

EFTA-STOFNANIR

EFTIRLITSSTOFNUN EFTA

Tilkynning Eftirlitsstofnunar EFTA

2013/EES/69/01

Leiðbeinandi reglur um gildi 53. gr. EES-samningsins gagnvart láréttum samstarfssamningum

A.

Þessi tilkynning er gefin út samkvæmt reglum samningsins um Evrópska efnahagssvæðið (EES-samningsins) og samningsins milli EFTA-ríkjanna um stofnun eftirlitsstofnunar og dómstóls (samningsins um eftirlitsstofnun og dómstól).

B.

Framkvæmdastjórn Evrópusambandsins hefur gefið út tilkynningu sem ber heitið „Leiðbeinandi reglur um gildi 101. gr. sáttmálans um starfshætti Evrópusambandsins gagnvart láréttum samstarfssamningum“ [1]. Í þeirri tilkynningu, sem er ekki bindandi gerð, er lýst þeim sjónarmiðum sem framkvæmdastjórnin fylgir við mat á láréttum samstarfssamningum á grundvelli 101. gr. sáttmálans um starfshætti Evrópusambandsins.

C.

Eftirlitsstofnun EFTA lítur svo á að leiðbeinandi reglur framkvæmdastjórnar Evrópusambandsins varði Evrópska efnahagssvæðið. Tilkynningin, sem hér birtist, 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 staflíð b) í 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.

EFNISYFIRLIT

1. Inngangur
 - 1.1. Tilgangur og gildissvið
 - 1.2. Helstu sjónarmið sem gilda um mat sem fram fer á grundvelli 53. gr.
 - 1.2.1. Ákvæði 1. mgr. 53. gr.
 - 1.2.2. Ákvæði 3. mgr. 53. gr.
 - 1.3. Kaflaskipting þessara leiðbeinandi reglna
2. Almenn sjónarmið sem ráða mati á afleiðingum upplýsingaskipta að því er varðar samkeppni
 - 2.1. Skilgreining og gildissvið
 - 2.2. Mat á grundvelli 1. mgr. 53. gr.
 - 2.2.1. Helstu áhyggjuefni er lúta að samkeppni
 - 2.2.2. Samkeppnistakmörkun tilgangur sammings
 - 2.2.3. Samkeppnistakmarkandi afleiðingar
 - 2.3. Mat á grundvelli 3. mgr. 53. gr.
 - 2.3.1. Hagræðing
 - 2.3.2. Ráðstöfun sé nauðsynleg
 - 2.3.3. Hagræðing skili sér til neytenda
 - 2.3.4. Samkeppni ekki útrýmt
 - 2.4. Dæmi
3. Rannsókn- og þróunarsamningar
 - 3.1. Skilgreining
 - 3.2. Viðkomandi markaðir
 - 3.3. Mat á grundvelli 1. mgr. 53. gr.
 - 3.3.1. Helstu áhyggjuefni er lúta að samkeppni
 - 3.3.2. Samkeppnistakmörkun tilgangur sammings
 - 3.3.3. Samkeppnistakmarkandi afleiðingar
 - 3.4. Mat á grundvelli 3. mgr. 53. gr.
 - 3.4.1. Hagræðing
 - 3.4.2. Ráðstöfun sé nauðsynleg
 - 3.4.3. Hagræðing skili sér til neytenda
 - 3.4.4. Samkeppni ekki útrýmt
 - 3.4.5. Tímasetning matsins
 - 3.5. Dæmi
4. Framleiðslusamningar

- 4.1. Skilgreining og gildissvið
- 4.2. Viðkomandi markaðir
- 4.3. Mat á grundvelli 1. mgr. 53. gr.
 - 4.3.1. Helstu áhyggjuefni er lúta að samkeppni
 - 4.3.2. Samkeppnistakmörkun tilgangur samnings
 - 4.3.3. Samkeppnistakmarkandi afleiðingar
- 4.4. Mat á grundvelli 3. mgr. 53. gr.
 - 4.4.1. Hagræðing
 - 4.4.2. Ráðstöfun sé nauðsynleg
 - 4.4.3. Hagræðing skili sér til neytenda
 - 4.4.4. Samkeppni ekki útrýmt
- 4.5. Dæmi
5. Innkaupasamningar
 - 5.1. Skilgreining
 - 5.2. Viðkomandi markaðir
 - 5.3. Mat á grundvelli 1. mgr. 53. gr.
 - 5.3.1. Helstu áhyggjuefni er lúta að samkeppni
 - 5.3.2. Samkeppnistakmörkun tilgangur samnings
 - 5.3.3. Samkeppnistakmarkandi afleiðingar
 - 5.4. Mat á grundvelli 3. mgr. 53. gr.
 - 5.4.1. Hagræðing
 - 5.4.2. Ráðstöfun sé nauðsynleg
 - 5.4.3. Hagræðing skili sér til neytenda
 - 5.4.4. Samkeppni ekki útrýmt
 - 5.5. Dæmi
6. Samningar um markaðsstarf
 - 6.1. Skilgreining
 - 6.2. Viðkomandi markaðir
 - 6.3. Mat á grundvelli 1. mgr. 53. gr.
 - 6.3.1. Helstu áhyggjuefni er lúta að samkeppni
 - 6.3.2. Samkeppnistakmörkun tilgangur samnings
 - 6.3.3. Samkeppnistakmarkandi afleiðingar
 - 6.4. Mat á grundvelli 3. mgr. 53. gr.
 - 6.4.1. Hagræðing

- 6.4.2. Ráðstöfun sé nauðsynleg
- 6.4.3. Hagræðing skili sér til neytenda
- 6.4.4. Samkeppni ekki útrýmt
- 6.5. Dæmi
- 7. Vörustöðlunarsamningar
- 7.1. Skilgreining
- 7.2. Viðkomandi markaðir
- 7.3. Mat á grundvelli 1. mgr. 53. gr.
 - 7.3.1. Helstu áhyggjuefni er lúta að samkeppni
 - 7.3.2. Samkeppnistakmörkun tilgangur samnings
 - 7.3.3. Samkeppnistakmarkandi afleiðingar
- 7.4. Mat á grundvelli 3. mgr. 53. gr.
 - 7.4.1. Hagræðing
 - 7.4.2. Ráðstöfun sé nauðsynleg
 - 7.4.3. Hagræðing skili sér til neytenda
 - 7.4.4. Samkeppni ekki útrýmt
- 7.5. Dæmi

1. INNGANGUR

1.1. Tilgangur og gildissvið

1. Í þessum leiðbeinandi reglum er lýst þeim sjónarmiðum sem farið er eftir í tengslum við mat sem fram fer á grundvelli 53. gr. EES-samningsins [*] („53. gr.“) á samningum fyrirtækja, ákvörðunum fyrirtækjasamtaka og samstilltum aðgerðum (hér eftir einu nafni „samningum“) á sviði lárétts samstarfs. Samstarf er nefnt „lárétt“ ef það byggist á samningi milli fyrirtækja sem eru þegar keppinautar eða gætu orðið það síðar. Þar að auki er í þessum reglum fjallað um lárétta samstarfssamninga fyrirtækja sem eru ekki keppinautar, til að mynda samninga tveggja fyrirtækja sem starfa á sömu vörumörkuðum en mismunandi markaðssvæðum og eru ekki í þeirri stöðu að geta orðið keppinautar.

2. Láréttum samstarfssamningum getur fylgt mikill efnahagslegur ávinningur, einkum ef þeir leiða til samnýtingar starfsemi, kunnáttu eða eigna með samverkandi áhrifum. Lárétt samstarf getur verið aðferð til að dreifa áhættu, ná fram sparnaði, auka fjárfestingar, sameina ólíka verkþekkingu, framleiða meiri gæðavöru, auka vörfjölbreytni og koma nýjungum hraðar á markað.

3. Á hinn bóginn geta láréttir samstarfssamningar einnig haft samkeppnisvandkvæði í för með sér. Það gerist til að mynda þegar samningsaðilar koma sér saman um að fastbinda verð eða framboð eða skipta upp mörkuðum, og þegar samstarfið nýtist þeim til þess að viðhalda markaðsstyrk, öðlast hann eða auka og er þannig til þess fallið að hafa óæskileg áhrif á markaði með tilliti til verðs, framboðs, vöruvöndunar, vörfjölbreytni eða nýjunga.

4. Eftirlitsstofnun EFTA fellst á að láréttir samstarfssamningar geta haft ýmiss konar ávinning í för með sér, en stofnuninni ber hins vegar skylda til að tryggja að ekki sé grafið undan raunhæfri samkeppni. Ákvæði 53. gr. eru lagagrundvöllur sem byggja má á málefnalegt mat þar sem tillit er tekið til bæði samkeppnishamlandi og samkeppnisörvandi áhrifa.

5. Tilgangur þessara leiðbeinandi reglna er að þjóna sem grundvöllur greiningar á helstu tegundum láréttra samstarfssamninga; þær taka til rannsókn- og þróunarsamninga, framleiðslusamninga, þar á meðal undirverktöku- og sérhæfingarsamninga, innkaupasamninga, samninga um markaðsstarf, vörustöðlunarsamninga, þar á meðal staðalsamninga, og upplýsingaskipta. Til grundvallar eru fyrst og fremst lögð ýmis lagaleg og efnahagsleg viðmið sem komið geta að gagni við að greina lárétta samstarfssamninga og í hvaða samhengi þeir eru gerðir. Efnahagsleg viðmið, svo sem hversu mikill markaðsstyrkur samningsaðila er og aðrir þættir sem tengjast markaðsgerðinni, eru einn helsti þátturinn sem líta þarf til í mati á þeim markaðsáhrifum sem ætla má að tiltekinn láréttur samstarfssamningur hafi, og þess vegna í mati sem fram fer á grundvelli 53. gr.

6. Þessar leiðbeinandi reglur gilda um allar helstu tegundir láréttra samstarfssamninga, óháð því til hversu margþættrar samvinnu er stofnað á grundvelli þeirra, þó gilda þær ekki um rekstrarathafnir sem fela í sér „samfylkingu“ í skilningi 3. gr. gerðarinnar sem um getur í 1. lið XIV. viðauka við EES-samninginn (reglugerðar ráðsins (EB) nr. 139/2004 frá 20. janúar 2004 [2]) um eftirlit með samfylkingum fyrirtækja („samrunareglugerðarinnar“), til að mynda samrekstrarfélög sem gegna öllum hlutverkum sjálfstæðrar rekstrarheildar með varanlegum hætti („samrekstrarfélög sem starfa að fullu sem sjálfstæð félög“) [3].

7. Að teknu tilliti til þess að láréttir samstarfssamningar, svo og ríkjandi markaðsaðstæður hverju sinni, geta verið afar margvíslegrar gerðar er það erfiðleikum bundið að tilgreina sérstakt svar fyrir allar hugsanlegar aðstæður. Engu að síður eiga þessar leiðbeinandi reglur að nýtast fyrirtækjum til þess að meta hvort einstakir samstarfssamningar séu samþýðanlegir 53. gr. Viðmiðin, sem lýst er í reglunum, eru þó ekki „gátlisti“ sem beita má umhugsunarlaust. Öll mál verður að meta í ljósi atvika hverju sinni, en það getur krafist nokkurs sveigjanleika við beitingu þessara leiðbeinandi reglna.

8. Viðmiðunaratriðin, sem lýst er í þessum leiðbeinandi reglum, eiga við hvort heldur sem lóðréttu samstarfssamningarnir varða vörur eða þjónustu (einu nafni „vörur“). Reglurnar koma til fyllingar ákvæðum gerðarinnar sem um getur í 8. lið XIV. viðauka við EES-samninginn (reglugerðar framkvæmdastjórnarinnar (ESB) nr. 1217 frá 14. desember 2010 [4]) um beitingu 3. mgr. 53. gr. EES-samningsins gagnvart tilteknum flokkum samninga um rannsóknir og þróun („reglugerð um hópundanþágur vegna rannsókna- og þróunarstarfs“) og gerðarinnar sem um getur í 6. lið XIV. viðauka við EES-samninginn (reglugerðar framkvæmdastjórnarinnar (ESB) nr. 1218 frá 14. desember 2010 [5]) um beitingu 3. mgr. 53. gr. EES-samningsins gagnvart tilteknum flokkum samninga um sérhæfingu („reglugerð um hópundanþágur vegna sérhæfingar“).

9. Þó að nokkuð sé fjallað um einokunarsamninga fyrirtækja í þessum leiðbeinandi reglum er þeim ekki ætlað að vera leiðbeinandi um hvers konar háttsemi skuli eða skuli ekki teljast einokunarsamningar eins og þeir hafa verið skilgreindir með ákvörðunarvenju framkvæmdastjórnarinnar og Eftirlitsstofnunar EFTA og í dómaframkvæmd Dómstóls Evrópusambandsins og EFTA-dómstólsins.

10. Í þessum leiðbeinandi reglum er hugtakið „keppinautar“ látið taka til bæði til fyrirtækja sem eru keppinautar sem stendur og þeirra sem gætu orðið keppinautar. Fyrirtæki teljast vera keppinautar sem stendur ef þau starfa bæði á sama viðkomandi markaði. Fyrirtæki telst geta orðið keppinautar annars fyrirtækis ef telja má sennilegt, hefði samningurinn ekki verið gerður, að lítil en varanleg aukning á hlutfallslegu verði hefði fljótlega [6] orðið fyrrnefnda fyrirtækinu tilefni til þess, að takast á hendur nauðsynlegar viðbótarfjárfestingar eða leggja í annan nauðsynlegan aðlögunarkostnað til þess að geta hafið starfsemi á þeim viðkomandi markaði sem síðarnefnda fyrirtækið starfar á. Þetta mat verður að byggja á raunhæfum grunni; ekki er nægilegt að aðeins sé fræðilegur möguleiki á að fyrirtækið gæti hafið starfsemi á markaðnum (sbr. tilkynningu Eftirlitsstofnunar EFTA um skilgreiningu á hugtakinu viðkomandi markaður að því er varðar samkeppnislög á Evrópska efnahagssvæðinu (EES)) [7] („tilkynningu um markaðsskilgreiningar“).

11. Fyrirtæki, sem eru eitt og sama „fyrirtæki“ í skilningi 1. mgr. 53. gr., teljast ekki keppinautar með tilliti til þessara leiðbeinandi reglna. Ákvæði 53. gr. gilda eingöngu um samninga sem gerðir eru milli sjálfstæðra fyrirtækja. Eftir fyrirtæki hefur ákvörðunarvald yfir öðru fyrirtæki mynda þau eina rekstrarheild og teljast því eitt og sama fyrirtækið [8]. Hið sama á við um systurfélög, þ.e. fyrirtæki sem lúta ákvörðunarvaldi eins og sama móðurfélags. Slík fyrirtæki teljast því ekki keppinautar jafnvel þótt þau starfi bæði á sama viðkomandi vörumarkaði og sama markaðssvæði.

12. Samningar, sem gerðir eru milli fyrirtækja sem starfa á mismunandi stigum framleiðslu eða dreifingar, með öðrum orðum lóðréttir samningar, falla í grundvallaratriðum undir ákvæði gerðarinnar sem um getur í 2. lið XIV. viðauka við EES-samninginn (reglugerðar framkvæmdastjórnarinnar (ESB) nr. 330/2010 frá 20. apríl 2010 [9]) um beitingu 3. mgr. 53. gr. EES-samningsins gagnvart flokkum lóðrétttra samninga og samstilltra aðgerða („reglugerð um hópundanþágur vegna lóðrétttra hamlar“) og ákvæði leiðbeinandi reglna um lóðréttar hömlur [10]. Ef keppinautar gera með sér lóðréttan samning, til að mynda dreifingarsamning, geta áhrif slíks samnings á markaði og hugsanleg samkeppnisvandkvæði vegna hans orðið svipuð því sem gerist þegar um lárétta samninga er að ræða. Lóðréttir samningar keppinauta falla því undir ákvæði þessara leiðbeinandi reglna [11]. Teljist nauðsynlegt að meta slíka samninga einnig samkvæmt ákvæðum reglugerðar um hópundanþágur vegna lóðrétttra hamlar og leiðbeinandi reglna um lóðréttar hömlur verður það tekið sérstaklega fram í viðkomandi kafla þeirra leiðbeinandi reglna sem hér birtast. Þegar ekki er vísað til ofangreindra ákvæða falla lóðréttir samningar keppinauta aðeins undir þessar leiðbeinandi reglur.

13. Láréttir samstarfssamningar geta tekið til samstarfs á mismunandi stigum, til að mynda bæði rannsókn- og þróunarstarfs og framleiðslu og/eða markaðssetningar á afrakstri samstarfsins. Þessar leiðbeinandi reglur taka að jafnaði einnig til samninga af því tagi. Séu þessar leiðbeinandi reglur notaðar við greiningu á slíku margþættu samstarfi skipta í því samhengi máli, að jafnaði, allir þeir kaflar reglnanna sem lúta að mismunandi þáttum samstarfsins. Þegar stigsmunur er á ákvæðum viðkomandi kafla þessara leiðbeinandi reglna, til að mynda að því er varðar svonefnd öryggismörk eða hvort að jafnaði beri að líta svo á að tiltekna athafnir séu samkeppnistakmarkandi tilgangur eða áhrif samnings, gilda um margþætta samstarfið í heild ákvæði þess kafla sem fjallar um það sem kalla mætti „þungamiðjuna“ í slíku samstarfi [12].

14. Tveir þættir hafa mesta þýðingu um ákvörðun á þungamiðjunni í margþættu samstarfi: í fyrsta lagi hver kveikjan að samstarfinu hafi verið og í öðru lagi hversu langt er gengið í samþættingu rekstrarhlutanna sem sameinast er um. Í láréttum samstarfssamningi, sem tekur bæði til sameiginlegs rannsókn- og þróunarstarfs og sameiginlegrar framleiðslustarfsemi í framhaldi af því, er þungamiðjan til að mynda í flestum tilvikum sameiginlega rannsókn- og þróunarstarfið þar eð sameiginleg framleiðslustarfsemi á sér ekki stað nema vel takist til með sameiginlega rannsókn- og þróunarstarfið. Þetta merkir að afrakstur sameiginlega rannsókn- og þróunarstarfsins ráði úrslitum um hvort unnt er að reka sameiginlega framleiðslustarfsemi í kjölfarið. Þungamiðja samstarfsins yrði metin á annan hátt ef fyrir lægi að aðilar samnings hefðu tekið upp sameiginlega framleiðslustarfsemi hvað sem öðru samstarfi líður, þ.e. óháð sameiginlega rannsókn- og þróunarstarfinu, svo og ef í samningnum væri kveðið á um samþættingu að öllu leyti á sviði framleiðslu en aðeins að því er varðaði suma þætti rannsókn- og þróunarstarfsins. Í slíkum tilvikum væri sameiginlega framleiðslustarfsemin þungamiðja samstarfsins.

15. Ákvæði 53. gr. gilda aðeins um þá lárétta samstarfssamninga sem geta haft áhrif á viðskipti milli ríkjanna sem eiga aðild að EES-samningnum. Þau sjónarmið, sem ráða því hvenær ákvæði 53. gr. telst eiga við og lýst er í þessum leiðbeinandi reglum, hvíla því á þeirri forsendu að láréttur samstarfssamningur geti haft rík áhrif á viðskipti milli aðildarríkja EES-samningsins.

16. Mat á grundvelli 53. gr., eins og því er lýst í þessum leiðbeinandi reglum, fer fram með þeim fyrirvara að gagnvart láréttum samstarfssamningum kann 54. gr. EES-samningsins að verða beitt samhliða [13].

17. Þessar leiðbeinandi reglur gilda með fyrirvara um túlkun Dómstóls Evrópusambandsins eða EFTA-dómstólsins á því hvernig ákvæði 53. gr. EES-samningsins skuli beitt gagnvart láréttum samstarfssamningum.

18. Þessar leiðbeinandi reglur koma í stað leiðbeinandi reglna Eftirlitsstofnunar EFTA um gildi 53. gr. EES-samningsins gagnvart láréttum samstarfssamningum [14] sem stofnunin gaf út árið 2002; ákvæði gilda ekki að því leyti sem sérstakar reglur hafa verið settar um tiltekna atvinnugreinar [15] – en þannig stendur á að því er varðar sumar tegundir samninga á sviði flutningastarfsemi [16] og váttrygginga [17].

19. Leiðbeinandi reglur Eftirlitsstofnunar EFTA um beitingu 3. mgr. 53. gr. EES-samningsins [18] (sem nefnast hér á eftir „almennu leiðbeinandi reglurnar“) hafa að geyma almenna leiðsögn um túlkun 53. gr. Reglurnar, sem hér birtast, verður því að lesa með hliðsjón af almennu leiðbeinandi reglunum.

1.2. Helstu sjónarmið sem gilda um mat sem fram fer á grundvelli 53. gr.

20. Þegar mat fer fram á grundvelli 53. gr. gerist það í tveimur áföngum. Fyrri áfanginn, sbr. ákvæði 1. mgr. 53. gr., er í því fölginn að meta hvort samningur milli fyrirtækja, sem getur haft áhrif á viðskipti aðildarríkja EES-samningsins, hafi annaðhvort þann tilgang að hamla samkeppni eða þegar framkomnar eða hugsanlegar [19] samkeppnistakmarkandi afleiðingar. Síðari áfanginn, sbr. 3. mgr. 53. gr., sem hefur þó ekki þýðingu nema sú niðurstaða sé fengin að samningur takmarki samkeppni í skilningi 1. mgr. sömu greinar, er í því fölginn að greina samkeppnisörvandi hliðar samningsins og meta hvort þær vegi þyngra en þær samkeppnistakmarkandi afleiðingar sem hann kann að hafa [20]. Mat á því hvort samkeppnistakmarkandi eða samkeppnisörvandi áhrif vega þyngra fer að öllu leyti fram á grundvelli reglnanna sem mælt er fyrir um í 3. mgr. 53. gr. [21]. Samkvæmt 2. mgr. 53. gr. er samningur sjálfkrafa ógildur ef samkeppnisörvandi áhrif hans vega ekki þyngra en samkeppnistakmörkunin.

21. Greining á láréttum samstarfssamningum á ýmislegt sameiginlegt með greiningu á láréttum fyrirtækjasamruna sem fram fer með tilliti til hugsanlegra samkeppnistakmarkandi afleiðinga, og þá einkum í tengslum við samrekstrarfélög. Oft er erfitt að greina milli samrekstrarfélaga sem starfa að fullu sem sjálfstæð félög, og falla þannig undir ákvæði samrunareglugerðarinnar, og samrekstrarfélaga sem eru ekki sjálfstæð að fullu og eru metin á grundvelli 53. gr. Áhrifin af stofnun þeirra geta því verið mjög svipuð í báðum tilvikum.

