

EØS-tillegget

ISSN 1022-9310

Nr. 55

9. årgang

31.10.2002

til De Europeiske Fellesskaps
Tidende

I EØS-ORGANER

1. EØS-rådet
2. EØS-komiteen
3. Parlamentarikerkomiteen for EØS
4. Den rådgivende komité for EØS

II EFTA-ORGANER

1. EFTA-statenes faste komité
2. EFTAs overvåkningsorgan

2002/EØS/55/01

Kunngjøring fra EFTAs overvåkningsorgan - Retningslinjer for anvendelsen av EØS-avtalens artikkel 53 på avtaler om horisontalt samarbeid 1

3. EFTA-domstolen**III EF-ORGANER**

1. Rådet
2. Kommisjonen
3. Domstolen

KUNNGJØRING FRA EFTAs OVERVÅKNINGSORGAN**2002/EØS/55/01****Retningslinjer for anvendelsen av EØS-avtalens artikkel 53 på avtaler om horisontalt samarbeid**

- A. Denne kunngjøring er utferdiget i henhold til reglene i avtalen om Det europeiske økonomiske samarbeidsområde (EØS-avtalen) og avtalen mellom EFTA-statene om opprettelse av et overvåkningsorgan og en domstol (overvåknings- og domstolsavtalen).
- B. Europakommisjonen har utferdiget kunngjøringen "Retningslinjer for anvendelsen av EF-traktatens artikkel 81 på avtaler om horisontalt samarbeid"⁽¹⁾. Denne ikke-bindende rettsakten omhandler de prinsipper og regler som Europakommisjonen følger ved vurdering av horisontale avtaler i henhold til traktatens artikkel 81.
- C. EFTAs overvåkningsorgan anser ovennevnte rettsakt som relevant for EØS. For å opprettholde like konkurransevilkår og sikre en ensartet anvendelse av konkurransereglene i EØS i hele Det europeiske økonomiske samarbeidsområde, vedtar EFTAs overvåkningsorgan denne kunngjøring med hjemmel i artikkel 5 nr. 2 bokstav b) i overvåknings- og domstolsavtalen. Ved anvendelse av de relevante EØS-regler i en bestemt sak, vil Overvåkningsorganet følge de prinsipper og regler som er fastsatt i denne kunngjøring.

1. INNLEDNING**1.1. Formål**

- 1. Disse retningslinjer omfatter prinsipper for vurdering av avtaler om horisontalt samarbeid i henhold til EØS-avtalens artikkel 53⁽²⁾. Et samarbeid anses for "horisontalt" dersom selskaper som befinner seg på samme omsetningsledd, inngår en avtale eller samordner sin opptreden. I de fleste tilfeller er et horisontalt samarbeid et samarbeid mellom konkurrenter. Det kan for eksempel omfatte områder som forskning og utvikling (F&U), produksjon, innkjøp eller markedsføring.
- 2. Horisontalt samarbeid kan føre til konkurransemessige problemer. Dette er for eksempel tilfellet dersom partene i et samarbeid fastsetter priser eller produksjonsvolum eller deler markeder mellom seg, eller dersom samarbeidet gjør det mulig for partene å oppnå markedsrett eller opprettholde eller styrke eksisterende markedsrett, og dermed fører til negative virkninger på markedet med hensyn til priser, produksjon, nyskaping eller produktutvalg eller produktkvalitet.
- 3. På den annen side kan horisontalt samarbeid medføre betydelige økonomiske fordeler. Selskapene må innrette seg etter en stadig økende konkurranse og markeder i endring som følge av globaliseringen, den raske tekniske utviklingen og generelt mer dynamiske markeder. Gjennom samarbeid kan selskaper dele risiko, spare kostnader, forene kunnskap og fremskynde lansering av nye produkter. Særlig for små og mellomstore bedrifter er samarbeid viktig for å gjøre dem i stand til å tilpasse seg markeder i endring.
- 4. Selv om EFTAs overvåkningsorgan erkjenner de økonomiske fordelene samarbeid kan medføre, må det samtidig sikre at en effektiv konkurranse opprettholdes. Artikkel 53 utgjør det juridiske rammeverket for en balansert vurdering, der det tas hensyn til såvel konkurransebegrensende virkninger som økonomiske fordeler.

⁽¹⁾ EFT C 3 av 6.1.2001, s. 2.

⁽²⁾ Kompetansen til å behandle enkeltsaker som kommer inn under EØS-avtalens artikkel 53, er delt mellom EFTAs overvåkningsorgan og Europakommisjonen i henhold til reglene i EØS-avtalens artikkel 56. Bare én myndighet kan behandle en gitt sak.

5. Tidligere ga to kunngjøringer fra EFTAs overvåkningsorgan og to gruppeunntak veiledning for vurderingen av horisontalt samarbeid under artikkel 53. I rettsakten som tidligere var omtalt i nr. 6 i vedlegg XIV til EØS-avtalen (forordning (EØF) nr. 417/85⁽³⁾, sist endret ved forordning (EF) nr. 2236/97⁽⁴⁾), og rettsakten som tidligere var omtalt i nr. 7 i vedlegg XIV til EØS-avtalen (forordning (EØF) nr. 418/85⁽⁵⁾, sist endret ved forordning (EF) nr. 2236/97), var det fastsatt unntak for enkelte typer spesialiseringsavtaler og forsknings- og utviklingsavtaler (F&U). Disse to gruppeunntakene er erstattet av rettsakten som nå er nevnt i nr. 6 i vedlegg XIV til EØS-avtalen (forordning (EF) nr. 2658/2000⁽⁶⁾) om anvendelsen av EØS-avtalens artikkel 53 nr. 3 på grupper av spesialiseringsavtaler ("gruppeunntaket for spesialisering"), og rettsakten som nå er nevnt i nr. 7 i vedlegg XIV til EØS-avtalen (forordning (EF) nr. 2659/2000⁽⁷⁾) om anvendelsen av EØS-avtalens artikkel 53 nr. 3 på grupper av forsknings- og utviklingsavtaler ("gruppeunntaket for F&U"). De to kunngjøringene inneholdt retningslinjer for enkelte typer samarbeidsavtaler som faller utenfor artikkel 53⁽⁸⁾, og for vurderingen av fellesforetak opprettet med sikte på samarbeid⁽⁹⁾.
6. Markeder i endring har skapt en mer variert og økende bruk av horisontalt samarbeid. Det er nødvendig med mer fullstendige og oppdaterte retningslinjer for å oppnå større klarhet i og gjennomsiktighet med hensyn til anvendelsen av artikkel 53 på dette området. Ved vurderingen må det legges større vekt på økonomiske kriterier, for bedre å gjenspeile den seneste utvikling i håndhevingspraksis og rettspraksis fra De europeiske fellesskaps domstol og Førsteinstansdomstolen⁽¹⁰⁾.
7. Formålet med disse retningslinjer er å gi et analytisk rammeverk for de mest vanlige typene horisontalt samarbeid. Dette rammeverket bygger først og fremst på kriterier som bidrar til å analysere en samarbeidsavtales økonomiske kontekst. Økonomiske kriterier som partenes markedsrett og andre faktorer som vedrører markedsstrukturen, er et nøkkelement ved vurderingen av et samarbeids sannsynlige virkning på markedet, og dermed også for vurderingen under artikkel 53. I lys av den store variasjonen i typer og kombinasjoner av horisontalt samarbeid og de ulike markedsforhold slike samarbeid opererer under, er det umulig å gi spesifikke svar for enhver tenkelig situasjon. Imidlertid vil det analytiske rammeverket, som bygger på økonomiske kriterier, være til hjelp for foretakene ved vurderingen av om en bestemt samarbeidsavtale er forenlig med artikkel 53.
8. Retningslinjene erstatter ikke bare kunngjøringene nevnt i nr. 5, men dekker også en større gruppe av de vanligste horisontale avtaler. De utfyller gruppeunntaket for F&U og gruppeunntaket for spesialisering.

1.2. Retningslinjenes virkeområde

9. Disse retningslinjer omfatter avtaler eller samordnet oppreden (heretter kalt "avtaler") mellom to eller flere selskaper som befinner seg på samme omsetningsledd, dvs. på samme ledd i produksjons- eller distribusjonsskjeden. Innenfor dette virkeområdet legges hovedvekten på samarbeid mellom konkurrenter. "Konkurrenter" omfatter i disse retningslinjer både faktiske⁽¹¹⁾

⁽³⁾ EFT L 53 av 22.2.1985, s. 1.

⁽⁴⁾ EFT L 306 av 11.11.1997, s. 12.

⁽⁵⁾ EFT L 53 av 22.2.1985, s. 5.

⁽⁶⁾ EFT L 304 av 5.12.2000, s. 3, innlemmet i EØS-avtalen ved EØS-komiteens beslutning nr. 113/2000 av 22.12.2000 (EFT L 52 av 22.2.2001, s. 38 og EØS-tillegget til EF-tidende nr. 9 av 22.2.2001, s. 5), ikraft. 1.1.2001.

⁽⁷⁾ EFT L 304 av 5.12.2000, s. 7, innlemmet i EØS-avtalen ved EØS-komiteens beslutning nr. 113/2000 av 22.12.2000 (EFT L 52 av 22.2.2001, s. 38 EØS-tillegget til EF-tidende nr. 9 av 22.2.2001, s. 5), ikraft 1.1.2001.

⁽⁸⁾ EFT L 153 av 18.6.1994, s. 25 og EØS-tillegget til EF-tidende nr. 15 av 18.6.1994, s. 24.

⁽⁹⁾ EFT L 186 av 21.7.1994, s. 58 og EØS-tillegget til EF-tidende nr. 22 av 21.7.1994, s. 4.

⁽¹⁰⁾ Avgjørelser fra De europeiske fellesskaps domstol og Førsteinstansdomstolen er relevante for EFTAs overvåkningsorgans praksis i henhold til bestemmelsene i artikkel 6 i EØS-avtalen og artikkel 3 i overvåknings- og domstolsavtalen.

⁽¹¹⁾ Et selskap anses som en faktisk konkurrent dersom det enten er aktivt på det samme relevante marked, eller, i fravær av avtalen, kan omstille seg til å produsere de relevante produkter og markedsføre dem på kort sikt, uten å pådra seg betydelige tilleggskostnader eller vesentlig risiko, som reaksjon på en liten, men varig økning i de relative priser (umiddelbar substitusjon på tilbudssiden). Det samme resonnement kan føre til en samling av ulike geografiske områder. Dersom substitusjon på tilbudssiden vil gjøre det nødvendig å foreta en betydelig justering av eksisterende materielle og immaterielle aktiva, gjennomføre tilleggsinvesteringer, ta strategiske beslutninger eller omstillingen vil ta tid, vil et selskap imidlertid ikke behandles som en faktisk konkurrent, men som en potensiell konkurrent (se nedenfor). Se EFTAs overvåkningsorgans kunngjøring om avgrensning av det relevante marked innen konkurranseretten i EØS (EFT L 200 av 16.7.1998, s. 48 og EØS-tillegget til EF-tidende nr. 28 av 16.7.1998, s. 3).

og potensielle⁽¹²⁾ konkurrenter.

10. Disse retningslinjer omhandler imidlertid ikke alle mulige typer horisontale avtaler. De omhandler bare den type samarbeid som vil kunne gi effektivitetsgevinster, det vil si avtaler om F&U, produksjon, innkjøp, markedsføring, standardisering og miljø. Andre typer horisontale avtaler mellom konkurrenter, for eksempel om utveksling av informasjon eller om minoritetsaksjeposter, vil bli behandlet særskilt.
11. Avtaler som inngås mellom selskaper som driver sin virksomhet innen ulike ledd i produksjons- eller distribusjonsskjeden, det vil si vertikale avtaler, omfattes i utgangspunktet ikke av disse retningslinjer, og behandles i rettsakten nevnt i nr. 2 i vedlegg XIV til EØS-avtalen (forordning (EF) nr. 2790/1999⁽¹³⁾) om anvendelsen av EØS-avtalens artikkel 53 nr. 2 på grupper av vertikale avtaler og samordnet opptreden ("gruppeunntaket for vertikale begrensninger") og EFTAs overvåkningsorgans retningslinjer for vertikale begrensninger⁽¹⁴⁾. Dersom vertikale avtaler, for eksempel distribusjonsavtaler, inngås mellom konkurrenter, kan virkningene på markedet og de mulige konkurransemessige problemene imidlertid være tilsvarende som ved horisontale avtaler. Slike avtaler må derfor vurderes i henhold til prinsippene beskrevet i disse retningslinjer. Dette utelukker ikke at også retningslinjene for vertikale begrensninger anvendes på avtalene for å vurdere eventuelle vertikale begrensninger i slike avtaler⁽¹⁵⁾.
12. Avtaler kan omfatte ulike samarbeidsstadier, for eksempel F&U og utnyttelsen av resultatene fra F&U-virksomheten. Slike avtaler omfattes av disse retningslinjer med mindre de kommer inn under artikkel 57 i EØS-avtalen om tilsyn med foretakssammenslutninger. Samarbeidets tyngdepunkt avgjør hvilken del av disse retningslinjer som får anvendelse på den aktuelle avtalen. Ved fastsettelsen av tyngdepunktet er det særlig to faktorer som det tas hensyn til: for det første samarbeidets utgangspunkt, og for det andre graden av integrasjon av de ulike funksjonene som samarbeidet omfatter. Et samarbeid som innebærer både felles F&U og felles utnyttelse av resultatene, vil dermed normalt falle inn under avsnittet om "Avtaler om forskning og utvikling", ettersom felles utnyttelse bare vil finne sted dersom den felles F&U er vellykket. Dette innebærer at resultatene av felles F&U er avgjørende for om utnyttelsen finner sted eller ikke. F&U-avtalen kan dermed anses for å være samarbeidets utgangspunkt. Denne vurderingen blir en annen dersom avtalen forutsetter en fullstendig integrasjon på produksjonsområdet, og bare en delvis integrasjon av enkelte F&U-aktiviteter. I dette tilfellet vil eventuelle konkurransebegrensende virkninger og økonomiske fordeler som følge av samarbeidet, i stor grad være knyttet til den felles produksjonen, og avtalen vil dermed vurderes i henhold til prinsippene i avsnittet om "Produksjonsavtaler". Mer komplekse ordninger som strategiske allianser der et antall ulike samarbeidsområder og samarbeidsformer kombineres på forskjellige måter, omfattes ikke av retningslinjene. Hvert enkelt samarbeidsområde innenfor en allianse kan vurderes ved hjelp av det tilsvarende kapitlet i retningslinjene. Komplekse ordninger må imidlertid også vurderes i sin helhet. Fordi en allianse kan omfatte mange ulike samarbeidsområder, er det umulig å gi generelle retningslinjer for en slik samlet vurdering. Allianser eller andre typer samarbeid som i hovedsak består av intensjonserklæringer, kan ikke vurderes i forhold til konkurransereglene så lenge de ikke har noe presist anvendelsesområde.

⁽¹²⁾ Et selskap anses som en potensiell konkurrent dersom det påvises at selskapet, i fravær av avtalen, kunne og sannsynligvis ville påta seg de nødvendige tilleggsinvesteringer eller nødvendige omleggingskostnader slik at det kunne etablere seg på det relevante marked som svar på en liten og varig økning i de relative priser. Denne vurderingen må bygge på realistiske forhold, en rent teoretisk mulighet for etablering på et marked er ikke tilstrekkelig (se EFTAs overvåkningsorgans kunngjøring om avgrensning av det relevante marked innen konkurransen i EØS (nr. 24); se også Europakommisjonens tredtende rapport om konkurransepolitikken, nr. 55, og Europakommisjonens beslutning 90/410/EØF i saken Elopak/Metal Box-Odin (EFT L 209 av 8.8.1990, s. 15). Markedsetablering må skje tilstrekkelig raskt til at trusselen om markedsetablering legger begrensninger på markedsdeltakernes atferd. Dette vil vanligvis bety at etablering må skje i løpet av kort tid. EFTAs overvåkningsorgans retningslinjer for vertikale begrensninger (EFTAs overvåkningsorgans beslutning nr. 250/01/COL av 25. juli 2001, EFT C 122 av 23.5.2002, s. 1 og EØS-tillegget til EF-tidende nr. 26 av 23.5.2002, s. 7, nr. 26), anslår et tidsrom på høyst et år for anvendelsen av gruppeunntaket for vertikale begrensninger (se fotnote 14). I enkelttilfeller kan imidlertid lengre tidsrom vurderes. Den tid som er nødvendig for at et foretak som allerede er aktivt på markedet skal kunne justere sin virksomhet, kan benyttes som et utgangspunkt for å fastsette tidsrommets varighet.

⁽¹³⁾ EFT L 336 av 29.12.1999, s. 21.

⁽¹⁴⁾ EFTAs overvåkningsorgans beslutning nr. 250/01/COL av 25. juli 2001, EFT C 122 av 23.5.2002, s. 1 og EØS-tillegget til EF-tidende nr. 26 av 23.5.2002, s. 7.

⁽¹⁵⁾ Sondringen mellom horisontale og vertikale avtaler blir behandlet nærmere i kapitlene om felles innkjøp (kapittel 4) og felles markedsføring (kapittel 5). Se også retningslinjene for vertikale begrensninger, nr. 26 og 29.

13. Kriteriene i disse retningslinjer får anvendelse på samarbeid om både varer og tjenester som kommer inn under EØS-avtalens virkeområde⁽¹⁶⁾, i det følgende gitt samlebetegnelsen "produkter". Retningslinjene gjelder imidlertid ikke dersom sektorspesifikke regler får anvendelse, som på transportområdet og forsikringsområdet⁽¹⁷⁾. Transaksjoner som kommer inn under EØS-avtalens artikkel 57, omhandles heller ikke i disse retningslinjer.
14. Artikkel 53 får bare anvendelse på avtaler om horisontalt samarbeid som kan påvirke handelen mellom partene i EØS-avtalen. Disse retningslinjer inneholder ingen analyse av hvorvidt en gitt avtale vil kunne påvirke samhandelen. Retningslinjenes prinsipper om anvendelsen av artikkel 53 bygger derfor på en formodning om at handelen mellom partene i EØS-avtalen påvirkes. I praksis må dette spørsmålet imidlertid vurderes i hver enkelt sak.
15. Artikkel 53 får ikke anvendelse på avtaler som er av mindre betydning, fordi slike avtaler ikke kan ha til formål eller virkning å begrense konkurransen merkbart. Disse retningslinjer berører verken anvendelsen av nåværende eller framtidige kunngjøringer om avtaler av mindre betydning⁽¹⁸⁾.
16. Vurderingen under artikkel 53 som beskrevet i disse retningslinjer, berører ikke en mulig parallell anvendelse av artikkel 54 i EØS-avtalen på avtaler om horisontalt samarbeid. Videre får disse retningslinjer anvendelse med forbehold for den tolkning EFTA-domstolen, Førsteinstansdomstolen og De europeiske fellesskaps domstol måtte legge til grunn ved anvendelsen av EF-traktatens artikkel 81 og EØS-avtalens artikkel 53 på avtaler om horisontalt samarbeid.

1.3. Grunnleggende prinsipper for vurderingen under artikkel 53

1.3.1. Artikkel 53 nr. 1

17. Artikkel 53 nr. 1 får anvendelse på avtaler om horisontalt samarbeid som har til formål eller virkning å hindre, innskrenke eller vri konkurransen (heretter kalt "konkurransbegrensninger").
18. I visse tilfeller fremgår det allerede av samarbeidets art at artikkel 53 nr. 1 får anvendelse. Dette er tilfellet for avtaler som har til formål å begrense konkurransen gjennom fastsettelse av priser, begrensning av produksjonen, deling av markeder eller tildeling av kunder. Slike avtaler formodes å ha negative virkninger på markedet. Det er derfor ikke nødvendig å undersøke deres faktiske virkninger på konkurransen og markedet for å fastslå om de kommer inn under artikkel 53 nr. 1.
19. Mange avtaler om horisontalt samarbeid har imidlertid ikke til formål å begrense konkurransen. Det er derfor nødvendig å analysere avtalens virkninger. Ved en slik analyse er det ikke tilstrekkelig at avtalen begrenser konkurransen partene imellom. Det må også være sannsynlig at den påvirker konkurransen i markedet i en slik grad at man kan forvente negative virkninger på markedet med hensyn til priser, produksjon, nyskaping eller utvalget av eller kvaliteten på varene eller tjenestene.

