis de fire betingelser i denne bestemmelse er opfyldt. Kommissionens retningslinjer for anvendelsen af artikel 101, stk. 3, indeholder detaljerede retningslinjer for vurderingen af disse

³¹³ FN's 2030-dagsorden for bæredygtig udvikling fastsætter 17 mål for bæredygtig udvikling (herunder f.eks. mål 7: Sikre, at alle har adgang til pålidelig, bæredygtig og moderne energi til en overkommelig pris. Mål 9: anlægge robust infrastruktur, fremme inklusiv og bæredygtig industrialisering og understøtte innovation. Mål 13: hurtigt at træffe foranstaltninger til bekæmpelse af klimaændringer og deres virkninger og 169 delmål (herunder f.eks. delmål 9.1: Der skal udvikles pålidelig, bæredygtig og robust infrastruktur af høj kvalitet, herunder regionale og grænseoverskridende infrastruktur, for at støtte den økonomiske udvikling og menneskelig trivsel, med fokus på lige adgang for alle til en overkommelig pris. og delmål 13.1: Modstandskraft og tilpasningsevne til klimarelaterede risici og naturkatastrofer i alle lande skal styrkes).

betingelser³¹⁴. Konkurrencebegrænsende aftaler kan ikke falde uden for forbuddet i artikel 101, stk. 1, alene af den grund, at de er nødvendige for at forfølge et bæredygtighedsmål³¹⁵. Begrænsninger, der er accessoriske til en bæredygtighedsaftale, som er i overensstemmelse med artikel 101, stk. 1, vil imidlertid også falde uden for denne bestemmelses anvendelsesområde³¹⁶.

549. Dette kapitel indeholder yderligere vejledning i vurderingen af disse betingelser, navnlig ved at præcisere, hvornår bæredygtighedsfordele kan tages i betragtning som kvalitative eller kvantitative effektivitetsgevinster ved vurderingen i henhold til artikel 101, stk. 3.
550. Dette kapitel er opbygget på følgende måde: Afsnit 9.2 indeholder eksempler på bæredygtighedsaftaler, der sandsynligvis ikke vil give anledning til konkurrenceproblemer, fordi de hverken har et konkurrencebegrænsende formål eller har nogen mærkbar indvirkning på konkurrencen og derfor falder uden for anvendelsesområdet for artikel 101, stk. 1. Afsnit 9.3 indeholder vejledning om specifikke aspekter af vurderingen af bæredygtighedsaftaler i henhold til artikel 101, stk. 1, og fokuserer på de mest typiske bæredygtighedsaftaler, der fastsætter bæredygtighedsstandarder. Afsnit 9.4 fokuserer på specifikke aspekter af vurderingen af bæredygtighedsaftaler i henhold til artikel 101, stk. 3. Afsnit 9.5 omhandler konsekvenserne af de offentlige myndigheders inddragelse i indgåelsen af bæredygtighedsaftaler. Endelig indeholder afsnit 9.7 en vurdering af hypotetiske eksempler på bæredygtighedsaftaler.

9.2. Bæredygtighedsaftaler, der ikke giver anledning til konkurrenceproblemer

551. Ikke alle bæredygtighedsaftaler mellem konkurrenter falder ind under artikel 101. Når sådanne aftaler ikke påvirker konkurrenceparametre såsom pris, kvantitet, kvalitet, udvalg eller innovation, kan de ikke give anledning til problemer med konkurrencelovgivningen. Følgende eksempler er illustrative og ikke udtømmende.
552. For det første vil aftaler, der ikke vedrører konkurrenters økonomiske aktivitet, men deres interne virksomhedsadfærd, generelt falde uden for anvendelsesområdet for artikel 101. Konkurrenterne kan forsøge at øge erhvervsgrenens generelle omdømme som værende miljømæssigt ansvarlig og til dette formål blive enige om f.eks. foranstaltninger til eliminering af engangsplast i deres forretningslokaler, ikke at overskride bestemte indetemperaturer i bygninger eller at begrænse antallet af trykte materialer pr. dag.
553. For det andet vil aftaler om oprettelse af en database med oplysninger om leverandører, der har bæredygtige værdikæder, anvender bæredygtige produktionsprocesser og leverer bæredygtige input, eller distributører, der sælger produkter på en bæredygtig måde, uden at parterne forpligtes til at købe fra disse

³¹⁴ Kommissionens retningslinjer for anvendelse af traktatens artikel 81, stk. 3 ("retningslinjerne i henhold til artikel 101, stk. 3"), EUT C 101 af 27.4.2004, s. 97.

³¹⁵ Traktaten fastsætter udtrykkeligt kun undtagelser fra anvendelsen af konkurrencereglerne med det formål at udføre en tjenesteydelse af almindelig økonomisk interesse i henhold til traktatens artikel 106, stk. 2, og med henblik på at virkeliggøre den fælles landbrugspolitik mål i henhold til traktatens artikel 42. Jf. også de sager, hvor Domstolen har anerkendt, at begrænsninger, der er uløseligt forbundet med de legitime mål, der forfølges af visse erhverv, kan falde uden for forbuddet i artikel 101, stk. 1, hvis de konkurrencebegrænsende virkninger, der følger heraf, er uløseligt forbundet med forfølgelsen af disse mål (jf. dom af 19. februar 2002, Wouters m.fl., C-309/99, EU:C:2002:98, og dom af 16. juli 2006, Meca-Medina og Majcen mod Kommissionen, C-519/04 P, EU:C:2006:492).

³¹⁶ Jf. ovenfor afsnit 1.2.6.

leverandører eller sælge til disse distributører, generelt ikke give anledning til konkurrenceproblemer i henhold til artikel 101.

554. For det tredje kan aftaler mellem konkurrenter om tilrettelæggelse af oplysningskampagner for hele industrien eller kampagner, der øger kundernes bevidsthed om miljøaftrykket af deres forbrug, uden at sådanne kampagner udgør fælles reklame for bestemte produkter, generelt heller ikke give anledning til konkurrenceproblemer i henhold til artikel 101.

9.3. Vurdering af bæredygtighedsaftaler i henhold til artikel 101, stk. 1

9.3.1. Principper

555. Når bæredygtighedsaftaler påvirker et eller flere konkurrenceparametre, kan det være nødvendigt at vurdere dem i henhold til artikel 101, stk. 1.
556. Bæredygtighedsaftaler, der svarer til en af de typer af samarbejdsaftaler, der er omhandlet i de foregående kapitler i disse retningslinjer, vil blive vurderet i henhold til artikel 101, stk. 1, som beskrevet i disse kapitler. For eksempel skal en aftale mellem konkurrenter om i fællesskab at udvikle en produktionsteknologi, der reducerer energiforbruget, vurderes i henhold til principperne i kapitel 2 (FoU-aftaler). En aftale om at dele infrastruktur med henblik på at reducere en produktionsproces' miljøaftryk skal vurderes efter principperne i kapitel 3 (Produktionsaftaler).
557. En aftale mellem konkurrenter om i fællesskab at købe produkter med et begrænset miljøaftryk som input til deres produktion eller om kun at købe hos leverandører, der overholder visse bæredygtighedsprincipper, skal vurderes i overensstemmelse med principperne i kapitel 4 (Indkøbsaftaler)³¹⁷.
558. På samme måde er bæredygtighedsaftaler i form af FoU- eller specialiseringsaftaler omfattet af de respektive gruppefritagelsesforordninger, hvis betingelserne for fritagelse i disse forordninger er opfyldt.
559. Det kan tages i betragtning, at en aftale reelt forfølger et bæredygtighedsmål, når man skal afgøre, om den pågældende begrænsning har et konkurrencebegrænsende formål eller en konkurrencebegrænsende virkning som omhandlet i artikel 101, stk. 1³¹⁸.
560. Når parterne i denne forbindelse hævder, at en aftale, der synes at tilstræbe prisfastsættelse, markeds- eller kundefordeling, begrænsning af produktion eller innovation, rent faktisk forfølger et bæredygtighedsmål, skal de fremlægge alle faktiske omstændigheder og beviser, der dokumenterer, at aftalen reelt forfølger et sådant formål og ikke anvendes til at skjule et konkurrencebegrænsende formål. Hvis dokumentationen gør det muligt at fastslå, at aftalen rent faktisk forfølger et reelt bæredygtighedsmål, skal dens indvirkning på konkurrencen vurderes³¹⁹.

