

# EES-viðbætur

ISSN 1022-9337

Nr. 55

við Stjórnartíðindi EB

9. árgangur

31.10.2002

---

**I EES-STOFNANIR**

1. EES-ráðið
2. Sameiginlega EES-nefndin
3. Sameiginlega EES-þingmannanefndin
4. Ráðgjafarnefnd EES

**II EFTA-STOFNANIR**

1. Fastanefnd EFTA-ríkjanna
2. Eftirlitsstofnun EFTA

**2002/EES/55/01**

Tilkynning Eftirlitsstofnunar EFTA – Leiðbeiningar um gildi 53. gr. EES-samningsins gagnvart láréttum samstarfssamningum . . . . .

1

**3. EFTA-dómstóllinn****III EB-STOFNANIR**

1. Ráðið
2. Framkvæmdastjórnin
3. Dómstóllinn

## TILKYNNING EFTIRLITSSTOFNUNAR EFTA

2002/EES/55/01

**Leiðbeiningar um gildi 53. gr. EES-samningsins  
gagnvart láréttum samstarfssamningum**

- A. Tilkynning þessi er gefin út samkvæmt reglum samningsins um Evrópska efnahagssvæðið (EES-samningsins) og samningsins milli EFTA-ríkjanna um stofnun eftirlitsstofnunar og dómstóls (samningur um eftirlitsstofnun og dómstól).
- B. Framkvæmdastjórnin hefur gefið út tilkynningu sem ber heitið „Leiðbeiningar um beitingu 81. gr. EB-sáttmálans á lárétta samstarfssamninga“ <sup>(1)</sup>. Tilkynningin, sem er ekki bindandi gerð, tilgreinir þær meginreglur sem framkvæmdastjórnin fylgir við mat á láréttum samningum samkvæmt 81. gr. EB-sáttmálans.
- C. Eftirlitsstofnun EFTA telur framangreinda gerð eiga við um EES. Til að viðhalda jöfnum samkeppnisskilyrðum og tryggja að samkeppnisreglum EES sé beitt á einsleitan hátt um allt Evrópska efnahagssvæðið, samþykkir Eftirlitsstofnun EFTA tilkynningu þessa samkvæmt því umboði sem henni er veitt í b-lið 2. mgr. 5. gr. samningsins um eftirlitsstofnun og dómstól. Stofnunin hyggst fylgja þeim grundvallaratriðum og reglum sem tilgreind eru í tilkynningu þessari þegar beitt er viðkomandi EES-reglum í einstökum tilvikum.

**1. INNGANGUR****1.1. Markmið**

1. Leiðbeiningar þessar tilgreina meginreglurnar við mat láréttra samstarfssamninga sem falla undir 53. gr. EES-samningsins <sup>(2)</sup>. Samstarf telst „lárétt í eðli sínu“ ef fyrirtæki á sama stigi eða stigum á markaðinum gera með sér samning eða komast að samkomulagi um samstillta aðgerð. Í flestum tilvikum er lárétt samstarf milli samkeppnisaðila. Það tekur til dæmis til sviða eins og rannsókna og þróunar, framleiðslu, innkaupa eða markaðssetningar.
2. Lárétt samstarf getur skaðað samkeppni. Það á til að mynda við ef samstarfsaðilar komast að samkomulagi um að fastsetja verð eða framleiðslumagn, deila með sér mörkuðum, eða ef samstarfið gerir aðilum kleift að viðhalda, ná eða auka markaðsstyrk (market power) og valda þannig neikvæðum áhrifum á markaðinn að því er varðar verðlag, framleiðslumagn, nýsköpun eða úrval og gæði vara.
3. Á hinn bóginn getur lárétt samstarf haft verulegan efnahagslegan ávinning í för með sér. Fyrirtæki þurfa að bregðast við auknum þrýstingi af völdum samkeppni og breyttum markaðsaðstæðum sem orsakast af hnattvæðingu, hröðum framförum í tækni og almennt framsæknari mörkuðum (dynamic markets). Samstarf getur verið leið til að deila áhættu, lækka kostnað, samnýta verkunnáttu og hrinda nýjungum hraðar úr vör. Samstarf er einkum mikilvæg leið fyrir lítil og meðalstór fyrirtæki til að laga sig að breyttum markaðsaðstæðum.
4. Eftirlitsstofnun EFTA ber að tryggja að virkri samkeppni sé viðhaldið enda þótt hún viðurkenni þann efnahagslega ávinning sem samstarf getur haft í för með sér. Ákvæði 53. gr. mynda lagaramma um framkvæmd mats á slíku samstarfi þar sem tekið er jafnt tillit til samkeppnishamlandi áhrifa og efnahagslegs ávinnings.

<sup>(1)</sup> Stj. tíð. EB C 3, 6.1.2001, bls. 2.

<sup>(2)</sup> Umboð til að fara með einstök mál, sem falla undir 53. gr. EES-samningsins, skiptist á milli Eftirlitsstofnunar EFTA og framkvæmdastjórnar Evrópubandalaganna samkvæmt reglum 56. gr. EES-samningsins. Einungis eitt yfirvald er til þess bært að fara með hvert mál.

5. Áður voru tvær tilkynningar frá Eftirlitsstofnun EFTA og tvær hópundanþágur til leiðbeiningar við mat á láréttri samvinnu samkvæmt 53. gr. Í gerðinni sem áður var vísað til í 6. lið XIV. viðauka við EES-samninginn (reglugerð (EBE) nr. 417/85<sup>(3)</sup>, eins og henni var síðast breytt með reglugerð (EB) nr. 2236/97<sup>(4)</sup>) og gerðinni sem áður var vísað til í 7. lið XIV. viðauka við EES-samninginn (reglugerð (EBE) nr. 418/85<sup>(5)</sup>, eins og henni var síðast breytt með reglugerð (EB) nr. 2236/97) var kveðið á um undanþágur fyrir tiltekna gerðir samninga um sérhæfingu annars vegar og samninga um rannsóknir og þróun hins vegar. Gerðin, sem nú er vísað til í 6. lið XIV. viðauka við EES-samninginn (reglugerð (EB) nr. 2658/2000<sup>(6)</sup>) um beitingu 3. mgr. 53. gr. EES-samningsins gagnvart flokkum samninga um sérhæfingu („hópundanþágan vegna sérhæfingar“) og gerðin, sem nú er vísað til í 7. lið XIV. viðauka við EES-samninginn (reglugerð (EB) nr. 2659/2000<sup>(7)</sup>) um beitingu 3. mgr. 53. gr. EES-samningsins gagnvart flokkum samninga um rannsóknir og þróun („hópundanþágan vegna rannsókna og þróunar“) hafa nú leyst þessar tvær hópundanþágur af hólmi. Tilkynningarnar tvær voru til leiðbeiningar varðandi tiltekna gerðir samstarfssamninga sem ekki heyrja undir 53. gr.<sup>(8)</sup> og við mat á sameiginlegum samstarfsverkefnum<sup>(9)</sup>.
6. Breytingar á mörkuðum hafa valdið því að lárétt samstarf verður æ fjölbreyttara og algengara. Þörf er á ítarlegum og uppfærðum leiðbeiningum til að gildi 53. gr. verði skýrara og gagnsærra á þessu sviði. Við gerð matsins skal leggja aukna áherslu á efnahagslegar viðmiðanir til að endurspeglar megi betur nýlega þróun í dómavenju og dómafordæmi við dómstól Evrópubandalaganna og dómstól á fyrsta dómstigi<sup>(10)</sup>.
7. Markmið þessara leiðbeininga er að skapa ramma um greiningu á algengustu gerðum lárétts samstarfs. Þessi ramma byggist fyrst og fremst á viðmiðunum til stuðnings greiningu á efnahagslegu samhengi samstarfssamnings. Efnahagslegar viðmiðanir, svo sem markaðsstyrkur aðilanna og aðrir þættir tengdir gerð markaðarins, eru lykilatriði við mat á líklegum markaðsáhrifum samstarfs, og þar af leiðandi einnig við mat samkvæmt 53. gr. Vegna þess hve gífurlega fjölbreytt lárétt samstarf og markaðsaðstæður, sem þetta samstarf verður til við, eru að gerð og samsetningu er ómögulegt að gefa sértæk svör við hverju hugsanlegu tilviki. Þessi greiningarrámi, sem byggist á efnahagslegum viðmiðunum, mun engu að síður aðstoða fyrirtæki við að meta hvort tiltekinn samstarfssamningur samræmist 53. gr.
8. Leiðbeiningarnar koma ekki aðeins í stað tilkynninganna sem um getur í 5. mgr. heldur taka þær til enn stærri hóps algengustu gerða láréttra samninga. Þær koma til viðbótar hópundanþágunni vegna rannsókna og þróunar og hópundanþágunni fyrir sérhæfingarsamninga.

## 1.2. Gildissvið leiðbeininganna

9. Þessar leiðbeiningar taka til samninga eða samstilltra aðgerða (hér á eftir kallað „samningar“) milli tveggja eða fleiri fyrirtækja á sama stigi eða stigum á markaðinum, þ.e.a.s. á sama stigi á framleiðslu- eða dreifingarferlinu. Í þessu samhengi er áherslan lögð á samstarf milli samkeppnisaðila. Hugtakið „samkeppnisaðilar“, eins og það er notað í þessum leiðbeiningum, tekur bæði til raunverulegra<sup>(11)</sup>

<sup>(3)</sup> Stjtið. EB L 53, 22.2.1985, bls. 1.

<sup>(4)</sup> Stjtið. EB L 306, 11.11.1997, bls. 12.

<sup>(5)</sup> Stjtið. EB L 53, 22.2.1985, bls. 5.

<sup>(6)</sup> Stjtið. EB L 304, 5.12.2000, bls. 3, eins og hún var felld inn í EES-samninginn með ákvörðun sameiginlegu EES-nefndarinnar nr. 113/2000 frá 22.12.2000 (Stjtið. EB L 52, 22.2.2001, bls. 38 og EES-viðbætur við Stjórnartíðindi Evrópubandalagsins nr. 9, 22.2.2001, bls. 5), gildistaka 1.1.2001.

<sup>(7)</sup> Stjtið. EB L 304, 5.12.2000, bls. 7, eins og hún var felld inn í EES-samninginn með ákvörðun sameiginlegu EES-nefndarinnar nr. 113/2000 frá 22.12.2000 (Stjtið. EB L 52, 22.2.2001, bls. 38 og EES-viðbætur við Stjórnartíðindi Evrópubandalagsins nr. 9, 22.2.2001, bls. 5), gildistaka 1.1.2001.

<sup>(8)</sup> Stjtið. EB L 153, 18.6.1994, bls. 25 og EES-viðbætur við Stjórnartíðindi Evrópubandalagsins nr. 15, 18.6.1994, bls. 24.

<sup>(9)</sup> Stjtið. EB L 186, 21.7.1994, bls. 58 og EES-viðbætur við Stjórnartíðindi Evrópubandalagsins nr. 22, 21.7.1994, bls. 4.

<sup>(10)</sup> Úrskurðir dómstóls Evrópubandalaganna og dómstóls á fyrsta dómstigi varða starfsemi Eftirlitsstofnunarinnar, sbr. ákvæði 6. gr. EES-samningsins og 3. gr. samningsins um eftirlitsstofnun og dómstól.

<sup>(11)</sup> Lítið er á fyrirtæki sem raunverulegan samkeppnisaðila ef það annaðhvort starfar á sama viðkomandi markaði eða, ef ekki er um að ræða samning, það getur beint framleiðslu sinni að viðkomandi vörum og markaðssett þær með stuttum fyrirvara, án þess að taka á sig verulegan viðbótarkostnað eða áhættu, sem andsvar við lítilli en varanlegri breytingu á verði á viðkomandi markaði (tafarlaus framboðsstaðgangi). Sami rökstuðningur getur haft í för með sér að mismunandi landsvæði séu flokkuð saman í hóp. Ef framboðsstaðgangi hefur í för með sér þörf á verulegri aðlögun á efnislegum og óefnislegum eignum vegna viðbótarfjárfestinga, ákvarðanatöku eða til að draga úr seinkunum, er ekki lítið á fyrirtækið sem samkeppnisaðila heldur mögulegan samkeppnisaðila (sjá hér á eftir). Sjá tilkynningu Eftirlitsstofnunarinnar um skilgreiningu á hugtakinu viðkomandi markaður að því er varðar samkeppnislög á Evrópska efnahagssvæðinu (EES) (Stjtið. EB L 200, 16.7.1998, bls. 48 og EES-viðbætur við Stjórnartíðindi Evrópubandalagsins nr. 28, 16.7.1998, bls. 3, 20.-23. mgr.).

og mögulegra <sup>(12)</sup> samkeppnisaðila.

10. Þessar leiðbeiningar taka hins vegar ekki til allra mögulegra láréttra samninga. Þær varða einungis þá tilhögun samstarfs sem getur skapað aukna hagkvæmni, þ.e.a.s. samninga um rannsóknir og þróun, framleiðslu, innkaup, markaðssetningu, stöðlun og samninga um umhverfismál. Fjallað skal sérstaklega um aðrar gerðir láréttra samninga milli samkeppnisaðila, til dæmis um upplýsingaskipti eða hlutafjareign minnihluta.
11. Samningar milli fyrirtækja á mismunandi stigi á framleiðslu- eða dreifingarferlinu, þ.e.a.s. lóðréttir samningar, falla að meginreglu ekki undir þessar leiðbeiningar heldur er fjallað um þá í gerð, sem um getur í 2. lið XIV. viðauka við EES-samninginn (reglugerð (EB) nr. 2790/1999 <sup>(13)</sup>) um beitingu 3. mgr. 53. gr. EES-samningsins gagnvart flokkum lóðrétttra samninga og samstilltra aðgerða („hópundanþága fyrir lóðréttar takmarkanir) og í leiðbeiningum Eftirlitsstofnunarinnar um lóðréttar takmarkanir <sup>(14)</sup>. Geri samkeppnisaðilar með sér lóðrétttra samninga, svo sem samninga um dreifingu, getur þó áhrifum samningsins á markaðinn og mögulegum skaða fyrir samkeppni svipað til þess sem gerist með láréttra samninga. Því ber að meta þessa samninga samkvæmt meginreglunum sem lýst er í þessum leiðbeiningum. Þetta útilokar ekki að leiðbeiningum um lóðréttar takmarkanir sé einnig beitt gagnvart þessum samningum til að meta megi lóðréttar takmarkanir í slíkum samningum <sup>(15)</sup>.
12. Samningar geta sameinað ólík stig samvinnu, svo sem rannsóknir og þróun og framleiðslu á niðurstöðunum. Þessir samningar falla undir leiðbeiningarnar heyrir þeir ekki undir 57. gr. EES-samningsins um eftirlit með samþjöppun fyrirtækja. Hvaða hluti þessara leiðbeininga gildir um viðkomandi samning ræðst af því hvar þungamiðja samstarfsins liggur. Þegar þungamiðjan er ákvörðuð er einkum tekið tillit til tveggja þátta: í fyrsta lagi upphafs samstarfsins og í öðru lagi hversu samþætt hin ýmsu starfssvið, sem eru sameinuð, eru. Samstarf sem felst bæði í sameiginlegum rannsóknum og þróun og sameiginlegri framleiðslu á niðurstöðunum myndi því yfirleitt falla undir þáttinn um „Samninga um rannsóknir og þróun“ þar eð sameiginleg framleiðsla myndi því aðeins eiga sér stað að sameiginlegar rannsóknir og þróun bæru árangur. Af þessu leiðir að niðurstöður sameiginlegra rannsókna og þróunar skipta sköpum fyrir framleiðsluna. Því má líta á rannsóknir og þróun sem upphaf samstarfsins. Matið myndi breytast ef í samningum væri fyrirhugað fullt samstarf á sviði framleiðslu en einungis að hluta til að því er varðar sumar rannsóknir og þróunarstarf. Í því tilviki myndu hugsanleg samkeppnishamlandi áhrif og efnahagslegur ávinningur af samstarfinu tengjast að verulegu leyti sameiginlegri framleiðslu og samningurinn yrði því rannsakaður í samræmi við meginreglurnar í þættinum um „framleiðslusamninga“. Flóknara fyrirkomulag, s.s. hernaðarbandalög (strategic alliances) sem sameina mismunandi samstarfssvið og –tæki á breytilegan hátt, fellur ekki undir leiðbeiningarnar. Styðjast má við samsvarandi kafla í leiðbeiningunum við mat á hverju einstöku samstarfssviði innan bandalags. Þó er einnig brýnt að greina flókið fyrirkomulag í heild sinni. Vegna þess að bandalag getur tekið til margbreytilegra sviða er ómögulegt að gefa almennar leiðbeiningar fyrir slíkt heildarmat. Bandalög eða annars konar samstarf, þar sem fyrst og fremst er lýst yfir ásetningi, er ómögulegt að meta samkvæmt samkeppnisreglum þar sem nákvæmt gildissvið er ekki fyrir hendi.

<sup>(12)</sup> Lítið er á fyrirtæki sem mögulegan samkeppnisaðila ef ljóst er að án samningsins gæti fyrirtækið, og yrði líklegt til, að leggja út í nauðsynlegar viðbótarfjárfestingar eða annan nauðsynlegan aðlögunarkostnað svo að það gæti komið inn á viðkomandi markað, sem andsvar við lítilli en varanlegri hækkun á viðkomandi verði. Mat þetta verður að byggjast á raunhæfum grunni, ekki nægir að fyrir hendi sé fræðilegur möguleiki á innkomu á markað (sjá tilkynningu Eftirlitsstofnunarinnar um skilgreiningu viðkomandi markaða vegna samkeppnislaga innan EES (24. mgr.); sjá einnig þrettándu skýrslu framkvæmdastjórnar Evrópubandalaganna um samkeppnisstefnu, 55. lið og ákvörðun framkvæmdastjórnar Evrópubandalaganna 90/410/EBE í máli Elopak/Metal Box-Odin (Stjtið. EB L 209, 8.8.1990, bls. 15)). Innkoma á markaðinn verður að eiga sér stað nægilega fljótt til að yfirvofandi hætta á markaðsinnkomu skapi aðhald í hegðun þeirra sem fyrir eru á markaðinum. Yfirleitt merkir þetta að innkoma á markaðinn verður að eiga sér stað innan skamms tíma. Í leiðbeiningum Eftirlitsstofnunarinnar um lóðréttar takmarkanir (26. mgr. ákvörðunar Eftirlitsstofnunarinnar nr. 250/01/COL frá 25. júlí 2001, Stjtið. EB C 122, 23.5.2002, bls. 1 og EES-viðbætur við Stjórnartíðindi Evrópubandalagsins nr. 26, 23.5.2002, bls. 7, 26. mgr.) er talað um eins árs hámarkstímabil til beitingar hópundanþágunnar um lóðréttar takmarkanir (sjá ngr. 14). Þó má lengja tímabilið í einstökum tilvikum. Nota má tímabil það sem fyrirtæki, sem þegar starfa á markaðinum, þurfa til að aðlaga afköst sín sem mælistiku til að ákvarða þetta tímabil.

<sup>(13)</sup> Stjtið. EB L336, 29.12.1999, bls. 21.

<sup>(14)</sup> Ákvörðun Eftirlitsstofnunarinnar nr. 250/01/COL frá 25. júlí 2001, Stjtið. EB C 122, 23.5.2002, bls. 1 og EES-viðbætur við Stjórnartíðindi Evrópubandalaganna nr. 26, 23.5.2002, bls. 7.

<sup>(15)</sup> Skil milli láréttra og lóðrétttra samninga verða þróuð frekar í köflunum um sameiginleg innkaup (4. kafli) og sameiginlega markaðssetningu (5. kafli). Sjá einnig 26. og 29. mgr. viðmiðunarreglnanna um lóðréttar hömlur.

13. Viðmiðanirnar, sem mælt er fyrir um í þessum leiðbeiningum, gilda um samstarf sem varðar bæði vörur og þjónustu sem heyra undir gildissvið EES-samningsins, <sup>(16)</sup> og vísað er til sameiginlega sem „framleiðsluvara“. Þó gilda leiðbeiningarnar ekki að sama marki og reglur um einstaka geira, eins og raunin er með flutninga og váttryggingar <sup>(17)</sup>. Aðgerðir sem heyra undir 57. gr. EES-samningsins falla heldur ekki undir þessar leiðbeiningar.
14. Ákvæði 53. gr. gilda einungis um þá lárétta samstarfssamninga sem geta haft áhrif á viðskipti milli aðila að EES-samningnum. Þessar leiðbeiningar snúast ekki um greiningu á því hvort tiltekinn samningur gæti haft áhrif á viðskipti. Eftirfarandi meginreglur um gildi 53. gr. byggja því á þeirri ályktun að viðskipti milli aðila að EES-samningnum verði fyrir áhrifum. Í raun þarf þó að rannsaka hvert tilvik fyrir sig með hliðsjón af þessu.
15. Ákvæði 53. gr. gilda ekki um samninga sem hafa óveruleg áhrif vegna þess að þeir geta ekki haft það að markmiði, eða haft þau áhrif, að hamla samkeppni svo nokkru nemi. Þessar leiðbeiningar eru með fyrirvara um beitingu núgildandi eða síðari tilkynningar um minni háttar samninga <sup>(18)</sup>.
16. Matið samkvæmt 53. gr., sem lýst er í þessum leiðbeiningum, er með fyrirvara um mögulega samhliða beitingu 54. gr. EES-samningsins gagnvart láréttum samstarfssamningum. Auk þess eru þessar leiðbeiningar með fyrirvara um mögulega túlkun EFTA-dómstólsins, dómstóls á fyrsta dómstigi og dómstóls Evrópubandalaganna á beitingu 81. gr. EB-sáttmálans og 53. gr. EES-samningsins gagnvart láréttum samstarfssamningum.

### 1.3. Grundvallarreglur um mat skv. 53. gr.

#### 1.3.1. 1. mgr. 53. gr.

17. Ákvæði 1. mgr. 53. gr. gilda um lárétta samstarfssamninga sem hafa það að markmiði eða þau áhrif að koma í veg fyrir, takmarka eða raska samkeppni (hér á eftir kallað „samkeppnishömlur“).
18. Í sumum tilvikum gefur eðli samstarfsins til kynna strax frá upphafi að 1. mgr. 53. gr. eigi við. Það á við um samninga sem miða að því að hamla samkeppni með verðsamráði, takmörkun á framleiðslumagni eða skiptingu markaða eða viðskiptavina. Þessir samningar eru taldir hafa neikvæð áhrif á markaðinn. Því er ekki nauðsynlegt að kanna raunveruleg áhrif þeirra á samkeppni og á markaðinn til að komast að raun um að þeir heyra undir 1. mgr. 53. gr.
19. Margir láréttir samstarfssamningar miða hins vegar ekki að því að hamla samkeppni. Því er nauðsynlegt að greina áhrif samningsins. Við greininguna er ekki nóg að samningurinn takmarki samkeppni milli aðilanna. Hann verður líka að vera líklegur til að hafa áhrif á samkeppni á markaðinum að því marki að búast megi við neikvæðum markaðsáhrifum að því er varðar verðlag, framleiðslumagn, nýsköpun eða úrval og gæði vara.

<sup>(16)</sup> Rétt er að geta þess að EES-samningurinn hefur takmarkaðra gildissvið en EB-sáttmálinn, til dæmis er ekki um að ræða tollabandalag og hann hefur takmarkað gildi gagnvart tilteknum framleiðsluvörum sbr. 8. gr. EES-samningsins.