22. Fyrir kemur að hið opinbera hvetji til gerðar láréttra samstarfssamninga til þess að ná fram opinberu stefnumiði fyrir tilstuðlan eigin reglusetningar hlutadeigandi fyrirtækja. Ákvæði 53. gr. eiga þó áfram við ef ákvæði landslaga hafa aðeins þau áhrif að hvetja til samkeppnishamlandi háttsemi að eigin frumkvæði fyrirtækja eða gera þeim auðveldara um vik að taka upp slíka háttsemi [22]. Þó að hið opinbera ýti undir gerð lárétts samstarfssamnings merkir það með öðrum orðum ekki að slíkt sé heimilt samkvæmt ákvæði 53. gr. [23]. Einu tilvikin þegar ákvæði 53. gr. eiga ekki við eru þegar landslög gera fyrirtækjum skylt að stunda tiltekna samkeppnishamlandi háttsemi, svo og þegar reglur landslaga koma með öllu í veg fyrir að þau geti stundað eiginlega samkeppni [24]. Þegar staða mála er með þeim hætti verður því ekki haldið fram að samkeppnistakmörkunin sé tilkomin að eigin frumkvæði fyrirtækjanna, eins og ákvæði 53. gr. gerir óbeint að skilyrði, og afleiðingar þess að brotið sé gegn því ákvæði eiga ekki að bitna á þeim [25]. Hvert mál verður að meta í ljósi atvika hverju sinni og í samræmi við þau almennu sjónarmið sem lýst er í þessum leiðbeinandi reglum.

1.2.1. Ákvæði 1. mgr. 53. gr.

23. Samkvæmt 1. mgr. 53. gr. eru óheimilir hvers kyns samningar sem hafa þann tilgang eða þau áhrif að takmarka [26] samkeppni.

i) Samkeppnistakmörkun tilgangur samnings

24. Samkeppnistakmörkun telst vera tilgangur samninga ef það er beinlínis í eðli þeirra að geta takmarkað samkeppni í skilningi 1. mgr. 53. gr. [27]. Enga nauðsyn ber til að rannsaka þegar framkomin eða hugsanleg áhrif samnings á markaði þegar staðfest hefur verið að tilgangur hans sé sá að hamla samkeppni [28].

25. Við mat á því hvort samningur hafi verið gerður í þeim tilgangi að hamla samkeppni ber samkvæmt viðtekinni dómaframkvæmd Dómstóls Evrópusambandsins að líta til efnisatriða samningsins, markmiðanna að baki honum svo og efnahags- og lagaumhverfi samningsins. Við þetta bætist að enda þótt ákveðin áform samningsaðila séu ekki nauðsynlegt skilyrði fyrir því að samningurinn geti talist hafa þann tilgang að hamla samkeppni getur Eftirlitsstofnun EFTA engu að síður tekið tillit til þess atriðis í greiningu sinni [29]. Nánari leiðsögn um hugtakið samkeppnistakmörkun sem tilgangur samnings er að finna í almennu leiðbeinandi reglunum.

ii) Samkeppnistakmarkandi afleiðingar

26. Ef láréttur samstarfssamningur er ekki gerður í þeim tilgangi að takmarka samkeppni verður að rannsaka

hvort hann hafi umtalsverðar samkeppnistakmarkandi afleiðingar. Líta ber bæði til þegar framkominn og hugsanlegra áhrifa. Með öðrum orðum verða að minnsta kosti að vera líkur fyrir að samningurinn hafi samkeppnishamlandi afleiðingar.

27. Til þess að samningur geti talist hafa samkeppnistakmarkandi afleiðingar í skilningi 1. mgr. 53. gr. verður hann að hafa, eða vera til þess fallinn að hafa, merkjanleg óæskileg áhrif á að minnsta kosti einn breytilegan þátt sem hefur áhrif á samkeppni á markaðnum, til dæmis verð, framboð, vöruvöndun, vöruþjónbreytni eða nýsköpun. Samningar geta haft slík áhrif með því að draga merkjanlega úr samkeppni milli fyrirtækjanna sem standa að samningnum, eða milli þeirra og annarra markaðsaðila. Þetta merkir að samningurinn verður að draga úr svigrúmi fyrirtækjanna, sem að honum standa, til að taka sjálfstæðar ákvarðanir [30], annaðhvort þannig að í honum sé kveðið á um skyldur sem stýra að nokkru markaðshegðun að minnsta kosti eins samningsaðilanna, eða með því að stýra markaðshegðun að minnsta kosti eins þeirra með því að breyta því hvaða hvatar honum eru búnir.

28. Líkur eru fyrir að samningur hafi samkeppnistakmarkandi afleiðingar á viðkomandi markaði þegar ætla má með skynsamlegum líkum að hann myndi gera samningsaðilum hagkvæmt að hækka verð eða draga úr framboði, vöruvöndun, vöruþjónbreytni eða nýsköpun. Þetta ræðst af ýmsum þáttum, til að mynda eðli og inntaki samningsins, að hversu miklu leyti samningsaðilar búa yfir eða öðlast markaðsstyrk í einhverjum mæli, hver um sig eða í sameiningu, og að hversu miklu leyti samningurinn stuðlar að því aðilar geti öðlast markaðsstyrk, haldið honum við eða aukið hann eða opnar þeim leið til að nýta sér slíkan styrk.

29. Þegar metið er hvort láréttur samstarfssamningur hefur samkeppnistakmarkandi afleiðingar í skilningi 1. mgr. 53. gr. verður það að gerast með samanburði við það laga- og efnahagsmhverfi sem samkeppni væri búin í reynd ef ekki hefði komið til samningsins með öllum þeim takmörkunum sem taldar eru leiða af honum (þ.e. ef gildandi samningi (hafi hann þegar komist í framkvæmd) eða fyrirhuguðum samningi (hafi hann ekki komist í framkvæmd) væri ekki til að dreifa um það leyti sem matið fer fram). Til þess að færa megi sönnur á þegar framkomnar eða hugsanlegar samkeppnistakmarkandi afleiðingar samnings verður því að hafa hliðsjón af samkeppni milli fyrirtækjanna sem að honum standa, svo og samkeppni frá öðrum markaðsaðilum, einkum samkeppni sem hefði verið fyrir hendi eða hefði getað komið fram ef samningurinn hefði ekki komið til. Í þessum samanburði er ekki tekið tillit til hagræðingar sem samningurinn getur haft í för með sér, enda verður slíkt aðeins metið á grundvelli 3. mgr. 53. gr.

30. Af þessu leiðir að láréttir samstarfssamningar keppnauta, sem málefnaleg rök benda til að ekki gætu hver um sig staðið einir að verkefninu eða starfseminni sem fellur undir samstarfið, til að mynda vegna takmarkaðrar tækni getu, teljast að jafnaði ekki hafa samkeppnistakmarkandi afleiðingar í skilningi 1. mgr. 53. gr. nema umfangsminni takmarkanir hefðu nægt samningsaðilum til að koma því í framkvæmd [31].

31. Almenna leiðsögn um hugtakið samkeppnistakmörkun sem áhrif samnings er að finna í almennu leiðbeinandi reglunum. Þessar leiðbeinandi reglur hafa að geyma viðbótarleiðsögn um mat á láréttum samstarfssamningum með tilliti til samkeppni sérstaklega.

Eðli og inntak samningsins

32. Með eðli og inntaki samnings er átt við þætti á borð við á hvaða sviði samningurinn er og í hvaða tilgangi hann er gerður, tengsl samningsaðila með tilliti til samkeppni og í hversu ríku mæli þeir sameinast um starfsemi. Af þessum þáttum ræðst hvers konar áhyggjuefni geta vaknað að því er varðar samkeppni í tengslum við láréttan samstarfssamning.

33. Láréttir samstarfssamningar geta hindrað samkeppni á ýmsan hátt. Slíkur samningur getur

- verið afmarkandi í þeim skilningi að hann minnki svigrúm fyrirtækjanna, sem að honum standa, til að keppa sín í milli eða við aðra markaðsaðila sem sjálfstæðir rekstraraðilar eða sem aðilar að öðrum samningum sem samkeppni gæti stafað af,
- falið í sér ákvæði um að fyrirtækin leggi að mörkum eignir í nógu ríku mæli til þess að svigrúm þeirra til sjálfstæðra ákvarðana minnki merkjanlega eða
- orkað þannig á fjárhagslega hagsmuni fyrirtækjanna að svigrúm þeirra til sjálfstæðra ákvarðana minnki merkjanlega. Með tilliti til mats á þessu hefur bæði þýðingu hvaða fjárhagslega hagsmuni hvert fyrirtæki hefur af samningnum og hvaða fjárhagslega hagsmuni það hefur í tengslum við rekstur annarra samningsaðila.

34. Meðal hugsanlegra áhrifa af slíkum samningum er skerðing á samkeppni milli fyrirtækjanna sem að þeim standa. Keppnautar geta einnig haft ávinning af minna samkeppnisaðhaldi sem af samningi leiðir og kunna þeir þá að telja sér hagkvæmt að hækka vöruverð. Minna samkeppnisaðhald getur á þennan

hátt valdið verðhækkunum á viðkomandi markaði. Atriði á borð við það hvort fyrirtækin, sem standa að samningnum, hafa stóran markaðshlut, hvort nán samkeppni er með þeim, hvort viðskiptamenn þeirra eiga óhægt um að leita til annarra birgja, hvort ólíklegt virðist að keppinautar þeirra auki framboð þó að verð hækki og hvort einhver samningsaðila er veigamikil samkeppnisafli hafa öll þýðingu um mat á samningnum með tilliti til samkeppni.

35. Láréttur samstarfssamningur getur einnig

- orðið til þess að afhentar séu upplýsingar um viðskiptaáform og aukið þannig líkurnar til þess að fyrirtækin, sem standa að samningnum, samstilli athafnir sínar innan eða utan marka samstarfsins,
- valdið því að fyrirtækin sameinist um kostnað að verulegu leyti (þ.e. hækki hlutfall þeirra breytilegu kostnaðarliða sem þeir hafa sameinast um), og gert þeim þannig auðveldara um vik að samstilla markaðsverð og framboð.

36. Þó að láréttur samstarfssamningur valdi því að fyrirtækin, sem að honum standa, sameinist um kostnað að verulegu leyti gerir það þeim ekki auðveldara um vik að samstilla markaðsverð og framboð nema þau hafi tiltekinn markaðsstyrk, markaðurinn hafi einkenni sem stuðla að slíkri samstillingu, hátt hlutfall af breytilegum kostnaði samningsaðila á tilteknum markaði falli til á sviðinu sem fellur undir samstarfið og samningsaðilar sameini að mjög verulegu leyti starfsemi sína á sviðinu sem fellur undir samstarfið. Þannig getur til að mynda staðið á þegar samningsaðilar sameinast um framleiðslu eða kaup á mikilvægri millivöru eða um framleiðslu eða dreifingu á háu hlutfalli af heildarframboði sínu á fullunninni vöru.

37. Láréttur samningur getur því dregið úr svigrúmi fyrirtækjanna, sem að honum standa, til að taka sjálfstæðar ákvarðanir og þannig aukið líkurnar til þess að þeir samstilli athafnir sínar með það fyrir augum að koma á samráðsstöðu. Slíkur samningur getur einnig gert fyrirtækjum, sem hafa þegar samstillt athafnir sínar, auðveldara að ná fram samstillingu, fest hana í sessi og gert hana árangursríkari, annaðhvort með því að treysta grundvöll hennar eða með því að gera fyrirtækjunum kleift að hækka verð enn frekar.

38. Að því er varðar suma lárétta samstarfssamninga, til dæmis framleiðslu- og vörustöðlunarsamninga, getur einnig verið áhyggjuefni að keppinautar búi við samkeppnishamlandi útilokun.

Markaðsstyrkur og önnur markaðseinkenni

39. Markaðsstyrkur er fölginn í því að geta á hagkvæman hátt haldið verði um alllangt skeið yfir því sem gerist við eðlileg samkeppnisáhrif eða geta á hagkvæman hátt haldið framboði – hvort sem miðað er við framleiðslutölur, vöruvöndun og vörufrjóbreytni eða nýjungar – um alllangt skeið undir því sem gerist við eðlileg samkeppnisáhrif.

40. Á mörkuðum, sem einkennast af föstum kostnaðarliðum, verða fyrirtæki að taka hærra verð fyrir vörur sínar en sem nemur breytilegum framleiðslukostnaði til að tryggja sér samkeppnishæfa ávöxtun af fjárfestingum sínum. Þótt fyrirtæki taki hærra verð fyrir vörur sínar en sem nemur breytilegum kostnaði er það því eitt og sér ekki merki um að ófullnægjandi samkeppni sé á markaðnum og að markaðsstyrkur fyrirtækjanna geri að verkum að þeir geti stundað hærri verðlagningu en við eðlileg samkeppnisáhrif. Fyrirtæki teljast hafa markaðsstyrk með tilliti til 1. mgr. 53. gr. þegar samkeppnisáðhald er of lítið til að halda verði, framboði, vöruvöndun, vörufrjóbreytni og nýsköpun á því stigi sem væri við eðlileg samkeppnisáhrif.

41. Ef fyrirtæki tekst að öðlast markaðsstyrk, viðhalda honum eða auka hann getur ástæðan verið yfirburðakunnátta þess, framsýni eða nýsköpun. Ástæðan getur einnig verið minni samkeppni milli aðila samnings eða milli eins þeirra og fyrirtækja sem standa utan samningsins, til að mynda þannig að samningurinn leiði til þess að keppinautar búi við samkeppnishamlandi útilokun í þeim skilningi að útgjöld þeirra aukist og þeim sé þannig gert erfiðara um vik að veita samningsaðilum raunhæfa samkeppni.

42. Markaðsstyrkur getur verið mismunandi mikill. Minni markaðsstyrk þarf til þess að samningar, sem hafa þau áhrif að takmarka samkeppni, teljist fela í sér brot á ákvæði 1. mgr. 53. gr. en til þess að markaðsráðandi staða teljist vera fyrir hendi með vísan til ákvæðis 54. gr.; í síðarnefnda tilvikinu þarf markaðsstyrkurinn að vera umtalsverður.

43. Við greiningu á markaðsstyrk ber fyrst að athuga hversu sterka stöðu fyrirtækin, sem standa að samningnum, hafa á mörkuðunum sem samstarfið tekur til. Forsenda slíkrar greiningar er að skilgreining á viðkomandi markaði/mörkuðum fari fram með þeim aðferðum sem mælt er fyrir um í tilkynningu Eftirlitsstofnunar EFTA um markaðsskilgreiningar. Í þessum leiðbeinandi reglum má finna nánari leiðsögn um tilteknar tegundir markaða, til dæmis innkaupa- eða tæknimarkaði.

44. Ef samanlagður markaðshlutur fyrirtækjanna, sem standa að láréttum samstarfssamningi, er lítill hefur hann tæplega samkeppnistakmarkandi afleiðingar í skilningi 1. mgr. 53. gr. og er nánari greining þá að

jafnaði óþörf. Tegund samnings ræður því hvað telst vera „lítill samanlagður markaðshlutur“ og má ráða það af þeim „öryggismörkum“ sem mælt er fyrir um í einstökum köflum þessara leiðbeinandi reglna svo og, með almennari hætti, af ákvæðum tilkynningar Eftirlitsstofnunar EFTA um minniháttarsamninga sem takmarka samkeppni ekki merkjanlega samkvæmt 1. mgr. 53. gr. EES-samningsins [32] („tilkynningu um minniháttarsamninga“). Ef annar af tveimur aðilum samnings hefur aðeins óverulegan markaðshlut og viðskiptalegt bolmagn hans er ekki umtalsvert verður yfirleitt ekki litið svo á, jafnvel þótt samanlagður markaðshlutur fyrirtækjanna sé stór, að það sé vísbending um að samningurinn hafi að líkindum samkeppnistakmarkandi afleiðingar á markaðnum [33]. Að teknu tilliti til þess hversu margbreytilegir láréttir samstarfssamningar geta verið og hversu ólík áhrif þeir geta haft við mismunandi markaðsaðstæður er ógerningur að tiltaka almennt hversu stór markaðshluturinn má verða án þess að ástæða sé til að ætla að markaðsstyrkur sé orðinn nægur til að hafa samkeppnistakmarkandi afleiðingar.

45. Markaðsstöðu aðila samnings og samþjöppun fyrirtækja á markaðnum getur verið þannig háttáð að einnig verði að horfa til annarra þátta, svo sem hversu stöðugur markaðshlutur hvers fyrirtækis er, hvaða aðgangshindranir eru á markaðnum og hvaða líkur eru á nýliðun, svo og hver mótvægisstyrkur kaupenda/birgja er.

46. Greining Eftirlitsstofnunar EFTA miðast að jafnaði við markaðshluti eins og þeir eru hverju sinni [34]. Þó kemur til greina að taka einnig mið af framvindu sem nokkur víska þykir ríkja um, til að mynda að fyrirtæki hverfi af viðkomandi markaði, hefji markaðsinnreið eða færi út kvíarnar. Nota má sögulegar upplýsingar ef markaðshlutir hafa verið óstöðugir, til að mynda þegar markaðurinn einkennist af stórum, óreglulegum þöntonum. Af breytingum á markaðshlut fyrirtækja frá ári til árs má stundum ráða gagnlegar upplýsingar um hvernig samkeppni fer fram á markaðnum og hvaða vægi telja má líklegt að hver keppinatur um sig muni hafa þegar fram í sækir, til að mynda hvort markaðshlutur fyrirtækjanna hefur farið vaxandi eða minnkandi. Hvað sem öðru líður túlkar Eftirlitsstofnun EFTA markaðshluti með hliðsjón af þeim markaðsskilyrðum sem sennilegt er að muni ríkja, til að mynda hvort markaðurinn er mjög kvikur eða mikil nýsköpun eða hraður vöxtur riðlar markaðsgerðinni.

47. Ef markaður er þess eðlis að nægilega auðvelt er að hefja þar starfsemi er að jafnaði ekki við því að búast að láréttur samstarfssamningur hafi samkeppnistakmarkandi afleiðingar. Til að þess að nýliðun geti talist hafa í för með sér nægilegt samkeppnisaðhald gagnvart aðilum láréttis samstarfssamnings verður að sýna fram á að hún sé sennileg, eigi sér stað á heppilegum tíma og sé nægilega umfangsmikil til þess að draga úr eða gera að engu hugsanlegar samkeppnistakmarkandi afleiðingar samningsins. Það getur haft áhrif á greiningu á nýliðun ef láréttir samstarfssamningar eru í gildi. Líkurnar á nýliðun geta ráðist að nokkru af því hvort sennilegt eða hugsanlegt er að láréttur samstarfssamningur verði felldur úr gildi.

1.2.2. Ákvæði 3. mgr. 53. gr.

48. Mat á samkeppnistakmörkun á grundvelli 1. mgr. 53. gr., hvort sem um er að ræða tilgang eða áhrif samnings, er aðeins önnur hlið greiningarinnar. Hin hliðin, sem endurspeglast í 3. mgr. 53. gr., er mat á þeim samkeppnisörvandi áhrifum sem samningar geta haft þótt þeir takmarki að öðru leyti samkeppni. Í almennu leiðbeinandi reglunum er skýrt hvernig almennt er staðið að málum við beitingu 3. mgr. 53. gr. Þegar sýnt hefur verið fram á það í einstöku tilviki að fyrir hendi sé takmörkun á samkeppni í skilningi 1. mgr. 53. gr. er unnt að vísa til ákvæða 3. mgr. sömu greinar sem varnar. Samkvæmt 2. gr. II. kafla bókunar 4 við samninginn um eftirlitsstofnun og dómstól [35] um framkvæmd samkeppnisreglna sem mælt er fyrir um í 53. og 54. gr. EES-samningsins hvílir sönnunarbyrði um að skilyrðum 3. mgr. 53. gr. hafi verið fullnægt á því fyrirtæki/þeim fyrirtækjum sem óska að njóta þess ákvæðis. Þær lýsingar á málsatvikum og þau sönnunargögn, sem fyrirtækið/fyrirtækin leggja fram, verða því að gera Eftirlitsstofnun EFTA kleift að álykta að fullnægjandi líkur séu til þess að viðkomandi samningur hafi samkeppnisörvandi áhrif eða að svo sé ekki [36].

49. Til þess að beita megi undanþáguákvæðinu í 3. mgr. 53. gr. verður fjórum skilyrðum að vera fullnægt, tveimur jákvæðum og tveimur neikvæðum:

- Samningurinn verður að stuðla að bættri framleiðslu eða dreifingu á vörum eða að tæknilegum eða efnahagslegum framförum, þ.e. hafa hagræðingu í för með sér,
- takmarkanirnar verða að nauðsynlegar til þess að þessi markmið, þ.e. hagræðingin, geti náðst,
- neytendur verða að njóta sanngjarnrar hlutdeildar í ávinningnum sem af þessu hlýst, þ.e. hagræðing af völdum þessara nauðsynlegru takmarkana, að meðtalinni ómagnbundinni hagræðingu, verður að skila sér til neytenda í nægilega ríkum mæli til þess að bæta þeim að minnsta kosti samkeppnistakmarkandi afleiðingar samningsins; þannig er ekki nægilegt að fram komi hagræði sem felur aðeins í sér ávinning fyrir aðila samningsins; í þessum leiðbeinandi reglum merkir hugtakið „neytendur“ bæði núverandi og hugsanlega viðskiptamenn fyrirtækjanna sem standa að samningi [37] og

- samningurinn má ekki gefa aðilum hans færi á að útrýma samkeppni að því er varðar viðkomandi framleiðsluvörur að verulegu leyti.

50. Á sviði láréttra samstarfssamninga eru reglugerðir um hópundanþágur, sem byggjast á 3. mgr. 53. gr., í gildi að því er varðar samninga um rannsóknir og þróunarstarf [38] og samninga um sérhæfingu (m.a. sameiginlega framleiðslustarfsemi) [39]. Þessar hópundanþágureglugerðir eru byggðar á þeirri forsendu að samningar um rannsóknir og þróunarstarf og sérhæfingarsamningar geti aukið hagræði verulega með því að leiða til samnýtingar kunnáttu eða eignir með samverkandi áhrifum. Aðrir láréttir samstarfssamningar kunna einnig að hafa slík áhrif. Greining á hagræði af einstökum samningi, sem fram fer á grundvelli 3. mgr. 53. gr., snýst því að miklu leyti um að finna hvaða kunnáttu og eignir hver samningsaðili leggur að mörkum til þess að ná fram samverkandi áhrifum og meta hvort hagræðið, sem þannig kemur fram, sé nægilegt til þess að skilyrðum 3. mgr. 53. gr. geti talist fullnægt.