⁽¹⁶⁾ Det bemerkes at EØS-avtalen har et mer begrenset virkeområde enn EF-traktaten, blant annet ved det faktum at Det europeiske økonomiske samarbeidsområde ikke er en tollunion, og at EØS-avtalen får begrenset anvendelse på visse varer i henhold til artikkel 8 i EØS-avtalen.

⁽¹⁷⁾ Nr. 10 i vedlegg XIV til EØS-avtalen og kapittel VI i protokoll 4 til overvåknings- og domstolsavtalen (rådsforordning (EØF) nr. 1017/68, EFT L 175 av 23.7.1968, s. 1) (transport på jernbane, på vei og innlands vannvei); nr. 11 i vedlegg XIV til EØS-avtalen og kapittel IX i protokoll 4 til overvåknings- og domstolsavtalen (rådsforordning (EØF) Nr. 4056/86, EFT L 378 av 31.12.1986, s. 4) (sjøtransport); kapittel XI i protokoll 4 til overvåknings- og domstolsavtalen (rådsforordning (EØF) nr. 3975/87, EFT L 374 av 31.12.1987, s. 1) (lufttransport); nr. 11 b) i vedlegg XIV til EØS-avtalen og kapittel IX i protokoll 4 til overvåknings- og domstolsavtalen (kommisjonsforordning (EØF) Nr. 1617/93, EFT L 155 av 26.6.1993, s. 18) (gruppeunntaket for felles planlegging og samordning av ruteplaner, felles drift, tariffkonsultasjoner om transport av passasjerer og gods ved ruteflyging og fordeling av tidsluker i lufthavnene); nr. 11 c) i vedlegg XIV til EØS-avtalen (kommisjonsforordning (EF) Nr. 823/2000, EFT L 100 av 20.4.2000, s. 24) (gruppeunntaket for visse avtaler mellom linjefartsselskaper); nr. 15 a) i vedlegg XIV til EØS-avtalen (kommisjonsforordning (EØF) nr. 3932/92, EFT L 398 av 31.12.1992, s. 7) (gruppeunntaket for visse avtaler på forsikringsområdet).

⁽¹⁸⁾ Se kunngjøringen om avtaler av mindre betydning som ikke kommer inn under EØS-avtalens artikkel 53 nr. 1, EFT L 200 av 16.7.1998, s. 55 og EØS-tillegget til EF-tidende nr. 28 av 16.7.1998, s. 13.

20. Hvorvidt avtalen vil kunne forårsake slike negative virkninger på markedet, avhenger av den økonomiske sammenhengen, der det tas hensyn til både avtalens art og partenes samlede markedsrett, som sammen med andre strukturelle faktorer er avgjørende for om samarbeidet kan påvirke konkurransen som helhet i en slik betydelig grad.

Avtalens art

21. En avtales art bestemmes av faktorer som samarbeidsområde, samarbeidets formål, konkurranseforholdet mellom partene og i hvilken utstrekning de slår sammen sine virksomheter. Disse faktorene sier noe om hvor sannsynlig det er at partene samordner sin atferd i markedet.
22. Enkelte avtaletyper, for eksempel de fleste F&U-avtaler eller samarbeid om fastsettelse av standarder eller forbedring av miljøforholdene, vil sannsynligvis i liten grad inneholde begrensninger som vedrører priser eller produksjon. Hvis disse typer avtaler overhodet har negative virkninger, vil det sannsynligvis være i forhold til nyskaping eller produktvalg. De kan også føre til utestenging.
23. Andre samarbeidstyper, som avtaler om produksjon eller innkjøp, skaper vanligvis en viss grad av kostnadsfelleskap. Dersom dette er betydelig, er det lettere for partene å samordne markedspriser og produksjon. En betydelig grad av kostnadsfelleskap kan bare oppnås under visse forhold: For det første må samarbeidsområdet, f.eks. produksjon og innkjøp, stå for en stor del av de samlede kostnadene i et gitt marked. For det annet må partene i betydelig grad slå sammen sin virksomhet innenfor samarbeidsområdet. Dette er for eksempel tilfellet når partene i felleskap produserer eller kjøper en viktig innsatsvare eller en stor andel av sin samlede omsetning av et ferdig produkt.

Avtaler som ikke kommer inn under artikkel 53 nr. 1

24. Noen avtalegrupper er av en slik art at de faller utenfor artikkel 53 nr. 1. Dette gjelder vanligvis samarbeid som ikke innebærer en samordning av partenes konkurransemessige atferd i markedet, slik som
- samarbeid mellom ikke-konkurrerende foretak,
 - samarbeid mellom konkurrerende foretak som ikke hver for seg kan gjennomføre det prosjektet eller den aktiviteten som samarbeidet gjelder,
 - samarbeid om en aktivitet som ikke påvirker de relevante konkurranseparameterne.

Disse samarbeidstypene vil bare komme inn under artikkel 53 nr. 1 dersom de involverer foretak med betydelig markedsrett⁽¹⁹⁾, og sannsynligvis vil stenge tredjeparter ute fra markedet.

Avtaler som nesten alltid vil komme inn under artikkel 53 nr. 1

25. En annen gruppe avtaler kan normalt anses for å komme inn under artikkel 53 nr. 1. Dette gjelder samarbeidsavtaler som har til formål å begrense konkurransen gjennom fastsettelse av priser, begrensning av produksjonen, deling av markeder eller tildeling av kunder. Slike begrensninger anses for å være de mest skadelige, fordi de griper direkte inn i utfallet av konkurranseprosessen. Fastsettelse av priser og begrensninger av produksjonen har som direkte følge at kundene betaler en høyere pris eller ikke mottar de ønskede mengder. Deling av markeder eller tildeling av

⁽¹⁹⁾ Selskaper kan ha betydelig markedsrett selv om de ikke har en dominerende stilling, noe som er grensen for anvendelse av artikkel 54.

kundegrupper reduserer kundenes valgmuligheter, og fører dermed til høyere priser eller redusert tilbud. Det kan derfor antas at disse begrensningene har negative virkninger på markedet, og de vil derfor nesten alltid være forbudt⁽²⁰⁾.

Avtaler som kan komme inn under artikkel 53 nr. 1

26. Avtaler som ikke kommer inn under noen av gruppene ovenfor, må analyseres nærmere før det kan avgjøres om de kommer inn under artikkel 53 nr. 1 eller ikke. Analysen må omfatte markedsrelaterte kriterier som partenes markedsstilling og andre strukturelle faktorer.

Markedsmakt og markedsstruktur

27. Analysens utgangspunkt er partenes stilling i markedene som påvirkes av samarbeidet. Dette avgjør om det er sannsynlig at de vil oppnå markedsrett eller opprettholde eller styrke eksisterende markedsrett gjennom samarbeidet, det vil si om de vil kunne skape negative virkninger på markedet med hensyn til priser, produksjon, nyskaping eller utvalget av eller kvaliteten på varene eller tjenestene. For at en slik analyse skal kunne foretas, må det eller de relevante markeder avgrenses ved hjelp av framgangsmåten beskrevet i Overvåkningsorganets kunngjøring om markedsavgrensning⁽²¹⁾. Dersom det er tale om spesielle markedstyper som for eksempel innkjøpsmarkeder eller teknologimarkeder, vil disse retningslinjer gi ytterligere veiledning.
28. Dersom partene samlet har en liten markedsandel⁽²²⁾, er det usannsynlig at samarbeidet har en begrensende virkning, og en videre analyse er dermed ikke nødvendig. Dersom én av i alt to parter bare har en ubetydelig markedsandel og ikke råder over betydelige ressurser, vil som regel heller ikke en stor samlet markedsandel anses for å begrense konkurransen i markedet⁽²³⁾. På grunn av de mange forskjellige samarbeidstypene og de ulike virkningene disse kan ha i ulike markedsituasjoner, er det umulig å fastsette en generell markedsandelsgrense som angir når det vil foreligge en tilstrekkelig markedsrett til at det må antas at konkurransebegrensende virkninger vil forekomme.
29. I tillegg til partenes markedsposisjon og økningen av markedsandeler, kan det være nødvendig å ta markedskonsentrasjonen, det vil si konkurrentenes stilling og antall, i betraktning som en supplerende faktor ved vurderingen av et samarbeids virkning på konkurransen i markedet. Herfindahl-Hirshman-indeksen ("HHI"), som summerer kvadratene av alle konkurrentenes individuelle markedsandeler⁽²⁴⁾, kan brukes som en indikator: Med en HHI på under 1 000 kan markedskonsentrasjonen anses som lav, mellom 1 000 og 1 800 er den moderat, og over 1 800 anses den som høy. En annen mulig indikator er konsentrasjonsgraden for de største foretakene, som defineres som summen av de største konkurrentenes individuelle markedsandeler⁽²⁵⁾.

⁽²⁰⁾ Unntaksvis gjelder dette imidlertid ikke for felles produksjonsforetak. Det ligger i selve måten et slikt fellesforetak drives på, at beslutninger om produksjonen treffes av partene i fellesskap. Dersom fellesforetaket også markedsfører varene som produseres i fellesskap, må beslutninger om priser gjøres av avtalepartene i fellesskap. I et slikt tilfelle vil bestemmelser om priser eller produksjon ikke automatisk føre til at avtalen kommer inn under artikkel 53 nr. 1. Bestemmelser om priser eller produksjon må vurderes sammen med de andre virkningene av fellesforetaket på markedet, for å avgjøre om artikkel 53 nr. 1 får anvendelse (se nr. 90).

⁽²¹⁾ Se EFTAs overvåkningsorgans kunngjøring om avgrensning av det relevante marked innen konkurranseretten i EØS, EFT L 200 av 16.7.1998, s. 48 og EØS-tillegget til EF-tidende nr. 28 av 16.7.1998, s. 3.

⁽²²⁾ Markedsandeler beregnes normalt på grunnlag av omsetningsverdien på markedet (se artikkel 6 i gruppeunntaket for F&U, og artikkel 6 i gruppeunntaket for spesialisering). Ved fastsettelse av en parts andel av et gitt marked, må det tas hensyn til partenes tilknyttede foretak (se artikkel 2 nr. 2 i gruppeunntaket for F&U og artikkel 2 nr. 2 i gruppeunntaket for spesialisering).

⁽²³⁾ Dersom det er flere enn to parter, må den samlede andelen for alle samarbeidende konkurrenter være betydelig større enn andelen til den største enkeltstående deltakende konkurrent.

⁽²⁴⁾ Et marked som består av fire selskaper med markedsandeler på 30 %, 25 %, 25 % og 20 %, har en HHI på 2550 (900+625+625+400) før samarbeidet. Dersom de to største markedslederne skulle inngå et samarbeid, ville HHI etter samarbeidet endres til 4050 (3025+625+400). HHI etter at samarbeidet er inngått er relevant for vurderingen av et samarbeids mulige virkninger på markedet.

⁽²⁵⁾ For eksempel er konsentrasjonsgraden for tre selskaper CR3, summen av markedsandelene til de tre største konkurrentene i et marked.

30. Avhengig av partenes markedsstilling og konsentrasjonen i markedet, må også andre faktorer som markedsandelens stabilitet over tid, etableringshindringer og sannsynligheten for at nye aktører kommer inn på markedet, kjøperes og leverandørers markedsrett eller produktene art (f.eks. homogenitet, modningsgrad), vurderes. Der det er sannsynlig at konkurransen om nyskaping blir påvirket og dette ikke kan vurderes tilstrekkelig på grunnlag av de eksisterende markeder, kan det være nødvendig å ta særskilte faktorer i betraktning ved en analyse av disse virkningene (se kapittel 2, F&U-avtaler).

1.3.2. Artikkel 53 nr. 3

31. Avtaler som kommer inn under artikkel 53 nr. 1, kan unntas dersom vilkårene i artikkel 53 nr. 3 er oppfylt. Dette er tilfellet dersom avtalen
- bidrar til å bedre produksjonen eller fordelingen av produkter eller til å fremme den tekniske eller økonomiske utvikling,
 - sikrer forbrukerne en rimelig andel av de fordeler som er oppnådd,
- og ikke
- pålegger restriksjoner som ikke er absolutt nødvendige for å nå disse mål,
 - gir mulighet til å utelukke konkurransen for en vesentlig del av de produkter det gjelder.

Økonomiske fordeler

32. Det første vilkåret krever at avtalen bidrar til å bedre produksjonen eller fordelingen av produkter eller til å fremme den tekniske eller økonomiske utvikling. Siden disse fordelene gjelder statiske eller dynamiske effektivitetsgevinster, kan de omtales som "økonomiske fordeler". Økonomiske fordeler kan oppveie negative virkninger på konkurransen. For eksempel kan et samarbeid gjøre det mulig for selskaper å tilby varer eller tjenester til lavere priser, å tilby bedre kvalitet eller å lansere nyskaping raskere. De fleste effektivitetsgevinster oppstår som følge av en kombinasjon og integrasjon av ulike ferdigheter eller ressurser. Partene må godtgjøre at effektivitetsgevinstene er en sannsynlig følge av samarbeidet, og at de ikke kan oppnås med mindre restriktive midler (se også nedenfor). Påstander om effektivitetsgevinster må underbygges. Antakelser eller generelle erklæringer om kostnadsbesparelser er ikke tilstrekkelig.
33. Overvåkningsorganet tar ikke hensyn til kostnadsbesparelser som er et resultat av redusert produksjon, deling av markeder eller en ren utøvelse av markedsrett.

Forbrukernes rimelige andel av fordelene

34. Økonomiske fordeler må ikke bare ganne avtalepartene, men også komme forbrukerne til gode. Vanligvis vil overføring av fordeler til forbrukerne avhengige av hvor intens konkurransen på det relevante markedet er. Konkurransetilsynet vil vanligvis sikre at kostnadsbesparelser kommer forbrukerne til gode gjennom lavere priser, eller ved at foretakene anses til å lansere nye produkter på markedet så raskt som mulig. Opprettholdelsen av en tilstrekkelig konkurranse i markedet som effektivt begrenser avtalepartenes handlingsrom, vil derfor normalt sikre at forbrukerne får en rimelig andel av de økonomiske fordelene.

Absolutt nødvendighet

35. Konkurransbegrensningen må være nødvendig for å oppnå de økonomiske fordelene. Dersom det finnes mindre restriktive måter å oppnå tilsvarende fordeler på, kan de påståtte fordelene ikke benyttes for å rettferdiggjøre en konkurransbegrensende virkning. Om enkeltbegrensninger er

nødvendige eller ikke, avhenger av markedsforholdene og avtalens varighet. Eksklusivavtaler kan for eksempel hindre en deltakende part fra å oppnå uberettigede fordeler ("free riding"), og kan derfor være akseptable. I visse tilfeller kan det imidlertid være at eksklusivavtaler ikke er nødvendige, og at de dermed forsterker en begrensende virkning.

Konkurransen utelukkes ikke

36. Det siste kriteriet vedrørende utelukkelse av konkurransen for en vesentlig del av de produkter det gjelder, er knyttet til spørsmålet om dominans. Dersom et foretak er eller blir dominerende som følge av en horisontal avtale, kan en avtale som medfører konkurransebegrensende virkninger i henhold til artikkel 53, i prinsippet ikke unntas.

Gruppeunntak for F&U og spesialisering

37. Under visse omstendigheter kan det antas at visse grupper av avtaler oppfyller kriteriene i artikkel 53 nr. 3. Dette gjelder særlig for F&U og produksjonsavtaler der man ved å forene komplementære kunnskaper eller aktiva kan gi opphav til betydelige effektivitetsgevinster. Disse retningslinjer er ment å utfylle gruppeunntakene for F&U og spesialisering. Nevnte gruppeunntak gir unntak for de mest vanlige typer avtaler på området produksjon/spesialisering inntil en markedsandel på 20 % og på området F&U inntil en markedsandel på 25 %, forutsatt at avtalene oppfyller vilkårene for anvendelse av gruppeunntaket, og ikke inneholder alvorlige begrensninger ("svartelistede klausuler") som gjør at gruppeunntaket ikke får anvendelse. Gruppeunntakene gir ikke anledning til å skille ut alvorlige begrensningene fra resten av avtalen. Dersom avtalen inneholder én eller flere alvorlige begrensninger, faller hele avtalen utenfor gruppeunntaket.

1.4. Oversikt over de følgende kapitlene om ulike samarbeidsformer

38. Retningslinjene er delt inn i kapitler etter avtalestype. Hvert kapittel er bygget opp i samsvar med det analytiske rammeverket som er beskrevet i punkt 1.3. Der det er nødvendig, er det gitt særskilt veiledning for avgrensning av det relevante marked (f.eks. på området F&U eller i forbindelse med innkjøpsmarkeder).

2. AVTALER OM FORSKNING OG UTVIKLING

2.1. Definisjon

39. Forsknings- og utviklingsavtaler (F&U-avtaler) kan variere i form og omfang. De strekker seg fra det å sette ut bestemte F&U-aktiviteter, til felles forbedring av eksisterende teknologi eller samarbeid om forskning, utvikling og markedsføring av helt nye produkter. Det kan dreie seg om et samarbeid i form av en samarbeidsavtale, eller et selskap kontrollert av partene i fellesskap. Dette kapitlet omhandler alle typer F&U-avtaler, herunder tilknyttede avtaler om utnyttelsen av F&U-resultatene i form av produksjon eller markedsføring, forutsatt at samarbeidets tyngdepunkt ligger innenfor F&U, med unntak av fusjoner og fellesforetak som kommer inn under EØS-avtalens artikkel 57.
40. Samarbeid om F&U kan redusere unødvendige dobbeltkostnader, føre til en betydelig og fruktbar utveksling av ideer og erfaring og dermed bidra til at produkter og teknologi utvikles raskere enn det som ellers ville vært tilfellet. Et F&U-samarbeid har normalt en tendens til å øke F&U-virksomheten totalt sett.
41. Små og mellomstore bedrifter (SMB) utgjør en dynamiske og uensartet gruppe som stilles overfor mange utfordringer, herunder stadig strengere krav fra større selskaper som de ofte er underleverandører til. I F&U-intensive sektorer vil raskt voksende SMB, ofte kalt "oppstartsselskaper", også forsøke å bli markedsledere i markedssegmenter der utviklingen skjer raskt. For å møte disse utfordringene og forbli konkurransedyktige, må SMB hele tiden være

nyskapende. Gjennom F&U-samarbeid er det sannsynlig at bedriftenes samlede F&U-aktivitet vil øke, og at de dermed vil stå sterkere i konkurransen med større markedsaktører.

42. Under visse omstendigheter kan F&U-avtaler imidlertid skape konkurransemessige problemer slik som begrensende virkninger med hensyn til priser, produksjon, nyskaping, produktutvalg eller produktkvalitet.

2.2. Relevante markeder

43. Ved avgrensning av det relevante marked med tanke på en vurdering av en F&U-avtales virkninger, må man identifisere de produkter, teknologier eller F&U-tiltak som vil begrense partenes konkurransemessige handlefrihet. Det ene ytterpunktet av mulige situasjoner, er at nyskaping resulterer i et produkt (eller en teknologi) som konkurrerer på et eksisterende produktmarked (eller teknologimarked). Dette er tilfellet ved F&U som tar sikte på små forbedringer eller variasjoner, slik som nye modeller av bestemte produkter. Her vil eventuelle virkninger gjelde markedet for eksisterende produkter. Det andre ytterpunktet er nyskaping som resulterer i et helt nytt produkt som danner et eget, nytt marked (f.eks. en ny vaksine for en tidligere uhelbredelig sykdom). I slike tilfeller er eksisterende markeder relevante bare dersom de på én eller annen måte er knyttet til den aktuelle nyskapingen. Derfor må virkningene av samarbeidet på nyskapingen vurderes, dersom dette er mulig. De fleste tilfeller vil antakelig befinne seg mellom disse to ytterpunktene, dvs. at de vil være situasjoner der F&U kan skape nye produkter (eller ny teknologi) som over tid vil erstatte eksisterende produkter (et eksempel er CD-en som har erstattet vinylplaten). En grundig analyse av slike situasjoner vil eventuelt måtte omfatte både eksisterende markeder og avtalens virkning på nyskaping.

