

EFTA-STOFNANIR

EFTIRLITSSTOFNUN EFTA

ORÐSENDING FRÁ EFTIRLITSSTOFNUN EFTA

2007/EES/42/01

Tilkynning

Leiðbeiningar um beitingu 3. mgr. 53. gr. EES-samningsins

- A. Þessi tilkynning er gefin út í samræmi við ákvæði samningsins um Evrópskt efnahagssvæði (er nefnist hér á eftir „EES-samningurinn“) og samnings milli EFTA-rikkjana um stofnun eftirlitsstofnunar og dómstóls (er nefnist hér á eftir „samningurinn um eftirlitsstofnun og dómstól“).
- B. Framkvæmdastjórn Evrópubandalaganna (er nefnist hér á eftir „framkvæmdastjórnin“) hefur gefið út tilkynningu með heitinu „Leiðbeiningar um beitingu 3. mgr. 81. gr. sáttmálans“⁽¹⁾. Sú gerð er ekki bindandi en hefur að geyma sjónarmið sem framkvæmdastjórnin styðst við í tengslum við beitingu skilyrða fyrir undanþágu sem er að finna í 3. mgr. 81. gr. EB-sáttmálans.
- C. Það er álit Eftirlitsstofnunar EFTA að ofangreind gerð varði Evrópska efnahagssvæðið. Tilkynning þessi er gefin út í því skyni að viðhalda jafngildum samkeppnisskilyrðum og tryggja að samkeppnisreglum EES-samningsins sé beitt með sama hætti á öllu Evrópska efnahagssvæðinu. Byggt er á valdheimildum Eftirlitsstofnunar EFTA samkvæmt b-lið 2. mgr. 5. gr. samningsins um eftirlitsstofnun og dómstól. Stofnunin mun styðjast við sjónarmið og reglur, sem mælt er fyrir um í tilkynningunni, þegar viðeigandi reglum EES-samningsins er beitt í einstökum málum⁽²⁾.
- D. Tilkynning þessi hefur einkum þann tilgang að skýra túlkun Eftirlitsstofnunar EFTA á skilyrðum fyrir undanþágu sem er að finna í 3. mgr. 53. gr. EES-samningsins og veita leiðsögn um hvernig stofnunin hyggst beita ákvæðum 53. gr. í einstökum málum.
- E. Tilkynningin varðar mál sem falla undir lögsögu eftirlitsstofnunarinnar samkvæmt 56. gr. EES-samningsins.

1. INNGANGUR

1. Í 3. mgr. 53. gr. EES-samningsins er að finna undanþáguákvæði sem ver fyrirtæki gegn því að teljast hafa brotið gegn 1. mgr. 53. gr. samningsins. Samningar, ákvarðanir samtaka fyrirtækja og samstilltar aðgerðir⁽³⁾, sem falla undir ákvæði 1. mgr. 53. gr. en fullnægja skilyrðum 3. mgr. sömu greinar, hafa fullt gildi og réttaráhrif án þess að fyrst þurfi að koma til ákvörðun um það.
2. Ákvæðum 3. mgr. 53. gr. má beita í einstökum málum eða gagnvart flokkum samninga og samstilltra aðgerða á grundvelli gerða sem samsvara hópundanþágureglugerðum Evrópubandalaganna, sbr. XIV. viðauka við EES-samninginn (og nefnast hér á eftir „hópundanþágur“). Ákvæði II. kafla bókunar 4 við samninginn um eftirlitsstofnun og dómstól (er nefnist hér á eftir „II. kafli“) ⁽⁴⁾ breyta engu um gildi eða lagalegt eðli hópundanþágnanna. Allar gildandi hópundanþágur halda fullu gildi og samningar, sem falla undir hópundanþágur, hafa fullt lagalegt gildi og réttaráhrif enda þótt þeir takmarki samkeppni í skilningi 1. mgr. 53. gr. Slíka samninga er aðeins unnt að banna með tilliti til framkvæmdar þeirra í framtíðinni og aðeins með því að Eftirlitsstofnun EFTA, eða samkeppnisyrivald í EFTA-ríki, afturkalli hópundanþáguna formlega. ⁽⁵⁾ Landsdómstólar geta ekki dæmt samninga, sem falla undir hópundanþágu, ógilda á grundvelli einkamáls.

⁽¹⁾ Stjtið. ESB C 101, 27.4.2004, bls. 97.

⁽²⁾ Í einstökum málum, sem falla undir ákvæði 53. og 54. gr. EES-samningsins, skipta Eftirlitsstofnun EFTA og framkvæmdastjórnin með sér lögsögu í samræmi við reglurnar sem mælt er fyrir um í 56. gr. EES-samningsins. Hvert einstakt mál getur aðeins fallið undir lögsögu annarrar þessara tveggja eftirlitsstofnana.

⁽³⁾ Hugtakið „samningur“ tekur hér einnig til samstilltra aðgerða og ákvarðana samtaka fyrirtækja.

⁽⁴⁾ Eftir að samningur um breytingu á bókun 4 við samning milli EFTA-rikkjana um stofnun eftirlitsstofnunar og dómstóls frá 24. september 2004 hefur öðlast gildi mun II. kafli bókunar 4 við samninginn um eftirlitsstofnun og dómstól endurspegla að verulegu leyti í EFTA-stoðinni reglugerð ráðsins (EB) nr. 1/2003 (Stjtið. EB L 1, 4.1.2003, bls. 1).

⁽⁵⁾ Sjá 36. mgr. hér á eftir.

3. Í gildandi leiðbeiningum um lóðréttar takmarkanir, lárétta samstarfssamninga og samninga um miðlun tækniþekkingar ⁽⁶⁾ er fjallað um beitingu 53. gr. gagnvart mismunandi tegundum samninga og samstilltra aðgerða. Tilgangur þeirra leiðbeininga er að skýra túlkun Eftirlitsstofnunar EFTA á þeim efnislegu matsviðmiðum sem beitt er gagnvart mismunandi tegundum samninga og aðgerða.
4. Í leiðbeiningunum, sem hér eru birtar, er skýrð túlkun Eftirlitsstofnunar EFTA á skilyrðum fyrir undanþágu sem er að finna í 3. mgr. 53. gr. EES-samningsins. Þær veita þannig leiðsögn um hvernig stofnunin hyggst beita ákvæðum 53. gr. í einstökum málum. Leiðbeiningunum er einnig ætlað að leiðbeina dómstólum og stjórnvöldum í EFTA-ríkjunum um beitingu 1. og 3. mgr. 53. gr. EES-samningsins, enda þótt þær séu ekki bindandi fyrir þessi yfirvöld.
5. Í leiðbeiningunum er að finna greiningarreglur sem farið er eftir við beitingu 3. mgr. 53. gr. Tilgangurinn er að koma upp aðferðakerfi sem nýtist við beitingu þessa ákvæðis. Þetta aðferðakerfi byggist á hagfræðilegri nálgun af því tagi sem þegar hefur verið kynnt og útfært í leiðbeiningum um lóðréttar takmarkanir, lárétta samstarfssamninga og samninga um miðlun tækniþekkingar. Eftirlitsstofnun EFTA hyggst einnig beita þessum leiðbeiningum, sem hafa að geyma ítarlegri leiðsögn um beitingu hinna fjögurra skilyrða 3. mgr. 53. gr. en leiðbeiningarnar um lóðréttar takmarkanir, lárétta samstarfssamninga og samninga um miðlun tækniþekkingar, gagnvart samningum sem falla undir þær leiðbeiningar.
6. Reglum, sem settar eru í þessum leiðbeiningum, skal beitt með hliðsjón af sérstökum aðstæðum í hverju máli. Vélræn beiting reglnanna kemur því ekki til greina. Leggja verður mat á hvert mál í samræmi við staðreyndir þess og beita leiðbeiningunum á skynsamlegan og sveigjanlegan hátt.
7. Þessar leiðbeiningar endurspeglar í mörgum atriðum núverandi stöðu dómaframkvæmdar EFTA-dómstólsins auk dómaframkvæmdar Dómstóls Evrópubandalaganna í tengslum við samsvarandi ákvæði í EB-sáttmálanum ⁽⁷⁾. Eftirlitsstofnun EFTA hyggst þó einnig skýra stefnu sína að því er varðar atriði sem ekki hefur verið tekið á í dómaframkvæmd eða geta þarfnast túlkunar. Engu að síður er afstaða eftirlitsstofnunarinnar háð fyrirvara um dómaframkvæmd EFTA-dómstólsins, Evrópudómstólsins og undirréttar Evrópubandalaganna að því er varðar túlkun 1. og 3. mgr. 53. gr. og túlkun EFTA-dómstólsins og dómstóla Evrópubandalaganna á þessum ákvæðum í framtíðinni.

2. ALMENNT LAGAUMHVERFI 53. GR. EES-SAMNINGSINS

2.1 Ákvæði EES-samningsins

8. Samkvæmt 1. mgr. 53. gr. EES-samningsins eru óheimilir hvers kyns samningar milli fyrirtækja, ákvarðanir samtaka fyrirtækja og samstilltar aðgerðir sem geta haft áhrif á viðskipti milli samningsaðila ⁽⁸⁾ og hafa að markmiði eða af þeim leiðir að komið sé í veg fyrir samkeppni, hún sé takmörkuð eða henni raskað ⁽⁹⁾.
9. Undanþágu frá þessari reglu er að finna í 3. mgr. 53. gr., en þar er kveðið á um að ákveða megi að banninu í 1. mgr. 53. gr. verði ekki beitt þegar um ræðir samninga sem stuðla að bættri framleiðslu eða vörudreifingu eða efla tæknilegar og efnahagslegar framfarir, enda sé neytendum veitt sanngjörn hlutdeild í þeim ávinningi sem af þeim hlýst, án þess að í þeim séu fölgjar samkeppnishömlur sem eru óþarfar til að hinum settu markmiðum verði náð, og án þess að fyrirtækjunum sé gefið færi á að koma í veg fyrir samkeppni að því er varðar verulegan hluta framleiðsluvaranna sem um er að ræða.

⁽⁶⁾ Sjá tilkynningu Eftirlitsstofnunar EFTA um leiðbeiningar um lóðréttar takmarkanir (Stjtið. EB C 122, 23.5.2002, bls. 1, og EES-viðbætur við Stjtið. EB nr. 26, 23.5.2002, bls. 7), tilkynningu Eftirlitsstofnunar EFTA um leiðbeiningar um gildi [sic] 53. gr. EES-samningsins gagnvart lárétum samstarfssamningum (Stjtið. EB C 266, 31.10.2002, bls. 1, og EES-viðbætur við Stjtið. EB nr. 55, 31.10.2002, bls. 1) og tilkynningu Eftirlitsstofnunar EFTA um leiðbeiningar um beitingu 53. gr. EES-samningsins gagnvart samningum um miðlun tækniþekkingar, ósamþykktar enn sem komið er.

⁽⁷⁾ Í 6. gr. EES-samningsins er kveðið á um að með fyrirvara um þróun dómsúrlausna í framtíðinni beri við framkvæmd og beitingu ákvæða EES-samningsins að túlka þau ákvæði, sem séu efnislega samhljóða samsvarandi reglum stofnsáttmála Evrópubandalagsins og stofnsáttmála Kola- og stálbandalagsins og gerðum sem samþykktar hafa verið vegna beitingar þessara tveggja sáttmála, í samræmi við þá dóma Dómstóls Evrópubandalaganna sem máli skipta og kveðnir hafa verið upp fyrir undirritunardag EES-samningsins. Af ákvæðum 2. mgr. 3. gr. samningsins um eftirlitsstofnun og dómstól leiðir að Eftirlitsstofnun EFTA og EFTA-dómstólnum ber að taka tilhlýðilegt tillit til þeirra lagasjónarmiða sem fram koma í þeim dómum Dómstóls Evrópubandalaganna sem máli skipta og kveðnir eru upp eftir undirritunardag EES-samningsins.

⁽⁸⁾ Fjallað er um hugtakið áhrif á viðskipti milli aðildarríkja EES-samningsins í sérstökum leiðbeiningum, sjá leiðbeiningar Eftirlitsstofnunar EFTA um hugtakið áhrif á viðskipti eins og það er notað í 53. og 54. gr. EES-samningsins, Stjtið. ESB C 291, 30.11.2006, bls. 46, og EES-viðbætur við Stjtið. ESB nr. 59, 30.11.2006, bls. 18.

⁽⁹⁾ Í því sem hér fer á eftir vísar hugtakið „hömlur“ bæði til þess að koma í veg fyrir samkeppni og raska henni.

10. Í 1. mgr. 1. gr. II. kafla er lagt bann við samningum, sem falla undir 1. mgr. 53. gr. EES-samningsins og uppfylla ekki skilyrði 3. mgr. þeirrar greinar, án þess að sérstök ákvörðun þess efnis þurfi að koma til ⁽¹⁰⁾. Samkvæmt 2. mgr. 1. gr. II. kafla er ekki lagt bann við samningum, sem falla undir 1. mgr. 53. gr. EES-samningsins og uppfylla skilyrði 3. mgr. þeirrar greinar, án þess að sérstök ákvörðun þess efnis þurfi að koma til. Slíkir samningar hafa fullt gildi og réttaráhrif frá þeirri stundu sem skilyrðum 3. mgr. 53. gr. er fullnægt og jafnlengi og svo er.
11. Mat á grundvelli 53. gr. fer fram í tvennu lagi. Í fyrsta lagi þarf að meta hvort samningur milli fyrirtækja, sem getur haft áhrif á viðskipti milli aðildarríkja EES-samningsins, hafi það markmið að hamla samkeppni eða hafi raunveruleg eða hugsanleg áhrif í þá átt ⁽¹¹⁾. Síðari áfanginn, sem aðeins skiptir máli ef sú niðurstaða er fengin að samningur sé samkeppnishamlandi, er í því fölginn að ákvarða samkeppnisörvandi áhrif samningsins og meta hvort þau vegi upp samkeppnishamlandi áhrif hans. Þegar samkeppnishamlandi og samkeppnisörvandi áhrif eru vegin saman er að öllu leyti farið eftir reglunum sem mælt er fyrir um í 3. mgr. 53. gr. ⁽¹²⁾.
12. Til þess að unnt sé að meta jákvæð mótvægisáhrif á grundvelli 3. mgr. 53. gr. er nauðsynlegt að ákvarða fyrst samkeppnishamlandi einkenni og áhrif samningsins. Til þess að sýna ákvæði 3. mgr. 53. gr. í réttu samhengi er rétt að gera stutta grein fyrir markmiði og helsta inntaki bannákvæðisins í 1. mgr. 53. gr. Í leiðbeiningum Eftirlitsstofnunar EFTA um lóðréttar takmarkanir, lárétta samstarfs-samninga og samninga um miðlun tækniþekkingar ⁽¹³⁾ er að finna viðtæka leiðsögn um beitingu 1. mgr. 53. gr. gagnvart mismunandi tegundum samninga. Í þessum leiðbeiningum er því aðeins farið yfir helstu þætti greiningarreglna sem farið er eftir við beitingu 1. mgr. 53. gr.

2.2 Bannákvæði 1. mgr. 53. gr.

2.2.1 *Almenn atriði*

13. Markmiðið að baki 53. gr. er að verja samkeppni á markaðnum í því skyni að bæta hag neytenda og tryggja hagkvæma ráðstöfun framleiðsluþátta. Samkeppni og samþætting markaða þjóna þessum markmiðum á þann hátt að með því að koma upp og viðhalda hinu opna Evrópska efnahagssvæði er stuðlað að hagkvæmri ráðstöfun framleiðsluþátta á öllu svæðinu sem EES-samningurinn tekur til, í þágu neytenda.
14. Bannákvæði 1. mgr. 53. gr. tekur til samkeppnishamlandi samninga og samstilltra aðgerða fyrirtækja og ákvarðana samtaka fyrirtækja að því marki sem slíkt getur haft áhrif á viðskipti milli aðildarríkja EES-samningsins. Meðal grundvallarsjónarmiða að baki 1. mgr. 53. gr. er að hver atvinnurekandi verði að móta sjálfstætt þá stefnu sem hann hyggst fylgja á markaði ⁽¹⁴⁾. „Samningar“, „ákvæðanir“ og „samstilltar aðgerðir“ eru hugtök úr EES-rétti sem gera kleift að greina milli einhliða hegðunar fyrirtækis og samhæfingar á athæfi eða samráðs milli fyrirtækja ⁽¹⁵⁾. Einhliða hegðun fellur aðeins undir ákvæði 54. gr. EES-samningsins að því er varðar samkeppnisrétt EES. Við þetta bætist að samleitnisreglan, sem sett er í 2. mgr. 3. gr. II. kafla, gildir ekki um einhliða hegðun. Það ákvæði gildir eingöngu um samninga, ákvarðanir og samstilltar aðgerðir sem geta haft áhrif á viðskipti milli aðildarríkja EES-samningsins. Samkvæmt 2. mgr. 3. gr. er óheimilt að banna slíka samninga, ákvarðanir og samstilltar aðgerðir samkvæmt samkeppnislögum í einstöku ríki ef ekki er lagt bann við þeim í 53. gr. Ákvæði 3. gr. II. kafla gilda með fyrirvara um þá grundvallarreglu að komi til árekstra milli innleiddra EES-reglna og ákvæða

⁽¹⁰⁾ Samkvæmt 2. mgr. 53. gr. eru slíkir samningar sjálfkrafa ógildir.

⁽¹¹⁾ Ákvæði 1. mgr. 53. gr. banna bæði raunveruleg og hugsanleg samkeppnishamlandi áhrif, sjá í þessu tilliti mál C-7/95 P, John Deere, [1998] ECR I-3111, 77. mgr.

⁽¹²⁾ Sjá mál T-65/98, Van den Bergh Foods, (óbirt að svo stöddu), 107. mgr., og mál T-112/99, Métropole télévision (M6) og fleiri, [2001] ECR II-2459, 74. mgr., en þar var niðurstaða undirréttar EB á þá leið að samkeppnisörvandi og samkeppnishamlandi hliðar á hömlum skuli aðeins vegnar og metnar samkvæmt íturstu ákvæðum 3. mgr. 81. gr. EB-sáttmálans.

⁽¹³⁾ Sjá 6. nmgr. hér á undan.

⁽¹⁴⁾ Sjá t.d. mál C-49/92 P, Anic Partecipazioni, [1999] ECR I-4125, 116. mgr., og sameinuð mál 40/73 til 48/73 og fleiri, Suiker Unie, [1975] ECR 1663, 173. mgr. Sjá einnig í þessu tilliti mál E-3/97, Jan og Kristian Jæger AS og Opel Norge AS, skýrsla EFTA-dómstólsins [1998] bls. 1.

⁽¹⁵⁾ Sjá dóm í máli E-3/97 sem vísað er til í undanfarandi neðanmálsgrein, og einnig í þessu tilliti 108. mgr. dóms í Anic Partecipazioni sem vísað er til í undanfarandi neðanmálsgrein, og mál C-277/87, Sandoz Prodotti, [1990] ECR I-45.