<sup>(17)</sup> 10. liður XIV. viðauka við EES-samninginn og VI. kafli bókunar 4 við samninginn um eftirlitsstofnun og dómstól (reglugerð ráðsins (EBE) nr. 1017/68, Stjtið. EB L 175, 23.7.1968, bls. 1) (flutningar á járnbrautum, vegum og skippengum vatnaleiðum); 11. liður XIV. viðauka við EES-samninginn og IX. kafli bókunar 4 við samninginn um eftirlitsstofnun og dómstól (reglugerð ráðsins (EBE) nr. 4056/86, Stjtið. EB L 378, 31.12.1986, bls. 4) (flutningar á sjó); XI. kafli bókunar 4 við samninginn um eftirlitsstofnun og dómstól (reglugerð ráðsins (EBE) nr. 3975/87, Stjtið. EB L 374, 31.12.1987, bls. 1) (flutningar í lofti); 11. liður b í XIV. viðauka við EES-samninginn og IX. kafli bókunar 4 við samninginn um eftirlitsstofnun og dómstól (reglugerð framkvæmdastjórnarinnar (EBE) nr. 1617/93, Stjtið. EB L 155, 26.6.1993, bls. 18) (hópundanþága vegna sameiginlegrar áætlunargerðar og samræmdrar ferðaáætlunar, sameiginlegs reksturs, samráðs um fargjöld og farmgjöld í áætlunarflogi og um úthlutun afgreiðslutíma á flugvöllum); 11. liður c í XIV. viðauka við EES-samninginn (reglugerð framkvæmdastjórnarinnar (EB) nr. 823/2000, Stjtið. EB L 100, 20.4.2000, bls. 24) (hópundanþága vegna tiltekinnna samninga milli áætlunarskipafélaga); 15. liður a í XIV. viðauka við EES-samninginn (reglugerð framkvæmdastjórnarinnar (EBE) nr. 3932/92, Stjtið. EB L 398, 31.12.1992, bls. 7) (hópundanþága vegna tiltekinnna samninga á sviði trygginga).

<sup>(18)</sup> Sjá tilkynningu um minniháttar samninga sem falla utan gildissviðs 1. mgr. 53. gr. EES-samningsins, Stjtið. EB L 200, 16.7.1998, bls. 55 og EES-viðbætur við Stjórnartíðindi Evrópubandalagsins nr. 28, 16.7.1998, bls. 13.

20. Möguleg, neikvæð markaðsáhrif samnings eru undir efnahagslegu samhengi komin, að teknu tilliti til bæði eðlis samningsins og samanlagðs markaðsstyrks aðilanna, sem skera úr um, ásamt öðrum þáttum sem varða markaðsgerðina, hvort samstarfið getur haft svo umtalsverð neikvæð áhrif á heildarsamkeppni.

#### **Eðli samningsins**

21. Eðli samnings markast af þáttum eins og vettvangi og markmiði samstarfsins, hvernig samkeppni er háttáð milli aðilanna og að hve miklu leyti þeir sameina starfsemi sína. Þessir þættir gefa til kynna hversu líklegir aðilar eru til að samræma markaðshæðun sína.
22. Tilteknar gerðir samninga, til dæmis flestir samningar um rannsóknir og þróun eða samstarf sem tekið er upp í þeim tilgangi að setja staðla eða bæta umhverfisskilyrði, eru ólíklegri til að hafa í för með sér hömlur að því er varðar verðlag og framleiðslumagn. Ef þessar tegundir samninga hafa neikvæð áhrif er helst að þau áhrif varði nýsköpun eða vöruúrval. Þeir geta einnig valdið skaða fyrir samkeppni sem felst í útilokun frá markaðinum (foreclosure problems).
23. Annars konar samstarf, s.s. samningar um framleiðslu eða innkaup, hefur yfirleitt í för með sér einhverja sameiningu á (heildar)kostnaðarþáttum. Ef þessi sameining er verulega mikil eiga aðilar auðveldara með að samræma markaðsverð og framleiðslumagn. Einungis er hægt að sameina kostnaðarþætti að verulegu leyti við tiltekin skilyrði: í fyrsta lagi verður samstarfssviðið, s.s. framleiðsla og innkaup, að svara til hás hlutfalls af heildarkostnaði á tilteknum markaði. Í öðru lagi verða aðilar að sameina starfsemi sína að verulegu leyti á samstarfssviðinu. Sú er til dæmis raunin þar sem þeir framleiða eða kaupa inn sameiginlega mikilvæga millistigsvöru eða hátt hlutfall heildarframleiðslumagns síns af fullunninni vöru.

#### **Samningar sem heyra ekki undir 1. mgr. 53. gr.**

24. Sumir flokkar samninga heyra ekki undir 1. mgr. 53. gr. eðli málsins samkvæmt. Þetta á yfirleitt við þegar um er að ræða samstarf sem felur ekki í sér samræmingu á samkeppnishegðun aðilanna á markaði, s.s.:
- samstarf milli fyrirtækja sem eiga ekki í samkeppni,
  - samstarf milli samkeppnisfyrirtækja sem geta ekki innt af hendi ein það verkefni eða þá starfsemi sem samstarfið snýst um,
  - samstarf um starfsemi sem hefur ekki áhrif á viðkomandi færðbreytur (parameters) samkeppninnar.

Þessir flokkar samstarfs heyra því aðeins undir 1. mgr. 53. gr. að um sé að ræða fyrirtæki með verulegan markaðstyrk <sup>(19)</sup> sem líklegt er að geti valdið þriðju aðilum vanda með því að útiloka þau frá markaðinum.

#### **Samningar sem heyra nær alltaf undir 1. mgr. 53. gr.**

25. Annar flokkur samninga telst yfirleitt líklegur frá byrjun til að heyra undir 1. mgr. 53. gr. Það eru samstarfssamningar sem hafa það að markmiði að hamlar samkeppni með verðsamráði, takmörkun á framleiðslumagnni eða skiptingu markaða eða viðskiptavina. Þessar hömlur eru taldar skaðlegastar vegna þess að þær valda beinni truflun á samkeppnisferlinu. Verðsamráð og takmörkun á framleiðslumagnni valda því að viðskiptavinurinn greiðir herra verð eða fær ekki það magn sem hann óskar eftir. Skipting markaða eða viðskiptavina dregur úr því úrvali sem stendur

<sup>(19)</sup> Fyrirtæki geta haft verulegan markaðsstyrk en þó verið undir mörkum markaðsyfirráða sem er viðmiðunarmarkíð við beitingu 54. gr.

viðskiptavinum til boða og leiðir því einnig til hærra vöruverðs eða minni framleiðslu. Því má gera ráð fyrir að þessar hömlur hafi neikvæð áhrif á markaðinn. Þær eru því nær alltaf bannaðar <sup>(20)</sup>.

#### Samningar sem kunna að heyrja undir 1. mgr. 53. gr.

26. Samninga, sem ekki tilheyra áður nefndum flokkum, þarf að greina frekar til að ákveða hvort þeir heyrja undir 1. mgr. 53. gr. Greiningin þarf að taka til markaðstengdra viðmiðana, svo sem markaðsstöðu aðilanna og annarra þátta sem varða gerð markaðarins.

#### Markaðsstyrkur og gerð markaðar

27. Byrjað er á að greina stöðu aðilanna á þeim mörkuðum sem samstarfið hefur áhrif á. Hún ákvarðar hvort líklegt sé að þeir viðhaldi, afli sér eða auki markaðsstyrk með samstarfinu, þ.e. hvort þeir geti orsakað neikvæð markaðsáhrif að því er varðar verðlag, framleiðslumagn, nýsköpun eða úrval og gæði vara. Til að framkvæma greininguna verður að skilgreina viðkomandi markað eða viðkomandi markaði samkvæmt aðferðafræðinni í tilkynningu Eftirlitsstofnunarinnar um skilgreiningu markaða.<sup>21</sup> Þegar um er að ræða sérstakar gerðir markaða, svo sem á sviði innkaupa eða tækni, geta leiðbeiningar þessar verið til frekari leiðbeiningar.
28. Ef sameiginleg markaðshlutdeild aðilanna er lítil <sup>(22)</sup> er ólíklegt að samstarfið hafi samkeppnishamlandi áhrif og yfirleitt er frekari greiningar ekki þörf. Ef annar tveggja aðila hefur einungis óverulega markaðshlutdeild og hefur ekki yfir að ráða umtalsverðum tilföngum telst jafnvel mikil, sameiginleg markaðshlutdeild yfirleitt ekki leiða til samkeppnishamlandi áhrifa á markaðinn <sup>(23)</sup>. Með hliðsjón af því hversu samstarf getur verið fjölbreytt og hve ólík áhrif það getur haft á ólíkar markaðsaðstæður er ómögulegt að setja almenn viðmiðunarmörk fyrir markaðshlutdeild þar sem gert er ráð fyrir að markaðsstyrkur, sem fer út fyrir þau, nægi til að valda samkeppnishamlandi áhrifum.
29. Auk markaðsstöðu aðilanna og markaðshlutdeildar, sem bætist við, getur þurft að taka tillit til samþjöppunar á markaði, þ.e. fjölda samkeppnisaðila og markaðsstöðu þeirra, sem viðbótarþáttar við mat á áhrifum samstarfs á samkeppni á markaði. Nota má sem vísbendi Herfindahl-Hirshman-vísitöluna („HHI“), þar sem lagðar eru saman ferningstölur markaðshlutdeildar hvers samkeppnisaðila um sig <sup>(24)</sup>. Ef HHI er lægri en 1 000 telst samþjöppun á markaði lítil, milli 1 000 og 1 800 er hún hófleg en yfir 1 800 er hún mikil. Annað mögulegt vísbendi er hlutfall samþjöppunar meðal leiðandi fyrirtækja á markaði þar sem lögð er saman markaðshlutdeild allra leiðandi samkeppnisaðila <sup>(25)</sup>.

<sup>(20)</sup> Í sérstökum tilvikum á þetta þó ekki við um samstarfsverkefni um framleiðslu. Það liggur í eðli starfsemi slíks samstarfsverkefnis að ákvarðanir sem varða framleiðsluna eru teknar sameiginlega af samningsaðilum. Ef samstarfsverkefnið markaðssetur einnig sameiginlega vörurnar, sem framleiddar eru, verða aðilar að slíkum samningi að taka ákvarðanir um verð í sameiningu. Í því tilviki valda ákvæði um verð eða framleiðslu því ekki sjálfkrafa að samningurinn falli undir 1. mgr. 53. gr. Ákvæði um verð eða framleiðslu verður að meta ásamt öðrum áhrifum samstarfsverkefnisins á markaðinn til að ákvarða gildi 1. mgr. 53. gr. (sjá 90. mgr.).

<sup>(21)</sup> Sjá tilkynningu Eftirlitsstofnunarinnar um skilgreiningu á hugtakinu viðkomandi markaður að því er varðar samkeppnislög á Evrópska efnahagssvæðinu (EES) (Stjtið. EB L 200, 16.7.1998, bls. 48 og EES-viðbætur við Stjórnartíðindi Evrópubandalagsins nr. 28, 16.7.1998, bls. 3).

<sup>(22)</sup> Markaðshlutdeild skal yfirleitt reikna á grundvelli söluandvirðis (sjá 6. gr. hópundanþágu vegna rannsókna og þróunarstarfs og 6. gr. hópundanþágu vegna sérhæfingar). Þegar markaðshlutdeild aðila á tilteknum markaði er ákvörðuð skal taka tillit til þeirra fyrirtækja sem tengjast aðilunum (sjá 2. lið 2. gr. hópundanþágunnar vegna rannsókna og þróunarstarfs og 2. lið 2. gr. hópundanþágunnar vegna sérhæfingar).

<sup>(23)</sup> Ef um er að ræða fleiri en tvo aðila verður sameiginleg hlutdeild allra samkeppnisaðila, sem starfa saman, að vera verulega miklu hærri en hlutdeild stærsta einstaka samkeppnisaðilans sem tekur þátt í samstarfinu.

<sup>(24)</sup> Á markaði þar sem fjögur fyrirtæki hafa markaðshlutdeild sem nemur 30%, 25%, 25% og 20%, er HHI 2550 (900+625+625+400) áður en til samstarfsins kemur. Ef fyrstnefndu tvö fyrirtækin, sem eru leiðandi á markaðinum, tækju upp samstarf myndi HHI breytast í 4050 (3025+625+400) þegar samstarfi hefur verið komið á. HHI þegar samstarfi hefur verið komið á er mikilvæg til að meta möguleg markaðsáhrif samstarfsins.

<sup>(25)</sup> Til dæmis er þriggja fyrirtækja samþjöppunarhlutfallið CR3 heildartala markaðshlutdeildar þriggja leiðandi samkeppnisaðila á markaðinum.

30. Með hliðsjón af markaðsstöðu aðilanna og samþjöppun á markaðinum verður einnig að taka tillit til annarra þátta, svo sem stöðugleika markaðshlutdeildar til lengri tíma lítið, hindrana gegn og líka á markaðsinnkomu, jöfnunarvalds (countervailing power) kaupenda/birgja og eðlis varanna (þ.e. einsleitni, þroskastig). Þar sem búast má við áhrifum á samkeppni á sviði nýsköpunar og ekki er hægt að meta þau nægilega vel á grundvelli þeirra markaða sem fyrir eru, getur verið nauðsynlegt að taka tillit til sértækra þátta við greiningu á þessum áhrifum (sjá 2. kafla, samningar um rannsóknir og þróun).
- 1.3.2. 3. mgr. 53. gr.
31. Veita má undanþágu vegna samninga, sem heyra undir 1. mgr. 53. gr., ef þeir fullnægja skilyrðum 3. mgr. 53. gr. Þetta á við ef samningurinn:
- stuðlar að bættri framleiðslu eða vörudreifingu, eða eflir tæknilegar eða efnahagslegar framfarir
  - veitir neytendum sanngjarna hlutdeild í þeim ávinningi sem af hlýst
- án þess að:
- leggja höft á hlutaðeigandi fyrirtæki sem óþörf eru til að áðurgreindum markmiðum verði náð
  - gefa fyrirtækjunum færi á að koma í veg fyrir samkeppni að því er varðar verulegan hluta framleiðsluvaranna sem um er að ræða.

#### **Efnahagslegur ávinningur**

32. Í fyrsta skilyrðinu er þess krafist að samningurinn stuðli að bættri framleiðslu eða vörudreifingu eða eflir tæknilegar eða efnahagslegar framfarir. Þar sem þessi ávinningur varðar hagkvæmni við kyrrstöðu eða hreyfanleika, má líta á hann sem „efnahagslegan ávinning“. Efnahagslegur ávinningur kann að vega þyngra en samkeppnishamlandi áhrif. Til dæmis getur samstarf gert fyrirtækjum kleift að bjóða vörur eða þjónustu á lægra verði, meiri gæði eða hrinda nýjungum hraðar úr vör. Hagkvæmni má í flestum tilvikum rekja til þess að saman koma og saman fléttast ólík hæfni eða tilföng (resources). Aðilarnir verða að sýna fram á að búast megi við því að samstarfið skili sér í hagkvæmni sem ekki næðist á annan, minna hamlandi hátt (sjá einnig hér á eftir). Færa verður rök fyrir fullyrðingum um að samstarfið skili sér í hagkvæmni. Ekki er nóg að koma með spár eða almennar yfirlýsingar um kostnaðarlækkkanir.
33. Eftirlitsstofnunin tekur ekki tillit til kostnaðarlækkana sem nást með því að draga úr framleiðslumagni, með skiptingu markaða eða því að nýta sér einfaldlega markaðsstyrk.

#### **Sanngjörn hlutdeild neytenda**

34. Efnahagslegur ávinningur verður ekki aðeins að vera samningsaðilunum til hagsbóta heldur einnig neytendum. Hvort ávinningurinn skilar sér til neytenda veltur yfirleitt á því hversu hörð samkeppni er á viðkomandi markaði. Þrýstingur vegna samkeppni tryggir yfirleitt að sparnaður í kostnaði skilar sér í lægra verði eða er fyrirtækjunum hvatning til að koma nýjum vörum á markað eins fljótt og auðið er. Ef nægileg samkeppni er á markaðinum sem veitir samningsaðilum árangursríkt aðhald sér samkeppni yfirleitt til þess að sanngjarn hluti af efnahagslegum ávinningi skilar sér til neytenda.

#### **Óhjákvæmilegar hömlur**

35. Samkeppnishömlurnar verða að vera forsenda þess að ná efnahagslegum ávinningi. Ef unnt er að ná fram svipuðum ávinningi á annan, minna hamlandi hátt er ekki unnt nota áðurnefnda

hagkvæmni til að réttlæta samkeppnishömlur. Hvort einstök höft eru nauðsynleg eða ekki veltur á markaðsaðstæðum og lengd gildistíma samningsins. Til dæmis geta einkaréttarsamningar komið í veg fyrir að aðrir samstarfsaðilar „fljóti með“ og því kann að vera hægt að samþykkja þá. Við tilteknaðstæður kunna þeir hins vegar að vera óþarfir og gera illt verra.

#### **Ekki komið í veg fyrir samkeppni**

36. Síðasta viðmiðunin um hvort komið sé í veg fyrir samkeppni að því er varðar verulegan hluta framleiðsluvaranna sem um ræðir tengist markaðsyferráðum. Þegar í hlut á markaðsráðandi fyrirtæki eða fyrirtæki sem verður markaðsráðandi í kjölfar lárétts samnings verður láréttur samningur sem hefur samkeppnishamlandi áhrif að jafnaði ekki undanþeginn banni 1. mgr. 53. greinar.

#### **Hópundanþágur vegna rannsókna og þróunar og vegna sérhæfingar**

37. Við tiltekin skilyrði telst viðmiðunum 3. mgr. 53. gr. fullnægt að því er varðar tiltekna flokka samninga. Þetta á einkum við um samninga um rannsóknir og þróun og framleiðslusamninga þar sem umtalsverð hagkvæmni næst þegar saman kemur ólík hæfni eða fjármagn. Þessar leiðbeiningar eru til fyllingar hópundanþágum fyrir samninga um rannsóknir og þróun og vegna sérhæfingar. Undir þessar hópundanþágur falla flestar algengar gerðir samninga á sviði framleiðslu/sérhæfingar upp að viðmiðunarmörkum sem miðast við 20% markaðshlutdeild og á sviði rannsókna og þróunar upp að 25% markaðshlutdeild, að því tilskildu að samningarnir uppfylli skilyrðin um beitingu hópundanþágu og feli ekki í sér grófar samkeppnishindranir („svört ákvæði“) sem valda því að ekki er hægt að beita hópundanþágunni. Hópundanþágurnar gera ekki upp á milli slíkra hindrana. Ef ein gróf samkeppnishindrun eða fleiri eru í samningi er samningurinn allur utan hópundanþágunnar.

#### **1.4. Uppbygging eftirfarandi kafla um ýmiss konar tilhögun samstarfs**

38. Leiðbeiningunum er skipt niður í kafla eftir tilteknum gerðum samninga. Hver kafli er byggður upp samkvæmt greiningarráðunum sem lýst er í lið 1.3 hér að framan. Ef þörf er á eru gefnar sérstakar leiðbeiningar um skilgreiningu viðkomandi markaða sem um ræðir (t.d. á sviði rannsókna og þróunar eða að því er varðar innkaupamarkaði).

## **2. SAMNINGAR UM RANNSÓKNIR OG ÞRÓUN**

### **2.1. Skilgreining**

39. Samningar um rannsóknir og þróun geta verið breytilegir að því er varðar form og gildissvið. Þeir fjalla um allt frá utankaupum (outsourcing) á tilteknum rannsóknum og þróunarstarfi til þess að bæta sameiginlega þá tækni sem fyrir er eða til samstarfs á sviði rannsókna, þróunar og markaðssetningar á nýjum vörum. Þeir geta verið í formi samstarfssamnings eða fyrirtækis undir sameiginlegri stjórn. Þessi kafli gildir um allar gerðir samninga um rannsóknir og þróun, þ.m.t. tengda samninga um framleiðslu eða markaðssetningu á niðurstöðum rannsókna og þróunar að því tilskildu að rannsóknirnar og þróunin séu þungamiðja samstarfsins, þó að undanskildum samruna og samstarfsverkefnum sem heyra undir 57. gr. EES-samningsins.
40. Samstarf á sviði rannsókna og þróunar getur dregið úr óþarfa kostnaði vegna tvíverknaðar, haft í för með sér mikilvæga og frjóa, gagnkvæma miðlun hugmynda og reynslu og þannig leitt til hraðari þróunar verkefna og tækni en ella. Að jafnaði er tilhneigingin sú að rannsóknir og þróun í heild aukast við samstarf um rannsóknir og þróun.
41. Lítil og meðalstór fyrirtæki mynda framsækið, mислеitt samfélag sem stendur frammi fyrir mörgum ögrandi viðfangsefnum, þar á meðal auknum kröfum stærri fyrirtækja sem þau vinna oft fyrir sem verktakar. Innan geira þar sem mikil áhersla er lögð á rannsóknir og þróun stefna lítil og meðalstór fyrirtæki í örum vexti, oft nefnd „protafyrirtæki“ (start-up companies), einnig að því að verða leiðandi á afmörkuðum markaðssviðum sem eru í öfri þróun. Til að geta sinnt

Þessum ögrandi viðfangsefnum og verið samkeppnishæf þurfa lítil og meðalstór fyrirtæki stöðugt að leggja stund á nýsköpun. Með samstarfi um rannsóknir og þróun má búast við að rannsóknir og þróun aukist í heild hjá litlum og meðalstörum fyrirtækjum og að þau verði fær um að keppa af meiri krafti við sér sterkari fyrirtæki á markaðinum.

42. Við tilteknað aðstæður kunna samningar um rannsóknir og þróun hins vegar að valda samkeppnisörðugleikum, svo sem hamlandi áhrifum að því er varðar verð, framleiðslumagn, nýsköpun eða úrval og gæði framleiðsluvara.

## 2.2. Viðkomandi markaðir

43. Lykilatriðið við að skilgreina viðkomandi markað, þegar verið er að meta áhrif samninga um rannsóknir og þróun, er að greina þær vörur, tækni eða rannsóknir og þróun sem munu veita aðilunum samkeppnislegt aðhald. Af öllum þeim fjölbreyttu aðstæðum sem geta myndast getur nýsköpun annars vegar til dæmis leitt af sér vöru (eða tækni) sem keppir á markaði vara (eða tækni) sem fyrir eru. Það á við þegar rannsóknir og þróun beinast að smávægilegum umbótum eða breytingum, svo sem nýjum gerðum tiltekinnar framleiðsluvara. Þá geta möguleg áhrif varðað markað framleiðsluvara sem fyrir eru. Hins vegar getur nýsköpun leitt af sér nýja vöru sem myndar eigin markað (til dæmis nýtt bóluefni við áður ólæknandi sjúkdómi). Í slíku tilviki skipta markaðir, sem fyrir eru, einungis máli ef þeir tengjast á einhvern hátt viðkomandi nýsköpun. Af því leiðir að meta verður, ef audið er, áhrif samstarfs á nýsköpun. Þó er í flestum tilvikum líklega um að ræða aðstæður á milli þessa tveggja póla, þ.e. þar sem með nýsköpun verður til vara (eða tækni) sem með tímanum kemur í stað vöru sem fyrir er (t.d. geisladiskar sem hafa komið í stað hljómpölatna). Ítarleg greining á þessum aðstæðum kann að þurfa að ná bæði til markaða sem fyrir eru og áhrifa samningsins á nýsköpun.