51. Láréttir samstarfssamningar geta leitt til samverkandi áhrifa á ýmsan hátt. Rannsókn- og þróunar-samningur getur falið í sér að fyrirtækin, sem að honum standa, leggi til mismunandi rannsóknagetu sem gerir þeim kleift að bæta framleiðslu sína, lækka tilkostnað og stytta tímamann sem það tekur að koma vörum á markað. Framleiðslusamningur getur gert samningsaðilum kleift að ná fram stærðar- eða samlegðarhagkvæmni sem þeir gætu ekki náð hver um sig.

52. Láréttir samstarfssamningar, sem snúast ekki um að samnýta kunnáttu eða eignir með samverkandi áhrifum, leiða síður til hagræðingar sem felur í sér ávinning fyrir neytendur. Með slíkum samningum kann að mega komast hjá tvöföldum kostnaði í sumum tilvikum, til að mynda á þann hátt að tiltekin föst útgjöld falli niður. Almenn tiliði hafa neytendur þó síður ávinning af því að föst útgjöld lækki en þegar lækkan næst fram til að mynda á breytilegum kostnaði eða jaðarkostnaði.

53. Nánari leiðsögn um hvernig Eftirlitsstofnun EFTA beitir viðmiðum 3. mgr. 53. gr. má finna í almennu leiðbeinandi reglum.

1.3. Kaftaskipting þessara leiðbeinandi reglna

54. Í 2. kafla er fyrst lýst nokkrum almennum sjónarmiðum um mat á upplýsingaskiptum sem gilda um allar tegundir láréttra samstarfssamninga sem fela í sér upplýsingaskipti. Í hverjum kafla þar á eftir er síðan tekin fyrir ein tegund láréttra samstarfssamninga. Í sérhverjum þessara kafla er greiningarreglum, sem lýst er í undirkafla 1.2, svo og almennum sjónarmiðum um upplýsingaskipti beitt gagnvart þeirri sérstöku tegund samstarfs sem til umfjöllunar er.

2. ALMENN SJÓNARMÍÐ SEM RÁÐA MATI Á AFLEIÐINGUM UPPLÝSINGASKIPTA AÐ ÞVÍ ER VARÐAR SAMKEPPNI

2.1. Skilgreining og gildissvið

55. Tilgangur þessa kafla er að veita leiðsögn um mat á afleiðingum upplýsingaskipta að því er varðar samkeppni. Upplýsingaskipti geta tekið á sig ýmsar myndir. Annars vegar geta keppinautar skipst á gögnum milliliðalaust. Hins vegar geta þeir skipst á gögnum óbeint fyrir tilstuðlan sameiginlegrar stofnunar (til dæmis atvinnugreinasamtaka) eða einhvers þriðja aðila, svo sem stofnunar sem annast markaðsrannsóknir eða eigin birgja eða smásala fyrirtækjanna.

56. Upplýsingaskipti eiga sér stað við mismunandi aðstæður. Í sumum tilvikum skiptast fyrirtæki á upplýsingum á grundvelli samninga, ákvarðana fyrirtækjasamtaka eða samstilltra aðgerða sem hafa engan umtalsverðan efnahagslegan tilgang annan en upplýsingaskiptin sjálf. Þá geta upplýsingaskipti verið einn þáttur lárétts samstarfssamnings annarrar gerðar (til dæmis á þann hátt að fyrirtæki, sem standa að framleiðslusamningi, deili með sér tilteknum upplýsingum um kostnaðarliði). Mat á þessari síðarnefndu tegund upplýsingaskipta þarf að fara fram í tengslum við mat á lárétta samstarfssamningnum sjálfum.

57. Alþekkt er að upplýsingaskipti eru stunduð á mörgum samkeppnismörkuðum og geta leitt til hagræðingar af ýmsu tagi. Þau geta leyst úr vanda sem stafar af upplýsingamissvægi [40] og aukið þannig hagkvæmni markaðanna. Þá geta fyrirtæki aukið hagræði í eigin starfsemi með því að miða hana við bestu framkvæmd hvert hjá öðru. Þegar fyrirtæki skiptast á upplýsingum getur það einnig gert þeim kleift að minnka kostnað með því að minnka birgðir, koma vörum, sem hafa lítið geymsluþol, hraðar til neytenda eða bregðast við sveiflukenndri eftirspurn, o.s.frv. Þá geta neytendur haft beinan ávinning af upplýsingaskiptum ef leitarkostnaður þeirra minnkar og vöruval eykst.

58. Það getur hins vegar einnig haft í för með sér takmörkun á samkeppni að fyrirtæki skiptist á markaðsupplýsingum, einkum þegar staða mála er með þeim hætti að upplýsingaskiptin geta fært fyrirtækjum vitneskju um markaðsáform keppinauta sinna [41]. Afleiðingar upplýsingaskipta með tilliti til samkeppni ráðast af einkennum markaðarins þar sem þau eiga sér stað (þáttum á borð við samþjöppun

fyrirtækja, gagnsæi, stöðugleika, samhverfu markaðshluta, flækjustig o.s.frv.), en jafnframt af því hvers eðlis upplýsingarnar eru, enda geta slíkar upplýsingar breytt viðkomandi markaðsumhverfi þannig að það greiði fyrir því að fyrirtæki samstilli athafnir sínar.

59. Við þetta bætist að upplýsingar geta borist milli keppinauta fyrir tilstuðlan samnings, samstilltrar aðgerðar eða ákvörðunar fyrirtækjasamtaka sem hefur þann tilgang, fyrst og fremst, að koma á samráði um verðlagningu eða framboð. Að jafnaði er litið á upplýsingaskipti af því tagi sem einokunarsamninga og sektir lagðar á í samræmi við það. Upplýsingaskipti geta einnig auðveldað framkvæmd einokunarsamnings með því að gera fyrirtækjum kleift að fylgjast með því hvort þeir, sem standa að samráðinu, fari eftir því sem um hefur samist. Upplýsingaskipti af því tagi verða metin sem einn þáttur einokunarsamningsins.

Samstilltar aðgerðir

60. Upplýsingaskipti verða aðeins metin á grundvelli 53. gr. ef í þeim er fölginn samningur, samstillt aðgerð eða ákvörðun fyrirtækjasamtaka eða þau fara fram á grundvelli slíks samnings, aðgerðar eða ákvörðunar. Þó að samningur, samstillt aðgerð eða ákvörðun fyrirtækjasamtaka liggi fyrir segir það ekkert um það fyrirfram hvort samningurinn, samstillta aðgerðin eða ákvörðun fyrirtækjasamtakanna hefur í för með sér takmörkun á samkeppni í skilningi 1. mgr. 53. gr.

Samkvæmt dómaframkvæmd EFTA-dómstólsins og Dómstóls Evrópusambandsins vísar hugtakið samstillt aðgerð til þess að fyrirtæki samstilli athafnir sínar á tiltekinn hátt sem einkennist af því að þótt eiginlegur samningur hafi ekki enn komist á er samstarf fyrirtækjanna í reynd þannig að þau hafa látið það koma í stað áhættusamrar samkeppni [42]. Viðmið um það hvernig samstillingu og samstarfi fyrirtækja þarf að vera hátað til þess að þau teljist hafa stofnað til samstilltrar aðgerðar lúta alls ekki að því að eiginleg áætlun þurfi að hafa verið gerð, heldur ber að túlka þau með hliðsjón af grunnhugmyndinni að baki samkeppnisreglna EES-samningsins, en hún er sú að sérhvert fyrirtæki verði sjálft að móta stefnuna sem það hyggst fylgja á innra markaðnum og skilmálana sem viðskiptamönnum þess standa til boða [43].

61. Þessi regla breytir engu um rétt fyrirtækja til að laga sig á skynsamlegan hátt að hegðun keppinauta sinna eins og hún blasir við eða eins og vænta má að hún verði. Hún bannar hins vegar hvers kyns bein og óbein samskipti keppinauta sem hafa þann tilgang eða þau áhrif að skapa skilyrði fyrir samkeppni sem samræmast ekki eðlilegum samkeppnis skilyrðum á viðkomandi markaði, að teknu tilliti til eðlis vöru eða þjónustu sem seld er á þeim markaði, stærðar og fjölda fyrirtækja og heildarveltu [44]. Hún bannar einnig hvers kyns bein og óbein samskipti keppinauta sem hafa þann tilgang eða þau áhrif að stýra athöfnum þegar starfandi eða nýs keppinautar eða upplýsa slíkan keppinaut um athafnir sem fyrirtækin hafa sjálf tekið ákvörðun um eða hyggjast taka ákvörðun um á markaðnum, og stuðla þannig að því að samráðsstaða komi upp á markaðnum [45]. Upplýsingaskipti geta þannig talist samstillt aðgerð ef þau draga úr óvissu um viðskiptaáform fyrirtækja [46] og stuðla þannig að leynilegu samráði, þ.e. ef gögnin, sem skipta um hendur, lúta að slíkum áformum. Skiptist keppinautar á gögnum um eigin viðskiptaáform jafngildir það þess vegna því að þeir samstilli athafnir sínar vegna þess að slík upplýsingaskipti skerða sjálfstæði einstakra keppinauta á markaðnum og draga úr hvatanum sem þeim er búinn til að keppa sín í milli.

62. Einnig getur verið um samstillta aðgerð að ræða þegar aðeins eitt fyrirtæki kemur upplýsingum um viðskiptaáform sín á framfæri við einn eða fleiri keppinauta, og þeir taka við þeim [47]. Slík upplýsingagjöf getur til að mynda átt sér stað með bréfasendingum eða rafpósti, í símtölum, á fundum o.s.frv. Þá skiptir ekki máli hvort aðeins eitt fyrirtæki greinir keppinautum sína einhliða frá markaðsáformum sínum eða hvort öll fyrirtækin, sem hlut eiga að máli, greina hvert öðru frá athugunum sínum og áformum. Þegar eitt fyrirtæki greinir keppinautum sínum frá því hvaða viðskiptastefnu það hyggst fylgja í framtíðinni dregur það úr óvissu allra keppinautanna um væntanlega starfsemi á markaðnum og eykur hættuna á samkeppnistakmörkunum og samráðsstöðu [48]. Til að mynda má ætla að það eitt að sitja fund [49] þar sem fyrirtæki greinir keppinautum sínum frá verðlagningaráformum sínum muni falla undir 53. gr., enda þótt enginn eiginlegur samningur sé gerður um að hækka verð [50]. Ef fyrirtæki fær í hendur gögn um viðskiptaáform keppinautar (hvort sem það gerist á fundi, með bréfasendingu eða á rafrænan hátt) verður litið svo á að það hafi tekið við upplýsingunum og breytt markaðshegðun sinni í samræmi við þær nema það bregðist við með ótvíræðri yfirlýsingu um að það vilji ekki fá gögn af því tagi afhent [51].

63. Ef fyrirtæki gefur út einhliða tilkynningu, sem er jafnframt gerð fyllilega opinber, til dæmis með birtingu í dagblaði, er yfirleitt ekki litið á það sem samstillta aðgerð í skilningi 1. mgr. 53. gr. [52]. Málsatvik hverju sinni geta þó verið með þeim hætti að ekki sé útilokað að um samstillta aðgerð sé að ræða, til að mynda þegar tilkynningar annarra keppinauta fylgja í kjölfar tilkynningar af þessu tagi, ekki síst vegna þess að stefnumarkandi viðbrögð einstakra fyrirtækja við opinberum tilkynningum keppinauta sinna (sem geta, svo dæmi sé tekið, verið fölgín í því að breyta eigin áður útgefnum tilkynningum sínum í samræmi við tilkynningar keppinautanna) geta reynst vera aðferð fyrirtækja til að ná samkomulagi um hvaða skilmálar skuli gilda um samstillingu þeirra.

2.2. Mat á grundvelli 1. mgr. 53. gr.

2.2.1. Helstu áhyggjuefni er lúta að samkeppni [53]

64. Ef staðfest hefur verið að fyrir liggi samningur, samstillt aðgerð eða ákvörðun fyrirtækjasamtaka verður að huga að helstu áhyggjuefnum er lúta að samkeppni og vaknað geta í tengslum við upplýsingaskipti.

Samráðsstaða

65. Þegar fyrirtæki skiptast á upplýsingum um viðskiptaáform sín eykur það gagnsæi á markaðnum á fólkskum forsendum og getur gert þeim auðveldara um vik að samstilla (þ.e. samræma) samkeppnisathafnir sínar og haft samkeppnistakmarkandi afleiðingar. Þetta getur gerst með ýmsum hætti.

66. Í fyrsta lagi geta upplýsingaskipti leitt til samkomulags fyrirtækja um hvaða skilmálar skuli gilda um samstillingu þeirra, en það getur svo orðið til þess að á þeim markaði komist á samráðsstaða. Fyrir tilstuðlan upplýsingaskipta kunna fyrirtækin að hafa sams konar væntingar með tilliti til óvissuþátta á markaðnum. Á þeim grundvelli geta þau náð samkomulagi um hvaða skilmálar skuli gilda um samstillingu samkeppnisathafna þeirra, enda þótt enginn eiginlegur samningur sé gerður um slíka samstillingu. Mestar líkur eru á fyrirtæki leitist við að ná slíku samkomulagi með því að skiptast á upplýsingum um áform sín.

67. Upplýsingaskipti geta einnig haft samkeppnistakmarkandi afleiðingar með því að treysta innri stöðir samráðsstöðu á markaði. Þetta gerist helst á þann hátt að fyrirtækin, sem eiga í hlut, geta fylgst með því hvort önnur fyrirtæki víkja frá því sem samið hefur verið um. Upplýsingaskipti geta þannig gert markaðinn nægilega gagnsæjan til þess að fyrirtækin, sem standa að samráðinu, geti haft fullnægjandi eftirlit með því hvort önnur fyrirtæki víkja frá samráðinu, og vitað þannig hvenær viðurlaga er þörf. Skipulegt eftirlit af þessu tagi getur byggst á því að skipst sé á upplýsingum, nýjum eða eldri. Það getur annaðhvort gert fyrirtækjum kleift að koma á samráðsstöðu á mörkuðum þar sem þau hefðu ekki getað gert það með öðru móti eða treyst stöðir samráðsstöðu sem þegar hefur komist á á markaðnum (sbr. 3. dæmi (107. mgr.)).

68. Í þriðja lagi geta upplýsingaskipti haft samkeppnistakmarkandi afleiðingar með því að treysta ytri stöðir samráðsstöðu á markaðnum. Ef upplýsingaskiptin gera markaðinn nægilega gagnsæjan geta fyrirtækin, sem standa að samráðinu, vakt að hvar og hvenær önnur fyrirtæki gera tilraunir til að hefja starfsemi á markaðnum og beitt sér þannig gegn slíkum nýliðum. Þetta getur einnig tengst þeim áhyggjuefnum að því er varðar samkeppnishamlandi útilokun keppinauta sem fjallað er um í 69.–71. mgr. Skipulegt eftirlit af þessu tagi getur byggst á því að skipst sé á upplýsingum, nýjum eða frá liðnum árum.

Samkeppnishamlandi útilokun keppinauta

69. Auk þess að greiða fyrir leynilegu samráði geta upplýsingaskipti leitt til þess að keppinautar búi við samkeppnishamlandi útilokun [54].

70. Upplýsingaskipti, sem aðeins tiltekin fyrirtæki hafa aðgang að, geta leitt til samkeppnishamlandi útilokunar keppinauta á markaðnum þar sem skipst er á upplýsingum. Þetta getur gerst þegar skipst er á viðskiptaupplýsingum sem almennt fara leynt með þeim afleiðingum að keppinautar, sem standa utan upplýsingaskiptanna, standa mjög höllum fæti í samkeppni við fyrirtækin sem eiga aðild að upplýsingaskiptakerfinu. Ekki getur verið um útilokun af þessu tagi að ræða nema upplýsingarnar, sem um ræðir, hafi mikla þýðingu fyrir samkeppnisstefnu fyrirtækjanna og varði stóran hluta viðkomandi markaðar.

71. Ekki er unnt að útiloka að upplýsingaskiptin geti einnig leitt til samkeppnishamlandi útilokunar keppinauta úr hópi þriðja aðila á skyldum markaði. Dæmi um þetta er að með því að nota upplýsingaskipti til þess að öðlast nægilegan markaðsstyrk kynnu aðilar að upplýsingaskiptum á aðliggjandi markaði, til að mynda fyrirtæki sem starfa á fleiri en einu markaðsstigi, að geta hækkað verðið á íhlut sem hefur lykilorðþýðingu á fráliggjandi markaði. Á þann hátt gætu þeir aukið tilkostnað keppinauta sinna á þeim fráliggjandi markaði og valdið þannig samkeppnishamlandi útilokun fyrirtækja á þeim markaði.

2.2.2. Samkeppnistakmörkun tilgangur samnings

72. Hvenær sem markmið upplýsingaskipta er að hamla gegn samkeppni á markaðnum verður tilgangur þeirra að teljast sá að takmarka samkeppni. Við mat á því hvort tilgangur upplýsingaskipta sé sá að takmarka samkeppni verður af hálfu Eftirlitsstofnunar EFTA hugað sérstaklega að því laga- og efnahagsumhverfi sem upplýsingaskiptin eiga sér stað í [55]. Í því tilliti hefur stofnunin hliðsjón af því hvort upplýsingaskiptin séu beinlínis þess eðlis að þau geti leitt til takmörkunar á samkeppni [56].

73. Einkar líklegt er að samráðsstaða komist á þegar skipst er á upplýsingum um áform einstakra fyrirtækja að því er varðar verðlagningu eða framboð [57]. Þegar keppinautar greina hver öðrum frá slíkum áformum er hugsanlegt að þeir geti sameinast um að halda vöruverði hærra en ella hefði verið unnt án þess að eiga

á hættu að missa markaðshlut eða koma af stað verðstríði meðan verðhækkunin stendur yfir (sbr. 1. dæmi (105. mgr.)). Jafnframt eru minni líkur á að upplýsingaskipti eigi sér stað í samkeppnisörvandi skyni þegar þau varða framtíðaráform en þegar skipst er á raungöngnum.

74. Ef keppinautar skiptast á upplýsingum um áform sín að því er varðar verðlagningu eða framboð ber því að líta svo á að tilgangurinn sé sá að takmarka samkeppni [58] [59]. Við þetta bætist að skiptist keppinautar á upplýsingum um áform sín að því er varðar verðlagningu eða framboð er að jafnaði litið á það sem einokunarsamning og sektir lagðar á í samræmi við það því að tilgangurinn er þá venjulega að hafa samráð um verðlagningu eða framboð. Upplýsingaskipti, sem eru í eðli sínu einokunarsamningar, brjóta ekki aðeins í bága við 1. mgr. 53. gr. heldur er jafnframt afar ólíklegt að þau fullnægi skilyrðum 3. mgr. sömu greinar.

2.2.3. Samkeppnistakmarkandi afleiðingar

75. Greining á því hvaða áhrif líklegt er að tiltekin upplýsingaskipti hafi með tilliti til samkeppni verður að fara fram sérstaklega í hverju tilviki þar eð niðurstöður slíks mats ráðast af samspili ýmissa þátta sem einkenna hvert tilvik. Mat á því hvort upplýsingaskiptin hafa samkeppnistakmarkandi afleiðingar er í því fylgið að bera líkleg áhrif þeirra saman við þær samkeppnisaðstæður sem væru fyrir hendi ef þessi tilteknu upplýsingaskipti ættu sér ekki stað [60]. Til þess að upplýsingaskipti geti talist hafa samkeppnistakmarkandi afleiðingar í skilningi 1. mgr. 53. gr., verða þau að vera til þess fallin að hafa merkjanleg óæskileg áhrif á einn breytilegan þátt sem hefur áhrif á samkeppni (eða nokkra slíka), til dæmis verð, framboð, vöruvöndun, vörfjölbreytni eða nýsköpun. Það ræðst bæði af efnahagsaðstæðum á viðkomandi mörkuðum og eðli upplýsinganna sem um ræðir hvort upplýsingaskipti hafa samkeppnistakmarkandi afleiðingar.

76. Markaðsaðstæður geta verið þess eðlis að þær geri það auðveldara að stofna til samstillingar eða treysta innri eða ytri stoðir hennar [61]. Á slíkum mörkuðum geta samkeppnistakmarkandi afleiðingar upplýsingaskipta verið viðtækari en á mörkuðum þar sem aðrar aðstæður ríkjá. Enda þótt markaðsaðstæður séu með þeim hætti að erfitt sé að viðhalda samstillingu fyrirtækja áður en upplýsingaskiptin eiga sér stað er hugsanlegt að aðstæðurnar breytist vegna þeirra þannig að samstilling verði möguleg – til dæmis með því að gera markaðinn gagnsærri og uppbyggingu hans einfaldari, vinna gegn sveiflum eða bæta úr upplýsingamisvægi. Af þessari ástæðu er mikilvægt að meta samkeppnistakmarkandi afleiðingar upplýsingaskiptanna bæði með hliðsjón af upphaflegum markaðsaðstæðum og af því hvernig þær aðstæður breytast í kjölfar upplýsingaskiptanna. Hér er meðal annars um að ræða mat á séreinkennum viðkomandi kerfis, til að mynda tilgangi þess og hvaða skilyrði eru sett fyrir aðgangi að kerfinu annars vegar og þátttöku í því hins vegar. Einnig er nauðsynlegt að athuga hversu tíð upplýsingaskiptin eru, hvers eðlis upplýsingarnar eru (til að mynda hvort þær eru opinberar eða trúnaðarupplýsingar, heildartölur eða sundurgreindar, sögulegar eða nýjar) og hversu miklu máli upplýsingarnar skipta í tengslum við samráð fyrirtækjanna um verð, magnframboð eða þjónustuskilmála [62]. Eftirtaldir þættir hafa þýðingu í tengslum við það mat:

i) Einkenni markaðarins

77. Fyrirtæki geta fremur komið á samráðsstöðu á mörkuðum sem einkennast af nægilega miklu gagnsæi, samþjöppun fyrirtækja, litlu flækjustigi, stöðugleika og samhverfu markaðshluta. Á slíkum mörkuðum geta fyrirtæki náð samkomulagi um hvaða skilmálar skuli gilda um samstillingu þeirra og jafnframt vakt að frávik frá þeim og beitt viðurlögum vegna slíkra frávíka með góðum árangri. Upplýsingaskipti geta þó einnig nýst fyrirtækjum til að koma á samráðsstöðu við markaðsaðstæður þar sem þau hefðu ekki getað það ef engin upplýsingaskipti hefðu átt sér stað. Upplýsingaskipti geta þannig greitt fyrir því að samráðsstaða komist á með því að gera markaðinn gagnsærri, einfalda markaðsgerðina, vinna gegn sveiflum eða bæta úr upplýsingamisvægi. Í því tilliti ráðast afleiðingar upplýsingaskipta með tilliti til samkeppni ekki einungis af því hvaða einkenni markaðurinn þar sem þau eiga sér stað hefur í upphafi (til dæmis að því er varðar samþjöppun fyrirtækja, gagnsæi, stöðugleika, flækjustig o.s.frv.), heldur einnig af því hvernig þau einkenni geta breyst eftir því hvers eðlis upplýsingarnar eru sem fyrirtækin skiptast á [63].