í landsrétti skuli EES-reglurnar gilda. Þannig er óheimilt að leyfa samkvæmt landsrétti samninga og misnotkun sem lagt er bann við í 53. og 54. gr. ⁽¹⁶⁾.

15. Sú tegund samhæfingar á athæfi eða samráðs milli fyrirtækja, sem ákvæði 1. mgr. 53. gr. taka til, er fólgin í því að eitt fyrirtæki að minnsta kosti sammælist um það við annað fyrirtæki að taka upp tiltekna hegðun á markaðnum eða að óvissa um hegðun þeirra á markaðnum hverfi eða minnki að minnsta kosti verulega í kjölfar samráðs sem þau hafa með sér ⁽¹⁷⁾. Af þessu leiðir að samhæfing getur verið fólgin í skuldbindingum, sem stýra markaðshegðun annars aðilanna að minnsta kosti, eða tilhögun sem hefur áhrif á markaðshegðun annars aðilanna að minnsta kosti með því að breyta því hvaða örvandi þættir verka á hann. Ekki er nauðsynlegt að samhæfingin sé í þágu allra hlutaðeigandi fyrirtækja ⁽¹⁸⁾. Ekki er heldur nauðsynlegt að samhæfingin sé afleiðing af yfirlýstu samkomulagi. Einnig getur verið um að ræða þögult samkomulag. Til þess líta megi svo á að samningur hafi komist á með þöglu samkomulagi verður að vera fyrir hendi tilboð, yfirlýst eða undirskilið, frá einu fyrirtæki til annars um að vinna sameiginlega að tilteknu markmiði ⁽¹⁹⁾. Við tiltekna aðstæður má leiða tilvist samnings af yfirstandandi viðskiptasambandi aðilanna og sýna fram á að hann sé afleiðing af því sambandi ⁽²⁰⁾. Hins vegar er ekki nægilegt eitt og sér að ráðstöfun, sem fyrirtæki grípur til, sé gerð á grundvelli yfirstandandi viðskiptasambands ⁽²¹⁾.
16. Samningar milli fyrirtækja falla undir bannákvæði 1. mgr. 53. gr. þegar líklegt er að þeir hafi veruleg neikvæð áhrif á einstaka samkeppnishætti á markaði, til að mynda verð, framleiðslu, vörugæði, vörufjölbreytni og nýsköpun. Samningar geta haft þessi áhrif með því að draga verulega úr samkeppnisþrýstingi milli samningsaðilanna eða milli þeirra og annarra markaðsaðila.

2.2.2 Grundvallarsjónarmið vegna mats á samningum samkvæmt 1. mgr. 53. gr.

17. Þegar samkeppnishamlandi áhrif samnings eru metin verður það að gerast með hliðsjón af þeim samkeppnisaðstæðum sem væru fyrir hendi ef samningurinn og meintar hömlur, sem hann felur í sér, hefðu ekki komið til ⁽²²⁾. Nauðsynlegt er að taka í matinu tillit til líklegra áhrifa samningsins á *samkeppni milli vörumerkja* (þ.e. samkeppni milli fyrirtækja sem selja ólík vörumerki) og *samkeppni innan vörumerkis* (þ.e. samkeppni milli fyrirtækja sem dreifa sama vörumerki). Ákvæði 1. mgr. 53. fela í sér bann við hömlum bæði á samkeppni milli vörumerkja og samkeppni innan vörumerkja ⁽²³⁾.
18. Til þess að unnt sé að meta hvort samningur eða einstakir hlutar hans geti haft hamlandi áhrif á samkeppni milli vörumerkja og/eða samkeppni innan vörumerkja þarf að huga að því hvort og þá að hvaða marki samningurinn hafi áhrif á samkeppni á markaðnum, eða hversu líklegt sé að hann hafi slík áhrif. Eftirfarandi tvær spurningar mynda gagnlegan ramma utan um þetta mat. *Fyrri spurningin* varðar áhrif samningsins á *samkeppni milli vörumerkja*, en *síðari spurningin* varðar áhrif hans á *samkeppni innan vörumerkis*. Þar eð takmarkanir geta hugsanlega haft áhrif bæði á samkeppni milli vörumerkja og samkeppni innan vörumerkja samtímis getur reynst nauðsynlegt að greina slíka takmörkun með hliðsjón af báðum spurningunum áður en skorið er úr um hvort samkeppni búi við hömlur í skilningi 1. mgr. 53. gr.:

- 1) Hamlar samningurinn raunverulegri eða hugsanlegri samkeppni sem hefði átt sér stað ef hann hefði ekki komið til? Sé svo er hugsanlegt að samningurinn falli undir ákvæði 1. mgr. 53. gr. Þegar þetta er metið er nauðsynlegt að taka tillit til samkeppni milli aðila að samningnum ásamt samkeppni frá þeim sem eiga ekki aðild að honum. Sem dæmi má taka að ef tvö fyrirtæki, sem starfa í mismunandi EES-riki, koma sér saman um að selja ekki vörur hvort á annars heimamarkaði, hamlar það (hugsanlegri) samkeppni sem var fyrir hendi áður en samningurinn kom til. Svipað á við ef birgir leggur þær skuldbindingar á dreifendur sína að selja ekki vörur keppinauta og slíkar skuldbindingar hindra aðgang annarra framleiðenda að markaðnum, en þá er um að ræða hömlur á raunverulegri eða hugsanlegri samkeppni sem hefði verið fyrir hendi ef samningurinn hefði ekki komið til. Þegar metið er hvort aðilar að samningi eru raunverulegir eða hugsanlegir keppinautar verður að hafa hliðsjón af efnahags-

⁽¹⁶⁾ Sjá í þessu tilliti mál E-1/94 Restamark [1994-1995] skýrsla EFTA-dómstólsins bls. 15, og mál 14/68, Walt Wilhelm, [1969] ECR I, og hið nýrra mál T-203/01, Michelin (II), óbirt að svo stöddu, 112. mgr.

⁽¹⁷⁾ Sjá sameinuð mál T-25/95, Cimenteries CBR og fleiri, [2000] ECR II-491, 1849. og 1852. mgr., og sameinuð mál T-202/98, British Sugar og fleiri, [2001] ECR II-2035, 58.–60. mgr.

⁽¹⁸⁾ Sjá í því tilliti mál C-453/99, Courage gegen Crehan, [2001] ECR I-6297, og 3444. mgr. dóms í Cimenteries CBR-málinu sem vísað er til í undanfarandi neðanmálsgrein.

⁽¹⁹⁾ Sjá í þessu tilliti sameinuð mál C-2/01 P og C-3/01 P, Bundesverband der Arzneimittel-Importeure, óbirt að svo stöddu, 102. mgr.

⁽²⁰⁾ Sjá t.d. sameinuð mál 25/84 og 26/84, Ford, [1985] ECR 2725.

⁽²¹⁾ Sjá í þessu tilliti 141. mgr. dóms í málinu Bundesverband der Arzneimittel-Importeure sem vísað er til í 19. mgr.

⁽²²⁾ Sjá mál 56/65, Société Technique Minière, [1966] ECR 337, og 76. mgr. dómsins í John Deere-málinu sem vísað er til í 11. mgr.

⁽²³⁾ Sjá í þessu tilliti t.d. sameinuð mál 56/64 og 58/66, Consten og Grundig, [1966] ECR 429.

og lagaumhverfi. Dæmi um þetta er að bendi hlutlæg viðmið til þess að fjárhagsleg áhætta og tæknileg geta aðilanna geri það ólíklegt að hver aðili um sig gæti staðið einn undir starfsemi sinni sem samningurinn tekur til teljast aðilarnir ekki keppinautar að því er varðar þá starfsemi⁽²⁴⁾. Það er aðilanna sjálfra að leggja fram sannanir um þetta.

- 2) Hamlar samningurinn raunverulegri eða hugsanlegri samkeppni sem hefði átt sér stað ef hinar samningsbundnu takmarkanir hefðu ekki komið til? Sé svo er hugsanlegt að samningurinn falli undir ákvæði 1. mgr. 53. gr. Ef birgir bannar t.d. dreifendum sínum að stunda samkeppni sín í milli, hamlar það (hugsanlegri) samkeppni sem hefði getað átt sér stað milli dreifendanna ef takmarkanirnar hefðu ekki komið til. Hömlur af því tagi eru til að mynda bindandi endursöluverð og hömlur sem takmarka sölustarfsemi dreifenda við tiltekið svæði eða tiltekinn hóp viðskiptavina. Sumar takmarkanir kunna þó í vissum tilvikum að falla utan ákvæða 1. mgr. 53. gr. Þegar færa má gild rök fyrir því að þær séu nauðsynlegar til þess að unnt sé að gera samning sem er þessarar gerðar eða þessa eðlis⁽²⁵⁾. Slík frávik frá beitingu 1. mgr. 53. gr. má eingöngu leyfa á grundvelli hlutlægra viðmiða sem eru óháð aðilunum sjálfum, en ekki eigin skoðana og eiginleika aðilanna. Hér er ekki spurt hvort aðilarnir sjálfir hefðu horfið frá samningi með vægari hömlum, við þær sérstöku aðstæður sem þeir búa við, heldur hvort samningur með vægari hömlum hefði ekki getað komist á milli fyrirtækja við svipaðar aðstæður, að teknu tilliti til eðlis samningsins og eiginleika markaðarins. Ef sölustarfsemi er takmörkuð við tiltekið svæði í samningi milli birgis og dreifanda geta slíkar hömlur til að mynda fallið utan ákvæða 1. mgr. 53. gr. um tíma ef færa má rök fyrir því að þær séu nauðsynlegar til þess að dreifandinn geti haslað sér völl á nýjum markaði⁽²⁶⁾. Ef öllum dreifendum er bannað að selja vörur til tiltekinnna hópa neytenda telst slíkt bann á svipaðan hátt ekki samkeppnishamlandi ef færa má rök fyrir því að slíkar takmarkanir séu nauðsynlegar af öryggisástæðum eða heilbrigðisástæðum sem tengjast hættulegum eiginleikum vörunnar. Fullyrðingar þess efnis að án samkeppnistakmörkunar hefði birgir gripið til lóðréttar samþættingar eru ófullnægjandi. Ákvarðanir um að grípa til lóðréttar samþættingar eru háðar margvíslegum og flóknum efnahagsþáttum sem eru sumir hluti af innri starfsemi fyrirtækisins.
19. Við beitingu þeirra greiningarreglna, sem lýst er í undanfarandi málsgrein, ber að taka tillit til þess að í 1. mgr. 53. gr. er greint milli samninga sem hafa samkeppnishömlur að markmiði og samninga sem leiða af sér samkeppnishömlur. Bann samkvæmt ákvæðum 1. mgr. 53. gr. tekur aðeins til samninga og samningsbundinna takmarkana sem hafa að markmiði að hamla samkeppni milli vörumerkja og/eða innan vörumerkis eða hafa slíkar afleiðingar.
20. Mikilvægt er að gera mun á hömlum eftir því hvort þær eru markmið eða afleiðing samnings. Þegar sýnt hefur verið fram á að samningur hafi það markmið að hamla samkeppni er engin þörf á að taka tillit til raunverulegra afleiðinga hans⁽²⁷⁾. Til þess að unnt sé að beita 1. mgr. 53. gr. er með öðrum orðum ekki nauðsynlegt að sýna fram á nein eiginleg samkeppnishamlandi áhrif ef samkeppnishömlur eru markmið samningsins. Í 3. mgr. 53. gr. er aftur á móti ekki gerður munur á samningum sem hafa það markmið að hamla samkeppni og samningum sem hafa þær afleiðingar að hamla samkeppni. Ákvæði 3. mgr. 53. gr. gilda um alla samninga sem fullnægja skilyrðunum fjórum sem þar er að finna⁽²⁸⁾.
21. Samkeppnishömlur teljast *markmið* samnings ef það er beinlínis í eðli þeirra að geta heft samkeppni. Hér er um að ræða hömlur, sem svo mikil hætta er á að hafi neikvæð samkeppnisáhrif, með hliðsjón af markmiðunum með samkeppnisreglum EES-samningsins, að ekki er nauðsynlegt að sýna fram á nein raunveruleg markaðsáhrif til þess að unnt sé að beita 1. mgr. 53. gr. Þessi fyrirframályktun byggist á því að samkeppnishömlurnar séu alvarlegar í eðli sínu og á þeirri reynslu að líklegt sé að samkeppnishömlur, sem eru markmið samnings, hafi neikvæð áhrif á markaði og stefni í hættu markmiðunum með samkeppnisreglum EES-samningsins. Samkeppnishömlur, sem eru markmið samnings, til að mynda verðsamráð og skipting markaðar, leiða til samdráttar í framleiðslu og verðhækkana og valda þannig misráðstöfun framleiðslubátta með því að framleiðsla fellur niður á vörum og þjónustu sem neytendur vilja kaupa. Þau rýra jafnframt hag neytenda vegna þess að þeir verða að greiða hærri verð fyrir viðkomandi vörur og þjónustu.

⁽²⁴⁾ Sjá í þessu tilliti t.d. ákvörðun framkvæmdastjórnarinnar í máli Elopak/Metal Box-Odin, Stjtið. EB L 209, 8.8.1990, bls. 15, og í TPS-málinu, Stjtið. EB L 90, 2.4.1999, bls. 6.

⁽²⁵⁾ Sjá í þessu tilliti dóm í málinu Société Technique Minière, sem vísað er til í 22. nmgr., og mál 258/78, Nungesser, [1982] ECR 2015.

⁽²⁶⁾ Sjá 10. reglu 119. mgr. leiðbeininga um lóðréttar takmarkanir sem vísað er til í 6. mgr. hér á undan, en samkvæmt henni eru m.a. hömlur á óvirkri sölustarfsemi – sem teljast harkaleg takmörkun – undanþegin ákvæðum 1. mgr. 53. gr. um tveggja ára skeið ef þau tengjast sölustarfi á nýjum vörumarkaði eða nýju markaðssvæði.

⁽²⁷⁾ Sjá t.d. 99. mgr. dóms í málinu Anic Partecipazioni sem vísað er til í 14. nmgr.

⁽²⁸⁾ Sjá 47. mgr. hér á eftir.

22. Mat á því hvort samningur hafi það markmið að hamla samkeppni byggist á ýmsum þáttum. Þar er einkum að nefna efnisleg atriði samningsins og eiginlegan tilgang hans. Einnig getur reynst nauðsynlegt að huga að þeim aðstæðum sem samningnum er (eða verður) beitt við, og raunverulegri hegðun og athæfi aðila á markaðnum ⁽²⁹⁾. Með öðrum orðum getur þurft að rannsaka staðreyndir að baki samningnum og þær sérstöku aðstæður sem honum er beitt við áður en unnt er að draga þá niðurstöðu að tiltekna samkeppnishömlur hafi verið markmið samnings. Þegar skoðað er hvernig samningi er framfylgt í raun getur komið í ljós að hann hafi samkeppnishömlur að markmiði enda þótt formlegt orðalag hans gefi það ekki til kynna. Vísendingar um það hafi verið ætlun aðila samningsins að hamla samkeppni er þáttur sem skiptir máli en er ekki nauðsynlegt skilyrði.
23. Vísendingar, þó ekki tæmandi, um hvaða samkeppnishömlur teljast markmið samnings er að finna í hópundanþágum og í leiðbeiningum og tilkynningum Eftirlitsstofnunar EFTA. Í almennum atriðum lítur svo eftirlitsstofnunin á að samkeppnishömlur séu markmið samnings ef þær eru óleyfilegar samkvæmt hópundanþágum eða flokkaðar sem harkalegar hömlur í leiðbeiningum og tilkynningum. Þegar um lárétta samninga er að ræða teljast verðsamráð, takmörkun framleiðslu og skipting markaðar og viðskiptavina til samkeppnishamla sem eru markmið samnings ⁽³⁰⁾. Að því er varðar lóðréttu samninga teljast einkum til samkeppnishamla, sem eru markmið samnings, ákvæði um bindandi endursöluverð (fast verð eða lágmarksverð) og hömlur sem veita algera svæðisbundna vernd gegn samkeppni, meðal annars hömlur á óvirkri sölustarfsemi ⁽³¹⁾.
24. Séu samkeppnishömlur ekki markmið samnings verður að rannsaka hvort hann hafi *samkeppnishamlandi áhrif*. Líta verður bæði til raunverulegra og hugsanlegra áhrifa ⁽³²⁾. Með öðrum orðum verður að vera líklegt að samningurinn hafi samkeppnishamlandi áhrif. Þegar um ræðir samkeppnishömlur sem afleiðingu samnings er ekki dregin nein fyrirframályktun um samkeppnishamlandi áhrif. Til þess að samningur teljist hafa þær afleiðingar að hamla samkeppni verður hann að hafa nægilega mikil áhrif á raunverulega eða hugsanlega samkeppni til að skynsamlegar líkur séu á neikvæðum áhrifum á verð, framleiðslu, nýsköpun eða fjölbreytni eða gæði vöru og þjónustu á viðkomandi markaði ⁽³³⁾. Slík neikvæð áhrif verða að vera *merkjanleg*. Bannákvæði 1. mgr. 53. gr. á ekki við þegar þau samkeppnishamlandi áhrif, sem greind hafa verið, eru óveruleg ⁽³⁴⁾. Þetta skilyrði endurspeglar þá hagfræðilegu nálgun sem Eftirlitsstofnun EFTA beitir. Bannið í 1. mgr. 53. gr. gildir eingöngu þegar unnt er að draga þá ályktun af vandaðri markaðsgreiningu að líklegt sé að samningurinn hafi samkeppnishamlandi áhrif á markaðnum ⁽³⁵⁾. Til þess að unnt sé að draga slíka niðurstöðu er ekki nægilegt að markaðshlutdeild aðilanna sé hærri en sem nemur hámarkinu sem sett er í tilkynningu eftirlitsstofnunarinnar um minniháttarsamninga ⁽³⁶⁾. Ákvæði 1. mgr. 53. gr. geta tekið taka til samninga sem njóta öruggrar hafnar hópundanþágu, þó að ekki sé víst að svo sé. Við þetta bætist að sú staðreynd að samningur nýtur ekki öruggrar hafnar hópundanþágu sökum hárrar markaðshlutdeildar aðilanna nægir ekki ein og sér til að draga megi þá niðurstöðu að ákvæði 1. mgr. 53. gr. taki til hans eða að hann fullnægi ekki skilyrðum 3. mgr. 53. gr. Nauðsynlegt er að meta sérstaklega hvaða áhrif líklegt er að samningurinn hafi.

⁽²⁹⁾ Sjá sameinuð mál 29/83 og 30/83, CRAM og Rheinzink, [1984] ECR I 679, 26. mgr., og sameinuð mál 96/82, ANSEAU-NAVEWA og fleiri, [1983] ECR 3369, 23.–25. mgr.