## Markaðir sem fyrir eru

### a) Vörumarkaðir

44. Ef samstarfið snýst um rannsóknir og þróun til að bæta þær vörur sem fyrir eru mynda þessar vörur sem fyrir eru, ásamt staðgönguvörum, viðkomandi markað sem samstarfið hefur áhrif á <sup>(26)</sup>.
45. Beinist rannsóknir og þróun að verulegum breytingum á vöru sem fyrir er, eða jafnvel að nýrri vöru sem kemur í stað annarra sem fyrir eru, getur staðgangur fyrir vörur sem fyrir eru verið takmörkuð eða tekið langan tíma. Þar af leiðandi er ólíklegt að eldri vörurnar og nýju vörurnar, sem mögulega koma fram, tilheyri sama viðkomandi markaði. Það kann engu að síður að hafa áhrif á markað með vörur sem fyrir eru ef búast má við að samnýting rannsókna og þróunarstarfs leiði til samræmingar á hegðun aðilanna sem birgja fyrir þær vörur sem fyrir eru. Þó er einungis mögulegt fyrir aðila að nýta sér markaðsstyrk sinn ef þeir hafa í sameiningu sterka stöðu bæði að því er varðar vörumarkaði sem fyrir eru og rannsóknir og þróunarstarf.
46. Snúist rannsóknir og þróun um mikilvægan íhlut fullunninnar vöru kann að vera að það sé ekki einungis markaðurinn fyrir þennan íhlut sem skiptir máli varðandi matið heldur einnig markaður fullunnar vörunnar. Ef bílaframleiðendur eiga til dæmis í samstarfi um rannsóknir og þróun sem tengist nýrri gerð af vél kann þetta samstarf um rannsóknir og þróun að hafa áhrif á markaðinn sem bíllinn tilheyrir. Markaður fyrir fullunnar vörur skiptir þó einungis máli við matið ef þátturinn, sem rannsóknirnar og þróunin beinist að, er með tilliti til tæknilegra eða efnahagslegra þátta lykilatriði fyrir þessar fullunnar vörur og ef aðilar að samningnum um rannsóknir og þróun eru mikilvægir samkeppnisaðilar með fullunnar vörurnar.

### b) Tæknimarkaðir

47. Vera má að samstarf um rannsóknir og þróun snúist ekki aðeins um vörur heldur einnig tækni. Séu hugverkaréttindi markaðssett sérstaklega, aðskilið frá vörunum sem þau tengjast, þarf einnig að skilgreina viðkomandi tæknimarkað. Tæknimarkaðir samanstanda af hugverkum, sem nytjaleyfi nær til, og staðgöngutækni þeirra þ.e. annarri tækni sem viðskiptavinir gætu notað í staðinn.

<sup>(26)</sup> Sjá markaðsskilgreiningu í tilkynningu Eftirlitsstofnunarinnar um skilgreiningu á hugtakinu viðkomandi markaður.

48. Aðferðin við að skilgreina tæknimarkaði fylgir sömu grundvallarreglum og skilgreining vörumarkaða <sup>(27)</sup>. Byrjað er á þeirri tækni sem aðilarnir markaðssetja og síðan þarf að bera kennsl á aðra tækni sem viðskiptavinir gætu skipt yfir í ef lítil en stöðug hækkun yrði á verði. Þegar þessi tækni hefur verið greind má reikna markaðshlutdeild með því að deila tekjum aðilanna af nytjaleyfi í heildarnytjaleyfistekjur allra seljenda staðgöngutækni.
49. Staða aðilanna á tæknimarkaði, sem fyrir er, er mikilvæg viðmiðun við mat þegar samstarf um rannsóknir og þróun snýst um verulegar umbætur á tækni sem þegar er beitt eða nýja tækni sem búast má við að komi í stað þeirrar sem fyrir er. Einungis má þó líta á markaðshlut aðilanna sem upphaf greiningarinnar. Á tæknimörkuðum ber að leggja sérstaka áherslu á mögulega samkeppni. Ef fyrirtæki, sem veita ekki nytjaleyfi á tækni sinni geta hugsanlega farið inn á markað þessarar tækni má vera að það hindri möguleika aðilanna á því að hækka verð fyrir tækni sína (sjá 3. dæmi hér á eftir).

#### Samkeppni á sviði nýsköpunar (rannsóknir og þróunarstarf)

50. Vera kann að samstarf um rannsóknir og þróun hafi ekki, eða ekki eingöngu, áhrif á samkeppni á mörkuðum sem fyrir eru heldur einnig á samkeppni á sviði nýsköpunar. Þetta á við ef samstarf snýst um þróun nýrra framleiðsluvara eða tækni sem annaðhvort geta, ef þær eru að koma fram, síðar meir tekið við af þeim sem fyrir eru eða sem verið er að þróa í ákveðnum tilgangi og koma því ekki í stað vara sem fyrir eru heldur skapa eftirspurn á nýju sviði. Áhrifin á samkeppni á sviði nýsköpunar eru mikilvæg við þessar aðstæður en í sumum tilvikum er ekki hægt að meta þær nægilega vel með því að greina raunverulega eða mögulega samkeppni á vöru- eða tæknimarkaði sem fyrir er. Í þessu samhengi ber að greina á milli tvenns konar aðstæðna eftir eðli nýsköpunarferlisins í ákveðinni atvinnugrein.
51. Við fyrri aðstæðurnar, sem geta til dæmis átt við í lyfjaiðnaði, er nýsköpunarferlið byggt upp þannig að snemma má bera kennsl á rannsókn- og þróunarverkefni (R&D poles). Rannsókn- og þróunarverkefni samanstanda af rannsóknum og þróunarstarfi sem beinist að tiltekinni nýrri vöru eða tækni og að þeim vörum og tækni sem geta komið í stað þeirra, þ.e. rannsóknir og þróun sem beinist að því að þróa staðgönguvörur eða -tækni við þær vörur eða tækni sem þróaðar eru í samstarfinu, sem hafa svipaðan aðgang að tilföngum og svipaða tímasetningu. Í þessu tilviki er hægt að greina hvort eftir verða nægilega mörg rannsókn- og þróunarverkefni eftir að samningurinn er gerður. Byrjað er á að greina rannsóknir og þróun aðilanna. Því næst verður að bera kennsl á trúverðug rannsókn- og þróunarverkefni sem eru í samkeppni við það verkefni sem er til skoðunar. Til að meta trúverðuleika verkefna, sem eru í samkeppni, verður að taka tillit til eftirfarandi þátta: eðlis, gildissviðs og umfangs annarra hugsanlegra rannsókna og þróunarstarfs, aðgangs að tilföngum og mannafla, þekkingar/einkaleyfa eða annarra sérhæfðra eigna, sem og tímasetningar þeirra og getu til að nýta hugsanlegar niðurstöður. Rannsókn- og þróunarverkefni veitir ekki trúverðuga keppni ef það telst ekki komast nærri því að koma í stað rannsókna og þróunarstarfs aðilanna, t.d. að því er varðar aðgang að tilföngum eða tímasetningu.
52. Við síðari aðstæðurnar er nýsköpunarstarf innan atvinnugreinar ekki svo skýrt upp byggt að hægt sé að skilgreina sérstök rannsókn- og þróunarverkefni. Við þessar aðstæður myndi Eftirlitsstofnun EFTA ekki, nema við sérstakar aðstæður, reyna að meta áhrif tiltekins samstarfs um rannsóknir og þróun á nýsköpun heldur takmarka matið við vörumarkaði og/eða tæknimarkaði sem tengjast viðkomandi samstarfi um rannsóknir og þróun.

#### Útreikningur á markaðshlutdeild

53. Útreikningur á markaðshlutdeild, bæði vegna hópundanþágu fyrir rannsóknir og þróun og vegna þessara leiðbeininga, verður að gera greinarmun á mörkuðum sem þegar eru fyrir hendi sem og samkeppni í nýsköpun. Við upphaf samstarfs er viðmiðunarpunkturinn markaður fyrir vörur sem vörurnar, sem verið er að þróa, geta bætt eða komið í staðinn fyrir. Miði samningurinn um rannsóknir og þróun einungis að því að bæta eða sníða af smávægilega vankanta vara, sem fyrir eru, er markaðurinn vörurnar sem rannsóknirnar og þróunin varða beint. Þannig má

<sup>(27)</sup> Sjá tilkynningu Eftirlitsstofnunarinnar um skilgreiningu á hugtakinu viðkomandi markaður; sjá einnig t.d. ákvörðun framkvæmdastjórnar Evrópubandalaganna 94/811/EB frá 8. júní 1994 í máli nr. IV/M 269 - Shell Montecatini (Stjtið. EV L 322, 22.12.1994, bls. 48).

reikna út markaðshlutdeild á grundvelli söluverðmætis þessara vara. Ef markmið rannsókna og þróunar er að finna vöru í stað annarrar, sem fyrir er, leysir nýja varan vörurnar, sem fyrir eru, af hólmi ef vel tekst til. Til að meta samkeppnisstöðu aðilanna er hér einnig hægt að reikna út markaðshlutdeild á grundvelli söluverðmætis varanna sem fyrir eru. Þar af leiðandi byggir undanþága hópundanþágunnar fyrir rannsóknir og þróun við þessar aðstæður á markaðshlutdeild á „viðkomandi markaði vörunnar sem hægt er að bæta eða sem samningsvörunnar geta komið í staðinn fyrir“. Til að undanþága fáiist sjálfkrafa má þessi markaðshlutdeild ekki vera meiri en 25% <sup>(28)</sup>.

54. Ef markmiðið með rannsóknum og þróun er að þróa vöru, sem skapar eftirspurn á nýju sviði, er ekki hægt að reikna út markaðshlutdeild á grundvelli sölu. Aðeins er unnt að greina áhrif samningsins á samkeppni á sviði nýsköpunar. Þar af leiðandi falla þessir samningar undir hópundanþáguna vegna rannsókna og þróunar, óháð markaðshlutdeild, í sjö ár frá því að varan er fyrst sett á markað <sup>(29)</sup>. Þó má afturkalla hópundanþágu ef samningurinn kæmi í veg fyrir skilvirka samkeppni á sviði nýsköpunar <sup>(30)</sup>. Að sjö árum liðnum má reikna út markaðshlutdeildina og gilda þá viðmiðunarmörkin um 25% markaðshlutdeild <sup>(31)</sup>.

### 2.3. Mat samkvæmt 1. mgr. 53. gr.

#### 2.3.1. Eðli samningsins

##### 2.3.1.1. Samningar sem heyra ekki undir 1. mgr. 53. gr.

55. Samningar um rannsóknir og þróun heyra almennt ekki undir 1. mgr. 53. gr. Þetta á í fyrsta lagi við um samninga sem tengjast samstarfi um rannsóknir og þróun sem eru á fremur fræðilegu stigi og þar sem langt er í að hugsanlegar niðurstöður verði nýttar.
56. Auk þess hefur samstarf um rannsóknir og þróun milli aðila, sem eiga ekki í samkeppni, yfirleitt ekki hamlandi áhrif á samkeppni <sup>(32)</sup>. Greina ber hvernig samkeppni er háttáð milli aðilanna með hliðsjón af þeim mörkuðum og/eða þeirri nýsköpun, sem samstarfið hefur áhrif á. Geti aðilar ekki sinnt nauðsynlegum rannsóknum og þróun sjálfstætt, eru engar samkeppnishömlur fyrir hendi. Þetta getur til dæmis átt við þegar fyrirtæki leggja saman ólíka hæfni, tækni og önnur tilföng. Mögulega samkeppni þarf að meta á raunsæjum forsendum. Til dæmis er ekki hægt að meta aðila sem mögulega samkeppnisaðila eingöngu vegna þess að samstarf gerir þeim kleift að sinna rannsóknum og þróunarstarfi. Ákvarðandi þáttur er hvort hvor aðili um sig hefur til þess nauðsynlega burði að því er varðar eignir, þekkingu og önnur tilföng.
57. Samstarf um rannsóknir og þróun, sem fer fram með utankaupum á rannsóknum og þróun sem fyrirtækin sáu áður um sjálf., er oft í höndum sérhæfðra fyrirtækja, rannsókna- eða háskólastofnana, sem ekki taka virkan þátt í nýtingu niðurstaðna. Yfirleitt er að finna í slíkum samningum ákvæði um framsal þekkingar og/eða einkasölu á hugsanlegum niðurstöðum. Þar eð samstarfsaðilarnir bæta hvern annan upp í þessum tilvikum gildir 1. mgr. 53. gr. ekki.
58. Fátítt er að samstarf um rannsóknir og þróun, sem ekki felur í sér sameiginlega nýtingu mögulegra niðurstaðna með nytjaleyfi, framleiðslu og/eða markaðssetningu, heyri undir 1. mgr. 53. gr. Samningar, sem snúast eingöngu um rannsóknir og þróun, skaða aðeins samkeppni ef samningurinn leiðir til þess að verulega dragi úr virkri samkeppni á sviði nýsköpunar.

##### 2.3.1.2. Samningar sem heyra nær alltaf undir 1. mgr. 53. gr.

59. Ef raunverulegt markmið samnings er ekki rannsóknir og þróun heldur stofnun dulbúinna markaðssamtaka (cartel), þ.e. um ólögmaett verðsamráð, takmörkun á framleiðslumagni eða skiptingu markaða, heyrir hann undir 1. mgr. 53. gr. Þó er samningur um rannsóknir og

<sup>(28)</sup> Sjá 2. mgr. 4. gr. hópundanþágunnar vegna rannsókna og þróunar.

<sup>(29)</sup> Sjá 1. mgr. 4. gr. hópundanþágunnar vegna rannsókna og þróunar.

<sup>(30)</sup> Sjá e-lið 7. gr. hópundanþágunnar vegna rannsókna og þróunar.

<sup>(31)</sup> Sjá 3. mgr. 4. gr. hópundanþágunnar vegna rannsókna og þróunar.

<sup>(32)</sup> Samstarf á sviði rannsókna og þróunar milli aðila, sem eiga ekki í samkeppni, getur samt sem áður valdið hindrun á markaðsaðgangi samkvæmt 1. mgr. 53. gr. ef það tengist einkanýtingu á niðurstöðum og ef það á sér stað milli fyrirtækja þar sem einn aðilinn hefur verulegan markaðsstyrk að því er varðar lykiltækni.

þróun, sem felur í sér sameiginlega nýtingu niðurstaðna sem kunna að fást, ekki endilega samkeppnishamlandi.

2.3.1.3. *Samningar sem geta fallið undir 1. mgr. 53. gr.*

60. Ef ekki er hægt að ákvarða ótvírætt frá upphafi að samningar um rannsóknir og þróun séu ekki samkeppnishamlandi kunna þeir að falla undir 1. mgr. 53. gr. <sup>(33)</sup> og verður að greina þá í sínu efnahagslega samhengi. Þetta á við um samstarf um rannsóknir og þróun, sem komið er á þegar stutt er í að varan verði markaðssett, milli fyrirtækja sem eru í samkeppni annaðhvort á vöru- eða tæknimörkuðum sem þegar eru fyrir hendi eða á mörkuðum á sviði nýsköpunar.

2.3.2. *Markaðsstyrkur og gerðir markaða*

61. Samstarf um rannsóknir og þróun getur valdið neikvæðum markaðsáhrifum í þrenns konar skilningi: í fyrsta lagi getur það hindrað nýsköpun, í öðru lagi haft í för með sér samræmda hegðun aðilanna á þeim mörkuðum sem fyrir eru og í þriðja lagi geta komið upp vandamál vegna hindrunar á markaðsaðgangi þegar kemur að nýtingu hugsanlegra niðurstaðna. Hins vegar má einungis búast við þessum gerðum neikvæðra markaðsáhrifa þegar aðilar að samstarfinu hafa verulegan styrk á mörkuðum sem fyrir eru og/eða þegar verulega dregur úr samkeppni að því er varðar nýsköpun. Án markaðsstyrks er enginn hvati til þess að samræma hegðun á mörkuðum sem fyrir eru né til að draga úr eða hægja á nýsköpun. Erfiðleikar vegna hindrunar á markaðsaðgangi geta einungis komið upp í samstarfi þar sem um er að ræða a.m.k. einn þátttakanda sem hefur verulegan markaðsstyrk á sviði lykiltækni og einkarétt á nýtingu niðurstaðna.
62. Ekki eru til nein algild markaðshlutdeildarviðmiðunarmörk sem gefa til kynna að samningur um rannsóknir og þróun skapi markaðsstyrk og falli því undir 1. mgr. 53. gr. Samningar um rannsóknir og þróun eru þó undanþegnir að því tilskildu að þeir séu gerðir milli aðila með sameiginlega markaðshlutdeild sem ekki fer yfir 25% og að önnur skilyrði fyrir því að hópundanþágan eigi við séu uppfyllt. Því þarf aðeins að greina samkeppnishamlandi áhrif flestra samninga um rannsóknir og þróun ef sameiginleg markaðshlutdeild aðilanna fer yfir 25%.
63. Ekki er sjálfgefið að samningar, sem ekki heyra undir hópundanþáguna fyrir rannsóknir og þróun vegna sterkari markaðsstöðu aðilanna, hamli samkeppni. Það er þó þannig að því sterkari sem sameiginleg staða aðilanna á mörkuðum, sem fyrir eru, er og/eða því meiri sem takmarkanirnar eru, sem verða á samkeppni á sviði nýsköpunar, því meiri eru líkurnar á að 1. mgr. 53. gr. eigi við og að þörf sé á ítarlegri greiningu vegna matsins.
64. Miði rannsóknir og þróun að því að bæta eða sníða af smávægilega vankanta vara eða tækni sem fyrir er beinast hugsanleg áhrif að viðkomandi markaði eða mörkuðum þessara vara eða tækni sem fyrir er. Áhrif á verðlag, framleiðslumagn og/eða nýsköpun á mörkuðum, sem fyrir eru, eru hins vegar einungis líkleg ef aðilarnir njóta sameiginlega sterkar stöðu, innkoma á markaðinn er erfið og önnur nýsköpunarstarfsemi er takmörkuð. Snerti rannsóknirnar og þróunarstarfið enn fremur einungis tiltölulega lítið framlag til framleiðslu fullunninnar vöru verða áhrif á samkeppni með fullunnu vöruna lítil sem engin. Almennt þarf að gera greinarmun á samningum sem snúast eingöngu um rannsóknir og þróun og heildstæðara samstarfi sem felur í sér ýmis stig nýtingar á niðurstöðum (svo sem nytjaleyfi, framleiðslu, markaðssetningu). Eins og áður er sagt heyra samningar um rannsóknir og þróun sjaldan undir 1. mgr. 53. gr. Þetta á einkum við um rannsóknir og þróun sem beinast að takmörkuðum umbótum á vörum eða tækni sem fyrir er. Ef samstarf um rannsóknir og þróun við slíkar aðstæður felur einungis í sér sameiginlega nýtingu að því er varðar nytjaleyfi, er ólíklegt að til hamlandi áhrifa komi, svo sem erfiðleika vegna hindrunar á markaðsaðgangi. Ef samstarfið felur hins vegar í sér sameiginlega framleiðslu og/eða markaðssetningu á vörum eða tækni, sem hafa verið bættar lítillaga, verður að rannsaka það nánar. Í fyrsta lagi má frekar búast við neikvæðum áhrifum á verðlag og framleiðslumagn á mörkuðum, sem fyrir eru, ef sterkir samkeppnisaðilar tengjast málinu. Í öðru lagi kann samstarfið að líkjast meira framleiðslusamningi því vera kann að rannsóknir og þróunarstarf séu í raun ekki þungamiðja slíks samstarfs.

<sup>(33)</sup> Samkvæmt 3. lið 2. mgr. 4. gr. í II. kafla bókunar 4 við samninginn um eftirlitsstofnun og dómstól er heimilt, en þó engin skylda, að tilkynna Eftirlitsstofnun EFTA um samninga sem einungis snúast um sameiginlegar rannsóknir og þróun.

65. Ef rannsóknir og þróun snúast um gerð nýrrar vöru (eða tækni) sem myndar eigin markað er ólíklegt að áhrif verði mikil á verðlag og framleiðslumagn á mörkuðum sem fyrir eru. Greiningin verður að beinast að mögulegum takmörkunum á nýsköpun sem varða til dæmis gæði og fjölbreytni hugsanlegra vara eða tækni eða hraða nýsköpunar. Slík takmarkandi áhrif geta komið fram þar sem tvö eða fleiri af þeim fáu fyrirtækjum, sem taka þátt í þróun nýrrar vöru af þessu tagi, hefja samstarf þegar frekar stutt er í að þau, hvert um sig, geti sett vöruna á markað. Í slíku tilviki getur verið að jafnvel samningur sem snýst eingöngu um rannsóknir og þróun takmarki nýsköpun. Almennt er þó samstarf um rannsóknir og þróun, sem varðar nýjar vörur, samkeppnishvetjandi. Þessi grundvallarregla á yfirleitt einnig við enda þótt um sé að ræða sameiginlega nýtingu niðurstaðna, jafnvel sameiginlega markaðssetningu. Spurningin um sameiginlega nýtingu við þessar aðstæður skiptir aðeins máli ef fyrirtæki útilokast frá lykiltækni. Sá vandi kæmi hins vegar ekki upp ef aðilar veita þriðju aðilum nytjaleyfi.
66. Flestir samningar um rannsóknir og þróun eru einhvers staðar á milli þeirra tvenns konar aðstæðna sem lýst er hér að framan. Þeir geta því haft áhrif á nýsköpun auk þess að hafa afleiðingar fyrir markaði sem fyrir eru. Þar af leiðandi getur bæði markaðurinn sem fyrir er og áhrif á nýsköpun skipt máli varðandi matið að því er varðar sameiginlega stöðu aðilanna, hlutfall samþjöppunar og fjölda þátttakenda eða nýsköpunaraðila og möguleika á innkomu á markað. Í sumum tilvikum kann þetta að hafa hamlandi áhrif á verð eða framleiðslumagn á mörkuðum sem fyrir eru og neikvæð áhrif á nýsköpun þar sem hægt er á þróun. Ef mikilvægir samkeppnisaðilar á tæknimarkaði, sem fyrir er, starfa til dæmis saman að því að þróa nýja tækni sem í framtíðinni gæti leyst af hólmi þær vörur sem fyrir eru, má búast við að þetta samstarf hafi samkeppnishamlandi áhrif ef aðilarnir hafa verulegan markaðsstyrk á markaðinum sem fyrir er (sem væri hvatning til að nýta hann) og ef þeir hafa einnig sterka stöðu að því er varðar rannsóknir og þróun. Það getur haft svipuð áhrif ef stærsti þátttakandinn á markaðinum, sem fyrir er, á í samstarfi við mun smærri samkeppnisaðila eða jafnvel mögulegan samkeppnisaðila sem er í þann mund að koma á markað með nýja vöru eða tækni sem gæti stofnað stöðu fyrirtækisins, sem fyrir er á markaði, í hættu.
67. Samningar kunna einnig að falla utan hópundanþágunnar án tillits til þess hver markaðsstyrkur aðilanna er. Þetta á til dæmis við um samninga sem takmarka aðgang aðila að niðurstöðum starfsins vegna þess að þeir stuðla að öllu jöfnu ekki að tæknilegum og efnahagslegum framförum með því að auka miðlun tæknilegrar þekkingar milli aðilanna<sup>(34)</sup>. Í hópundanþágunni er kveðið á um sérstaka undantekningu frá þessari meginreglu þegar um er að ræða háskólastofnanir, rannsóknastofnanir eða sérhæfð fyrirtæki sem veita þjónustu á sviði rannsókna og þróunar en taka ekki þátt í nýtingu niðurstaðna rannsókna og þróunarinnar úti í atvinnulífnum<sup>(35)</sup>. Engu að síður ber að nefna að samningar sem fela í sér einkarétt á aðgangi kunna, þegar þeir heyra undir 1. mgr. 53. gr., að uppfylla skilyrðin fyrir undanþágu skv. 3. mgr. 53. gr., einkum þar sem einkaréttur á aðgangi er efnahagsleg forsenda í ljósi markaðarins, áhættunnar og umfangs fjárfestingarinnar sem nauðsynleg er til að nýta niðurstöður rannsókna og þróunarinnar.