78. Samráðsstaða kemst fremur á ef markaðir eru gagnsærir. Gagnsæi á markaði getur ýtt undir leynilegt samráð með því að gera fyrirtækjum kleift að ná samkomulagi um hvaða skilmálar skuli gilda um samstillingu þeirra og/eða með því að treysta innri og ytri stoðir samráðsins. Upplýsingaskipti geta gert markaðinn gagnsærri og þannig dregið úr óvissu um breytilega þætti sem hafa áhrif á samkeppni (svo sem verð, framboð, eftirspurn, kostnaðarliði o.s.frv.). Því minna gagnsær sem markaðurinn var fyrir þeim mun meiri þýðingu geta upplýsingaskipti haft þegar unnið er að því að koma á samráðsstöðu. Ef upplýsingaskipti gera lítið til að auka gagnsæi markaðarins hafa þau síður samkeppnistakmarkandi afleiðingar en þegar um ræðir upplýsingaskipti sem auka gagnsæið til muna. Þess vegna er það samspil þess hversu gagnsær markaðurinn var fyrir og hvaða breytingar verða að því leyti við upplýsingaskiptin sem ræður því hversu líklegt er að upplýsingaskiptin hafi samkeppnistakmarkandi afleiðingar. Hversu gagnsær markaðurinn var fyrir ræðst meðal annars af því hversu mörg fyrirtæki eru starfandi á markaðnum og hvers eðlis viðskipti þeirra eru, en þar getur verið um að ræða allt frá opinberum viðskiptum til tvíhliða trúnaðarsamninga kaupenda og seljenda. Þegar metið er hvaða breytingar hafi orðið á gagnsæi markaðarins skiptir mestu

að greina í hversu ríkum mæli tiltækar upplýsingar geta nýst fyrirtækjum til þess að álykta um athafnir keppinauta.

79. Þröngur fákeppnismarkaður getur greitt fyrir því að samráðsstaða komist á með því að gera litlum hópi fyrirtækja auðveldara með að ná samkomulagi um hvaða skilmálar skuli gilda um samstillingu þeirra og vakta frávik frá þeim. Þá verður samráðsstöðu fremur viðhaldið þegar fá fyrirtæki eiga hlut að máli. Þegar fleiri fyrirtæki standa að samstillingunni er ábati þeirra af því að víkja frá umsömdum skilmálum meiri sökum þess að þau geta náð til sín stærri hlut af markaðnum með því að lækka verð. Samráðsstöðu fylgir þá jafnframt minni ábati, því að eftir því sem fyrirtækjunum fjölgar rýrnar hlutur hvers þeirra í þeim ávinningi sem leiðir af samráðinu. Upplýsingaskipti hafa fremur samkeppnistakmarkandi afleiðingar á þröngum fákeppnismarkaði en þar sem fákeppni er minni og slíkra afleiðinga verður tæplega vart á mjög margskiptum mörkuðum. Ef markaðurinn verður gagnsærri eða færir með öðrum hætti í átt að aðstæðum sem stuðla í ríkara mæli að samstillingu geta upplýsingaskipti þó liðkað fyrir því að fleiri fyrirtæki samstilli og vakti athafnir sínar en unnt væri ef upplýsingaskiptin ættu sér ekki stað.

80. Fyrirtæki geta átt erfitt með að koma á samráðsstöðu í flóknu markaðsumhverfi. Upplýsingaskipti geta hins vegar stuðlað að einföldun slíks umhverfis að nokkru leyti. Í flóknu markaðsumhverfi þurfa fyrirtæki að jafnaði að stunda umfangsmeiri upplýsingaskipti til að geta náð samkomulagi um hvaða skilmálar skuli gilda um samstillingu þeirra og vaktað frávik frá þeim. Það er til að mynda auðveldara að koma á samráðsstöðu að því er varðar verð fyrir eina tiltekna, einsleita vöru en um verð fyrir ýmsar vörur á markaði þar sem margvíslegar vörur eru seldar. Engu að síður er hugsanlegt að fyrirtæki fari þá leið, til þess að komast hjá erfiðleikum sem fylgja því að koma á samráðsstöðu að því er varðar verð fyrir margar vörur, að skiptast á upplýsingum í því skyni að koma sér upp einföldum reglum um verðlagningu (til dæmis viðmiðunarverði).

81. Samráðsstaða kemur fremur upp þar sem eftirspurn og framboð eru tiltölulega stöðug [64]. Í óstöðugu umhverfi getur fyrirtæki átt erfitt með að vita hvort minnkandi sölu megi rekja til þess að eftirspurn sé almennt litil eða til þess að keppinautur bjóði vörur á einkar lágu verði, og við þær aðstæður er erfitt að viðhalda samráðsstöðu. Atriði á borð við óstöðuga eftirspurn, mikinn innri vöxt hjá sumum fyrirtækjum á markaðnum og tíða markaðsinnreið nýrra fyrirtækja geta í þessu tilliti verið vísbendingar um að aðstæður séu sem stendur ekki nægilega stöðugar til þess að líkur séu á samstillingu fyrirtækja [65]. Við tiltekna aðstæður geta upplýsingaskipti þjónað þeim tilgangi að auka stöðugleika á markaðnum og geta þá stuðlað að því að samráðsstaða komi upp þar. Þá getur fyrirtækjum reynst erfiðara að samstillast athafnir sínar á mörkuðum þar sem nýsköpun er mikilvæg sökum þess að óvenjulega markverðar nýjungar eins fyrirtækis geta fært því verulegt forskot á keppinauta sína. Til þess að samráðsstaða geti haldist til lengdar mega viðbrögð þeirra, sem eiga ekki aðild að henni, svo sem keppinauta í nútíð og framtíð sem standa ekki að samstillingunni, svo og viðskiptamanna, ekki vera þess eðlis að þau geti stefnt í hættu væntanlegum ábata af samráðsstöðunni. Í þessu tilliti auka hvers kyns aðgangshindranir líkurnar á að unnt sé að ná fram og viðhalda samráðsstöðu á markaðnum.

82. Samráðsstaða kemur fremur upp ef markaðsgerðin einkennist af samhverfu markaðshluta. Litill breytileiki milli fyrirtækja að því er varðar tilkostnað, eftirspurn, markaðshlut, vöruframboð, framleiðslugetu o.s.frv. veldur því að þau geta fremur náð samkomulagi um hvaða skilmálar skuli gilda um samstillingu þeirra þar eð hvatarnir, sem þeim eru búnir, eru líkari. Við tiltekna aðstæður geta upplýsingaskipti þó einnig gert það kleift að koma á samráðsstöðu þótt markaðsgerðin sé sundurleitari. Upplýsingaskipti gætu gert fyrirtækjum ljóst hvað er ólíkt með þeim og auðvelað þeim að haga samstillingunni þannig að tekið sé tillit til þess.

83. Til þess að samráðsstaða hvíli á traustum stöðum þurfa fyrirtækin einnig að meta til núvirðis þann hagnað sem vænta má í framtíðinni. Því meira sem fyrirtæki meta hagnaðinn sem þau gætu haft af undirboðum á líðandi stundu í samanburði við allan hagnað sem samráðsstaðan gæti fært þeim í framtíðinni þeim mun minni líkur eru á að þau geti komið á samráðsstöðu.

84. Á sama hátt kemst samráðsstaða fremur á ef búast má við að hlutaðeigandi fyrirtæki muni starfa áfram á sama markaði um langt skeið, þar eð vilji þeirra til að samstillast athafnir sínar er þá meiri. Ef fyrirtæki veit að það á eftir að eiga samskipti við hin fyrirtækin um langt skeið er í því fölginn sterkari hvati til að koma á samráðsstöðu því að framtíðarstreymi hagnaðar af samráðsstöðunni er þá meira virði en sá skammtímahagnaður sem fyrirtækið gæti haft af því að víkja frá samráðinu, þ.e. áður en hin fyrirtækin verða fráviksins vör og grípa til viðurlaga.

85. Almennt gildir að til þess að unnt sé að viðhalda samráðsstöðu verður að liggja fyrir sennileg hættu á að nægilega trúverðugum og tafarlausum viðurlögum verði beitt. Samráðsstöðu verður ekki viðhaldið á mörkuðum þar sem afleiðingar þess að víkja frá samráðinu eru ekki nægilega þungbærar til þess að fyrirtæki, sem hafa samstillt athafnir sínar, geti verið fullviss um að hagsmuna þeirra sé best gætt með því að hlíta skilmálum samráðsins. Á mörkuðum, sem einkennast af óreglulegum pöntunum með löngu millibili, getur til að mynda verið erfiðleikum bundið að beita varnaðarráðstöfunum sem hafa nægilega

þungbærar afleiðingar þar eð frávik frá skilmálum samráðsins á réttum tíma geta haft í för með sér mikinn, vísan og tafarlausan ábata, en tapið af því að sæta viðurlögum getur verið lítið og óvist og komið fram á alllögum tíma. Hvort varnaðarráðstafanirnar eru trúverðugar fer einnig eftir því hvort önnur fyrirtæki, sem standa að samstillingunni, búa við hvata til að beita gagnráðstöfunum, en það ræðst af því annars vegar hversu miklu þau myndu tapa til skamms tíma lítið ef efnt væri til verðstríðs og hins vegar hvaða ábata þau gætu haft af því til langs tíma lítið ef samráðsstaða kæmist á aftur. Svo dæmi sé tekið geta fyrirtæki átt hægara með að beita viðurlögum ef þau tengjast einnig gegnum lóðrétt viðskiptasambönd sem þau geta hótáð að slíta til þess að refsfa fyrir frávik frá skilmálum samráðsins.

ii) Eðli upplýsinganna sem skipst er á

Upplýsingar um viðskiptaáform

86. Ef keppinautar skiptast á upplýsingum um viðskiptaáform sín, þ.e. skiptast á gögnum sem draga úr óvissu um viðskiptaáform fyrirtækja á markaðnum, verður slíkt fremur talið falla undir 53. gr. en þegar skipst er á upplýsingum af öðru tagi. Ef upplýsingaskipti taka til viðskiptaáforma geta þau haft samkeppnistakmarkandi afleiðingar með því að draga úr svigrúmi fyrirtækjanna til að taka sjálfstæðar ákvarðanir og búa þeim þannig minni hvata til að keppa sín í milli. Upplýsingar um viðskiptaáform geta varðað verðlagningu (til dæmis gildandi verð, niðursett verð, hækkunar, lækkunar eða afsláttarkjör), viðskiptamannaskrár, framleiðslukostnað, framleiðslutölur, veltu, sölutölur, afkastagetu, vöruvöndun, markaðsáætlanir, áhættuliði, fjárfestingar, tækniáðferðir svo og rannsókn- og þróunarstarf og afrakstur þess. Mikilvægustu viðskiptaupplýsingarnar eru yfirleitt þær sem varða verð og framleiðslutölur, en því næst koma upplýsingar um kostnaðarliði og eftirspurn. Ef samkeppni er með fyrirtækjum á sviði rannsókn- og þróunarstarfs er þó hugsanlegt að mikilvægustu viðskiptaupplýsingarnar með tilliti til samkeppni séu þær sem lúta að tækniáðferðum. Hversu gagnlegar upplýsingarnar eru með tilliti til viðskiptaáforma ræðst einnig af því í hversu ríku mæli er um heildartölur að ræða og hversu gamlar upplýsingarnar eru, svo og af markaðssamhenginu og því hversu tíð upplýsingaskiptin eru.

Markaðsþekja

87. Til þess að líklegt geti talist að upplýsingaskipti hafi samkeppnistakmarkandi afleiðingar verða fyrirtækin, sem eiga hlut að máli, að hafa nægilega stóran markaðshlut á viðkomandi markaði. Að öðrum kosti geta keppinautar, sem taka ekki þátt í upplýsingaskiptunum, haldið aftur af hvers kyns samkeppnishamlandi athöfnum viðkomandi fyrirtækja. Fyrirtæki, sem eiga ekki aðild að upplýsingaskiptakerfinu, gætu til að mynda grafið undan ytri stoðum samráðsstöðu með því að selja vörur sínar undir samstilltu viðmiðunarverði.

88. Ógerlegt er að skilgreina óhlutstætt hvað „nægilega stór markaðshlutur“ þarf að vera stór og ræðst það af málsvikum hverju sinni og af eðli upplýsinganna sem skipst er á. Ef upplýsingaskipti eiga sér stað í tengslum við láréttan samstarfssamning af öðru tagi og eru ekki viðtækari en þörf er á vegna framkvæmdar þess samnings er markaðsþekja undir þeim mörkum sem tilgreind eru í viðkomandi kafla þessara leiðbeinandi reglna, viðkomandi reglugerð um hópundanþágur [66] eða tilkynningunni um minniháttarsamninga og varða þá tegund samnings sem um er að ræða, aftur á móti að jafnaði ekki nægilega mikil til þess að upplýsingaskiptin hafi samkeppnistakmarkandi afleiðingar.

Heildartölur/tölur frá einstökum fyrirtækjum

89. Þegar upplýsingaskipti taka til aðeins til heildartalna, þ.e. þegar nægilega torvelt er að greina í tölunum upplýsingar um einstök fyrirtæki, hafa þau miklu síður samkeppnistakmarkandi afleiðingar en þegar skipst er á upplýsingum um einstök fyrirtæki. Heildartölur um viðskipti á tilteknum markaði (til dæmis sölutölur, tölur um afkastagetu eða tölur um kostnað við kaup á aðföngum og íhlutum), sem teknar eru saman og birtar á vegum atvinnugreinasamtaka eða markaðsrannsóknafyrirtækis, geta nýst bæði birgjum og viðskiptamönnum með því að gefa þeim skýrari mynd af efnahagsástandi í tiltekinni atvinnugrein. Slík samantekt og birting gagna getur gert markaðsaðilum kleift að byggja ákvarðanir um einstök málefni á betri upplýsingum og laga viðskiptastefnu sína þannig að markaðsaðstæðum á hagkvæman hátt. Almennt gildir að upplýsingaskipti, sem taka aðeins til heildartalna, hafa tæplega samkeppnistakmarkandi afleiðingar nema þau eigi sér stað á þröngum fákennismarkaði. Þegar upplýsingaskipti taka til talna frá einstökum fyrirtækjum ýtir það undir samkomulag markaðsaðila og viðleitni þeirra til að beita viðurlögum með því að opna fyrirtækjum, sem samstillta athafnir sínar, leið til að greina hvenær fyrirtæki vikur frá umsömdum skilmálum eða nýliði hefur starfsemi á markaðnum. Engu að síður verður ekki horft framhjá því að jafnvel þegar upplýsingaskiptin eru takmörkuð við heildartölur getur hugsast að þau greiði fyrir því samráðsstaða komist á á mörkuðum sem hafa tiltekin séreinkenni. Ef fyrirtæki, sem starfa á mjög þröngum og stöðugum fákennismarkaði og skiptast á upplýsingum um heildartölur, verða þess vör að tiltekið markaðsverð er undir tilteknum mörkum kunna þau þannig að telja einboðið að álykta að einhver hafi vikið frá skilmálum samráðsins og ákveðið að grípa til viðurlaga á markaðnum sem heild. Með öðrum orðum er hugsanlegt að fyrirtæki þurfi ekki alltaf að vita hver hafi vikið frá skilmálum samráðs til þess að geta viðhaldið því; þeim

getur nægt að vita að „einhver“ hafi gert það.

Hversu gamlar upplýsingarnar eru

90. Ef fyrirtæki skiptast á sögulegum upplýsingum hefur það tæplega í för með sér að samráðsstaða komist á enda er ólíklegt að slíkar upplýsingar feli í sér vísbendingar um athafnir keppinauta í framtíðinni eða leiði til samkomulags fyrirtækja á markaðnum [67]. Þá gera skipti á sögulegum upplýsingum fyrirtækjum tæplega auðveldara að vakta frávik frá skilmálum samráðs vegna þess að því eldri sem gögnin eru þeim mun minni líkur eru á þau nýtist til að finna frávik nægilega snemma og feli þannig í sér trúverðuga hættu á tafarlausri beitingu viðurlaga [68]. Ekkert er hægt að segja til um það fyrirfram við hvaða mörk gögn fara að teljast sögulegar upplýsingar, þ.e. nógu gömul til að samkeppni stafi engin hætta af þeim. Það ræðst af séreinkennum viðkomandi markaðar hvort gögn teljast fyllilega sögulegar upplýsingar, og þá einkum af því hversu títt endursamningar um verð eiga sér stað í viðkomandi atvinnugrein. Gögn geta til að mynda talist sögulegar upplýsingar ef aldur þeirra er nokkur margfeldi af meðalgildistíma viðskiptasamninga í greininni, að því tilskildu að slíkir samningar gefi til kynna að endursamið hafi verið um verð. Við hvaða mörk gögn fara að teljast sögulegar upplýsingar fer einnig eftir því hvers eðlis þau eru, í hversu ríkum mæli er um heildartölur að ræða, hversu tíð upplýsingaskiptin eru og einkennum viðkomandi markaðar (til að mynda hversu stöðugur og gagnsær hann er).

Hversu tíð upplýsingaskiptin eru

91. Hættan á samráðsstöðu eykst ef upplýsingaskiptin eru tíð, enda auðveldar það fyrirtækjum á markaðnum bæði að komast að samkomulagi og vakta frávik frá því. Á mörkuðum, sem eru fremur óstöðugir, geta upplýsingaskipti þurft að vera tíðari til þess að samráðsstaða geti komist á en á stöðugum mörkuðum. Á mörkuðum þar sem langtímasamningar tíðkast (en slíkir samningar eru vísbending um sjaldan sé endursamið um verð) má ætla að nægilegt sé að skiptast sjaldnar á upplýsingum til þess að geta komið á samráðsstöðu. Upplýsingaskipti, sem ættu sér stað sjaldnar, myndu aftur á móti tæplega nægja til að samráðsstaða kæmist á þar sem markaðir einkennast af skammtímasamningum sem benda til tíðra endursamninga um verð [69]. Hversu tíð upplýsingaskiptin þurfa að vera til þess að þau stuðli að samráðsstöðu ræðst þó einnig af því hvers eðlis gögnin eru, hversu gömul þau eru og í hversu ríkum mæli er um heildartölur að ræða [70].

Opinberar eða óopinberar upplýsingar

92. Almennt á við að skiptist fyrirtæki á upplýsingum sem eru fyllilega opinberar er tæplega um að ræða brot á 53. gr. [71]. Upplýsingar teljast fyllilega opinberar ef allir keppinautar og viðskiptamenn eiga í aðalatriðum jafnaðvelt með að afla þeirra (þegar litið er til kostnaðarins við að afla þeirra). Til þess að upplýsingar geti talist fyllilega opinberar mega viðskiptamenn og fyrirtæki, sem eiga ekki aðild að upplýsingaskiptakerfinu, ekki hafa meiri kostnað af því að afla upplýsinganna en fyrirtækin sem skiptast á upplýsingum. Vegna þessa munu keppinautar að jafnaði ekki fara þá leið að skiptast á upplýsingum sem þeir geta sjálfir aflað sér jafnaðveldlega á markaði, og því er ósennilegt að upplýsingaskipti verði í reynd látin taka til gagna sem eru fyllilega opinber. Gögn, sem keppinautar skiptast á, eru aftur á móti ekki fyllilega opinber, jafnvel þótt þau teljist til þess sem oft er nefnt „almenningsseign“, ef kostnaður við að afla þeirra hefur letjandi áhrif á önnur fyrirtæki og viðskiptamenn [72]. Þó að upplýsinga megi afla á markaði, til að mynda með því að safna þeim frá viðskiptamönnum, merkir það ekki óhjákvæmilega að slíkar upplýsingar teljist markaðsgögn sem keppinautar geta aflað sér greiðlega [73].

93. Þó að gögn séu fáanleg á opinberum vettvangi (til dæmis í útgáfum stjórnvalda) er hugsanlegt að skipti keppinauta á enn ítarlegri upplýsingum hafi samkeppnistakmarkandi afleiðingar ef þau draga frekar úr óvissu um viðskiptaáform fyrirtækja á markaðnum. Þegar þannig stendur á geta viðbótarupplýsingarnar ráðið úrslitum um hvort markaðurinn hallast í átt að samráðsstöðu.

Opinber eða óopinber upplýsingaskipti

94. Upplýsingaskipti teljast fyllilega opinber ef þau valda því að allir keppinautar og viðskiptamenn eiga í aðalatriðum jafnaðvelt með að afla sér gagnanna sem upplýsingaskiptin taka til (þegar litið er til kostnaðarins við að afla þeirra). [74]. Sú staða mála að upplýsingaskiptin eiga sér stað opinberlega getur dregið úr líkum á að samráðsstaða komi upp á markaðnum að því marki sem fyrirtæki, sem standa ekki að samstillingunni, hugsanlegir keppinautar svo og viðskiptamenn hafa bolmagn til að vinna gegn samkeppnistakmarkandi afleiðingum sem hugsanlega geta komið fram [75]. Þó verður ekki útilokað með öllu að jafnvel fyllilega opinber upplýsingaskipti geti stuðlað að samráðsstöðu á markaðnum.

2.3. Mat á grundvelli 3. mgr. 53. gr.

2.3.1. Hagræðing [76]

95. Upplýsingaskipti geta leitt til hagræðingar. Upplýsingar um kostnaðarliði keppinauta geta nýst fyrirtækjum til hagræðingar í eigin rekstri ef þau miða eigin rekstrarárangur við bestu framkvæmd í greininni og haga innri hvatakerfum í samræmi við það.

96. Við tilteknar aðstæður geta upplýsingaskipti einnig komið þeim fyrirtækjum að gagni sem hyggjast beina framleiðslu sinni til markaða sem búa við mikla eftirspurn (til dæmis upplýsingar um eftirspurn) eða fela hana fyrirtækjum sem búa við lágan kostnað (til dæmis upplýsingar um kostnaðarliði). Það ræðst af einkennum viðkomandi markaðar hversu miklar líkur eru á hagræði af þessu tagi, svo sem hvort fyrirtæki stunda þar verðsamkeppni eða magnsamkeppni og af hvaða tagi óvissuþættir á markaðnum eru. Vissar tegundir upplýsingaskipta geta í þessu tilliti haft umtalsverðan sparnað í för með sér, til dæmis þegar draga má úr óþörfu birgðahaldi eða tryggja skjótari flutning á vörum, sem hafa lítið geymsluþol, til svæða þar sem eftirspurn er mikil og frá svæðum þar sem eftirspurn er lítil (sbr. 6. dæmi (110. mgr.)).