Eksisterende markeder

(a) Produktmarkeder

44. Når samarbeidet gjelder F&U som har til formål å forbedre eksisterende produkter, utgjør disse eksisterende produktene sammen med deres nære substitutter, det relevante marked for samarbeidet⁽²⁶⁾.
45. Dersom F&U-tiltakene tar sikte på en betydelig endring av et eksisterende produkt, eller til og med et nytt produkt som skal erstatte eksisterende produkter, kan substitusjonen med de eksisterende produkter være ufullkommen eller langsiktig. Derfor vil de gamle og de potensielle nye produktene sannsynligvis ikke tilhøre det samme relevante marked. Markedet for eksisterende produkter kan imidlertid likevel bli berørt, dersom de samlede F&U-tiltakene vil kunne føre til at partene samordner sin atferd som leverandører av eksisterende produkter. En utøvelse av markedsrett på det eksisterende marked er imidlertid mulig bare dersom partene til sammen har en sterk stilling både på det eksisterende produktmarked og innen F&U.
46. Dersom F&U-samarbeidet omfatter en viktig del til et ferdig produkt, kan ikke bare markedet for denne komponenten være relevant for vurderingen, men også det eksisterende marked for det ferdige produktet. Dersom for eksempel bilprodusenter samarbeider om F&U vedrørende en ny motortype, er det mulig at bilmarkedet påvirkes av dette F&U-samarbeidet. Markedet for ferdige produkter er imidlertid bare relevant for vurdering dersom komponenten som F&U-samarbeidet gjelder er en teknisk eller økonomisk sett viktig bestanddel av de ferdige produktene, og dersom partene i F&U-avtalen er viktige konkurrenter på markedet for det ferdige produktet.

(b) Teknologimarkeder

47. F&U-samarbeid kan i tillegg til produkter også omfatte teknologi. Dersom immaterialrettigheter markedsføres atskilt fra produktene de er tilknyttet, må også det relevante teknologimarkedet avgrensnes. Teknologimarkeder består av immaterialrettighetene som det gis lisens på og deres nære substitutter, dvs. annen teknologi som kundene kan bruke som substitutt.

⁽²⁶⁾ Vedrørende markedsavgrensning, se EFTAs overvåkningsorgans kunngjøring om avgrensning av det relevante marked.

48. Framgangsmåten for avgrensning av teknologimarkeder følger de samme prinsipper som for produktmarkeder⁽²⁷⁾. Med utgangspunkt i den teknologi partene markedsfører, må det defineres hvilken annen teknologi som kunder vil kunne gå over til som reaksjon på en liten, men varig endring i de relative prisene. Når denne teknologien først er definert, kan markedsandeler beregnes ved at partenes lisensinntekter deles på de samlede lisensinntektene for alle selgere av innbyrdes substituerbare teknologier.
49. Partenes stilling på markedet for eksisterende teknologi er et relevant vurderingskriterium dersom F&U-samarbeidet dreier seg om en betydelig forbedring av eksisterende teknologi eller en ny teknologi som vil kunne erstatte den eksisterende teknologien. Partenes markedsandel kan imidlertid bare brukes som et utgangspunkt for analysen. I teknologimarkeder må det legges særlig vekt på potensiell konkurranse. Dersom selskaper som på det aktuelle tidspunktet ikke har gitt lisens på sin teknologi er potensielle etablerere på teknologimarkedet, kan dette begrense partenes mulighet til å heve prisene for sin teknologi (se eksempel 3 nedenfor).

Konkurranse om nyskaping (F&U-aktiviteter)

50. F&U-samarbeid behøver ikke, eller ikke bare, påvirke konkurransen på eksisterende markeder, men kan også påvirke konkurransen om nyskaping. Dette er tilfellet dersom samarbeidet gjelder utvikling av nye produkter/ny teknologi som, dersom den lykkes, en dag vil kunne erstatte eksisterende produkter/teknologi, eller som utvikles for et nytt bruksområde og derfor ikke vil erstatte eksisterende produkter, men skape en helt ny etterspørsel. Virkningene på konkurransen om nyskaping er av stor betydning i slike situasjoner, men kan i enkelte tilfeller ikke vurderes tilstrekkelig ved å analysere faktisk eller potensiell konkurranse på eksisterende produkt-/teknologimarkeder. Man kan da se for seg to ulike scenarier, avhengig av typen nyskaping i en gitt sektor.
51. Under det første scenariet, som for eksempel vil gjøre seg gjeldende i farmasøytisk industri, er nyskappingsprosessen ordnet slik at det på et tidlig tidspunkt er mulig å identifisere F&U-poler. F&U-poler er F&U-aktiviteter rettet mot et bestemt nytt produkt eller en bestemt ny teknologi og substitutter for slik F&U dvs. F&U som tar sikte på å utvikle substituerbare produkter eller teknologi for produkter og teknologi utviklet gjennom samarbeidet, og som har tilsvarende tilgang til ressurser samt følger en lignende tidsplan. I dette tilfellet kan det undersøkes om det etter avtalens inngåelse fortsatt vil finnes et tilstrekkelig antall F&U-poler. Utgangspunktet for analysen er partenes F&U. Deretter må troverdige konkurrerende F&U-poler identifiseres. For en vurdering av konkurrerende polers troverdighet, må følgende elementer tas i betraktning: mulige andre F&U-tiltaks art, omfang og størrelse, deres tilgang til økonomiske og menneskelige ressurser, knowhow/patenter eller andre spesialiserte aktiva såvel som tidsplan og muligheter til å utnytte eventuelle resultater. En F&U-pol er ikke en troverdig konkurrent med mindre den kan anses som et nært substitutt for partenes F&U-tiltak, for eksempel i forhold til tilgangen på ressurser eller med hensyn til tidsplan.
52. Under det andre scenariet er ikke en sektors nyskappingsprosess så klart strukturert at F&U-poler kan identifiseres. I slike tilfeller vil EFTAs overvåkningsorgan, med mindre det foreligger særlige forhold, ikke forsøke å vurdere virkningene av et gitt F&U-samarbeid på nyskaping, men begrense sin vurdering til produkt- og/eller teknologimarkeder som berøres av det aktuelle F&U-samarbeidet.

Beregning av markedsandeler

53. Beregning av markedsandeler må, når det gjelder gruppeuntaket for F&U og disse retningslinjer, gjenspeile skillet mellom eksisterende markeder og konkurranse om nyskaping. I starten av et samarbeid er referansepunktet markedet for produkter som kan forbedres eller erstattes av

⁽²⁷⁾ Se EFTAs overvåkningsorgans kunngjøring om avgrensning av det relevante marked; se også for eksempel kommisjonsbeslutning 94/811/EF av 8. juni 1994 i sak nr. IV/M.269 - Shell/Montecatini (EFT L 332 av 22.12.1994, s. 48).

produktene som er under utvikling. Dersom F&U-avtalen bare tar sikte på å forbedre eller foredle eksisterende produkter, omfatter dette markedet de produkter som berøres direkte av F&U-samarbeidet. Markedsandelene kan dermed beregnes ut fra salgsverdien av de eksisterende produktene. Dersom F&U-samarbeidet tar sikte på å erstatte et eksisterende produkt, vil det nye produktet, dersom det er vellykket, bli et substitutt for de eksisterende produktene. For å vurdere partenes konkurransemessige stilling er det også her mulig å beregne markedsandeler ut fra de eksisterende produkters salgsverdi. Gruppeunntaket for F&U bygger derfor unntaket for slike situasjoner på markedsandelen i "det relevante marked for de produktene som kan forbedres eller erstattes av produktene omfattet av avtalen". For automatisk å oppnå et unntak, må denne markedsandelen ikke overstige 25 %⁽²⁸⁾.

54. Dersom F&U-samarbeidet tar sikte på å utvikle et produkt som vil skape en helt ny etterspørsel, kan markedsandelene ikke beregnes på basis av salgstall. Bare en analyse av avtalens virkning på konkurransen om nyskaping, er mulig. Gruppeunntaket for F&U unntar derfor slike avtaler uavhengig av markedsandel for et tidsrom på sju år etter at produktet ble markedsført første gang⁽²⁹⁾. Fordelen av gruppeunntaket kan imidlertid trekkes tilbake dersom avtalen skulle utelukke en effektiv konkurranse om nyskaping⁽³⁰⁾. Etter denne sjuårsperioden kan markedsandelene beregnes på grunnlag av salgsverdien, og markedsandelsgrensen på 25 % får anvendelse⁽³¹⁾.

2.3. Vurdering under artikkel 53 nr. 1

2.3.1. *Avtalens art*

2.3.1.1. *Avtaler som ikke kommer inn under artikkel 53 nr. 1*

55. De fleste F&U-avtaler faller utenfor artikkel 53 nr. 1. Først og fremst gjelder dette for avtaler om F&U-samarbeid på et heller teoretisk plan, langt fra utnyttelsen av mulige resultater.
56. Videre vil F&U-samarbeid mellom foretak som ikke er konkurrenter, normalt ikke begrense konkurransen⁽³²⁾. Konkurransforholdet mellom partene må analyseres i lys av de berørte eksisterende markeder og/eller nyskaping. Dersom partene ikke er i stand til å gjennomføre den nødvendige F&U uavhengig av hverandre, finnes det ingen konkurranse å begrense. Dette kan for eksempel være tilfellet når selskaper samler kunnskap, teknologi eller andre ressurser som er komplementære. Spørsmålet om potensiell konkurranse må vurderes på et realistisk grunnlag. Partene kan for eksempel ikke defineres som potensielle konkurrenter bare fordi samarbeidet gjør dem i stand til å utføre F&U-aktivitetene. Det avgjørende spørsmålet er om partene uavhengig av hverandre har de nødvendige midler i form av aktiva, knowhow og andre ressurser.
57. F&U-samarbeid som innebærer at man setter ut F&U som tidligere ble drevet i egen regi, utføres ofte av spesialiserte selskaper, forskningsinstitutter eller akademiske organer som ikke deltar aktivt i utnyttelsen av resultatene. Slike avtaler kombineres vanligvis med overføring av knowhow og/eller en klausul om eksklusiv leveringsplikt vedrørende eventuelle resultater. Fordi partene i slike situasjoner utfyller hverandre, får artikkel 53 nr. 1 ikke anvendelse.
58. F&U-samarbeid som ikke innebærer felles utnyttelse av mulige resultater via lisensavtaler, produksjon og/eller markedsføring, kommer sjeldent inn under artikkel 53 nr. 1. Slike "rene" F&U-avtaler kan skape konkurransemessige problemer bare dersom den effektive konkurransen om nyskaping blir betydelig redusert.

2.3.1.2. *Avtaler som nesten alltid kommer inn under artikkel 53 nr. 1*

59. Når en avtales faktiske formål ikke er F&U, men å opprette et skjult kartell, dvs. fastsette priser, begrense produksjonen eller dele opp markeder, som ellers er forbudt, kommer avtalen inn under

⁽²⁸⁾ Artikkel 4 nr. 2 i gruppeunntaket for F&U.

⁽²⁹⁾ Artikkel 4 nr. 1 i gruppeunntaket for F&U.

⁽³⁰⁾ Artikkel 7 bokstav e) i gruppeunntaket for F&U.

⁽³¹⁾ Artikkel 4 nr. 3 i gruppeunntaket for F&U.

⁽³²⁾ Et F&U-samarbeid mellom foretak som ikke er konkurrenter, kan imidlertid føre til utestenging i henhold til artikkel 53 nr. 1 dersom det innebærer en enerett til utnyttelse av resultatene, og dersom det inngås mellom selskaper der det ene har betydelig markedsinntekt når det gjelder nøkkelteknologi.

artikkel 53 nr. 1. Imidlertid vil en F&U-avtale som innebærer felles utnyttelse av eventuelle framtidige resultater, ikke nødvendigvis begrense konkurransen.

2.3.1.3. *Avtaler som kan komme inn under artikkel 53 nr. 1*

60. F&U-avtaler der man ikke i utgangspunktet kan fastslå med klarhet at de ikke begrenser konkurransen, kan komme inn under artikkel 53 nr. 1⁽³³⁾, og må analyseres i sin økonomiske sammenheng. Dette gjelder F&U-samarbeid som inngås på et stadium som ligger nær markeds lanseringen, og som inngås mellom selskaper som er konkurrenter på enten eksisterende produkt-/teknologimarkeder, eller innenfor nyskaping.

2.3.2. *Markedsmakt og markedsstrukturer*

61. F&U-samarbeid kan skape negative virkninger på markedet på tre ulike måter: For det første kan det begrense nyskapingen, for det annet kan det føre til at partene samordner sin atferd på eksisterende markeder, og for det tredje kan det føre til utestenging med hensyn til utnyttelse av eventuelle resultater. Det er imidlertid sannsynlig at slike typer negative markedsvirkninger oppstår bare når samarbeidspartene har betydelig markedsmakt på de eksisterende markeder og/eller konkurransen om nyskaping er betydelig begrenset. Uten markedsmakt foreligger det ikke noe incentiv til å samordne atferden på eksisterende markeder eller til å innskrenke eller sette ned tempoet i nyskappingsarbeidet. Et utestengingsproblem vil oppstå bare dersom samarbeidet involverer minst én part med betydelig markedsmakt når det gjelder nøkkelt teknologi og hvor det er tale om eksklusiv utnyttelse av resultatene.
62. Det finnes ingen absolutt markedsandelsgrense som angir at en F&U-avtale skaper en viss grad av markedsmakt og dermed kommer under artikkel 53 nr. 1. F&U-avtaler er imidlertid unntatt dersom de er inngått mellom parter med en samlet markedsandel som ikke overstiger 25 %, og de øvrige vilkårene for anvendelse av gruppeunntaket for F&U er oppfylt. For de fleste F&U-avtaler gjelder derfor at konkurransebegrensende virkninger må undersøkes bare dersom partenes samlede markedsandel overstiger 25 %.
63. Avtaler som faller utenfor gruppeunntaket for F&U fordi partene har en sterkere markedsstilling, begrenser ikke nødvendigvis konkurransen. Jo sterkere partenes markedsmakt i de eksisterende markedene er, og/eller jo mer konkurransen om nyskaping begrenses, desto mer sannsynlig er det imidlertid at artikkel 53 nr. 1 får anvendelse, og at situasjonen krever en mer detaljert analyse.
64. Dersom F&U-samarbeidet er rettet mot forbedring eller foredling av eksisterende produkter/teknologi, kan samarbeidet få virkninger på det eller de relevante markeder for slike produkter/slik teknologi. Det er imidlertid sannsynlig at samarbeidet får innvirkning på priser, produksjon og/eller nyskaping i eksisterende markeder bare dersom partene samlet har en sterk markedsstilling, dersom det er vanskelig å etablere seg på markedet og dersom det kan identifiseres få andre nyskappingsaktiviteter. Dersom F&U-samarbeidet bare gjelder en relativ ubetydelig del til et ferdig produkt, vil konkurransen på markedet for slike ferdige produkter bare i meget liten grad bli påvirket, hvis den blir påvirket overhodet. Generelt må det skilles mellom rene F&U-avtaler og et mer utvidet samarbeid som omfatter ulike trinn i utnyttelsen av resultatene (f.eks. lisensavtaler, produksjon, markedsføring). Som nevnt ovenfor, kommer rene F&U-avtaler sjelden inn under artikkel 53 nr. 1. Dette gjelder særlig F&U som tar sikte på en begrenset forbedring av eksisterende produkter/teknologi. Dersom F&U-samarbeidet i slike tilfeller bare omfatter felles utnyttelse gjennom lisensavtaler, er restriktive virkninger, som f.eks. utestenging, usannsynlige. Dersom samarbeidet imidlertid omfatter felles produksjon og/eller markedsføring av de produkter eller den teknologi som er blitt noe forbedret, må det vurderes nærmere. For det første er negative virkninger på priser og produksjon på eksisterende markeder mer sannsynlig dersom sterke konkurrenter er involvert. For det annet kan samarbeidet nærme seg en produksjonsavtale fordi F&U-arbeidet i praksis ikke utgjør tyngdepunktet i samarbeidet.

⁽³³⁾ I henhold til artikkel 4 nr. 2 punkt 3 i kapittel II i protokoll 4 til overvåknings- og domstolsavtalen, er det ikke nødvendig, men mulig, å melde avtaler som har felles forskning og utvikling som eneste formål, til EFTAs overvåkningsorgan.

65. Dersom F&U-samarbeidet dreier seg om et helt nytt produkt (eller helt ny teknologi) som skaper et eget nytt marked, er det heller usannsynlig at priser og produksjon på eksisterende markeder påvirkes. Analysen må fokusere på mulige begrensninger av nyskaping, for eksempel med hensyn til kvaliteten på og mangfoldet av eventuelle framtidige produkter/eventuell framtidig teknologi, eller nyskapingshastigheten. Slike begrensninger kan oppstå der to eller flere av de få selskapene som driver med utvikling av et slikt nytt produkt, inngår et samarbeid på et stadium der de uavhengig av hverandre er relativt nær lanseringen av produktet. I slike tilfeller kan nyskapingen begrenses selv av en ren F&U-avtale. Generelt er F&U-samarbeid om helt nye produkter imidlertid konkurransefremmende. Dette prinsippet endrer seg ikke vesentlig dersom samarbeidet innebærer felles utnyttelse av resultatene eller endog felles markedsføring. Spørsmålet om felles utnyttelse i slike situasjoner er relevant bare dersom andre aktører ikke får tilgang til nøkkelteknologi. Slike problemer vil imidlertid ikke oppstå dersom partene utsteder lisenser til tredjeparter.
66. De fleste F&U-avtaler vil ligge et sted mellom de to situasjonene som er beskrevet ovenfor. De kan derfor ha virkninger både for nyskaping og for eksisterende markeder. Dermed kan både det eksisterende marked og virkningene for nyskaping være relevante for vurderingen med hensyn til partenes samlede markedsstilling, konsentrasjonsgraden, antallet aktører/nyskapingsevner og etableringsvilkår. I enkelte tilfeller kan det forekomme restriktive virkninger med hensyn til priser/produksjon på eksisterende markeder og en negativ virkning på nyskaping gjennom en nedsettelse av nyskapingstempoet. Eksempelvis, dersom viktige konkurrenter på et eksisterende teknologimarked samarbeider om å utvikle en ny teknologi som en dag vil kunne erstatte eksisterende produkter, vil dette samarbeidet sannsynligvis virke konkurransebegrensende dersom partene har betydelig markedsrett på det eksisterende markedet (noe som ville gjøre det fristende å utnytte den) og dersom de i tillegg har en sterk stilling med hensyn til F&U. En lignende virkning kan oppstå dersom den største aktøren på et eksisterende marked samarbeider med en mye mindre eller bare potensiell konkurrent som står like foran lanseringen av et nytt produkt/en ny teknologi som kan true den store aktørens stilling.
67. Avtaler kan også falle utenfor gruppeunntaket uavhengig av partenes markedsrett. Dette er for eksempel tilfellet med avtaler som begrenser en parts tilgang til resultatene av arbeidet, fordi de generelt ikke fremmer teknisk og økonomisk utvikling ved å øke spredningen av teknisk kunnskap mellom partene⁽³⁴⁾. Gruppeunntaket fastsetter et særlig unntak fra denne generelle reglen for akademiske organer, forskningsinstitutter og spesialiserte selskaper som driver F&U som en tjeneste og ikke deltar aktivt i den industrielle utnyttelsen av resultatene av F&U-arbeidet⁽³⁵⁾. Det bør imidlertid bemerkes at avtaler med bestemmelser om eksklusiv tilgang til resultatene kan, dersom de kommer inn under artikkel 53 nr. 1, oppfylle kriteriene for unntak i henhold til artikkel 53 nr. 3, særlig dersom slike rettigheter er økonomisk påkrevd i lys av det marked, den risiko og de investeringer som er nødvendige for å utnytte resultatene av F&U-arbeidet.