³¹⁷ Jf. ovenfor afsnit 4.2.3.2.

³¹⁸ For at vurdere, om en aftale mellem virksomheder er tilstrækkelig skadelig til at kunne anses for at have et "konkurrencebegrænsende formål" som omhandlet i artikel 101, stk. 1, EF, er det nødvendigt at forholde sig til indholdet af dens bestemmelser, dens formål samt til den økonomiske og retlige sammenhæng, hvori den indgår. Jf. dom af 11. september 2014, CB mod Kommissionen, C-67/13 P, EU:C:2014:2204, præmis 53.

³¹⁹ I princippet bør dokumentationen for forfølgelsen af et bæredygtighedsmål være af en sådan art, at den kan begrunde en rimelig tvivl med hensyn til aftalens konkurrencebegrænsende formål. Der bør dog

9.3.2. *Aftaler om standardisering af bæredygtighed*

9.3.2.1. Definition og karakteristika

561. For at bidrage til bæredygtig udvikling kan konkurrenter vælge at udfase, tilbagetrække eller i nogle tilfælde erstatte ikkebæredygtige produkter (f.eks. fossile brændstoffer såsom olie og kul, plast) og processer (f.eks. gasafbrænding) med bæredygtige produkter. Konkurrenter kan også aftale at harmonisere emballagematerialer for at lette genanvendelse eller harmonisere emballagestørrelser (og dermed produktindhold) for at reducere mængden af affald. Konkurrenter kan også enes om kun at købe produktionsinput, hvis de indkøbte produkter fremstilles på en bæredygtig måde. Tilsvarende kan konkurrenter blive enige om visse betingelser, der forbedrer dyrevelfærden (f.eks. aftalte standarder for at give dyrene mere plads). Med henblik herpå kan konkurrenter aftale at vedtage og overholde visse bæredygtighedsstandarder. Sådanne aftaler benævnes "aftaler om standardisering af bæredygtighed" eller "bæredygtighedsstandarder" i dette kapitel.
562. I aftaler om standardisering af bæredygtighed specificeres de krav, som producenter, forhandlere, fabrikanten, detailhandlere eller tjenesteudbydere i en forsyningskæde eventuelt skal opfylde i forbindelse med en bred vifte af bæredygtighedsparametre såsom produktionens miljøpåvirkninger³²⁰. Aftaler om standardisering af bæredygtighed indeholder normalt regler, retningslinjer eller karakteristika for produkter og produktionsmetoder for sådanne bæredygtighedsparametre og kaldes undertiden bæredygtighedssystemer. Der er ofte tale om private initiativer, og de kan spænde fra adfærdskodekser, der fastsættes ensidigt af virksomheder, til standarder, der styres af civilsamfundsorganisationer, og initiativer med mange interessenter, der involverer virksomheder i hele værdikæden³²¹. Disse retningslinjer omfatter kun bæredygtighedsstandarder, der er udarbejdet af konkurrenter, eller som konkurrenter deltager i, herunder kvalitetsmærker eller -mærker.
563. Aftaler om standardisering af bæredygtighed har ligheder med de standardiseringsaftaler, der er omhandlet i kapitel 7. De har imidlertid også atypiske eller mindre udtalte kendetegn i disse standardiseringsaftaler.
564. For det første kan vedtagelsen af en bæredygtighedsstandard ofte føre til indførelse af et grønt mærke, logo eller varemærke for produkter, der opfylder visse minimumskrav. Anvendelsen af et sådant mærke, logo eller varemærke forpligter i princippet brugerne til at overholde standarden. Disse virksomheder kan gøre brug af mærket/logoet/varemærket, så længe de opfylder bæredygtighedsbetingelserne, og de vil fortsætte retten til at bruge mærket/logoet/varemærket, når de ikke længere opfylder disse krav.
565. For det andet kan omkostningerne ved at tilslutte sig og overholde en bæredygtighedsstandard være høje, navnlig hvis der kræves ændringer i eksisterende produktions- eller handelsprocesser for at overholde bæredygtighedsstandarden. Overholdelse af en bæredygtighedsstandard kan derfor føre til en stigning i

ikke herske usikkerhed om, at man forfølger bæredygtighedsmålet. Jf. analogt dom af 30. januar 2020, Generics (UK) C-307/18, EU:C:2020:52, præmis 107.

³²⁰ Se f.eks. De Forenede Nationers forum for bæredygtighedsstandarder, <https://unfss.org/home/objective-of-unfss>.

³²¹ Se f.eks. De Forenede Nationers Konference om Handel og Udvikling, Framework for the Voluntary Sustainability Standards (VSS) Assessment Toolkit, https://unctad.org/system/files/official-document/ditctabinf2020d5_en.pdf.

produktions- eller distributionsomkostningerne og dermed til en stigning i prisen på de produkter, som parterne sælger.

566. For det tredje er spørgsmålene om interoperabilitet og kompatibilitet mellem teknologier generelt uden relevans for bæredygtighedsstandarder i modsætning til tekniske standarder, som sikrer interoperabilitet og fremmer konkurrencen mellem teknologier fra forskellige virksomheder i standardiseringsprocessen.
567. For det fjerde er mange bæredygtighedsstandarder proces-, ledelses- eller resultatbaserede. Det betyder, at bæredygtighedsstandarder i modsætning til mange tekniske standarder ofte foreskriver et mål, der skal nås, uden at der stilles krav om specifikke teknologier eller produktionsmetoder. Virksomheder, der anvender bæredygtighedsstandarder, kan forpligte sig til målet, men vil fortsat frit kunne beslutte, hvordan de vil anvende en bestemt teknologi eller produktionsproces til at nå dette mål.

9.3.2.2. De vigtigste konkurrenceproblemer

568. Aftaler om standardisering af bæredygtighed har ofte positive virkninger for konkurrencen. De bidrager til en bæredygtig udvikling og kan derfor gøre det muligt at udvikle nye produkter eller markeder, forbedre produktkvaliteten eller forbedre forsynings- eller distributionsvilkårene. Navnlig ved at give oplysninger om bæredygtighedsspørgsmål (f.eks. via mærker) sætter bæredygtighedsstandarder forbrugerne i stand til at træffe købsbeslutninger på et velinformeret grundlag og spiller derfor en rolle i udviklingen af markeder for bæredygtige produkter. Endelig kan bæredygtighedsstandarder også skabe lige vilkår for producenter, der er underlagt forskellige lovkrav.
569. Under visse omstændigheder kan bæredygtighedsstandarder dog også begrænse konkurrencen. Dette kan overordnet set ske på tre måder: gennem priskoordinering, udelukkelse af alternative standarder og udelukkelse af eller forskelsbehandling af visse konkurrenter³²².

9.3.2.3. Konkurrencebegrænsende formål

570. Bæredygtighedsstandarder, der ikke reelt forfølger et bæredygtighedsmål, men dækker prisfastsættelse, markeds- eller kundefordeling, produktionsbegrænsninger eller kvalitets- eller innovationsbegrænsninger, har til formål at begrænse konkurrencen.
571. Navnlig har en aftale mellem konkurrenter om, hvordan de øgede omkostninger, der følger af indførelsen af en bæredygtighedsstandard, kan omsættes til højere salgspriser over for deres kunder, til formål at begrænse konkurrencen. En aftale mellem parterne i bæredygtighedsstandarden om at lægge pres på tredjeparter for at få dem til at afholde sig fra at markedsføre produkter, der ikke overholder bæredygtighedsstandarden, har til formål at begrænse konkurrencen.

9.3.2.4. Konkurrencebegrænsende virkninger

(a) Blød legalitetsformodning

572. Når en aftale ikke har et konkurrencebegrænsende formål, kan den kun være i strid med artikel 101, stk. 1, hvis den har en mærkbar negativ indvirkning på konkurrencen. Aftaler om standardisering af bæredygtighed vil dog sandsynligvis

³²² Jf. punkt 467-470.

ikke få mærkbare negative virkninger for konkurrencen og vil falde uden for artikel 101, stk. 1, hvis følgende kumulative betingelser er opfyldt:

For det første er proceduren for udvikling af bæredygtighedsstandarden gennemsigtig, og alle interesserede konkurrenter kan deltage i den proces, der fører til udvælgelsen af standarden³²³.

For det andet bør bæredygtighedsstandarden ikke pålægge virksomheder, der ikke ønsker at deltage i standarden, en forpligtelse — hverken direkte eller indirekte — til at overholde standarden³²⁴.