#### 2.4. Mat samkvæmt 3. mgr. 53. gr.

##### 2.4.1. Efnahagslegur ávinningur

68. Flestir samningar um rannsóknir og þróun, hvort sem þeir fela í sér sameiginlega nýtingu hugsanlegra niðurstaða eða ekki, hafa í för með sér efnahagslegan ávinning í formi kostnaðarlækkana og fjórrar gagnkvæmrar miðlunar hugmynda og reynslu sem skilar sér í nýjum eða bættum vörum og hraðari þróun á tækni en ella. Með hliðsjón af þessu virðist skynsamlegt að undanþiggja slíka samninga, sem hafa í för með sér samkeppnishömlur, milli aðila með markaðshlutdeild undir tilteknum viðmiðunarmörkum, en líta má svo á að undir þeim vegi jákvæð áhrif samninga um rannsóknir og þróun þyngra en neikvæð áhrif á samkeppni, að því er varðar 3. mgr. 53. gr. Því falla þeir samningar um rannsóknir og þróun, sem uppfylla tiltekin skilyrði (sjá 3. gr.) og fela ekki í sér grófar samkeppnishindranir (sjá 5. gr.), undir hópundanþáguna vegna rannsókna og þróunar að því tilskildu að samanlögð markaðshlutdeild aðilanna á markaðinum eða mörkuðunum, sem þetta hefur áhrif á, sé ekki meiri en 25%.

<sup>(34)</sup> Sjá 2. mgr. 3. gr. hópundanþágunnar vegna rannsókna og þróunar.

<sup>(35)</sup> Sjá 2. mgr. 3. gr. hópundanþágunnar vegna rannsókna og þróunar.

69. Skapi samstarfið verulegan markaðsstyrk eða auki hann verða aðilar að sýna fram á að rannsóknir og þróun hafi í för með sér verulegan ávinning, svo sem hraðari markaðssetningu nýrra vara eða tækni eða aðra hagkvæmni.
- 2.4.2. *Óhjákvæmilegar hömlur*
70. Samningur um rannsóknir og þróun getur ekki fallið undir undanþágu ef hann felur í sér hömlur á hlutaðeigandi fyrirtæki sem eru ekki nauðsynlegar til að áðurgreindum ávinningi verði náð. Í flestum tilvikum koma einstök ákvæði, sem talin eru upp í 5. gr. hópundanþágunnar vegna rannsókna og þróunar, einnig í veg fyrir að hægt sé að veita undanþágu að undangengnu mati á samningnum, og því má líta á þessi ákvæði sem dæmi um hömlur sem eru óþarfar í samstarfinu.
- 2.4.3. *Ekki komið í veg fyrir samkeppni*
71. Undanþága er ekki möguleg ef fyrirtækjunum er þannig gefið færi á að koma í veg fyrir samkeppni að því er varðar verulegan hluta framleiðsluvaranna (eða tækninnar) sem um er að ræða. Ef fyrirtæki er markaðsráðandi eða verður það, annaðhvort á markaði sem fyrir er eða varðandi nýsköpun, í kjölfar samnings um rannsóknir og þróun, sem hefur samkeppnishamlandi áhrif í skilningi 53. gr., verður hann að jafnaði ekki undanþeginn banni 1. mgr 53. gr. Þetta á til dæmis við um nýsköpun ef samningurinn sameinar einu tvö rannsóknarverkefni sem fyrir eru.

#### **Tímasetning matsins og gildistími undanþágunnar**

72. Sérstakan gaum þarf að gefa tímasetningu mats á samningum um rannsóknir og þróun sem ná til sameiginlegrar framleiðslu og markaðssetningar nýrra vara eða tækni.
73. Við upphaf samstarfs um rannsóknir og þróun er oft ekki vitað hversu góður árangur muni nást né heldur er vitað um þætti eins og markaðsstöðu aðilanna eða þróun vöru- eða tæknimarkaða í framtíðinni. Á þeim tíma þegar samstarfið hefst er því aðeins hægt að meta þá vöru- eða tæknimarkaði og/eða nýsköpunarmarkaði sem þá eru fyrir hendi, eins og lýst er í þessum kafla. Ef greining leiðir í ljós að ekki sé líklegt að komið verði í veg fyrir samkeppni getur samningur um rannsóknir og þróun fallið undir undanþágu. Undanþágan varir yfirleitt meðan á rannsókna- og þróunarstigi stendur og, ef um er að ræða sameiginlega framleiðslu og markaðssetningu mögulegra niðurstæðna, einnig á viðbótartímabili þegar möguleg markaðssetning og -kynning stendur yfir. Ástæðan fyrir þessu viðbótartímabili er að fyrstu fyrirtækin til að hasla sér völl á markaði með nýja vöru eða tækni njóta oft mjög hárrar markaðshlutdeildar í upphafi og rannsóknir og þróun sem bera góðan árangur hljóta oft að launum vernd samkvæmt hugverkarétti. Yfirleitt er ekki hægt að túlka sterka markaðsstöðu, sem skapast vegna þessa forskots inn á markaðinn, þannig að komið sé í veg fyrir samkeppni. Því nær hópundanþága vegna samninga um rannsóknir og þróun til sjö ára viðbótartímabils (þ.e. eftir að rannsókna- og þróunarstiginu lýkur), óháð því hvort aðilar ná mikilli markaðshlutdeild innan þess tíma með nýju vörunum eða tækninni. Þetta á einnig við um mat á einstökum tilvikum sem ekki falla undir hópundanþáguna, að því tilskildu að skilyrði 3. mgr. 53. gr. séu uppfyllt að því er varðar aðra þætti samningsins. Þetta útilokar ekki þann möguleika að lengra tímabil en sjö ár geti einnig uppfyllt skilyrði 3. mgr. 53. gr. ef hægt er að sýna fram á að það sé nauðsynlegt lágmarkstímabil til að tryggja viðunandi hagnað af fjárfestingunni sem um ræðir.
74. Ef nýtt mat fer fram á samstarfi um rannsóknir og þróun að því tímabili loknu, til dæmis í kjölfar kvörtunar, verður greiningin að byggjast á ríkjandi markaðsaðstæðum á þeim tíma. Hópundanþágan gildir áfram ef hlutdeild aðilanna á þáverandi viðkomandi markaði er ekki meiri en 25%. Á sama hátt gildir 3. mgr. 53. gr. áfram um samninga um rannsóknir og þróun sem heyrja ekki undir hópundanþáguna að því tilskildu að uppfyllt séu skilyrði fyrir undanþágu.

## 2.5. Dæmi

### 75. 1. dæmi

**Aðstæður:** Tvö stór fyrirtæki starfa á EES-markaðinum fyrir framleiðslu rafmagnsíhluta sem fyrir eru: A (30%) og B (30%). Hvort um sig hefur fjárfest verulega fjárhæð í nauðsynlegum rannsóknum og þróun til að framleiða smágerða rafmagnsíhluti og hafa þróað frumstæð frumeintök. Þau komast að samkomulagi um að samnýta rannsóknir og þróunarstarf með því að koma á fót samstarfsverkefni til að ljúka rannsóknunum og þróuninni og framleiða íhlutina, sem verða aftur seldir til móðurfyrirtækjanna, sem munu markaðssetja þá hvert í sínu lagi. Aðrir aðilar á markaðinum eru lítil fyrirtæki sem ekki hafa nægileg tilföng til að leggja í nauðsynlegar fjárfestingar.

**Greining:** Smágerðir rafmagnsíhlutir, sem búast má við að muni keppa við þá íhluti sem fyrir eru á markaðinum á sumum sviðum, eru nánast ný tækni og greining verður að fara fram á rannsóknarverkefnum sem stefna á þennan framtíðarmarkað. Ef af samstarfsverkefninu verður er aðeins ein aðgönguleið að nauðsynlegri framleiðslutækni, meðan búast má við að A og B fari á markað hvort í sínu lagi með aðskildar vörur. Enda þótt samningurinn gæti haft þá kosti í för með sér að ný tækni yrði til fyrr, þá dregur hann jafnframt úr fjölbreytni og skapar sameiginlega kostnaðarþætti. Auk þess verður að taka tillit til þess möguleika aðilanna að notfæra sér sterka stöðu sína á markaðinum sem fyrir er. Það að engin samkeppni er fyrir hendi á rannsókn- og þróunarstiginu gæti dregið verulega úr hvata þeirra til að flýta fyrir komu nýrrar tækni. Enda þótt hægt væri að bæta úr ýmsum af þessum atriðum með því að krefjast þess af aðilunum að þeir gefi út nýtleysi fyrir lykilþekkingu við framleiðslu smágerðra íhluta til handa þriðju aðilum á sanngjörnum kjörum, kann að vera ómögulegt að bæta úr öllum atriðunum og uppfylla skilyrði fyrir undanþágu.

### 76. 2. dæmi

**Aðstæður:** Lítið rannsóknafyrirtæki, A, sem ekki hefur yfir að ráða eigin sölukerfi, hefur fundið upp og fengið einkaleyfi fyrir lyfi sem byggir á nýrri tækni sem mun valda byltingu í meðferð á tilteknum sjúkdómi. Fyrirtækið A gerir samning um rannsóknir og þróun við stóra lyfjafyrirtækið B en vörur þess hafa fram að þessu verið notaðar við meðferð á sjúkdómnum. Fyrirtækið B er ekki með svipaða rannsókn- og þróunaráætlun. Fyrirtækið B hefur u.þ.b. 75% markaðshlutdeild í öllum EES-rikkjunum að því er varðar vörur sem fyrir eru, en einkaleyfi á þeim renna út á næstu fimm árum. Tvö önnur rannsóknarverkefni eru til á u.þ.b. sama þróunarstigi sem notast við sömu nýju grunntæknina. Fyrirtækið B mun leggja fram verulegt fjármagn og þekkingu í vöruþróun, sem og framtíðaraðgang að markaðinum. Fyrirtækið B fær einkarétt á framleiðslu og dreifingu nýju vörunnar meðan á gildistíma einkaleyfisins stendur. Búist er við að aðilarnir geti sameiginlega komið vörunni á markað á fimm til sjö árum.

**Greining:** Líklegt er að varan verði hluti af nýjum viðkomandi markaði. Aðilarnir leggja til samstarfsins ólík tilföng og hæfni og líkurnar á því að varan komist á markað aukast verulega. Þótt búast megi við að fyrirtækið B hafi verulegan markaðsstyrk á markaðinum sem fyrir er, dregur fljótlega úr honum og tilvist annarra rannsóknarverkefna er líkleg til að koma í veg fyrir að dregið verði úr rannsóknar- og þróunarstarfi. Búast má við að réttur til nýtingar til loka gildistíma einkaleyfisins sé nauðsynlegur til að fyrirtæki B geti lagt í þær umtalsverðu fjárfestingar sem þörf er á og fyrirtækið A hefur ekki möguleika til markaðssetningar á eigin vegum. Því er ólíklegt að samningurinn hamli samkeppni.

### 77. 3. dæmi

**Aðstæður:** Tvö verkfræðifyrirtæki, sem framleiða íhluti í ökutæki, komast að samkomulagi um að koma á fót samstarfsverkefni til að sameina rannsóknir og þróunarstarf sitt og bæta þannig framleiðslu á íhlut sem fyrir er og eiginleika hans. Þau slá einnig saman nýtleysifum sínum fyrir tækni á þessu sviði en halda áfram að framleiða hvort í sínu lagi. Fyrirtækin tvö hafa 15% og 20% markaðshlutdeild á markaði upprunalegs búnaðar. Tveir aðrir stórir samkeppnisaðilar eru á markaðinum auk nokkurra rannsóknáætlana hjá stórum ökutækjaframleiðendum. Á heimsmarkaði nýtleysifa vegna tækni sem þessar vörur byggjast á hafa þeir 20% og 25% hlutdeild, miðað við þær

tekjur sem nytjaleyfin gefa af sér og fyrir hendi er einnig tvenns konar önnur tækni sem mikið er notað. Endingartími ihlutarins er yfirleitt tvö til þrjú ár. Á hverju ári undanfarin fimm ár hefur eitt af stærstu fyrirtækjunum komið fram með nýja tegund eða útfærslu.

**Greining:** Þar sem rannsóknir og þróun hvorugs fyrirtækisins miðar að nýrri vöru eru það markaðimír fyrir ihluti sem fyrir eru og fyrir nytjaleyfi viðkomandi tækni sem taka ber tillit til. Þrátt fyrir að rannsókn- og þróunaráætlanirnar, sem fyrir eru, skarist verulega gæti minni tvíverknaður, sem næst með samstarfi, gert þeim kleift að nota meira fé til rannsókna og þróunar en þau gætu hvort í sínu lagi. Nokkrar aðrar gerðir tækni eru fyrir hendi og sameiginleg markaðshlutdeild aðilanna á markaði upprunalegs búnaðar færir þeim ekki markaðsyfirráð. Þrátt fyrir að markaðshlutdeild á tæknimarkaðinum sé mjög há, eða 45%, er tækni fyrir á markaðinum sem keppir við þau. Auk þeirra er hugsanlegt að ökutækjaframleiðendur, sem ekki veita nytjaleyfi fyrir tækni sinni eins og sakir standa, komi inn á markaðinn og hindri þannig aðilana í því að hækka verðið. Eins og fram kemur í lýsingunni má búast við að samstarfsverkefnið falli undir undanþáguna.

### 3. FRAMLEIÐSLUSAMNINGAR (ÞAR MEÐ TALDIR SAMNINGAR UM SÉRHFÆINGU)

#### 3.1. Skilgreining

78. Framleiðslusamningar geta verið breytilegir að því er varðar form og gildissvið. Þeir geta verið í formi sameiginlegrar framleiðslu í gegnum samstarfsverkefni <sup>(36)</sup>, þ.e. fyrirtæki undir sameiginlegri stjórn sem rekur eina eða fleiri framleiðsludeildir, eða þeim má framfylgja með samningum um sérhæfingu eða undirverktakasamningum þar sem einn aðili samþykkir að sjá um framleiðslu á tiltekinni vöru.
79. Almennt má greina á milli þriggja flokka framleiðslusamninga: í fyrsta lagi er um að ræða sameiginlega framleiðslusamninga, þar sem aðilar samþykkja að framleiða tilteknar vörur í sameiningu, í öðru lagi einhliða eða gagnkvæma samninga um sérhæfingu, þar sem annar aðilinn eða báðir samþykkja að hætta framleiðslu á tiltekinni vöru og kaupa hana þess í stað af gagnaðilanum, og í þriðja lagi undirverktakasamninga, þar sem einn aðili („verktaki“) felur öðrum aðila („undirverktaka“) framleiðslu á vöru.
80. Undirverktakasamningar eru lóðréttir samningar. Þeir heyrja því undir hópundanþáguna og leiðbeiningarnar um lóðréttar takmarkanir að því marki sem þeir innihalda samkeppnishömlur. Þó eru tvær undantekningar á þessari reglu: Undirverktakasamningar, sem gerðir eru milli samkeppnisaðila <sup>(37)</sup> og undirverktakasamningar, sem gerðir eru milli fyrirtækja sem eiga ekki í samkeppni og fela í sér framsal verkþekkingar til undirverktakans <sup>(38)</sup>.
81. Undirverktakasamningar milli samkeppnisaðila, heyrja undir þessar leiðbeiningar <sup>(39)</sup>. Leiðbeiningar við mat á undirverktakasamningum milli fyrirtækja sem ekki eiga í samkeppni og fela í sér framsal verkþekkingar til undirverktakans, eru gefnar í sérstakri tilkynningu <sup>(40)</sup>.

<sup>(36)</sup> Eins og fram kom hér að framan fjalla þessar leiðbeiningar ekki um samstarfsverkefni sem heyrja undir 57. gr. EES-samningsins. Fullvirkt samstarfsverkefni (Full-function joint ventures) undir stæðum EFTA eða bandalagsins heyrja yfirleitt undir samkeppnisyrivöld EES-rikkanna. Beiting II. kafla bóknar 4 við samninginn um eftirlitsstofnun og dómstól ætti einungis við ef slíkt fullvirkt samstarfsverkefni leiddi til takmarkana á samkeppni sem stafaði af samræmdri viðskiptahegðun móðurfyrirtækjanna utan sameiginlega fyrirtækisins („smitáhrif“ („spill-over effect“)). Framkvæmdastjórn Evrópubandalaganna hefur lýst því yfir í þessu sambandi að hún muni láta aðildarríkjum Evrópusambandsins eftir mat á slíkri starfsemi að svo miklu leyti sem unnt er (sjá yfirlýsingu fyrir fundargerð ráðsins um reglugerð (EB) nr. 1310/97, 4. lið). Eftirlitsstofnun EFTA mun beita svipuðum grundvallarreglum gagnvart EFTA-rikkjunum.

<sup>(37)</sup> Sjá 4. mgr. 2. gr. hópundanþágunnar um lóðréttar takmarkanir.

<sup>(38)</sup> Sjá 3. mgr. 2. gr. hópundanþágunnar um lóðréttar takmarkanir. Sjá einnig 33. mgr. leiðbeininganna um lóðréttar takmarkanir þar sem segir að samkomulag við undirverktaka, sem gert er milli fyrirtækja sem ekki eiga í samkeppni og felur í sér að kaupandi láti birgi eingöngu í té forskriftir sem lýsa vörunum eða þjónustunni sem veita skal, heyrir undir hópundanþáguna um lóðréttar takmarkanir.

<sup>(39)</sup> Kveði undirverktakasamningur, sem gerður er milli samkeppnisaðila, á um að verktaki hætta framleiðslu vörunnar, sem samningurinn snýst um, er samningurinn einhliða samningur um sérhæfingu og heyrir, að uppfylltum tilteknum skilyrðum, undir hópundanþágu vegna sérhæfingar.

<sup>(40)</sup> Tilkynning Eftirlitsstofnunar EFTA um mat á tilteknum undirverktakasamningum í tengslum við 1. mgr. 53. gr. EES-samningsins, Stjtið. L 153, 18.6.1994, bls. 30 og EES-viðbætur við Stjórnartíðindi Evrópubandalagsins nr. 15, 18.6.1994, bls. 29.

### 3.2. Viðkomandi markaðir

82. Til að unnt sé að meta hvernig samkeppni er háttáð milli samstarfsaðilanna verður að byrja á að skilgreina viðkomandi vöru og landfræðilegan markað eða markaði sem samstarfið snertir beint (þ.e. markaðinn eða markaðina sem vörurnar, sem heyra undir samninginn, tilheyra). Í öðru lagi kann framleiðslusamningur á einum markaði einnig að hafa áhrif á samkeppnishegðun aðilanna á fráliggjandi (downstream) eða aðliggjandi (upstream) eða á nærliggjandi (neighbouring) markaði sem er nátengdur markaðinum, sem samstarfið snertir beint <sup>(41)</sup> (svonefndir „smitmarkaðir“ („spill-over markets“)). Hins vegar geta smitáhrif aðeins átt sér stað ef samstarf á einum markaði leiðir nauðsynlega af sér samræmingu á samkeppnishegðun á öðrum markaði, þ.e. ef markaðirnir eru tengdir innbyrðis og aðilarnir hafa sterka markaðsstöðu á smitmarkaðinum.

### 3.3. Mat samkvæmt 1. mgr. 53. gr.

#### 3.3.1. Eðli sammingsins

83. Meginástæða skertrar samkeppni, sem kann að koma upp vegna framleiðslusamninga, er samræming aðila á samkeppnishegðun sinni sem birgjar. Slík vandamál fyrir samkeppni koma upp þar sem samstarfsaðilarnir eru raunverulegir eða mögulegir samkeppnisaðilar á a.m.k. einum þessara viðkomandi markaða, þ.e. á mörkuðum sem snerta samstarfið beint og/eða á mögulegum smitmörkuðum.
84. Sú staðreynd að aðilarnir eru samkeppnisaðilar hefur ekki sjálfkrafa í för með sér að þeir samræmi hegðun sína. Auk þess þurfa aðilarnir yfirleitt að hafa samstarf um umtalsverðan hluta starfsemi sinnar til unnt sé að sameina kostnaðarþætti að verulegu leyti. Því stærri sem hlutur sameiginlegs kostnaðar er, þeim mun meiri líkur eru á takmörkunum á verðsamkeppni, einkum þegar um er að ræða einsleitar vörur.
85. Auk þess sem samræming getur verið áhyggjuefni geta framleiðslusamningar einnig valdið þriðju aðilum vanda með því að hindra markaðsaðgang þeirra og með öðrum neikvæðum áhrifum. Þau orsakast ekki af samkeppni milli aðilanna heldur sterkri markaðsstöðu a.m.k. eins aðilans (t.d. á aðliggjandi markaði lykilhluta, sem gerir aðilunum kleift að auka kostnað keppnauta sinna á fráliggjandi markaði) en þýðing hennar getur vaxið við aukin eða viðbótar lóðrétt tengsl samstarfsaðilanna. Þess vegna þarf að einkum að kanna möguleikann á hindrun á markaðsaðgangi þegar um er að ræða sameiginlega framleiðslu á mikilvægum íhlut og undirverktakasamninga (sjá hér á eftir).

#### 3.3.1.1. Samningar sem heyra ekki undir 1. mgr. 53. gr.

86. Framleiðslusamningar milli fyrirtækja, sem eiga ekki í samkeppni, heyra yfirleitt ekki undir 1. mgr. 53. gr. nema upp komi vandamál vegna hindrana á markaðsaðgangi. Þetta á einnig við um samninga þar sem gert er ráð fyrir að aðföng eða íhlutir, sem fyrirtæki hafa fram að því framleitt til eigin nota (captive production), séu keyptir af þriðju aðilum á grundvelli undirverktakasamnings eða einhliða sérhæfingarsamnings, nema eitthvað bendi til þess að fyrirtækið, sem fram að því hafði aðeins framleitt til eigin nota, hefði getað komist inn á viðskiptamarkað (merchant market) fyrir sölu til þriðju aðila án þess að leggja í verulegan viðbótarkostnað eða taka áhættu sem andsvar við litlum en stöðugum breytingum á verði á viðkomandi markaði.
87. Það er jafnvel ekki sjálfgefið að framleiðslusamningar milli samkeppnisaðila heyri undir 1. mgr. 53. gr. Í fyrsta lagi er ekki hægt að skilgreina samstarf milli fyrirtækja, sem keppa á mörkuðum sem eru nátengdir markaðinum sem samstarfið snertir beint, sem samkeppnishamlandi ef samstarfið er eina mögulega leiðin, í viðskiptalegu tilliti, til að opna sér leið inn á nýjan markað, markaðssetja nýja vöru eða þjónustu eða leggja í ákveðið verkefni.
88. Í öðru lagi er mjög ólíklegt að samkeppnishegðun aðilanna verði fyrir áhrifum ef einungis lítill hluti heildarkostnaðar aðilanna er sameiginlegur. Til dæmis má búast við að

<sup>(41)</sup> Um þetta er getið um í 4. mgr. 2. gr. gerðarinnar sem um getur í 1. lið XIV. viðauka við EES-samninginn (reglugerð (EBE) nr. 4064/89 (Stjtið. EB L 395, 30.12.1989, bls. 1. Leiðrétt útgáfa Stjtið. EB L 257, 21.9.1990, bls. 13), eins og henni var síðast breytt með reglugerð (EB) nr. 1310/97 (Stjtið. EB L 180, 9.7.1997, bls. 1), samrunatilkipunin).

heildarkostnaðarþættir sameinist aðeins að litlu leyti þegar tvö eða fleiri fyrirtæki komast að samkomulagi um sérhæfingu/sameiginlega framleiðslu millistigsvöru sem svarar einungis til lítills hlutfalls af framleiðslukostnaði fullunninnar vöru og, þar af leiðandi, heildarkostnaði. Sama gildir um undirverktakasamninga, sem gerðir eru milli samkeppnisaðila, ef aðföng, sem einn samkeppnisaðili kaupir af öðrum, svara einungis til lítills hlutfalls af framleiðslukostnaði fullunninnar vöru. Ennfremur má gera ráð fyrir að sameiginlegur kostnaður teljist ekki mikill ef það sem aðilarnir framleiða í sameiningu af fullunninni vöru svarar aðeins til lítills hluta heildarframleiðslu þeirra af fullunnu vörunni. Jafnvel þótt verulega hátt hlutfall sé framleitt sameiginlega getur verið að heildarkostnaðarþættir séu einungis sameiginlegir að litlu leyti eða í meðallagi mikið ef samstarfið snýst um misleitir vörur sem eru dýrar í markaðssetningu.