⁽³⁰⁾ Sjá leiðbeiningar um lárétta samstarfssamninga, sem vísað er til í 6. nmgr., 25. mgr., og 5. gr. gerðarinnar sem um getur í 6. lið XIV. viðauka við EES-samninginn (reglugerð (EB) nr. 2658/2000 um beitingu 3. mgr. 81. gr. sáttmálans gagnvart flokkum samninga um sérhæfingu, Stjtið. EB L 304, 5.12.2000, bls. 3, í þeirri mynd sem hún var felld inn í EES-samninginn með ákvörðun sameiginlegru EES-nefndarinnar nr. 113/2000 frá 22.12.2000 (Stjtið. EB L 52, 22.2.2001, bls. 38, og EES-viðbætur við Stjtið. EB nr. 9, 22.2.2001, bls. 5), gildistaka 1.1.2001.

⁽³¹⁾ Sjá 4. gr. gerðarinnar sem um getur í 2. lið XIV. viðauka við EES-samninginn (reglugerð framkvæmdastjórnarinnar (EB) nr. 2790/1999 um beitingu 3. mgr. 81. gr. sáttmálans gagnvart flokkum lóðréttu samninga og samstilltra aðgerða, Stjtið. EB L 336, 29.12.1999, bls. 21 (í þeirri mynd sem hún var felld inn í EES-samninginn með ákvörðun sameiginlegru EES-nefndarinnar nr. 18/2000 frá 18. desember 2000, Stjtið. EB L 103, 12.4.2001, bls. 36), og leiðbeiningar um lóðréttar takmarkanir sem vísað er til í 6. nmgr., 46. mgr. og áfram (Stjtið. EB C 122, 23.5.2002, bls. 1, og EES-viðbætur við Stjtið. EB nr. 26, 23.5.2002, bls. 7). Sjá einnig mál 279/87, Tipp-Ex, [1990] ECR I-261, og mál T-62/98, Volkswagen gegn framkvæmdastjórninni, [2000] ECR II-2707, 178. mgr.

⁽³²⁾ Sjá 77. mgr. dóms í John Deere-málinu sem vísað er til í 10. nmgr.

⁽³³⁾ Ekki er nægilegt eitt og sér að samningurinn takmarki athafnafrelsi eins eða fleiri aðila, sjá 76. og 77. mgr. dóms í málinu Métropole télévision (M6) sem vísað er til í 12. nmgr. Þetta er í samræmi við það markmið 53. gr. að verja samkeppni á markaðnum í því skyni að bæta hag neytenda.

⁽³⁴⁾ Sjá t.d. mál 5/69, Völk, [1969] ECR 295, 7. mgr. Leiðsögn um hugtakið „merkjanlegur“ er að finna í tilkynningu Eftirlitsstofnunar EFTA um minniháttar samninga sem takmarka samkeppni ekki merkjanlega samkvæmt 1. mgr. 53. gr. EES-samningsins (Stjtið. ES C 67, 20.3.2003, bls. 20, og EES-viðbætur við Stjtið. ES nr. 15, 20.3.2003, bls. 11). Í tilkynningunni er hugtakið skilgreint neikvætt. Ekki er sjálfgefið að samningar, sem falla utan gildissviðs tilkynningarinnar um minniháttarsamninga, hafi merkjanleg takmarkandi áhrif. Slíkt verður að meta í hverju einstöku tilviki.

⁽³⁵⁾ Sjá í þessu tilliti sameinuð mál T-374/94 og fleiri, European Night Services, [1998] ECR II-3141. Sjá einnig mál E-8/00, Landsorganisasjonen i Norge og fleiri gegn Kommunenes Sentralforbund og fleiri, [2002] skýrsla EFTA-dómstólsins, bls. 114, og mál E-7/01, Hegelstad Eiendomsselskap Arvid B. Hegelstad og fleiri og Hydro Texaco AS, [2002] skýrsla EFTA-dómstólsins, bls. 310.

⁽³⁶⁾ Sjá 34. nmgr.

25. Líklegt er að neikvæð samkeppnisáhrif komi fram á viðkomandi markaði þegar aðilarnir, hver um sig eða í sameiningu, hafa eða öðlast markaðsstyrk í einhverjum mæli og samningurinn stuðlar að því að sá markaðsstyrkur verði til, haldist eða styrkist eða gerir aðilunum kleift að færa sér slíkan markaðsstyrk í nyt. Markaðsstyrkur er fölginn í því að geta, um alllangt skeið, haldið verði yfir því sem gerist við eðlileg samkeppnisáhrif eða haldið framleiðslu undir því sem gerist við eðlileg samkeppnisáhrif, hvort sem miðað er við magn, gæði, fjölbreytni eða nýsköpun. Á mörkuðum, sem einkennast af háum fastakostnaði, verða fyrirtæki að verðleggja vörur sínar allmiklu hærra en sem nemur jaðarframleiðslukostnaði til að tryggja sér samkeppnishæfa ávöxtun af fjárfestingum. Sú staðreynd að fyrirtæki ákveða verð sem er hærra en sem nemur jaðarkostnaði er því eitt og sér ekki merki um það að ófullnægjandi samkeppni sé á markaðnum og að fyrirtækin hafi markaðsstyrk sem geri þeim kleift að taka hærra verð en við eðlileg samkeppnisáhrif. Fyrirtæki hafa markaðsstyrk í skilningi 1. mgr. 53. gr. þegar samkeppnisaðhald er ófullnægjandi til að halda verði og framleiðslu á því stigi sem væri við eðlilegar samkeppnisaðstæður.
26. Þegar markaðsstyrkur verður til, helst eða styrkist getur það stafað af hömlum á samkeppni milli samningsaðilanna. Ástæðan getur einnig verið hömlur á samkeppni milli eins þessara aðila og þeirra sem standa utan samningsins, t.d. vegna þess að samningurinn leiðir til útilokunar keppinauta eða vegna þess að hann eykur kostnað keppinauta og gerir þeim þannig erfiðara um vik að stunda árangursríka samkeppni við aðila að samningnum. Meta þarf á hvaða stigi markaðsstyrkurinn er. Þegar um ræðir samninga sem hafa þau áhrif að vera samkeppnishamlandi þarf að jafnaði minni markaðsstyrk til að sú niðurstaða fáiast að brotið hafi verið gegn ákvæðum 1. mgr. 53. gr. en þegar rannsakað er hvort um markaðsráðandi stöðu sé að ræða samkvæmt ákvæðum 54. gr.
27. Við greiningu á samkeppnishamlandi áhrifum samnings er að jafnaði nauðsynlegt að skilgreina viðkomandi markað (³⁷). Að jafnaði er einnig nauðsynlegt að rannsaka og meta, meðal annars, eðli vörunnar, markaðsstöðu aðila, markaðsstöðu keppinauta, markaðsstöðu kaupenda, hvort hugsanlegir keppinautar eru fyrir hendi og hversu miklar aðgangshindranir eru. Í sumum tilvikum kann þó að reynast unnt að sýna fram á samkeppnishamlandi áhrif beint með því að greina hegðun samningsaðilanna á markaðnum. Til að mynda kann að mega leiða í ljós að samningur hafi leitt til verðhækkana. Í leiðbeiningunum um lárétta samstarfssamninga og leiðbeiningunum um lóðrétta takmarkanir er að finna ítarlegar reglur um greiningu á samkeppnisáhrifum ýmissa tegunda láréttra og lóðréttra samninga samkvæmt 1. mgr. 53. gr. (³⁸).

2.2.3 Undirskipaðar takmarkanir

28. Í 18. mgr. hér á undan er lýst reglum sem farið er eftir við greiningu á áhrifum samnings og einstökum hömlum sem hann setur á samkeppni milli vörumerkja og innan vörumerkis. Ef ofangreindar reglur leiða til þeirrar niðurstöðu að meginefni samningsins sé ekki samkeppnishamlandi fer að skipta máli hvort einstakar takmarkanir, sem samningurinn felur í sér, samrýmist einnig 1. mgr. 53. gr. vegna þess að þær séu undirskipaðar meginmeginingsefni sem er ekki samkeppnishamlandi.
29. Í EES-samkeppnisrétti tekur hugtakið undirskipaðar takmarkanir til hvers kyns meintra samkeppnishamla sem varða beint framkvæmd meginmeginingsefnis sem er ekki samkeppnishamlandi, eru nauðsynlegar þeirri framkvæmd og í hæfilegu hlutfalli við hana (³⁹). Ef samkeppnishömlur eru ekki markmið eða afleiðing meginatriða samnings, til að mynda dreifingarsamnings eða samnings um sameiginlegt fyrirtæki, falla hömlur, sem varða framkvæmd þess samningsefnis beint og eru henni nauðsynlegar, einnig utan ákvæða 1. mgr. 53. gr. (⁴⁰). Hömlur, sem varða þannig meginatriði samnings, nefnast undirskipaðar takmarkanir. Hömlur varða meginefni samnings beint ef þær eru undirskipaðar framkvæmd þess og tengjast því órjúfanlegum böndum. Nauðsynjarskilyrðið merkir að hlutlæg rök verða að vera fyrir því að hömlurnar séu nauðsynlegar framkvæmd meginmeginingsefnisins og að þær verða að vera í hæfilegu hlutfalli við þá framkvæmd. Af þessu leiðir að viðmiðin, sem ráða því hvort um undirskipaðar takmarkanir telst vera að ræða, eru hliðstæð viðmiðunum sem lýst er í 2. lið 18. mgr. hér á undan. Þessi viðmið gilda hins vegar í öllum tilvikum þar sem meginmeginingsefnið er ekki samkeppnishamlandi (⁴¹). Þau takmarkast ekki við ákvörðun á áhrifum samningsins á samkeppni innan vörumerkis.

(³⁷) Sjá í þessu tilliti tilkynningu Eftirlitsstofnunar EFTA um skilgreiningu á hugtakinu viðkomandi markaður að því er varðar samkeppnislög á Evrópska efnahagssvæðinu (Stjtið. EB L 200, 16.7.1998, bls. 48, og EES-viðbætur við Stjtið. EB nr. 28, 16.7.1998, bls. 3).

(³⁸) Sjá birtingartilvisun í 6. nmgr.

(³⁹) Sjá 104. mgr. dóms í málinu Métropole télévision (M6) og fleiri, sem vísað er til í 12. nmgr.

(⁴⁰) Sjá t.d. mál C-399/93, Luttikhuis, [1995] ECR I-4515, 12.–14. mgr.

(⁴¹) Sjá í þessu tilliti 118. mgr. og áfram í dómi í málinu Métropole télévision sem vísað er til í 12. nmgr.

30. Gera verður mun á beitingu hugtaksins undirskipaðar takmarkanir og beitingu varnar samkvæmt 3. mgr. 53. gr., sem varðar tiltekinn efnahagslegan ávinning af samkeppnishamlandi samningum sem er veginn á móti samkeppnishamlandi áhrifum samninganna. Við beitingu hugtaksins undirskipaðar takmarkanir eru samkeppnisörvandi og samkeppnishamlandi áhrif ekki vegin hvor á móti öðrum. Slíkur samanburður er eingöngu gerður á grundvelli 3. mgr. 53. gr. ⁽⁴²⁾.
31. Mat á undirskipuðum takmörkunum er bundið við athugun, í hinu sérstaka samhengi við megin-samningsefni eða meginstarfsemi sem er ekki samkeppnishamlandi, á því hvort tiltekna hömlur séu nauðsynlegar framkvæmd samningsefnisins eða starfseminnar og í hæfilegu hlutfalli við þá framkvæmd. Ef unnt er að draga þá ályktun á grundvelli hlutlægra viðmiða að torvelt eða ógerlegt væri að hrinda í framkvæmd megin-samningsefni, sem er ekki samkeppnishamlandi, ef hömlurnar kæmu ekki til má líta svo á að hlutlæg rök séu fyrir því að hömlurnar séu nauðsynlegar framkvæmd þess og í hæfilegu hlutfalli við hana ⁽⁴³⁾. Ef þannig háttar til, svo dæmi sé tekið, að meginatriði sérleyfissamnings er ekki samkeppnishamlandi falla einnig utan 1. mgr. 53. gr. Þær hömlur sem eru nauðsynlegar eðlilegri framkvæmd samningsins, til að mynda skuldbindingar sem hafa það markmið að vernda samræmda ímynd og orðspor sérleyfiskerfisins ⁽⁴⁴⁾. Svipað á við ef sameiginlegt fyrirtæki er ekki samkeppnishamlandi í sjálfu sér, en þá teljast takmarkanir, sem eru nauðsynlegar framkvæmd samningsins, undirskipaðar megin-samningsefninu og falla því ekki undir ákvæði 1. mgr. 53. gr. Dæmi um þetta er að í *TPS*-málinu ⁽⁴⁵⁾ komst framkvæmdastjórnin að þeirri niðurstöðu að skuldbinding aðilanna til að taka ekki þátt í starfsemi fyrirtækja, sem starfa að dreifingu og markaðssetningu sjónvarpsefnis um gervitungl, væri undirskipuð stofnun hins sameiginlega fyrirtækis á fyrstu stigum verkefnisins. Hömlurnar töldust því falla utan 1. mgr. 81. gr. EB-sáttmálans um þriggja ára skeið. Þessi niðurstaða framkvæmdastjórnarinnar byggðist á þeim miklu fjárfestingum og viðskiptaáhættunni sem fylgja því að sækja inn á markað fyrir áskriftarsjónvarp.
- 2.3 **Undanþáguákvæði 3. mgr. 53. gr.**
32. Mat á hömlum sem eru markmið eða afleiðing samnings samkvæmt 1. mgr. 53. gr. er aðeins önnur hlið greiningarinnar. Hin hliðin, sem endurspeglast í 3. mgr. 53. gr., er mat á jákvæðum efnahagsáhrifum samkeppnishamlandi samninga.
33. Markmiðið að baki samkeppnisreglum EES-samningsins er að verja samkeppni á markaðnum í því skyni að bæta hag neytenda og tryggja hagkvæma ráðstöfun framleiðsluþátta. Samkeppnishamlandi samningum getur jafnframt fylgt hagræðing sem hefur samkeppnisörvandi áhrif ⁽⁴⁶⁾. Haggræðing getur skapað virðisauka með því að leiða af sér lækkun framleiðslukostnaðar, aukin vörugæði eða að fram komi ný vörutegund. Þegar samkeppnisörvandi áhrif samnings vega upp samkeppnishamlandi áhrif hans er samningurinn í heild samkeppnisörvandi og samræmist þá markmiðunum með samkeppnisreglum EES-samningsins. Slíkir samningar hafa þau heildaráhrif að styrkja innsta eðli samkeppnisferlisins, þ.e. að ná til sín viðskiptavinum með því að bjóða þeim betri vörur eða betra verð en keppinautarnir. Þessar greiningarreglur endurspeglast í 1. og 3. mgr. 53. gr. Með síðara ákvæðinu er sérstaklega viðurkennt að samkeppnishamlandi samningum getur fylgt efnahagslegur ávinningur sem unnt er að staðfesta með hlutlægum hætti og vegur upp neikvæð áhrif af samkeppnishömlunum ⁽⁴⁷⁾.
34. Til þess að unnt sé að beita undanþáguákvæði 3. mgr. 53. gr. þarf að fullnægja fjórum skilyrðum, tveimur jákvæðum og tveimur neikvæðum:
- Samningurinn verður að stuðla að bættari framleiðslu eða vörudreifingu eða efla tæknilegar og efnahagslegar framfarir
 - Neytendur verða að njóta sanngjarnrar hlutdeildar í þeim ávinningi sem af þessu hlýst
 - Hömlurnar verða að vera ómissandi til að unnt sé að ná þessum markmiðum, og
 - Samningurinn má ekki gefa fyrirtækjunum færi á að koma í veg fyrir samkeppni að því er varðar verulegan hluta framleiðsluvaranna sem um er að ræða

⁽⁴²⁾ Sjá 107. mgr. dóms í málinu *Métropole télévision* sem vísað er til í 12. nmgr.

⁽⁴³⁾ Sjá t.d. ákvörðun framkvæmdastjórnarinnar í málinu *Elopak/Metal Box-Odin* sem vísað er til í 24. nmgr.

⁽⁴⁴⁾ Sjá mál 161/84, *Pronuptia*, [1986] ECR 353.

⁽⁴⁵⁾ Sjá 22. nmgr. Ákvörðunin var staðfest í undirrétti Evrópubandalaganna í dómi í málinu *Métropole télévision (M6)* sem vísað er til í 12. nmgr.

⁽⁴⁶⁾ Sparnaður og annað hagræði aðila, sem hlýst af því einu að þeir beita markaðsstyrk sínum, telst ekki hlutlægur ávinningur og verður því ekki tekinn til greina. sbr. 49. mgr. hér á eftir.

⁽⁴⁷⁾ Sjá dóm í málinu *Consten og Grundig*, sem vísað er til í 23. nmgr.

Þegar þessum fjórum skilyrðum er fullnægt eykur samningurinn samkeppni á viðkomandi markaði vegna þess að hann stuðlar að því að hlutaðeigandi fyrirtæki bjóði neytendum ódýrari eða betri vörur og bæti þeim þannig upp neikvæð áhrif af samkeppnishömlunum.

35. Ákvæðum 3. mgr. 53. gr. má beita hvort heldur sem er gagnvart einstökum samningum eða gagnvart flokkum samninga á grundvelli hópundanþágu. Ef samningur fellur undir hópundanþágu leysir það aðila að hinum samkeppnishamlandi samningi undan þeirri skyldu samkvæmt 2. gr. II. kafla að sýna fram á að einstakir samningar þeirra fullnægi öllum skilyrðum 3. mgr. 53. gr. Þeir þurfa þá aðeins að sanna að samningurinn, sem er samkeppnishamlandi, njóti hópundanþágu. Þegar ákvæðum 3. mgr. 53. gr. er beitt gagnvart flokkum samninga á grundvelli hópundanþágu byggist það á þeirri forsendu að samkeppnishamlandi samningar, sem falla undir hópundanþágurnar ⁽⁴⁸⁾, fullnægi öllum fjórum skilyrðunum sem mælt er fyrir um í 3. mgr. 53. gr.
36. Ef þannig háttar til í einstöku máli að samningurinn fellur undir 1. mgr. 53. gr. og skilyrðum 3. mgr. 53. gr. er ekki fullnægt er heimilt að fella hópundanþáguna niður. Samkvæmt 1. mgr. 29. gr. II. kafla er Eftirlitsstofnun EFTA heimilt að fella niður ávinning af hópundanþágu ef hún kemst að því að samningur, sem hópundanþágan á við um, hafi í einhverju tilviki leitt til tiltekinna áhrifa sem samrýmast ekki 3. mgr. 53. gr. EES-samningsins. Samkvæmt 2. mgr. 29. gr. II. kafla er samkeppnisyfyrvöldum í EFTA-ríki einnig heimilt að afturkalla ávinning af hópundanþágu að því er yfirráðasvæði þeirra varðar ef það yfirráðasvæði ber öll einkenni sérstaks landfræðilegs markaðar. Ef hópundanþága er felld niður skulu viðkomandi samkeppnisyfyrvöld sýna fram á að samningurinn brjóti gegn ákvæðum 1. mgr. 53. gr. og að hann fullnægi ekki skilyrðum 3. mgr. 53. gr.
37. Dómstólar í EFTA-ríkjunum hafa ekki vald til að fella niður ávinning af hópundanþágum. Við þetta bætist að þegar dómstólar í EFTA-ríkjunum beita hópundanþágum er þeim óheimilt að breyta gildissviði þeirra með því að láta þær taka til samninga sem falla ekki undir viðkomandi hópundanþágu ⁽⁴⁹⁾. Þegar hópundanþágum sleppir hafa dómstólar í EFTA-ríkjunum vald til að beita ákvæðum 53. gr. að fullu (sbr. 6. gr. II. kafla).