For det tredje bør de deltagende virksomheder frit kunne indføre en højere bæredygtighedsstandard end den, der er aftalt med de øvrige aftaleparter (f.eks. kan de beslutte at anvende flere bæredygtige ingredienser i deres endelige produkt, end standarden måtte foreskrive).

For det fjerde bør parterne i bæredygtighedsstandarden ikke udveksle kommercielt følsomme oplysninger, som ikke er nødvendige for udviklingen, vedtagelsen eller ændringen af standarden.

For det femte bør der sikres effektiv og ikke-diskriminerende adgang til resultatet af standardiseringsproceduren. Dette bør omfatte effektiv og ikke-diskriminerende adgang til kravene og betingelserne for at opnå det aftalte mærke eller for vedtagelse af standarden på et senere tidspunkt for virksomheder, der ikke har deltaget i standardiseringsprocessen.

For det sjette bør bæredygtighedsstandarden ikke føre til en væsentlig prisstigning eller til en betydelig reduktion i udvalget af produkter, der er tilgængelige på markedet³²⁵.

For det syvende bør der indføres en mekanisme eller et overvågningssystem for at sikre, at virksomheder, der vedtager bæredygtighedsstandarden, rent faktisk overholder kravene i standarden.

573. Disse betingelser sikrer, at bæredygtighedsstandarden ikke udelukker innovative alternative standarder eller udelukker eller forskelsbehandler andre virksomheder og sikrer effektiv adgang til standarden. Betingelsen om ikke at udveksle unødvendige kommercielt følsomme oplysninger sikrer, at standardiseringsproceduren ikke anvendes til at lette ulovlig samordning eller begrænse konkurrencen mellem parterne. Som anført i punkt 565 ovenfor kan bæredygtighedsstandarder ofte føre til prisstigninger. Men hvis standarden vedtages af virksomheder, der repræsenterer en betydelig del af markedet, kan der opnås betydelige stordriftsfordele, som giver virksomhederne mulighed for at bevare det tidligere prisniveau eller kun at gennemføre en ubetydelig prisstigning.

³²³ Jf. punkt 479.

³²⁴ Med andre ord bør virksomheder i sektoren, der ikke ønsker at overholde standarden, forblive frie og ikke hindres i fortsat at forsyne markedet og forbrugerne med produkter, der opfylder lovkravene, men som ikke opfylder de yderligere krav, der følger af den nye bæredygtighedsstandard.

³²⁵ Konkurrencepolitikken vedrører prisstigninger, der skyldes en konkurrencebegrænsning, og ikke prisstigninger, der blot afspejler en forbedring af produkternes kvalitet. I praksis er det imidlertid meget vanskeligt at skelne mellem prisstigninger, der udelukkende skyldes kvalitetsforbedringer, og prisstigninger, som også skyldes konkurrencebegrænsningen. Hvis prisforhøjelsen eller kvalitetsnedsættelsen er betydelig, skal virkningerne af aftalen derfor vurderes.

574. Manglende overholdelse af en eller flere af disse betingelser skaber ikke en formodning om, at aftalen begrænser konkurrencen som omhandlet i artikel 101, stk. 1. Men hvis nogle af disse betingelser ikke er opfyldt, vil det navnlig være nødvendigt at vurdere, om og i hvilket omfang aftalen sandsynligvis vil — eller faktisk vil — have en mærkbar negativ indvirkning på konkurrencen. Der findes forskellige modeller for standardiseringsindsatsen, og virksomhederne kan derfor frit indføre regler og procedurer, der ikke er i strid med konkurrencereglerne, men som er forskellige fra dem, der er beskrevet i punkt 572 ovenfor.

(b) Nødvendigheden af at vurdere aftalens konsekvenser

575. For at vurdere virkningerne af en bæredygtighedsstandard bør der tages hensyn til markedsdækningen for de varer, tjenesteydelser eller teknologier, der er baseret på standarden. Bæredygtighedsstandarter kan savne mærkbare konkurrencebegrænsende virkninger, fordi der er tilstrækkelig konkurrence fra alternative bæredygtighedsmærker/-standarter og/eller fra produkter, der fremstilles og distribueres konventionelt (dvs. uden for mærkerne/standarterne). Den pågældende aftales markedsdækning kan være utilstrækkelig til at fordreje konkurrencen mærkbart på grund af den faktiske konkurrence fra alternative mærker og/eller produkter, der fremstilles og distribueres konventionelt. Selv om aftalens markedsdækning er betydelig, kan den begrænsende virkning af den potentielle konkurrence stadig være tilstrækkelig, navnlig i tilfælde, hvor bæredygtighedsaftalen er begrænset til etablering af et mærke, hvilket giver de deltagende virksomheder frihed til også at operere uden for mærket. Hvis dette er tilfældet, vil forbrugerne kunne vælge at købe produkter, der er forsynet med mærket, eller produkter, der eventuelt er fremstillet af de samme virksomheder, og som ikke overholder mærket, og konkurrencen vil derfor sandsynligvis ikke blive begrænset³²⁶. I tilfælde, hvor en standardiseringsaftale sandsynligvis vil føre til en betydelig prisstigning eller reduktion i produktion, produktsortiment, kvalitet eller innovation, kan aftaleparterne søge at påberåbe sig artikel 101, stk. 3.

9.4. Vurdering af bæredygtighedsaftaler i henhold til artikel 101, stk. 3

576. Enhver bæredygtighedsaftale, der er i strid med artikel 101, stk. 1, kan fritages i henhold til artikel 101, stk. 3, hvis aftaleparterne godtgør, at de fire kumulative betingelser i denne bestemmelse er opfyldt.

9.4.1. Effektivitetsgevinster

577. Den første betingelse i artikel 101, stk. 3, kræver, at den pågældende aftale bidrager til at forbedre produktionen eller distributionen af varerne eller bidrager til at fremme den tekniske eller økonomiske udvikling. Den kræver i det væsentlige, at aftalen bidrager til objektive effektivitetsgevinster, forstået bredt, således at den ikke blot omfatter reduktioner i produktions- og distributionsomkostningerne, men også et øget produktsortiment og forbedret produktkvalitet, forbedringer i produktions- eller distributionsprocesserne og øget innovation³²⁷. Den giver derfor mulighed for at tage

³²⁶ Aftaler mellem konkurrenter, der ikke har konkurrencebegrænsende formål, kan også være omfattet af legalitetsformodningen i de minimis-meddelelsen, forudsat at aftaleparternes samlede markedsandel ikke overstiger 10 % på nogen af de relevante markeder, der berøres af aftalen, hvis aftalen indgås mellem konkurrenter. Jf. Kommissionens meddelelse om statsstøttebegrebet som omhandlet i artikel 101, stk. 1, i traktaten om Den Europæiske Unions funktionsmåde (de minimis-meddelelsen), EUT C 291 af 30.8.2014, s. 13.

³²⁷ Jf. også punkt 48-72 i retningslinjerne efter EF-traktatens artikel 101, stk. 3.

hensyn til et bredt spektrum af bæredygtighedsfordele som følge af anvendelsen af specifikke ingredienser, teknologier og produktionsprocesser som effektivitetsgevinster.

578. F.eks. kan bæredygtighedsaftaler skabe effektivitet, såsom anvendelse af renere produktions- eller distributionsteknologier, mindre forurening, forbedrede produktions- og distributionsbetingelser, mere modstandsdygtig infrastruktur eller forsyningskæder, produkter af bedre kvalitet osv. De kan også undgå forstyrrelser i forsyningskæden, reducere den tid, det tager at få bæredygtige produkter på markedet, og bidrage til at forbedre forbrugernes valgmuligheder ved at gøre det lettere at sammenligne produkter. Disse effektivitetsgevinster kan bidrage til et modstandsdygtigt indre marked.
579. Disse effektivitetsgevinster skal dokumenteres, og det kan ikke uden videre antages, at de forekommer³²⁸. De skal også være objektive, konkrete og kontrollerbare. Hvis den påståede effektivitet f.eks. består i produktforbedring, skal parterne påvise de nøjagtige karakteristika ved produktforbedringen. Hvis den påberåbte fordel f.eks. er reduktion af vandforurening, skal parterne forklare, hvordan aftalen præcist bidrager til at reducere vandforureningen, og give et skøn over størrelsen af den påståede fordel³²⁹.