89. Í þriðja lagi heyra undirverktakasamningar, sem gerðir eru milli samkeppnisaðila, ekki undir 1. mgr. 53. gr. ef þeir takmarkast við staka sölu eða innkaup á viðskiptamarkaði án frekari skuldbindinga og án þess að vera hluti af víðtækari viðskiptatengslum milli aðilanna <sup>(42)</sup>.

### 3.3.1.2. Samningar sem heyra nær alltaf undir 1. mgr. 53. gr.

90. Samningar um að fastsetja verð á birgðum aðilanna fyrir markað, takmarka framleiðslumagn eða deila með sér mörkuðum eða hópum viðskiptavina hafa takmörkun samkeppni að markmiði og heyra nær alltaf undir 1. mgr. 53. gr. Þó eru undantekningar frá þessari reglu:

- ef aðilarnir komast að samkomulagi um hversu mikið skuli framleitt af því sem framleiðslusamningurinn snertir beint (þ.e. afköst (capacity) og framleiðslumagn samstarfsverkefnis eða samkomulag um hversu mikils eigi að afla með utankaupum), eða
- ef söluverð framleiðsluvaranna er ákveðið innan samstarfsverkefnis um framleiðslu, sem tekur einnig til dreifingar þeirra, að því tilskildu að verðsamráð innan samstarfsverkefnis sé afleiðing þess að hinir ólíku starfsþættir séu sameinaðir <sup>(43)</sup>.

Í báðum tilvikum verður samningur um framleiðslumagn eða verð ekki metinn sérstaklega í því skyni að ákvarða hvort 1. mgr. 53. gr. á við heldur í ljósi heildaráhrifa samstarfsverkefnisins á markaðinn.

### 3.3.1.3. Samningar sem kunna að heyra undir 1. mgr. 53. gr.

91. Ef ekki er hægt að skera ótvírætt úr um hvort framleiðslusamningar séu samkeppnishamlandi eða ekki á grundvelli framangreindra þátta kunna þeir að falla undir 1. mgr. 53. gr. <sup>(44)</sup> og verður þá að greina þá í sínu efnahagslega samhengi. Þetta á við um samstarfssamninga milli samkeppnisaðila sem hafa í för með sér að sameina má kostnaðarþætti að verulegu leyti en fela ekki í sér grófar samkeppnishindranir, eins og lýst er hér að framan.

### 3.3.2. Markaðsstyrkur og gerðir markaða

92. Byrjað er á að greina stöðu aðilanna á viðkomandi markaði eða mörkuðum. Ástæðan fyrir því er sú að án markaðsstyrks er ekkert sem hvetur aðila að framleiðslusamningi til að samræma samkeppnishegðun sína sem birgjar. Og jafnvel þótt aðilar samræmdu hegðun sína hefði það engin áhrif á samkeppni á markaði ef þeir hafa engan markaðsstyrk.
93. Ekki eru til nein algild markaðshlutdeildarviðmiðunarmörk sem gefa til kynna að framleiðslusamningur skapi einhvers konar markaðsstyrk og falli því undir 1. mgr. 53. gr. Einhliða eða gagnkvæmir samningar um sérhæfingu, svo og um sameiginlega framleiðslu, njóta þó hópundanþágu að því tilskildu að þeir séu gerðir milli aðila með sameiginlega markaðshlutdeild sem fer ekki yfir 20% á viðkomandi markaði og að önnur skilyrði fyrir beitingu hópundanþágu vegna sérhæfingar séu uppfyllt. Því þarf aðeins að

<sup>(42)</sup> Eins og allir undirverktakasamningar getur slíkur samningur þó heyrt undir 1. mgr. 53. gr. ef í honum felast lóðréttar takmarkanir, svo sem takmarkanir á óvirkri sölu, ákvæði um bindandi endursöluverð, o.s.frv.

<sup>(43)</sup> Samstarfsverkefni um framleiðslu, sem tekur einnig til sameiginlegrar dreifingar, er þó oftast fullvirkt samstarfsverkefni.

<sup>(44)</sup> Samkvæmt 3. lið 2. mgr. 4. gr. í II. kafla bókunar 4 við samninginn um eftirlitsstofnun og dómstól er, við tiltekin skilyrði, ekki skylda að tilkynna Eftirlitsstofnun EFTA um samninga sem snúast einungis um framleiðslu vara. Þó er heimilt að tilkynna um þá.

greina samkeppnishamlandi áhrif samninga, sem heyra undir hópundanþáguna vegna sérhæfingar, ef sameiginleg markaðshlutdeild aðilanna fer yfir 20%.

94. Þörf er á ítarlegri greiningu á samningum sem ekki heyra undir hópundanþáguna vegna sérhæfingar. Byrjað er á að kanna markaðsstöðu aðilanna. Þar á eftir fylgir yfirlétt hlutfall samþjöppunar og fjöldi þátttakenda, sem og aðrir þættir eins og lýst er í 1. kafla.
95. Yfirlétt tekur greiningin einungis til viðkomandi markaðar eða markaða sem samstarfið hefur bein áhrif á. Við tilteknað aðstæður, svo sem ef aðilarnir hafa mjög sterka, sameiginlega stöðu á aðliggjandi eða fráliggjandi mörkuðum eða á mörkuðum sem tengjast á annan hátt náði mörkuðunum sem samstarfið hefur bein áhrif á, getur greiningin einnig þurft að ná til þessara smitmarkaða. Þetta á einkum við um samvinnu fyrirtækja á aðliggjandi mörkuðum sem hafa einnig sterka, sameiginlega markaðsstöðu á fráliggjandi markaði. Á sama hátt getur þurft að kanna vandamál vegna hindrunar á markaðsaðgangi ef aðilarnir hafa hver um sig sterka stöðu annaðhvort sem birgjar eða kaupendur aðfanga.

#### **Markaðsstaða aðilanna, hlutfall samþjöppunar, fjöldi þátttakenda og aðrir þættir sem varða markaðsgerð.**

96. Ef sameiginleg markaðshlutdeild aðilanna er hærri en 20% verður að meta líkleg áhrif framleiðslusamnings á markaðinn. Í þessu sambandi er samþjöppun á markaði, sem og markaðshlutdeild, mikilvægur þáttur. Því hærri sem sameiginleg markaðshlutdeild aðilanna er þeim mun meiri er samþjöppunin á viðkomandi markaði. Þó felur markaðshlutdeild, sem er nokkuð hærri en leyft er samkvæmt sérhæfingarhópundanþágunni, ekki endilega í sér hátt hlutfall samþjöppunar. Til dæmis geta aðilar haft sameiginlega markaðshlutdeild sem er svolítið hærri en 20% á markaði þar sem samþjöppun er hófleg (HHI undir 1800<sup>(45)</sup>). Við slíkar aðstæður eru samkeppnishamlandi áhrif ólíkleg. Á markaði þar sem samþjöppun er hins vegar meiri getur markaðshlutdeild, sem er umfram 20%, ásamt öðrum atriðum haft samkeppnishömlur í för með sér (sjá einnig 1. dæmi hér á eftir). Þessi mynd getur hins vegar breyst ef markaðurinn er mjög framsækinn, nýir þátttakendur koma inn á markaðinn og markaðsstaða breytist ört.
97. Þegar um er að ræða sameiginlega framleiðslu geta netáhrif, þ.e. tengsl milli verulegs fjölda samkeppnisaðila, einnig gegnt mikilvægu hlutverki. Á markaði þar sem samþjöppun er veruleg getur myndun einna tengsla til viðbótar fyllt mælinn og gert leynileg samráð á markaðinum líkleg, jafnvel þótt sameiginleg markaðshlutdeild aðilanna sé töluverð, en þó hófleg (sjá 2. dæmi hér á eftir).
98. Við tilteknað aðstæður getur samstarf milli mögulegra samkeppnisaðila einnig valdið áhyggjum vegna skertrar samkeppni. Þetta takmarkast þó við tilvik þar sem sterkur aðili á einum markaði hefur samstarf við fyrirtæki sem raunhæft er að álykta að geti hugsanlega komið inn á markaðinn, til dæmis sterkan birgi með sömu vöru eða þjónustu á nærliggjandi, landfræðilegum markaði. Þegar dregur úr mögulegri samkeppni skapast sérstök vandamál ef raunveruleg samkeppni stendur þegar höllum fæti og sá sem hótar innkomu á markaðinn er völdugur samkeppnisaðili.

#### **Samvinna á aðliggjandi markaði**

99. Sameiginleg framleiðsla mikilvægs ihlutar eða annarra aðfanga fyrir fullunna vöru aðilanna getur valdið neikvæðum markaðsáhrifum við tilteknað aðstæður:
  - Útilokunaráhrif (sjá 3. dæmi hér á eftir), ef aðilar hafa sterka stöðu á viðkomandi aðfangamarkaði (lausum markaði (non-captive use)) og ekki verður skipt á vörum til eigin nota og vörum ætluðum á lausan markað ef lítil en varanleg hækkun verður á verði vörunnar sem um ræðir.

<sup>(45)</sup> Sjá 29. lið hér að framan.

- Smitáhrif (sjá 4. dæmi hér á eftir) að því tilskildu að aðföngin séu mikilvægur kostnaðarliður og að aðilarnir hafi sterka stöðu á á frálíggjandi markaði fullunnu vörunnar.

#### Undirverktakasamningar við samkeppnisaðila

100. Svipuð vandamál geta komið upp ef fyrirtæki notar samkeppnisaðila sem undirverktaka við framleiðslu mikilvægs íhlutar eða annarra aðfanga fyrir fullunna vöru sína. Þetta getur einnig haft í för með sér:
  - útilokunaráhrif ef aðilar hafa sterka stöðu annaðhvort sem birgjar eða kaupendur á viðkomandi aðfangamarkaði (lausum markaði). Samningar við undirverktaka geta þá annaðhvort valdið því að aðrir samkeppnisaðilar geti ekki aflað sér þessara aðfanga á samkeppnishæfu verði eða að aðrir birgjar geti ekki látið aðföngin í té á samkeppnishæfan hátt ef stór hluti af eftirspurninni tapast.
  - smitáhrif að því tilskildu að aðföngin séu mikilvægur kostnaðarliður og að aðilarnir hafi sterka stöðu á frálíggjandi markaði fullunnu vörunnar.

#### Samningar um sérhæfingu

101. Gagnkvæmir samningar um sérhæfingu milli aðila með markaðshlutdeild yfir þeim viðmiðunarmörkum sem sett eru í hópundanþágunni falla nær alltaf undir 1. mgr. 53. gr. og þá samninga þarf að skoða vandlega vegna hættu á uppskiptingu markaðarins (sjá 5. dæmi hér á eftir).

### 3.4. Mat samkvæmt 3. mgr. 53. gr.

#### 3.4.1. Efnahagslegur ávinningur

102. Gera má ráð fyrir að flestar gerðir framleiðslusamninga hafi í för með sér einhvern efnahagslegan ávinning sem kemur fram í stærðarhagkvæmni eða hagkvæmni aukins umfangs, nema markmiðið með þeim sé verðsamráð, takmarkanir á framleiðslumagni eða skipting markaða og viðskiptavina. Með hliðsjón af þessu virðist skynsamlegt að mæla fyrir um undanþágu fyrir slíka samninga, sem hafa í för með sér samkeppnishömlur, milli aðila með markaðshlutdeild undir tilteknum viðmiðunarmörkum, en líta má svo á að undir þeim mörkum vegi jákvæð áhrif framleiðslusamninga þyngra en neikvæð áhrif þeirra á samkeppni að því er varðar 3. mgr. 53. gr. Því njóta einhliða eða gagnkvæmir samningar um sérhæfingu, sem og um sameiginlega framleiðslu, hópundanþágu (hópundanþága vegna sérhæfingar) að því tilskildu að þeir feli ekki í sér grófar samkeppnishindranir (sjá 5. gr.) og að þeir séu gerðir milli aðila með sameiginlega markaðshlutdeild sem ekki fer yfir 20% á viðkomandi markaði eða mörkuðum.
103. Að því er varðar samninga, sem ekki heyra undir hópundanþágu, verða aðilar að sýna fram á að þeir hafi haft í för með sér umbætur á framleiðslu eða aðra hagkvæmni. Ekki er hægt að taka tillit til hagkvæmni sem aðeins er samningsaðilunum til hagsbóta eða kostnaðarlækkana sem nást með því að draga úr framleiðslumagni eða skiptingu markaða.

#### 3.4.2. Óhjákvæmilegar hömlur

104. Hömlur sem ganga lengra en þörf er á til að ná þeim efnahagslega ávinningi, sem um getur hér að framan, verða ekki samþykktar. Til að mynda er óheimilt að setja hömlur á samkeppnishegðun aðilanna varðandi framleiðslumagn utan samstarfsins.

#### 3.4.3. Ekki komið í veg fyrir samkeppni

105. Undanþága er ekki möguleg ef fyrirtækjunum er gefið færi á að koma í veg fyrir samkeppni að því er varðar verulegan hluta framleiðsluvaranna sem um er að ræða. Þegar fyrirtæki er markaðsráðandi, eða verður markaðsráðandi í kjölfar framleiðslusamnings, verður slíkur samkeppnishamlandi samningur að jafnaði ekki undanþeginn banni 1. mgr. 53 greinar. Þetta

verður að greina á þeim viðkomandi markaði sem vörurnar, sem falla undir samstarfið, tilheyra og mögulegum smitmörkuðum.

### 3.5. Dæmi

#### Sameiginleg framleiðsla

106. Dæmin tvö hér á eftir eru ímynduð tilvik um skerta samkeppni á viðkomandi markaði sem sameiginlega framleiddar vörur tilheyra.

107. 1. dæmi

**Aðstæður:** Tveir birgjar grunnefnavörunnar X, fyrirtækin A og B, ákveða að byggja nýja verksmiðju sem stýrt verður af samstarfsverkefni. Þessi verksmiðja mun framleiða um það bil 50% af heildarframleiðslumagni þeirra. X er einsleit vara og ekki hægt að skipta henni út fyrir aðrar vörur, þar af leiðandi myndar hún ein og sér viðkomandi markað. Markaðurinn er frekar staðnaður. Aðilarnir munu ekki auka heildarframleiðslumagn verulega heldur loka tveimur eldri verksmiðjum og flytja framleiðsluna yfir í nýju verksmiðjuna. A og B hafa 20% markaðshlutdeild hvor um sig. Þrír aðrir mikilvægir birgjar eru á markaðinum, hver með 10-15% markaðshlutdeild, og nokkrir minni aðilar.

**Greining:** Búast má við að þetta samstarfsverkefni hefði áhrif á samkeppnishegðun aðilanna vegna þess að samræming gæfi þeim umtalsverðan markaðsstyrk og jafnvel markaðsyfírráð. Líklegt er að alvarlegar takmarkanir leiði af samstarfsverkefninu. Ólíklegt er að aukin hagkvæmni, sem vegi þyngra en þessar afleiðingar, náist við slíkar aðstæður þar sem ekki má búast við verulegri aukningu á framleiðslumagni.

108. 2. dæmi

**Aðstæður:** Tveir birgjar, A og B, stofna til samstarfsverkefnis um framleiðslu á sama viðkomandi markaði og í 1. dæmi. 50% af heildarframleiðslu aðilanna er einnig framleitt innan samstarfsverkefnisins. A og B hafa 15% markaðshlutdeild hvor um sig. Á markaðinum eru þrír aðilar til viðbótar: C með 30% markaðshlutdeild, D með 25% og E með 15%. B og E eiga fyrir sameiginlega verksmiðju.

**Greining:** Í þessu tilviki einkennist markaðurinn af mjög fáum þátttakendum og samhverfri uppbyggingu. Samstarfsverkefnið skapar viðbótartengsl milli þátttakendanna. Samræming milli A og B myndi í reynd auka samþjöppun auk þess að tengja E við A og B. Búast má við að slíkt samstarf hafi alvarleg hamlandi áhrif og, líkt og í 1. dæmi, er ekki hægt að búast við mikilli hagkvæmni.

109. 3. dæmið snertir einnig viðkomandi markað sem sameiginlega framleiddar vörur tilheyra, en sýnir fram á mikilvægi annarra viðmiðana en markaðshlutdeildar (hér: skipt milli framleiðslu til eigin nota og sem ætluð er fyrir lausan markað).

110. 3. dæmi

**Aðstæður:** A og B setja upp samstarfsverkefni um framleiðslu á millistigsvörinni X, með því að endurskipuleggja núverandi verksmiðjur. Innan samstarfsverkefnisins er X einungis selt til A og B. Innan þess fer fram 40% af heildarframleiðslu A á vörinni X og 50% af heildarframleiðslu B. A og B framleiða X til eigin nota og eru einnig birgjar fyrir lausan markað (non-captive market). Hluttur A í heildarframleiðslu á vörinni X er 10%, hluttur B er 20% og hluttur samstarfsverkefnisins er 14%. Markaðshlutdeild A er hins vegar 25% og B 35% ef ekki er tekið tillit til þeirrar framleiðslu sem er til eigin nota.

**Greining:** Þrátt fyrir sterka stöðu aðilanna á lausum markaði getur verið að samstarfið komi ekki í veg fyrir skilvirka samkeppni á markaðinum fyrir X ef kostnaður við að skipta úr framleiðslu til eigin nota yfir í framleiðslu fyrir lausan markað er lítill.

Þó gætu einungis mjög hröð skipti vegið upp á móti 60% markaðshlutdeild sem er mikil. Að öðru leyti má búast við að þetta framleiðsluverkefni valdi alvarlegum samkeppnisvanda sem jafnvel verulegur efnahagslegur ávinningur vegur ekki upp á móti.

111. 4. dæmi fjallar um samstarf um mikilvæga millistigsvöru með smitáhrif á fráliggjandi markaði.

112. 4. dæmi

**Aðstæður:** A og B stofna til samstarfsverkefnis um framleiðslu á millistigsvörunni X. Fyrirtækin munu loka eigin verksmiðjum, sem hafa framleitt X, og samstarfsverkefnið mun eitt uppfylla allar þarfir þeirra varðandi X. Millistigsvaran svarar til 50% af heildarkostnaði við fullunnu vöruna Y. A og B hafa 20% markaðshlutdeild hvor um sig á markaði Y. Tveir aðrir mikilvægir birgjar fyrir Y eru á markaðinum, hvor með 15% markaðshlutdeild, og nokkrir minni aðilar.

**Greining:** Í þessu dæmi er hlutfall sameiginlegra kostnaðarþátta hátt, auk þess sem aðilarnir myndu auka við markaðsstyrk sinn með samræmingu á hegðun sinni á markaði Y. Samkeppnisvandi skapast og matið er nær samhljóða og í 1. dæmi þrátt fyrir að hér eigi samvinnan sér stað á á aðliggjandi markaði.

### Gagnkvæm sérhæfing

113. 5. dæmi

**Aðstæður:** A og B framleiða og dreifa einsleitu vörunum X og Y sem tilheyra ólíkum mörkuðum. Markaðshlutdeild A í X er 28% og í Y er hún 10%. Markaðshlutdeild B í X er 10% og í Y er hún 30%. Í því skyni að ná fram stærðarhagkvæmni gera þeir með sér gagnkvæman sérhæfingarsamning sem kveður á um að í framtíðinni framleiði A eingöngu vöruna X og B eingöngu vöruna Y. Báðir aðilar samþykkja innbyrðis viðskipti svo að þeir haldi báðir stöðu sinni á mörkuðunum sem birgjar. Vegna einsleits eðlis varanna er dreifingarkostnaður í lágmarki. Á markaðinum eru tveir aðrir framleiðendur, sem einnig eru birgjar, varanna X og Y með u.þ.b. 15% markaðshlutdeild hvor, aðrir birgjar hafa 5-10% hlutdeild.

**Greining:** Kostnaður er að mjög verulegu leyti sameiginlegur, aðeins hinn tiltölulega litli dreifingarkostnaður er aðskilinn. Af þessu leiðir að mjög lítið svigrúm er fyrir samkeppni. Aðilarnir myndu ná markaðsstyrk með því að samræma hegðun sína á mörkuðum fyrir X og Y. Auk þess er líklegt að framboð aðilanna af vörunni Y frá A og X frá B muni minnka með tímanum. Í þessu tilviki skapast samkeppnisvandi sem ólíklegt er að stærðarhagkvæmni vegi upp á móti.

Annað kynni að vera uppi á teningnum ef vörurnar X og Y væru misleitir vörur og hlutfall markaðssetningar- og dreifingarkostnaðar væri mjög hátt (svo sem 65-70% af heildarkostnaði). Enn fremur ef framboð heillar vörulínu vara, sem greinarmunur er á, væri skilyrði fyrir árangursríkri samkeppni væri ólíklegt að einn eða fleiri aðilar drægju sig í hlé sem birgjar fyrir vörurnar X og/eða Y. Við slíkar aðstæður gæti verið að skilyrðin fyrir undanþágu væru uppfyllt (að því tilskildu að hagkvæmnin sé umtalsverð) þrátt fyrir háa markaðshlutdeild.

### Undirverktakasamningar við samkeppnisaðila

114. 6. dæmi

**Aðstæður:** A og B eiga í samkeppni á markaði með fullunnu vöruna X. A hefur 15% markaðshlutdeild en B 20%. Báðir aðilar framleiða einnig millistigsvöruna Y, sem er notuð við framleiðslu X en er einnig notuð til að framleiða aðrar vörur. Hún svarar til 10% af kostnaði við vöruna X. A framleiðir vöruna Y einungis til eigin nota en B selur Y einnig til þriðju aðila. Hlutdeild þess á markaði Y er 10%. A og B gera með sér undirverktakasamning en samkvæmt

honum mun A kaupa 60% af því sem það þarf af vörunni Y af B. Það mun halda áfram að framleiða 40% af því sem það þarf til eigin nota í því skyni að tapa ekki þekkingunni sem þarf til framleiðslu vörunnar Y.

**Greining:** Þar sem A hefur einungis framleitt vöruna Y til eigin nota þarf fyrst að greina hvort raunhæft sé að álykta að A muni mögulega koma inn á viðskiptamarkað fyrir sölu á Y til þriðju aðila. Ef sú er ekki raunin hefur samningurinn ekki í för með sér samkeppnishömlur varðandi vöruna Y. Smitáhrif á markaði fyrir vöruna X eru einnig ólíkleg með tilliti til þess hve samningurinn felur í sér litla sameiningu á kostnaðarþáttum.

Ef raunhæft er að A muni koma inn á viðskiptamarkað fyrir sölu á vörunni Y til þriðju aðila, þarf að taka tillit til markaðsstöðu B á markaði fyrir Y. Þar sem markaðshlutdeild B er fremur lítil breytir það ekki niðurstöðum greiningarinnar.