97. Þegar fyrirtæki skiptast á upplýsingum um neytendur á mörkuðum þar sem upplýsingamisvægi ríkir að því leyti getur það einnig haft hagræði í för með sér. Með því að halda utan um tjóna- eða vanskilasögu viðskiptamanna má til að mynda búa neytendum hvata til að draga úr áhættu hjá sér. Þannig er jafnframt unnt að greina hvaða neytendur búa við minnsta áhættu og ættu af þeim sökum að bera lægri gjöld. Í því samhengi geta upplýsingaskipti einnig dregið úr bindingu neytenda við tiltekin fyrirtæki og stuðlað þannig að öflugri samkeppni. Ástæðan er sú að upplýsingar tengjast tilteknu viðskiptasambandi sérstaklega og ef engin upplýsingaskipti eiga sér stað hafa neytendur engan ávinning af þeim upplýsingum lengur ef þeir færa viðskipti sín til annars fyrirtækis. Dæmi um slíkt hagræði má finna á sviði banka- og váttryggingastarfsemi, en þær greinar einkennast af tíðum upplýsingaskiptum fyrirtækja um vanskil neytenda og eðli áhættunnar í hverju tilviki.

98. Ef fyrirtæki skiptast á gögnum um markaðshluti í nútíð og fortíð geta bæði fyrirtæki og neytendur notið ávinnings af því í sumum tilvikum á þann hátt að fyrirtækin kynni neytendum upplýsingarnar sem merki um gæði vöru sinnar. Þegar málum er þannig háttáð að ófullkomnar upplýsingar liggja fyrir um gæði tiltekinna vöru reyna neytendur oft á óbeinan hátt að afla sér upplýsinga um hlutfallslega kosti varanna, svo sem verð og markaðshlutdeild (neytendur nýta sér til að mynda metsölulista fyrir bókakaup).

99. Upplýsingaskipti, sem eru fyllilega opinber, geta einnig haft í för með sér ávinning fyrir neytendur ef þau gera þeim auðveldara að velja vörur með upplýstum hætti (og minnka leitarkostnað þeirra). Neytendur hafa helst ávinning af opinberum upplýsingaskiptum á þennan hátt þegar þau taka til nýrra gagna, enda skipta þau mestu þegar að kaupákvörðun kemur. Á sama hátt geta fyrirtæki lækkað leitarkostnað sinn ef þau hafa aðgang að opinberum upplýsingaskiptum sem taka til gildandi aðfangaverðs, og neytendur njóta þess þá að jafnaði í lægra verði. Upplýsingaskipti sem varða verðlagningaráform hafa síður í för með sér ávinning af þessu tagi fyrir neytendur, því að sennilegt er að fyrirtæki, sem gera uppskált um verðlagningaráform sín, breyti þeim áformum áður en að því kemur að neytendur kaupi vörur í samræmi við slíkar upplýsingar. Neytendur geta að jafnaði ekki treyst á upplýsingar um áform fyrirtækja þegar þeir leggja drög að neyslu sinni. Að vissu leyti geta fyrirtæki þó verið nægilega öguð til að víkja ekki frá tilkynntum verðlagningaráformum áður en þau komast til framkvæmda, til dæmis þegar þau hafa ítrekuð samskipti við neytendur og neytendur treysta á að verð sé þekkt fyrirfram eða, svo dæmi sé tekið, þegar neytendur geta gengið frá pöntunum fyrirfram. Þegar málum er þannig háttáð geta upplýsingaskipti, sem varða framtíðaráform, gert neytendum kleift að skipuleggja útgjöld sín betur.

100. Upplýsingaskipti leiða fremur til hagræðingar þegar þau varða ný gögn eða gögn frá liðnum árum en þegar þau snúa að áformum fyrirtækja. Við tilteknar aðstæður getur það þó haft hagræðingu í för með sér að fyrirtæki geri uppskált um áform sín. Þegar snemma verður ljóst hver muni ná undirtökunum í keppni sem byggist á rannsókn- og þróunarstarfi geta fyrirtæki til að mynda komist hjá því að endurtaka að óþörfu kostnaðarsamt starf og eyða til þess fongum sem ekki verða endurheimt [77].

2.3.2. Ráðstöfun sé nauðsynleg

101. Skilyrðum 3. mgr. 53. gr. er ekki fullnægt ef upplýsingaskipti hafa í för með sér víðtækari takmarkanir en þörf er á til að ná fram hagræðingu fyrir tilstuðlan þeirra. Til þess að skilyrðinu um að takmarkanirnar séu nauðsynlegar geti talist fullnægt verða aðilar sammings að færa sönnur á að gögnin séu þess eðlis – þegar lítið er til efnissviðsins, í hversu ríkum mæli er um heildartölur að ræða, aldurs gagnanna og hvort þau hafa farið leynt, svo og tíðni og umfangs upplýsingaskiptanna – að áhættan sé eins lítil og unnt er að komast af með eigi meint hagræðing að nást fram. Þá mega upplýsingaskiptin ekki taka til annarra atriða en þeirra sem skipta máli um hvort hagræðingin tekst. Til að mynda getur að jafnaði ekki talist nauðsynlegt að skiptast á upplýsingum um einstök fyrirtæki til þess að árangursgreining geti farið fram, því að ef notast er við heildartölur, sem sýna með einhverjum hætti röðun fyrirtækja innan viðkomandi greinar, geta þær upplýsingar einnig nægt til að kalla fram hina meintu hagræðingu en jafnframt væri minni hætta á samráðsstöðu (sbr. 4. dæmi (108. mgr.)). Loks geta almennt talist litlar líkur á að nauðsynlegt sé að skiptast á upplýsingum um áform einstakra fyrirtækja, einkum ef þau lúta að verðlagningu og framboði.

102. Ef upplýsingaskipti eiga sér stað sem einn þáttur láréttra samstarfssamninga fullnægja þau á sama hátt fremur skilyrðum 3. mgr. 53. gr. ef þau eru ekki víðtækari en nauðsynlegt er til þess að efnahagsleg markmið samningsins náist (til dæmis þannig að skipst sé á upplýsingum um tækniaðferðir, sem eru nauðsynlegar rannsókn- og þróunarsamningi, eða kostnaðartölum í tengslum við framleiðslusamning).

2.3.3. Hagræðing skili sér til neytenda

103. Hagræðing af völdum nauðsynlegra takmarkana verður að skila sér til neytenda í nægilega ríkum mæli til þess að veða upp samkeppnistakmarkandi afleiðingar viðkomandi upplýsingaskipta. Því minni sem markaðsstyrkur aðila upplýsingaskiptanna er þeim mun fremur skilar hagræðingin sér til neytenda í nægilega ríkum mæli til þess að veða upp hvers kyns samkeppnistakmarkandi afleiðingar.

2.3.4. Samkeppni ekki útrýmt

104. Skilyrðum 3. mgr. 53. gr. er ekki fullnægt ef fyrirtæki, sem taka þátt í upplýsingaskiptunum, eiga þess kost að útrýma samkeppni að því er varðar viðkomandi vörur að verulegu leyti.

2.4. Dæmi

105. Skipst á upplýsingum um verðlagningaráform í þeim tilgangi að takmarka samkeppni

1. dæmi

Staða mála: Samtök hópþreifðafyrirtækja í landi X dreifa upplýsingum um verðlagningaráform einstakra fyrirtækja, en aðeins til aðildarfyrirtækja sinna. Upplýsingarnar taka til ýmissa atriða, svo sem fyrirhugaðs fargjalds og leiðarinnar sem það gildir á, takmarkana sem kunna að gilda í tengslum við fargjöldin, svo sem hverjum má selja farmiða og hvort skilyrði eru sett um innborgun eða lágmarksdvöl, á hvaða tíma fargjöldin standa til boða (fyrsti og síðasti útgáfudagur farmiða) og á hvaða tíma heimilt er að nota farmiða sem keyptir hafa verið með þessum skilmálum (fyrsti og síðasti ferðadagur).

Greining: Þessi upplýsingaskipti, sem til er stofnað með ákvörðun fyrirtækjasamtaka, snúa að verðlagningaráformum keppinauta. Þau eru mjög árangursrík aðferð til að koma á samráðsstöðu og teljast því hafa þann tilgang að takmarka samkeppni. Ástæðan er sú að fyrirtækin hafa frjálsar hendur um að breyta verðlagningaráformum sínum, sem kynnt hafa verið á vegum samtakanna, hvenær sem vera skal ef þeir komast að því að keppinautar þeirra hyggist taka hærra verð. Á þennan hátt geta þau sameinast um hærra verð án þess að eiga á hættu að markaðshlutur þeirra rými. Fyrirtæki A getur til að mynda greint frá því tiltekinn dag að fargjald á leiðinni frá borg 1 til borgar 2 verði hækkað frá næsta mánuði að telja. Þar eð upplýsingarnar eru tiltækar öllum hópþreifðafyrirtækjum getur fyrirtæki A beðið átekta og fylgst með viðbrögðum keppinauta sinna við verðtilkynningunni. Ef keppinautur, sem stundar akstur á sömu leið, t.d. fyrirtæki B, hækkar sín fargjöld á samsvarandi hátt er tilkynning fyrirtækis A látin standa og hækkanir samkvæmt henni ganga að öllum líkindum eftir. Hækki fyrirtæki B fargjöld sín ekki til samræmis við þetta hefur fyrirtæki A hins vegar enn ráðrúm til að víkja frá áformaðri verðhækkun. Þessar fargjaldabreytingar héldu svo áfram þar til fyrirtækin hefðu sameinast um verðlagningu sem samræmist ekki eðlilegri samkeppni. Upplýsingaskipti af þessu tagi fullnægja tæplega skilyrðum 3. mgr. 53. gr. Upplýsingaskiptin eru bundin við keppinauta, þ.e. viðskiptamenn hópþreifðafyrirtækjanna hafa engan beinan ávinning af þeim.

106. Upplýsingaskipti sem varða gildandi verð og leiða til fullnægjandi hagræðingar fyrir neytendur

2. dæmi

Staða mála: Ferðaskrifstofa með starfsemi í tilteknu litlu landi X nær samkomulagi við hópþreifðafyrirtæki í landinu um að dreifa upplýsingum um gildandi verð fyrir farmiða með hópþreifðum á opinni vefsíðu (ólíkt því sem er í 1. dæmi (105. mgr.) geta neytendur þegar keypt farmiða á því verði og með þeim skilmálum sem fram koma í upplýsingum sem skipst er á; því er ekki um að ræða fyrirhugað verð heldur gildandi verð fyrir veitta þjónustu á líðandi stundu og í framtíðinni). Upplýsingarnar taka til ýmissa atriða, svo sem fargjalds og leiðarinnar sem það gildir á, takmarkana sem kunna að gilda í tengslum við fargjöldin, svo sem hverjum má selja farmiða og hvort skilyrði eru sett um innborgun eða lágmarksdvöl, og á hvaða tíma heimilt er að nota farmiða sem keyptir hafa verið með þessum skilmálum (fyrsti og síðasti ferðadagur). Ferðir með hópþreifðum í landi X tilheyra öðrum viðkomandi markaði en ferðir með lestum og flugvélum. Lagt er til grundvallar að viðkomandi markaður einkennist af samþjöppun fyrirtækja, sé stöðugur og tiltölulega einfaldur og að upplýsingaskiptin geri verðlagningu gagnsæja.

Greining: Þessi upplýsingaskipti hafa ekki þann tilgang að takmarka samkeppni. Upplýsingaskipti fyrirtækjanna taka til gildandi verðs fremur en fyrirhugaðs verðs, því að þau selja þegar farmiða á þessu

verði (ólíkt því sem er í 1. dæmi (105. mgr.)). Þessi upplýsingaskipti eru því síður árangursrík aðferð til að koma sér saman um meginatriði samstillingarinnar. Með hliðsjón af ríkjandi markaðsgerð og af því að um er að ræða upplýsingar sem varða viðskiptaáform eru þessi upplýsingaskipti að líkindum árangursrík aðferð til að fylgjast með frávikum frá skilmálum samráðsstöðu, en ætla má að slík staða myndi komast á við markaðsaðstæður sem þessar. Upplýsingaskipti sem þessi gætu því haft samkeppnistakmarkandi afleiðingar í skilningi 1. mgr. 53. gr. Að því marki sem aðstaða til að fylgjast með slíkum frávikum gæti haft samkeppnistakmarkandi afleiðingar í einhverjum mæli má þó ætla að hagræðing af upplýsingaskiptunum myndi skila sér til neytenda í nægilega ríku mæli til að veða upp hvers kyns samkeppnistakmarkandi afleiðingar, með tilliti til þess bæði hversu líklegar þær eru og hvert umfang þeirra er. Upplýsingaskiptin eru hér opinber, ólíkt því sem lýst er í 1. dæmi (105. mgr.), og neytendur geta í raun keypt farmiða á því verði og með þeim skilmálum sem fram koma í upplýsingunum sem skipst er á. Upplýsingaskiptin hafa því að líkindum í för með sér ávinning fyrir neytendur með því að minnka leitarkostnað þeirra og auka vörulag og ýta þannig jafnframt undir verðsamkeppni. Þess vegna má ætla að skilyrðum 3. mgr. 53. gr. sé fullnægt.

107. Skipst á upplýsingum sem nota má til að áætla gildandi verð

3. dæmi

Staða mála: Starfsemi dýrari gistihúsa í höfuðborg lands A fer fram á þröngum, lítt flóknum og stöðugum fákeppnismarkaði sem einkennist af því að kostnaðaruppbýgging er víðast hvar hin sama og er þetta annar viðkomandi markaður en rekstur annarra gistihúsa. Þessi gistihús skiptast á upplýsingum um nýtingu og tekjur hvers og eins þeirra á hverjum tíma. Hér háttar svo til að aðilar upplýsingaskiptanna geta notað upplýsingarnar til að áætla beint gildandi verð hjá hverjum þeirra um sig.

Greining: Ef hér er ekki á ferðinni dulbúin aðferð til að skiptast á upplýsingum um áform hvers fyrirtækis teljast upplýsingaskipti af þessu tagi ekki hafa þann tilgang að takmarka samkeppni vegna þess að gistihúsin skiptast á upplýsingum um gildandi verð en ekki um áform að því er varðar verðlagningu eða framboð. Upplýsingaskipti sem þessi hefðu þó samkeppnistakmarkandi afleiðingar í skilningi 1. mgr. 53. gr., vegna þess að vitneskja um gildandi verð keppnauta stuðlar að öllum líkindum að því að fyrirtækin samstilli (þ.e. samræmi) samkeppnisathafnir sínar. Sennilegast er að hún verði notuð til að fylgjast með frávikum einstakra fyrirtækja frá skilmálum samráðsstöðunnar. Upplýsingaskiptin gera markaðinn gagnsærri því að jafnvel þótt gistihúsin birt að jafnaði listaverð sitt bjóða þau einnig ýmiss konar umsaminn afslátt af því verði og afslátt vegna bókana sem eiga sér stað snemma eða vegna hópa o.s.frv. Viðbótarupplýsingar, sem gistihúsin skiptast á en eru ekki opinberar, eru af þessum sökum viðskiptaleyndarmál og af þeim sökum gagnlegar við mótun viðskiptastefnu. Líklegt má telja að þessi upplýsingaskipti stuðli að samráðsstöðu á markaðnum vegna þess að aðilar upplýsingaskiptanna mynda þröngan, lítt flókinn og stöðugan fákeppnismarkað sem hefur byggst upp á löngum tíma með samkeppnistengslum þeirra (ítrekuðum samskiptum). Þá er kostnaðaruppbýgging gistihúsanna í stórum dráttum hin sama. Loks geta hvorki neytendur né markaðsinreið nýrra fyrirtækja unnið gegn samkeppnishamlandi athöfnum fyrirtækja sem fyrir eru á markaðnum, því að kaupandastyrkur neytenda er lítill og aðgangshindranir miklar. Við aðstæður sem þessar gætu aðilar upplýsingaskiptanna tæplega sýnt fram á að hagræðing, sem upplýsingaskiptin gætu leitt til, myndi skila sér til neytenda í nægilega ríku mæli til að veða upp hvers kyns samkeppnistakmarkandi afleiðingar. Þess vegna verður skilyrðum 3. mgr. 53. gr. tæplega fullnægt.

108. Ávinningur af árangursgreiningu – skilyrðum 3. mgr. 53. gr. ekki fullnægt

4. dæmi

Staða mála: Þrjú stórfyrirtæki, sem ráða samtals 80% markaðshlut á stöðugum og lítt flóknum samþjöppuðum markaði sem einkennist af miklum aðgangshindrunum, stunda tíð skipti utan opinbers vettvangs á upplýsingum um verulegan hluta af kostnaðarliðum hvers fyrirtækis. Fyrirtækin segjast sjálf gera þetta til þess að geta miðað rekstrarárangur sinn við árangur keppnautanna í þeim tilgangi að auka hagkvæmni í rekstrinum.

Greining: Þessi upplýsingaskipti teljast í meginatriðum ekki hafa þann tilgang að takmarka samkeppni. Þess vegna er nauðsynlegt að meta hvaða áhrif þau hafa á markaðnum. Vegna markaðsgerðarinnar, þess að upplýsingarnar, sem skipst er á, taka til stórs hlutfalls af breytilegum kostnaðarliðum fyrirtækjanna, að gögnin eru sett fram sundurgreind eftir fyrirtækjum og að um er að ræða verulega stóran hluta viðkomandi markaðar stuðla upplýsingaskiptin að öllum líkindum að samráðsstöðu og hafa þannig samkeppnistakmarkandi afleiðingar í skilningi 1. mgr. 53. gr. Skilyrðum 3. mgr. sömu greinar er tæplega fullnægt vegna þess að meintri hagræðingu má ná fram með minna samkeppnishamlandi hætti, til dæmis með því að fela þriðja aðila að safna upplýsingunum, búa þannig um að þær verði ekki raktar til einstakra fyrirtækja og setja þær fram sem heildartölur sem sýna með einhverjum hætti röðun fyrirtækja innan greinarinnar. Loks háttar þannig til í þessu tilviki að þar ed aðilar upplýsingaskiptanna mynda afar þröngan, lítt flókinn og stöðugan fákeppnismarkað getur hugsast að upplýsingaskipti stuðli að samráðsstöðu jafnvel

þótt þau taki aðeins til heildartalna. Afar litlar líkur væru þó á þessu ef upplýsingaskiptin ættu sér stað á lítt gagnsæjum, margskiptum, óstöðugum og flóknum markaði.

109. Fyllilega opinberar upplýsingar

5. dæmi

Staða mála: Fjögur fyrirtæki, sem eiga allar bensínstöðvar í stóru landi, A, skiptast á upplýsingum um gildandi eldsneytisverð gegnum síma. Þau halda því fram að þessi upplýsingaskipti geti ekki haft samkeppnistakmarkandi afleiðingar vegna þess að upplýsingarnar séu opinberar, enda séu þær birtar á stórum skiltum á hverri bensínstöð.

Greining: Verðupplýsingarnar, sem fyrirtækin skiptast á gegnum síma, eru ekki fyllilega opinberar því að til þess að mikill tími og mikill ferðakostnaður myndi fylgja því að afla sömu upplýsinga á annan hátt. Mikilla og tíðra ferðalaga væri þörf ef safna ætti verði af skiltum bensínstöðva sem dreifast um allt landið. Þessu gæti fylgt mikill kostnaður og hugsanlegt er að upplýsinganna yrði ekki aflað í reynd ef upplýsingaskiptin ættu sér ekki stað. Þá eru upplýsingaskiptin kerfisbundin og taka til viðkomandi markaðar í heild, en þar er um að ræða þröngan, lítt flókinn og stöðugan fíkeppnismarkað. Upplýsingaskiptin munu því að öllum líkindum leiða til gagnkvæmrar vissu fyrirtækjanna um verðstefnu keppinauta og stuðla þannig að samráðsstöðu. Þessi upplýsingaskipti hafa þess vegna að öllum líkindum samkeppnistakmarkandi afleiðingar í skilningi 1. mgr. 53. gr.

110. Hagræðing sem leiðir af því að koma betur til móts við eftirspurn

6. dæmi

Staða mála: Fimm fyrirtæki á viðkomandi markaði framleiða ferskan gulrótasafa. Spurn eftir þessari vöru er afar sveiflukennd og breytist milli staða og tímabila. Sala og neysla safans verður að eiga sér stað innan sólarhrings frá því að hann er framleiddur. Framleiðendurnir koma sér saman um að setja á fót sjálfstætt fyrirtæki til að annast markaðsrannsóknir og fela því að safna á hverjum degi upplýsingum um hversu mikið er óselt af safi á hverju sölustað, en þær upplýsingar eru svo birtar á vefsetri fyrirtækisins í næstu viku á eftir sem heildartölur fyrir hvern sölustað. Tölurnar, sem þannig eru birtar, gera framleiðendum og smásölum kleift að segja fyrir um eftirspurn og haga framboði á vörunni eftir því. Áður en upplýsingaskiptin komust á höfðu smásalar greint frá því að mikið af safi færi til spillis og pantað minna af honum frá framleiðendum; markaðurinn einkenndist með öðrum orðum ekki af hagkvæmum rekstri. Af þessum sökum var mikið um að eftirspurn væri ekki fullnægt á vissum tímabilum og tilteknum stöðum. Fyrir tilstuðlan upplýsingaskiptanna hefur reynst unnt að segja fyrir um offramboð og vanframboð með öruggari hætti og það hefur leitt þess að tilvikum þegar eftirspurn neytenda er ekki fullnægt hefur fækkað og að sala á markaðnum hefur aukist.

Greining: Enda þótt markaðurinn einkennist af umtalsverðri samþjöppun fyrirtækja og að skipst sé á upplýsingum sem eru nýlegar og varða viðskiptaáform stuðla upplýsingaskiptin tæplega að samráðsstöðu vegna þess að líkur á slíku samráði eru litlar á svo óstöðugum markaði. Þó að nokkur hætta sé á að upplýsingaskiptin hafi samkeppnistakmarkandi afleiðingar er sennilegt að hagræðið af því að auka framboð til staða með mikilli eftirspurn og minnka framboð til staða með lítilli eftirspurn muni vega þyngra en þær samkeppnistakmarkandi afleiðingar sem fram kunna að koma. Upplýsingaskiptin eru opinber og taka til heildartalna, en þannig hafa þau minni hættu á samkeppnisröskun í för með sér en ef um væri að ræða óopinberar upplýsingar um einstök fyrirtæki. Upplýsingaskiptin eru því ekki viðtækari en nauðsynlegt er til þess að bæta úr markaðsbrestinum. Af þeim sökum er líklegt að upplýsingaskiptin fullnægi skilyrðum 3. mgr. 53. gr.