9.4.2. *Nødvendige begrænsninger*

580. I forbindelse med disse retningslinjer er det hensigtsmæssigt at behandle den tredje betingelse i artikel 101, stk. 3, dvs. betingelsen om nødvendighed, før den anden betingelse, dvs. betingelsen om en rimelig andel til forbrugeren. Årsagen hertil er, at analysen af forbrugernes rimelige andel ikke bør omfatte virkningerne af begrænsninger, der ikke opfylder nødvendighedsbetingelsen, og som derfor er forbudt i henhold til artikel 101³³⁰.
581. I henhold til den tredje betingelse i artikel 101, stk. 3, må den konkurrencebegrænsende aftale ikke pålægge begrænsninger, der ikke er nødvendige for at opnå de fordele, som aftalen medfører. For at opfylde denne betingelse skal aftaleparterne godtgøre, at deres aftale som sådan og hver af de konkurrencebegrænsninger, den medfører, med rimelighed er nødvendige for, at de påståede bæredygtighedsfordele kan realiseres, og at der ikke findes andre økonomisk gennemførlige og mindre restriktive midler til at opnå dem³³¹.
582. I princippet bør de enkelte virksomheder selv beslutte, hvordan de vil opnå bæredygtighedsfordele, og i det omfang forbrugerne værdsætter disse fordele, vil markedet belønne gode beslutninger og straffe dårlige beslutninger. Når der er efterspørgsel efter bæredygtige produkter, er samarbejdsaftaler ikke nødvendige for at opnå selve fordelene ved bæredygtighed. De kan dog også være helt nødvendige for at nå bæredygtighedsmålet på en mere omkostningseffektiv måde.
583. I den offentlige politik og lovgivningen tages der ofte højde for negative eksternaliteter. De har typisk til formål at gøre dette ved at indføre regler, der kræver

³²⁸ Jf. også punkt 50-58 i retningslinjerne efter EF-traktatens artikel 101, stk. 3.

³²⁹ Jf. f.eks., Kommissionens henstilling (EU) 2021/2279 af 15. december 2021 om anvendelsen af miljøaftryksmetoderne til at måle og formidle produkters og organisationers miljøpræstationer over hele deres livscyklus, EUT L 471 af 30.12.2021, s. 1.

³³⁰ Jf. navnlig punkt 39 i retningslinjerne efter EF-traktatens artikel 101, stk. 3.

³³¹ Jf. navnlig punkt 73-82 i retningslinjerne efter EF-traktatens artikel 101, stk. 3.

kollektive søgsmål, som sikrer effektive markedsresultater, der tager højde for de enkelte foranstaltningers bæredygtighedsmæssige konsekvenser³³². Hvis EU-retten eller national lovgivning kræver, at virksomheder overholder konkrete bæredygtighedsmål, kan samarbejdsaftaler og de begrænsninger, de kan medføre, derfor ikke anses for at være nødvendige for at nå målet. Dette skyldes, at lovgiveren allerede har besluttet, at hver enkelt virksomhed er forpligtet til at nå målet³³³. Under sådanne omstændigheder kan samarbejdsaftaler kun være nødvendige for at nå målet på en mere omkostningseffektiv måde.

584. Der kan være andre tilfælde, hvor der på grund af markedssvigt ikke kan opnås bæredygtighedsfordele, hvis det overlades til markeds kræfternes frie spil, eller de kan opnås mere omkostningseffektivt, hvis virksomhederne samarbejder. En bæredygtighedsaftale kan f.eks. være nødvendig for at undgå snylteri på de investeringer, der er nødvendige for at fremme et bæredygtigt produkt og for at uddanne forbrugerne (overvindelse af de såkaldte "frontløber-ulemper").
585. I den forbindelse kan en konkurrencebegrænsende aftale også være nødvendig for at opnå stordriftsfordele, navnlig for at nå op på en tilstrækkelig størrelse til at dække de faste omkostninger ved oprettelse, drift og overvågning af mærket. Konkurrencebegrænsninger kan også være nødvendige for at få parternes incitamenter afstemt med hinanden og sikre, at de koncentrerer sig om aftalens gennemførelse³³⁴. Hvis aftalen forpligter parterne til ikke at operere uden for mærket eller standarden, skal parterne bevise, hvorfor det ikke vil være tilstrækkeligt blot at indføre et mærke eller en standard til at opnå effektivitetsgevinsterne. Normalt er det tilstrækkeligt, at aftalen definerer bæredygtighedsstandard som en fælles minimumsstandard, hvilket giver de deltagende virksomheder mulighed for individuelt at anvende en højere bæredygtighedsstandard end den i fællesskab aftalte standard.
586. En aftale kan også være nødvendig i tilfælde, hvor parterne kan påvise, at forbrugerne på det relevante marked finder det vanskeligt, f.eks. på grund af utilstrækkelig viden eller information om selve produktet eller konsekvenserne af dets anvendelse, objektivt at afveje de fremtidige fordele, de opnår ved en aftale, mod den umiddelbare skade, de lider som følge af den samme aftale, og derfor overvurderer betydningen af den umiddelbare virkning. For eksempel er forbrugerne måske ikke i stand til at vurdere fremtidige fordele i form af forbedret kvalitet og innovation, hvis den umiddelbare virkning er en prisstigning på produktet.
587. Som hovedregel bør de forpligtelser, der følger af bæredygtighedsaftaler, ikke gå ud over, hvad der er nødvendigt for at nå aftalens mål.

9.4.3. *Fordele for forbrugerne*

588. Den anden betingelse i artikel 101, stk. 3, kræver, at forbrugerne sikres en rimelig andel af de påståede fordele. Begrebet "forbruger" omfatter alle direkte eller

³³² For eksempel forfølger miljølovgivningen dette gennem skatter, forbud eller subsidier.

³³³ Hvis virksomhederne er bundet af en lofts- og handelsordning, som f.eks. EU ETS-systemet, må det tages i betragtning, at enhver reduktion af forureningen og tilsvarende fald i anvendelsen af emissionskvoter fra en given virksomhed eller sektor vil frigøre disse kvoter, hvilket medfører en nettovirkning på forureningen på nul, hvis der ikke sker en reduktion af emissionskvoter (vandsengeffekten).

³³⁴ Jf. navnlig punkt 80 i retningslinjerne efter EF-traktatens artikel 101, stk. 3.

indirekte brugere af de produkter, der er omfattet af aftalen³³⁵. Forbrugerne sikres en rimelig andel af fordelene, når fordelene ved aftalen opvejer den skade, der forårsages af den samme aftale, således at den samlede virkning for forbrugerne på det relevante marked i det mindste er neutral³³⁶. Derfor skal de bæredygtighedsfordele, der følger af aftalerne, have en sammenhæng med forbrugerne af de produkter, der er omfattet af disse aftaler.

589. I mange tilfælde kan det være indlysende, enten at fordelene ved bæredygtighed ikke vedrører forbrugerne på det relevante marked, eller at de ikke vil være betydelige nok til at kompensere for skaden på det relevante marked. Omvendt kan der være tilfælde, hvor den konkurrencemæssige skade tydeligvis er ubetydelig i forhold til de potentielle fordele, hvilket gør det overflødigt at foretage en detaljeret vurdering. Der kan dog også være tilfælde, hvor en detaljeret vurdering ikke kan undgås.