2.4. Vurdering under artikkel 53 nr. 3

2.4.1. Økonomiske fordeler

68. De fleste F&U-avtaler – med eller uten felles utnyttelse av mulige resultater – innebærer økonomiske fordeler som kostnadsbesparelser og utveksling av ideer og erfaringer, noe som igjen gjør at bedre eller nye produkter og teknologier utvikles raskere enn det som ellers ville vært tilfellet. Under slike forhold virker det rimelig å fastsette et unntak for avtaler som begrenser konkurransen, men der det under en gitt markedsandelsgrense vanligvis kan, for anvendelsen av artikkel 53 nr. 3, antas at de positive virkningene av forsknings- og utviklingsavtaler vil oppveie eventuelle negative virkninger på konkurransen. Gruppeunntaket for F&U unntar derfor F&U-avtaler som oppfyller visse vilkår (se artikkel 3) og som ikke inneholder alvorlige begrensninger (se artikkel 5), forutsatt at partenes samlede andel av det eller de eksisterende markeder som berøres, ikke overstiger 25 %.

⁽³⁴⁾ Se artikkel 3 nr. 2 i gruppeunntaket for F&U.

⁽³⁵⁾ Se artikkel 3 nr. 2 i gruppeunntaket for F&U.

69. Dersom samarbeidet skaper eller øker en betydelig markedsrett, må partene godtgjøre at gjennomføringen av F&U-samarbeidet medfører vesentlige fordeler, raskere lansering av nye produkter/ny teknologi eller andre effektivitetsgevinster.

2.4.2. *Absolutt nødvendighet*

70. En F&U-avtale kan ikke unntas dersom den pålegger begrensninger som ikke er absolutt nødvendige for å oppnå de fordelene som er nevnt ovenfor. Enkeltbestemmelsene i artikkel 5 i gruppeunntaket for F&U vil i de fleste tilfeller utelukke unntak selv etter en individuell vurdering, og kan derfor anses som en god indikasjon på hvilke begrensninger som ikke er absolutt nødvendige for samarbeidet.

2.4.3. *Konkurransen utelukkes ikke*

71. Unntak vil ikke være mulig dersom partene har mulighet til å utelukke konkurransen for en vesentlig del av de produkter (eller den teknologi) det gjelder. Dersom et foretak, som følge av en F&U-avtale, er eller blir dominerende enten på et eksisterende marked eller med hensyn til nyskaping, kan en slik avtale som medfører konkurransebegrensninger i henhold til artikkel 53, i prinsippet ikke unntas. For nyskaping er dette for eksempel tilfellet dersom avtalen kombinerer de eneste to eksisterende F&U-polene.

Tidspunkt for vurderingen og unntakets varighet

72. F&U-avtaler som også omfatter felles produksjon og markedsføring av nye produkter/ny teknologi, krever særlig omtanke med hensyn til tidspunktet for vurderingen.
73. I starten av et F&U-samarbeid vet man ofte ikke om det blir en suksess, og har heller ikke oversikt over faktorer som partenes framtidige markedsstilling og utviklingen i framtidige produkt- eller teknologimarkeder. En vurdering på det tidspunkt da samarbeidet inngås må derfor begrenses til de (da) eksisterende produkt- eller teknologimarkeder og/eller nyskapingsmarkeder som beskrevet i dette kapittel. Dersom det på grunnlag av denne analysen er usannsynlig at konkurransen utelukkes, kan F&U-avtalen unntas. Unntaket vil vanligvis dekke tidsrommet for F&U-fasen og, i den grad samarbeidet omfatter felles produksjon og markedsføring, en ytterligere fase for mulig lansering og introduksjon av produktet på markedet. Årsaken til at unntaket omfatter denne ytterligere fasen, er at de første selskapene som når markedet med et nytt produkt/en ny teknologi, ofte får svært store markedsandeler i begynnelsen, og at vellykket F&U ofte gir immaterialrettslig vern. Det at et selskap får en sterk markedsstilling fordi det er først ute på markedet ("first mover advantage"), kan i utgangspunktet ikke tolkes som utelukkelse av konkurransen. Gruppeunntaket omfatter derfor F&U-avtaler for en tilleggsperiode på sju år (ut over F&U-fasen), uavhengig av om partene oppnår en høy markedsandel for de nye produktene/den nye teknologien innen dette tidsrommet. Dette gjelder også for den individuelle vurderingen av tilfeller som faller utenfor gruppeunntaket, forutsatt at de øvrige aspektene ved avtalen oppfyller kriteriene i artikkel 53 nr. 3. Dette utelukker ikke muligheten for at et lengre tidsrom enn sju år også oppfyller kriteriene i artikkel 53 nr. 3, dersom det kan påvises at det dreier seg om et minste tidsrom som er nødvendig for å sikre en rimelig avkastning av de investeringene som er gjort.
74. Dersom det etter dette tidsrommet foretas en ny vurdering av et F&U-samarbeid, for eksempel som følge av en klage, må analysen bygge på den (da) eksisterende markedsstillingen. Gruppeunntaket får fortsatt anvendelse dersom partenes markedsandel på det (da) relevante marked ikke overstiger 25 %. På lignende måte får artikkel 53 nr. 3 fortsatt anvendelse på F&U-avtaler som faller utenfor gruppeunntaket, forutsatt at kriteriene for unntak er oppfylt.

2.5. Eksempler

75. Eksempel 1

Situasjon: Det finnes to store selskaper på EØS-markedet for produksjon av eksisterende elektroniske komponenter: A (30 %) og B (30 %). De har hver for seg foretatt betydelige investeringer i F&U som er nødvendige for å utvikle mikroelektroniske deler, og har utviklet de første prototyper. De er nå enige om å kombinere sine F&U-aktiviteter ved å opprette et fellesforetak som skal fullføre F&U-arbeidet og produsere delene, som igjen skal selges tilbake til morselskapene som skal markedsføre dem uavhengig av hverandre. Resten av markedet består av små selskaper uten tilstrekkelige ressurser til å foreta de nødvendige investeringene.

Analyse: Mikroelektroniske deler må hovedsakelig betraktes som ny teknologi, selv om de vil kunne konkurrere med eksisterende deler på noen områder, og det må derfor foretas en analyse av F&U-polene som tar sikte på det nye, framtidige markedet. Dersom fellesforetaket opprettes, vil det finnes bare én adgangskanal til den nødvendige produksjonsteknologien, mens det vil være sannsynlig at A og B vil kunne nå markedet hver for seg med sine egne produkter. Mens avtalen vil kunne innebære fordeler i form av raskere lansering av ny teknologi, vil den også redusere mangfoldet og gi partene en ensartet kostnadsstruktur. Videre må det tas hensyn til partenes mulighet til å utnytte den sterke stillingen de har på det eksisterende markedet. Fordi de ikke ville møte noen konkurranse på F&U-nivå, kan deres incentiv til å fremskynde utviklingen av den nye teknologien bli betydelig redusert. Selv om enkelte av disse betenkeligheter vil kunne fjernes ved et krav om at partene gir lisens på nøkkelknowhow for produksjon av mikroelektroniske deler til tredjeparter på rimelige vilkår, er det ikke sikkert at alle betenkeligheter kan fjernes og at vilkårene for unntak vil være oppfylt.

76. Eksempel 2

Situasjon: Et lite forskningsselskap, A, som ikke har en egen markedsføringsorganisasjon, har oppdaget og patentert et legemiddel basert på ny teknologi som vil revolusjonere behandlingen av en bestemt lidelse. Selskap A inngår en F&U-avtale med en stor legemiddelprodusent, B, som har produsert de legemidler som til da er brukt for å behandle lidelsen. Selskap B har ikke noe tilsvarende F&U-program. For de eksisterende produktene har selskap B en markedsandel på rundt 75 % i alle EØS-stater, men patentene utløper i løpet av den neste femårsperioden. Det finnes to andre forskningspoler som befinner seg på tilnærmet samme utviklingsstadium, og som bruker den samme nye grunnleggende teknologien. Selskap B vil bidra med en betydelig kapital og knowhow til produktutvikling, såvel som framtidig tilgang til markedet. Selskap B gis en eksklusiv lisens på produksjon og distribusjon av det nye produktet så lenge patentet gjelder. Det forventes at partene i fellesskap kan lansere produktet på markedet i løpet av fem til sju år.

Analyse: Produktet vil sannsynligvis høre hjemme på et nytt relevant marked. Partenes ressurser og kunnskap vil utfylle hverandre, og sannsynligheten for at produktet vil komme på markedet øker betraktelig gjennom samarbeidet. Selv om selskap B trolig har betydelig markedsakt på det eksisterende markedet, vil dets markedsakt reduseres i løpet av kort tid, og det faktum at det finnes to andre forskningspoler, vil sannsynligvis fjerne ethvert incentiv til å redusere F&U-aktivitetene. Utnyttelsesrettighetene i den resterende patentperioden må formodes å være nødvendige for at B skal kunne foreta de betydelige investeringer som kreves, og selskap A har ingen egne markedsføringsressurser. Det er derfor lite sannsynlig at avtalen vil begrense konkurransen.

77. Eksempel 3

Situasjon: To selskaper som produserer deler til kjøretøyer, avtaler å opprette et fellesforetak for å slå sammen sine F&U-aktiviteter for å forbedre produksjonen av en eksisterende del og dens egenskaper. De samler også sine eksisterende virksomheter som utsteder lisenser på den teknologi som samarbeidet omfatter, men vil fortsette å produsere hver for seg. De to selskapene har en markedsandel innenfor EØS på 15 %, og 20 % på produktmarkedet for originalt utstyr. Det finnes to andre store konkurrenter, og flere store kjøretøyprodusenter har egne forskningsprogrammer. På verdensmarkedet for lisensiert teknologi for vedkommende produkter, har de markedsandeler

på 20 % og 25 %, målt etter salgsinntekt, og det finnes to andre viktige teknologier. Delens levetid er vanligvis fra to til tre år. Hvert år de siste fem årene har et av de største selskapene lansert en ny versjon eller oppgradering.

Analyse: Siden ingen av selskapenes F&U er rettet mot et helt nytt produkt, er det markedene for de eksisterende produktene og for lisensiering av relevant teknologi som må vurderes. Selv om de eksisterende F&U-programmene overlapper hverandre i stor grad, kan den reduksjon av dobbeltarbeid som samarbeidet medfører, gjøre det mulig for partene å bruke mer penger på F&U enn de kan hver for seg. Det finnes flere andre teknologier, og partenes samlede andel av markedet for originalt utstyr gir dem ingen dominerende stilling. Selv om partenes andel av teknologimarkedet på 45 % er svært høy, finnes det konkurrerende teknologier. I tillegg er også kjøretøyprodusentene, som for øyeblikket ikke gir lisens på sin teknologi, også potensielle etablerere på dette markedet, noe som begrenser partenes mulighet til å heve prisen. Fellesforetaket som beskrevet her, vil sannsynligvis kunne innvilges et unntak.

3. PRODUKSJONSAVTALER (HERUNDER SPESIALISERINGSAVTALER)

3.1. Definisjon

78. Produksjonsavtaler kan variere i form og innhold. De kan gjelde felles produksjon gjennom et fellesforetak⁽³⁶⁾, dvs. et selskap som kontrolleres av partene i fellesskap og som driver ett eller flere produksjonsanlegg, eller de kan være spesialiserings- eller underleverandøravtaler der en part påtar seg å produsere et bestemt produkt.
79. Generelt kan det skilles mellom tre typer produksjonsavtaler: avtaler om felles produksjon, der partene påtar seg å produsere bestemte produkter i fellesskap, (ensidige eller gjensidige) spesialiseringsavtaler, der partene ensidig eller gjensidig påtar seg å innstille produksjonen av et produkt og kjøpe produktet av den annen part, og underleverandøravtaler der en part ("oppdragsgiveren") overlater produksjonen av et produkt til en annen part ("underleverandøren").
80. Underleverandøravtaler er vertikale avtaler. I den grad de inneholder konkurransebegrensninger, omfattes de derfor av gruppeunntaket og retningslinjene for vertikale begrensninger. Denne regelen har imidlertid to unntak: underleverandøravtaler mellom konkurrenter⁽³⁷⁾, og underleverandøravtaler mellom foretak som ikke er konkurrenter og som vedrører overføring av knowhow til underleverandør⁽³⁸⁾.
81. Underleverandøravtaler mellom konkurrenter omfattes av disse retningslinjer⁽³⁹⁾. Retningslinjer for vurdering av underleverandøravtaler mellom foretak som ikke er konkurrenter og som vedrører overføring av knowhow til underleverandør, er gitt i en egen kunngjøring⁽⁴⁰⁾.

3.2. Relevante markeder

82. For å vurdere konkurranseforholdet mellom de samarbeidende partene, må man for det først definere det eller de relevante produktmarkeder og geografiske markeder som berøres direkte av

⁽³⁶⁾ Som angitt ovenfor, omfattes ikke fellesforetak som kommer inn under EØS-avtalens artikkel 57, av disse retningslinjer. Selvstendig fungerende fellesforetak som ikke er av EFTA- eller Fellesskapsdimensjon, vurderes normalt av EØS-statenes konkurransemyndigheter. Anvendelse av kapittel II i protokoll 4 til overvåknings- og domstolsavtalen ville være relevant bare dersom et slikt selvstendig fungerende fellesforetak vil føre til en begrensning av konkurransen som følge av en samordning av morselskapenes adferd utenfor fellesforetaket ("spill-over"-virkninger). I denne forbindelse har Europakommisjonen erklært at den så langt som mulig vil overlate vurderingen av slike tilfeller til medlemsstatene i EU (se erklæring til Rådets møteprotokoll om forordning (EF) Nr. 1310/97, nr. 4). EFTAs overvåkningsorgan vil legge et tilsvarende prinsipp til grunn vis-à-vis EFTA-statene.

⁽³⁷⁾ Artikkel 2 nr. 4 i gruppeunntaket for vertikale begrensninger.

⁽³⁸⁾ Artikkel 2 nr. 3 i gruppeunntaket for vertikale begrensninger. Se også retningslinjene for vertikale begrensninger, nr. 33, som fastsetter at underleverandøravtaler mellom foretak som ikke er konkurrenter hvor kjøper kun forsyner leverandøren med spesifikasjoner som beskriver varene som skal leveres eller tjenestene som skal ytes, omfattes av gruppeunntaket for vertikale begrensninger.

⁽³⁹⁾ Dersom en underleverandøravtale mellom konkurrenter innebærer at oppdragsgiveren skal stanse produksjonen av produktet som avtalen omhandler, er det snakk om en avtale om ensidig spesialisering, som på visse vilkår omfattes av gruppeunntaket for spesialisering.

⁽⁴⁰⁾ EFTAs overvåkningsorgans kunngjøring om vurdering av visse underleverandøravtaler på grunnlag av EØS-avtalens artikkel 53 nr. 1, EFT L 153 av 18.6.1994, s. 30 og EØS-tillegget til EF-tidende nr. 15 av 18.6.1994, s. 29.

samarbeidet (dvs. det eller de markeder der de produktene samarbeidet gjelder, hører hjemme). For det annet kan en produksjonsavtale på ett marked også påvirke partenes konkurransemessige atferd på et marked som befinner seg på et tidligere eller senere ledd i omsetningskjeden, eller et tilgrensende marked som er nært tilknyttet markedet som berøres direkte av samarbeidet (såkalte "spill-over"-markeder)⁽⁴¹⁾. Slike "spill-over"-virkninger oppstår imidlertid bare dersom samarbeid på ett marked nødvendigvis fører til samordning av konkurransemessig atferd på et annet marked, dvs. dersom markedene er knyttet sammen på grunn av innbyrdes avhengighet, og dersom partene har en sterk stilling på "spill-over"-markedet.

3.3. Vurdering under artikkel 53 nr. 1

3.3.1. *Avtalens art*

83. Den viktigste kilden til konkurransemessige problemer som kan oppstå i forbindelse med produksjonsavtaler, er samordning av partenes konkurransemessige atferd som leverandører. Denne typen problem oppstår når de samarbeidende partene er faktiske eller potensielle konkurrenter på minst ett av de relevante markedene, dvs. på markedene som berøres direkte av samarbeidet og/eller på eventuelle "spill-over"-markeder.
84. Det faktum at partene er konkurrenter, fører ikke automatisk til en samordning av deres atferd. I tillegg må samarbeidet normalt omfatte en vesentlig del av partenes virksomhet for å oppnå en høy grad av kostnadsfelleskap. Jo større grad av kostnadsfelleskap, desto større er muligheten for at priskonkurransen begrenses, særlig dersom produktene er homogene.
85. I tillegg til samordningsproblemer, kan produksjonsavtaler også skape utestengingsproblemer og andre virkninger som er negative for tredjeparter. De oppstår ikke som følge av et konkurranseforhold partene imellom, men av at minst én av partene har en sterk markedsstilling (f.eks. på et marked for en viktig del i et tidligere ledd i omsetningskjeden, og som gjør at partene kan øke konkurrentenes kostnader på et marked i det etterfølgende omsetningsledd) innenfor rammen av et mer vertikalt eller komplementært forhold mellom samarbeidspartene. Det er derfor hovedsakelig ved felles produksjon av en viktig del og ved underleverandøravtaler, at mulighetene for utestenging må undersøkes nærmere (se nedenfor).

3.3.1.1. *Avtaler som ikke kommer inn under artikkel 53 nr. 1*

86. Med mindre det oppstår utestengingsproblemer, vil produksjonsavtaler mellom foretak som ikke er konkurrenter, vanligvis falle utenfor artikkel 53 nr. 1. Dette gjelder også for avtaler der innsatsvarer eller deler som så langt er produsert for eget forbruk (intern produksjon), kjøpes fra en tredjepart gjennom underleverandøravtaler eller avtaler om ensidig spesialisering, med mindre man kan anta at selskapet som så langt har produsert bare for eget forbruk, kunne ha etablert seg på markedet for salg til tredjeparter uten å pådra seg betydelige ekstrakostnader eller risiko som reaksjon på små, varige endringer i de relative markedspriser.
87. Selv produksjonsavtaler mellom konkurrenter kommer ikke nødvendigvis inn under artikkel 53 nr. 1. For det første kan samarbeid mellom selskaper som konkurrerer på markeder som er nært forbundet med det markedet som berøres direkte av samarbeidet, ikke defineres som konkurransebegrensende dersom samarbeidet utgjør den eneste økonomisk forsvarlige muligheten til å etablere seg på et nytt marked, lansere et nytt produkt eller en ny tjeneste, eller gjennomføre et bestemt prosjekt.
88. For det annet er det svært usannsynlig at partenes konkurransemessige atferd som leverandører påvirkes dersom partene bare har en liten andel av sine totale kostnader felles. Det kan for eksempel antas at kostnadsfelleskapet er begrenset der to eller flere selskaper går sammen om spesialisering/felles produksjon av en innsatsvare som utgjør bare en liten del av

⁽⁴¹⁾ Også omtalt i artikkel 2 nr. 4 i rettsakten nevnt i nr. 1 i vedlegg XIV til EØS-avtalen (forordning (EØF) nr. 4064/89 (EFT L 395 av 30.12.1989, s. 1. Rettet versjon EFT L 257 av 21.9.1990, s. 13), sist endret ved forordning (EF) nr. 1310/97 (EFT L 180 av 9.7.1997, s. 1), fusjonsforordningen).

produksjonskostnadene for det ferdige produktet, og dermed også av de totale kostnadene. Det samme gjelder en underleverandøraftale mellom konkurrenter der innsatsvarene som én konkurrent kjøper fra en annen, bare utgjør en liten andel av produksjonskostnadene for det ferdige produktet. Det kan også antas at andelen av felles totale kostnader er liten der partene i fellesskap produserer et ferdig produkt, men bare en liten mengde sammenlignet med deres samlede produksjon av det ferdige produktet. Selv dersom en betydelig andel produseres i fellesskap, kan andelen av felles totale kostnader likevel være liten eller begrenset dersom samarbeidet dreier seg om heterogene produkter som krever kostbar markedsføring.

89. For det tredje vil underleverandøraftaler mellom konkurrenter ikke komme inn under artikkel 53 nr. 1 dersom de er begrenset til enkeltstående salg og kjøp på handelsmarkedet uten ytterligere forpliktelser og uten å utgjøre en del av et mer omfattende forretningsmessig forhold partene imellom⁽⁴²⁾.