3. BEITING SKILYRÐANNA FJÖGURRA Í 3. MGR. 53. GR.

38. Í því sem eftir er af þessum leiðbeiningum verður farið yfir hvert og eitt hinna fjögurra skilyrða í 3. mgr. 53. gr. ⁽⁵⁰⁾. Þar eð skilyrðin fjögur gilda sem ein heild ⁽⁵¹⁾ er óþarft, eftir að ljóst er orðið að einu skilyrðanna í 3. mgr. 53. gr. er ekki fullnægt, að rannsaka þau sem eftir eru. Þess vegna getur verið viðeigandi í einstökum tilvikum að athuga skilyrðin fjögur í annarri röð en þau eru birt.
39. Að því er varðar þessar leiðbeiningar telst viðeigandi að snúa við röð annars og þriðja skilyrðis og athuga þannig hvort hömlurnar séu ómissandi áður en skoðað er hvort ávinningur gangi til neytenda. Til þess að unnt sé að greina hvort ávinningur gangi til neytenda er nauðsynlegt að vega saman neikvæð og jákvæð áhrif samnings gagnvart neytendum. Í þeirri greiningu skal horft fram hjá áhrifum af samkeppnishömlum sem ekki hafa staðist skilyrðið um að vera ómissandi og eru af þeim sökum bannaðar samkvæmt 53. gr.
- 3.1 **Almenn sjónarmið**
40. Ákvæði 3. mgr. 53. gr. EES-samningsins skipta máli því aðeins að samningur milli fyrirtækja hamli samkeppni í skilningi 1. mgr. 53. gr. Þegar um ræðir samninga, sem eru ekki samkeppnishamlandi, er engin þörf á að rannsaka hugsanlegan ávinning af samningnum.
41. Þegar sýnt hefur verið fram á samkeppnishömlur í skilningi 1. mgr. 53. gr. í einstöku tilviki er unnt að vísa til ákvæða 3. mgr. 53. gr. sem varnar. Samkvæmt 2. gr. II. kafla hvílir sönnunarbyrði um að skilyrðum 3. mgr. 53. gr. hafi verið fullnægt á því fyrirtæki eða þeim fyrirtækjum sem hafa ávinning af undanþáguákvæðinu. Ef skilyrðum 3. mgr. 53. gr. er ekki fullnægt er samningurinn ógildur, sbr. 2. mgr. 53. gr. Sjálfkrafa ógilding af því tagi tekur þó aðeins til þeirra hluta samningsins sem eru ósamrýmanlegir ákvæðum 53. gr., að því tilskildu að unnt sé að greina þá hluta frá samningnum

⁽⁴⁸⁾ Sú staðreynd að samningur fellur undir hópundanþágu er ekki eitt og sér staðfesting þess að samningurinn falli sem slíkur undir ákvæði 1. mgr. 53. gr.

⁽⁴⁹⁾ Sjá t.d. mál C-234/89, Delimitis, [1991] ECR I-935, 46. mgr.

⁽⁵⁰⁾ Þegar reglugerð 1/2003 hefur verið felld inn í EES-samninginn, sjá 4. nmgr. hér á undan, fella ákvæði 4. mgr. 36. þeirrar gerðar m.a. úr gildi 5. gr. gerðarinnar sem um getur í 10. lið XIV. viðauka við EES-samninginn (reglugerð ráðsins (EB) nr. 1017/68) um að beita samkeppnisreglum gagnvart flutningum á járnbrautum, vegum og skipgengum vatnaleiðum. Málaframkvæmd, sem mótað hefur á grundvelli þeirrar gerðar, skiptir þó áfram máli um beitingu 3. mgr. 53. gr. á sviði flutninga á skipgengum vatnaleiðum.

⁽⁵¹⁾ Sjá 42. mgr. hér á eftir.

í heild ⁽⁵²⁾. Ef ógildingin nær aðeins til hluta samningsins fer eftir viðeigandi landslögum hvaða afleiðingar það hefur að því er varðar samninginn að öðru leyti ⁽⁵³⁾.

42. Skilyrðin fjögur í 3. mgr. 53. gr. gilda sem ein heild ⁽⁵⁴⁾, þ.e. þeim verður öllum að vera fullnægt til þess að undanþáguákvæðið geti átt við. Sé svo ekki verður að synja um beitingu undanþáguákvæðis 3. mgr. 53. gr. ⁽⁵⁵⁾. Skilyrðin fjögur í 3. mgr. 53. gr. eru einnig tæmandi. Ef þeim er fullnægt verður undanþágan virk og er óheimilt að binda það nokkru öðru skilyrði. Heimilt er að taka tillit til markmiða að baki öðrum ákvæðum EES-samningsins að því marki sem unnt er að fella þau undir skilyrðin fjögur í 3. mgr. 53. gr. ⁽⁵⁶⁾.
43. Mat á ávinningi af samkeppnishamlandi samningum samkvæmt 3. mgr. 53. gr. fer í grundvallaratriðum fram innan marka hvers viðkomandi markaðar sem samningurinn tekur til. Samkeppnisreglur EES-samningsins hafa það að markmiði að vernda samkeppni á markaðnum og þeim verður ekki beitt nema í tengslum við það markmið. Við þetta bætist að skilyrðið um að neytendur ⁽⁵⁷⁾ skuli njóta sanngjarnrar hlutdeildar í ávinningnum felur að jafnaði í sér að hagræðing, sem samkeppnishamlandi samningur leiðir til á viðkomandi markaði, verður að vera nægilega mikil til að vege upp samkeppnishamlandi áhrif samningsins á þeim viðkomandi markaði ⁽⁵⁸⁾. Yfirleitt er ógerningur að vege neikvæð áhrif gagnvart neytendum á einu markaðssvæði eða vörumarkaði á móti jákvæðum áhrifum gagnvart neytendum á öðru, ótengdu markaðssvæði eða vörumarkaði þannig að hin síðarnefndu bæti hin fyrrnefndu upp. Ef tveir markaðir eru tengdir er hins vegar unnt að taka tillit til hagræðingar sem fram kemur á mismunandi mörkuðum að því tilskildu að í meginatriðum sé það sami neytendahópur sem verður fyrir samkeppnishömlunum og nýtur góðs af hagræðingunni ⁽⁵⁹⁾. Í sumum tilvikum bitnar samningur raunar aðeins á neytendum á markaði á síðari stigum og ber þá að meta áhrif samningsins á þann neytendahóp. Dæmi um þetta eru innkaupasamningar ⁽⁶⁰⁾.
44. Mat á samkeppnishamlandi samningum samkvæmt 3. mgr. 53. gr. fer fram með hliðsjón af þeim raunverulegu aðstæðum sem þeir tengjast ⁽⁶¹⁾ og á grundvelli staðreynda sem fyrir liggja á hverjum tíma. Matið getur breyst ef efnislegar breytingar verða á staðreyndum. Undanþáguákvæði 3. mgr. 53. gr. gildir meðan skilyrðunum fjórum er fullnægt og hættir að gilda þegar svo er ekki lengur ⁽⁶²⁾. Þegar ákvæðum 3. mgr. 53. gr. er beitt í samræmi við þessi grundvallaratriði er nauðsynlegt að líta til upphaflegra óafturkræfra fjárfestinga sem kunna að hafa farið fram á vegum aðilanna og hversu langan tíma og hversu miklar takmarkanir þarf til að gera þeim kleift að nýta og endurheimta fjármuni sem ætlað er að stuðla að hagræðingu. Ákvæðum 53. gr. má ekki beita án þess að tekið sé fullnægjandi tillit til slíkra fjárfestinga sem lagt hefur verið í fyrirfram. Áhættan, sem aðilarnir taka á sig, og óafturkræfar fjárfestingar, sem eru nauðsynlegar vegna framkvæmdar

⁽⁵²⁾ Sjá dóm í málinu Société Technique Minière sem vísað er til í 22. nmgr.

⁽⁵³⁾ Sjá í þessu tilliti mál 319/82, Kerpen & Kerpen, [1983] ECR 4173, 11. og 12. mgr.

⁽⁵⁴⁾ Sjá t.d. mál T-185/00, Métropole télévision SA (M6) o.fl., [2002] ECR II-3805, 86. mgr., mál T-17/93, Matra, [1994] ECR II-595, 85. mgr. og sameinuð mál 43/82 og 63/82, VBVB og VBVB, [1984] ECR 19, 61. mgr.

⁽⁵⁵⁾ Sjá mál T-213/00, CMA CGM o.fl., óbirt að svo stöddu, 226. mgr.

⁽⁵⁶⁾ Sjá í því tilliti, óbeint, 139. mgr. dóms í Matra-málinu sem vísað er til í 54. nmgr., og mál 26/76, Metro (I), [1977] ECR 1875, 43. mgr.

⁽⁵⁷⁾ Um hugtakið neytendur sjá 84. mgr. hér á eftir, en þar kemur fram að neytendur séu viðskiptavinir aðilanna og þeir sem kaupa vöruna síðar. Aðilarnir eru ekki sjálfir „neytendur“ að því er varðar ákvæði 3. mgr. 53. gr.

⁽⁵⁸⁾ Skilyrðinu er beitt með mismunandi hætti eftir mörkuðum, sjá í því tilliti mál T-131/99, Shaw, [2002] ECR II-2023, 163. mgr., en þar komst undirréttur Evrópubandalaganna að þeirri niðurstöðu að mat á grundvelli 3. mgr. 81. gr. EB-sáttmálans yrði að fara fram samkvæmt sömu greiningarreglum og notaðar eru til að meta samkeppnishamlandi áhrif, og mál C-360/92 P, Publishers Association, [1995] ECR I-23, 29. mgr., en þar komst Dómstóll Evrópubandalaganna að þeirri niðurstöðu, í máli þar sem viðkomandi markaður náði út fyrir mörk aðildarríkisins, að þegar ákvæðum 3. mgr. 81. gr. væri beitt væri ekki rétt að huga aðeins að áhrifum innan þess ríkis.

⁽⁵⁹⁾ Í máli T-86/95, Compagnie Générale Maritime o.fl., [2002] ECR II-1011, 343.–345. mgr., komst undirréttur Evrópubandalaganna að þeirri niðurstöðu að ákvæði 3. mgr. 81. gr. EB-sáttmálans fælu ekki sér að ávinningurinn yrði að tengjast tilteknum markaði og að í máli þessu, þar sem það ætti við, bæri að horfa til ávinnings „á öllum öðrum mörkuðum sem umræddur samningur gæti haft jákvæð áhrif á, og jafnvel, í víðara skilningi, að því er varðar alla þjónustu sem gæti batnað eða orðið skilvirkari vegna samningsins“. Í þessu tilviki vó þó þungt að neytendahópurinn, sem varð fyrir áhrifum, var hinn sami. Málið varðaði samþætta flutningaþjónustu sem byggðist m.a. á flutningum á skipgengum vatnaleiðum og á sjó og var seld skipafélögum um allt bandalagið. Hömlurnar tengdust flutningum á skipgengum vatnaleiðum, sem voru flokkaðir sem sérstakur markaður, en ávinningurinn var sagður tengjast sjóflutningum. Spurn eftir báðum þessum tegundum þjónustu kom frá skipafélögum sem þurftu á samþættri flutningaþjónustu að halda milli norður-Evrópu og suður- og suðaustur-Asíu. Dómurinn í CMA CGM-málinu, sem vísað er til í 55. mgr. hér á undan, varðaði einnig aðstæður þar sem samningurinn tók til nokkurra mismunandi tegunda þjónustu en hafði áhrif á sama neytendahóp, þ.e. skipafélaga sem fluttu gámarvarning milli norður-Evrópu og austurlanda fjær. Samkvæmt ákvæðum samningsins ákvæðu aðilarnir verðskrá og aukagjöld vegna flutninga á skipgengum vatnaleiðum, hafnaþjónustu og sjóflutninga. Undirréttur EB komst að þeirri niðurstöðu (sbr. 226.–228. mgr.) að við þær aðstæður, sem málið varðaði, væri engin þörf á að skilgreina viðkomandi markaði í þeim tilgangi að beita ákvæðum 3. mgr. 81. gr. Samningurinn hefði samkeppnishömlur beinlínis að markmiði og ávinningur neytenda væri enginn.

⁽⁶⁰⁾ Sjá 126. og 132. mgr. leiðbeininga um lódréttar takmarkanir sem vísað er til í 6. mgr. hér á undan.

⁽⁶¹⁾ Sjá dóm í Ford-málinu sem vísað er til í 20. nmgr.

⁽⁶²⁾ Sjá í þessu tilliti t.d. ákvæðun framkvæmdastjórnarinnar í TPS-málinu, Stjtið. EB L 90, 2.4.1999, bls. 6. Með hliðstæðum hætti gildir bannið í 1. mgr. 53. gr. aðeins svo lengi sem samningurinn hefur samkeppnishömlur að markmiði eða að afleiðingu.

samningsins, geta þannig valdið því að samningurinn falli utan ákvæða 1. mgr. 53. gr. eða fullnægi skilyrðum 3. mgr. 53. gr., eftir atvikum, þar til tími hefur gefist til að endurheimta fjárfestinguna.

45. Í sumum tilvikum er samkeppnishamlandi samningur atburður sem ekki verður aftur tekinn. Eftir að samningurinn er kominn í framkvæmd er ókleift að koma aftur á sömu aðstæðum og ríktu fyrir samninginn. Í slíkum tilvikum verður matið að fara fram eingöngu á grundvelli staðreynda sem liggja fyrir um það leyti sem samningurinn er framkvæmdur. Dæmi um þetta er að þegar aðilar að samningi um rannsóknir og þróunarstarf skuldbinda sig til að leggja niður eigin rannsóknaverkefni og nýta bolmagn sitt á því sviði sameiginlega getur samkvæmt hlutlægum viðmiðum verið ógerlegt í tæknilegum og fjárhagslegum skilningi að endurvekja verkefnið eftir að það hefur verið lagt niður. Mat á samkeppnishamlandi og samkeppnisörvandi áhrifum samnings um að leggja niður einstök rannsóknaverkefni verður því að miðast við þann tíma sem hann er að fullu kominn til framkvæmda. Ef samningurinn er þá samrýmanlegur ákvæðum 53. gr., til að mynda vegna þess að nægilegur fjöldi rannsókn- og þróunarverkefna er rekinn á vegum keppinauta sem standa utan samningsins, telst samningur aðilanna um að leggja niður eigin verkefni samrýmanlegur ákvæðum 53. gr., enda þótt seinna misfarist verkefni þeirra sem standa utan samningsins. Aftur á móti getur bannákvæði 53. gr. tekið til annarra atriða í samningnum sem varða ekki óafturkræfar ákvarðanir. Dæmi um þetta er að sé í samningnum kveðið á um sameiginlega nýtingu, auk sameiginlegra rannsókna og þróunarstarfs, geta ákvæði 53. gr. varðað þau atriði í samningnum ef hann verður samkeppnishamlandi vegna síðari markaðsframvindu og fullnægir ekki (lengur) skilyrðum 3. mgr. 53. gr. að teknu fullu tilliti til óafturkræfra fjárfestinga sem lagt hefur verið í fyrirfram, sbr. undanfarandi málsgrein.
46. Ákvæði 3. mgr. 53. gr. fela ekki í sér að útilokað sé fyrirfram að tiltekna tegundir samninga falli undir þau. Það er grundvallaratriði að allir samkeppnishamlandi samningar, sem fullnægja skilyrðunum fjórum í 3. mgr. 53. gr., geta notið undanþáguákvæðisins ⁽⁶³⁾. Aftur á móti er ólíklegt að alvarlegar samkeppnishömlur geti fullnægt skilyrðum 3. mgr. 53. gr. Slíkar hömlur eru venjulega bannaðar sérstaklega í ákvæðum um hópundanþágur eða flokkaðar sem harkalegar hömlur í leiðbeiningum og tilkynningum Eftirlitsstofnunar EFTA. Samningar af þessu tagi brjóta að jafnaði gegn (að minnsta kosti) fyrstu tveimur skilyrðunum í 3. mgr. 53. gr. Þeim fylgir hvorki hlutlægur efnahagslegur ávinningur ⁽⁶⁴⁾ né aukinn hagur neytenda ⁽⁶⁵⁾. Láréttur samningur um verðsamráð takmarkar til að mynda framleiðslu og leiðir þannig til misráðstöfunar framleiðsluþátta. Hann bætir jafnframt hag framleiðenda á kostnað neytenda með því að leiða til herra verðs án þess að á móti komi aukinn hagur neytenda á viðkomandi markaði. Við það bætist að þessar tegundir samninga standast yfirleitt ekki þriðja skilyrðið um að vera ómissandi ⁽⁶⁶⁾.
47. Fullyrðingar um að samkeppnishamlandi samningar séu réttlætanagerlegir vegna þess að markmiðið að baki þeim sé að tryggja sanngjörn samkeppnisskilyrði á markaðnum eru marklausar í eðli sínu og ber að hafna þeim ⁽⁶⁷⁾. Tilgangurinn að baki ákvæðum 53. gr. er að vernda virka samkeppni með því að tryggja að markaðir haldist opnir og einkennist af samkeppni. Verndun sanngjarnra samkeppnisskilyrða er hlutverk löggjafans í samræmi við skuldbindingar samkvæmt EES-rétti ⁽⁶⁸⁾ en ekki atriði sem fyrirtækin sjálf eiga að stýra.

3.2 Fyrsta skilyrði 3. mgr. 53. gr.: Hagræðing

3.2.1 Almenn atriði

48. Samkvæmt fyrsta skilyrði 3. mgr. 53. gr. verður samningurinn, sem hamlar samkeppni, að stuðla að bættri framleiðslu eða vörudreifingu eða efla tæknilegar og efnahagslegar framfarir. Í ákvæðinu eru aðeins tilteknaðar vörur, en það gildir þó með hliðstæðum hætti um þjónustu.
49. Af dómaframkvæmd Dómstóls Evrópubandalaganna leiðir að eingöngu er unnt að taka til greina hlutlægan ávinning ⁽⁶⁹⁾. Það merkir að hagræðing er ekki metin út frá eigin sjónarmiði aðilanna ⁽⁷⁰⁾. Sparnaður, sem hlýst af því einu að aðilarnir beita markaðsstyrk sínum, verður ekki tekinn til greina. Sem dæmi má taka að þegar fyrirtæki koma sér saman um verðsamráð eða markaðsskiptingu

⁽⁶³⁾ Sjá 85. mgr. dóms í Matra-málinu sem vísað er til í 54. nmgr.

⁽⁶⁴⁾ Um þetta skilyrði sjá 49. mgr. hér á eftir.