9.4.3.1. Individuelle fordele i form af brugsværdi

590. Fordelene for forbrugerne er typisk forbundet med forbruget eller anvendelsen af de produkter, der er omfattet af den aftale, der vurderes. Disse fordele kan tage form af forbedret produktkvalitet eller et større produktsortiment som følge af kvalitative effektivitetsgevinster eller i form af prisfald som følge af omkostningseffektivitet. Sådanne fordele kan også være en følge af forbruget af et bæredygtigt produkt på samme måde som forbruget af ethvert andet produkt. Disse fordele kan betegnes som "individuelle fordele i form af brugsværdi", da de er et resultat af anvendelsen af produktet og direkte forbedrer forbrugernes oplevelse med det pågældende produkt.
591. For eksempel kan indtaget af grøntsager, der dyrkes ved hjælp af økologiske gødningsstoffer, have en bedre smag og/eller være sundere for forbrugerne end grøntsager, der produceres med ikke-økologiske gødningsstoffer. På samme måde kan udskiftning af plast med mere holdbare materialer i en række produkter øge de pågældende produkters levetid. Under disse omstændigheder har forbrugerne glæde af en højere kvalitet, blot fordi de forbruger det pågældende produkt. Der er tale om typiske kvalitative effektivitetsgevinster, der kan opstå som følge af en konkurrencebegrænsende aftale, og som kan opveje den skade, der forårsages af prisstigningen (som følge af den aftalte brug af dyrere bæredygtige materialer) eller det reducerede udvalg (som følge af den aftalte manglende anvendelse af et ikke-bæredygtigt produkt). Hvis fordelene er betydelige nok til at opveje den skade, der forårsages af prisforhøjelsen eller det reducerede udvalg, vil de kompensere de forbrugere, der har lidt skade som følge af den samme aftale, og vil således opfylde den anden betingelse i artikel 101, stk. 3.
592. I ovennævnte eksempler kan de pågældende aftaler sammen med fordelene ved den individuelle anvendelse ledsages af positive virkninger, som er eksterne i forhold til forbrugerne (positive eksternaliteter). Positive eksternaliteter forekommer, når negative eksternaliteter såsom forurening, jorderosion osv. reduceres. Disse positive eksternaliteter, som samfundet kan have i dag eller i fremtiden, havde måske ikke været mulige uden den pågældende konkurrencebegrænsende aftale. Disse positive

³³⁵ Dette omfatter producenter, der anvender produkterne som input, grossister, detailhandlere og endelige forbrugere, dvs. fysiske personer, der handler med formål, der kan anses for at ligge uden for deres erhverv.

³³⁶ Jf. punkt 85 i retningslinjerne, jf. også dom af 23. november 2006, Asnef-Equifax, C-238/05, EU:C:2006:734, præmis 72.

eksternaliteter adskiller sig fra forbrugernes individuelle fordele i form af brugsværdi på det relevante marked (jf. afsnit 9.4.3.3).

593. Aftaler, der har til formål at reducere emballagen, kan også reducere produktions- og distributionsomkostningerne og i sidste ende produktets pris. For eksempel kan en aftale mellem konkurrenter om at levere koncentreret flydende vaskemiddel i mindre flasker reducere omkostningerne til materialer, transport og oplagring. Tilsvarende kan aftaler, der har til formål at dele infrastruktur eller distributionstransporttjenester med konkurrenter, reducere parternes omkostninger og dermed den endelige produktpris. Skaden ved sådanne aftaler kan faktisk bestå i færre valgmuligheder for forbrugerne, men fordelene ved den lavere pris kan opveje den skade, der opstår som følge af den begrænsede valgfrihed eller endog den forringede kvalitet af tjenesteydelserne eller produkterne³³⁷. De samme aftaler kan også have positive eksternaliteter i form af en reduceret negativ indvirkning på miljøet (jf. afsnit 9.4.3.3 nedenfor).

9.4.3.2. Individuelle fordele i form af ikke-brugsværdi

594. Forbrugernes fordele ved bæredygtighedsaftaler omfatter måske kun direkte fordele ved anvendelsen af et bæredygtigt produkt, men også indirekte fordele som følge af forbrugernes værdsættelse af deres bæredygtige forbrugs indvirkning på andre. Navnlig kan nogle forbrugere værdsætte deres forbrug af et bæredygtigt produkt mere end forbruget af et ikke-bæredygtigt produkt, fordi det bæredygtige produkt har mindre negativ indvirkning på andre end det ikke-bæredygtige produkt.
595. Forbrugerne kan f.eks. vælge et bestemt flydende vaskemiddel, ikke fordi det vasker renere, men fordi det forurener vandet mindre. På samme måde kan forbrugerne være parate til at betale en højere pris for møbler fremstillet af træ, der dyrkes og høstes bæredygtigt, ikke på grund af møblernes bedre kvalitet, men fordi forbrugerne ønsker at standse skovrydning og tab af naturlige levesteder. På samme måde kan bilisterne vælge at anvende dyrere brændstof, ikke fordi det er af højere kvalitet og bedre for deres køretøjer, men fordi det forurener mindre.
596. Under disse omstændigheder forbedres forbrugernes erfaringer med brugen af produktet ikke direkte. Ikke desto mindre er forbrugerne parate til at betale en højere pris for et bæredygtigt produkt eller begrænse deres forbrugsvalg ved ikke at anvende en ikke-bæredygtig variant af produktet, således at samfundet eller fremtidige generationer kan drage fordel af det. Forbrugerne på det relevante marked opnår således individuelle fordele i form af ikke-brugsværdi via deres personlige/individuelle vurdering af virkningen på andre, herunder ikke-brugere uden for det relevante marked.
597. Forbrugere, der er parate til at betale mere for sådanne produkter, opfatter dem som værende af højere kvalitet, netop på grund af de fordele, de medfører for andre. Ud fra et økonomisk synspunkt adskiller sådanne indirekte kvalitative fordele sig derfor ikke fra de sædvanlige kvalitetsforøgende fordele, der øger den direkte brugsværdi af anvendelsen af et produkt, jf. afsnit 9.4.3.1. Sådanne individuelle fordele i form af ikke-brugsværdi kan måles ved at undersøge forbrugernes villighed til at betale, f.eks. gennem kundeundersøgelser.

³³⁷ Reduktioner i marginale eller variable omkostninger er mere tilbøjelige til at være relevante for vurderingen af effektivitetsgevinster end reduktioner af de faste omkostninger. De førstnævnte er i princippet mere tilbøjelige til at føre til lavere priser for forbrugerne.

598. Der kan være en forskel mellem, hvad forbrugerne angiver som deres præferencer, og hvad deres købsadfærd antyder som værende deres præferencer. Dette kan tyde på, at de angivne præferencer overvurderer eller tværtimod undervurderer de reelle præferencer. For at afbøde sådanne skævheder i forbindelse med hypotetiske valg i undersøgelser skal undersøgelserne opstille en nyttig og hensigtsmæssig kontekst. Desuden kan man i de stillede spørgsmål være nødt til at tage hensyn til samfundsmæssige normer, forbrugernes viden og vaner eller forventninger til andres adfærd.
599. Mere generelt skal aftaleparterne for at løfte deres bevisbyrde i henhold til artikel 101, stk. 3, fremlægge overbevisende dokumentation for forbrugernes faktiske præferencer. Aftaleparterne bør undgå at påføre forbrugerne deres egne præferencer.
600. Ved vurderingen af forbrugernes villighed til at betale er det ikke nødvendigt at vurdere hver enkelt forbrugers vilje på det relevante marked. Med henblik på undersøgelsen er det tilstrækkeligt, at vurderingen er baseret på et repræsentativt udsnit af alle forbrugere på det relevante marked³³⁸.

9.4.3.3. Kollektive fordele

601. Afsnit 9.4.3.2 omhandler individuelle fordele i form af ikke-brugsværdi, som er begrænset til individuelle forbrugeres frivillige (altruistiske) valg. Det er imidlertid ikke alle negative eksternaliteter, der kan afhjælpes gennem frivillige, individuelle foranstaltninger fra forbrugernes side. Da bæredygtighedseffekten af individuelt forbrug ikke nødvendigvis tilfalder det forbrugende individ, men en større gruppe, kan der være behov for en kollektiv indsats, f.eks. en samarbejdsaftale, for at internalisere negative eksternaliteter og skabe bæredygtighedsfordele for en større gruppe i samfundet³³⁹. Forbrugerne kan f.eks. være uvillige til at betale en højere pris for et produkt, der er fremstillet ved hjælp af en grøn, men dyr teknologi. For at sikre, at fordelene ved anvendelsen af denne grønne teknologi bliver til virkelighed, kan det være nødvendigt at indgå en aftale om udfasning af den forurenende teknologi. Disse fordele betegnes som "kollektive fordele", da de opstår uafhængigt af forbrugernes individuelle vurdering af produktet og objektivt kan tilfalde forbrugerne på det relevante marked, hvis sidstnævnte er en del af den større gruppe af støttemodtagere.
602. Selv om afvejningen af negative virkninger med de fordele, der følger af konkurrencebegrænsende aftaler, normalt sker på det relevante marked, som aftalen vedrører, kan effektivitetsgevinster, der opnås på særskilte markeder, tages i betragtning, forudsat at den gruppe af forbrugere, der berøres af begrænsningen, og som drager fordel af effektivitetsgevinsterne, i det væsentlige er den samme³⁴⁰.

³³⁸ Dom af 23. november 2006, Asnef-Equifax, C-238/05, EU:C:2006:734, præmis 72.