3.3.1.2. Avtaler som nesten alltid kommer inn under artikkel 53 nr. 1

90. Avtaler som fastsetter priser for partenes markedsleveranser, begrenser produksjonen eller deler opp markeder eller tildeler kundegrupper, har til formål å begrense konkurransen og vil nesten alltid komme inn under artikkel 53 nr. 1. Dette gjelder imidlertid ikke i følgende to tilfeller:
- når partene blir enige om den produksjon som direkte berøres av produksjonsavtalen (f.eks. kapasiteten og produksjonsvolumet til et fellesforetak eller den avtalte mengden produkter som settes ut til underleverandører), eller
 - når et felles produksjonsforetak som også står for distribusjonen av de produserte produktene, fastsetter salgsprisene for disse produktene, forutsatt at fellesforetakets prisfastsettelse er en følge av en integrasjon av de ulike funksjoner⁽⁴³⁾.

I begge tilfeller vil avtalen om produksjon eller priser ikke vurderes separat, men i lys av de samlede virkningene fellesforetaket har på markedet, for å fastslå om artikkel 53 nr. 1 får anvendelse eller ikke.

3.3.1.3. Avtaler som kan komme inn under artikkel 53 nr. 1

91. Produksjonsavtaler som ikke kan karakteriseres som klart begrensende eller ikke-begrensende på grunnlag av ovennevnte faktorer, kan komme inn under artikkel 53 nr. 1⁽⁴⁴⁾, og må analyseres i sin økonomiske sammenheng. Dette gjelder samarbeidsavtaler mellom konkurrenter som skaper en betydelig grad av kostnadsfellesskap, men som ikke inneholder alvorlige begrensninger som beskrevet ovenfor.

3.3.2. Markedsmakt og markedsstrukturer

92. Utgangspunktet for analysen er partenes stilling på det eller de berørte markeder. Dette skyldes det faktum at partene i en produksjonsavtale ikke vil ha noe incentiv til å samordne sin konkurransemessige atferd som leverandører dersom de ikke har markedsrett. For det annet påvirkes ikke konkurransen på markedet dersom partene ikke har markedsrett, selv om partene skulle samordne sin atferd.
93. Det finnes ingen absolutt markedsandelsgrense som angir når en produksjonsavtale skaper en viss grad av markedsrett og dermed kommer inn under artikkel 53 nr. 1. Avtaler om ensidig eller gjensidig spesialisering såvel som felles produksjon, omfattes imidlertid av gruppeunntaket

⁽⁴²⁾ Som enhver underleverandøraftale kan en slik avtale imidlertid komme under artikkel 53 nr. 1 dersom den inneholder vertikale begrensninger, som begrensning med hensyn til passivt salg, fastsettelse av videresalgspriser, osv.

⁽⁴³⁾ Et felles produksjonsforetak som også driver felles distribusjon, er imidlertid i de fleste tilfeller et selvstendig fungerende fellesforetak.

⁽⁴⁴⁾ I henhold til artikkel 4 nr. 2 punkt 3 i kapittel II i protokoll 4 til overvåknings- og domstolsavtalen, er det på visse vilkår ikke nødvendig å melde avtaler som har spesialisering av vareproduksjon som eneste formål, til EFTAs overvåkningsorgan. Det er imidlertid mulig å melde dem.

forutsatt at de er inngått mellom parter med en samlet markedsandel som ikke overstiger 20 % på det eller de relevante markeder, og at de øvrige vilkårene for anvendelse av gruppeunntaket for spesialisering er oppfylt. For avtaler som omfattes av gruppeunntaket for spesialisering, vil begrensende virkninger derfor måtte analyseres bare dersom partenes samlede markedsandel overstiger 20 %.

94. Avtaler som ikke omfattes av gruppeunntaket for spesialisering, krever en mer detaljert analyse. Utgangspunktet er partenes markedsstilling. Deretter vil analysen omhandle konsentrasjonsgraden og antall aktører samt øvrige faktorer som beskrevet i kapittel 1.
95. Analysen vil vanligvis bare omfatte det eller de relevante markeder som samarbeidet direkte berører. Under visse omstendigheter, f.eks. dersom partene har en svært sterk samlet markedsstilling på markeder som befinner seg på et tidligere eller et senere ledd i omsetningskjeden, eller på markeder som på annen måte er nært tilknyttet markedene som samarbeidet direkte berører, kan det være at også disse "spill-over"-markedene må analyseres. Dette gjelder særlig ved samarbeid på markeder som befinner seg på et tidligere ledd i omsetningskjeden, når de samarbeidende selskaper også har en sterk samlet markedsstilling i etterfølgende omsetningsledd. På lignende måte kan det være nødvendig å vurdere om det foreligger utestengingsproblemer dersom partene hver for seg har en sterk stilling enten som leverandører eller kjøpere av en innsatsvare.

Partenes markedsstilling, konsentrasjonsgrad, antall aktører og andre strukturelle faktorer

96. Dersom partenes samlede markedsandel er større enn 20 %, må produksjonsavtalens mulige virkning på markedet vurderes. Markedskonsentrasjon og markedsandelene vil da være vesentlige faktorer. Jo større partenes samlede markedsandel er, desto større er konsentrasjonen i det berørte marked. Dersom markedsandelen bare er litt høyere enn grensen fastsatt i gruppeunntaket for spesialisering, blir imidlertid konsentrasjonsgraden ikke nødvendigvis høy. For eksempel kan en samlet markedsandel på rett over 20 % godt forekomme i et marked med en moderat konsentrasjonsgrad (HHI under 1 800⁽⁴⁵⁾). I slike tilfeller er det usannsynlig at avtalen vil begrense konkurransen. På et mer konsentrert marked kan en markedsandel på over 20 % sammen med andre elementer imidlertid begrense konkurransen (se også eksempel 1 nedenfor). Bildet kan likevel være et annet dersom markedet er svært dynamisk, med nye deltakere som etablerer seg på markedet og stadig endrede markedsposisjoner.
97. Ved felles produksjon kan nettverksvirkninger, dvs. forbindelser mellom et betydelig antall konkurrenter, også spille en viktig rolle. I et konsentrert marked kan opprettelsen av en ytterligere forbindelse forrykke balansen og gjøre samordning på dette markedet sannsynlig, selv om partene har en betydelig men likevel moderat samlet markedsandel (se eksempel 2 nedenfor).
98. Under særlige omstendigheter kan samarbeid mellom potensielle konkurrenter også skape konkurransemessige problemer. Dette er imidlertid begrenset til tilfeller der en sterk aktør på ett marked samarbeider med en realistisk potensiell etablerer, for eksempel med en sterk leverandør av det samme produktet eller den samme tjenesten i et tilgrensende geografisk marked. En reduksjon av den potensielle konkurransen skaper problemer særlig dersom den faktiske konkurransen allerede er svak og etableringsstrusselen er en viktig konkurransekapende faktor.

Samarbeid på markeder som befinner seg på et tidligere ledd i omsetningskjeden

99. Felles produksjon av en viktig del eller andre innsatsvarer til partenes ferdige produkt, kan skape negative virkninger på markedet i visse tilfeller:
 - Utestengingsproblemer (se eksempel 3 nedenfor), forutsatt at partene har en sterk stilling på det relevante markedet for innsatsvarer (produksjon for salg), og at et skifte mellom produksjon til eget bruk og produksjon for salg ikke vil forekomme ved en liten men varig relativ prisøkning for det aktuelle produktet.

⁽⁴⁵⁾ Se nr. 29 ovenfor.

- "Spill-over"-virkninger (se eksempel 4 nedenfor), forutsatt at innsatsvaren er en viktig kostnadskomponent, og at partene har en sterk stilling på markedet i det etterfølgende omsetningsledd for det ferdige produkt.

Underleverandøravtaler mellom konkurrenter

100. Lignende problemer kan oppstå dersom en aktør benytter en konkurrent som underleverandør av en viktig del eller en annen innsatsvare til vedkommendes ferdige produkt. Dette kan også føre til:
 - Uttestengingsproblemer, forutsatt at partene har en sterk stilling enten som leverandører eller som kjøpere på det relevante innsatsvaremarkedet (produksjon for salg). Underleverandøravtaler kan da enten føre til at andre konkurrenter ikke får tilgang til innsatsvaren til en konkurransedyktig pris, eller at andre leverandører ikke kan levere innsatsvaren til en konkurransedyktig pris dersom de mister en stor del av etterspørselen.
 - "Spill-over"-virkninger, forutsatt at innsatsvarene er en viktig kostnadskomponent og at partene har en sterk stilling på markedet i det etterfølgende omsetningsledd for det ferdige produktet.

Spesialiseringsavtaler

101. Gjensidige spesialiseringsavtaler med markedsandeler som ligger over grensen i gruppeunntaket, vil nesten alltid komme inn under artikkel 53 nr. 1, og må undersøkes nøye på grunn av faren for deling av markedet (se eksempel 5 nedenfor).

3.4. Vurdering under artikkel 53 nr. 3

3.4.1. Økonomiske fordeler

102. De fleste alminnelige typer produksjonsavtaler kan antas å gi visse økonomiske fordeler i form av stordrifts- eller samdriftsfordeler, eller bedre produksjonsteknologi, med mindre de benyttes som et middel til å fastsette priser, begrense produksjonen, dele markeder eller tildele kunder. Under disse forhold synes det fornuftig å gi unntak for slike avtaler som fører til en begrensning av konkurransen, opp til en markedsandelsgrense, dersom det generelt for anvendelsen av artikkel 53 nr. 3 kan antas at produksjonsavtalenes positive virkninger vil oppveie eventuelle negative virkninger på konkurransen. Avtaler om ensidig eller gjensidig spesialisering samt om felles produksjon omfattes derfor av gruppeunntaket for spesialisering, forutsatt at de ikke inneholder alvorlige begrensninger (se artikkel 5), og at de er inngått mellom parter som til sammen har en markedsandel på det eller de relevante markeder som ikke overstiger 20 %.
103. For avtaler som ikke omfattes av gruppeunntaket, må partene påvise forbedringer i produksjonen eller andre effektivitetsgevinster. Effektivitetsgevinster som bare er til partenes fordel eller kostnadsbesparelser som skyldes produksjonsbegrensninger eller deling av markeder, kan det ikke tas hensyn til.

3.4.2. Absolutt nødvendighet

104. Begrensninger ut over det som er nødvendig for å oppnå de økonomiske fordelene nevnt ovenfor, godtas ikke. For eksempel bør partenes konkurransemessige atferd med hensyn til produksjon utenfor samarbeidet, ikke begrenses.

3.4.3. Konkurransen utelukkes ikke

105. Unntak vil ikke være mulig dersom partene har mulighet til å utelukke konkurransen for en vesentlig del av de produkter det gjelder. Dersom et foretak som følge av en produksjonsavtale

er eller blir dominerende, kan en avtale som medfører konkurransebegrensninger i henhold til artikkel 53, i prinsippet ikke unntas. Dette må undersøkes på det relevante marked der produktene samarbeidet omfatter, hører hjemme, og på eventuelle "spill-over"-markeder.

3.5. Eksempler

Felles produksjon

106. De to eksemplene nedenfor er hypotetiske tilfeller som skaper konkurransemessige problemer på det relevante marked for de produkter som produseres i fellesskap.

107. Eksempel 1

Situasjon: To leverandører av det grunnleggende kjemiske produktet X, A og B, beslutter å bygge et nytt produksjonsanlegg som skal kontrolleres av et fellesforetak. Dette anlegget skal stå for rundt 50 % av leverandørenes samlede produksjon. X er et homogent produkt, og er ikke substituerbart med andre produkter, dvs. at det utgjør et eget relevant marked. Markedet er relativt stagnerende. Partene vil ikke øke den samlede produksjonen vesentlig, men i stedet stenge to gamle fabrikker og flytte produksjonen til det nye anlegget. A og B har hver en markedsandel på 20 %. Det finnes tre andre betydelige leverandører, hver med en markedsandel på 10-15 %, samt flere mindre aktører.

Analyse: Det er sannsynlig at dette fellesforetaket vil påvirke partenes konkurransemessige atferd, fordi samordning vil gi dem betydelig markedsrett, muligens også en dominerende stilling. Samarbeidet vil sannsynligvis medføre alvorlige begrensende virkninger på markedet. Under et slikt scenario er det usannsynlig at det foreligger store effektivitetsgevinster som vil kunne oppveie disse virkningene, hvor en betydelig økning i produksjonen ikke kan forventes.

108. Eksempel 2

Situasjon: To leverandører, A og B, danner et felles produksjonsforetak i det samme relevante marked som i eksempel 1. Fellesforetaket står også her for 50 % av partenes samlede produksjon. A og B har en markedsandel på 15 % hver. Det finnes tre andre aktører: C med en markedsandel på 30 %, D med 25 % og E med 15 %. B har allerede et felles produksjonsanlegg sammen med E.

Analyse: Her er markedet preget av svært få aktører og relativt symmetriske strukturer. Fellesforetaket skaper en ytterligere forbindelse mellom aktørene. Samordning mellom A og B vil rent faktisk øke konsentrasjonen ytterligere, og også knytte E til A og B. Dette samarbeidet vil sannsynligvis skape alvorlige konkurransebegrensninger, og på samme måte som i eksempel 1, kan det ikke forventes store effektivitetsgevinster.

109. Eksempel 3 omhandler også det relevante marked for de produkter som produseres i fellesskap, men viser viktigheten av andre kriterier enn markedsandel (her: skifte mellom produksjon til eget bruk og produksjon for salg).

110. Eksempel 3

Situasjon: A og B oppretter et felles produksjonsforetak for innsatsvaren X ved å omorganisere eksisterende produksjonsanlegg. Fellesforetaket selger X utelukkende til A og B. Det står for 40 % av As samlede produksjon av X, og 50 % av Bs samlede produksjon. A og B produserer X til eget bruk, og er også leverandører på det eksterne marked. As andel av industriens samlede produksjon av X er 10 %, Bs andel er på 20 %, og fellesforetakets andel ligger på 14 %. På det eksterne marked har A og B imidlertid en markedsandel på henholdsvis 25 % og 35 %.

Analyse: Til tross for partenes sterke stilling på det eksterne markedet, er det ikke sikkert at samarbeidet fjerner effektiv konkurranse på markedet for X, dersom kostnadene ved å skifte mellom produksjon til eget bruk og produksjon for salg er lave. Skiftet må imidlertid kunne skje svært raskt for å motvirke den høye markedsandelen på 60 %. Ellers vil et slikt

produksjonsfellesskap skape alvorlige konkurransemessige problemer som ikke kan oppveies selv av betydelige økonomiske fordeler.

111. Eksempel 4 gjelder et samarbeid om en viktig innsatsvare med "spill-over"-virkninger på et marked i det etterfølgende omsetningsledd.

112. Eksempel 4

Situasjon: A og B oppretter et felles produksjonsforetak for innsatsvaren X. De vil stenge sine egne fabrikker som har produsert X, og dekke sitt behov for X utelukkende fra fellesforetaket. Innsatsvaren står for 50 % av de samlede kostnadene for det ferdige produktet Y. A og B har hver en andel på 20 % av markedet for Y. Det finnes to andre betydelige leverandører av Y, som hver har en markedsandel på 15 %, samt flere mindre konkurrenter.

Analyse: Her er graden av kostnadsfellesskap høy. Videre vil partene få markedsrett ved å samordne sin atferd på markedet for Y. Tilfellet skaper konkurransemessige problemer, og vurderingen blir tilnærmet identisk med vurderingen av eksempel 1, selv om samarbeidet her foregår på et marked som befinner seg på et tidligere ledd i omsetningskjeden.

Gjensidig spesialisering

113. Eksempel 5

Situasjon: A og B produserer og leverer begge de homogene produktene X og Y, som tilhører ulike markeder. A's markedsandel er 28 % for X, og 10 % for Y. B's markedsandel er 10 % for X og 30 % for Y. På grunn av stordriftsfordeler, inngår de en avtale om gjensidig spesialisering der A i framtiden utelukkende skal produsere X, og B bare skal produsere Y. De blir enige om kryssløst, slik at de begge forblir leverandører på markedene. Fordi produktene er homogene, er distribusjonskostnadene lave. Det finnes to andre produsenter av X og Y, med markedsandeler på rundt 15 % hver. De øvrige leverandørene har markedsandeler på 5-10 %.

Analyse: Graden av kostnadsfellesskap er ekstremt høy, og bare de relativt begrensede distribusjonskostnadene forblir atskilt. Det er derfor svært lite rom igjen for konkurranse. Partene vil få markedsrett ved å samordne sin atferd på markedene for X og Y. Videre er det sannsynlig at markedsleveransene av Y fra A og X fra B vil minske over tid. Tilfellet skaper konkurransemessige problemer som det er usannsynlig at stordriftsfordelene vil oppveie.

Saken kunne vært en annen dersom X og Y var heterogene produkter med store markedsførings- og distribusjonskostnader (f.eks. 65-70 % av de samlede kostnadene). Videre, dersom tilbud av et fullt sortiment med differensierte produkter var en forutsetning for å konkurrere effektivt, ville det være usannsynlig at én eller flere parter trakk seg som leverandører av X og/eller Y. I en slik situasjon kan kriteriene for unntak være oppfylt (forutsatt at effektivitetsgevinstene er betydelige), til tross for de høye markedsandelene.

Underleverandøravtaler mellom konkurrenter

114. Eksempel 6

Situasjon: A og B er konkurrenter på markedet for det ferdige produktet X. A har en markedsandel på 15 %, og B har en markedsandel på 20 %. Begge produserer også innsatsvaren Y, som inngår i produksjonen av X, men som også brukes til å produsere andre produkter. Det utgjør 10 % av kostnadene for X. A produserer Y utelukkende til eget bruk, mens B i tillegg selger Y til tredjeparter. B's markedsandel for Y er 10 %. A og B blir enige om en underleverandøravtale der A skal dekke 60 % av sitt behov for Y fra B. Selskapet skal fortsatt produsere 40 % av sitt behov for X selv, for ikke å miste knowhow knyttet til produksjonen av Y.

Analyse: Fordi A har produsert Y utelukkende til eget bruk, må det først undersøkes om A er har en realistisk mulighet til å etablere seg på markedet for salg av Y til tredjeparter. Hvis dette ikke er tilfellet, vil avtalen ikke begrense konkurransen med hensyn til Y. "Spill-over"-virkninger på markedet for X er også usannsynlig, da avtalen kun medfører en liten grad av kostnadsfellesskap.

Dersom A skulle anses for å ha en realistisk mulighet til å etablere seg på markedet for salg av Y til tredjeparter, måtte Bs markedsstilling på markedet for Y tas i betraktning. Ettersom Bs markedsandel er relativt liten, ville resultatet av analysen bli det samme.

4. INNKJØPSAVTALER

4.1. Definisjon

115. Dette kapitlet omhandler avtaler om felles innkjøp av produkter. Felles innkjøp kan foretas av et selskap som kontrolleres i fellesskap, av et selskap der mange foretak har en liten andel hver, eller ved en avtale eller en enda løsere form for samarbeid.
116. Innkjøpsavtaler inngås ofte av små og mellomstore bedrifter for å oppnå samme volum og rabatter som sine større konkurrenter. Derfor vil slike avtaler mellom små og mellomstore bedrifter ofte være konkurransefremmende. Selv om det skapes en moderat grad av markedsrett, kan dette oppveies av stordriftsfordeler, forutsatt av partene faktisk samler sine innkjøpsvolum.
117. Felles innkjøp kan omfatte både horisontale og vertikale avtaler. I slike tilfeller er det nødvendig å foreta en tottrinnsanalyse. Først må de horisontale avtalene vurderes i henhold til prinsippene i disse retningslinjer. Dersom denne vurderingen konkluderer med at et samarbeid mellom konkurrenter på innkjøpsområdet kan godtas, må det foretas en ytterligere vurdering av de vertikale avtalene inngått med leverandører eller individuelle selgere. Den siste vurderingen vil følge reglene i gruppeunntaket og retningslinjene for vertikale begrensninger⁽⁴⁶⁾.
118. Et eksempel på dette er en sammenslutning dannet av en gruppe detaljister for felles innkjøp av produkter. Horisontale avtaler inngått mellom medlemmene av sammenslutningen eller vedtak gjort av sammenslutningen, må vurderes først som en horisontal avtale i henhold til disse retningslinjer. Bare hvis denne vurderingen får et positivt utfall, blir det relevant å vurdere de resulterende vertikale avtalene mellom sammenslutningen og enkeltmedlemmer eller mellom sammenslutningen og leverandører. Disse avtalene er – opp til en viss grense – omfattet av gruppeunntaket for vertikale begrensninger⁽⁴⁷⁾. De avtaler som faller utenfor gruppeunntaket for vertikale begrensninger, formodes å ikke være ulovlige, men det kan være nødvendig å vurdere dem individuelt.