⁽⁶⁵⁾ Sjá t.d. mál T-29/92, Vereniging van Samenwerkende Prijsregelende Organisaties in de Bouwnijverheid (SPO), [1995] ECR II-289.

⁽⁶⁶⁾ Sjá t.d. mál 258/78, Nungesser, [1982] ECR 2015, 77. mgr., að því er varðar algera svæðisbundna vernd.

⁽⁶⁷⁾ Sjá í þessu tilliti t.d. dóm í SPO-málinu sem vísað er til í 65. nmgr.

⁽⁶⁸⁾ Ráðstafanir einstakra ríkja verða meðal annars að samræmast reglum EES-samningsins um frjálsa vöruflutninga, frjálsa þjónustustarfsemi, frjálsa för launþega og frjálsa fjármagnsflutninga.

⁽⁶⁹⁾ Sjá t.d. dóm í málinu Consten og Grundig sem vísað er til í 23. nmgr.

⁽⁷⁰⁾ Sjá í þessu tilliti ákvæðun framkvæmdastjórnarinnar í málinu Van den Bergh Foods, Stjtið. EB L 246, 4.9.1998, bls. 1.

draga þau úr framleiðslu og lækka þar með framleiðslukostnað. Minnkandi samkeppni getur einnig leitt til þess að kostnaður við markaðs- og sölustarfsemi lækki. Lækkun kostnaðar af þessu tagi er bein afleiðing af samdrætti í framleiðslu og verðmæti. Þessi lækkun kostnaðar hefur engin samkeppnisörvandi áhrif á markaðnum. Einkum og sérstaklega leiðir hún ekki til virðisauka með samþættingu eigna og starfsemi. Hún gerir hlutaðeigandi fyrirtækjum aðeins kleift að auka hagnað sinn og skiptir því engu máli þegar kemur að ákvæðum 3. mgr. 53. gr.

50. Tilgangurinn með fyrsta skilyrði 3. mgr. 53. gr. er að skilgreina þær tegundir hagræðingar sem unnt er að taka til greina og prófa frekar samkvæmt öðru og þriðja skilyrði 3. mgr. 53. gr. Markmið greiningarinnar er að leiða í ljós hvaða hlutlæga ávinning samningurinn hefur í för með sér, svo og efnahagslegt mikilvægi þeirrar hagræðingar. Sökum þess að ákvæði 3. mgr. 53. gr. gilda aðeins ef samkeppnisörvandi áhrif samningsins vega upp samkeppnishamlandi áhrif sem fylgja honum er nauðsynlegt að sannreyna tengslin milli samningsins og hinnar meintu hagræðingar og hvers virði sú hagræðing er.
51. Öllum fullyrðingum um hagræðingu verður því að fylgja rökstuðningur til þess að unnt sé að sannreyna:
- hvert sé *eðli* hinnar meintu hagræðingar,
 - hvaða *tengsl* séu milli samningsins og hagræðingarinnar
 - hversu *líklegt* sé að hin meinta hagræðing náist fram í hverju tilviki og hversu *mikil* hún yrði þá, og
 - hvernig* og *hvenær* meintri hagræðingu yrði náð fram í hverju tilviki.
52. Á grundvelli a-liðar getur ákvörðunaraðili sannreynt hvort hin meinta hagræðing sé hlutlæg í eðli sínu, sbr. 49. mgr. hér á undan.
53. Á grundvelli b-liðar getur ákvörðunaraðili sannreynt hvort nægileg orsakatengsl séu milli hins samkeppnishamlandi samnings og meintrar hagræðingar. Þetta skilyrði felur að jafnaði í sér að hagræðinguna verði að leiða af þeirri atvinnustarfsemi sem samningurinn lýtur að. Slík starfsemi getur til að mynda verið fölgin í dreifingu, útgáfu nýjaleyfa fyrir tækni, sameiginlegri framleiðslu eða sameiginlegum rannsóknum og þróunarstarfsemi. Ef samningurinn leiðir til annars konar hagræðingar á viðkomandi markaði, t.d. með lækkun kostnaðar í atvinnugreininni sem heild, er slíkur viðbótarávinningur þó einnig tekinn til greina.
54. Að jafnaði verða einnig að vera bein orsakatengsl milli samningsins og hinnar meintu hagræðingar ⁽⁷¹⁾. Hagræðing, sem fullyrt er að komi fram vegna óbeinna áhrifa, er að jafnaði of óviss og fjarlæg til að unnt sé að taka hana til greina. Bein orsakatengsl eru fyrir hendi til dæmis þegar samningur um miðlun tækniþekkingar gerir nýjaleyfishöfum kleift að framleiða nýjar eða endurbættar vörur eða þegar dreifingarsamningur opnar færi á að lækka dreifingarkostnað eða bjóða verðmæta þjónustu. Dæmi um óbein áhrif væri fullyrðing um að samkeppnishamlandi samningur yki hagnað hlutaðeigandi fyrirtækja og gerði þeim þannig kleift að auka fjárfestingar í rannsóknum og þróunarstarfsemi sem kæmi neytendum til góða síðar. Þó að tengsl geti verið milli hagnaðar annars vegar og rannsókna og þróunarstarfs hins vegar eru þau ekki nægilega bein til að unnt sé að taka þau til greina í samhengi við 3. mgr. 53. gr.
55. Á grundvelli c- og d-liðar getur ákvörðunaraðilinn sannreynt virði hinnar meintu hagræðingar, og ber í samhengi við þriðja skilyrði 3. mgr. 53. gr. að vega hana á móti samkeppnishamlandi áhrifum samningsins, sjá 101. mgr. hér á eftir. Sökum þess að ákvæði 1. mgr. 53. gr. gilda því aðeins að líklegt sé að samningurinn hafi neikvæð áhrif á samkeppni og neytendur (gengið er út frá því sem vísu að slík áhrif séu fyrir hendi þegar um harkalegar hömlur er að ræða) verður að rökstyðja fullyrðingar um hagræðingu til þess að unnt sé að sannreyna þær. Órökstuddum fullyrðingum er hafnað.
56. Þegar um ræðir meinta kostnaðarhagræðingu verða fyrirtæki, sem vilja njóta ákvæða 3. mgr. 53. gr., að reikna eða meta virði hagræðingarinnar svo nákvæmlega sem nokkur skynsamlegur kostur er og lýsa í smáatriðum hvernig fjárhæðin er reiknuð. Þau verða einnig að lýsa aðferðum sem notaðar hafa verið, eða notaðar verða, til að ná fram hagræðingunni. Gögnin verða að vera sannreynanleg til þess að fullnægjandi vísu geti verið fyrir því að hagræðingin hafi náðst fram eða muni að líkindum nást fram.

⁽⁷¹⁾ Sjá í þessu tilliti ákvörðun framkvæmdastjórnarinnar í málinu Glaxo Wellcome, Stjttíð. EB L 302, 17.11.2001, bls. 1.

57. Að því er varðar meinta hagræðingu í mynd nýrrar eða endurbættrar vöru og aðra hagræðingu, sem snýr ekki að kostnaði, verða fyrirtæki, sem vilja njóta ákvæða 3. mgr. 53. gr., að lýsa og skýra ítarlega í hverju hagræðingin er fölgin og hvernig og hvers vegna hún leiðir af sér hlutlægan efnahagslegan ávinning.
58. Ef samningurinn hefur ekki komist til framkvæmda að fullu verða aðilarnir að rökstyðja allar spár um það hvenær hagræðingin verði komin fram í þeim mæli að hún hafi merkjanleg jákvæð áhrif á markaðnum.

3.2.2 *Mismunandi flokkar hagræðingar*

59. Þær tegundir hagræðingar, sem taldar eru upp í 3. mgr. 53. gr., eru viðtækir flokkar sem eiga að ná yfir hvers konar hlutlæga efnahagslega hagræðingu. Flokkarnir, sem um getur í 3. mgr. 53. gr., skarast að talsverðu leyti og einn og sami samningur getur haft í för með sér ýmiss konar hagræðingu. Af þeim sökum er ekki rétt að gera skýran og ákveðinn mun á þessum flokkum. Að því er þessar leiðbeiningar varðar er gerður munur á kostnaðarhagræðingu og gæðahagræðingu sem snýst um að skapa virðisauka með nýjum eða endurbættum vörum, meira vöruúrvali o.s.frv.
60. Hagræðing stafar að jafnaði af samþættingu atvinnustarfsemi með þeim hætti að fyrirtæki leggja saman eignir sínar til að ná árangri sem þau hefðu ekki getað náð á jafnhagkvæman hátt hvert um sig eða fela öðru fyrirtæki verk sem það getur unnið með meiri hagkvæmni.
61. Ferli rannsókna og þróunarstarfs, framleiðslu og dreifingar má skoða sem virðisaukakeðju í nokkrum liðum. Í hverjum lið keðjunnar verður fyrirtæki að velja milli þess að sinna starfseminni sjálf, sinna henni ásamt öðrum fyrirtækjum, einu eða fleiri, eða kaupa hana að öllu leyti af öðrum fyrirtækjum.
62. Hverju sinni sem slíkt val felur í sér markaðssamvinnu við annað fyrirtæki verða fyrirtækin yfirleitt að gera með sér samning í skilningi 1. mgr. 53. gr. Slíkir samningar geta verið lódréttir, en þannig stendur á þegar aðilarnir tilheyra mismunandi liðum virðisaukakeðjunnar, eða láréttir, en þannig stendur á þegar fyrirtækin tilheyra sama lið virðisaukakeðjunnar. Báðir þessir flokkar samninga geta leitt til hagræðingar með því að gera hlutaðeigandi fyrirtækjum kleift að vinna tiltekið verk þannig að kostnaður lækki eða virðisauki neytenda aukist. Slíkir samningar geta einnig falið í sér eða leitt af sér samkeppnishömlur en þá geta bannákvæði 1. mgr. 53. gr. og undanþáguákvæði 3. mgr. 53. gr. tekið að skipta máli.
63. Þær gerðir hagræðingar, sem fjallað er um hér á eftir, eru aðeins teknar sem dæmi og þeim er ekki ætlað að vera tæmandi upptalning.

3.2.2.1 *Kostnaðarhagræðing*

64. Kostnaðarhagræðing, sem næst fram með samningum milli fyrirtækja, getur stafað af ýmsum þáttum. Meðal afar mikilvægra þátta, sem hafa sparnað í för með sér, er þróun nýrrar framleiðslutækni og framleiðsluáferða. Að jafnaði veita tæknibyltingar bestu færin á að ná fram sparnaði. Dæmi um það er að framleiðslukostnaður ökutækja lækkaði mikið þegar færifandaframleiðsla var tekin upp.
65. Annar afar mikilvægur hagræðingarþáttur er samvirkni sem næst með samþættingu fyrirliggjandi eigna. Þegar aðilar að samningi leggja saman eignir sínar getur skapast samhengi milli kostnaðar og framleiðslu sem ókleift hefði verið að ná fram með öðrum hætti. Með því að sameina tvenns konar fyrirliggjandi tækni, sem hvor bætir aðra upp, kann að mega lækka framleiðslukostnað eða framleiða betri vöru. Til að mynda getur staðið þannig á að framleiðslutæki fyrirtækis A skili miklum afköstum á klukkustund en noti tiltölulega mikið hráefni fyrir hverja framleidda einingu, en framleiðslutæki fyrirtækis B skili minni afköstum en noti tiltölulega lítið hráefni fyrir hverja framleidda einingu. Samvirkni á sér stað ef aðilarnir geta farið þá leið að setja upp sameiginlegt fyrirtæki með sameinuðum framleiðslutækjum A og B og náð þannig fram bæði auknum afköstum og minni hráefnisnotkun fyrir hverja framleidda einingu. Svipað á við ef eitt fyrirtæki hefur náð hámarksnýtingu í einum lið virðisaukakeðjunnar og annað fyrirtæki hámarksnýtingu í öðrum lið

keðjunnar, en þá kann sameining rekstrarins að leiða til sparnaðar. Í fyrirtæki A getur til dæmis verið að finna framleiðslubúnað með mikilli sjálfvirkni sem leiðir til lítills framleiðslukostnaðar við hverja einingu en í fyrirtæki B skilvirkt pantanakerfi. Kerfið gerir kleift að sníða framleiðsluna að eftirspurn neytenda, tryggja afhendingu á réttum tíma og draga úr birgðakostnaði og kostnaði vegna affalla. Með því að leggja saman eignir sínar kunna fyrirtæki A og B að geta lækkað kostnað.

66. Kostnaðarhagræðing getur líka náðst fram með stærðarhagkvæmni, þ.e. með því að kostnaður af hverri framleiddri einingu lækki með aukinni framleiðslu. Eftirfarandi er dæmi um þetta: Fjárfestingar í búnaði og öðrum eignum verða oft að eiga sér stað í samstæðum sem ógermingur er að skipta upp. Ef fyrirtæki getur ekki nýtt sér slíka samstæðu til fulls verður meðaltilkostnaður þess hærri en ef svo hefði verið. Til að mynda er kostnaður við rekstur flutningabifreiðar nánast hinn sami óháð því hvort hún er nær tóm, hálfnýtt eða fullnýtt. Samningar, sem fyrirtæki gera í því skyni að sameina flutningastarfsemi sína, geta gert þeim kleift að bæta nýtingu flutningatækja og fækka bifreiðum í rekstri. Aukin stærð kann einnig að leiða til betri verkaskiptingar og þannig lækkunar á kostnaði við hverja einingu. Fyrirtæki geta náð fram stærðarhagkvæmni í öllum liðum virðisaukakeðjunnar, m.a. í rannsóknnum og þróunarstarfsemi, framleiðslu, dreifingu og markaðsvinnu. Lærð hagkvæmni er skyld tegund hagræðingar. Aukin reynsla af notkun tiltekins framleiðsluferlis eða af því að vinna tiltekið verk getur leitt til aukinnar framleiðni vegna þess að skilvirkni í framleiðsluferlinu eykst eða verkið er unnið hraðar.
67. Samlegðarhagkvæmni er önnur leið til að ná fram kostnaðarhagræðingu og á sér stað þegar fyrirtæki ná fram sparnaði með því að framleiða mismunandi vörur úr sömu aðföngum. Hagræðing af því tagi getur verið afleiðing af því að nota má sömu íhluti og sömu framleiðslutæki og starfsmenn til að framleiða margvíslegar vörur. Samlegðarhagkvæmni getur komið fram með svipuðum hætti í vörudreifingu þegar nokkrum vörutegundum er dreift með sömu bifreiðum. Til að mynda geta fyrirtæki, sem framleiða annars vegar frystar flatbökur og hins vegar frosið grænmeti, náð fram samlegðarhagkvæmni með því að dreifa vörum sínum sameiginlega. Í báðum tilvikum er um að ræða vörur sem dreifa verður í kælibifreiðum og sennilegt er að skörun neytendahópanna sé veruleg. Með því að sameina reksturinn geta framleiðendurnir tveir lækkað dreifingarkostnað við hverja einingu sem dreift er.
68. Hagræðing í mynd lækkaðs kostnaðar getur einnig verið afleiðing samninga sem gera kleift að skipuleggja framleiðslu betur og draga þannig úr þörfinni á kostnaðarsömu birgðahaldi og auka nýtingu framleiðslutækja. Hagræðing af þessu tagi getur til dæmis verið afleiðing tímastilltra innkaupa (e. *just-in-time purchasing*), þ.e. þeirri skuldbindingu birgis, sem selur íhluti, að útvega kaupanda í sífellu vörur í samræmi við þarfir hans en þannig þarf kaupandinn ekki að viðhalda umtalsverðum birgðum af íhlutum sem hæglega geta orðið úreltir. Sparnað getur einnig leitt af samningum sem gera aðilunum kleift að hagræða í framleiðslu sinni á öllum framleiðslustöðum.

3.2.2.2 Gæðahagræðing

69. Samningar milli fyrirtækja geta leitt til ýmiss konar hagræðingar sem lýtur að gæðum og skiptir máli um beitingu 3. mgr. 53. gr. Í sumum tilvikum eru helstu hagræðingarferi samningsins ekki fölgín í lækkun kostnaðar, heldur auknum gæðum og annarri gæðahagræðingu. Eftir því sem við á í einstökum tilvikum getur slík hagræðing því verið jafnmikilvæg og kostnaðarhagræðingin eða enn mikilvægari.
70. Tæknilegar framfarir eru ómissandi og öflugur þáttur í efnahagslífinu og skapa þar umtalsverðan ávinning í mynd nýrrar eða endurbættrar vöru og þjónustu. Samstarf fyrirtækja getur gert þeim kleift að ná fram hagræðingu sem engin leið hefði verið að koma á án hins samkeppnishamlandi samnings eða þá aðeins miklu síðar eða með herra tilkostnaði. Slík hagræðing er mikilvæg uppspretta efnahagslegs ávinnings sem fellur undir fyrsta skilyrði 3. mgr. 53. gr. Meðal samninga, sem geta leitt til hagræðingar af þessu tagi, er helst að nefna samninga um rannsóknir og þróunarstarf. Dæmi um þetta væri ef A og B stofnuðu sameiginlegt fyrirtæki um þróun á hólfskiptum hjólbörðum ásamt framleiðslu á þeim ef vel tækist til. Þó að eitt hólf hjólbarðans springi þáð ekki áhrif á önnur hólf og því er engin hætta á að hjólbarðinn falli saman þegar gat kemur á hann. Hjólbarðinn er þannig öruggari en hefðbundnir hjólbarðar. Þetta þýðir einnig að

engin þörf er á að skipta tafarlaust um hjólbarða og varahjólbarði verður því óþarfur. Báðar þessar tegundir hagræðingar teljast hlutlægur ávinningur í skilningi fyrsta skilyrðis 3. mgr. 53. gr.

71. Á sama hátt og sparnaður getur hlotist af því að leggja saman mismunandi eignir sem bæta hver aðra upp getur slík sameining eigna einnig skapað samvirkni sem leiðir til gæðahagræðingar. Sameining framleiðslutækja getur til að mynda leitt til framleiðslu á betri vörum eða vörum sem hafa nýstárlega eiginleika. Þetta getur til að mynda átt við um nytjaleyfissamninga svo og samninga um sameiginlega framleiðslu á nýrri eða endurbættri vöru eða þjónustu. Nytjaleyfissamningar geta einkum tryggt hraðari útbreiðslu nýrrar tækni á Evrópska efnahagssvæðinu og gert leyfishöfum kleift að koma á framfæri nýjum vörum eða nýta sér nýja framleiðslutækni sem leiðir til aukinna gæða. Samningar um sameiginlega framleiðslu geta einkum opnað skjótari og ódýrari leiðir til að koma nýrri eða endurbættri vöru eða þjónustu á markað (⁷²). Í fjarskiptageiranum hefur til dæmis verið talið að samstarfssamningar hafi leitt til hagræðingar með því að koma nýrri heimsvíðri þjónustu á framfæri hraðar en ella hefði verið (⁷³). Í fjármálageiranum hefur einnig verið talið að samstarfssamningar, sem gerðu kleift að bjóða betri aðferðir til að senda greiðslur milli landa, hafi leitt til hagræðingar sem falli undir fyrsta skilyrði 3. mgr. 53. gr. (⁷⁴).
72. Dreifingarsamningar geta einnig leitt til gæðahagræðingar. Sérhæfðir dreifendur kunna til dæmis að geta veitt þjónustu sem hentar þörfum viðskiptavina betur eða boðið hraðari afgreiðslu eða betri gæðatryggingu í allri dreifingarkeðjunni (⁷⁵).