3. RANNSÓKNA- OG ÞRÓUNARSAMNINGAR

3.1. Skilgreining

111. Form og gildissvið rannsóknna- og þróunarsamninga er nokkuð breytilegt. Efni þeirra getur verið allt frá útvistun tiltekinnar rannsóknna- og þróunarstarfsemi til samvinnu um endurbætur á tækniáferðum sem þegar eru í notkun og samstarfs um rannsóknir, þróunarstarf og markaðssetningu í tengslum við vörur sem eru nýjar með öllu. Samningsformið getur verið samstarfssamningur eða samrekstrarfélag. Ákvæði þessa kafla gilda um allar tegundir rannsóknna- og þróunarsamninga, þar á meðal hliðarsamninga um framleiðslu eða markaðssetningu á afrakstri rannsóknna- og þróunarstarfsins.

3.2. Viðkomandi markaðir

112. Við skilgreiningu á viðkomandi markaði í tengslum við mat á áhrifum rannsóknna- og þróunarsamnings skiptir mestu að unnt sé að greina hvaða vörur, tækniáferðir eða rannsóknna- og þróunarvinna muni hafa

í för með sér mest samkeppnisaðhald fyrir fyrirtækin sem standa að samningnum. Þegar litið er til allra mismunandi aðstæðna, sem upp geta komið, eru yst á öðrum endanum aðstæður þar sem nýsköpun getur leitt af sér vöru (eða tækniáferð) sem keppir á vörumarkaði (eða tæknimarkaði) sem fyrir er. Þetta á til dæmis við um rannsókn- og þróunarstarf sem miðast að smávægilegum endurbótum eða breytingum, svo sem þegar unnið er að nýjum útgáfum tiltekinna vörutegunda. Í þeim tilvikum koma hugsanleg áhrif fram á markaði þeirra vara sem fyrir eru. Yst á hinum endanum eru aðstæður þar sem nýsköpun getur leitt af sér vöru sem er að öllu leyti ný og myndar þá grundvöll að nýjum markaði fyrir þá tilteknu vöru (til dæmis nýtt bóluefni gegn sjúkdómi sem engin lækning var til við áður). Í mörgum tilvikum er staða mála þó einhvers staðar milli þessara tvennra öfga, þ.e. stöðu þar sem nýsköpunarvinna leiðir af sér vörur (eða tækniáferðir) sem koma smám saman í stað vara (eða tækniáferða) sem fyrir eru (geisladiskar hafa til dæmis komið í stað hljómplatna). Til þess að fram geti farið vönduð greining á stöðu af því tagi getur þurft að horfa bæði til þeirra markaða sem fyrir eru og afleiðinga samningsins að því er varðar nýsköpun.

Vörumarkaðir sem fyrir eru

113. Ef stofnað er til samstarfs um rannsóknir og þróun með það í huga að endurbæta vörur sem þegar eru á markaði mynda þær vörur, svo og nánar staðkvæmdarvörur þeirra, viðkomandi markað með tilliti til samstarfsins [78].

114. Ef rannsókn- og þróunarvinnan miðast að markverðum breytingum á vörum sem fyrir eru, eða jafnvel þróun nýrrar vöru sem ætlað er að koma í stað þeirra sem fyrir eru, er hugsanlegt að staðkvæmd milli nýrrar og eldri vöru sé ófullkomin eða komi aðeins fram á löngum tíma. Niðurstaðan getur þá orðið sú að gamla varan og sú, sem unnið er að, tilheyri ekki sama viðkomandi markaði [79]. Engu að síður geta komið fram áhrif á markaði þeirra vara sem fyrir eru ef sameiginleg rannsókn- og þróunarvinna aðilanna er þess eðlis að þeir muni að líkindum samstilla athafnir sínar sem seljenda á vörum sem þegar eru í framleiðslu, til að mynda á þann hátt að þeir skiptist á upplýsingum sem skipta miklu fyrir samkeppni á markaði varanna sem fyrir eru.

115. Ef rannsókn- og þróunarstarfið snýst um mikilvægan íhlut endanlegrar vöru er hugsanlegt að viðkomandi markaður með tilliti til matsins sé ekki aðeins markaður þess íhlutar heldur einnig sá markaður endanlegu vörunnar sem fyrir er. Dæmi um þetta er að ef framleiðendur bifreiða taka upp samstarf um rannsóknir og þróun í tengslum við nýja gerð hreyfils getur sú samvinna haft áhrif á bifreiðamarkaðnum. Markaður endanlegrar vöru er þó ekki viðkomandi markaður með tilliti til matsins nema íhluturinn, sem rannsókn- og þróunarstarfið snýst um, hafi í tæknilegum eða efnahagslegum skilningi lykilþýðingu við framleiðslu þeirrar endanlegu vöru og aðilar rannsókn- og þróunarsamningsins hafi markaðsstyrk að því er endanlegu vöruna varðar.

Tæknimarkaðir sem fyrir eru

116. Samstarf um rannsóknir og þróun getur verið þess eðlis að það snúist ekki aðeins um vörur heldur einnig tækniáferðir. Þegar hugverkaréttur er boðinn til sölu á markaði án þess að hann sé látinn fylgja vörunum sem hann tengist er nauðsynlegt að skilgreina jafnframt viðkomandi tæknimarkað. Til tæknimarkaða teljast þau hugverk sem eru háð nytjaleyfi og hugverk sem hafa nána staðkvæmd við þau, þ.e. aðrar tækniáferðir sem neytendur gætu notað í staðinn.

117. Áferðirnar, sem beitt er við skilgreiningu á tæknimörkuðum, byggjast á sömu sjónarmiðum og áferðirnar sem notaðar eru til skilgreiningar á vörumörkuðum [80]. Auk tækninnar sem aðilar samnings markaðssetja verður að greina hvaða aðrar tækniáferðir neytendur gætu tekið upp í staðinn ef verðmunur ykist litið eitt en varanlega. Þegar ljóst er hvaða tækniáferðir það eru má reikna markaðshluti með því að deila leyfistekjum hvers samningsaðila með heildarleyfistekjum allra leyfisgjafa.

118. Staða einstakra aðila samnings á markaði þeirra tækniáferða, sem þegar eru í notkun, hefur þýðingu um matið ef rannsókn- og þróunarsamstarfið snýst um markverðar umbætur á tækniáferð sem þegar er í notkun eða nýja tækniáferð sem telja má líklegt að muni koma í stað þeirrar sem fyrir er. Athugun á markaðshlutum einstakra samningsaðila getur þó aðeins verið fyrsti áfangi þessarar greiningar. Á tæknimörkuðum verður að huga sérstaklega að hugsanlegri samkeppni. Ef þannig háttar til að meðal hugsanlegra nýliða á tæknimarkaðnum eru fyrirtæki sem selja ekki sem stendur nytjaleyfi fyrir tækniáferðum sínum geta þau fyrirtæki veitt aðilum samningsins aðhald sem hindrar að þeir geti hagnast á að hækka verðið á tækniáferðinni. Þennan þátt greiningarinnar má einnig fella beint inn í útreikning á markaðshlutum með því að byggja þann útreikning á tölum sem sýna hversu mikið selst á frálíggjandi vörumörkuðum af vörum sem byggjast á nytjaleyfistækninni (sjá 123.–126. mgr.).

Samkeppni á sviði nýsköpunar (rannsókn- og þróunarvinna)

119. Samstarf um rannsóknir og þróun getur ekki aðeins haft áhrif með tilliti til samkeppni á mörkuðum

sem fyrir eru heldur einnig á sviði nýsköpunar og á nýjum vörumörkuðum. Þetta gerist þegar slíkt samstarf snýst um þróun nýrra vara eða tækniáferða sem gætu annaðhvort komið í stað vara eða tækniáferða sem fyrir eru – þegar þróun stendur enn yfir – eða er ætlað að þjóna nýjum tilgangi og munu því ekki koma í stað vara sem fyrir eru heldur skapa alveg nýja eftirspurn. Við slíkar aðstæður veða áhrif með tilliti til samkeppni á sviði nýsköpunar þungt, en í sumum tilvikum verða þau áhrif ekki metin á fullnægjandi hátt með greiningu á samkeppni sem er fyrir hendi eða gæti komið fram á vöru- eða tæknimörkuðum sem fyrir eru. Í þessu tilliti geta málavextir verið með tvennum hætti eftir því hvaða ferli nýsköpunin fylgir í tiltekinni atvinnugrein.

120. Annars vegar getur málum verið háttáð eins og gerist til að mynda í lyfjaiðnaði, en þar er skipan nýsköpunarvinnunnar með þeim hætti að snemma er unnt að greina samkeppnismiðuð rannsókn- og þróunarsetur. Með samkeppnismiðuðum rannsókna- og þróunarsetrum er átt við rannsókn- og þróunarvinnu sem miðast að tiltekinni nýrri vöru eða tækniáferð, svo og hvers kyns rannsóknir og þróun sem geta komið í hennar stað, þ.e. rannsókn- og þróunarstarf sem snýst um þróun á vörum eða tækniáferðum sem geta komið í stað þeirra sem samstarfið snýst um og unnið er að á svipuðum tíma. Í slíkum tilvikum getur greining leitt í ljós hvort nægilega mörg rannsókn- og þróunarsetur verða enn starfandi eftir að samningurinn öðlast gildi. Við þessa greiningu skal fyrst litið til rannsókn- og þróunarstarfs fyrirtækjanna sem standa að samningnum. Því næst ber að greina hvar trúverðug samkeppnismiðuð rannsókn- og þróunarsetur er að finna. Við mat á því hvort rannsókn- og þróunarsetur séu trúverðugir keppinautar verður að taka eftirtalin atriði til greina: eðli, viðfangsefni og umfang annarrar rannsókn- og þróunarvinnu setranna, hversu greiðan aðgang þau hafa að fjármunum, starfsfólki, verkþekkingu/einkaleyfum eða öðrum sérhæfðum eignum, auk tímasetninga og getu setranna til að hagnýta hvers kyns afrakstur af starfsemiinni. Rannsókn- og þróunarsetur er ekki trúverðugur keppinautur ef ekki er unnt að líta svo á að nán staðkvæmd sé milli þess og rannsókn- og þróunarvinnu fyrirtækjanna sem standa að samningnum, til dæmis að því er varðar aðgang að fjármunum og starfsfólki eða tímasetningar.

121. Auk beinna áhrifa samstarfsins á nýsköpunina sjálfa getur það einnig haft áhrif á nýjum vörumarkaði. Oft er erfitt að greina með beinum hætti hvaða áhrif muni koma fram á slíkum markaði þar eð hann er eðli málsins samkvæmt enn ekki til. Greining á slíkum mörkuðum kemur því oft óbeint fram í greiningu á samkeppni á sviði nýsköpunar. Þó getur reynst nauðsynlegt að athuga með beinum hætti áhrif á slíkum markaði af völdum þeirra þátta samningsins sem ná út fyrir rannsókn- og þróunarvinnuna. Mat á rannsókn- og þróunarsamningi, sem tekur einnig til sameiginlegrar framleiðslu og markaðsstarfs á nýja vörumarkaðnum, getur til dæmis verið frábrugðið mati á hreinum rannsókn- og þróunarsamningi.

122. Á hinn bóginn getur málum verið þannig háttáð að skipulag nýsköpunarvinnu í tiltekinni grein sé ekki nógu skýrt til þess að greina megi hvar rannsókn- og þróunarsetur er að finna. Við slíkar aðstæður mun Eftirlitsstofnun EFTA ekki reyna að meta afleiðingar tiltekins rannsókn- og þróunarsamstarfs að því er varðar nýsköpun, nema aðstæður séu með mjög óvenjulegum hætti, heldur binda matið við þá vöru- og/eða tæknimarkaði sem fyrir eru og tengjast viðkomandi rannsókn- og þróunarsamstarfi.

Útreikningur á markaðshlutum

123. Hvort sem útreikningur á markaðshlutum fer fram með tilliti til reglugerðar um hópundanþágur vegna rannsókn- og þróunarstarfs eða þessara leiðbeinandi reglna verður hann að endurspegla greinarmuninn á mörkuðum sem fyrir eru og samkeppni á sviði nýsköpunar. Þegar stofnað er til samstarfs um rannsóknir og þróun er það gert með vísan til þess að á markaðnum, sem fyrir er eru vörur sem þannig háttar til um að vörurnar, sem unnið er að, geta falið í sér endurbætur á þeim, orðið staðkvæmdarvara þeirra eða rutt þeim úr vegi. Ef rannsókn- og þróunarsamningurinn miðast aðeins að endurbótum eða frekari þróun á vörum sem fyrir eru á markaði teljast til þess markaðar þær vörur sem rannsókn- og þróunarstarfið snýst um beinlínis. Markaðshluti má þannig reikna út með vísan til söluverðmætis varanna sem fyrir eru.

124. Ef rannsókn- og þróunarstarfsemi miðast að því að þróa vöru sem komi í stað vöru sem fyrir er verður nýja varan staðkvæmdarvara þeirrar sem fyrir er ef þróun hennar tekst vel. Við mat á samkeppnisstöðu fyrirtækjanna, sem að starfsemiinni standa, er aftur unnt að reikna markaðshluti með vísan til söluverðmætis varanna sem fyrir eru. Af þessum sökum miðast undanþága samkvæmt reglugerð um hópundanþágur vegna rannsókn- og þróunarstarfs í slíkum tilvikum við markaðshlut þeirra vara á viðkomandi markaði sem þannig háttar til um að samningsvörurnar geta falið í sér endurbætur á þeim, orðið staðkvæmdarvara þeirra eða rutt þeim úr vegi [81]. Til þess að undanþága samkvæmt þeirri reglugerð komi til greina má sá markaðshlutur ekki vera stærri en 25% [82].

125. Á tæknimörkuðum má meðal annars fara þá leið að reikna markaðshluti með vísan til hlutdeildar hverrar tækniáferðar í heildarleyfistekjum gegnum réttthafagreiðslur, sem sýna þá hlutdeild þeirrar áferðar á markaði þar sem samkeppni er milli mismunandi tækniáferða sem eru háð nytjaleyfi. Oft er þetta þó aðeins fræðileg og ekki mjög hagnýt leið vegna þess að litlar upplýsingar liggja fyrir um réttthafagreiðslur, að gagnkvæm nytjaleyfi án beinna réttthafagreiðslna tíðkist á markaðnum o.s.frv. Önnur leið er að reikna

markaðshluti á tæknimarkaðnum með vísan til talna sem sýna sölu á vöru eða þjónustu, sem byggist á nytjaleyfistækninni, á fráliggjandi vörumörkuðum. Þegar þessi aðferð er notuð er tekið tillit til allrar sölu á viðkomandi vörumarkaði, án tillits til þess hvort varan byggist á tækniáðferð sem er háð nytjaleyfi [83]. Það gildir einnig um þennan markað að markaðshlutturinn má ekki vera stærri en 25% (óháð því hvaða aðferð er notuð til að reikna hann) til þess að undanþága samkvæmt reglugerð um hópundanþágur vegna rannsókn- og þróunarstarfs geti átt við.

126. Ef rannsókn- og þróunarstarfið miðast að þróun vöru sem ætlað er að skapa alveg nýja eftirspurn verða markaðshlutar ekki reiknaðir með vísan til sölutalna. Eina leiðin er þá að greina áhrif samningsins með tilliti til samkeppni á sviði nýsköpunar. Í reglugerð um hópundanþágur vegna rannsókn- og þróunarstarfs er því farið með slíka samninga sem samninga milli aðila sem eru ekki keppinautar og gildir undanþága vegna þeirra, óháð markaðshlut, meðan á sameiginlegu rannsókn- og þróunarstarfseminni stendur og áfram í sjö ár frá þeim tíma er varan kemur fyrst á markað [84]. Hópundanþágan getur þó fallið niður ef samningurinn útrýmir raunhæfni samkeppni á sviði nýsköpunar [85]. Þegar sjö ára tímabilinu lýkur má reikna markaðshluti með vísan til söluverðmætis og gildir þá 25% hámark markaðshlutar [86].

3.3. *Mat á grundvelli 1. mgr. 53. gr.*

3.3.1. *Helstu áhyggjuefni er lúta að samkeppni*

127. Samstarf á sviði rannsókna og þróunar getur takmarkað samkeppni á ýmsan hátt. Það getur í fyrsta lagi dregið úr nýsköpunarstarfi eða hægt á því með þeim afleiðingum að færri eða lakari vörur berist á markað en ella hefði verið. Á vöru- og tæknimörkuðum getur samstarf um rannsóknir og þróun í öðru lagi dregið verulega úr samkeppni milli fyrirtækjanna, sem að samstarfinu standa, utan marka samningsins eða aukið líkurnar á að þau samstilli háttsemi sína með samkeppnishamlandi afleiðingum og leitt þannig til verðhækkana. Ekki getur komið til útilokunarvanda í tengslum við samstarf nema að minnsta kosti einn aðilanna hafi umtalsverðan markaðsstyrk að því er varðar tækniáðferð sem hefur lykilkjöðingu (enda þótt ekki sé um markaðsráðandi stöðu að ræða) og aðilarnir hafa einkaleyfi á að nýta afrakstur samstarfsins.

3.3.2. *Samkeppnistakmörkun tilgangur samnings*

128. Rannsókn- og þróunarsamningar teljast gerðir í þeim tilgangi að takmarka samkeppni ef þeir snúast ekki í reynd um sameiginlegt rannsókn- og þróunarstarf heldur eru notaðir sem aðferð til að taka upp dulbúna einokun, þ.e. viðhafa verðsamráð, skerða framboð eða skipta upp markaði á óheimilan hátt. Aftur á móti er ekki óhjákvæmilegt að rannsókn- og þróunarsamningur takmarki samkeppni þó að í honum sé kveðið á um sameiginlega nýtingu hvers kyns afraksturs sem verður af samstarfinu í framtíðinni.

3.3.3. *Samkeppnistakmarkandi afleiðingar*

129. Rannsókn- og þróunarsamningar falla að jafnaði ekki undir 1. mgr. 53. gr. Þetta á í fyrsta lagi við um marga samninga sem tengjast vinnu á fyrstu stigum rannsókna- og þróunarsamstarfs, þ.e. löngu áður en kemur að hagnýtingu hvers kyns afraksturs af samstarfinu.

130. Þá hefur samstarf um rannsóknir og þróun yfirleitt ekki samkeppnistakmarkandi afleiðingar þegar fyrirtækin, sem að því standa, eru ekki keppinautar [87]. Samkeppnistengsl fyrirtækjanna verður að greina í samhengi við þau áhrif sem samstarfið hefur á markaði sem fyrir eru og/eða nýsköpun. Ef styðja má málefnalegum rökum að aðilar geti ekki annast nauðsynlegt rannsókn- og þróunarstarf hver í sínu lagi, til að mynda vegna þess að tæknigeta hvers þeirra um sig er takmörkuð, verður að jafnaði ekki litið svo á að rannsókn- og þróunarsamningurinn hafi samkeppnistakmarkandi afleiðingar. Þetta getur til dæmis átt við þegar fyrirtæki samnýta kunnáttu, tækniáðferðir og önnur tilföng með samverkandi áhrifum. Meta verður á raunhæfan hátt hvort um samkeppni getur verið að ræða. Til að mynda geta aðilar að samstarfssamningi ekki talist hugsanlegir keppinautar eingöngu vegna þess að samstarfið gerir þeim kleift að stunda rannsókn- og þróunarstarfsemina. Hér ræður úrslitum hvort fyrirtækin hafa hvert um sig nauðsynlegt bolmagn til slíkrar starfsemi, þ.e. eignir, verkþekkingu og önnur tilföng.

131. Útvistun rannsókna- og þróunarstarfs, sem áður hefur verið stundað á vegum eins fyrirtækis, er sérstök tegund samstarfs um rannsóknir og þróun. Rannsókn- og þróunarstarfið er þá oft falið sérhæfðum fyrirtækjum, rannsóknastofnunum eða háskólastofnunum sem koma ekki nærri nýtingu á afrakstri starfsins. Slíkum samningum fylgir að jafnaði framsal verkþekkingar og/eða ákvæði um rétt á einkasölu hvers kyns afraksturs af starfseminni, en sökum þess að aðilar samstarfsins gegna samverkandi hlutverkum við slíkar aðstæður hafa samningarnir ekki samkeppnistakmarkandi afleiðingar í skilningi 1. mgr. 53. gr.

132. Ef samstarf um rannsóknir og þróun tekur ekki til sameiginlegrar hagnýtingar hugsanlegs afraksturs, svo sem með útgáfu nytjaleyfa, framleiðslu og/eða markaðssetningu, hefur það sjaldnast samkeppnistakmarkandi afleiðingar í skilningi 1. mgr. 53. gr. Slíkir hreinir rannsókn- og þróunarsamningar geta aðeins leitt til samkeppnisvandkvæða ef þeir takmarka samkeppni á sviði nýsköpunar merkjanlega, þannig að aðeins fáein trúverðug samkeppnismiðuð rannsókn- og þróunarsetur standi eftir.

133. Rannsókn- og þróunarsamningar hafa að öllum líkindum ekki samkeppnistakmarkandi afleiðingar nema fyrirtækin, sem að þeim standa, hafi tiltekinn markaðsstyrk á markaðnum sem fyrir er og/eda samkeppni á sviði nýsköpunar sé takmörkuð merkjanlega.

134. Ekki er um nein föst mörk að ræða þess eðlis að ofan þeirra megi telja víst að rannsókn- og þróunarsamningur leiði til markaðsstyrks eða viðhaldi honum og hafi því að öllum líkindum samkeppnistakmarkandi afleiðingar í skilningi 1. mgr. 53. gr. Aftur á móti tekur reglugerð um hópundanþágur vegna rannsókn- og þróunarstarfs til rannsókn- og þróunarsamninga keppinauta að því tilskildu að samanlagður markaðshlutur þeirra sé ekki stærri en 25% og að öðrum skilyrðum fyrir því að beita megi þeirri reglugerð sé fullnægt.