³³⁹ Markedssvigt i sådanne situationer består typisk i, at ikke-bæredygtigt forbrug har negative eksternaliteter for andre. Disse eksternaliteter (såsom emissioner) internaliseres ikke fuldt ud af de enkelte købere, og der er derfor tale om overforsyning. Tilsvarende kan markedssvigt bestå i positive eksternaliteter af bæredygtigt forbrug, som forbrugerne udøver på hinanden. Af stort set samme årsag er der tale om underforsyning på det frie marked.

³⁴⁰ Punkt 43 i retningslinjerne efter EF-traktatens artikel 101, stk. 3 Jf. også dom af 27. september 2006, GlaxoSmithKline Services m.fl. mod Kommissionen, T-168/01, EU:T:2006:265, præmis 248 og 251, dom af 11. september 2014, MasterCard Inc, C-382/12 P, EU:C:2014:2201, præmis 242, Kommissionens afgørelse af 23. maj 2013 i sag AT.39595 Air Canada/United Airlines/Lufthansa ("STAR alliance").

603. Analogt kan der, når forbrugerne på det relevante marked i væsentlig grad overlapper med eller er en del af de begunstigede uden for det relevante marked, tages hensyn til de kollektive fordele for forbrugerne på det relevante marked, der opstår uden for dette marked, hvis de er betydelige nok til at kompensere forbrugerne på det relevante marked for den skade, de har lidt³⁴¹.
604. F.eks. er bilister, der køber mindre forurenende brændstoffer, også borgere, der vil drage fordel af renere luft, hvis der anvendes mindre forurenende brændstof. I det omfang det kan fastslås, at der er en betydelig overlapning mellem forbrugerne (bilisterne i dette eksempel) og de begunstigede (borgerne), er bæredygtighedsfordelene ved renere luft i princippet relevante for vurderingen og kan tages i betragtning, hvis de er betydelige nok til at kompensere forbrugerne på det relevante marked for den skade, de har lidt. Omvendt kan forbrugerne købe tøj, der er fremstillet af bæredygtig bomuld, som reducerer kemikalie- og vandforbruget på det areal, hvor den dyrkes. Sådanne miljømæssige fordele kan i princippet tages i betragtning som kollektive fordele. Det er dog sandsynligt, at der ikke er nogen væsentlig overlapning mellem tøjforbrugerne og modtagerne af disse miljøfordele, som kun forekommer i det område, hvor bomulden dyrkes. Det er derfor usandsynligt, at disse kollektive fordele vil tilfalde forbrugerne på det relevante marked. I det omfang forbrugerne er villige til at betale mere, hvis deres tøj er fremstillet af bæredygtigt dyrket bomuld, kan de lokale miljøfordele tages i betragtning som individuelle ikke-værdimæssige fordele for forbrugerne af beklædningen (jf. afsnit 9.4.3.2).
605. For at kollektive fordele kan realiseres, kan det ofte være nødvendigt, at aftalens markedsdækning er betydelig. Hvis f.eks. kun to ud af ti producenter af vaskemaskiner indvilliger i at opgive de mere forurenende varianter, vil aftalen sandsynligvis ikke være i stand til at forhindre snylteri og dermed sandsynligvis ikke i tilstrækkelig grad reducere forureningen, da egoistiske forbrugere stadig vil kunne købe de forurenende varianter hos en eller flere af de resterende leverandører³⁴².
606. For at der kan tages hensyn til kollektive ydelser, bør parterne kunne:
- (a) give en klar beskrivelse af de påståede fordele og fremlægge dokumentation for, at de allerede er opstået eller sandsynligvis vil opstå
 - (b) give en klar definition af modtagerne
 - (c) påvise, at forbrugerne på det relevante marked i væsentlig grad overlapper de begunstigede eller er en del af dem og
 - (d) påvise, hvor stor en del af de kollektive fordele, der opstår eller sandsynligvis vil opstå uden for det relevante marked, der tilfalder forbrugerne af produktet på det relevante marked.
607. Dokumentation for kollektive fordele baseret på offentlige myndigheders rapporter eller rapporter udarbejdet af anerkendte akademiske organisationer kan være af særlig værdi for denne vurdering.

³⁴¹ Forbrugerne kan kompenseres ved hjælp af én type bæredygtighedsfordele eller gennem en kombination af individuelle og kollektive fordele, jf. afsnit 9.4.3.4.

³⁴² I dette eksempel begrænses ikke kun den potentielle fordel ved aftalen på grund af utilstrækkelig dækning, men også den potentielle konkurrencemæssige skade (af stort set de samme årsager).

608. Når der ikke foreligger data, der gør det muligt at foretage en kvantitativ analyse af fordelene, skal det være muligt at forudse en klart identificerbar positiv virkning for forbrugerne, ikke en marginal. De nuværende erfaringer med måling og kvantificering af kollektive fordele er fortsat begrænsede. Kommissionen vil kunne give yderligere vejledning om dette spørgsmål efter at have indsamlet erfaringer med behandlingen af konkrete sager, hvilket kan gøre det muligt at udvikle vurderingsmetoder.

9.4.3.4. Enhver form for ydelser eller alle former for ydelser

609. Under alle omstændigheder står det parterne i bæredygtighedsaftalen frit for at fremlægge beviser og argumenter til støtte for påstande om en eller flere af de tre typer fordele for forbrugerne eller for dem alle. Parternes valg kan afhænge af sagens særlige karakter og de foreliggende bevisers robusthed. I nogle tilfælde kan det være tilstrækkeligt kun at vise individuelle fordele i form af brugsværdi for at opfylde betingelserne i artikel 101, stk. 3, mens det i andre tilfælde vil være tilstrækkeligt med individuelle fordele i form af ikke-brugsværdi eller kollektive ydelser. I andre tilfælde kan det være muligt at kombinere to eller alle tre typer fordele.

9.4.4. Ingen udelukkelse af konkurrencen

610. I henhold til den fjerde betingelse i artikel 101, stk. 3, må aftalen ikke give parterne mulighed for at udelukke konkurrencen for en væsentlig del af de pågældende varer. Betingelsen sikrer i det væsentlige, at der altid vil være en vis grad af resterende konkurrence på det marked, der er berørt af aftalen, uanset omfanget af fordelene.

611. Denne sidste betingelse kan være opfyldt, selv om den konkurrencebegrænsende aftale dækker hele erhvervsgrenen, så længe aftaleparterne fortsætter med at konkurrere kraftigt om mindst ét vigtigt konkurrenceaspekt. Hvis aftalen f.eks. fjerner konkurrencen om kvalitet eller sort, men priskonkurrence også er et vigtigt parameter for konkurrencen inden for den pågældende erhvervsgren og ikke er begrænset, kan denne betingelse stadig være opfyldt.

612. Hvis konkurrenterne konkurrerer med et sortiment af forskellige produkter, alle på det samme relevante marked, betyder udelukkelsen af konkurrencen for en eller flere af varianterne af produktet ikke nødvendigvis, at konkurrencen på det relevante marked udelukkes.

613. Hvis konkurrenter beslutter ikke at anvende en bestemt forurenende teknologi eller en bestemt ikke-bæredygtig ingrediens i produktionen af deres produkter, vil konkurrencen mellem konkurrenterne heller ikke være udelukket, hvis de fortsætter med at konkurrere på slutproduktets pris og/eller kvalitet.

614. Endelig vil udelukkelse af konkurrencen i en begrænset periode, som ikke har nogen indvirkning på konkurrenceudviklingen efter udløbet af denne periode, ikke være til hinder for, at denne betingelse kan opfyldes. F.eks. vil en aftale mellem konkurrenter om midlertidigt at begrænse produktionen af en variant af et produkt, der indeholder en ikke-bæredygtig ingrediens, med henblik på at indføre en bæredygtig erstatning herfor på markedet, der har til formål at skabe bevidsthed hos forbrugerne om det nye produkts egenskaber, opfylde den sidste betingelse om konkurrence.

9.5. Inddragelse af offentlige myndigheder

615. Inddragelsen af statslige eller lokale myndigheder i processen med indgåelse af bæredygtighedsaftaler eller disse myndigheders kendskab til eksistensen af sådanne aftaler er ikke i sig selv en grund til at anse sådanne aftaler for forenelige med

konkurrencereglerne. En sådan inddragelse af eller viden hos de offentlige myndigheder fritager ikke parterne i bæredygtighedsaftalen for ansvar for en overtrædelse af artikel 101, stk. 1. Hvis offentlige myndigheders handlinger blot tilskynder til eller letter virksomhedernes udøvelse af en selvstændig konkurrencebegrænsende adfærd, er disse virksomheder ligeledes fortsat omfattet af artikel 101, stk. 1³⁴³.