3.3 Þriðja skilyrði 3. mgr. 53. gr.: Hömlurnar verða að vera ómissandi

73. Samkvæmt þriðja skilyrði 3. mgr. 53. gr. má samkeppnishamlandi samningur ekki fela í sér samkeppnishömlur aðrar en þær sem eru ómissandi til að hagræðing samkvæmt viðkomandi samningi náist fram. Þetta skilyrði felur í sér prófun í tveimur liðum. Í fyrsta lagi verða að vera skynsamleg rök fyrir því að samningurinn, sem hamlar samkeppni, sé nauðsynlegur sem slíkur til að hagræðingin náist fram. Í öðru lagi verða einnig að vera skynsamleg rök fyrir því að einstakar samkeppnishömlur, sem leiðir af samningnum, séu nauðsynlegar til að hagræðingin náist fram.
74. Í tengslum við þriðja skilyrði 3. mgr. 53. gr. ræður það úrslitum hvort samningurinn, sem hamlar samkeppni, og einstakar samkeppnishömlur leiða til aukinnar hagkvæmni í viðkomandi starfsemi frá því sem líklegt er að verið hefði ef samningurinn eða samkeppnishömlurnar hefðu ekki komið til. Hér er ekki spurt hvort horfið hefði verið frá samningsgerðinni ef samkeppnishömlurnar hefðu ekki verið fyrir hendi heldur hvort samningurinn eða samkeppnishömlurnar leiða til meiri hagræðingar en verið hefði ef samningurinn eða samkeppnishömlurnar hefðu ekki komið til (⁷⁶).
75. Samkvæmt fyrra lið prófunarinnar, sem þriðja skilyrði 3. mgr. 53. gr. felur í sér, verður hagræðingin að tengjast viðkomandi samningi með sértækum hætti í þeim skilningi að henni verði ekki náð eftir neinum þeim liðum öðrum sem eru færar í efnahagslegum skilningi og fela í sér vægari samkeppnishömlur. Þegar síðastnefnda atriðið er metið verður að hafa hliðsjón af markaðsskilyrðum og viðskiptaumhverfi sem samningsaðilarnir búa við. Ekki er ætlast til þess að fyrirtæki, sem vilja njóta ákvæða 3. mgr. 53. gr., velti fyrir sér upphugsuðum eða fræðilegum valkostum. Eftirlitsstofnun EFTA ber ekki brigður á viðskiptavit aðilanna. Afskipti hennar verða bundin við aðstæður þar sem skynsamlegt má telja að aðrir raunhæfir og aðgengilegir kostir séu til. Aðilunum verður aðeins gert að skýra og sýna fram á hvers vegna merkjanlega minni hagræðing yrði af slíkum valkostum, þótt þeir virðist bæði raunhæfir og fela í sér miklu vægari samkeppnishömlur.
76. Hér skiptir einkum máli hvort aðilarnir hefðu getað náð fram jafnmikilli hagræðingu með öðrum og minna samkeppnishamlandi samningi, að teknu fullu tilliti til aðstæðna í hverju einstöku máli, og þá hvenær líklegt er að þeir hefðu getað náð fram þeirri hagræðingu. Einnig getur reynst nauðsynlegt að rannsaka hvort aðilarnir hefðu getað náð hagræðingunni fram hver um sig. Þegar hin meinta hagræðing er fólgin í lækkuðum kostnaðar vegna stærðar- eða samlegðarhagkvæmni verða hlutaðeigandi fyrirtæki til að mynda að skýra og rökstyðja hvers vegna ólíklegt sé að sama hagræðing hefði náðst með innra vexti fyrirtækjanna og verðsamkeppni. Þegar þetta er metið er rétt að taka til greina, meðal annars, hvert sé minnsta hagkvæma framleiðslumagn á viðkomandi markaði. Minnsta hagkvæma framleiðslumagn er það framleiðslumagn sem er nauðsynlegt til að

(⁷²) Sjá t.d. ákvörðun framkvæmdastjórnarinnar í málinu GEAE/P&W, Stjtið. EB L 58, 3.3.2000, bls. 16, í málinu British Interactive Broadcasting/Open, Stjtið. EB L 312, 6.12.1999, bls. 1, og í málinu Asahi/Saint-Gobain, Stjtið. ESB L 354, 31.12.2004, bls. 87.

(⁷³) Sjá t.d. ákvörðun framkvæmdastjórnarinnar í málinu Atlas, Stjtið. EB L 239, 19.9.1996, bls. 23, og í málinu Phoenix/Global One, Stjtið. EB L 239, 19.9.1996, bls. 57.

(⁷⁴) Sjá t.d. ákvörðun framkvæmdastjórnarinnar í málinu Uniform Eurocheques, Stjtið. EB L 35, 7.2.1985, bls. 43.

(⁷⁵) Sjá t.d. ákvörðun framkvæmdastjórnarinnar í málinu Cégétel + 4, Stjtið. EB L 88, 31.3.1999, bls. 26.

(⁷⁶) Að því er varðar fyrra atriðið, sem getur haft vægi í tengslum við ákvæði 1. mgr. 53. gr., sjá 18. nmgr. hér á undan.

halda meðaltilkostnaði í lágmarki og nýta stærðarhagkvæmni til fulls ⁽⁷⁷⁾. Eftir því sem minnsta hagkvæma framleiðslumagn er meira í samanburði við núverandi framleiðslu hjá hvorum samningsaðila, þeim mun líklegra er að hagræðingin verði talin tengjast samningnum með sértækum hætti. Þegar um ræðir samninga, sem leiða til verulegrar samvirkni með því að leggja saman eignir og getu sem bæta hver aðra upp, gerir sjálft eðli hagræðingarinnar það að verkum að ganga má út frá því sem vísu að samningurinn sé nauðsynlegur til að hagræðingin komi fram.

77. Varpa má ljósi á þessar grundvallarreglur með eftirfarandi upphugsuðu dæmi:

A og B leggja saman framleiðslutækni hvors aðila um sig í sameiginlegu fyrirtæki í því skyni að auka framleiðslu og minnka hráefnisnotkun. Sameiginlega fyrirtækið fær sérleyfi til að nýta framleiðslutækni hvors um sig. Aðilarnir flytja framleiðslutæki, sem fyrir eru, yfir í sameiginlega fyrirtækið. Þeir flytja þangað einnig mikilvægustu starfsmenn sína til þess að tryggja áframhaldandi nýtingu og þróun þeirrar lærðu hagkvæmni sem fyrir er í fyrirtækjunum. Áætlað er að slík hagkvæmni geti minnkað framleiðslukostnað um 5% til viðbótar. Framleiðsla sameiginlega fyrirtækisins fer til sjálfstæðrar sölu hjá A og B. Vegna skilyrðisins um að hömlurnar verði að vera ómissandi er nauðsynlegt í þessu tilviki að meta hvort unnt væri að ná fram verulegum hluta ávinningsins með nytjaleyfissamningi, sem væri að öllum líkindum minna samkeppnishamlandi sökum þess að A og B myndu þá halda framleiðslu áfram hvor í sínu lagi. Við þær aðstæður, sem hér hefur verið lýst, er þetta ólíklegt, því að nytjaleyfissamningur myndi ekki gera aðilunum kleift að nýta sér með sama hnökralausa og samfellda hætti reynslu hvors um sig af rekstri tvenns konar mismunandi tækni þannig að leiddi til verulegrar lærðrar hagkvæmni.

78. Þegar sú niðurstaða er fengin að viðkomandi samningur sé nauðsynlegur til þess að hagræðingin komi fram verður að meta hvort einstakar samkeppnishömlur, sem leiðir af samningnum, séu ómissandi. Í þessu tilliti ber að meta hvort skynsamleg rök séu fyrir því að einstakar samkeppnishömlur séu nauðsynlegar til þess að hagræðingin náist fram. Samningsaðilarnir verða að rökstyðja fullyrðingar sínar bæði að því er varðar eðli einstakra samkeppnishamla og hversu langt þær gangi.

79. Samkeppnishömlur eru ómissandi ef þannig stendur á að án þeirra yrði engin eða miklu minni hagræðing af samningnum, eða miklu minni líkur á því að hún kæmi fram. Þegar aðrir valkostir eru metnir verður að taka tillit til þeirrar raunverulegu og hugsanlegu eflingar samkeppni sem leiðir af því að tiltekna samkeppnishömlur falli niður eða aðrar vægari komi í stað þeirra. Því harkalegri sem samkeppnistakmörkun er, þeim mun strangari verður prófunin samkvæmt þriðja skilyrðinu ⁽⁷⁸⁾. Ólíklegt er að hömlur, sem eru bannaðar sérstaklega í ákvæðum um hópundanþágur eða flokkaðar sem harkalegar hömlur í leiðbeiningum og tilkynningum Eftirlitsstofnunar EFTA, verði taldar ómissandi.

80. Mat á því hvort hömlur séu ómissandi fer fram með hliðsjón af þeim aðstæðum sem samningnum er beitt við í reynd og ber einkum að líta til uppbyggingar markaðarins, efnahagslegrar áhættu af samningnum og örvun sem aðilarnir búa við. Því meiri sem óvissan er um hvernig vörinni, sem samningurinn tekur til, muni vegna á markaði, þeim mun meiri kunna hömlurnar að þurfa að vera til að tryggja að hagræðingin komi fram. Hömlurnar geta einnig verið ómissandi til þess að aðilarnir búi við sambærilega örvandi þætti og til þess að tryggja að þeir vinni að framkvæmd samningsins af einbeitni. Hömlur geta til að mynda reynst nauðsynlegar til að forðast ránsvanda (e. *hold-up problems*) eftir að einn aðila hefur lagt í umtalsverðar óafturkræfar fjárfestingar. Dæmi um þetta er að eftir að birgir hefur lagt í umtalsverðar sértækar fjárfestingar í því skyni að sjá viðskiptavini fyrir aðföngum er hann orðinn bundinn þeim viðskiptavini. Til þess að viðskiptavinnurinn geti ekki nýtt sér þessa stöðu birgisins eftir á til þess að ná hagstæðari kjörum getur reynst nauðsynlegt að gera honum skylt að kaupa íhlutinn ekki af þriðja aðila eða kaupa af birginum tiltekið lágmarksmagn af íhlutnum ⁽⁷⁹⁾.

⁽⁷⁷⁾ Stærðarhagkvæmni eru yfirleitt takmörk sett. Eftir að þeim takmörkum er náð jafnast meðaltilkostnaður út og hækkar að lokum af ástæðum á borð við takmarkaða framleiðslugetu og flöskuhálsa.

⁽⁷⁸⁾ Sjá í þessu tilliti 392.–395. mgr. dóms í málinu *Compagnie Générale Maritime* sem vísað er til í 59. nmgr.

⁽⁷⁹⁾ Um nánari upplýsingar sjá 116. mgr. leiðbeininganna um lóðréttar takmarkanir sem vísað er til í 6. nmgr.

81. Í sumum tilvikum geta hömlur verið ómissandi í tiltekinn tíma eingöngu, og gildir undanþága 3. mgr. 53. gr. þá aðeins í þann tíma. Þegar þetta er metið er nauðsynlegt að taka fyllsta tillit til þess hversu langan tíma aðilarnir þurfa til að ná fram hagræðingunni sem réttlætir að undanþáguákvæðinu sé beitt⁽⁸⁰⁾. Þegar þannig stendur á að ávinningur næst ekki fram án verulegra fjárfestinga verður einkum að taka tillit til þess tíma sem nauðsynlegur er til að tryggja viðunandi ávöxtun af þeirri fjárfestingu, sjá einnig 44. mgr. hér á undan.

82. Varpa má ljósi á þessar grundvallarreglur með eftirfarandi upphugsuðum dæmum:

P sinnir framleiðslu og dreifingu á frystum flatbökum og hefur 15% markaðshlutdeild í EES-ríkinu X. Dreift er beint til smásala. Þar eð flestir smásalar hafa takmarkað geymslurými er nauðsynlegt að dreifingarferðir til þeirra séu tiltölulega tíðar, með þeim afleiðingum að nýting flutningarýmis verður lítil og nota þarf tiltölulega litlar bifreiðar. T sinnir heildsölu á frystum flatbökum og öðrum frystivörum og dreifir vörum að mestu til sömu viðskiptavina og P. Flatbökuvörurnar, sem T dreifir, hafa 30% markaðshlutdeild. T hefur til umráða flota stærri bifreiða og umframflutningagetu. P gerir einkadreifingarsamning við T sem gildir í EES-ríkinu X og ábyrgist að dreifendur í öðrum EES-ríkjum muni ekki selja vörur sínar á markaðssvæði T, hvort heldur sem er virkri eða óvirkri sölu. T ábyrgist að vörurnar séu auglýstar, að fylgst sé með smekk neytenda og hversu ánægðir þeir eru með vörurnar og að öllum vörum sé dreift til smásala innan 24 stunda. Samningurinn leiðir til lækkunar á dreifingarkostnaði sem nemur 30% vegna betri nýtingar á flutningsrými og sökum þess að ekki þarf að aka tvisvar sömu leiðir. Samningurinn leiðir einnig til aukinnar þjónustu við neytendur. Hömlur á óvirkri sölu eru harkalegar hömlur samkvæmt hópundanþágu vegna lóðréttta takmarkana⁽⁸¹⁾ og geta aðeins talist ómissandi í óvenjulegum tilvikum. Traust markaðsstaða T og eðli skuldbindinganna, sem fyrirtækið tekur á sig, benda til þess að hér sé ekki um óvenjulegt tilvik að ræða. Aftur á móti er líklegt að bann við virkri sölu sé ómissandi. Líkur eru á að T búi við minni örvun til að selja og auglýsa vörumerki P ef dreifendur í öðrum EES-ríkjum geta stundað virka sölu í EES-ríkinu X og fært sér þannig markaðsstarf T í nyt endurgjaldslaust. Þetta á einkum við vegna þess að T dreifir einnig vörum keppinauta og á þess þannig kost að ýta fremur undir sölu á þeim vörum sem síst líða fyrir að aðrir nýti sér markaðsstarf hans.

S framleiðir kolsýrða gosdrykki og hefur 40% markaðshlutdeild. Markaðshlutdeild helsta keppinautarins er 20%. S gerir sölusamninga við viðskiptavinina sína sem samsvarar 25% af eftirspurn, og skuldbinda þeir sig til að kaupa vörurnar af S eingöngu um fimm ára skeið. S gerir samninga við aðra viðskiptavinina sem samsvarar 15% af eftirspurn, og veitir þeim afslátt ef inkaup þeirra á hverjum ársfjórðungi eru umfram tiltekið mark sem ákveðið er sérstaklega fyrir hvern og einn. S heldur því fram að samningarnir geri því kleift að segja fyrir um eftirspurn með meiri nákvæmni og skipuleggja þar með framleiðsluna betur, þannig að kostnaður við geymslu hráefna og fullbúinnar vöru lækki og komast megi hjá vöruskorti. Með hliðsjón af markaðsstöðu S og sameinuðu umfangi samkeppnishamlanna er afar ólíklegt að hömlurnar verði taldar ómissandi. Sú skuldbinding að kaupa eingöngu af einu fyrirtæki gengur lengra en nauðsynlegt er til að skipuleggja framleiðslu og sama má segja um afslátt sem bundinn er tilteknum inkaupum. Unnt er að sjá fyrir eftirspurn með aðferðum sem fela í sér vægari hömlur. S gæti til dæmis örvað viðskiptavinina til að panta mikið magn í einu með því að bjóða magnafslátt eða með því að bjóða afslátt þeim viðskiptavininum sem leggja fram fyrirfram staðfestar pantanir á vörum sem afgreiða skal tiltekna daga.

3.4 **Annað skilyrði 3. mgr. 53. gr.: Neytendur verða að njóta sanngjarnrar hlutdeildar**

3.4.1 *Almenn atriði*

83. Samkvæmt öðru skilyrði 3. mgr. 53. gr. skal veita neytendum sanngjarna hlutdeild í þeim ávinningi sem hlýst af hagræðingu á grundvelli samkeppnishamlandi samnings.

84. Hugtakið „neytendur“ nær yfir alla beina og óbeina notendur vörunnar sem samningurinn tekur til, m.a. framleiðendur sem nota vörurnar sem aðföng, heildsala, smásala og endanlega neytendur, þ.e. einstaklinga sem kaupa vörur í öðrum tilgangi en þeim sem telja má hluta af atvinnu þeirra eða starfi. Með öðrum orðum eru neytendur í skilningi 3. mgr. 53. gr. viðskiptavinir samningsaðilanna og þeir sem kaupa vörurnar síðar. Þessir viðskiptavinir geta verið fyrirtæki, til að mynda

⁽⁸⁰⁾ Sjá sameinuð mál T-374/94, *European Night Services o.fl.*, [1998] ECR II-3141, 230. mgr.

⁽⁸¹⁾ Sjá gerðina sem um getur í 2. lið XIV. viðauka við EES-samninginn (reglugerð (EB) nr. 2790/1999) um beitingu 3. mgr. 81. gr. sáttmálans gagnvart flokkum lóðrétttra samninga og samstilltra aðgerða, Stjtið. EB L 336, 29.12.1999, bls. 21 (í þeirri mynd sem hún var felld inn í EES-samninginn með ákvörðun sameiginlegu EES-nefndarinnar nr. 18/2000 frá 18. desember 2000, Stjtið. EB L 103, 12.4.2001, bls. 36).

kaupendur iðnvéla eða aðfanga til frekari vinnslu, eða endanlegir neytendur, til dæmis þeir sem kaupa mjólkurís til tafarlausrar neyslu eða reiðhjól.