4.2. Relevante markeder

119. Det finnes to markeder som kan bli berørt av felles innkjøp: For det første det eller de markeder som samarbeidet direkte gjelder, dvs. det eller de relevante innkjøpsmarkeder. For det andre salgsmarkedene, dvs. det eller de markeder i det etterfølgende omsetningsledd, der partene i avtalen om felles innkjøp er aktive som selgere.
120. Avgrensningen av relevante innkjøpsmarkeder følger prinsippene nedfelt i Overvåkningsorganets kunngjøring om avgrensning av det relevante marked, og bygger på prinsippet om substituerbarhet for å identifisere begrensninger i den konkurransemessige handlefrihet. Den eneste forskjellen ved avgrensning av "salgsmarkeder", er at substitusjonsmulighetene må defineres ut fra et tilbuds- og ikke et etterspørselssynspunkt. Med andre ord er det leverandørens alternativer som er avgjørende ved identifisering av hvilke begrensninger i den konkurransemessige handlefrihet som kjøperne står overfor. Disse kan for eksempel analyseres ved å undersøke leverandørens reaksjon på en liten men varig prisnedgang. Dersom markedet er avgrenset, kan markedsandelen beregnes som den prosentandel som partenes innkjøp utgjør av det samlede salget av produktet eller tjenesten som kjøpes på det relevante marked.

⁽⁴⁶⁾ Se retningslinjene for vertikale begrensninger, nr. 29.

⁽⁴⁷⁾ Artikkel 2 nr. 2 i gruppeunntaket for vertikale begrensninger.

121. Eksempel 1

En gruppe bilprodusenter blir enige om å kjøpe produkt X i fellesskap. De kjøper til sammen 15 enheter av X. Salget av X til bilprodusenter utgjør i alt 50 enheter. X selges imidlertid også til produsenter av andre produkter enn biler. Det samlede salget av X utgjør 100 enheter. Gruppens markedsandel på innkjøpsmarkedet er derfor 15 %.

122. Dersom partene i tillegg er konkurrenter på ett eller flere salgsmarkeder, er disse markedene også relevante for vurderingen. Det er mer sannsynlig at konkurransen på disse markedene begrenses dersom partene oppnår markedsrett ved å samordne sin atferd, og dersom partene har en betydelig andel av sine samlede kostnader til felles. Dette er for eksempel tilfellet dersom detaljister som er aktive i det eller de samme relevante detaljmarkeder, i fellesskap kjøper en betydelig mengde av de produkter som de tilbyr for videresalg. Det kan også være tilfellet dersom konkurrerende produsenter og selgere av et ferdig produkt kjøper en stor mengde av innsatsvarene de behøver i fellesskap. Salgsmarkedene må avgrensnes ved hjelp av den metoden som er beskrevet i Overvåkningsorganets kunngjøring om avgrensning av det relevante marked.

4.3. Vurdering under artikkel 53 nr. 1*4.3.1. Avtalens art**4.3.1.1. Avtaler som ikke kommer inn under artikkel 53 nr. 1*

123. Avtaler om felles innkjøp inngås etter sin natur mellom selskaper som i det minste er konkurrenter på innkjøpsmarkedene. Ved et samarbeid mellom konkurrerende kjøperer som ikke er aktive på det samme relevante marked i etterfølgende omsetningsledd (f.eks. detaljister som er aktive på ulike geografiske markeder og som ikke kan anses som realistiske, potensielle konkurrenter), vil imidlertid artikkel 53 nr. 1 sjelden få anvendelse med mindre partene har en svært sterk stilling på innkjøpsmarkedene, noe som vil kunne benyttes for å skade andre aktørers konkurransemessige stilling på deres respektive salgsmarkeder.

4.3.1.2. Avtaler som nesten alltid kommer inn under artikkel 53 nr. 1

124. Innkjøpsavtaler kommer bare inn under artikkel 53 nr. 1 etter sin art dersom samarbeidet i realiteten ikke gjelder felles innkjøp, men tjener som et middel til deltakelse i et skjult kartell, dvs. fastsettelse av priser, begrensnings av produksjonen eller deling av markeder som ellers er forbudt.

4.3.1.3. Avtaler som kan komme inn under artikkel 53 nr. 1

125. De fleste innkjøpsavtaler må analyseres i sin juridiske og økonomiske sammenheng. Analysen må dekke både innkjøps- og salgsmarkedene.

4.3.2. Markedsrett og markedsstrukturer

126. Utgangspunktet for analysen er en granskning av partenes kjøperrett. Kjøperrett kan foreligge dersom en innkjøpsavtale står for en tilstrekkelig stor andel av et samlet innkjøpsmarked, slik at prisene kan drives ned under et konkurransedyktig nivå eller tilgangen til markedet kan bli stengt for konkurrerende kjøperer. Betydelig kjøperrett i forhold til leverandørene i et marked kan føre til ineffektivitet i form av redusert kvalitet, mindre grad av nyskaping eller til syvende og sist en leveranssituasjon som ikke er optimal. De største problemene i forbindelse med kjøperrett er at lavere priser ikke nødvendigvis kommer kundene i senere omsetningsledd til gode, og at kjøperrett kan skape økte kostnader for innkjøpernes konkurrenter på salgsmarkedene, enten fordi leverandørene vil forsøke å oppveie prisreduksjoner overfor én kundegruppe ved å øke prisene overfor andre kunder, eller fordi konkurrentenes tilgang til effektive leverandører blir dårligere. På denne måten vil innkjøps- og salgsmarkedene være innbyrdes avhengige som beskrevet nedenfor.

Innbyrdes avhengighet mellom innkjøps- og salgsmarkeder

127. Samarbeid mellom konkurrerende innkjøpere kan begrense konkurransen merkbart ved at det skapes kjøpermakt. Mens økt kjøpermakt kan føre til lavere priser for forbrukerne, vil ikke kjøpermakt alltid fremme konkurransen, og kan til og med i visse tilfeller medføre alvorlige negative virkninger for konkurranseforholdene.
128. For det første kan ikke lavere innkjøpskostnader som er en følge av utnyttelse av kjøpermakt, ses på som konkurransefremmende dersom innkjøperne sammen har markedsrett på salgsmarkedene. I slike tilfeller vil kostnadsbesparelser sannsynligvis ikke komme forbrukerne til gode. Jo større samlet markedsrett partene har på sine salgsmarkeder, desto større incentiver har de til å samordne sin atferd som selgere. Dette kan bli lettere dersom partene oppnår en høy grad av kostnadsfellesskap gjennom felles innkjøp. Dersom for eksempel en gruppe store detaljister kjøper en stor del av produktene sine sammen, vil de ha en stor andel av sine kostnader felles. De negative virkningene av felles innkjøp kan derfor være ganske like virkningene av felles produksjon.
129. For det annet kan markedsrett på salgsmarkedene skapes eller forsterkes gjennom kjøpermakt som benyttes til å stenge konkurrenter ute eller øke konkurrentenes kostnader. Betydelig kjøpermakt hos én kundegruppe, kan føre til at konkurrerende kjøpere stenges ute ved at deres tilgang til effektive leverandører begrenses. Det kan også føre til økte kostnader for gruppens konkurrenter, da leverandørene vil forsøke å oppveie prisreduksjoner overfor én kundegruppe ved å øke prisene overfor andre kunder (f.eks. kan leverandører forskjellsbehandle detaljister med hensyn til de rabatter som gis). Dette er mulig bare dersom leverandørene på innkjøpsmarkedet også har en viss grad av markedsrett. I begge tilfeller kan kjøpermakten begrense konkurransen på salgsmarkedene ytterligere.
130. Det finnes ingen absolutt grense som angir når et innkjøpsamarbeid skaper en viss grad av markedsrett og dermed omfattes av artikkel 53 nr. 1. I de fleste tilfeller er det imidlertid usannsynlig at markedsrett foreligger dersom partene i avtalen har en samlet andel av innkjøpsmarkedet/-markedene på under 15 %, og en samlet andel av salgsmarkedet/-markedene på under 15 %. Uansett er det ved slike markedsandeler sannsynlig at vilkårene for anvendelsen av artikkel 53 nr. 3 beskrevet nedenfor er oppfylt for vedkommende avtale.
131. En markedsandel over denne grensen betyr ikke automatisk at samarbeidet medfører negative virkninger på markedet, men krever en mer detaljert vurdering av virkningen på markedet av en avtale om felles innkjøp, som involverer faktorer slik som markedskonsentrasjon og muligheten for at markedsrett på tilbudssiden oppveier markedsrett på kjøpersiden. Felles innkjøp som involverer parter med en samlet markedsandel på langt over 15 % i et konsentrert marked, vil sannsynligvis komme inn under artikkel 53 nr. 1, og effektivitetsgevinster som vil kunne oppveie de konkurransebegrensende virkningene, må påvises av partene.

4.4. Vurdering under artikkel 53 nr. 3

4.4.1. Økonomiske fordeler

132. Innkjøpsavtaler kan medføre økonomiske fordeler som stordriftsfordeler ved bestilling eller transport, som kan oppveie de konkurransebegrensende virkningene. Dersom partene samlet har betydelig kjøper- eller selgermakt, må påstander om effektivitetsgevinster undersøkes grundig. Kostnadsbesparelser som kun er en følge av utøvelse av markedsrett og som ikke kommer forbrukerne til gode, kan ikke tas i betraktning.

4.4.2. Absolutt nødvendighet

133. Innkjøpsavtaler kan ikke unntas dersom de pålegger begrensninger som ikke er absolutt nødvendige for å oppnå de ovennevnte fordeler. En forpliktelse om å foreta innkjøp utelukkende gjennom samarbeidet, kan i enkelte tilfeller være nødvendig for å oppnå den mengde som trengs for å realisere stordriftsfordeler. En slik forpliktelse må imidlertid vurderes i hvert enkelt tilfelle.

4.4.3. Konkurransen utelukkes ikke

134. Unntak vil ikke være mulig dersom partene har mulighet til å utelukke konkurransen for en vesentlig del av de produkter det gjelder. Denne vurderingen må omfatte både innkjøps- og salgsmarkeder. Partenes samlede markedsandeler kan benyttes som et utgangspunkt. Deretter må det vurderes om disse markedsandelene er tegn på en dominerende stilling, og om det foreligger formildende omstendigheter som for eksempel leverandørers markedsrett på innkjøpsmarkedene eller muligheter for etablering på salgsmarkedene. Dersom et foretak som følge av en innkjøpsavtale er eller blir dominerende på enten innkjøps- eller salgsmarkedet, kan en slik avtale som medfører konkurransebegrensninger i henhold til artikkel 53, i prinsippet ikke unntas.

4.5. Eksempler

135. Eksempel 2

Situasjon: To produsenter, A og B, beslutter å kjøpe del X i fellesskap. De er konkurrenter på salgsmarkedet. Til sammen utgjør innkjøpene deres 35 % av det samlede salg av X i EØS, som antas å være det relevante geografiske marked. Det finnes seks andre produsenter (konkurrenter til A og B på salgsmarkedet), som står for de øvrige 65 % av innkjøpsmarkedet; én har en andel på 25 %, de øvrige betydelig mindre. Tilbudssiden er relativt konsentrert, med seks leverandører av del X, to med en markedsandel på 30 % hver, og resten med andeler på mellom 10 og 15 % (en HHI på 2 300-2 500). A og B har en samlet markedsandel på 35 % på salgsmarkedet.

Analyse: Fordi partene har markedsrett på salgsmarkedet, vil fordelene av mulige kostnadsbesparelser ikke nødvendigvis overføres til den endelige forbruker. Videre vil det felles innkjøpet trolig øke kostnadene for partenes mindre konkurrenter, da de to mektige leverandørene sannsynligvis vil kompensere prisreduksjoner for gruppen ved å øke prisene for mindre kunder. Dette kan føre til en økt konsentrasjon i etterfølgende omsetningsledd. I tillegg kan samarbeidet føre til ytterligere konsentrasjon blant leverandørene, fordi mindre leverandører som kanskje allerede driver nær eller under en minste optimal mengde, kan drives ut av markedet dersom de ikke kan sette ned prisene ytterligere. Et tilfelle som dette vil trolig føre til en vesentlig begrensning av konkurransen, som ikke kan oppveies av mulige effektivitetsgevinster som følge av sammenslåingen av innkjøpsvolum.

136. Eksempel 3

Situasjon: 150 små detaljister inngår en avtale om å opprette en felles innkjøpsorganisasjon. De pålegges å kjøpe et minstevolum gjennom organisasjonen som utgjør rundt 50 % av hver detaljists samlede kostnader. Detaljistene kan kjøpe mer enn minstevolumet gjennom organisasjonen, og de kan også foreta innkjøp utenfor samarbeidet. De har en samlet andel på 20 % av både innkjøpsmarkedet og salgsmarkedet/markedene. Deres to store konkurrenter er A og B. A har en markedsandel på 25 % på hvert av de berørte markedene, og B en markedsandel på 35 %. De øvrige mindre konkurrentene har også dannet en innkjøpsorganisasjon. De 150 detaljistene oppnår kostnadsbesparelser ved å slå sammen innkjøpsoppgaver og et betydelig innkjøpsvolum.

Analyse: Forhandlerne kan oppnå en stor grad av kostnadsfellesskap dersom de til syvende og sist kjøper mer enn det avtalte minstevolumet sammen. Imidlertid har de til sammen begrenset markedsrett på innkjøps- og salgsmarkedet. Videre gir samarbeidet enkelte stordriftsfordeler. Dette samarbeidet vil sannsynligvis kunne unntas.

137. Eksempel 4

Situasjon: To supermarkedkjeder inngår en avtale om i fellesskap å kjøpe produkter som utgjør rundt 50 % av deres samlede kostnader. Partene har markedsandeler på mellom 25 og 40 % på de relevante innkjøpsmarkedene for de ulike produkttypene, og på det relevante salgsmarked (idet det antas at bare ett geografisk marked berøres) oppnår de en markedsandel på 40 %. Det finnes fem andre betydelige detaljister, som hver har en markedsandel på 10-15 %. Det er usannsynlig at andre vil kunne etablere seg på markedet.

Analyse: Trolig vil denne avtalen om felles innkjøp påvirke partenes konkurransemessige atferd, da samordning vil gi dem betydelig markedsrett. Dette er særlig tilfellet dersom mulighetene for nyetablering er små. Incentivene til å samordne atferden er større dersom kostnadene er tilnærmet like. Dersom partene har tilnærmet samme marginer, vil det gi et ytterligere incentiv til å operere med samme priser. Selv om samarbeidet skulle gi effektivitetsgevinster, vil det trolig ikke kunne unntas på grunn av partenes betydelige markedsrett.

138. Eksempel 5

Situasjon: Små fellesforetak inngår en avtale om å opprette en felles innkjøpsorganisasjon. De pålegges å kjøpe et minstevolum gjennom organisasjonen. Partene kan kjøpe mer enn minstevolumet gjennom organisasjonen, og de kan også foreta innkjøp utenfor samarbeidet. Hver av partene har en samlet markedsandel på 5 % på både innkjøps- og salgsmarkedene, noe som gir en samlet markedsandel på 25 %. Det finnes to andre store detaljister, hver med en markedsandel på 20-25 %, og et antall mindre detaljister med markedsandeler på under 5 %.

Analyse: Opprettelsen av en felles innkjøpsorganisasjon vil trolig gi partene en markedsstilling på både innkjøps- og salgsmarkedene som gjør dem i stand til å konkurrere med de to største detaljistene. Videre vil det faktum at det finnes to andre aktører med lignende markedsstilling, trolig føre til at avtalens effektivitetsgevinster kommer forbrukerne til gode. I en slik situasjon vil avtalen sannsynligvis kunne unntas.

5. MARKEDSFØRINGSAVTALER

5.1. Definisjon

139. Avtalene som omhandles i dette avsnitt, gjelder samarbeid mellom konkurrenter om salg, distribusjon eller salgsfremmende tiltak. Slike avtaler kan ha svært ulik rekkevidde, avhengig av hvilke markedsføringsfunksjoner de omfatter. På den ene side har man felles salg, som fører til en felles fastsettelse av alle kommersielle aspekter vedrørende salget av produktet, herunder pris. På den annen side har man mer begrensede avtaler som bare omfatter én bestemt markedsføringsfunksjon, som distribusjon, service eller annonsering.
140. De viktigste av disse mer begrensede avtalene synes å være distribusjonsavtaler. Slike avtaler vil vanligvis omfattes av gruppeunntaket og retningslinjene for vertikale begrensninger, med mindre partene er faktiske eller potensielle konkurrenter. Er dette tilfellet, omfatter gruppeunntaket bare ensidige vertikale avtaler mellom konkurrenter dersom a) kjøper sammen med sine tilknyttede foretak har en årsomsetning som ikke overstiger 100 millioner Euro, eller b) leverandøren er produsent og distributør av produkter og kjøperen er en distributør som ikke også produserer produkter som konkurrerer med avtaleproduktene, eller c) leverandøren leverer tjenester i flere omsetningsledd, mens kjøper ikke leverer konkurrerende tjenester på det omsetningsledd der vedkommende kjøper avtaletjenestene⁽⁴⁸⁾. Dersom konkurrenter blir enige om å distribuere hverandres produkter på gjensidig grunnlag, er det i enkelte tilfeller mulig at avtalene har til formål eller virkning å dele markedene mellom partene, eller at de fører til samordning. Det samme gjelder for ensidige avtaler mellom konkurrenter over en viss størrelse. Slike avtaler må først vurderes i henhold til prinsippene beskrevet nedenfor. Dersom vurderingen konkluderer med at et samarbeid mellom konkurrenter på distribusjonsområdet i prinsippet kan aksepteres, vil det være nødvendig å foreta en ytterligere vurdering av de vertikale begrensningene i slike avtaler. Denne vurderingen bør bygge på prinsippene nedfelt i retningslinjene for vertikale begrensninger.
141. Det bør videre skilles mellom avtaler der partene utelukkende blir enige om felles markedsføring, og avtaler der markedsføring er knyttet til et annet samarbeid. Dette kan for eksempel være tilfellet ved felles produksjon eller felles innkjøp. Slike avtaler vil bli behandlet på samme måte som ved vurderingen av disse former for samarbeid.

⁽⁴⁸⁾ Artikkel 2 nr. 4 i gruppeunntaket for vertikale begrensninger.

5.2. Relevante markeder

142. For å vurdere konkurranseforholdet mellom de samarbeidende partene, må man først definere det eller de relevante produktmarkeder og det eller de relevante geografiske markeder som berøres direkte av samarbeidet, (dvs. det eller de markeder som avtaleproduktene tilhører). Videre kan en markedsføringsavtale på ett marked, også påvirke partenes konkurransemessige atferd på et tilgrensende marked som er nært tilknyttet markedet som berøres direkte av samarbeidet.