#### 4. SAMNINGAR UM INNKAUP

##### 4.1. Skilgreining

115. Þessi kafli fjallar einkum um samninga um sameiginleg vöruinnkaup. Sameiginleg innkaup geta farið fram í gegnum fyrirtæki undir sameiginlegri stjórn, fyrirtæki sem mörg fyrirtæki eiga lítinn hlut í, á grundvelli samnings eða jafnvel með óformlegra samstarfi.
116. Innkaupasamningar eru oft gerðir milli lítilla og meðalstórra fyrirtækja til að geta keypt það magn og fengið þá afslætti sem bjóðast stærri samkeppnisaðilum. Slíkir samningar milli lítilla og meðalstórra fyrirtækja eru því yfirleitt samkeppnishvetjandi. Enda þótt í meðallagi mikill markaðsstyrkur skapist gæti stærðarhagkvæmni vegið upp á móti honum, að því tilskildu að aðilarnir leggi í raun saman magnið sem keypt er inn (bundle volume).
117. Samningar um sameiginleg innkaup geta verið bæði lóðréttir og láréttir. Í þeim tilvikum er tveggja þrepa greining nauðsynleg. Í fyrsta lagi þarf að meta lárétta samninga samkvæmt meginreglunum sem lýst er í þessum leiðbeiningum. Ef niðurstaða matsins er sú að hægt sé að samþykka innkaupasamstarf milli samkeppnisaðila er þörf á frekara mati til að kanna lóðréttu samninga sem gerðir eru við birgja eða staka seljendur. Um síðara matið fer eftir reglum hópundanþágu og leiðbeininga um lóðréttar takmarkanir <sup>(46)</sup>.
118. Dæmi um slíkt væri félag myndað af hópi smásala um sameiginleg vöruinnkaup. Láréttir samningar, sem gerðir eru milli aðila að félaginu eða ákvarðanir teknar af félaginu verður að meta fyrst sem láréttan samning samkvæmt þessum leiðbeiningum. Ef niðurstaða þess mats er jákvætt reynir á mat á lóðréttum samningum sem fylgja í kjölfarið milli félagsins og einstakra aðila þess eða milli félagsins og birgja. Um þessa samninga gildir hópundanþágan fyrir lóðréttar takmarkanir upp að vissu marki <sup>(47)</sup>. Ekki er gengið út frá að samningar sem falla utan hópundanþágunnar, séu ólöglegir en vera kann að sérstök rannsókn á þeim sé nauðsynleg.

##### 4.2. Viðkomandi markaðir

119. Sameiginleg innkaup geta haft áhrif á tvo markaði: Í fyrsta lagi markaðinn eða markaðina sem samstarfið hefur bein áhrif á, þ.e. viðkomandi innkaupamarkað eða -markaði. Í öðru lagi sölumarkaðinn eða -markaðina, þ.e. fráliggjandi markað eða markaði þar sem þátttakendur í sameiginlegu innkaupunum eru virkir sem seljendur.
120. Skilgreiningin á viðkomandi innkaupamörkuðum fylgir meginreglunum sem lýst er í tilkynningu Eftirlitsstofnunarinnar um skilgreiningu á viðkomandi markaði og byggist á hugtakinu „staðgöngu“, sem notað er til að bera kennsl á samkeppnisaðhald (competitive constraints). Eini munurinn á henni og skilgreiningunni á „sölumörkuðum“ er að staðganga ákvarðast út frá framboði en ekki eftirspurn. Með öðrum orðum eru það möguleikarnir sem birgjarnir hafa til

<sup>(46)</sup> Sjá 29. mgr. í leiðbeiningum um lóðréttar takmarkanir.

<sup>(47)</sup> Sjá 2. mgr. 2. gr. hópundanþágunnar um lóðréttar takmarkanir.

að selja vörur sínar sem hafa úrslitaáhrif við mat á samkeppnislegu aðhaldi kaupendanna. Þetta má t.d. greina með því að rannsaka viðbrögð birgjanna við lítilli en viðvarandi *verðlækkun*. Ef búið er að skilgreina markaðinn er unnt að reikna út markaðshlutdeildina sem hlutfall innkaupa hlutaðeigandi aðila af heildarsölu á viðkomandi vöru- eða þjónustumarkaði.

121. 1. dæmi

Hópur bílaframleiðenda ákveður að sameinast um innkaup á vörunni X. Sameiginleg innkaup þeirra á X samsvara 15 einingum. Heildarsala á X til bílaframleiðenda samsvarar 50 einingum. Hins vegar er varan X einnig seld framleiðendum annarra vara en bíla. Heildarsala á X samsvarar 100 einingum. Af þessum sökum er markaðshlutdeild hópsins 15% af (innkaupa)markaðinum.

122. Séu aðilarnir auk þess samkeppnisaðilar á einum eða fleiri sölumörkuðum skipta þeir markaðir einnig máli varðandi matið. Líklegra er að samkeppnishömlur komi upp á þessum mörkuðum ef aðilarnir ná markaðstyrk með því að samræma hegðun sína og ef umtalsvert hlutfall af heildarkostnaði aðilanna er sameiginlegt. Sú er t.d. raunin ef smásalar, sem starfa á sama viðkomandi smásölumarkaði eða -mörkuðum, kaupa saman inn verulegan hluta af þeim vörum sem þeir bjóða í smásölu. Þetta getur einnig átt við ef framleiðendur og seljendur fullunninnar vöru, sem eiga í samkeppni, kaupa inn sameiginlega hátt hlutfall aðfanga sinna. Skilgreina verður sölumarkaðina með þeirri aðferðafræði sem lýst er í tilkynningu Eftirlitsstofnunarinnar um skilgreiningu á viðkomandi markaði.

### 4.3. Mat samkvæmt 1. mgr. 53. gr.

#### 4.3.1. Eðli samningsins

##### 4.3.1.1. Samningar sem heyra ekki undir 1. mgr. 53. gr.

123. Sameiginlegir innkaupasamningar eru, eðli málsins samkvæmt, gerðir milli fyrirtækja sem eru í það minnsta samkeppnisaðilar á innkaupamörkuðunum. Ef samstarf er hins vegar milli samkeppnisaðila á innkaupamarkaði sem eru ekki á sama viðkomandi markaði sem liggur frá innkaupamarkaðinum (svo sem smásalar sem starfa á mismunandi landfræðilegum mörkuðum og ekki er raunhæft að álykta að séu mögulegir samkeppnisaðilar), á 1. mgr. 53. gr. sjaldan við nema aðilarnir hafi mjög sterka stöðu á innkaupamarkaði sem væri hægt að beita til að skaða samkeppnisstöðu annarra aðila á viðkomandi sölumörkuðum þeirra.

##### 4.3.1.2. Samningar sem heyra nær alltaf undir 1. mgr. 53. gr.

124. Eðli málsins samkvæmt heyra innkaupasamningar aðeins undir 1. mgr. 53. gr. ef raunverulegt markmið samnings er ekki sameiginleg innkaup heldur að vera verkfæri til þátttöku í dulbúnum markaðssamtökum, þ.e. um ólöglegt verðsamráð, takmörkun á framleiðslumagni eða skiptingu markaða.

##### 4.3.1.3. Samningar sem kunna að heyra undir 1. mgr. 53. gr.

125. Flesta innkaupasamninga verður að greina í lagalegu og efnahagslegu samhengi. Greiningin skal taka til bæði innkaupa- og sölumarkaða.

#### 4.3.2. Markaðsstyrkur og markaðsgerðir

126. Byrjað er á að skoða kaupstyrk (buying power) aðilanna. Kaupstyrkur telst vera fyrir hendi ef innkaupasamningurinn tekur til nægilega stórs hlutfalls heildarmagns á innkaupamarkaði til að unnt sé að neyða verð niður fyrir samkeppnisverð eða ef hægt er að útiloka kaupendur, sem eru samkeppnisaðilar, frá markaðinum. Mikill kaupstyrkur miðað við aðra birgja á markaði getur haft í för með sér ýmsa ókosti eins og minni gæði, minni nýsköpunarstarfsemi eða, í versta falli, að framboð verði minna en best verður á kosið. Hins vegar er megináhýggjuefnið varðandi kaupstyrk hættan á að lægra verð skili sér ekki til viðskiptavina á fráliggjandi mörkuðum og að það geti orsakað aukinn kostnað keppnauta kaupandans á sölumörkuðum vegna þess að annaðhvort

munu birgjar reyna að endurheimta verðlækkningar fyrir einn hóp viðskiptavina með því að hækka verðið til annarra viðskiptavina eða samkeppnisaðilar munu hafa takmarkaðri aðgang að birgjum með hagkvæman rekstur. Af þessum sökum einkennast innkaupa- og sölumarkaðir af innbyrðis tengslum, eins og fram kemur hér á eftir.

#### **Gagnkvæm áhrif innkaupa- og sölumarkaða**

127. Samstarf kaupenda sem eiga í samkeppni getur hamlað samkeppni verulega með því mynda kaupstyrk. Þrátt fyrir að tilurð kaupstyrks geti leitt til lægra neytendaverðs er kaupstyrkur ekki ætíð samkeppnishvetjandi heldur getur hann jafnvel, við tiltekna kringumstæður, haft alvarleg, neikvæð áhrif á samkeppni.
128. Í fyrsta lagi getur lægri innkaupakostnaður í krafti kaupstyrks ekki talist góður fyrir samkeppni ef kaupendurnir hafa sameiginlega sterka stöðu á sölumarkaði. Í því tilviki skilar kostnaðarlækkunin sér sennilega ekki til neytenda. Því meiri sem sameiginlegur styrkur aðilanna á sölumörkuðum er, þeim mun meiri ástæða er það aðilunum að samræma hegðun sína sem söluaðilar. Þetta kann að vera enn auðveldara ef kostnaður aðila verður sá sami að verulegu leyti vegna sameiginlegu innkaupanna. Ef hópur stórra smásala kaupir til dæmis mikinn hluta vara sinna sameiginlega verður mikill hluti heildarkostnaðar þeirra hinn sami. Neikvæð áhrif sameiginlegra innkaupa geta því verið nokkuð áþekkt áhrifum af sameiginlegri framleiðslu.
129. Í öðru lagi kann kaupstyrkur, sem notaður er til að hindra aðgang samkeppnisaðila að markaði eða til að hækka kostnað keppinautanna, að skapa eða auka markaðsstyrk á sölumarkaði. Umtalsverður kaupstyrkur eins hóps viðskiptavina getur leitt til þess að keppinautar útilokast frá markaðinum vegna skerts aðgangs að birgjum með hagkvæman rekstur. Það getur einnig valdið hækkun á kostnaði keppinauta vegna þess að birgjar munu reyna að endurheimta verðlækkningar fyrir einn hóp viðskiptavina með því að hækka verðið til annarra viðskiptavina (t.d. með mismunum í afsláttum til smásala). Þetta er aðeins mögulegt ef birgjar á innkaupamarkaði hafa einnig tiltekinn markaðsstyrk. Í báðum tilvikum getur kaupstyrkur takmarkað samkeppni á sölumörkuðum enn frekar.
130. Ekki eru til nein algild viðmiðunarmörk sem gefa til kynna að samstarf um innkaup skapi einhvers konar markaðsstyrk og falli því undir 1. mgr. 53. gr. Í flestum tilvikum er þó ólíklegt að aðilarnir að samningnum hafi markaðsstyrk ef sameiginleg markaðshlutdeild þeirra er undir 15% á innkaupamarkaði eða ðmörkuðum og undir 15% á sölumarkaði eða -mörkuðum. Að minnsta kosti er líklegt að með slíka markaðshlutdeild uppfylli samningurinn, sem um ræðir, skilmála 3. mgr. 53. gr. sem skýrðir eru hér á eftir.
131. Markaðshlutdeild, sem er yfir þessum viðmiðunarmörkum, er ekki sjálfkrafa vísbending um að samstarfið valdi neikvæðum áhrifum á markaðinn heldur kallar hún á ítarlegra mat á áhrifum samnings um sameiginleg innkaup á markaði, sem felur í sér þætti svo sem samþjöppun á markaði og mögulegt mótvægi mikilvægra birgja. Samningar um sameiginleg innkaup aðila með sameiginlega markaðshlutdeild, sem er verulega yfir 15% á markaði sem er samþjappaður, heyrir líklega undir 1. mgr. 53. gr. og aðilarnir verða að sýna fram á að hagkvæmni, sem af samningnum hlýst, vegi þyngra en samkeppnishamlandi áhrif.

#### **4.4. Mat samkvæmt 3. mgr. 53. gr.**

##### *4.4.1. Efnahagslegur ávinningur*

132. Innkaupasamningar geta haft í för með sér efnahagslegan ávinning, svo sem stærðarhagkvæmni við pantanir eða flutninga, sem getur vegið upp á móti hamlandi áhrifum. Ef aðilar hafa sameiginlega umtalsverðan kaup- eða sölustyrk, verður að kanna vandlega spurninguna um hagkvæmni. Ekki er hægt að taka tillit til kostnaðarlækkana sem fást með því einu að nýta sér markaðsstyrk og kemur neytendum ekki til góða.

#### 4.4.2. Óhjákvæmilegar hömlur

133. Samningur um innkaup getur ekki fallið undir undanþágu ef hann hefur í för með sér höft sem eru ekki nauðsynleg til að áðurgreindum ávinningi verði náð. Í vissum tilvikum getur verið óhjákvæmilegt að skylda aðilana til að kaupa eingöngu inn í gegnum samstarfið í því skyni að fá nauðsynlegt magn til að stærðarhagkvæmni náist. Þó þarf að meta slíka kvöð í hverju einstöku tilviki.

#### 4.4.3. Ekki komið í veg fyrir samkeppni

134. Undanþága er ekki möguleg ef fyrirtækjunum er þannig gefið færi á að koma í veg fyrir samkeppni að því er varðar verulegan hluta framleiðsluvaranna sem um er að ræða. Mat þetta þarf að taka til innkaupa- og sölumarkaða. Byrjunin er að líta á sameiginlega markaðshlutdeild aðilanna. Síðan þarf að meta hvort þessi markaðshlutdeild bendi til markaðsýfirráða og hvort fyrir hendi séu einhverjir mildandi þættir, svo sem mótvægi birgja á innkaupamarkaði eða möguleiki á markaðsinnkomu á sölumarkaði. Ef fyrirtæki er markaðsráðandi, eða verður markaðsráðandi á annað hvort innkaupa- eða sölumarkaði í kjölfar innkaupasamnings, er slíkur samningur, sem hefur samkeppnishamlandi áhrif í skilningi 53. gr., að jafnaði ekki undanþeginn.

#### 4.5. Dæmi

##### 135. 2. dæmi

**Aðstæður:** Tveir framleiðendur, A og B, ákveða að kaupa í sameiningu íhlutinn X. Þeir eru samkeppnisaðilar á sölumarkaði. Í sameiningu nema innkaup þeirra 35% af heildarsölu á X innan Evrópska efnahagssvæðisins, sem telst vera viðkomandi landfræðilegur markaður. Sex aðrir framleiðendur (samkeppnisaðilar A og B á sölumarkaði þeirra) ráða yfir þeim 65% sem á vantar af innkaupamarkaðinum, þar af hefur einn 25% hlutdeild en aðrir mun minna. Töluverð samþjöppun er fyrir hendi að því er varðar birgja en sex birgjar eru fyrir íhlutinn X, tveir með 30% markaðshlutdeild hvor og hinir með milli 10 og 15% hlutdeild (HHI er 2300-2500). Á sölumarkaði ná A og B 35% sameiginlegri markaðshlutdeild.

**Greining:** Sökum markaðsstyrks aðilanna á sölumarkaði kann að vera að ávinningur af mögulegum kostnaðarlækkunum skili sér ekki til neytenda. Enn fremur eru sameiginleg innkaup líkleg til að auka kostnað hjá minni samkeppnisaðilum þeirra vegna þess að stóru birgjarnir tveir munu líklega hækka verð til smærri viðskiptavina til að reyna að vega upp á móti lækkuðu verði til innkaupasamstarfs A og B. Niðurstaðan gæti orðið aukin samþjöppun á fráliggjandi markaði. Auk þess gæti samstarfið leitt til frekari samþjöppunar meðal birgja vegna þess að smærri birgjar, með starfsemi sem þegar er við eða undir þeirri stærð sem hagkvæmust væri, hrekjast frá viðskiptum ef þeir geta ekki lækkað verðið enn frekar. Í tilviki sem þessu verða væntanlega til verulegar samkeppnishömlur sem möguleg aukin hagkvæmni með því að slá saman kaupum (bundling volume) vegur ekki upp á móti.

##### 136. 3. dæmi

**Aðstæður:** 150 lítil smásöluþyriræki gera samning um að stofna sameiginlegt innkaupasamband. Þau eru skyldug til að kaupa lágmarksmagn í gegnum sambandið sem samsvarar u.þ.b. 50% af heildarkostnaði hvers smásala. Smásöluþyrirækin geta keypt meira en lágmarksmagn í gegnum sambandið og þeim er einnig frjálst að kaupa inn utan samstarfsins. Þau hafa 20% sameiginlega markaðshlutdeild bæði á innkaupa- og sölumarkaði. A og B eru tveir stærstu samkeppnisaðilar þeirra, A hefur 25% hlutdeild á hvorum markaði en B 35%. Aðrir smærri samkeppnisaðilar hafa einnig stofnað innkaupahóp. Smásöluþyrirækin 150 ná hagkvæmni með því að sameina að verulegu leyti vinnu við innkaup og með því að sameina kaup á því magni sem keypt er.

**Greining:** Ef smásöluþyrirækin kaupa, þegar upp er staðið, meira en það lágmark sem samkomulag er um að innkaupasamstarfið taki til, þá verða kostnaðarþættir að verulegu leyti sameiginlegir. Saman hafa þau þó aðeins í meðallagi sterka markaðsstöðu á innkaupa- og sölumarkaði. Enn fremur færir samstarfið aðilum þess tiltekna stærðarhagkvæmni. Búast má við að þetta samstarf hljóti undanþágu.

## 137. 4. dæmi

**Aðstæður:** Tvær stórmarkaðskeðjur komast að samkomulagi um sameiginleg vöruinnkaup sem svára til u.þ.b. 50% af heildarkostnaði þeirra. Aðilarnir hafa milli 25% og 40% markaðshlutdeild fyrir ýmsa vöruflokkum á viðkomandi innkaupamörkuðum en ná 40% á viðkomandi sölumarkaði (að því tilskildu að aðeins sé um að ræða einn landfræðilegan markað). Fimm aðrir smásalar af umtalsverðri stærð eru á markaðinum, hver um sig með 10-15% markaðshlutdeild. Innkoma nýrra fyrirtækja á markaðinn er ólíkleg.

**Greining:** Gera má ráð fyrir að þessi sameiginlegu innkaup muni hafa áhrif á samkeppnishegðun aðilanna vegna þess að samræming myndi færa þeim umtalsverðan markaðsstyrk. Þetta á einkum við ef lítil sókn er inn á markaðinn. Ef kostnaður er svipaður er meiri ástæða til að samræma hegðun. Áþekk álagning aðilanna myndi einnig hvetja þá til að hafa sama verð. Jafnvel þótt samstarfið hafi í för með sér hagkvæmni er ólíklegt að það verði undanþegið vegna þess hve markaðsstyrkurinn er mikill.

## 138. 5. dæmi

**Aðstæður:** Lítil samvinnufélag gera samning um að stofna innkaupasamband. Þau eru skyldug til að kaupa lágmarksmagn í gegnum sambandið. Aðilarnir geta keypt meira en lágmarksmagn í gegnum sambandið og þeim er einnig frjálst að kaupa inn utan samstarfsins. Hver aðilanna hefur 5% heildarmarkaðshlutdeild jafnt á innkaupa- og sölumarkaði, sem samsvarar 25% sameiginlegri markaðshlutdeild. Tveir aðrir umtalsverðir smásalar eru á markaðinum, með 20-25% markaðshlutdeild hvor, og nokkrir minni smásalar með innan við 5% markaðshlutdeild.

**Greining:** Gera má ráð fyrir að sameiginlegt innkaupasamband veiti aðilunum nægilega góða markaðsstöðu bæði á innkaupa- og sölumörkunum til að keppa við tvo stærstu smásalana. Enn fremur má búast við að nærvera hinna tveggja þátttakendanna, sem hafa svipaða markaðsstöðu, leiði til þess að hagkvæmnin, sem samningurinn hefur í för með sér, skili sér til neytenda. Við slíkar aðstæður má búast má við að samningurinn njóti undanþágu.

## 5. SAMNINGAR UM MARKAÐSSETNINGU (Commercialisation Agreements)

### 5.1. Skilgreining

139. Samningar sem heyra undir þennan hluta fela í sér samstarf milli samkeppnisaðila um sölu, dreifingu eða kynningu á vörum sínum. Gildissvið þessara samninga getur verið mjög mismunandi, háð þeirri markaðsstarfsemi sem samstarfið snýst um. Annars vegar getur verið um að ræða sameiginlega sölu, sem hefur í för með sér sameiginlegar ákvarðanir um alla viðskiptaþætti sem tengjast sölu vörunnar, þ.m.t. verð. Hins vegar eru takmarkaðri samningar sem fjalla eingöngu um eitt tiltekið svið markaðssetningar, svo sem dreifingu, þjónustu eða auglýsingar.
140. Mikilvægastir af umfangsminni samningunum eru líklega dreifingarsamningar. Þeir falla yfirleitt undir hópundanþáguna og leiðbeiningarnar um lóðréttar takmarkanir nema samningsaðilarnir séu raunverulegir eða hugsanlegir keppinautar. Í því tilviki tekur hópundanþágan einungis til lóðrétttra samninga milli samkeppnisaðila sem ekki eru gagnkvæmir ef: a) kaupandinn og tengd fyrirtæki hafa heildarveltu á ári sem er undir 100 milljónum evra, eða b) birgirinn er framleiðandi og dreifingaraðili vöru en kaupandinn er dreifingaraðili sem framleiðir ekki vöru í samkeppni við samningsvöruna, eða c) birgirinn útvegar þjónustu á mörgum mismunandi viðskiptastigum en kaupandi býður ekki upp á þjónustu í samkeppni við þá þjónustu sem samningurinn snýst um <sup>(48)</sup>. Komist samkeppnisaðilar að samkomulagi um að dreifa vörum sínum gagnkvæmt er í vissum tilvikum sá möguleiki fyrir hendi að samningarnir hafi það að markmiði eða þau áhrif að skipta mörkuðum upp milli aðilanna eða að þeir leiði til leynilegs samráðs. Hið sama á við um samninga sem eru ekki gagnkvæmir milli samkeppnisaðila yfir tiltekinni stærð. Því ber að meta þessa samninga samkvæmt meginreglunum sem lýst er hér á eftir. Ef niðurstaða matsins er sú að almennt sé hægt að samþykka samstarf á sviði dreifingar milli samkeppnisaðila er þörf á frekara mati til að kanna lóðréttar takmarkanir sem felast í slíkum samningum. Þetta mat ætti að byggjast á þeim meginreglum sem er að finna í leiðbeiningunum um lóðréttar takmarkanir.

<sup>(48)</sup> Sjá 4. mgr. 2. gr. hópundanþágunnar um lóðréttar takmarkanir.

141. Ennfremur þarf að gera greinarmun á samningum þar sem aðilarnir gera eingöngu samning um sameiginlega markaðssetningu og samninga þar sem markaðssetning tengist öðru samstarfi. Þetta getur t.d. átt við þegar um er að ræða sameiginlega framleiðslu eða sameiginleg innkaup. Mat á slíkum samningum er hið sama og beitt er við mat á þess konar samstarfi.

## 5.2. Viðkomandi markaðir

142. Til að unnt sé að meta hvernig samkeppni er háttað milli samstarfsaðilanna verður að byrja á að skilgreina viðkomandi vöru- og landfræðilegan markað eða markaði sem samstarfið snertir beint (þ.e. markaðinn eða markaðina sem vörurnar, sem heyra undir samninginn, tilheyra). Í öðru lagi kann samningur um markaðssetningu á einum markaði einnig að hafa áhrif á samkeppnishegðun aðilanna á nærliggjandi markaði sem tengist náið þeim markaði, sem samstarfið snertir beint.