135. Samningar, sem falla ekki undir ákvæði reglugerðar um hópundanþágur vegna rannsókn- og þróunarstarfs, hafi ekki óhjákvæmilega samkeppnistakmarkandi afleiðingar þó að samanlagður markaðshlutur samningsaðila sé stærri en 25%. Þó er það svo að því sterkari stöðu sem samningsaðilar hafa í sameiningu á mörkuðunum sem fyrir eru, og/eda því meira sem samkeppni á sviði nýsköpunar hefur verið takmörkuð, þeim mun sennilegra er að rannsókn- og þróunarsamningurinn geti haft samkeppnistakmarkandi afleiðingar [88].

136. Ef rannsókn- og þróunarstarfið beinist að endurbótum eða áframhaldandi þróun á vörum eða tækniáðferðum sem fyrir eru skipta hugsanleg áhrif þess máli á viðkomandi markaði/mörkuðum fyrir þær vörur eða tækniáðferðir. Hins vegar er ósennilegt að fram komi áhrif að því er varðar verð, framboð, vöruvöndun, vörufjölbreytni eða nýsköpun á mörkuðum sem fyrir eru nema hlutaðeigandi fyrirtæki hafi í sameiningu sterka stöðu, markaðsinnreið sé annmörkum háð og lítið sé um aðra nýsköpunarstarfsemi. Við þetta bætist að snúist rannsókn- og þróunarstarfið aðeins um tiltölulega lítilvæg aðföng endanlegrar vöru eru áhrif þess að því er varðar samkeppni um sölu á þeirri vöru afar lítil, ef nokkur.

137. Almennt á lítið verður að gera greinarmun á hreinum rannsókn- og þróunarsamningum og samningum sem taka til umfangsmeira samstarfs um að hagnýta afrakstur starfseminnar á ýmsan hátt (þ.e. með útgáfu nytjaleyfa, framleiðslu á vörum eða markaðssetningar). Eins og fram kemur í 132. mgr. hafa hreinir rannsókn- og þróunarsamningar sjaldnast samkeppnistakmarkandi afleiðingar í skilningi 1. mgr. 53. gr. Þetta á einkum um rannsókn- og þróunarstarf sem beinist að smávægilegum endurbótum á vörum eða tækniáðferðum sem fyrir eru. Ef þannig stendur á, við slíkar aðstæður, að samstarfið um rannsóknir og þróun tekur aðeins til sameiginlegrar nýtingar með útgáfu nytjaleyfa til þriðja aðila hefur það tæplega samkeppnistakmarkandi afleiðingar á borð við útilokun annarra fyrirtækja. Ef samstarfið tekur aftur á móti einnig til sameiginlegrar framleiðslu og/eda markaðssetningar varanna eða tækniáðferðanna, sem endurbættar hafa verið lítið eitt, verður að huga nánar að áhrifum samstarfsins með tilliti til samkeppni. Samkeppnistakmarkandi afleiðingar, svo sem verðhækkun eða minna framboð á mörkuðum sem fyrir eru, koma fremur fram ef hlut eiga að máli keppinautar með sterka markaðsstöðu.

138. Ef rannsókn- og þróunarstarfið beinist að þróun alveg nýja vöru (eða tækniáðferðar), með þeim afleiðingum að nýr markaður verður til, eru fremur litlar líkur á áhrifum að því er varðar verð og framboð á mörkuðum sem fyrir eru. Greiningin verður að beinast fyrst og fremst að atriðum sem hugsast getur að takmarki nýsköpun og tengjast til að mynda vöndun og fjölbreytni vara eða tækniáðferða sem fram gætu komið síðar eða því hversu hratt nýjungar koma fram. Samkeppnistakmarkandi afleiðingar af því tagi geta komið fram þegar tvö eða fleiri fyrirtæki úr þeim þrönga hópi, sem fæst við þróun nýrrar vöru af þessu tagi, hefja samstarf um það leyti sem þau nálgast það hvert um sig að geta hafið sölu á vörunni. Slíkar afleiðingar má yfirleitt rekja beint til sammings fyrirtækjanna sem standa að samstarfinu. Jafnvel hreinn rannsókn- og þróunarsamningur getur unnið gegn nýsköpun. Almennt á lítið hefur samstarf um rannsóknir og þróun alveg nýrra vara þó tæplega samkeppnistakmarkandi afleiðingar nema aðeins fáein rannsókn- og þróunarsetur önnur geti talist trúverðugir keppinautar. Litlu breytir um þessa reglu þótt samstarfið snúist einnig um sameiginlega nýtingu afrakstursins, eða jafnvel sameiginlega markaðssetningu. Þegar málum er þannig háttað hefur slík sameiginleg nýting ekki samkeppnistakmarkandi afleiðingar nema öðrum fyrirtækjum sé jafnframt meinaður aðgangur að tækniáðferð sem hefur lykilyrði. Sneitt væri hjá þessum vanda ef fyrirtækin, sem standa að samstarfinu, gæfu út nytjaleyfi sem gerðu þriðja aðila kleift að veita þeim raunhæfa samkeppni.

139. Marga rannsókn- og þróunarsamninga mun mega staðsetja einhvers staðar milli þeirrar stöðu mála sem lýst er í 137. mgr. annars vegar og 138. mgr. hins vegar. Þeir geta því bæði haft áhrif að því er varðar nýsköpun og afleiðingar á mörkuðum sem fyrir eru. Þess vegna er hugsanlegt að huga þurfi bæði á markaðnum, sem fyrir er, og áhrifum að því er varðar nýsköpun þegar metið er hve sterka stöðu aðilar samstarfsins hafa í sameiningu, hversu mikil samþjöppun er á markaðnum, hversu mörg fyrirtæki starfa eða sinna nýsköpun þar og hvernig skilyrði fyrir markaðsinnreið nýrra fyrirtækja eru. Stundum geta komið fram samkeppnistakmarkandi afleiðingar á borð við að verð fari hækkandi eða dragi úr framboði, vöruvöndun, vörufjölbreytni eða nýsköpun á mörkuðunum sem fyrir eru og að nýsköpun líði fyrir með þeim hætti að hægi á þróunarstarfsemi. Til dæmis um þetta má nefna að ef öflugir keppinautar á tæknimarkaði, sem

fyrir er, taka upp samstarf um þróun nýrrar tækniáðferðar sem hugsast getur að komi síðar í stað vöru sem fyrir er á markaði getur það samstarf hægt á þróun nýju tækniáðferðarinnar ef fyrirtækin, sem standa að samstarfinu, hafa tiltekinn markaðsstyrk á markaðnum sem fyrir er og eru jafnframt í sterkri stöðu að því er varðar rannsókn- og þróunarstarf. Svipuð áhrif geta komið fram ef helsta fyrirtæki á markaði sem fyrir er efnir til samstarfs við miklu minna fyrirtæki eða jafnvel hugsanlegan keppinaut sem er um það bil að setja á markað nýja vöru eða tækniáðferð sem getur ógnað stöðu rótgróna fyrirtækisins.

140. Einnig er hugsanlegt að samningar falli utan ákvæða reglugerðar um hópundanþágur vegna rannsókna- og þróunarstarfs óháð markaðsstyrk fyrirtækjanna sem standa að samningnum. Þetta á til dæmis við um samninga sem hefta óeðlilega mikið aðgang tiltekins aðila að afrakstri rannsókna- og þróunarsamstarfsins [89]. Í reglugerð um hópundanþágur vegna rannsókna- og þróunarstarfs er gerð sérstök undantekning frá þessari almennu reglu vegna háskóla, rannsóknastofnana og fyrirtækja með sérhæfða starfsemi sem selja þjónustu á sviði rannsókna- og þróunarstarfs en nýta sér ekki afrakstur þess í atvinnuskyni [90]. Þó að samningar falli ekki undir reglugerð um hópundanþágur vegna rannsókna- og þróunarstarfs og í þeim sé kveðið á um einkarétt á nýtingu afrakstursins af slíku starfi getur skilyrðum 3. mgr. 53. gr. engu að síður verið fullnægt ef samningarnir falla undir 1. mgr. sömu greinar, einkum þegar fjárhagslegar forsendur gera það nauðsynlegt að beita slíkum einkarétti með hliðsjón af gerð markaðarins, fyrirliggjandi áhættu og umfangs þeirrar fjárfestingar sem þörf er á til að nýta afrakstur rannsókna- og þróunarstarfsins.

3.4. Mat á grundvelli 3. mgr. 53. gr.

3.4.1. Hagræðing

141. Margir rannsókna- og þróunarsamningar stuðla að hagræðingu – hvort sem þeir taka einnig til sameiginlegrar nýtingar á hvers kyns afrakstri starfseminnar eða ekki – með því að sameina kunnáttu og eignir með samverkandi áhrifum og þannig er unnt að þróa og markaðssetja endurbættar eða nýjar vörur og tækniáðferðir hraðar en ella hefði verið. Rannsókn- og þróunarsamningar geta einnig aukið útbreiðslu þekkingar og stuðlað þannig að enn frekari nýsköpun. Þá geta rannsókna- og þróunarsamningar haft sparnað í för með sér.

3.4.2. Ráðstöfun sé nauðsynleg

142. Skilyrðum 3. mgr. 53. gr. er ekki fullnægt ef rannsókna- og þróunarsamningur hefur í för með sér viðtækari takmarkanir en þörf er á til að ná fram hagræðingu í tengslum við hann. Þær tegundir takmarkana, sem taldar eru upp í 5. gr. reglugerðar um hópundanþágur vegna rannsókna- og þróunarstarfs, hafa nánar tiltekið í för með sér að minni líkur eru á að mat í einstökum tilvikum leiði til þess að skilyrðum 3. mgr. 53. gr. teljist vera fullnægt. Fyrirtæki, sem standa að rannsókna- og þróunarsamningi, þurfa því að jafnaði að sýna fram á að samstarfið geri slíkar takmarkanir nauðsynlegar.

3.4.3. Hagræðing skili sér til neytenda

143. Hagræðing af völdum nauðsynlegra takmarkana verður að nýtast neytendum í nægilega ríkum mæli til þess að vega upp samkeppnistakmarkandi afleiðingar viðkomandi rannsókna- og þróunarsamnings. Ávinningur af nýjum eða endurbættum vörum, sem settar eru á markað, verður til dæmis að vera nægur til að vega upp verðhækkanir eða aðrar samkeppnistakmarkandi afleiðingar samningsins. Almennt á litið hafa neytendur fremur ávinning af hagræðingu vegna rannsókna- og þróunarsamnings ef hann leiðir til þess að fyrirtækin sameini kunnáttu og eignir með samverkandi áhrifum. Fyrirtækin, sem standa að samningnum, kunna til að mynda að búa yfir ólíkri rannsóknagetu. Ef munurinn á kunnáttu og eignum fyrirtækjanna er aftur á móti mjög lítill geta helstu áhrif rannsókna- og þróunarsamningsins orðið þau að rannsókna- og þróunarstarf leggjist af að hluta eða að öllu leyti hjá einum eða fleiri af aðilum samningsins. Sú breyting myndi draga úr (fasta)kostnaði samningsaðila en tæplega leiða af sér ávinning sem skilaði sér til neytenda. Við þetta bætist að því meiri sem markaðsstyrkur aðilanna er þeim mun minni líkur eru til þess að hagræðingin skili sér til neytenda í nægilega ríkum mæli til þess að vega upp samkeppnistakmarkandi afleiðingar samningsins.

3.4.4. Samkeppni ekki útrýmt

144. Skilyrðum 3. mgr. 53. gr. er ekki fullnægt ef fyrirtæki, sem gert hafa með sér samning, eiga þess kost að útrýma samkeppni að því er varðar viðkomandi vörur (eða tækniáðferðir) að verulegu leyti.

3.4.5. Tímasetning matsins

145. Mat á samkeppnistakmarkandi samningum, sem fram fer á grundvelli 3. mgr. 53. gr., miðast við

riðjandi aðstæður og þá vitneskju um málsatvik sem fyrir liggur hverju sinni. Matið getur breyst ef þau málsatvik breytast efnislega. Undantekningin, sem kveðið er á um í 3. mgr. 53. gr., gildir meðan öllum fjórum skilyrðum þeirrar málsgreinar er fullnægt og hættir að gilda þegar svo er ekki lengur. Þegar 3. mgr. 53. gr. er beitt samkvæmt þessum meginsjónarmiðum er nauðsynlegt að taka tillit til þess hvaða óafturkræfar fjárfestingar fóru fram í upphafi á vegum hvers aðila samningsins um sig og hversu langan tíma og hversu miklum hömlum þarf að beita til að gera þeim kleift að nýta og endurheimta fjármuni sem varið er til hagræðingar. Ekki má beita 53. gr. án þess að tekið sé fullnægjandi tillit til slíkra fjárfestinga sem lagt hefur verið í fyrirfram. Áhættan, sem samningsaðilar taka á sig, og þær óafturkræfu fjárfestingar, sem eru nauðsynlegar framkvæmd samningsins, geta þannig valdið því að samningurinn teljist falla utan 1. mgr. 53. gr. eða fullnægja skilyrðum 3. mgr. sömu greinar, eftir atvikum, þar til tími hefur gefist til að endurheimta fjárfestinguna. Ef nýjungin, sem til verður fyrir tilstuðlan fjárfestingarinnar, er varin með einhvers konar einkaleyfi sem samningsaðilum er veitt í samræmi við sérreglur um vernd hugverkaréttar er í flestum tilvikum ólíklegt að lengri tíma taki að endurheimta fjárfestinguna en sem nemur einkaleyfistímabilinu sem mælt er fyrir um í þeim reglum.

146. Í sumum tilvikum er gerð samkeppnistakmarkandi samnings atburður sem ekki verður aftur tekinn. Eftir að samningurinn er kominn í framkvæmd verður sömu aðstæðum og ríktu fyrir samninginn ekki komið aftur á. Í slíkum tilvikum verður matið að fara fram eingöngu á grundvelli þeirrar vitneskju um málsatvik sem fyrir liggur um það leyti sem samningnum er komið í framkvæmd. Dæmi um þetta er að þegar fyrirtæki, sem standa að rannsókn- og þróunarumningi, skuldbinda sig til að leggja niður eigin rannsóknaverkefni hvert um sig og nýta bolmagn sitt á því sviði sameiginlega getur staðið þannig á að með vísan til tæknilegra og fjárhagslegra atriða séu engar málefnalegar forsendur fyrir því að endurvekja tiltekið verkefni eftir að það hefur verið lagt niður. Mat á samkeppnishamlandi og samkeppnisörvandi áhrifum samnings, sem kveður á um að rannsóknaverkefni einstakra fyrirtækja skuli lögð niður, verður því að miðast við þann tíma sem hann er að fullu kominn til framkvæmda. Ef samningurinn er þá samþýðanlegur ákvæðum 53. gr., til að mynda vegna þess að nægilega mörg rannsókn- og þróunarverkefni eru starfrækt á vegum keppinauta sem standa utan samningsins, telst samkomulag aðila samningsins um að leggja niður eigin verkefni samþýðanlegt ákvæðum 53. gr. enda þótt verkefni þeirra, sem standa utan samningsins, misfarist síðar. Bannákvæði 53. gr. getur aftur á móti 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 sameiginlegs rannsókn- og þróunarstarfs, getur 53. gr. varðað þau atriði í samningnum ef samkeppnistakmarkandi afleiðingar koma fram vegna framvindu á markaði og samningurinn fullnægir því ekki (lengur) skilyrðum 3. mgr. 53. gr. að teknu fullu tilliti til óafturkræfra fjárfestinga sem lagt hefur verið í fyrirfram.

3.5. Dæmi

147. Áhrif sameiginlegs rannsókn- og þróunarstarfs á nýsköpunarmörkuðum/markaði nýrrar vöru

1. dæmi

Staða mála: Fyrirtæki A og B eru tvö af hinum umsvifamestu á EES-markaði á sviði framleiðslu rafeindaihluta sem þegar eru á markaði. Markaðshluttur hvors um sig er 30%. Bæði hafa þau varið miklu fé til rannsókn- og þróunarstarfs sem þörf var á til þess að geta smíðað smækkaðar gerðir rafeindaihluta og hafa þróað fyrstu frumgerðir búnaðarins. Þau koma sér nú saman um að sameinast um þessa vinnu með því að setja á fót samrekstrarfélag sem falið verði að ljúka rannsókn- og þróunarstarfinu og framleiða ihlutina, en þeir verði síðan seldir móðurfélagunum sem annist markaðssetningu þeirra hvort í sínu lagi. Önnur fyrirtæki á markaðnum eru lítil og hafa ekki bolmagn til að takast á hendur þær fjárfestingar sem þörf er á.

Greining: Þó að líklegt sé að smækkaðar gerðir rafeindaihluta verði í sumum tilvikum seldar í samkeppni við ihluti sem þegar eru á markaði er hér í grundvallaratriðum um nýja tækniáferð að ræða og greining þarf að fara fram á því hvaða rannsóknasetur stefna að þessum framtíðarmarkaði. Ef samrekstrarfélagið kemst á laggirnar verður aðeins um að ræða eina leið að þeirri framleiðslutækni sem til þarf, en telja má sennilegt að fyrirtæki A og B gætu hvort um sig komið sinni vöru á markað. Samningurinn dregur því úr vöruþjölbreytni. Sameiginleg framleiðslustarfsemi dregur að öllum líkindum einnig með beinum hætti úr samkeppni fyrirtækjanna, sem standa að samningnum, þannig að þau semji sín á milli um framboð, vöruvöndun eða aðrar breytilega þætti sem máli skipta með tilliti til samkeppni. Afleiðingin yrði skert samkeppni enda þótt fyrirtækin hygðist annast markaðssetningu varanna hvort í sínu lagi. Samningsaðilar gætu til dæmis takmarkað framleiðslu samrekstrarfélagsins þannig að minna framboð verði á markaði en verið hefði ef þeir hefðu ákveðið eigin framleiðslu hvor í sínu lagi. Þá gæti samrekstrarfélagið látið samningsaðila greiða hátt uppgjörsverð og hækkað þannig aðfangakostnað þeirra, en það gæti síðan leitt til herra verðs á fráliggjandi markaði. Aðilar samningsins ráða í sameiningu stórum markaðshlut á núverandi fráliggjandi markaði, sem skiptist að öðru leyti milli margra fyrirtækja. Ætla má að þessi einkenni markaðarins muni koma enn skýrar fram á hinum nýja fráliggjandi vörumarkaði þar eð minni keppinautar hafa ekki bolmagn til að kaupa nýju ihlutina. Líkur standa þess vegna til að sameiginlega framleiðslustarfsemin muni takmarka samkeppni. Þá er sennilegt að markaður smækkaðra gerða

rafeindaíhluta þróist síðar í tvíkeppnismarkað fyrirtækja sem hafa sameinast um kostnaðarliði að mjög verulegu leyti og skiptast hugsanlega á viðskiptaupplýsingum sem almennt fara leynt. Af þessum sökum getur einnig verið umtalsverð hættu á samkeppnishamlandi samstillingu fyrirtækjanna og þar með á að samráðsstaða komi upp á markaðnum. Rannsókn- og þróunarsamningurinn hefur því að öllum líkindum samkeppnistakmarkandi afleiðingar í skilningi 1. mgr. 53. gr. Þó að samningurinn gæti leitt til hagræðingar á þann hátt að ný tækniáðferð komist fyrir í notkun en ella hefði verið hafa fyrirtækin, sem að honum standa, enga samkeppni að því er varðar rannsókn- og þróunarstarf og þeim er því afar lítil hvati búinn til að hraða vinnunni við hina nýju tækni. Enda þótt leysa mætti úr sumum þessara áhyggjuefna með skuldbindingu sammingsaðila um að selja þriðja aðila á sanngjörnum kjörum aðgang að framleiðsluþekkingu sem hefur lykिल्þýðingu við framleiðslu smækkaðra íhluta verður tæplega ráðið fram úr öllum áhyggjuefnum með þeim hætti þannig að skilyrðum 3. mgr. 53. gr. sé fullnægt.

2. dæmi

Staða mála: Lítið rannsóknafyrirtæki (fyrirtæki A), sem rekur ekki eigin markaðsdeild, hefur uppgötvað og öðlast einkaleyfi á lyfjaefni sem byggist á nýrri tækniáðferð og talið er að muni bylta meðferð við tilteknum sjúkdómum. Fyrirtæki A gerir rannsókn- og þróunarsamning við stórt lyfjafyrirtæki (fyrirtæki B) sem framleiðir vörur sem hafa verið notaðar við meðferð á sjúkdómnum til þessa. Í fyrirtæki B er ekki að finna sambærilega sérþekkingu eða rannsókn- og þróunarverkefni á þessu sviði og fyrirtækið gæti ekki aflað sér slíkrar sérþekkingar nógu tímanlega til að það skipti máli í þessu samhengi. Að því er varðar vörurnar, sem fyrir eru á markaði, er markaðshlutur fyrirtækis B um 75% í öllum EES-ríkjunum en einkaleyfi þess renna út á næstu fimm árum. Tvö önnur rannsóknasetur eru starfrækt í öðrum fyrirtækjum og er þróunarvinna þeirra komin hér um bil jafnlangt og byggð á sömu nýju grundvallartækni. Fyrirtæki B hyggst leggja að mörkum umtalsverða fjármuni og þekkingu á sviði vöruþróunar, auk þess að veita aðgang að markaði þegar fram í sækir. Fyrirtæki B hlýtur nýttaleyfi sem veitir því einkarétt á framleiðslu og dreifingu á vörunni, sem þróuð er, meðan einkaleyfið er enn í gildi. Þess er vænst að varan geti komist á markað eftir fimm til sjö ár.

Greining: Ætla má að varan falli undir nýjan viðkomandi markað. Aðilar sammingsins ganga til samstarfsins með því að sameinast um tilföng og kunnáttu með samverkandi áhrifum og auka þannig umtalsvert líkurnar til þess að varan komist á markað. Þó að fyrirtæki B hafi að öllum líkindum umtalsverðan markaðsstyrk á markaðnum sem fyrir er styttest í að sá markaðsstyrkur dvíni. Fyrirtæki B hefur enga sérþekkingu á þessu rannsóknasviði svo að samningurinn veldur ekki samdrætti í rannsókn- og þróunarstarfi fyrirtækisins, og starfsemi annarra rannsóknasetra kemur að öllum líkindum í veg fyrir að nokkur hvati myndist til að draga úr rannsókn- og þróunarvinnu. Ætla má að fyrirtæki B verði að halda nýtingarréttinum til loka einkaleyfistímans til þess geta tekist á hendur þær miklu fjárfestingar sem þörf er á, og fyrirtæki A hefur ekki tók á að annast markaðssetninguna sjálf. Samningurinn hefur því tæplega samkeppnistakmarkandi afleiðingar í skilningi 1. mgr. 53. gr. Jafnvel þótt slík áhrif kæmu fram má ætla að skilyrðum 3. gr. 53. gr. væri fullnægt í slíkum tilvikum.