5.3. Vurdering under artikkel 53 nr. 1

5.3.1. *Avtalens art*

5.3.1.1. *Avtaler som ikke kommer inn under artikkel 53 nr. 1*

143. De markedsføringsavtaler som omhandles i dette avsnitt, omfattes av konkurransereglene bare dersom avtalepartene er konkurrenter. Dersom det er klart at partene ikke konkurrerer med hensyn til de produktene eller tjenestene som avtalen omfatter, kan avtalen ikke skape et konkurransemessig problem av horisontal art. Avtalen kan imidlertid komme inn under artikkel 53 nr. 1 dersom den inneholder vertikale begrensninger, som begrensninger av passivt salg, fastsettelse av videresalgspriser osv. Dette gjelder også dersom et markedsføringssamarbeid objektivt sett er nødvendig for at én part skal kunne etablere seg på et marked der parten ikke hadde kunnet etablere seg alene, for eksempel på grunn av kostnadene dette innebærer. En særlig anvendelse av dette prinsipp vil for eksempel være konsortiumavtaler som gjør at de involverte parter kan legge inn troverdige anbud på prosjekter som de hver for seg ikke hadde kunnet påta seg eller lagt inn anbud på. Siden de dermed ikke er potensielle konkurrenter i forhold til anbudet, innebærer avtalen ingen konkurransebegrensning.

5.3.1.2. *Avtaler som nesten alltid kommer inn under artikkel 53 nr. 1*

144. Det viktigste konkurranse spørsmålet i forbindelse med en markedsføringsavtale mellom konkurrenter, er prisfastsettelse. Avtaler som er begrenset til felles salg, har til formål og virkning å samordne konkurrerende produsenters prisfastsettelsespolitikk. I dette tilfellet utelukkes ikke bare priskonkurransen mellom partene, men også mengden produkter som leveres av deltakerne begrenses innenfor rammen av et ordretildelingssystem. Slike avtaler begrenser dermed konkurransen mellom partene på tilbudssiden samt kjøpernes valgmuligheter, og kommer inn under artikkel 53 nr. 1.
145. Vurderingen blir den samme dersom avtalen er ikke-eksklusiv. Artikkel 53 nr. 1 får anvendelse selv om partene står fritt til å selge utenfor avtalen, så lenge det kan antas at avtalen vil føre til en generell samordning av partenes priser.

5.3.1.3. *Avtaler som kan komme inn under artikkel 53 nr. 1*

146. Når det gjelder markedsføringsavtaler som ikke omfatter felles salg, er det særlig to forhold som kan reise konkurransemessige spørsmål. Det første er at felles markedsføring gir gode muligheter for utveksling av sensitive opplysninger, særlig opplysninger om markedsføringsstrategi og prisfastsettelse. Det andre er at en vesentlig del av partenes endelige kostnader kan være felles, avhengig av kostnadsstrukturen i markedsføringssamarbeidet. Som en følge av dette kan det være begrenset rom for priskonkurranse i den endelige salgsfasen. Avtaler om felles markedsføring kan derfor komme inn under artikkel 53 nr. 1 dersom de enten åpner for utveksling av sensitive kommersielle opplysninger, eller dersom de påvirker en betydelig andel av partenes endelige kostnader.
147. Et særlig trekk ved distribusjonsavtaler mellom konkurrenter som er aktive på ulike geografiske markeder, er at de kan føre til eller være et instrument for deling av markeder. Ved gjensidige avtaler der partene skal distribuere hverandres produkter, blir partene enige om å fordele markeder eller kundegrupper og utelukker dermed konkurransen seg imellom. Hovedspørsmålet ved vurderingen av en slik avtale, er om avtalen objektivt sett er nødvendig for at partene

skal kunne etablere seg på hverandres marked. Dersom svaret er ja, skaper avtalen ikke noen konkurransemessige problemer av horisontal art. Distribusjonsavtalen kan imidlertid komme inn under artikkel 53 nr. 1 dersom den inneholder vertikale begrensninger, slik som begrensninger med hensyn til passivt salg, fastsettelse av videresalgspriser osv. Dersom avtalen objektivt sett ikke er nødvendig for at partene skal kunne etablere seg på hverandres marked, kommer den inn under artikkel 53 nr. 1. Dersom avtalen ikke er gjensidig, er faren for deling av markedet mindre åpenbar. Det må imidlertid vurderes om den ensidige avtalen utgjør grunnlaget for en felles forståelse om ikke å etablere seg på hverandres markeder, eller om den er en måte å kontrollere tilgangen til eller konkurransen på det "importerende" markedet.

5.3.2. *Markedsmakt og markedsstruktur*

148. Som angitt ovenfor, vil avtaler som innebærer fastsettelse av priser, alltid komme inn under artikkel 53 nr. 1, uavhengig av partenes markedsmakt. Slike avtaler kan imidlertid unntas i henhold til artikkel 53 nr. 3, på de vilkårene som er beskrevet nedenfor.
149. Markedsføringsavtaler mellom konkurrenter som ikke innebærer fastsettelse av priser, kommer inn under artikkel 53 nr. 1 bare dersom avtalepartene har en viss grad av markedsmakt. I de fleste tilfeller er det usannsynlig at det foreligger markedsmakt dersom avtalepartene har en samlet markedsandel på under 15 %. På dette nivået er det under alle omstendigheter sannsynlig at avtalen oppfyller vilkårene for anvendelse av artikkel 53 nr. 3 beskrevet ovenfor.
150. Dersom partenes samlede markedsandel er større enn 15 %, må det vurderes hvilken innvirkning på markedet det er sannsynlig at avtalen om felles markedsføring har. I denne forbindelse vil markedskonsentrasjon såvel som markedsandeler være viktige faktorer. Jo mer konsentrert markedet er, desto nyttigere vil opplysninger om priser eller markedsføringsstrategi være for å redusere usikkerheten, og jo større grunn vil partene ha til å utveksle slik informasjon⁽⁴⁹⁾.

5.4. **Vurdering under artikkel 53 nr. 3**

5.4.1. *Økonomiske fordeler*

151. Hvilke effektivitetsgevinster som skal tas i betraktning ved vurderingen av om en avtale om felles markedsføring kan unntas, vil avhenge av virksomhetens art. Fastsettelse av priser er vanligvis ikke berettiget med mindre det er absolutt nødvendig for integrasjon av andre markedsføringsfunksjoner og denne integrasjonen vil skape vesentlige effektivitetsgevinster. Størrelsen på effektivitetsgevinstene som skapes, vil blant annet avhenge av den felles markedsføringens betydning for den samlede kostnadsstrukturen for vedkommende produkt. Felles distribusjon vil derfor lettere kunne skape betydelige effektivitetsgevinster for produsenter av konsumgoder som distribueres i vidt omfang, enn for produsenter av industriprodukter som kjøpes bare av et begrenset antall brukere.
152. I tillegg må de påståtte effektivitetsgevinstene ikke være innsparinger som bare skyldes en eliminering av kostnader som er en implisitt del av konkurransen, men være et resultat av integrasjon av økonomisk virksomhet. En reduksjon av transportkostnader som bare er et resultat av kundetildeling uten en integrasjon av logistikksystemet, kan derfor ikke anses for å være en effektivitetsgevinst som kan berettigede at avtalen gis unntak.
153. Påståtte effektivitetsgevinster må påvises. Et viktig element i denne forbindelse vil være at begge parter bidrar med betydelig kapital, teknologi eller andre aktiva. Kostnadsbesparelser gjennom redusert duplisering av ressurser og anlegg, kan også godtas. Dersom den felles markedsføringen derimot ikke utgjør annet enn et salgskontor uten investeringer, er det sannsynligvis et skjult kartell, og vilkårene i artikkel 53 nr. 3 vil ikke være oppfylt.

⁽⁴⁹⁾ Utveksling av sensitive og detaljerte opplysninger i et oligopolistisk marked, kan som sådan omfattes av artikkel 53 nr. 1. De europeiske fellesskaps domstols dom av 28. mai 1998 i "traktor"-sakene (C-8/95 P: New Holland Ford og C-7/95 P: John Deere) og førsteinstansdomstolens dom av 11. mars 1999 i "stålbjelke"-sakene (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) innebærer en nyttig avklaring i så måte.

5.4.2. Absolutt nødvendighet

154. En markedsføringsavtale kan ikke unntas dersom de pålegger begrensninger som ikke er absolutt nødvendige for å oppnå de ovennevnte fordeler. Som forklart ovenfor, er spørsmålet om absolutt nødvendighet særlig viktig for avtaler innebærer fastsettelse av priser eller deling av markeder.

5.4.3. Konkurransen utelukkes ikke

155. Unntak vil ikke være mulig dersom partene har mulighet til å utelukke konkurransen for en vesentlig del av de produkter det gjelder. Ved denne vurderingen kan partenes samlede markedsandeler betraktes som et utgangspunkt. Det må vurderes om disse markedsandelene er tegn på en dominerende stilling, og om det foreligger formildende omstendigheter som muligheter for nyetablering på markedet. Dersom et foretak som følge av en markedsføringsavtale er eller blir dominerende, kan en slik avtale som medfører konkurransebegrensninger i henhold til artikkel 53, i prinsippet ikke unntas.

5.5. Eksempler

156. Eksempel 1

Situasjon: Fem små næringsmiddelprodusenter, hver med en andel på 2 % av det samlede markedet for næringsmidler, blir enige om å slå sammen sine distribusjonssystemer, markedsføre seg under et felles varenavn, og selge sine produkter til samme pris. Dette innebærer betydelige investeringer i lagerbygninger, transport, annonsering, markedsføring og et salgsapparat. Det vil innebære en vesentlig reduksjon av kostnadsgrunnlaget, som vanligvis utgjør 50 % av utsalgsprisen, noe som gjør at de kan tilby et raskere, mer effektivt distribusjonssystem. Næringsmiddelprodusentenes kunder er store detaljistkjeder.

Tre store multinasjonale næringsmiddelgrupper dominerer markedet, og har en markedsandel hver på 20 %. Resten av markedet består av små, uavhengige produsenter. Avtalepartenes produktspektre overlapper hverandre på enkelte viktige området, men deres samlede markedsandel overstiger ikke 15 % på noe produktmarked.

Analyse: Avtalen innebærer fastsettelse av priser, og kommer dermed inn under artikkel 53 nr. 1, selv om avtalepartene ikke kan anses for å ha markedsrett. Integrasjonen av markedsføring og distribusjon synes imidlertid å gi en betydelig effektivitetsgevinst, som kommer kundene til gode både i form av bedre service og lavere kostnader. Spørsmålet er derfor om avtalen kan unntas i henhold til artikkel 53 nr. 3. For å få svar på dette spørsmålet, må det fastslås om prisfastsettelsen er absolutt nødvendig for integrasjonen av de øvrige markedsføringsfunksjonene og for at man skal oppnå økonomiske fordeler. I dette tilfellet kan prisfastsettelsen anses som absolutt nødvendig, ettersom kundene – store detaljistkjeder – ikke ønsker å operere med mange ulike priser. Den er også nødvendig fordi formålet med avtalen – et felles varenavn – bare kan oppfylles på en troverdig måte dersom all markedsføring, herunder pris, standardiseres. Ettersom partene ikke har markedsrett og avtalen skaper en betydelig effektivitetsgevinst, oppfyller den vilkårene i artikkel 53.

157. Eksempel 2

Situasjon: To kulelagerprodusenter med en markedsandel på 5 % hver oppretter et felles salgsforetak som skal markedsføre produktene, fastsette priser og tildele ordrer til morselskapene. De forbeholder seg retten til å selge utenfor dette systemet. Levering til kundene vil fortsatt skje direkte fra morselskapenes fabrikker. De påstår at dette vil skape en effektivitetsgevinst, ettersom det felles salgsapparatet kan demonstrere partenes produkter samtidig til samme kunde, og dermed fjerne kostbart dobbeltarbeid ved salgsframstøt. I tillegg vil fellesforetaket når det er mulig tildele ordrer til den nærmeste fabrikken, slik at transportkostnadene reduseres.

Analyse: Avtalen innebærer fastsettelse av priser, og kommer derfor inn under artikkel 53 nr. 1, selv om avtalepartene ikke kan anses for å ha markedsrett. Avtalen kan ikke unntas i henhold til artikkel 53 nr. 3, da de påståtte effektivitetsgevinstene bare er kostnadsreduksjoner som er et resultat av at konkurransen partene imellom er eliminert.

158. Eksempel 3

Situasjon: To leskedrikkprodusenter er aktive i to ulike, tilgrensende EØS-stater. Begge har en markedsandel på sitt hjemmemarked på 20 %. De blir enige om å distribuere hverandres produkter på de respektive geografiske markeder.

Begge markeder domineres av en stor, multinasjonal leskedrikkprodusent med en markedsandel på 50 % på hvert av markedene.

Analyse: Avtalen kommer inn under artikkel 53 nr. 1 dersom partene kan antas å være potensielle konkurrenter. Et svar på dette spørsmålet vil kreve en analyse av etableringshindringene på de respektive geografiske markedene. Dersom partene kunne ha etablert seg på hverandres marked uavhengig av hverandre, ville avtalen eliminert konkurransen dem imellom. Selv om partenes markedsandeler antyder at de kan ha en viss markedsrett, viser imidlertid en analyse av markedsstrukturen at dette ikke er tilfellet. I tillegg kommer den gjensidige distribusjonsavtalen kundene til gode, da den øker tilbudet av ulike produkter i hvert geografiske marked. Avtalen vil dermed kunne unntas selv om den blir ansett for å begrense konkurransen.

6. AVTALER OM STANDARDER

6.1. Definisjon

159. Standardiseringsavtaler har som sitt hovedmål å definere tekniske krav eller kvalitetskrav som eksisterende eller framtidige produkter, produksjonsprosesser eller metoder skal oppfylle⁽⁵⁰⁾. Standardiseringsavtaler kan gjelde ulike områder, som standardisering av ulike grader eller størrelser av et bestemt produkt eller tekniske spesifikasjoner i markeder der kompatibilitet og interoperabilitet med andre produkter eller systemer er av grunnleggende betydning. Villkårene for tilgang til et bestemt kvalitetsmerke eller godkjenning av en reguleringsmyndighet, kan også anses som en standard.
160. Standarder som gjelder yting av profesjonelle tjenester, som regler for adgang til å utøve et liberalt yrke, omfattes ikke av disse retningslinjer.

6.2. Relevante markeder

161. Standardiseringsavtaler kan ha innvirkning på tre mulige markeder, som vil bli definert i henhold til EFTAs overvåkningsorgans kunngjøring om markedsavgrensning. For det første kan de påvirke det eller de produktmarkeder som standardene gjelder. Standarder om helt nye produkter kan med hensyn til markedsavgrensning reise tilsvarende spørsmål som ved F&U-avtaler (se punkt 2.2). For det annet kan de påvirke tjenestemarkedet for standardisering, dersom det finnes ulike standardiseringsorganer eller -avtaler. For det tredje kan de påvirke markedet for prøving og sertifisering, dersom dette er relevant.

6.3. Vurdering under artikkel 53 nr. 1

162. Standardiseringsavtaler⁽⁵¹⁾ kan inngås enten mellom private foretak, eller fastsettes under ledelse av offentlige organer eller organer som er blitt tillagt oppgaven å utføre tjenester av allmenn økonomisk betydning, slik som standardiseringsorganene godkjent i henhold til rettsakten nevnt i

⁽⁵⁰⁾ Standardisering kan anta ulike former, fra vedtakelse av nasjonalt omforente standarder godkjent av de anerkjente europeiske eller nasjonale standardiseringsorganer, via ulike konsortia og fora, til avtaler mellom enkeltstående selskaper. Selv om standarder er definert snevert i EØS-retten, anser disse retningslinjer alle avtaler som definert i dette nr. for å være standarder.

⁽⁵¹⁾ I henhold til artikkel 4 nr. 2 punkt 3 i kapittel II i protokoll 4 til overvåknings- og domstolsavtalen, er det ikke nødvendig, men mulig, å melde avtaler som har utvikling eller ensartet anvendelse av standarder og typer som eneste formål, til EFTAs overvåkningsorgan.

nr. 1 i kapittel XIX i vedlegg II til EØS-avtalen (direktiv 98/34/EF⁽⁵²⁾). Disse organers arbeid er underlagt EØS-statenes forpliktelse om å sikre at konkurransen ikke vrís innenfor EØS.

6.3.1. *Avtalens art*

6.3.1.1. *Avtaler som ikke kommer inn under artikkel 53 nr. 1*

163. Dersom deltakelsen i standardiseringsarbeidet er ubegrenset og gjennomiktig, vil standardiseringsavtaler som definert ovenfor, som ikke inneholder en forpliktelse om å følge standarden eller som er deler av en mer omfattende avtale om å sikre produkters kompatibilitet, ikke begrense konkurransen. Dette gjelder vanligvis standarder vedtatt av de anerkjente standardiseringsorganer, og som er basert på ikke-diskriminerende, åpne og gjennomiktige prosedyrer.
164. Standarder som bare omfatter en ubetydelig del av det relevant marked, vil så lenge dette er tilfellet ikke begrense konkurransen merkbart. Dette gjelder også for avtaler mellom SMB om standardisering av formularer og vilkår for å legge inn fellesanbud, eller avtaler som standardiserer aspekter slik som mindre vesentlige egenskaper, formularer og rapporter, som bare har en ubetydelig innvirkning på de viktigste faktorene som påvirker konkurransen i de relevante markeder.

6.3.1.2. *Avtaler som nesten alltid kommer inn under artikkel 53 nr. 1*

165. Avtaler som benytter en standard som et virkemiddel innenfor rammen av en mer omfattende konkurransebegrensende avtale med det formål å stenge faktiske eller potensielle konkurrenter ute fra markedet, vil nesten alltid omfattes av artikkel 53 nr. 1. Et eksempel som hører under denne kategori, er en avtale der en nasjonal produsentsammenslutning definerer en standard og legger press på utenforstående for å få dem til å unnlate å markedsføre produkter som ikke er i samsvar med standarden.

6.3.1.3. *Avtaler som kan komme inn under artikkel 53 nr. 1*

166. Standardiseringsavtaler kan omfattes av artikkel 53 nr. 1 dersom de gir partene felles kontroll over produksjon og/eller nyskaping, og dermed begrenser deres mulighet til å konkurrere om egenskaper, samtidig som de påvirker tredjeparter slik som leverandører og kjøpere av de standardiserte produktene. Vurderingen av hver enkelt avtale må dels ta hensyn til standardens art og dens sannsynlige innvirkning på de aktuelle markeder, og dels se på omfanget av de eventuelle begrensninger som går ut over primærformålet med standardisering, som definert ovenfor.
167. Om en standardiseringsavtale begrenser konkurransen, avhenger av i hvilken grad partene fritt kan utvikle alternative standarder eller produkter som ikke er i samsvar med den avtalte standarden. Standardiseringsavtaler kan begrense konkurransen dersom de hindrer partene enten i å utvikle alternative standarder, eller i å markedsføre produkter som ikke er i samsvar med standarden. Avtaler som tillegger enkelte organer enerett til å prøve om et produkt er i samsvar med standarden, går ut over primærformålet med å definere standarden, og kan også begrense konkurransen. Avtaler som pålegger begrensninger med hensyn til samsvarsmerking, kan også begrense konkurransen, med mindre de er lovpålagt.

6.3.2. *Markedsmakt og markedsstrukturer*

168. Det at partene har store markedsandeler på det eller de berørte markeder, vil ikke nødvendigvis være et problem ved standardiseringsavtaler. En standards effektivitet er ofte proporsjonal med hvor stor del av bransjen som deltar i fastsettelsen og/eller anvendelsen av standarden. På den annen side kan standarder som ikke er tilgjengelige for tredjeparter, føre til forskjellsbehandling eller utestenging av disse, eller en deling av markeder i henhold til standardens geografiske

⁽⁵²⁾ Europaparlaments- og rådsdirektiv 98/34/EF av 22. juni 1998 om en informasjonsprosedyre for standarder og tekniske forskrifter (EFT L 204 av 21.7.1998, s. 37).

anvendelsesområde. Vurderingen av om avtalen begrenser konkurransen, vil derfor nødvendigvis, etter en konkret vurdering i det enkelte tilfelle, fokusere på i hvilken grad det er sannsynlig at slike etableringshindringer kan overvinnes.