616. Parterne i en bæredygtighedsaftale, der begrænser konkurrencen, vil imidlertid ikke blive gjort ansvarlige for overtrædelser af konkurrencereglerne, hvis offentlige myndigheder har tvunget dem til at indgå aftalen, eller krævet, at de indgik den, eller hvis de offentlige myndigheder forstærker aftalens virkning³⁴⁴.

9.6. Eksempler

617. En aftale, der er omfattet af den bløde legalitetsformodning

Eksempel 1

Situation: Morgenmadsprodukter sælges i attraktive, farvestrålende papæsker. I årenes løb er disse æsker blevet større, ikke fordi der er kommet mere indhold, men blot for at gøre dem mere attraktive og lovende for forbrugerne. Dette er en rentabel markedsføringsstrategi, fordi forbrugerne ofte køber morgenmadsprodukter spontant, og den øgede størrelse giver indtryk af at være det bedste køb. Da alle producenter har fulgt denne strategi, har den ikke haft nogen væsentlig indvirkning på deres markedsandele. Det har imidlertid ført til en forøgelse på ca. 15 % af det emballagemateriale, der anvendes til deres produkter.

Prevent Waste, en ikke-statslig organisation, har kritiseret morgenmadsproducenternes "tomme æske"-strategi for at være spild og skadelig for miljøet, idet man bruger flere naturressourcer, end det er nødvendigt for en effektiv produktion og distribution af disse produkter. Som reaktion herpå er producenterne af morgenmadsprodukter, der er organiseret i deres brancheorganisation, blevet enige om at begrænse den overdimensionerede emballage til deres produkter. De har i fællesskab indvilliget i at begrænse overdimensioneringen til højst 3 % for at sikre, at æsker med morgenmadsprodukter stadig er lette at bruge, og har offentliggjort deres beslutning. Producenterne har gennemført aftalen siden årets begyndelse, og den dækker 100 % af markedet. Som følge heraf er emballageomkostningerne, som udgør 6 % af engrosprisen, faldet med ca. 10 %. Dette har ført til et fald på ca. 0,5 % i engrosprisen på morgenmadsprodukter og et fald på 0-0,5 % i detailprisen.

Analyse: Konkurrenterne er enige om et element, der påvirker prisen på produktet, men de gør det på en gennemsigtig måde, der giver alle mulighed for at vælge denne tilgang, uden at der indføres en forpligtelse til det. Der sker ingen udveksling af følsomme oplysninger, og det er let at overvåge overholdelsen af afgørelsen. Producenterne af morgenmadsprodukter kan desuden frit reducere deres egen emballage yderligere, hvis de ønsker det. Desuden har aftalen om at begrænse overdimensioneret emballage en meget begrænset og endda nedadgående virkning på prisen på morgenmadsprodukter, den påvirker ikke konkurrencen mellem producenterne af morgenmadsprodukter om de vigtigste parametre pris, kvalitet og innovation og påvirker kun i meget begrænset omfang konkurrencen på

³⁴³ Dom af 9. september 2003, CIF, C-198/01, EU:C:2003:430, præmis 56.

³⁴⁴ Dom af 12. december 2013, Soa Nazionale Costruttori, C-327/12, EU:C:2013:827, præmis 38, dom af 5. december 2006, Cipolla m.fl., C-94/04, EU:C:2006:758, præmis 47.

markedsføringen (i betragtning af den tilsyneladende begrænsede virkning af strategien med "overdimensionering af æskerne"). Aftalen opfylder derfor betingelserne for legalitetsformodningen og er derfor ikke omfattet af artikel 101, stk. 1. Aftalen forbedrer faktisk resultatet for forbrugerne ved at fjerne bekostelige strategier med overdimensioneret emballage, som kun har ringe indvirkning på konkurrencen.

618. En aftale, der ikke har nogen mærkbar indvirkning på konkurrencen

Eksempel 2

Situation: Fair Tropical Fruits, en ikke-statslig organisation, har sammen med en række frugtforhandlere indført et mærke for fairtrade tropiske frugter ("FTF" - mærket). For at kunne anvende mærkningen skal virksomheder, der handler med tropiske frugter, garantere, at de pågældende frugter kommer fra bedrifter, hvor visse minimumsbetingelser med hensyn til sikker anvendelse af pesticider er opfyldt. Det står disse virksomheder frit for også at handle med frugt under andre mærker. Fair Tropical Fruits har indført et overvågningssystem for at attestere, at de produkter, der sælges under FTF-mærket, opfylder minimumsbetingelserne. Betingelserne for deltagelse samt overvågningssystemets metode og resultater findes på webstedet for Fair Tropical Fruits. De frugter, der sælges under FTF-mærket, er dyrere end andre tropiske frugter i handelen.

FTF-mærket er blevet indført i hele EU, og en række store erhvervsdrivende anvender mærket og har underskrevet aftalen om at overholde minimumskravene for mærket. Mærket er hurtigt blevet populært hos visse forbrugere. Afhængigt af typen af tropiske frugter og det berørte geografiske marked ligger markedsandelene for frugt, der sælges i EU under dette mærke, nu mellem 2,6 % for ananas og 14,7 % for mango. Resten af markedet forsynes af de samme erhvervsdrivende, der opererer uden for mærket, og af andre erhvervsdrivende, der ikke er parter i aftalen.

Analyse: Den højere pris på de frugter, der sælges under FTF-mærket, kan kræve en vurdering af aftalens virkninger. I betragtning af de beskedne markedsandele for de produkter, der er omfattet af aftalen, på de forskellige markeder i EU, de betydelige markedsandele for og konkurrencen fra andre mærker og konventionelle produkter, den omstændighed, at deltagelsen i FTF-mærket er frivillig og ikke-eksklusiv, og at tilladelsen til at anvende mærket kun er afhængig af, at visse minimumsbetingelser overholdes, vil aftalerne om etablering og licensering af mærket sandsynligvis ikke få mærkbare negative virkninger. Aftalerne er således ikke omfattet af artikel 101, stk. 1. Aftalerne kan faktisk udvide forbrugernes valgmuligheder ved at gøre det muligt for dem at identificere produkter med "fairtrade"-egenskaber.

619. En aftale, der sandsynligvis ikke vil begrænse konkurrencen efter artikel 101, stk. 1, og/eller som sandsynligvis vil opfylde betingelsen i artikel 101, stk. 3.

Eksempel 3

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

Analyse: Selv om fedtindholdet er vejledende og dermed frivilligt, er det sandsynligt, at den store opmærksomhed, som den nationale reklamekampagne vil medføre, vil få alle producenter af de forarbejdede fødevarer i medlemsstaten til at følge det anbefalede fedtindhold. Det er derfor sandsynligt, at dette fedtindhold i de forarbejdede fødevarer vil blive et de facto maksimum. Dette kan begrænse forbrugernes valgmuligheder på markederne. Parterne vil dog fortsat kunne konkurrere med hensyn til en række andre egenskaber ved produkterne, såsom pris, størrelse, kvalitet, smag, nærings- og saltindhold, ingredienssammensætning og varemærke. Desuden kan det skærpe konkurrencen vedrørende produktets fedtindhold, hvis parterne søger at tilbyde produkter med det laveste fedtindhold. Det er derfor usandsynligt, at aftalen vil få konkurrencebegrænsende virkninger som omhandlet i artikel 101, stk. 1. Men selv om aftalen anses for at have en mærkbar negativ indvirkning på konkurrencen i henhold til artikel 101, stk. 1, vil fordelene for forbrugerne med hensyn til værdien af de modtagne oplysninger og gavnlige sundhedsvirkninger — fordi forbrugerne ikke har mulighed for at vælge fødevarer med højt fedtindhold — sandsynligvis opveje skaden, og aftalen vil sandsynligvis opfylde betingelserne i artikel 101, stk. 3.

620. En aftale, der begrænser konkurrencen i henhold til artikel 101, stk. 1, og som ikke opfylder betingelserne i artikel 101, stk. 3.