## 5.3. Mat samkvæmt 1. mgr. 53. gr.

### 5.3.1. Eðli samningsins

#### 5.3.1.1. Samningar sem heyra ekki undir 1. mgr. 53. gr.

143. Samningarnir um markaðssetningu, sem heyra undir þennan þátt, heyra einungis undir samkeppnisreglurnar ef samningsaðilar eru samkeppnisaðilar. Ef aðilarnir eiga greinilega ekki í samkeppni með þær vörur eða þjónustu sem heyrir undir samninginn getur samningurinn ekki valdið samkeppnisvanda lárétt. Hins vegar getur samningurinn heyrð undir 1. mgr. 53. gr. ef í honum felast lóðréttar takmarkanir, svo sem takmarkanir á óvirkri (passive) sölu, ákvæði um bindandi endursöluverð, o.s.frv. Þetta gildir einnig ef samstarf um markaðssetningu er nauðsynlegt, á hlutlægan hátt, til að einn aðilanna geti komist inn á markað sem hann hefði ekki komist inn á einn, til dæmis vegna kostnaðar. Dæmi um beitingu þessa sjónarmiðs væri samstarfsfyrirkomulag sem gerir fyrirtækjunum kleift að gera trúverðugt tilboð í verkefni sem þau væru ekki fær um að gera eða hefðu ekki boðið í ein og sér. Þar sem þau eru ekki mögulegir samkeppnisaðilar um tilboð eru engar samkeppnishömlur fyrir hendi.

#### 5.3.1.2. Samningar sem heyra nær alltaf undir 1. mgr. 53. gr.

144. Helsti samkeppnisvandinn sem búast má við að komi upp í sambandi við samning um markaðssetningu milli samkeppnisaðila varðar verðsamráð. Samningar sem takmarkast við sameiginlega sölu hafa yfirleitt það markmið og þau áhrif að samræma verðákvarðanir samkeppnisframleiðenda. Í því tilviki koma þeir ekki aðeins í veg fyrir verðsamkeppni milli aðilanna heldur takmarka þeir einnig það magn vara sem þátttakendurnir dreifa innan ramma pantanakerfisins. Þeir takmarka því samkeppni birgjamegin og takmarka val kaupenda og falla því undir 1. mgr. 53. gr.

145. Þetta mat breytist ekki þótt samningurinn feli ekki í sér einkarétt (non-exclusive) Ákvæði 1. mgr. 53. gr. gildir einnig þegar aðilunum er frjálst að selja utan samningsins, svo framarlega sem búast má við að samningurinn leiði til heildarsamræmingar á því verði sem aðilar setja upp.

#### 5.3.1.3. Samningar sem kunna að heyra undir 1. mgr. 53. gr.

146. Þegar um er að ræða markaðssetningarfyrirkomulag sem ekki tengist sameiginlegri sölu þarf einkum að hyggja að tvennu. Í fyrsta lagi að sameiginleg markaðssetning veitir augljóst tækifæri til skipta á viðkvæmum viðskiptaupplýsingum, einkum um markaðsáætlanir og verðlagningu. Í öðru lagi getur umtalsverður hluti af endanlegum kostnaði aðilanna verið sameiginlegur, háð kostnaðarsamsetningu við markaðssetningu. Niðurstaðan kann að verða sú að svigrúm til verðsamkeppni á endanlegu sölustigi takmarkast. Samningar um sameiginlega markaðssetningu geta því heyrð undir 1. mgr. 53. gr. annaðhvort ef þeir gera kleif skipti á viðkvæmum viðskiptaupplýsingum eða ef þeir hafa áhrif á verulegan hluta af endanlegum kostnaði aðilanna.

147. Kanna þarf sérstaklega, að því er varðar samninga um dreifingu milli samkeppnisaðila, sem starfa á ólíkum landfræðilegum mörkuðum, hvort þeir geta leitt til eða verið tæki til að skipta markaðinum upp. Þegar um er að ræða gagnkvæma samninga um dreifingu á vörum hver annars

skipta samningsaðilarnir með sér mörkuðum eða viðskiptavinum og koma í veg fyrir samkeppni sín í milli. Lykilatriði við mat á slíkum samningi er hvort viðkomandi samningur sé, á grundvelli hlutlægs mats, nauðsynlegur fyrir aðilana til að komast inn á markað hvors annars. Í því tilviki hefur samningurinn ekki í för með sér samkeppnisvanda lárétt. Þó getur samningurinn heyrt undir 1. mgr. 53. gr. ef í honum felast lóðréttar takmarkanir, svo sem takmarkanir á óvirkri sölu, bindandi endursöluverð o.s.frv. Ef samningurinn er ekki nauðsynlegur, á grundvelli hlutlægs mats, fyrir aðilana til að komast inn á markað hver annars tekur 1. mgr. 53. gr. til hans. Sé samningurinn ekki gagnkvæmur er minni hættu á uppskiptingu markaðarins. Þó þarf að meta hvort samningur, sem ekki er gagnkvæmur, sé grundvöllur gagnkvæms samkomulags milli aðilanna um að fara ekki inn á markað hver annars eða hvort hann er tæki til að stjórna aðgangi að eða samkeppni á „innkomu“-markaðinum.

### 5.3.2. Markaðsstyrkur og gerð markaðar

148. Eins og fram kemur hér að framan heyrir samningur, sem fela í sér verðsamráð, ætíð undir 1. mgr. 53. gr. óháð markaðsstyrk aðilanna. Þó kunna þeir að vera undanþegnir skv. 3. mgr. 53. gr. samkvæmt skilyrðunum sem lýst er hér á eftir.
149. Samningar um markaðssetningu milli samkeppnisaðila, sem ekki fela í sér verðsamráð, heyrir aðeins undir 1. mgr. 53. gr. ef samningsaðilar hafa markaðsstyrk í einhverjum mæli. Í flestum tilvikum er ólíklegt að markaðsstyrk sé til að dreifa ef sameiginleg markaðshlutdeild aðila er undir 15%. Hvað sem öllu líður er líklegt að með slíka markaðshlutdeild uppfylli viðkomandi samningur skilyrði 3. mgr. 53. gr., en þau eru útskýrð hér á eftir.
150. Ef sameiginleg markaðshlutdeild aðilanna er meiri en 15% verður að meta líkleg áhrif samnings um markaðssetningu á markaðinn. Í þessu sambandi er markaðssamþjöppun, sem og markaðshlutdeild, mikilvægur þáttur. Því meiri sem samþjöppunin er á markaði því meira gagn er af upplýsingum um verð og markaðsáætlanir til að draga úr óvissu og þeim mun meiri ástæða er fyrir aðilana að skiptast á slíkum upplýsingum <sup>(49)</sup>.

## 5.4. Mat samkvæmt 3. mgr. 53. gr.

### 5.4.1. Efnahagslegur ávinningur

151. Hagkvæmnin, sem taka ber tillit til þegar metið er hvort sameiginlegur samningur um markaðssetningu geti fallið undir undanþágu, ræðst af eðli starfseminnar. Almennt er verðsamráð ekki réttlætandi nema það sé óhjákvæmilegt vegna samþættingar annarrar markaðsstarfsemi og þessi samþætting hafi í för með sér umtalsverða hagkvæmni. Hversu mikil hagkvæmni skapast fer m.a. eftir mikilvægi sameiginlegu markaðsstarfseminnar fyrir heildarkostnaðarsamsetningu vörunnar sem um ræðir. Því er líklegra að sameiginleg dreifing hafi í för með sér umtalsverða hagkvæmni fyrir framleiðendur neysluvara sem dreift er víða en fyrir framleiðendur iðnaðarvara sem aðeins takmarkaður fjöldi notenda kaupir.
152. Auk þess má hagkvæmni, sem haldið er fram að náist, ekki að vera í formi sparnaðar, sem verður einungis til með niðurfellingu kostnaðar sem er hluti af samkeppni, heldur leiða af samþættingu á atvinnustarfsemi. Því er ekki hægt að líta á lækkan á flutningskostnaði, sem stafar eingöngu af skiptingu viðskiptavina án samþættingar í skipulagi, sem hagkvæmni sem réttlætir undanþágu fyrir samning.
153. Sýna verður fram á þá hagkvæmni sem haldið er fram að náist. Mikilvægur þáttur í því sambandi væri framlag beggja aðila á umtalsverðu fjármagni, tækni eða öðrum eignum. Einnig má viðurkenna kostnaðarlækkanir sem rekja má til þess að minna verður um tvöföldun á tilföngum og á aðstöðu. Standi sameiginleg markaðssetning hins vegar ekki fyrir annað en söluskrifstofu án fjárfestinga, má búast við að um dulbúin markaðssamtök sé að ræða sem uppfylla ekki skilmála 3. mgr. 53. gr.

<sup>(49)</sup> Skipti á viðkvæmum, ítarlegum upplýsingum sem eiga sér stað á fákeppnismarkaði gætu fallið undir 1. mgr. 53. gr. Gagnlegar skýringar að því er þetta varðar má finna í dómum dómstóls Evrópubandalaganna frá 28. maí 1998 í „dráttarvélamálunum“ (C-8/95 P: New Holland Ford og C-7/95 P: John Deere) og dómum dómstólsins á fyrsta dómstigi frá 11. mars 1999 í „stálbitamálunum“ (T-134/94, T-136/94, T-137/94, T-138/94, T-141/94, T-145/94, T-147/94, T-148/94, T-151/94, T-156/94 og T-157/94).

#### 5.4.2. Óhjákvæmilegar hömlur

154. Samningur um markaðssetningu getur ekki fallið undir undanþágu ef hann hefur í för með sér höft sem eru óþörf til að áðurgreindum ávinningi verði náð. Eins og áður greinir er spurningin um það hvort hömlur séu óhjákvæmilegar sérstaklega mikilvæg varðandi þá samninga sem fela í sér verðsamráð eða skiptingu markaða.

#### 5.4.3. Ekki komið í veg fyrir samkeppni

155. Undanþága er ekki möguleg ef fyrirtækjunum er þannig gefið færi á að koma í veg fyrir samkeppni að því er varðar verulegan hluta framleiðsluvaranna sem um er að ræða. Við þetta mat er rétt að byrja á sameiginlegri markaðshlutdeild aðilanna. Síðan þarf að meta hvort þessi markaðshlutdeild bendi til markaðsyfirráða og hvort fyrir hendi eru einhverjir mildandi þættir, svo sem möguleiki á innkomu á markaðinn. Ef fyrirtæki er með ráðandi stöðu eða verður það í kjölfar samnings um markaðssetningu, verður slíkur samningur, sem hefur samkeppnishamlandi áhrif í skilningi 53. gr., að jafnaði ekki undanþeginn.

### 5.5. Dæmi

#### 156. 1. dæmi

**Aðstæður:** Fimm litlir matvælaframleiðendur, hver um sig með 2% markaðshlutdeild á heildarmatvælamarkaði, komast að samkomulagi um að sameina dreifingarkerfi sitt, markaðssetja vörur undir sameiginlegu vörumerki og selja vörur sínar á sama verði. Þetta felur í sér umtalsverða fjárfestingu í birgðageymslum, flutningum, auglýsingum, markaðssetningu og sölufólki. Þetta felur í sér verulega lækkun á kostnaðargrunni þeirra sem yfirleitt samsvarar 50% af verðinu sem þeir selja á og auðveldar þeim að bjóða upp á hraðvirkara og skilvirkara dreifingarkerfi. Viðskiptavinir matvælaframleiðendanna eru stórar smásölukeðjur.

Þrír stórir, fjölþjóðlegir hópar matvælaframleiðenda ráða markaðinum, hver um sig hefur 20% markaðsaðild. Aðrir aðilar á markaðinum eru litlir, sjálfstæðir framleiðendur. Vörulínur samningsaðila skarast á nokkrum mikilvægum sviðum en sameiginleg markaðshlutdeild þeirra fer hvergi yfir 15% á neinum vörumarkaði.

**Greining:** Samningurinn felur í sér verðsamráð og fellur því undir 1. mgr. 53. gr. jafnvel þótt ekki sé hægt að líta svo á að samningsaðilar hafi markaðsstyrk. Samþætting markaðssetningar og dreifingar virðist hafa í för með sér verulega hagkvæmni sem skilar sér til viðskiptavina, bæði í betri þjónustu og minni kostnaði. Spurningin er því hvort samningurinn uppfylli skilyrði 3. mgr. 53. gr. um undanþágu. Til að svara þessari spurningu verður að ganga úr skugga um hvort verðsamráð sé óhjákvæmilegt vegna samþættingar annarrar markaðsstarfsemi og til að efnahagslegum ávinningi verði náð. Í þessu tilviki er hægt að líta á verðsamráð sem óhjákvæmilegt þar sem viðskiptavinirnir, stóru smásölukeðjurnar, vilja ekki fá margs konar verð. Einnig er þetta óhjákvæmilegt þar sem markmiðið um sameiginlegt vörumerki verður aðeins trúverðugt ef allir þættir markaðssetningar, þar með talið verð, eru staðlaðir. Þar sem aðilarnir hafa ekki markaðsstyrk og samningurinn hefur í för með sér verulega hagkvæmni er hann samræmanlegur 53. gr.

#### 157. 2. dæmi

**Aðstæður:** Tveir framleiðendur kúlulega, sem hvor um sig hefur 5% markaðshlutdeild, stofna til samstarfsverkefnis um sölu til að markaðssetja vörur sínar, ákveða verð og deila pöntunum niður á móðurfyrirtækin. Þeir áskilja sér rétt til að selja utan samstarfsins. Afgreiðsla til viðskiptavina fer fram, eins og áður, beint frá verksmiðjum móðurfyrirtækjanna. Þeir halda því fram að hagkvæmni náist með því að sameiginlegt sölufólk geti sýnt sama viðskiptavini vörur beggja aðila samtímis og komið þannig í veg fyrir tvíverknað í sölustarfsemi. Auk þess geti samstarfsverkefnið, ætíð þegar mögulegt er, beint pöntunum til þeirrar verksmiðju sem næst er og dregið þannig úr flutningskostnaði.

**Greining:** Samningurinn felur í sér verðsamráð og fellur því undir 1. mgr. 53. gr. jafnvel þótt ekki sé hægt að líta svo á að samningsaðilar hafi markaðsstyrk. Hann uppfyllir ekki skilyrði um undanþágu samkvæmt 3. mgr. 53. gr. vegna þess að hagkvæmnin felst eingöngu í lækkun kostnaðar sem rekja má til þess að aðilarnir hætta að keppa við hvor annan.

158. 3. dæmi

**Aðstæður:** Tveir gosdrykkjaframleiðendur starfa í tveimur nágrannaríkjum innan Evrópska efnahagssvæðisins. Báðir hafa þeir 20% markaðshlutdeild á heimamarkaði. Þeir komast að samkomulagi um að dreifa vörum hvor fyrir annan á viðkomandi landfræðilegum markaði.

Á báðum mörkuðum er stór fjölpjódlegur gosdrykkjaframleiðandi markaðsráðandi, með 50% markaðshlutdeild á hvorum markaði.

**Greining:** Samningurinn heyrir undir 1. mgr. 53. gr. ef telja má að aðilarnir séu mögulegir samkeppnisaðilar. Til að svara þessari spurningu þyrfti því að greina aðgangshindranir á viðkomandi landfræðilegum mörkuðum. Ef aðilarnir gætu hafa komið inn á markaði hvor annars á eigin spýtur kemur samningurinn í veg fyrir samkeppni milli þeirra. Jafnvel þótt markaðshlutdeild aðilanna bendi til þess að þeir gætu haft einhvern markaðsstyrk leiðir greining á gerð markaðarins hins vegar í ljós að sú er ekki raunin. Auk þess hefur gagnkvæmur dreifingarsamningur í för með sér ávinning fyrir viðskiptavini þar sem hann eykur úrval á báðum landfræðilegu mörkuðunum. Samningurinn fengi því undanþágu jafnvel þótt hann teldist hamla samkeppni.

## 6. STAÐLASAMNINGAR

### 6.1. Skilgreining

159. Meginmarkmið staðlasamninga er að skilgreina tækni- eða gæðakröfur fyrir fyrirliggjandi eða síðari framleiðsluvörur, framleiðsluferli eða -aðferðir <sup>(50)</sup>. Staðlasamningar geta snúist um ýmsa hluti, svo sem stöðlun tiltekinnar vöru á ýmsum stígum eða í ýmsum stærðum eða stöðlun tækniforskrifta á mörkuðum þar sem samhæfi og rekstrarsamhæfi við aðrar vörur eða kerfi skipta miklu máli. Einnig má líta á skilyrði fyrir veitingu tiltekins gæðamerkis eða fyrir samþykki stjórnsýslustofnunar sem staðal.
160. Staðlar sem tengjast veitingu sérfræðiþjónustu, svo sem reglur um aðgang að menntastéttum, heyrja ekki undir þessar leiðbeiningar.

### 6.2. Viðkomandi markaðir

161. Staðlasamningar geta haft áhrif á þrjá markaði, sem skilgreindir verða samkvæmt tilkynningu Eftirlitsstofnunar EFTA um markaðsskilgreiningar. Í fyrsta lagi vörumarkaðinn eða -markaðina sem staðallinn eða staðlarnir gilda um. Staðlar um nýjar vörur kunna að vekja svipaðar spurningar og upp komu í sambandi við samninga um rannsóknir og þróun, að því er varðar markaðsskilgreiningu (sjá lið 2.2). Í öðru lagi þjónustumarkaðinn fyrir setningu staðla, ef til eru aðrar stofnanir eða samningar sem setja staðla. Í þriðja lagi, þar sem við á, sérstakur markaður fyrir prófanir og vottanir.

### 6.3. Mat samkvæmt 1. mgr. 53. gr.

162. Samningar um setningu staðla <sup>(51)</sup> geta annaðhvort verið gerðir milli einkafyrirtækja eða á vegum einnar eða fleiri opinberra stofnana sem er falinn rekstur þjónustu sem hefur almenna efnahagslega þýðingu, svo sem staðlastofnana sem eru viðurkenndar samkvæmt gerðinni sem um getur í 1. lið

<sup>(50)</sup> Stöðlun getur verið með ýmsu móti, allt frá samþykki viðurkenndra evrópskra eða innlendra staðlastofnana á innlendum stöðlum, sem byggja á almennu samkomulagi og þess háttar, til samninga milli einstakra fyrirtækja. Enda þótt staðlar séu skilgreindir þröngt í EES-rétti er í þessum leiðbeiningum litið á alla samninga, sem skilgreindir eru í þessari málsgrein, sem staðlasamninga.

<sup>(51)</sup> Samkvæmt 3. lið 2. mgr. 4. gr. í II. kafla bókunar 4 við samninginn um eftirlitsstofnun og dómstól er heimilt, en það er þó engin skylda, að tilkynna Eftirlitsstofnun EFTA um samninga sem einungis snúast um þróun eða samræmda beitingu staðla og gerða.

XIX. kafla II. viðauka við EES-samninginn (tilskipun 98/34/EB <sup>(52)</sup>). Þátttaka slíkra stofnana er háð skuldbindingum EES-rikkanna um að koma í veg fyrir röskun á samkeppni innan Evrópska efnahagssvæðisins.

#### 6.3.1. Eðli samningsins

##### 6.3.1.1. Samningar sem heyra ekki undir 1. mgr. 53. gr.

163. Ef þátttaka í setningu staðla er óheft og gagnsæ eru staðlasamningar, eins og þeir eru skilgreindir hér að framan, sem fela ekki í sér neina skuldbindingu um að fara að staðlinum eða eru hluti af stærri samningi til að tryggja samhæfi vara, ekki samkeppnishamlandi. Þetta á yfirleitt við um staðla sem viðurkenndar staðlastofnanir samþykkja og byggjast á aðferðum sem eru án mismununar og eru opnar og gagnsæjar.

164. Staðlar, sem einungis ná til óverulegs hluta viðkomandi markaðs, hafa ekki í för með sér neinar umtalsverðar hömlur svo lengi sem það helst óbreytt. Þetta á einnig við um samninga milli lítilla og meðalstórra fyrirtækja um stöðlun eyðublaða eða skilmála um aðgang að sameiginlegri tilboðsgerð við útboð eða samninga um stöðlun þátta eins og minni háttar einkenna framleiðsluvara, eyðublaða og skýrslna sem hafa óveruleg áhrif á meginþættina er hafa áhrif á samkeppni á viðkomandi mörkuðum.

##### 6.3.1.2. Samningar sem heyra nær alltaf undir 1. mgr. 53. gr.

165. Samningar þar sem staðlar eru m.a. notaðir sem hlutar af breiðari, takmarkandi samningum og miða að því að útiloka raunverulega eða mögulega samkeppnisaðila heyra nær alltaf undir 1. mgr. 53. gr. Til dæmis myndi samningur milli innlendra samtaka framleiðenda um setningu staðals til að þrýsta á þriðju aðila að markaðssetja ekki vörur, sem ekki uppfylla staðalinn, heyra undir þennan flokk.

##### 6.3.1.3. Samningar sem kunna að heyra undir 1. mgr. 53. gr.

166. Staðlasamningar kunna að falla undir 1. mgr. 53. gr. ef í þeim felst að framleiðsla og/eða nýsköpun sé undir sameiginlegri stjórn samningsaðila og þeir takmarka þannig möguleika þeirra á samkeppni um eiginleika framleiðsluvara og hafa um leið áhrif á þriðju aðila, svo sem birgja og kaupendur stöðluðu varanna. Við mat á hverjum staðlasamningi verður að taka annars vegar tillit til eðlis staðalsins og líklegra áhrifa hans á viðkomandi mörkuðum og hins vegar til umfangs mögulegra takmarkana, sem ganga lengra en upphaflega var ætlað með staðlinum eins og skilgreint er hér á undan.

167. Samkeppnishömlur í staðlasamningum fara eftir því að hve miklu leyti aðilunum er frjálst að þróa annars konar staðla eða vörur sem ekki eru í samræmi við samþykktu staðalinn. Staðlasamningar geta hamlað samkeppni ef þeir koma í veg fyrir að aðilar annaðhvort þrói annars konar staðla eða markaðssetji vörur sem ekki eru í samræmi við staðalinn. Samningar, sem fela tilteknum stofnunum einkarétt á að prófa hvort staðall sé uppfylltur, ganga lengra en upphaflega var markmiðið með staðalsetningunni og geta einnig hamlað samkeppni. Samningar, sem fela í sér takmarkanir á merkingum sem segja til um hvort vara sé í samræmi við staðla, geta einnig hamlað samkeppni, nema kveðið sé á um þær í reglugerðarákvæðum.

#### 6.3.2. Markaðsstyrkur og gerðir markaða

168. Mikil markaðshlutdeild aðilanna á viðkomandi markaði eða mörkuðum felur ekki endilega í sér vanda í sambandi við staðlasamninga. Hagkvæmnin sem næst með þeim er oft í réttu hlutfalli við það hversu stór hluti atvinnugreinarinnar tekur þátt í setningu og/eða beitingu staðalsins. Á hinn bóginn geta staðlar, sem þriðju aðilar hafa ekki aðgang að, valdið mismunun eða útilokað þriðju

<sup>(52)</sup> Tilskipun Evrópuþingsins og ráðsins 98/34/EB frá 22. júní 1998 sem setur reglur um tilhögun upplýsingaskipta vegna tæknilegra staðla og reglugerða (Stjtið. EB L 204, 21.7.1998, bls. 37).

aðila eða skipt upp markaðinum í samræmi við það á hvaða landsvæðum þeim er beitt. Því má búast við að mat á því hvort samningurinn feli í sér samkeppnishömlur muni beinast að því, í hverju einstöku tilviki, að hvaða marki hægt er að yfirstíga slíkar hindranir.