85. Hugtakið „sanngjörn hlutdeild“ felur í sér að sá ávinningur, sem gengur til neytenda, verður að minnsta kosti að bæta þeim framkomin eða væntanleg neikvæð áhrif sem þeir verða fyrir vegna samkeppnishamla samkvæmt 1. mgr. 53. gr. Í samræmi við það meginmarkmið 53. gr. að koma í veg fyrir gerð samkeppnishamlandi samninga verða hrein áhrif af samningnum að vera að minnsta kosti svo hagstæð að þau viðhaldi óbreyttu ástandi frá sjónarmiði þeirra neytenda sem verða fyrir beinum áhrifum af samningnum eða líklegt er að verði fyrir áhrifum af honum ⁽⁸²⁾. Ef staða slíkra neytenda versnar vegna samningsins er öðru skilyrði 3. mgr. 53. gr. ekki fullnægt. Jákvæð áhrif af samningi verða að vega á móti neikvæðum áhrifum hans á neytendur og bæta þau upp ⁽⁸³⁾. Þegar þannig háttar til skaðast neytendur ekki af samningnum. Jafnframt kemur það samfélaginu í heild til góða ef hagræðingin leiðir annaðhvort til þess að minna þurfi að ganga á framleiðsluþætti til að framleiða neysluvöruna eða til þess að framleiddar séu verðmeiri vörur og nýting framleiðsluþátta verði þannig hagkvæmari.
86. Ekki er nauðsynlegt að neytendur fái hlutdeild í sérhverjum hagræðingarþætti sem flokkaður er undir fyrsta skilyrðið. Fullnægjandi er að nægilega mikill ávinningur gangi til neytenda til að bæta upp neikvæð samkeppnishamlandi áhrif samningsins. Þegar þannig stendur á fá neytendur sanngjarna hlutdeild í heildarávinningnum ⁽⁸⁴⁾. Ef líkur standa til að samkeppnishamlandi samningur leiði til verðhækkana verða neytendur að fá það bætt að fullu með auknum gæðum eða öðrum ávinningi. Að öðrum kosti er öðru skilyrði 3. mgr. 53. gr. ekki fullnægt.
87. Mestu skiptir hver heildaráhrifin eru á neytendur vöru á viðkomandi markaði, en ekki hver áhrifin eru á einstaklinga í þeim neytendahópi ⁽⁸⁵⁾. Í sumum tilvikum getur tekið nokkurn tíma áður en hagræðingin kemur fram og hugsanlegt er að á meðan hafi samningurinn eingöngu neikvæð áhrif. Sú staðreynd að nokkur tími líður áður en ávinningur gengur til neytenda merkir ekki eitt og sér að ekki sé unnt að beita ákvæðum 3. mgr. 53. gr. Eftir því sem lengri tími líður verður hagræðingin þó að vera meiri til að bæta einnig upp tap neytenda á tímanum sem líður áður en þeir fara að njóta ávinningsins.
88. Þegar þetta er metið verður að taka tillit til þess að framtíðarávinningur er neytendum ekki jafnmikils virði og ávinningur sem þeir njóta nú þegar. Sparnaður, sem nemur 100 evrum, er meira virði núna en ef hann kemur fram að ári. Framtíðarávinningur neytenda bætir þeim því ekki að fullu óhagræði í nútíð sem er hið sama að nafnvirði. Til þess að unnt sé að bera saman á viðeigandi hátt óhagræði neytenda í nútíð og framtíðarávinning þeirra er nauðsynlegt að reikna núvirði framtíðarávinningsins. Afreiknivextirnir, sem notaðir eru, verða að endurspegla verðbólguhraðann, eftir því sem við á, auk tapaðra vaxta, til þess að þjóna sem vísbending um lægra virði framtíðarávinnings.
89. Í öðrum tilvikum getur samningurinn gert aðilunum kleift að ná hagræðingunni fram fyrir en ella hefði verið unnt. Við slíkar aðstæður er nauðsynlegt að taka tillit til þess hvaða neikvæð áhrif á neytendur er líklegt að fram komi á viðkomandi markaði þegar þetta upphaflega tímabil er að baki. Ef aðilarnir öðlast sterka stöðu á markaði fyrir tilstuðlan hins samkeppnishamlandi samnings er hugsanlegt að þeir geti sett upp markvert hærra verð en ella hefði verið. Til þess að öðru skilyrði 3. mgr. 53. gr. sé fullnægt verður ávinningur neytenda af því að fá aðgang að vörunum fyrir að vega jafnþungt. Þannig getur staðið á, svo dæmi sé tekið, þegar samningur gerir tveimur hjólbarðaframleiðendum kleift að setja á markað þremur árum fyrir en ella nýjan, umtalsvert öruggari hjólbarða en eykur jafnframt markaðsstyrk þeirra og gerir þeim kleift að hækka verð um 5%. Í tilviki sem þessu er sennilegt að það vegi þyngra en verðhækkunin að neytendur öðlast fyrir en ella aðgang að vöru sem hefur verið endurbætt verulega.
90. Stigsmunur er innbyggður í annað skilyrði 3. mgr. 53. gr. Því meiri sem samkeppnishömlurnar teljast vera samkvæmt 1. mgr. 53. gr. þeim mun meiri verður hagræðingin að vera og sá ávinningur sem gengur til neytenda. Þessi nálgun á grundvelli stigsmunar felur í sér að séu samkeppn-

⁽⁸²⁾ Sjá í þessu tilliti dóm í málinu Consten og Grundig sem vísað er til í 23. nmgr., en þar komst Dómstóll Evrópubandalaganna að þeirri niðurstöðu að þegar framleiðsla eða vörudreifing er bætt í skilningi fyrsta skilyrðis 3. mgr. 81. gr. EB-sáttmálans verði að vera í því fölginn markverður hlutlægur ávinningur sem sé þess eðlis að bæta upp ókosti sem koma fram á sviði samkeppni.

⁽⁸³⁾ Hér skal rífað upp að yfirleitt er leitast við að jafna jákvæð og neikvæð áhrif á neytendur innan hvers viðkomandi markaðar (sbr. 43. mgr. hér á undan).

⁽⁸⁴⁾ Sjá í þessu tilliti 48. mgr. dóms í málinu Metro (I) sem vísað er til í 56. nmgr.

⁽⁸⁵⁾ Sjá 163. mgr. dóms í Shaw-málinu sem vísað er til í 58. nmgr.

ishamlandi áhrif samnings tiltölulega lítil og hagræðingin veruleg er sennilegt að sanngjörn hlutdeild í sparnaðinum gangi til neytenda. Í slíkum tilvikum er því að jafnaði ekki nauðsynlegt að takast á hendur ítarlega greiningu á öðru skilyrði 3. mgr. 53. gr., að því tilskildu að fullnægt sé hinum þremur skilyrðunum fyrir beitingu þess ákvæðis.

91. Séu samkeppnishamlandi áhrif samningsins aftur á móti veruleg og sparnaður tiltölulega lítill er afar ósennilegt að öðru skilyrði 3. mgr. 53. gr. sé fullnægt. Áhrif samkeppnishamlanna ráðast af því hversu langt þær ganga og hversu virk samkeppnin er eftir að samningurinn er kominn á.
92. Ef samningurinn hefur bæði veruleg samkeppnishamlandi og veruleg samkeppnisörvandi áhrif er nauðsynlegt að fram fari vandleg greining. Þegar jákvæð og neikvæð áhrif eru vegin saman í slíkum tilvikum verður að líta til þess að samkeppni er mikilvæg örvun til hagræðingar og nýsköpunar þegar til langs tíma er litið. Fyrirtæki, sem njóta ekki skilvirks samkeppnisaðhalds – til að mynda markaðsráðandi fyrirtæki – búa við minni örvun til að viðhalda hagræðingunni eða auka hana. Því meiri áhrif sem samningurinn hefur á samkeppni þeim mun sennilegra er að hann bitni á hag neytenda þegar fram í sækir.
93. Í eftirfarandi tveimur undirköflum er lýst í meiri smáatriðum greiningarreglum sem nota má til að meta hvort ávinningur af hagræðingu hafi gengið til neytenda. Fyrri undirkaflinn snýst um kostnaðarhagræðingu, en í þeim sem á eftir kemur er fjallað um annars konar hagræðingu, til dæmis nýjar eða endurbættar vörur (gæðahagræðingu). Reglurnar, sem gerð er grein fyrir í þessum tveimur undirköflum, eru sérstaklega mikilvægar í þeim tilvikum að ekki er augljóst við fyrstu athugun að samkeppnishamlandi áhrif vegi þyngra en ávinningur neytenda, eða öfugt ⁽⁸⁶⁾.
94. Þegar Eftirlitsstofnun EFTA beitir grundvallarreglunum sem fjallað er um hér á eftir mun hún hafa hliðsjón af því að í mörgum tilvikum er erfitt að reikna nákvæmlega út í hvaða hlutfalli ávinningur gengur til neytenda og á hvaða hátt annan ávinningur getur runnið til neytenda. Fyrirtæki þurfa aðeins að rökstyðja fullyrðingar sínar með áætluðum tölum og öðrum gögnum eftir því sem unnt er að krefjast með skynsamlegum rökum, að teknu tilliti til aðstæðna í einstökum tilvikum.

3.4.2 Hlutdeild neytenda í kostnaðarhagræðingu og vægi hennar á móti samkeppnishömlum

95. Þegar ekki ríkir fullkomin samkeppni á markaði, eins og oftast er raunin, geta fyrirtæki haft áhrif á markaðsverð að meira eða minna leyti með breytingum á framboði sínu ⁽⁸⁷⁾. Þau kunna einnig að geta mismunað neytendum í verði.
96. Kostnaðarhagræðing getur í sumum tilvikum leitt til aukins framboðs og lægra verðs gagnvart viðkomandi neytendum. Ef hlutaðeigandi fyrirtæki geta í krafti kostnaðarhagræðingarinnar aukið hagnað sinn með meira framboði getur ávinningur gengið til neytenda. Við mat á því í hvaða mæli sennilegt er að kostnaðarhagræðing gangi til neytenda og á niðurstöðu prófunarinnar þar sem jákvæð og neikvæð áhrif eru vegin saman samkvæmt 3. mgr. 53. gr. koma einkum til athugunar eftirtalin atriði:
 - a) Einkenni og uppbygging markaðarins
 - b) Eðli og umfang hagræðingarinnar
 - c) Sveigjanleiki eftirspurnar
 - d) Umfang samkeppnishamlanna

Að jafnaði verður að huga að öllum þessum þáttum. Þegar litið er til þess að ákvæði 1. mgr. 53. gr. gilda aðeins þegar merkjanlegar hömlur eru á samkeppni á markaðnum, sjá 24. mgr. hér á undan, verður ekki gengið að því vísu að sú samkeppni, sem enn á sér stað, tryggi að neytendur njóti sanngjarnrar hlutdeildar í ávinningnum. Það hversu mikil samkeppni er enn á markaðnum, og eðli þeirrar samkeppni, hefur þó áhrif á líkurnar á því að ávinningur gangi til neytenda.

⁽⁸⁶⁾ Í eftirfarandi undirköflum er hugtakið hærra verð notað til hagræðis um skaða með tilliti til samkeppni; slíkur skaði gæti einnig komið fram í lakari gæðum, minni fjölbreytni eða minni nýsköpun en ella hefði verið.

⁽⁸⁷⁾ Á mörkuðum með fullkominni samkeppni taka einstök fyrirtæki því verði sem býðst. Þau selja vörur sínar á markaðsverði, en það ræðst af framboði og eftirspurn í heild. Framleiðsla einstakra fyrirtækja er svo lítil að breytingar á framleiðslu einstaks fyrirtækis hafa ekki áhrif á markaðsverðið.

97. Eftir því sem samkeppnin, sem enn á sér stað, er meiri þeim mun sennilegra er að einstök fyrirtæki reyni að auka sölu hjá sér með því að láta kostnaðarhagræðingu ganga til neytenda. Ef aðallega er um verðsamkeppni að ræða milli fyrirtækja og þau geta aukið framleiðslu sína án markverðra hindrana getur ávinningur gengið tiltölulega hratt til neytenda. Ef samkeppnin lýtur aðallega að framleiðslumagni og breytingar á framleiðslugetu taka nokkurn tíma líður lengra áður en ávinningur gengur til neytenda. Sömu leiðis er líklegt að það gerist hægar þegar uppbygging markaðarins er með þeim hætti að stuðli að þöglu samráði fyrirtækja ⁽⁸⁸⁾. Ef keppinautar eru líklegir til að beita gagnráðstöfunum til að mæta auknu framboði frá einum eða fleiri samningsaðilum getur það dregið úr örvun til að auka framleiðslu nema samkeppnisyfirburðir, sem leiðir af hagræðingunni, séu nógu miklir til að örva viðkomandi fyrirtæki til að vikja frá þeirri sameiginlegu stefnu sem aðilar að fákeppnismarkaðnum hafa tekið. Með öðrum orðum getur hagræðing, sem af samningnum leiðir, breytt hlutaðeigandi fyrirtækjum í svonefnda „einfara“ ⁽⁸⁹⁾.
98. Eðli hagræðingarinnar hefur einnig mikið að segja. Samkvæmt hagfræðikenningum leitast fyrirtæki við að ná hámarkshagnaði með því að selja framleiðslueiningar þar til jaðartekjur eru jafnháar jaðarkostnaði. Jaðartekjur eru sú breyting á heildartekjum sem leiðir af sölu einnar framleiðslueiningar í viðbót og jaðarkostnaður er sú breyting á heildarkostnaði sem fylgir framleiðslu á einni framleiðslueiningu í viðbót. Af þessari grundvallarreglu leiðir að fyrirtæki, sem leitast við að hámarka hagnað, lætur ákvarðanir sínar um framleiðslu og verðlagningu að jafnaði ekki ráðast af föstum kostnaði (þ.e. kostnaði sem breytist ekki með framleiðslumagni) heldur af breytilegum kostnaði (þ.e. kostnaði sem breytist með framleiðslumagni). Eftir að lagt hefur verið í fastan kostnað og framleiðslugeta liggur fyrir ráðast ákvarðanir um verðlagningu og framleiðslu af breytilegum kostnaði og eftirspurn. Dæmi um þetta er þegar tvö fyrirtæki framleiða hvort um sig tvær vörur í tveimur framleiðslukerfum sem aðeins nýtast að hálfu. Með samningi um sérhæfingu kunna fyrirtækin tvö að geta sérhæft sig í framleiðslu annarrar vörunnar og losað sig við framleiðslukerfið sem er notað fyrir hina vöruna. Jafnframt kann sérhæfingin að gera fyrirtækjunum kleift að draga úr breytilegum aðfang- og birgðakostnaði. Bein áhrif á ákvarðanir fyrirtækjanna um verðlagningu og framleiðslumagn koma aðeins fram vegna síðarnefnda sparnaðarins enda hefur hann áhrif á jaðarkostnað framleiðslunnar. Þó að hvort fyrirtækjanna um sig losi sig við annað framleiðslukerfið minnkar það ekki breytilegan kostnað þeirra og hefur ekki áhrif á framleiðslukostnaðinn. Af þessu leiðir að fyrirtæki geta búið við beina örvun til að láta hagræðingu, sem dregur úr jaðarkostnaði, ganga til neytenda í mynd aukins framboðs og lægra verðs, þó að þau búi ekki við beina örvun af því tagi til hagræðingar sem dregur úr föstum kostnaði. Þess vegna standa meiri líkur til að neytendur öðlist sanngjarna hlutdeild í kostnaðarhagræðingu þegar um ræðir lækkuð breytilegs kostnaðar en þegar um ræðir lækkuð á föstum kostnaði.
99. Þeirri staðreynd að fyrirtæki geta búið við örvun til að láta tiltekna tegundir kostnaðarhagræðingar ganga til neytenda fylgir ekki að það hljóti að gerast í hlutfallinu 100 %. Hvaða hlutfall sparnaðarins gengur til neytenda ræðst af því hvernig þeir bregðast við verðbreytingum, þ.e. af sveigjanleika eftirspurnar. Því meira sem eftirspurnin eykst við verðlækkun þeim mun herra hlutfall gengur til neytenda. Þetta leiðir af þeirri staðreynd að því meiri sem söluaukningin er í kjölfar verðlækkunar sökum aukins framboðs, þeim mun líklegra er að sú söluaukning vegi upp tekjutap vegna lægra verðs sem stafar af auknu framboði. Ef ekki er um verðmismunun að ræða hefur verðlækkunin áhrif á allar framleiðslueiningar sem fyrirtækið selur, og jaðartekjurnar eru þá lægri en verðið sem fæst fyrir jaðarvöruna. Ef hlutaðeigandi fyrirtæki geta selt vöruna á mismunandi verði til mismunandi viðskiptavina, þ.e. beitt verðmismunun, gengur ávinningurinn að jafnaði aðeins til þeirra neytenda sem láta verð ráða kaupum ⁽⁹⁰⁾.
100. Taka verður tillit til þess einnig að oft hefur hagræðing ekki áhrif á kostnaðaruppbyggingu viðkomandi fyrirtækja í heild. Þegar þannig stendur á verða áhrifin á verð til neytenda minni. Dæmi um þetta er að ef samningur gerir aðilum kleift að lækka framleiðslukostnað um 6 %, en framleiðslukostnaður er aðeins þriðjungur þess kostnaðar sem notaður er sem grundvöllur verðákvörðunar, þá eru áhrifin á vöruverðið 2 %, ef gert er ráð fyrir að öll fjárhæðin gangi til neytenda.

⁽⁸⁸⁾ Fyrirtæki hafa með sér þöglu samráð þegar þau geta nýtt sér fákeppnismarkað til að samræma markaðsaðgerðir sínar án þess að gera með sér formlegan samráðssamning.

⁽⁸⁹⁾ Þetta hugtak vísar til fyrirtækja sem veita verðaðhald öðrum fyrirtækjum á markaðnum sem að öðrum kosti hefðu getað haft með sér þöglu samráð.

⁽⁹⁰⁾ Samningurinn, sem hamlar samkeppni, getur jafnvel gert hlutaðeigandi fyrirtækjum kleift að láta neytendur með litinn eftirspurnarsveigjanleika borga herra verð.

101. Að lokum, og hér er um afar mikilvægt atriði að ræða, er nauðsynlegt að veða saman þau tvö gagnverkandi öfl sem eru fölgin í samkeppnishömlum annars vegar og kostnaðarhagræðingu hins vegar. Annars vegar gerir aukinn markaðsstyrkur, sem stafar af samkeppnishamlandi samningi, fyrirtækjunum kleift að hækka verð og örvar þau til þess. Hins vegar geta þær tegundir kostnaðarhagræðingar, sem eru teknar til greina, örvað hlutaðeigandi fyrirtæki til að lækka verð, sjá 98. mgr. hér á undan. Nauðsynlegt er að veða áhrif þessara tveggja gagnverkandi afla hvor á móti öðrum. Í þessu tilliti er vísað til þess að stigsmunur er innbyggður í skilyrðið um að ávinningur gangi til neytenda. Ef samningurinn leiðir til þess að verulega dragi úr því samkeppnisáhdhaldi sem aðilarnir búa við þarf að jafnaði að koma til gríðarlega mikil kostnaðarhagræðing til að nægilega hátt hlutfall gangi áfram til neytenda.

3.4.3 *Hlutdeild neytenda í öðrum tegundum hagræðingar og vægi þeirra á móti samkeppnishömlum*

102. Haggræðing getur einnig gengið til neytenda í mynd gæðahagræðingar, á borð við nýjar og endurbættar vörur, sem er neytendum nægilega mikils virði til að bæta þeim upp samkeppnishamlandi áhrif samningsins, svo sem verðhækkun.

103. Gildisdómar eru óhjákvæmilegur hluti mats af þessu tagi. Ekki er auðvelt að áætla nákvæmt virði kvikrar hagræðingar af þessu tagi. Grundvallarmarkmið matsins er þó hið sama, þ.e. að leiða í ljós heildaráhrif samningsins á neytendur á viðkomandi markaði. Fyrirtæki, sem vilja njóta ákvæða 3. mgr. 53. gr., verða að rökstyðja að neytendur njóti ávinnings til mótvægis (sjá í þessu tilliti 57. og 86. mgr. hér á undan).