Eksempel 4

Situation: Alle de største møbelproducenter på et bestemt marked er enige om at indføre et "grønt træ"-mærke for møbler, der er fremstillet af bæredygtigt dyrket træ. I øjeblikket indeholder lovgivningen ingen bæredygtighedsstandarder for træ. Parterne er blevet enige om at anvende den nye standard, som kræver, at mindst 30 % af det træ, der anvendes i møbler, skal dyrkes på en bæredygtig måde inden for 3 år. Efter denne periode skal alle møbler, der produceres af aftaleparterne, overholde den aftalte standard og mærkes med "grønt træ"-mærket. Parterne kan frit fremstille møbler, der overholder (endnu) højere standarder under andre mærker. Nogle af producenterne gør det allerede. Den vedtagne bæredygtighedsstandard mindsker, men standser ikke reduktionen af skovarealer og forringelsen af deres biodiversitet. Derfor har ikke-statslige organisationer kritiseret mærket for at være "for lidt, for sent".

De møbelproducenter, der er parter i aftalen, har en samlet markedsandel på 85 %. I øjeblikket består ca. 80 % af parternes samlede salg af møbler fremstillet af træ, der ikke dyrkes og høstes bæredygtigt. De resterende 15 % af markedet dækkes af mindre producenter, der sælger under andre bæredygtighedsmærker. Undersøgelser, som møbelproducenterne har bestilt hos tredjepartskonsulenter, anslår, at overholdelsen af standarden for "grønt træ"-mærket vil øge omkostningerne til træ med gennemsnitligt 40 %, og at dette i gennemsnit vil øge omkostningerne til fremstilling af møbler, hvor træet er den vigtigste komponent, med 20 %. Produktionsomkostningerne udgør i gennemsnit 60 % af den endelige pris, mens de resterende 40 % er distributionsomkostninger. Det kan forventes, at stigningen i den endelige pris på møbler i gennemsnit vil være på 12 %.

En undersøgelse, der blev offentliggjort særskilt, viser, at forbrugerne i gennemsnit er villige til at betale 5 % mere for møbler fremstillet i overensstemmelse med "grønt træ"-standard sammenlignet med ikkebæredygtige træmøbler. Denne forskning er baseret på en undersøgelse af forbrugernes vilje til at betale for møbler fremstillet af

træ, der overholder "grønt træ"-standarden, og på et forsøg med forskellige købsmuligheder for møbler af varierende standard og priser.

Analyse: I betragtning af aftalens markedsdækning og den betydelige prisforhøjelse vil aftalen sandsynligvis være i strid med artikel 101, stk. 1. De mulige effektivitetsgevinster i form af forbedret bæredygtighed i forbindelse med dyrkning og høst af træ vil sandsynligvis ikke medføre fordele for forbrugerne, der opvejer den forventede prisstigning: Undersøgelsen af forbrugernes villighed til at betale viser, at forbrugerne i gennemsnit værdsætter de forbedrede bæredygtighedsbetingelser betydeligt mindre (5 % af den endelige pris) end den forventede prisstigning på 12 %. Desuden forekommer det usandsynligt, at aftalen er nødvendig for at hæve bæredygtighedsstandarderne for trædyrkning. Dette viser sig ved, at nogle af aftaleparterne og andre møbelproducenter allerede anvender højere standarder og mærker. Det er med andre ord ikke klart, hvorfor aftalen er nødvendig for at hæve bæredygtighedsstandarderne, og hvorfor de enkelte møbelproducenters individuelle tiltag ikke ville sætte dem i stand til at hæve standarderne på samme måde eller — som følge af konkurrencepresset — på en endnu bedre måde. Aftalen opfylder derfor ikke mindst to af betingelserne i artikel 101, stk. 3, og kan derfor ikke være omfattet af undtagelsen fra forbuddet i artikel 101, stk. 1.

621. En aftale, der begrænser konkurrencen i henhold til artikel 101, stk. 1, og som opfylder betingelserne i artikel 101, stk. 3.

Eksempler: 5

Producenter af vaskemaskiner fremstiller i øjeblikket en række maskiner, lige fra de nyeste modeller, som er teknisk mere avancerede, til ældre modeller, der er teknisk mindre avancerede. De ældre, mindre avancerede modeller bruger mere elektricitet og vand, men de er billigere at producere og sælges til lavere priser end de nyere og teknisk avancerede modeller. I overensstemmelse med en EU-forordning inddeles alle modeller i otte energieffektivitetskategorier, fra A til H, og mærkes i overensstemmelse hermed.

Innovationen inden for erhvervsgrenen fokuserer på yderligere forbedring af nye modellers energieffektivitet. Imidlertid føler producenterne af vaskemaskiner også, at de har et ansvar for at forsøge at reducere deres maskiners energiforbrug på andre måder. De har derfor indvilliget i at udfase produktionen og salget af vaskemaskiner i kategori F til H, de ældre og mindst energieffektive modeller. Disse ældre modeller er også de mindst vande effektive.

Aftalen omfatter alle producenterne og dækker derfor næsten 100 % af markedet. Den fastsætter, at produktionen og salget af vaskemaskiner i kategori F til H vil blive udfaset inden for to år. Disse modeller tegner sig i øjeblikket for ca. 35 % af det samlede salg på markedet. Alle de deltagende producenter fremstiller allerede nogle modeller i kategori A til E, og derfor vil ingen af dem miste hele deres nuværende omsætning, men de enkelte producenter vil blive påvirket forskelligt afhængigt af deres nuværende modelsortiment. Det er således sandsynligt, at konkurrencen mellem producenterne vil blive påvirket. Desuden vil udfasningen af kategori F til H mindske forbrugernes valgmuligheder med hensyn til maskiner og øge de gennemsnitlige købsomkostninger. For den gennemsnitlige køber af en vaskemaskine i kategori F til H stiger maskinens pris med mellem 40 EUR og 70 EUR.

Før aftalen om udfasning af kategori F til H blev gennemført, har branchen forsøgt at flytte efterspørgslen væk fra disse kategorier ved hjælp af reklamekampagner. Undersøgelser har vist, at den manglende succes med disse kampagner skyldes, at mange forbrugere finder det vanskeligt at afveje de positive virkninger af fremtidige nedsættelser af deres el- og vandregninger i forhold til de negative virkninger af den umiddelbare stigning i maskinens købspris.

Disse undersøgelser viser også, at køberne af vaskemaskiner i høj grad drager fordel af udfasningen af kategori F til H. Den gennemsnitlige køber af en vaskemaskine vil tjene stigningen i købsprisen ind inden for et til to år i form af lavere el- og vandomkostninger. Langt størstedelen af forbrugerne, herunder dem, der bruger deres maskine mindre hyppigt, vil få dækket stigningen i købsprisen inden for fire år. Da den gennemsnitlige forventede levetid for maskiner i kategori A til E er på mindst fem år, drager forbrugerne som gruppe fordel af aftalen. Denne nettofordel øges yderligere for alle brugere af vaskemaskiner som følge af de miljøfordele, der følger af den kollektive reduktion af forbruget af elektricitet og vand. Reduktionen af elforbruget fører til mindre forurening fra elproduktion, og dette er til gavn for forbrugerne, i det omfang det forureningsrelaterede markedssvigt ikke allerede afhjælpes gennem andre lovgivningsmæssige instrumenter (f.eks. det europæiske emissionshandelssystem, som begrænser CO₂-emissionerne). Faldet i vandforbruget fører til mindre vandforurening. Da brugerne af vaskemaskiner udgør langt størstedelen af den samlede befolkning, tilfalder en del af disse miljøfordele forbrugerne på det relevante marked, der er berørt af aftalen.

Analyse: Selv om aftalen sandsynligvis vil få mærkbare negative virkninger og falde ind under forbuddet i artikel 101, stk. 1, vil den sandsynligvis også opfylde betingelserne i artikel 101, stk. 3. Det gælder især, at: i) som følge af aftalen bliver gennemsnitsvaskemaskinen mere energi- og vandeffektiv, ii) dette kunne ikke være opnået med en mindre restriktiv aftale, f.eks. med en kollektiv reklamekampagne eller et fælles mærke, iii) forbrugerne på det relevante marked drager fordel af de individuelle økonomiske fordele og de kollektive miljøfordele, og iv) konkurrencen udelukkes ikke, da aftalen kun påvirker sortimentet af modeller, som er én konkurrenceparameter, og ikke andre parametre, hvor konkurrence faktisk kan forekomme, hvilket der også gør.