#### 6.4. Mat samkvæmt 3. mgr. 53. gr.

##### 6.4.1. Efnahagslegur ávinningur

169. Eftirlitsstofnun EFTA tekur yfirleitt jákvæða afstöðu til samninga sem stuðla að efnahaglegum samruna innan Evrópska efnahagssvæðisins eða hvetja til þróunar nýrra markaða og bættra aðstæðna til dreifingar. Til að efnahagslegur ávinningur sem þessi geti orðið að veruleika verða nauðsynlegar upplýsingar um notkun staðsins að vera fyrir hendi fyrir þá sem óska þess að koma inn á markaðinn og verulegur hluti atvinnugreinarinnar verður að taka, á gagnsæjan hátt, þátt í að setja staðalinn. Það er aðilanna að sýna fram á að hömlur, sem af setningu, notkun eða aðgangi að stöðlunum leiðir, hafi í för með sér efnahagslegan ávinning.
170. Til að tæknilegur eða efnahagslegur ávinningur náist mega staðlar ekki leiða til takmarkana á nýsköpun. Þetta veltur fyrst og fremst á endingartíma varanna sem um ræðir ásamt þróunarstigi markaðarins (í örum vexti, vaxandi, staðnaður ..). Áhrifin á nýsköpun verður að greina í hverju tilviki fyrir sig. Aðilarnir gætu einnig þurft að færa sönnur á að sameiginleg setning staðla leiði til aukinnar hagkvæmni fyrir neytandann þegar nýr staðall getur valdið ótímabærri úreldingu fyrirbyggjandi vara, án þess að hann hafi í för með sér hlutlægan viðbótarávinning.

##### 6.4.2. Óhjákvæmilegar hömlur

171. Eðli málsins samkvæmt taka staðlar ekki til allra mögulegra forskrifta eða tækni. Í sumum tilvikum kann það að þjóna hagsmunum neytenda eða efnahagslífsins í heild að aðeins sé ein tæknilausn í boði. Þó verður sá staðall að vera settur án mismununar. Ákjósanlegast er að staðlar gangi ekki út frá tiltekinni tækni. Að minnsta kosti verður að vera unnt að réttlæta val eins staðals umfram annan.
172. Allir samkeppnisaðilar á markaði eða mörkuðum, sem staðallinn hefur áhrif á, ættu að eiga möguleika á að taka þátt í umræðum um hann. Því ætti þátttaka í setningu staðla að vera öllum opin nema aðilarnir sýni fram á að verulegt óhagræði sé af slíkri þátttöku eða fyrirhuguð sé viðurkennd málsmeðferð um sameiginlegt fyrirvar hagsmuna, eins og viðgengst hjá formlegum staðlastofnunum.
173. Almennt ætti að gera skýran greinarmun á setningu staðla og, þar sem nauðsyn ber til, tengdum rannsóknum og þróun og nýtingu staðalsins í ábataskyni. Staðlasamningar skulu ekki ganga lengra en nauðsynlegt er til að tryggja að markmið þeirra náist, hvort sem um er að ræða tæknilegt samhæfi eða tiltekið gæðastig. Til dæmis ber að sýna skýrt fram á hvers vegna það sé óhjákvæmileg forsenda efnahagslegs ávinnings samnings um að taka upp tiltekinn staðal innan atvinnugreinar, þar sem einungis einn samkeppnisaðila býður annars konar vöru, að samningsaðilarnir séu skuldbundnir til að sniðganga hana.

##### 6.4.3. Ekki komið í veg fyrir samkeppni

174. Ljóst er að búast má við því fyrr eða síðar að forskrift að einkastaðli fyrirtækjahóps, sem saman er markaðsráðandi, leiði til þess að til verði raunstaðall innan atvinnugreinarinnar. Einkum þarf þá að hyggja að því að tryggja að þeir staðlar séu eins opnir og mögulegt er og að þeim sé beitt án mismununar. Til að forðast samkeppnishömlur á viðkomandi markaði eða mörkuðum verða þriðju aðilar að hafa aðgang að staðlinum á sanngjörnum kjörum og án mismununar.
175. Ef einkastofnanir eða fyrirtækjahópar setja staðal eða ef tækni, sem þeir hafa einkaleyfi á, verður að raunstaðli er komið í veg fyrir samkeppni ef þriðju aðilum er meinaður aðgangur að staðlinum.

## 6.5. Dæmi

### 176. 1. dæmi

**Aðstæður:** Í staðlinum EN 60603-7:1993 eru skilgreindar kröfur um tengingu sjónvarpsviðtækja við aukamyndbandsbúnað svo sem myndbandsupptökutæki og skjáleiki. Þrátt fyrir að staðallinn sé ekki bindandi að lögum nota framleiðendur bæði sjónvarpsviðtækja og skjáleikja staðallinn í raun því markaðurinn krefst þess.

**Greining:** Þetta er ekki brot á ákvæðum 1. mgr. 53. gr. Staðallinn hefur verið samþykktur af viðurkenndum staðlastofnunum á landsvísi, í Evrópu og á alþjóðavísu í opinni og gagnsæri málsmeðferð og byggist á almennu samkomulagi sem endurspeglar stöðu framleiðenda og neytenda. Öllum framleiðendum er heimilt að nota staðallinn.

### 177. 2. dæmi

**Aðstæður:** Nokkrir framleiðendur myndbandsspóla komast að samkomulagi um að þróa gæðamerki eða staðal til marks um að myndbandsspóla uppfylli tilteknar lágmarkstækniforskriftir. Framleiðendunum er heimilt að framleiða myndbandsspólur sem eru ekki í samræmi við staðallinn og aðrir þróunaraðilar eiga greiðan aðgang að staðlinum.

**Greining:** Að því tilskildu að samningurinn hamli ekki samkeppni á annan hátt brýtur hann ekki í bága við ákvæði 1. mgr. 53. gr. þar sem þátttaka í setningu staðalsins er óheft og gagnsæ og samningurinn kveður ekki á um að skylda sé að fylgja staðlinum. Kæmust aðilarnir að samkomulagi um að framleiða eingöngu myndbandsspólur sem væru í samræmi við nýja staðallinn myndi samningurinn hamla tækniþróun og koma í veg fyrir að aðilarnir seldu annars konar vörur, sem myndi vera brot á 1. mgr. 53. gr.

### 178. 3. dæmi

**Aðstæður:** Hópur samkeppnisaðila, sem starfa á mismunandi mörkuðum sem eru háðir hver öðrum varðandi vörur sem verða að vera samhæfðar og sem hafa yfir 80% markaðshlutdeild á viðkomandi mörkuðum, kemst að samkomulagi um að þróa í sameiningu nýjan staðal sem verður kynntur í samkeppni við aðra staðla sem eru fyrir á markaðinum og eru mikið notaðir af samkeppnisaðilum þeirra. Ýmsar vörur, sem uppfylla nýja staðallinn, verða ekki samrýmanlegar þeim stöðlum sem fyrir eru. Vegna þeirrar umtalsverðu fjárfestingar sem þarf til að aðlaga framleiðsluna og viðhalda henni í samræmi við nýja staðallinn samþykkja aðilarnir að helga vissan hluta sölu sinnar vörum sem uppfylla nýja staðallinn til að koma upp „nauðsynlegu magni“ („critical mass“) á markaðinum. Þeir samþykkja einnig að hver og einn takmarki framleiðslumagn sitt á vörum, sem ekki uppfylla staðallinn, við það magn sem framleitt var árið á undan.

**Greining:** Þessi samningur fellur undir 1. mgr. 53. gr. sökum markaðsstyrks aðilanna og framleiðslutakmarkana en ólíklegt er að hann uppfylli skilyrði 3. mgr. nema öðrum birgjum, sem vildu taka þátt í samkeppninni, sé veittur aðgangur að tækniupplýsingum á sanngjörnum kjörum og án mismununar.

## 7. SAMNINGAR UM UMHVERFISMÁL

### 7.1. Skilgreining

179. Með samningum um umhverfismál<sup>(53)</sup> skuldbinda aðilarnir sig til að draga úr mengun, eins og hún er skilgreind í umhverfislögum, eða til að ná umhverfismarkmiðum, einkum þeim sem mælt er fyrir um í 73. gr. EES-samningsins. Því verður markmiðið eða aðferðirnar, sem samþykktar eru, að tengjast beint því að draga úr magni mengunarvalda eða úrgangi sbr. skilgreiningu í

<sup>(53)</sup> Hugtakið „samningur“ er notað hér í þeim skilningi sem kemur fram í skilgreiningu dómstóls Evrópubandalaganna og dómstóls á fyrsta dómstigi í dómafordæmum þeirra við beitingu 81. gr. EB-sáttmálans. Það svarar ekki endilega til skilgreininga á „samningi“ í skjölum sem fjalla um umhverfismál, svo sem orðsendingu framkvæmdastjórnarinnar um samninga um umhverfismál COM(96) 561 frá 27.11.1996 sem varðar EES sbr. 1. lið 3. gr. bókunar 31 við EES-samninginn.

viðkomandi gerðum <sup>(54)</sup>. Þetta útilokar samninga þar sem aðgerðir um að draga úr mengun eru hliðarverkanir annarra ráðstafana.

180. Í samningum um umhverfismál getur verið mælt fyrir um staðla um umhverfisáhrif framleiðsluvara (aðfanga eða framleiðsluvara) eða framleiðsluferla <sup>(55)</sup>. Aðrir hugsanlegir flokkar eru samningar á sama stigi viðskipta þar sem aðilarnir samþykkja að stefna að sömu umhverfismarkmiðum, svo sem endurvinnslu tiltekinna efna, draga úr losun eða bæta orkunýtni.
181. Heildstæð kerfi, sem ná til heilla atvinnugreina, hafa verið sett upp í mörgum EES-ríkjum til að uppfylla skuldbindingar í umhverfismálum um endurvinnslu eða endurvinnslu. Slík kerfi fela yfirleitt í sér fjölda flókinna ráðstafana sem sumar eru láréttar í eðli sínu en aðrar lóðréttar. Þessar leiðbeiningar eiga ekki við um þessar ráðstafanir að því marki sem þær innihalda lóðréttar takmarkanir.

## 7.2. Viðkomandi markaðir

182. Meta ber áhrifin á markaðina sem samningurinn tengist, sem verða skilgreindir í samræmi við tilkynningu um skilgreiningu á viðkomandi markaði að því er varðar samkeppnislög á Evrópska efnahagssvæðinu (EES). Sé mengunarvaldurinn ekki vara telst viðkomandi markaður vera markaður vörunnar sem mengunarvaldurinn er hluti af. Þegar um er að ræða samninga um viðtöku eða endurvinnslu verður einnig að meta, auk áhrifa á markaðinn eða markaðina þar sem samningsaðilar starfa sem framleiðendur eða dreifingaraðilar, áhrif á markað viðtökupjónustu sem viðkomandi vara heyrir mögulega undir.

## 7.3. Mat samkvæmt 1. mgr. 53. gr.

183. Ríkisstofnanir geta hvatt til eða krafist gerðar samninga um umhverfismál í samræmi við valdheimildir sínar. Þessar leiðbeiningar fjalla ekki um hvort slík íhlutun ríkis samræmist skuldbindingum samningsaðila samkvæmt EES-samningnum. Þær fjalla eingöngu um matið sem gera verður á því hvort samningurinn er í samræmi við 53. gr.

### 7.3.1. Eðli samningsins

#### 7.3.1.1. Samningar sem heyra ekki undir 1. mgr. 53. gr.

184. Sumir samningar um umhverfismál munu að líkindum ekki heyra undir bannið í 1. mgr. 53. gr. þrátt fyrir sameiginlega markaðshlutdeild aðilanna.
185. Þetta getur átt við ef ekki eru lagðar á aðilana sérstakar, einstaklingsbundnar skuldbindingar eða þeir skuldbinda sig aðeins lauslega til að stefna að umhverfismarkmiði sem tekur til alls geirans. Í seinna tilvikinu beinist matið að því ákvörðunarfrelsi sem aðilunum er látið eftir að því er varðar tæknilegar og fjárhagslegar leiðir til að ná samþykktu umhverfismarkmiði. Því fjölbreytilegri sem slíkar aðferðir eru því óverulegri verða möguleg, hamlandi áhrif.
186. Á svipaðan hátt heyra samningar um umhverfisáhrif vara eða framleiðsluferla, sem ekki hafa sýnileg áhrif á fjölbreytileika vara og framleiðslu á viðkomandi markaði eða hafa óveruleg áhrif á ákvarðanir um kaup, ekki undir 1. mgr. 53. gr. Ef sumir vöruflokkar eru bannaðir eða ef þeir eru teknir af markaðinum í áföngum, teljast hömlur ekki umtalsverðar ef þær ná aðeins til lítils hluta af viðkomandi landfræðilegum markaði eða markaði allra EES-ríkjanna sé viðkomandi markaður allt EES-svæðið.

<sup>(54)</sup> Til dæmis má ekki líkja innlendum samningi um að leggja niður í áföngum mengunarvald eða hætta losun sorps, sem skilgreint er sem slíkt í hlutaðeigandi gerðum EES, við sameiginlegt viðskiptabann á vöru sem dreift er frjálst innan Evrópska efnahagssvæðisins.

<sup>(55)</sup> Að því marki sem hægt er að líkja saman samningum um umhverfismál við staðlasamninga, skulu sömu meginreglur um mat á stöðlun gilda um þá.

187. Loks munu samningar sem hafa í för með sér stofnun nýs markaðar, svo sem endurvinnslusamningar, almennt ekki hamla samkeppni að því tilskildu að og svo lengi sem aðilarnir geta ekki annast slíka starfsemi einir vegna þess að ekki eru fyrir hendi aðrir valkostir og/eða samkeppnisaðilar.

7.3.1.2. *Samningar sem heyra nær alltaf undir 1. mgr. 53. gr.*

188. Eðli málsins samkvæmt heyra samningar um umhverfismál aðeins undir 1. mgr. 53. gr. ef raunverulegt markmið samnings eru ekki umhverfismarkmið heldur að vera verkfæri til þátttöku í dulbúnum markaðssamtökum, þ.e. um ólögmeitt verðsamráð, takmörkun á framleiðslumagni eða skiptingu markaða, eða ef samstarfið er notað sem liður í breiðari, takmarkandi samningi sem miðar að því að útiloka raunverulega eða mögulega samkeppnisaðila.

7.3.1.3. *Samningar sem kunna að heyra undir 1. mgr. 53. gr.*

189. Búast má við að samningar um umhverfismál, sem taka til stórs hluta atvinnugreinar á landsvísu eða innan EES, heyri undir 1. mgr. 53. gr. ef þeir takmarka greinilega getu aðilanna til að útfæra eiginleika vara sinna eða aðferð við framleiðslu þeirra og gera þeim þannig kleift að hafa áhrif á framleiðslu eða sölu hver annars. Auk þess að skapa hömlur milli aðilanna getur samningur um umhverfismál einnig dregið úr eða haft veruleg áhrif á framleiðslumagn þriðju aðila, sama hvort um er að ræða birgja eða kaupendur.
190. Til dæmis geta samningar um umhverfismál, sem kunna að draga úr í áföngum eða hafa veruleg áhrif á umtalsverðan hluta af sölu aðilanna að því er varðar vörur þeirra eða framleiðsluferli, heyrt undir 1. mgr. 53. gr. ef aðilarnir hafa verulega markaðshlutdeild. Sama gildir um samninga um úthlutun mengunarkvóta til einstakra aðila.
191. Á sama hátt geta samningar, sem kveða á um að aðilar með umtalsverða markaðshlutdeild á verulegum hluta þess svæðis sem EES-samningurinn tekur til tilnefni fyrirtæki sem einkaréttaraðila á viðtöku og/eða endurvinnsluþjónustu á vörum þeirra, hamlað verulega samkeppni að því tilskildu að aðrir raunverulegir þjónustuveitar séu fyrir hendi eða aðrir sem raunhæft er að ætla að gætu komið inn á markaðinn sem slíkir.

**7.4. Mat samkvæmt 3. mgr. 53. gr.**

7.4.1. *Efnahagslegur ávinningur*

192. Eftirlitsstofnun EFTA tekur jákvæða afstöðu til þess að nota samninga um umhverfismál sem stjórnæki til að ná markmiðum 1. gr. og 73. gr. EES-samningsins og markmiðum aðgerðaráætlana í umhverfismálum <sup>(56)</sup>, að því tilskildu að slíkir samningar séu í samræmi við samkeppnisreglur <sup>(57)</sup>.
193. Samningar um umhverfismál, sem heyra undir 1. mgr. 53. gr., geta haft í för með sér efnahagslegan ávinning, annaðhvort fyrir einstaka neytendur eða neytendur sem heild, sem vegur upp á móti neikvæðum áhrifum þeirra á samkeppni. Til að uppfylla þetta skilyrði verður að leiða af samningnum nettóávinningur að því er varðar minnkað álag á umhverfið ef borið er saman við ástandið þar sem engar aðgerðir eiga sér stað. Með öðrum orðum verður fyrirhugaður, efnahagslegur ávinningur að veða þyngra en kostnaðurinn <sup>(58)</sup>.

<sup>(56)</sup> Aðgerðaráætlanir Evrópusambandsins í umhverfismálum varða Evrópska efnahagssvæðið sbr. 1. lið 3. gr. bókunar 31 við EES-samninginn.

<sup>(57)</sup> Sjá orðsendingu framkvæmdastjórnar Evrópubandalaganna um samninga um umhverfismál COM(96) 561, lokaútgáfa frá 27.11.1996, 27.-29. mgr. og f-liður 1. mgr. 3. gr. í þriðju gerðinni sem um getur í 1. lið 3. gr. bókunar 31 við EES-samninginn (ákvörðun Evrópuþingsins og ráðsins nr. 2179/98/EB frá 24. september 1998 um endurskoðun á stefnu- og framkvæmdaáætlun bandalagsins í tengslum við umhverfi og sjálfbæra þróun „Fram til sjálfbæris“ (Stjtið. EB L 275, 10.10.1998, bls. 1)). Í orðsendingunni er „Gátlisti fyrir samninga um umhverfismál“ þar sem tekin eru fram þau atriði sem yfirleitt skulu koma fram í slíkum samningi. Gátlistinn veitir einnig nýtsamar leiðbeiningar varðandi 53. gr. EES-samningsins.

<sup>(58)</sup> Þetta er í samræmi við kröfuna um að taka tillit til mögulegs ávinnings og kostnaðar við aðgerð eða aðgerðaleysi, sem fram kemur í d-lið 7. gr. í þriðju gerðinni sem um getur í 1. lið 3. gr. bókunar 31 við EES-samninginn (ákvörðun Evrópuþingsins og ráðsins nr. 2179/98/EB frá 24. september 1998 um endurskoðun á stefnu- og framkvæmdaáætlun bandalagsins í tengslum við umhverfi og sjálfbæra þróun „Fram til sjálfbæris“ (Stjtið. EB L 275, 10.10.1998, bls. 1)).

194. Í slíkum kostnaði felast áhrif af minni samkeppni, kostnaður atvinnurekenda við að uppfylla umhverfismarkmiðin og/eða áhrif á þriðja aðila. Meta má ávinninginn í tveimur þrepum. Færi samningurinn einstökum neytendum hagnað (rate of return) innan sanngjarns tímabils þarf ekki að ákveða á hlutlægan hátt sameiginlegan umhverfisávinning. Að öðrum kosti kann að vera þörf á kostnaðar- og ábatagreiningu til að meta hvort raunhæft sé að búast við nettóávinningi til handa neytendum almennt.

#### 7.4.2. Óhjákvæmilegar hömlur

Því hlutlægi sem efnahagsleg hagkvæmni samnings um umhverfismál er þeim mun líklegri er að hvert einstakt ákvæði verði talið óhjákvæmilegt til að ná umhverfismarkmiðinu í efnahagslegu samhengi.

196. Hlutlægt mat á ákvæðum sem við fyrstu sýn mætti telja að væru ekki óhjákvæmileg má styðja með hagkvæmnisgreiningu sem sýnir að aðrar leiðir til að ná fyrirhuguðum umhverfisávinningi yrðu óhagkvæmari eða kostnaðarsamari miðað við eðlilegar forsendur. Til dæmis ætti það að sýna skýrt fram á að samræmt gjald, sem innheimt er óháð kostnaði hvers og eins af sorphirðu, sé óhjákvæmilegt til að viðtökukerfið virki í allri atvinnugreininni.

#### 7.4.3. Ekki komið í veg fyrir samkeppni

197. Þrátt fyrir efnahagslegan ávinning, ávinning fyrir umhverfið og þörfina á fyrirhuguðum ákvæðum má samningurinn ekki koma í veg fyrir samkeppni að því er varðar sundurgreiningu vara eða framleiðsluferla, tæknilega nýsköpun eða innkomu á markað til skamms tíma eða, þar sem við á, til meðallangs tíma. Sé viðtöku- eða endurvinnslustöð með mögulega samkeppnisaðila t.d. veittur einkaréttur til viðtöku ætti gildistími slíks réttar að miðast við þann tíma sem það tekur annan aðila að hasla sér völl á markaðinum.

### 7.5. Dæmi

198. Dæmi

**Aðstæður:** Svo til allir framleiðendur og innflytjendur tiltekins heimilistækis (t.d. þvottavélar) innan EES komast, að tilhlutan opinberrar stofnunar, að samkomulagi um að hætta að framleiða og flytja inn á Evrópska efnahagssvæðið vörur sem ekki uppfylla tilteknar umhverfisviðmiðanir (t.d. um orkunýtni). Alls hafa aðilarnir 90% markaðshlutdeild á EES-markaðinum. Vörurnar, sem þannig verða lagðar niður í áföngum á markaðinum, svara til umtalsverðs hluta heildarsölu. Í stað þeirra munu koma umhverfisvænni en jafnframt dýrari vörur. Enn fremur dregur samningurinn óbeint úr framleiðslu þriðju aðila (t.d. á rafmagnsáhlutum, auk þess sem hætt verður í áföngum að framleiða íhluti í vörurnar sem lagðar verða niður).

**Greining:** Samningurinn veitir aðilunum stjórn yfir eigin framleiðslu og innflutningi og varðar verulegt hlutfall sölu þeirra og heildarframleiðslumagns en dregur einnig úr framleiðslu þriðju aðila. Val neytenda, sem beinist að hluta til að umhverfisvænum eiginleikum vörunnar, minnkar og verð mun líklega hækka. Því fellur samningurinn undir 1. mgr. 53. gr. Aðkoma opinberra aðila skiptir ekki máli við matið.

Nýrri vörur eru hins vegar tæknilega þróaðri og þó að þær dragi úr umhverfisvanda, sem óbeint er markmiðið (losun frá rafmagnsframleiðslu), skapa þær ekki endilega eða auka á annað umhverfisvandamál (svo sem vatnsnotkun, notkun þvottaefna). Nettóframlag til að bæta ástand umhverfisins vegur í heild upp á móti auknum kostnaði. Auk þess endurheimta þeir, sem kaupa dýrari vörur, einnig fljótt aukinn kostnað því að umhverfisvænni vörur eru hagkvæmari í rekstri. Sýnt er fram á að aðrir valkostir en samningurinn eru óvissari og kostnaðarhagkvæmni minni þegar um er að ræða að skila sama nettóávinningi. Fjárhagslega eru ýmsar leiðir færar aðilum, að því er varðar tæknilega útfærslu, til að framleiða vörur með samþykktum eiginleikum er varða umhverfi og samkeppni mun engu að síður vera áfram fyrir hendi um aðra eiginleika framleiðsluvaranna. Því eru skilyrðin fyrir undanþágu samkvæmt 3. mgr. 53. gr. uppfyllt.