6.4. Vurdering under artikkel 53 nr. 3

6.4.1. Økonomiske fordeler

169. EFTAs overvåkningsorgan er normalt positivt innstilt til avtaler som fremmer økonomisk integrasjon innenfor EØS eller som fremmer utviklingen av nye markeder og bedre leveringsbetingelser. For å oppnå slike økonomiske fordeler, må opplysningene som er nødvendige for å anvende standarden, være tilgjengelige for dem som ønsker å etablere seg på markedet, og en tilstrekkelig stor andel av bransjen må være involvert i standardiseringen på en gjennomiktig måte. Det er opp til partene å påvise at eventuelle begrensninger med hensyn til fastsettelsen, anvendelsen eller tilgangen til standarden medfører økonomiske fordeler.
170. For å oppnå tekniske eller økonomiske fordeler, må standarder ikke begrense nyskapingen. Dette vil først og fremst avhenge av de berørte produktenes levetid, sett i lys av markedets utviklingsstadium (sterkt voksende, voksende, stagnerende ...). Virkningene på nyskapingen må analyseres fra sak til sak. Partene kan også måtte godtgjøre at kollektiv standardisering er effektivitetsfremmende for forbruker når en ny standard kan medføre at eksisterende produkter blir utdatert unormalt raskt, uten å innebære ytterligere objektive fordeler.

6.4.2. Absolutt nødvendighet

171. Standarder vil etter sin art ikke omfatte alle mulige spesifikasjoner eller teknologier. I enkelte tilfeller vil det være nødvendig av hensyn til forbrukerne eller økonomien som helhet å operere med bare én teknologisk løsning. Denne standarden må imidlertid fastsettes på en ikke-diskriminerende måte. Ideelt sett burde standarder være teknologinøytrale. Under alle omstendigheter må det kunne begrunnes hvorfor én standard velges framfor en annen.
172. Alle konkurrenter på det eller de markeder som berøres av standarden, bør gis mulighet til å delta i drøftingene. Deltakelse i standardiseringsarbeid bør derfor være åpen for alle, med mindre partene påviser at dette kan medføre betydelig ineffektivitet, eller det er utarbeidet anerkjente framgangsmåter for å ivareta felles interesser, slik som i formelle standardiseringsorganer.
173. Som en generell regel bør det skilles klart mellom standardiseringsarbeidet og om nødvendig den tilknyttede F&U, og den kommersielle utnyttelsen av den aktuelle standarden. Standardiseringsavtaler bør ikke ha et videre omfang enn det som er nødvendig for å sikre at formålet med dem oppnås, uansett om dette er teknisk kompatibilitet eller et bestemt kvalitetsnivå. Det bør for eksempel påvises meget klart hvorfor det er absolutt nødvendig for å oppnå de økonomiske fordelene at en avtale om spredning av en standard i en bransje der bare én konkurrent tilbyr et alternativ, må pålegge avtalepartene å boikotte dette alternativet.

6.4.3. Konkurransen utelukkes ikke

174. Om en gruppe foretak som til sammen har en dominerende stilling fastsetter en privat standard, vil det på et visst tidspunkt med stor sannsynlighet føre til at det skapes en de facto-standard for bransjen. Det viktigste vil da være å sikre at disse standardene er så åpne som mulig, og at de anvendes på en klart ikke-diskriminerende måte. For å hindre at konkurransen i det eller de relevante markeder elimineres, må tredjeparter gis tilgang til standarden på vilkår som er rettferdige, rimelige og ikke-diskriminerende.
175. Dersom private organisasjoner eller grupper av foretak fastsetter en standard, eller dersom deres egen teknologi blir en de facto-standard, vil konkurransen begrenses dersom tredjeparter hindres tilgang til denne standarden.

6.5. Eksempler

176. Eksempel 1

Situasjon: EN 60603-7:1993 definerer kravene for kopling av fjernsynsapparater til bildeproduserende enheter som videomaskiner og videospill. Selv om standarden ikke er juridisk bindende, bruker i praksis både produsenter av fjernsynsapparater og av videospill standarden, ettersom markedet krever det.

Analyse: Det foreligger intet brudd på artikkel 53 nr. 1. Standarden er vedtatt av anerkjente standardiseringsorganer på nasjonalt, europeisk og internasjonalt nivå, gjennom åpne og gjennomsiktige prosedyrer, og bygger på nasjonal enighet som gjenspeiler produsentenes og forbrukernes standpunkt. Alle produsenter har mulighet til å benytte standarden.

177. Eksempel 2

Situasjon: Et antall produsenter av videokassetter blir enige om å utvikle et kvalitetsmerke eller en kvalitetsstandard for å angi at videokassetten oppfyller visse tekniske minstekrav. Produsentene kan fritt produsere videokassetter som ikke er i samsvar med standarden, og standarden er også tilgjengelig for andre produsenter.

Analyse: Forutsatt at avtalen ikke begrenser konkurransen på annen måte, foreligger det intet brudd på artikkel 53 nr. 1, da deltakelsen i fastsettelsen av standarden er ubegrenset og gjennomsiktig, og standardiseringsavtalen ikke inneholder noe pålegg om å følge standarden. Dersom partene hadde blitt enige om bare å produsere videokassetter som oppfyller kravene i den nye standardene, ville avtalen begrense den tekniske utvikling og hindre partene i å selge ulike produkter, noe som ville være i strid med artikkel 53 nr. 1.

178. Eksempel 3

Situasjon: En gruppe konkurrenter som er aktive på ulike gjensidig avhengige markeder for kompatible produkter, og som har over 80 % av de relevante markedene, blir enige om sammen å utvikle en ny standard som skal lanseres i konkurranse med andre standarder som allerede finnes på markedet, og som brukes i stor utstrekning av deres konkurrenter. De ulike produktene som skal oppfylle kravene i den nye standarden, vil ikke være kompatible med eksisterende standarder. På grunn av de betydelige investeringskostnadene som kreves for å legge om og opprettholde produksjonen under den nye standarden, blir partene enige om å reservere en bestemt del av salget til produkter som oppfyller kravene i den nye standarden, slik at det skapes en "kritisk masse" i markedet. De blir også enige om å begrense den individuelle produksjonsmengden av produkter som ikke oppfyller kravene i standarden, til nivået for det foregående året.

Analyse: På grunn av partenes markedsmakt og de avtalte produksjonsbegrensningene, kommer denne avtalen inn under artikkel 53 nr. 1, og vil sannsynligvis ikke kunne oppfylle kravene i nr. 3, med mindre andre leverandører som ønsker å konkurrere, gis tilgang til teknisk informasjon på rimelige og ikke-diskriminerende vilkår.

7. MILJØAVTALER

7.1. Definisjon

179. Miljøavtaler⁽⁵³⁾ er avtaler der partene påtar seg å redusere forurensning, som definert i miljøvernlovgivningen, eller andre miljøvernmål, særlig de mål som er angitt i EØS-avtalens

⁽⁵³⁾ Uttrykket "avtale" er brukt i den betydningen som er definert av De europeiske fellesskaps domstol og førsteinstansdomstolen i rettspraksis om EF-traktatens artikkel 81. Det tilsvarer ikke nødvendigvis definisjonen av en "avtale" i dokumenter om miljøspørsmål slik som Europakommisjonens melding om miljøavtaler COM(96) 561, endelig versjon, av 27.11.1996, relevant for EØS i henhold til artikkel 3 nr. 1 i protokoll 31 til EØS-avtalen.

artikkel 73. De mål eller tiltak som avtales, må derfor knyttes direkte til reduksjon av et forurensende stoff eller en type avfall identifisert som sådant i relevante rettsakter⁽⁵⁴⁾. Dette utelukker avtaler som medfører redusert forurensning som et biprodukt av andre tiltak.

180. Miljøavtaler kan inneholde standarder med miljøkrav til produkter (innsatsvarer eller ferdige varer) eller produksjonsprosesser⁽⁵⁵⁾. Andre mulige typer kan være avtaler i samme omsetningsledd, der partene sammen skal sikre oppfyllelsen av et miljømål, som for eksempel resirkulering av visse materialer, begrensning av utslipp eller økt energieffektivitet.
181. I mange EØS-stater er det innført omfattende ordninger for å oppfylle miljøkrav om tilbakelevering eller resirkulering, som gjelder for hele bransjer. Slike ordninger omfatter vanligvis et sett med avtaler, der enkelte kan være horisontale og andre vertikale. I den grad slike avtaler inneholder vertikale begrensninger, omfattes de ikke av disse retningslinjer.

7.2. Relevante markeder

182. Virkningene må vurderes for de markeder som avtalen omhandler, og som avgrenses i henhold til kunngjøringen om avgrensning av det relevante markedet med henblikk på konkurransen i EØS. Dersom det forurensende stoffet ikke selv er et produkt, utgjør det relevante markedet for det produktet som det forurensende stoffet innlemmes i. For avtaler om innsamling/resirkulering, må ikke bare virkningen på det eller de markeder der partene er aktive som produsenter eller distributører vurderes, men også virkningene på markedet for innsamling som vedkommende produkt vil kunne omfattes av.

7.3. Vurdering under artikkel 53 nr. 1

183. Enkelte miljøavtaler kan være støttet eller gjort obligatoriske av statlige myndigheter gjennom utøvelse av deres statlige prerogativer. Disse retningslinjer omhandler ikke spørsmålet om hvorvidt slik statlig innblanding er i samsvar med avtalepartenes forpliktelser under EØS-avtalen. De omhandler bare vurderingen av om avtalen er i samsvar med artikkel 53.

7.3.1. Avtalens art

7.3.1.1. Avtaler som ikke kommer inn under artikkel 53 nr. 1

184. Enkelte miljøavtaler vil sannsynligvis ikke komme inn under artikkel 53 nr. 1, uavhengig av partenes samlede markedsandel.
185. Dette kan være tilfellet dersom ingen presise individuelle forpliktelser pålegges partene, eller dersom de bare er løselig forpliktet til å bidra til å nå et bransjeomfattende miljømål. I sistnevnte tilfelle vil vurderingen fokusere på partenes valgfrihet med hensyn til de virkemidler som fra teknisk og økonomisk synspunkt er tilgjengelige for å nå det avtalte miljømålet. Jo mer varierte slike virkemidler er, jo mindre vil de potensielle konkurransebegrensende virkningene være.
186. På lignende måte vil avtaler som definerer miljøkrav for produkter eller prosesser som ikke merkbart påvirker produkt- og produksjonsmangfoldet på det relevante marked, eller som har marginal betydning for innkjøpsbeslutninger, ikke komme inn under artikkel 53 nr. 1. Dersom enkelte typer av et produkt forbyes eller gradvis fjernes fra markedet, kan begrensningene ikke anses som merkbare dersom produktene det gjelder har en liten markedsandel på det relevante geografiske marked eller, for markeder som omfatter hele EØS-området, i alle EØS-stater.
187. Til slutt vil avtaler som fører til at det skapes helt nye markeder, for eksempel resirkuleringsavtaler, vanligvis ikke begrense konkurransen, forutsatt at og så lenge partene ikke ville være i stand til å utføre oppgavene hver for seg, og så lenge det ikke eksisterer andre alternativer og/eller konkurrenter.

⁽⁵⁴⁾ For eksempel kan en nasjonal avtale om gradvis å fjerne et forurensende stoff eller avfallsstoff identifisert som sådant i relevante EØS-rettsakter, ikke sidestilles med en kollektiv boikott av et produkt som er i fritt omløp innenfor EØS.

⁽⁵⁵⁾ I den grad enkelte miljøavtaler kan sidestilles med standardiseringsavtaler, er de omfattet av de samme vurderingsprinsippene for standardiseringsavtaler.

7.3.1.2. *Avtaler som nesten alltid kommer inn under artikkel 53 nr. 1*

188. Miljøavtaler kommer inn under artikkel 53 nr. 1 etter sin art dersom samarbeidet ikke egentlig har miljømessige mål, men tjener som et middel til deltakelse i et skjult kartell, dvs. ellers forbudt fastsettelse av priser, begrensningen av produksjonen eller deling av markeder, eller dersom samarbeidet brukes som et virkemiddel innenfor rammen av en mer omfattende konkurransebegrensende avtale med det formål å stenge faktiske eller potensielle konkurrenter ute fra markedet.

7.3.1.3. *Avtaler som kan komme inn under artikkel 53 nr. 1*

189. Miljøavtaler som omfatter en stor del av en bransje på nasjonalt plan eller på EØS-nivå, vil sannsynligvis omfattes av artikkel 53 nr. 1 dersom de merkbart begrenser partenes mulighet til selv å bestemme produktenes egenskaper eller produksjonsmåter, og dermed gir dem innflytelse over hverandres produksjon eller salg. I tillegg til begrensninger mellom partene, kan en miljøavtale også redusere eller i vesentlig grad påvirke tredjeparters produksjon, det være seg leverandører eller avtakere.
190. For eksempel kan miljøavtaler som gradvis fjerner eller i vesentlig grad påvirker en stor del av partenes salg med hensyn til deres produkter eller produksjonsprosesser, komme inn under artikkel 53 nr. 1 når partene har en betydelig markedsandel. Det samme gjelder avtaler om tildeling av individuelle foreureningskvoter.
191. På lignende måte kan avtaler der parter med betydelige markedsandeler på en vesentlig del av det territorium som omfattes av EØS-avtalen, utpeker et foretak som eneleverandør av innsamlings- og/eller resirkuleringstjenester for deres produkter, også begrense konkurransen merkbart, forutsatt at det finnes andre faktiske eller potensielle tjenesteytere.

7.4. Vurdering under artikkel 53 nr. 3

7.4.1. *Økonomiske fordeler*

192. EFTAs overvåkningsorgan er positivt innstilt til bruk av miljøavtaler som et politisk virkemiddel for å nå de målene som er nedfelt i EØS-avtalens artikkel 1 og artikkel 73, såvel som handlingsprogrammer for miljøet⁽⁵⁶⁾, forutsatt at slike avtaler ikke er i strid med konkurransereglene⁽⁵⁷⁾.
193. Miljøavtaler som omfattes av artikkel 53 nr. 1, kan medføre økonomiske fordeler som, for den enkelte forbruker eller forbrukerne som helhet, oppveier de negative virkningene på konkurransen. For å oppfylle dette vilkåret, må nettovirkningen av avtalen være positiv i form av et redusert press på miljøet sammenlignet med en situasjon hvor ingen tiltak iverksettes. Med andre ord må de forventede økonomiske fordelene være større enn kostnadene⁽⁵⁸⁾.
194. Slike kostnader omfatter virkningene av en redusert konkurranse sammen med markedsdeltakernes kostnader ved å oppfylle miljømålene og/eller virkninger for tredjeparter. Fordelene kan vurderes i to trinn. Dersom avtalen kommer de enkelte forbrukere til gode i løpet av en rimelig tilbakebetalingstid, er det ikke nødvendig å fastslå objektivt de samlede miljømessige fordelene. Ellers kan det være nødvendig å foreta en nytte- og kostnadsanalyse for å vurdere om det, under rimelige forutsetninger, er sannsynlig at forbrukerne i sin alminnelighet vil oppnå netto fordeler.

⁽⁵⁶⁾ Handlingsprogrammer for miljøet utarbeidet av Det europeiske fellesskap, er relevante for EØS i henhold til artikkel 3 nr. 1 i protokoll 31 til EØS-avtalen.

⁽⁵⁷⁾ Se Europakommisjonens melding om miljøavtaler COM(96) 561, endelig versjon, av 27.11.1996, nr. 27-29 og artikkel 3 nr. 1 i den tredje rettsakten nevnt i artikkel 3 nr. 1 i protokoll 31 til EØS-avtalen (Europaparlaments- og rådsbeslutning nr. 2179/98/EF av 24. september 1998 om revisjon av Det europeiske fellesskaps program for politikk og tiltak på området miljø og bærekraftig utvikling, "Mot en bærekraftig utvikling" (EFT L 275 av 10.10.1998, s. 1)). Meldingen inneholder en sjekkliste for miljøavtaler, som fastsetter hvilke elementer slike avtaler vanligvis skal inneholde. Listen gir også nyttig veiledning innenfor rammen av EØS-avtalens artikkel 53.

⁽⁵⁸⁾ Dette er i samsvar med kravet om at det skal tas hensyn til potensielle fordeler og ulemper ved tiltak eller mangel på tiltak vedtatt i artikkel 7 bokstav d) i den tredje rettsakten nevnt i artikkel 3 nr. 1 i protokoll 31 til EØS-avtalen (Europaparlaments- og rådsbeslutning nr. 2179/98/EF av 24. september 1998 om revisjon av Det europeiske fellesskaps program for politikk og tiltak på området miljø og bærekraftig utvikling, "Mot en bærekraftig utvikling" (EFT L 275 av 10.10.1998, s. 1)).

7.4.2. *Absolutt nødvendighet*

195. Jo mer objektivt en miljøavtales økonomiske effektivitetsgevinster påvises, desto klarere kan hver bestemmelse anses som nødvendig for at det miljømessige målet skal kunne oppnås innenfor rammen av de økonomiske forutsetninger.
196. En objektiv vurdering av bestemmelser som ved første øyekast ikke kan anses for å være absolutt nødvendige, må underbygges av en nytte- og kostnadsanalyse som viser at alternative måter å nå de forventede miljømessige fordelene på, ville koste mer økonomisk eller finansielt, under rimelige forutsetninger. For eksempel bør det vises meget tydelig at en generell avgift som illegges uavhengig av individuelle utgifter til avfallsinnsamling, er absolutt nødvendig for å få et bransjeomfattende innsamlingsystem til å fungere.

7.4.3. *Konkurransen utelukkes ikke*

197. Uavhengig av de miljømessige og økonomiske gevinster og nødvendigheten av de planlagte bestemmelsene, må avtalen ikke utelukke konkurransen med hensyn til produkt- eller prosessdifferensiering, teknologisk nyskaping eller markedsetablering på kort eller eventuelt på mellomlang sikt. Dersom man eksempelvis gir en innsamlings-/resirkuleringsbedrift enerett til å samle inn avfall og denne har potensielle konkurrenter, bør det ved fastsettelsen av varigheten av en slik rettighet tas hensyn til at en alternativ tjenesteleverandør vil kunne tiltre markedet.

7.5. **Eksempler**

198. Eksempel

Situasjon: Nær sagt alle EØS-produsenter og -importører av et bestemt husholdningsapparat (f.eks. vaskemaskiner) blir, med støtte fra et offentlig organ, enige om ikke lenger å produsere og importere til EØS produkter som ikke oppfyller visse miljøkrav (f.eks. til energieffektivitet). Partene har til sammen 90 % av EØS-markedet. Produktene som på denne måten skal fases ut av markedet, står for en betydelig andel av det samlede salget. De vil bli erstattet av mer miljøvennlige, men også dyrere produkter. Videre vil avtalen indirekte redusere tredjeparters produksjon (f.eks. kraftselskaper, leverandører av deler til produktene som skal fases ut).

Analyse: Avtalen gir partene kontroll over egen individuell produksjon og import, og berører en merkbar andel av deres salg og samlede produksjon, mens den også reduserer tredjeparters produksjon. Forbrukernes valgmuligheter, som delvis er innrettet mot produktets miljøegenskaper, blir redusert, og prisene vil trolig stige. Avtalen vil derfor omfattes av artikkel 53 nr. 1. Det at et offentlig organ er involvert, er irrelevant for denne vurderingen.

Nyere produkter er imidlertid teknisk sett mer avanserte, og når miljøproblemet man indirekte fokuserer på (utslipp i forbindelse med produksjon av elektrisk kraft) reduseres, vil ikke dette nødvendigvis forårsake eller forsterke et annet miljøproblem, eller et eksisterende miljøproblem vil ikke nødvendigvis bli større (f.eks. vannforbruk, bruk av vaskemidler). Avtalens nettobidrag til forbedring av miljøsituasjonen generelt oppveier ulempen med økte kostnader. Videre vil individuelle kjøpere av dyrere produkter også raskt tjene inn kostnadsøkningen, da de mer miljøvennlige produktene medfører lavere driftsutgifter. Det påvises at andre alternativer til avtalen er mindre sikre og mindre kostnadseffektive når det gjelder å oppnå de samme nettofordelene. Økonomisk sett har partene ulike tekniske midler til rådighet for produksjon av produkter som oppfyller de avtalte miljøkriteriene, og det vil fremdeles være konkurranse om andre produkttegenskaper. Vilårene for unntak i henhold til artikkel 53 nr. 3, er derfor oppfylt.