104. Það er mikilvægur þáttur í hag neytenda að geta haft aðgang að nýjum og endurbættum vörum. Að því gefnu að virðisauki af slíkum endurbótum vegi þyngra en skaðinn af því að verð haldist óbreytt eða hækki vegna samkeppnishamlandi samnings eru neytendur betur settir en ef samningurinn hefði ekki komið til og að jafnaði er þannig fullnægt skilyrði 3. mgr. 53. gr. um að ávinningur skuli ganga til neytenda. Í þeim tilvikum að líkleg áhrif samningsins eru hækkað verð til neytenda á viðkomandi markaði verður að meta vandlega hvort meint hagræðing færir neytendum á þeim markaði raunverulegan ávinning sem vegur upp óhagfelld áhrif af samkeppnishömlunum.

3.5 **Fjórða skilyrði 3. mgr. 53. gr.: Ekki má koma í veg fyrir samkeppni**

105. Samkvæmt fjórða skilyrði 3. mgr. 53. gr. má samningurinn ekki gefa fyrirtækjunum færi á að koma í veg fyrir samkeppni að því er varðar verulegan hluta framleiðsluvaranna sem um er að ræða. Á endanum gengur verndun samkeppni og samkeppnisferlisins fyrir þeirri samkeppnisörvandi hagræðingu sem hugsanlega getur stafað af samkeppnishamlandi samningum. Lokaskilyrði 3. mgr. 53. gr. felur í sér viðurkenningu á því að samkeppni fyrirtækja hefur grundvallarþýðingu þegar kemur að efnahagslegri skilvirkni, þar á meðal þeirri kviku hagræðingu sem er fölgin í nýsköpun. Með öðrum orðum er endanlegt markmið með ákvæðum 53. gr. að vernda samkeppnisferlið. Þegar komið er í veg fyrir samkeppni stöðvast samkeppnisferlið og hvers kyns hagur af hagræðingu til skamms tíma verður minni en tap til lengri tíma sem stafar meðal annars af útgjöldum fyrirtækisins sem fyrir er af því að viðhalda stöðu sinni (rentusókn), misráðstöfun framleiðsluþátta, minni nýsköpun og herra verði.

106. Hugmyndin, sem kemur fram í 3. mgr. 53. gr. um að koma í veg fyrir samkeppni að því er varðar verulegan hluta framleiðsluvaranna sem um er að ræða, tengist í EES-rétti sérstaklega 3. mgr. 53. gr. ⁽⁹¹⁾. Þegar þessu hugtaki er beitt er þó nauðsynlegt að taka tillit til tengslanna milli ákvæða 53. gr. og ákvæða 54. gr. Ákvæði 3. mgr. 53. gr. geta ekki staðið í vegi fyrir því að ákvæðum 54. gr. EES-samningsins sé beitt ⁽⁹²⁾. Jafnframt er það svo að þar eð bæði 53. og 54. gr. hafa það markmið að viðhalda virkri samkeppni á markaðnum er óhjákvæmilegt með tilliti til samkvæmni að túlka ákvæði 3. mgr. 53. gr. þannig að þeim verði ekki beitt gagnvart samkeppnishamlandi samningum sem fela í sér misnotkun á markaðsráðandi stöðu ⁽⁹³⁾ ⁽⁹⁴⁾. Ekki fela þó allir sam-

⁽⁹¹⁾ Varðar einnig sérstaklega 3. mgr. 81. gr. EB-sáttmálsins, sjá sameinuð mál T-191/98, T-212/98 og T-214/98, Atlantic Container Line (TACA), óbirt að svo stöddu, 939. mgr., og mál T-395/94, Atlantic Container Line, [2002] ECR II-875, 330. mgr.

⁽⁹²⁾ Sjá sameinuð mál C-395/96 P og C-396/96 P, Compagnie maritime belge, [2000] ECR I-1365, 130. mgr. Á sama hátt hindra ákvæði 3. mgr. 53. gr. ekki að unnt sé að beita reglum EES-samningsins um frjálsa vöruflutninga, frjálsa þjónustustarfsemi, frjálsa för launþega og frjálsa fjármagnsflutninga. Þessi ákvæði gilda við tiltekna aðstæður um samninga, ákvarðanir og samstilltar aðgerðir í skilningi 1. mgr. 53. gr., sjá í því tilliti mál C-309/99, Wouters, [2002] ECR I-1577, 120. mgr.

⁽⁹³⁾ Sjá í þessu tilliti mál T-51/89, Tetra Pak (I), [1990] ECR II-309, og 1456. mgr. dóms í málinu Atlantic Container Line (TACA) sem vísað er til í 91. nmgr.

⁽⁹⁴⁾ Þannig ber að skilja ákvæði 135. gr. leiðbeininganna um lóðréttar takmarkanir og 36., 71., 105., 134. og 155. gr. leiðbeininganna um lárétta samstarfssamninga, sem vísað er til í 6. nmgr., þess efnis að í grundvallaratriðum sé ekki unnt að veita undanþágu vegna samkeppnishamlandi samninga milli markaðsráðandi fyrirtækja.

keppnishamlandi samningar á vegum markaðsráðandi fyrirtækis í sér misnotkun á markaðsráðandi stöðu. Þannig háttar til, svo dæmi sé tekið, þegar markaðsráðandi fyrirtæki á aðild að sameiginlegu fyrirtæki án fullrar starfsemi ⁽⁹⁵⁾ sem telst samkeppnishamlandi en felur jafnframt í sér verulega samþættingu eigna.

107. Hvort komið er í veg fyrir samkeppni í skilningi síðasta skilyrðis 3. mgr. 53. gr. ræðst af því hversu mikil samkeppni ríkir fyrir gerð samningsins og af áhrifum hins samkeppnishamlandi samnings á samkeppni, þ.e. hversu mikið samningurinn dregur úr samkeppni. Því meira sem fjarað hefur undan samkeppni á viðkomandi markaði þeim mun minna þarf hún að minnka umfram það til þess að komið hafi verið í veg fyrir hana í skilningi 3. mgr. 53. gr. Þar við bætist að því meira sem samkeppni dregst saman vegna samningsins þeim mun meiri líkur eru á að komið verði í veg fyrir samkeppni að því er varðar verulegan hluta framleiðsluvaranna sem um er að ræða.
108. Til þess að unnt sé að beita 3. mgr. 53. gr. er nauðsynlegt að fram fari raunhæf greining á mismunandi uppsprettum samkeppni á markaðnum, því samkeppnisaðhaldi sem þær veita samningsaðilunum og áhrifum samningsins á það samkeppnisaðhald. Huga verður að bæði raunverulegri og hugsanlegri samkeppni.
109. Þó að markaðshlutdeild skipti hér máli verður umfang eftirstandandi uppsprettu raunverulegrar samkeppni ekki metið eingöngu á grundvelli markaðshlutdeilda. Yfirleitt þarf að koma til ítarlegri greining á eiginlegum og megindlegum þáttum. Rannsaka verður getu raunverulegra keppinauta til að veita samkeppni og hvaða örvun þeir búa við til þess. Ef keppinautarnir búa til að mynda við takmarkaða framleiðslugetu eða hlutfallslega hærri framleiðslukostnað hlýtur samkeppni frá þeim að verða takmörkuð.
110. Við mat á samkeppnisáhrifum samningsins er einnig rétt að rannsaka áhrif hans á mismunandi samkeppnisbreytur. Síðasta skilyrðinu fyrir undanþágu samkvæmt 3. mgr. 53. er ekki fullnægt ef samningurinn kemur í veg fyrir einhvern af mikilvægustu þáttum samkeppni. Þetta á einkum við þegar samningur kemur í veg fyrir verðsamkeppni ⁽⁹⁶⁾ eða samkeppni að því er varðar nýsköpun og þróun nýrra afurða.
111. Áhrif samningsins má ráða af raunhegðun aðilanna á markaði. Ef aðilar að samningnum hafa, eftir að samningurinn er gerður, komið í framkvæmd og viðhaldið verulegum verðhækkunum eða stundað aðra hegðun sem bendir til að þeir búi yfir umtalsverðum markaðsstyrk er það vísbending um að þeir búi ekki við neitt eiginlegt samkeppnisaðhald og að komið hafi verið í veg fyrir samkeppni að því er varðar verulegan hluta framleiðsluvaranna sem um er að ræða.
112. Samkeppnishegðun í fortíð getur einnig verið vísbending um áhrif samningsins á samkeppnishegðun í framtíð. Hugsast getur að fyrirtæki geti komið í veg fyrir samkeppni í skilningi 3. mgr. 53. gr. með því að gera samning við keppinaut sem hefur í fortíð verið „einfari“ ⁽⁹⁷⁾. Slíkur samningur getur haft í för með sér breytingar á örvun og getu keppinautarins til samkeppni og tekið þannig fyrir mikilvæga uppsprettu samkeppni á markaðnum.
113. Þegar um ræðir aðgreinanlegar vörur, þ.e. vörur sem neytendur líta á sem mismunandi vörur, geta áhrif samningsins ráðist af samkeppnistengslum varanna sem samningsaðilarnir selja. Þegar fyrirtæki bjóða aðgreinanlegar vörur er samkeppnisaðhaldið, sem einstakar vörur hafa hver af annarri, mismunandi eftir því hversu virk staðganga er milli þeirra. Þess vegna verður að huga að því hversu virk staðganga er milli varanna sem aðilarnir bjóða, þ.e. hvaða samkeppnisaðhald þær veita hver annarri. Því virkari staðganga sem er milli vara samningsaðilanna þeim mun líklegri er að samningurinn hafi samkeppnishamlandi áhrif. Með öðrum orðum, því virkari staðganga sem er milli varanna þeim mun líklegri er að samningurinn valdi breytingum sem auka samkeppnishömlur á markaðnum og þeim mun meiri líkur eru á að komið verði í veg fyrir samkeppni að því er varðar verulegan hluta framleiðsluvaranna sem um er að ræða.

⁽⁹⁵⁾ Sameiginleg fyrirtæki með fullri starfsemi, þ.e. sameiginleg fyrirtæki sem gegna öllum hlutverkum sjálfstæðrar efnahagseiningar með varanlegum hætti, lúta ákvæðum gerðarinnar sem um getur í 1. lið XIV. viðauka við EES-samninginn (reglugerð (EB) nr. 139/2004) um eftirlit með samfylkingum fyrirtækja (samrunareglugerð EB), Stjtið. ESB L 24, 29.1.2004, bls. 1 (í þeirri mynd sem hún var felld inn í EES-samninginn með ákvörðun sameiginlegrar EES-nefndarinnar nr. 78/2004 frá 4. júní 2004, Stjtið. ESB L 219, 19.6.2004, bls. 13, og EES-viðbætur við Stjtið. ESB nr. 32, 19.6.2004, bls. 1).

⁽⁹⁶⁾ Sjá 21. mgr. dóms í málinu Metro (I) sem vísað er til í 56. nmgr.

⁽⁹⁷⁾ Sjá 97. mgr. hér á undan.

114. Þó að uppsprettur raunverulegrar samkeppni séu venjulega mikilvægastar, þar eð auðveldast er að sannreyna þær, verður einnig að taka tillit til uppsprettu hugsanlegrar samkeppni. Mat á hugsanlegri samkeppni verður að miðast við greiningu á aðgangshindrunum sem þau fyrirtæki mæta sem keppa ekki þegar á viðkomandi markaði. Fullyrðingar aðilanna um að litlar aðgangshindranir séu á markaðnum verður að rökstyðja með upplýsingum sem sýna uppsprettur hugsanlegrar samkeppni og aðilarnir verða einnig að rökstyðja hvers vegna þær uppsprettur veita þeim raunverulegt samkeppnisaðhald.
115. Við mat á aðgangshindrunum og því hvort þess er raunverulegur kostur að ný fyrirtæki sækji inn á markaðinn í verulegum mæli er meðal annars mikilvægt að eftirtalin atriði komi til rannsóknar:
- i) Gildandi regluverk í því skyni að ákvarða áhrif þess á sókn nýrra fyrirtækja inn á markaðinn.
 - ii) Kostnaður við að sækja inn á markaðinn, meðal annars óafturkræfur kostnaður. Kostnaður telst óafturkræfur ef fyrirtækið getur ekki endurheimt hann komi til þess að það hverfi aftur af markaðnum. Því hærri sem óafturkræfur kostnaður er þeim mun meiri er viðskiptaáhætta hugsanlegra nýrra fyrirtækja á markaðnum.
 - iii) Minnsta hagkvæma framleiðslumagn í greininni, þ.e. það framleiðslumagn sem þarf til að lágmarka meðaltilkostnað. Ef minnsta hagkvæma framleiðslumagn er mikið í hlutfalli við stærð markaðarins er sennilegt að meiri kostnaður og áhætta sé samfara því að sækja inn á markaðinn með hagkvæmum hætti.
 - iv) Samkeppnisstyrkur hugsanlegra nýrra fyrirtækja á markaðnum. Einkum er líklegt að sókn inn á nýjan markað takist þegar hugsanleg ný fyrirtæki á markaðnum ráða yfir tækni sem er ekki síður hagkvæm en tækni þeirra fyrirtækja sem fyrir eru, eða öðrum samkeppnisyfirburðum sem gera þeim kleift að stunda virka samkeppni. Þegar hugsanleg ný fyrirtæki á markaðnum eru eins á vegi stödd og fyrirtækin sem fyrir eru, eða lakar, og hafa enga aðra umtalsverða samkeppnisyfirburði, er markaðssóknin áhættumeiri og meiri óvissa um árangur.
 - v) Staða kaupenda og geta þeirra til að innleiða nýjar uppsprettur samkeppni á markaðnum. Hér skiptir ekki máli að tilteknir öflugir kaupendur kunna að geta náð fram hagkvæmari kjörum hjá samningsaðilunum en veikari keppinautar þeirra ⁽⁹⁸⁾. Tilvist öflugra kaupenda getur breytt þeirri frumniðurstöðu að komið hafi verið í veg fyrir samkeppni því aðeins að líkur bendi til þess að viðkomandi kaupendur muni gera nýjum fyrirtækjum kleift að sækja inn á markaðinn.
 - vi) Líkleg viðbrögð fyrirtækja sem fyrir eru við tilraun nýs fyrirtækis til að sækja inn á markaðinn. Fyrirtækin, sem fyrir eru, kunna til að mynda að hafa það orð á sér að vera óvæginn vegna hegðunar sinnar í fortíð, og slíkt hefur áhrif á sókn inn á markaðinn í framtíð.
 - vii) Efnahagshorfur í greininni geta verið vísbending um hversu álitlegt sé að starfa í henni þegar til lengri tíma er litið. Greinar, sem búa við stöðnun eða hnignun, hafa minna aðdráttarafl en þær sem einkennast af vexti.
 - viii) Hvort ný fyrirtæki hafa sótt inn á markaðinn áður í umtalsverðum mæli.
116. Varpa má ljósi á þessar grundvallarreglur með eftirfarandi upphugsuðum dæmum, sem þó er ekki ætlað að kveða á um nein mörk:

Fyrirtæki A er bjórframleiðandi sem hefur 70% hlutdeild á viðkomandi markaði sem tekur til sölu á bjór á kaffihúsum og öðrum vínveitingastöðum. Undanfarin fimm ár hefur markaðshlutdeild A aukist úr 60%. Á markaðnum eru fjórir aðrir keppinautar, B, C, D og E, og er markaðshlutdeild þeirra 10%, 10%, 5% og 5%. Ekkert nýtt fyrirtæki hefur sótt inn á markaðinn nýlega og keppinautar A hafa venjulega fylgt verðbreytingum þess fyrirtækis. A gerir samninga við 20% vínveitingastaða með alls 40% heildarsölu um að kaupa bjór eingöngu af A um fimm ára skeið. Samningarnir auka kostnað og minnka tekjur keppinautanna, sem hafa engan aðgang að álitlegustu sölustöðunum. Að teknu tilliti til markaðsstöðu A, sem hefur styrkst undanfarin ár, þess að ekkert nýtt fyrirtæki hefur sótt inn á markaðinn, svo og stöðu keppinauta, sem þegar er veik, er sennilegt að komið hafi verið í veg fyrir samkeppni á markaðnum í skilningi 3. mgr. 53. gr.

Skipafélögin A, B, C og D, sem hafa í sameiningu 70% hlutdeild í viðkomandi markaði, gera með sér samning um að samræma áætlanir og gjaldskrár. Eftir að samningurinn kemst í framkvæmd

⁽⁹⁸⁾ Sjá að þessu leyti mál T-228/97, Irish Sugar, [1999] ECR II-2969, 101. mgr.

hækkar verð um 30% til 100%. Fjögur önnur fyrirtæki selja þjónustu sína á markaðnum, og hefur hið stærsta 14% hlutdeild á viðkomandi markaði. Ekkert nýtt fyrirtæki hefur sótt inn á markaðinn undanfarin ár og markaðshlutdeild samningsaðilanna minnkaði ekki umtalsvert í kjölfar verðhækkananna. Keppinautar, sem voru fyrir, settu ekki verulegt magn af nýrri flutningsgetu á markaðinn og ekkert nýtt fyrirtæki sótti inn á hann. Með hliðsjón af markaðsstöðu aðilanna og þess að samhæft athæfi þeirra kallaði ekki fram samkeppnisviðbrögð er það rökrétt niðurstaða að samningsaðilarnir búi ekki við eiginlegt samkeppnisaðhald og að samningurinn geri þeim kleift að koma í veg fyrir samkeppni í skilningi 3. mgr. 53. gr.

A framleiðir raftæki fyrir fagnotendur og hefur 65% markaðshlutdeild á viðkomandi landsmarkaði innanlands. B er keppinautar sem hefur 5% markaðshlutdeild og hefur þróað nýja gerð aflmeiri og sparneytnari hreyfils. A og B gera með sér samning um stofnun sameiginlegs fyrirtækis til framleiðslu á nýja hreyflinum. B samþykkir að veita sameiginlega fyrirtækinu sérleyfi. Sameiginlega fyrirtækið sameinar tækninýjungar B og skilvirkt framleiðslu- og gæðaeftirlitskerfi A. Á markaðnum er einn annar stór keppinautar sem hefur 15% markaðshlutdeild. Annar keppinautar, sem hefur 5% markaðshlutdeild, hefur nýlega verið seldur C, stóru fjölþjóðafyrirtæki sem framleiðir raftæki í samkeppni við hin fyrirtækin og ræður sjálf yfir skilvirkri tækni. C hefur ekki starfað á markaðnum enn sem komið er, aðallega vegna þess að neytendur vilja geta leitað til fyrirtækja á staðnum og notið þjónustu þeirra. Með kaupunum öðlast C aðgang að þjónustukerfinu sem nauðsynlegt er til að komast inn á markaðinn. Sennilegt er að markaðssókn C tryggji að ekki sé komið í veg fyrir samkeppni.