148. Hætta á útilokun annarra fyrirtækja

3. dæmi

Staða mála: Lítið rannsóknafyrirtæki (fyrirtæki A), sem rekur ekki eigin markaðsdeild, hefur uppgötvað og öðlast einkaleyfi á nýrri tækniáðferð sem talið er að muni bylta markaði tiltekinnar vöru, en eitt fyrirtæki (fyrirtækis B) hefur einokunarstöðu um allan heim að því er varðar framleiðslu og sölu þeirrar vöru sökum þess að enginn keppinautur getur keppt við þá tækni sem fyrirtæki B notar sem stendur. Tvö önnur rannsóknasetur eru starfrækt í öðrum fyrirtækjum og er þróunarvinna þeirra komin hér um bil jafnlangt og byggð á sömu nýju grundvallartækni. Fyrirtæki B hyggst leggja að mörkum umtalsverða fjármuni og þekkingu á sviði vöruþróunar, auk þess að veita aðgang að markaði þegar fram í sækir. Fyrirtæki B hlýtur nýttaleyfi sem veitir því einkarétt á nýtingu tækniáðferðarinnar meðan einkaleyfið er enn í gildi og skuldbindur sig til að leggja aðeins fjármuni til þróunar á tækniáðferð fyrirtækis A.

Greining: Ætla má að varan falli undir nýjan viðkomandi markað. Aðilar sammingsins ganga til samstarfsins með því að sameinast um tilföng og kunnáttu með samverkandi áhrifum og auka þannig umtalsvert líkurnar til þess að varan komist á markað. Sú staðreynd að fyrirtæki B helgar alla krafta sína hinna nýju tækni fyrirtækis A getur þó aukið líkurnar til þess að rannsóknasetrin tvö, sem keppa við hana, leggi verkefni sín niður enda getur þeim reynst erfitt að afla áframhaldandi fjármögnunar eftir að líklegasti kaupandi tækniáðferða þeirra er úr sögunni. Ef sú staða kemur upp er engum hugsanlegum keppinauti

til að dreifa sem ógnað gæti einokunarstöðu fyrirtækis B þegar fram í sækir. Samningurinn verður þá að öllum líkindum talinn hafa samkeppnistakmarkandi afleiðingar í skilningi 1. mgr. 53. gr. Til þess að geta notið undanþágu 3. mgr. sömu greinar yrðu fyrirtækin, sem standa að samningnum, þá að sýna fram á að nauðsynlegt sé að mæla fyrir um einkarétt til þess að koma nýju tækninni á markað.

4. dæmi

Staða mála: Fyrirtæki A hefur markaðsstyrk á markaði þar sem metsölulyf fyrirtækisins er selt. Lítið fyrirtæki (fyrirtæki B), sem rekur rannsókn- og þróunarstarfsemi á sviði lyfja og framleiðir virk lyfjaefni, hefur uppgötvað og sótt um einkaleyfi á nýrri framleiðsluaðferð sem leiðir til hagkvæmari framleiðslu á virku lyfjaefnunum sem notuð eru í metsölulyf fyrirtækis A, og starfar enn að því að þróa aðferðina til fjöldaframleiðslu. Einkaleyfi á framleiðslu virka efnisins í metsölulyfinu rennur út eftir tæp þrjú ár; eftir það verða enn í gildi nokkur einkaleyfi sem lúta að framleiðsluaðferðum fyrir lyfið. Fyrirtæki B lítur svo á að nýja framleiðsluaðferðin, sem það hefur þróað, brjóti gegn núgildandi einkaleyfum fyrirtækis A á framleiðsluaðferðum og að hún muni gera það kleift að framleiða samheitaútgáfu metsölulyfsins um leið og einkaleyfi á framleiðslu virka efnisins rennur út. Fyrirtæki B gæti annaðhvort framleitt vöruna sjálft eða selt áhugasömum þriðja aðila nytjaleyfi, til að mynda framleiðanda samheitalyfja eða fyrirtæki A. Áður en rannsókn- og þróunarstarfi á þessu sviði er lokið gerir fyrirtæki B samning við fyrirtæki A þess efnis að fyrirtæki A skuli leggja fjármuni til rannsókn- og þróunarverkefnisins sem er starfrækt á vegum fyrirtækis B í skiptum fyrir nytjaleyfi sem veiti einkarétt á nýtingu allra einkaleyfa sem fyrirtæki B hefur aflað sér í tengslum við rannsókn- og þróunarverkefnið. Tvö önnur sjálfstæð rannsóknasetur vinna að þróun aðferðar til að framleiða metsölulyfið sem brjóti ekki gegn einkaleyfum, en ekki liggur enn fyrir hvort sú vinna leiðir að lokum til fjöldaframleiðslu.

Greining: Aðferðin, sem einkaleyfisumsókn fyrirtækis B tekur til, nýtist ekki til framleiðslu á nýrri vöru. Hún felur einungis í sér endurbætur á framleiðsluferli sem þegar er í notkun. Fyrirtæki A hefur markaðsstyrk á markaði sem fyrir er og metsölulyfið fellur undir. Þó að mikið myndi draga úr þeim markaðsstyrk ef keppinautar úr hópi framleiðenda samheitalyfja hæfu markaðsinnreið hindrar einkarétturinn að þriðji aðili geti nýtt sér aðferðina sem fyrirtæki B hefur þróað og tefur því að öllum líkindum fyrir því að samheitalyfíð komist á markað (ekki síst vegna þess að varan nýtur enn verndar ýmissa einkaleyfa á framleiðsluaðferðum) og takmarkar af þeim sökum samkeppni í skilningi 1. mgr. 53. gr. Þar eð fyrirtæki A og fyrirtæki B eru hugsanlegir keppinautar eiga ákvæði reglugerðar um hópundanþágur vegna rannsókn- og þróunarstarfs ekki við vegna þess að markaðshlutur fyrirtækis A á markaðnum þar sem metsölulyfið er selt er stærri en 25%. Sparnaðurinn, sem hlýst af því að fyrirtæki A noti nýju framleiðsluaðferðina, er ekki nægilega mikill til að vega upp samkeppnistakmörkunina. Þá er nytjaleyfi með einkarétti hvað sem öðru líður ekki nauðsynlegt til þess að ná fram sparnaði í framleiðslunni. Samningurinn fullnægir því tæplega skilyrðum 3. mgr. 53. gr.

149. Áhrif samstarfs um rannsóknir og þróun á kvikum vöru- og tæknimörkuðum og í umhverfinu

5. dæmi

Staða mála: Tvö véltæknifyrirtæki, sem framleiða bifreiðaihluti, koma sér saman um stofnun samrekstrarfélags um rannsókn- og þróunarvinnu sína í því skyni að bæta framleiðsluferil og eiginleika ihlutar sem þegar er á markaði. Framleiðsla ihlutar af því tagi myndi jafnframt hafa æskileg umhverfisáhrif. Eldsneytisnotkun bifreiða myndi minnka og þar með losun koltvísýrings. Fyrirtækin sameina núverandi starfsemi sína á sviði útgáfu tækninytjaleyfa á viðkomandi svæði, en halda áfram framleiðslu og sölu ihlutanna hvort í sínu lagi. Í EES-rikinum er markaðshlutur fyrirtækjanna á sviði frumbúnaðar (OEM) 15% og 20%. Á markaðnum er að finna tvo aðra umsvifamikla keppinauta auk rannsóknastarfsemi sem fer fram innan veggja nokkurra stórra bifreiðaframleiðenda. Þegar litið er til tekna af útgáfu nytjaleyfa á sviði tækniáferða fyrir framleiðslu vara af þessu tagi á heimsmarkaði er hlutur fyrirtækjanna, sem að samstarfinu standa, 20% og 25%, og tvær aðrar tækniáferðir hafa einnig stóran markaðshlut. Líftími ihlutarins er venjulega tvö til þrjú ár. Undanfarin fimm ár hefur á hverju ári komið fram ný eða endurbætt gerð ihlutarins frá einum af helstu framleiðendum.

Greining: Þar eð hvorugt fyrirtækið stefnir að framleiðslu alveg nýrrar vöru með rannsókn- og þróunarvinnu sinni eru markaðirnir, sem huga þarf að, annars vegar markaður fyrir ihluti sem fyrir eru og hins vegar markaður fyrir nytjaleyfi vegna tækniáferða sem þeim tengjast. Samanlagður markaðshlutur fyrirtækjanna er fremur stór bæði á markaði fyrir frumbúnað (35%) og þó einkum á tæknimarkaði (45%). Þau hyggjast þó halda áfram framleiðslu og sölu ihlutanna hvort í sínu lagi. Að auki er um að ræða samkeppni frá nokkrum öðrum tækniáferðum sem eru stöðugt endurbættar. Við þetta bætist að bifreiðaframleiðendur, sem selja sem stendur ekki nytjaleyfi fyrir tækniáferðum sínar, eru einnig hugsanlegir nýliðar á tæknimarkaðnum og veita aðilum samstarfsins þannig aðhald sem hindrar að þeir geti hagnast á verðhækkun. Ef stofnun

samrekstrarfélagsins reynist hafa samkeppnistakmarkandi afleiðingar í skilningi 1. mgr. 53. gr. fullnægir félagið að öllum líkindum skilyrðum 3. mgr. sömu greinar. Í tengslum við mat á grundvelli 3. mgr. 53. gr. þyrfti að taka tillit til þess að minni eldsneytisnotkun er neytendum til hagsbóta.

4. FRAMLEIÐSLUSAMNINGAR

4.1. Skilgreining og gildissvið

150. Form og gildissvið framleiðslusamninga er nokkuð breytilegt. Í þeim getur verið kveðið á um að framleiðsla skuli aðeins vera í höndum eins fyrirtækjanna, sem standa að samningi, eða tveggja eða fleiri fyrirtækja úr þeim hópi. Fyrirtæki geta stundað framleiðslu sameiginlega fyrir tilstuðlan samrekstrarfélags, þ.e. félags sem þau eiga sameiginlega og starfrækir eina eða fleiri framleiðslustöðvar, eða á grundvelli laustengdara framleiðslusamstarfs á borð við samninga um undirverktöku þar sem einn samningsaðila („verktaki“) felur öðrum („undirverktaka“) að annast framleiðslu tiltekinnar vöru.

151. Til eru ýmsar tegundir samninga um undirverktöku. Láréttir kallast þeir samningar um undirverktöku sem fyrirtæki á sama vörumarkaði gera með sér, hvort sem þau eru þegar keppinautar eða gætu orðið það síðar. Lóðréttir kallast þeir samningar um undirverktöku sem fyrirtæki á mismunandi viðskiptastigum gera með sér.

152. Til láréttra samninga um undirverktöku teljast einhliða og gagnkvæmir sérhæfingarsamningar svo og samningar um undirverktöku sem gerðir eru til þess að auka framleiðslu. Einhliða sérhæfingarsamningar eru samningar tveggja fyrirtækja á sama vörumarkaði eða vörumörkuðum sem fela í sér að annað fyrirtækið samþykkir að leggja niður framleiðslu tiltekinna vara, að öllu leyti eða að hluta, eða stöðva framleiðslu þeirra og kaupa þær þess í stað af hinu fyrirtækinu, sem samþykkir að framleiða og afhenda vörurnar. Gagnkvæmir sérhæfingarsamningar eru samningar tveggja eða fleiri fyrirtækja á sama vörumarkaði eða vörumörkuðum sem fela í sér að tvö þeirra eða fleiri samþykkja hvert gagnvart öðru að leggja niður framleiðslu tiltekinna en ólíkra vara, að öllu leyti eða að hluta, eða stöðva framleiðslu þeirra og kaupa þær þess í stað af hinu(m) fyrirtækinu/fyrirtækjunum, sem samþykkja að framleiða og afhenda vörurnar. Samkvæmt samningum um undirverktöku, sem gerðir eru til þess að auka framleiðslu, felur verktaki undirverktaka að annast framleiðslu tiltekinnar vöru án þess að hætta jafnframt eða draga saman eigin framleiðslu á vörunni.

153. Þessar leiðbeinandi reglur gilda um allar tegundir samninga um sameiginlega framleiðslustarfsemi og láréttra samninga um undirverktöku. Þegar tilteknum skilyrðum er fullnægt geta samningar um sameiginlega framleiðslustarfsemi svo og einhliða og gagnkvæmir sérhæfingarsamningar notið undanþágu samkvæmt reglugerð um hópundanþágur vegna sérhæfingar.

154. Þessar leiðbeinandi reglur taka ekki til lóðréttra samninga um undirverktöku. Slíkir samningar falla undir leiðbeinandi reglur um lóðréttar hömlur og geta þegar tilteknum skilyrðum er fullnægt notið undanþágu samkvæmt reglugerð um hópundanþágur vegna lóðréttra hamla. Þá geta þeir fallið undir auglýsingu Eftirlitsstofnunar EFTA um mat hennar á tilteknum samningum undirverktaka í tengslum við 1. mgr. 53. gr. EES-samningsins [91] („auglýsingu um undirverktöku“).

4.2. Viðkomandi markaðir

155. Til þess að geta metið samkeppnistengsl fyrirtækjanna, sem standa að samstarfinu, er nauðsynlegt að skilgreina fyrst hvaða viðkomandi markað eða markaði sem samstarfið um framleiðslu varðar beint, þ.e. þá markaði sem vörurnar, sem framleiddar eru samkvæmt framleiðslusamningnum, tilheyra.

156. Framleiðslusamningi geta einnig fylgt smitáhrif á grenndarmörkuðum markaðarins sem samstarfið varðar beint, til dæmis aðliggjandi eða frálíggjandi mörkuðum („smitmörkuðum“) [92]. Ætla má að smitmarkaðir skipti máli ef markaðirnir eru hver háðir öðrum og fyrirtækin, sem standa að samstarfinu, búa við sterka stöðu á smitmarkaðnum/-mörkuðunum.

4.3. Mat á grundvelli 1. mgr. 53. gr.

4.3.1. Helstu áhyggjuefni er lúta að samkeppni

157. Framleiðslusamningar geta leitt til beinnar skerðingar á samkeppni milli fyrirtækjanna sem að þeim standa. Slíkir samningar geta valdið því, einkum ef framleiðslan er falin samrekstrarfélagi, að samningsaðilar samræmi með beinum hætti framboð og vöruvöndun, endursöluverð á framleiðsluvörum samrekstrarfélagsins eða aðra breytilega þætti sem máli skipta með tilliti til samkeppni. Þetta getur takmarkað samkeppni jafnvel þótt fyrirtækin annist sölu á vörunum hvert í sínu lagi.

158. Framleiðslusamningar geta orðið til þess að fyrirtækin, sem að þeim standa, samstilli samkeppnisathafnir sínar sem birgja með þeim afleiðingum að verð hækki eða dragi úr framboði, vöruvöndun, vörufjölbreytni eða nýsköpun, þ.e. leiði til samráðsstöðu. Þetta getur gerst þegar samningsaðilar búa yfir nægum markaðsstyrk og markaðurinn hefur tiltekin einkenni sem stuðla að slíkri samstillingu, einkum ef framleiðslusamningurinn verður til þess að fyrirtækin sameinist um kostnaðarliði í ríkara mæli (þ.e. hækka hlutfall þeirra breytilegu kostnaðarliða sem þeir hafa sameinast um) að mögulegt verður að koma á samráðsstöðu eða ef samningurinn snúist um skipti á viðskiptaupplýsingum sem almennt fara leynt og geta orðið til þess að samráðsstaða komist á.

159. Framleiðslusamningar geta einnig valdið samkeppnishamlandi útilokun keppinauta úr hópi þriðja aðila á skyldum markaði (til dæmis á fráliggjandi markaði sem er háður aðföngum frá markaðnum þar sem framleiðslusamningurinn gildir). Dæmi um þetta er að ef fyrirtæki, sem tekið hafa upp sameiginlega framleiðslu á aðliggjandi markaði, öðlast nægilegan markaðsstyrk kann það að gera þeim kleift að hækka verð fyrir íhlut sem hefur lykilorðingu á fráliggjandi markaði. Þannig gætu þau nýtt sér sameiginlegu framleiðslustarfsemi til að hækka tilkostnað keppinauta sinna á fráliggjandi markaðnum og neyða þá að lokum til að hætta starfsemi þar. Það myndi síðan auka enn á markaðsstyrk samningsaðila á þeim fráliggjandi markaði og gera þeim kleift að halda verði yfir því sem verið hefði við eðlileg samkeppnisskilyrði eða skaða hagsmuni neytenda á annan hátt. Slík áhyggjuefni að því er varðar samkeppni geta vaknað óháð því hvort aðilar samningsins eru keppinautar á markaðnum þar sem samstarfið á sér stað. Til þess að útilokun af þessu tagi geti haft samkeppnishamlandi afleiðingar verður þó að minnsta kosti eitt fyrirtækjanna, sem standa að samningnum, að hafa sterka markaðsstöðu á markaðnum sem mat á hættu tekur til.

4.3.2. Samkeppnistakmörkun tilgangur samnings

160. Samningar, sem snúast um verðsamráð, takmörkun á framboði eða uppskiptingu markaða eftir svæðum eða viðskiptamannahópum, teljast almennt hafa þann tilgang að takmarka samkeppni. Þetta gildir þó ekki í tengslum við framleiðslusamninga ef þannig stendur á

- að fyrirtækin, sem að framleiðslusamningi standa, semja sín í milli um framboð á vörum sem samningurinn varðar beint (til dæmis framleiðslugetu og raunframleiðslu samrekstrarfélags eða hversu mikið skuli útvistað af framleiðsluvörum), enda standi óhaggaðir aðrir breytilegir þættir sem geta haft áhrif á samkeppni, eða
- að í framleiðslusamningi, sem tekur einnig sameiginlegrar dreifingar á vörum sem eru framleiddar sameiginlega, er gert ráð fyrir sameiginlegri ákvörðun um útsöluverð þeirra vara, og aðeins þeirra, enda sé sú takmörkun nauðsynleg til þess að unnt sé að reka sameiginlega framleiðslustarfsemi, í þeim skilningi að samningsaðilum væri ella enginn hvati búinn til að gera með sér samning af þessu tagi yfirleitt.

161. Við þessar tvennar aðstæður þarf að meta hvort líkur séu til að samningurinn hafi samkeppnistakmarkandi afleiðingar í skilningi 1. mgr. 53. gr. Í báðum tilvikum gildir að samningurinn um framboð eða verð skal ekki metinn einn og sér, heldur með hliðsjón af heildaráhrifum alls framleiðslusamningsins á markaðnum.

4.3.3. Samkeppnistakmarkandi afleiðingar

162. Líkurnar til þess að áhyggjuefni er lúta að samkeppni, sem hugsanlega geta vaknað í tengslum við framleiðslusamninga, ráðast í hverju tilviki af einkennum markaðarins sem samningurinn er gerður á, svo og af því hvers eðlis samstarfið er, því hlutfalli markaðarins sem það tekur til og vörunni sem um ræðir. Af þessum breytum ræðst hvaða áhrifa vænta má að framleiðslusamningurinn hafi á samkeppni og þar með hvort 1. mgr. 53. gr. eigi við.

163. Líkurnar til þess að framleiðslusamningur hafi samkeppnistakmarkandi afleiðingar ráðast af því hver staða mála væri ef ekki hefði komið til samningsins með öllum þeim hömlum sem taldar eru leiða af honum. Framleiðslusamningar fyrirtækja, sem eru keppinautar á markaðnum þar sem samstarfið á sér stað, hafa því tæplega samkeppnistakmarkandi afleiðingar ef samstarfið leiðir til þess að nýr markaður verður til, þ.e. ef samningurinn nýtist fyrirtækjunum, sem að honum standa, til þess að koma á markað nýrru vöru eða þjónustu og styðja má málefnalegum rökum að þau hefðu ekki getað gert það við aðrar aðstæður, til að mynda þegar litið er til tækni getu þeirra.

164. Í sumum greinum, sem einkennast af því að helsta starfsemi í atvinnuskyni er framleiðsla, getur jafnvel hreinn framleiðslusamningur orðið til þess að gera mikilvægustu samkeppnisþætti óvirka, án þess að annað komi til, og dregið þannig með beinum hætti úr samkeppni fyrirtækjanna sem að honum standa.

165. Framleiðslusamningur getur einnig orðið til þess að samráðsstaða komist á eða leitt til samkeppnishamlandi útilokunar keppinauta í þeim skilningi að markaðsstyrkur fyrirtækjanna aukist eða þau sameinist um kostnað í ríkara mæli, eða ef samningurinn snýst um skipti á viðskiptaupplýsingum sem

almennt fara leynt. Á hinn bóginn eru litlar líkur á beinni skerðingu á samkeppni fyrirtækjanna sem standa að samningnum, samráðsstöðu eða samkeppnishamlandi útilokun keppinauta ef samningsaðilar hafa ekki markaðsstyrk á markaðnum sem mat á áhyggjuefnum er lúta að samkeppni nær til. Markaðsstyrkur er hið eina sem getur gert þeim hagkvæmt að halda verði yfir því sem væri við eðlileg markaðsskilyrði, eða að halda framboði, vöruvöndun eða vörufjölbreytni undir því sem samkeppnisaðstæður hefðu kallað á.

166. Þegar þannig stendur á að fyrirtæki, sem hefur markaðsstyrk á einum markaði, efnir til samstarfs við fyrirtæki sem er hugsanlegur nýliði á þeim markaði, til dæmis birgi sem selur sömu vöru á grenndarmarkaðssvæði eða grenndarvörumarkaði, er hugsanlegt að samningurinn auki markaðsstyrk fyrirtækisins sem er fyrir á markaðnum. Þetta getur haft samkeppnistakmarkandi afleiðingar ef samkeppni er þegar litil á markaði fyrirtækisins sem fyrir er, og hættan á markaðsinnreið nýrra fyrirtækja þar hefur í för með sér umtalsvert samkeppnisaðhald.

167. Hættan á að framleiðslusamningar hafi samkeppnistakmarkandi afleiðingar er meiri þegar þeir snúast einnig um tiltekna þætti markaðsstarfsins, svo sem sameiginlega vörudreifingu eða markaðssetningu, en þegar samið er um sameiginlega framleiðslu eingöngu. Sameiginlegt markaðsstarf færir samstarfið nær neytandanum og snýst yfirleitt um sameiginlegar ákvarðanir um verð og sölumagn, þ.e. þá starfshætti sem samkeppni stafar mest hættu af. Á hinn bóginn eru minni líkur til að samningur takmarki samkeppni ef hann snýst um sameiginlega dreifingu á vörum, sem eru framleiddar sameiginlega, en ef samið er um sameiginlega vörudreifingu eingöngu. Ef samningur um sameiginlega dreifingu er nauðsynlegur til þess að unnt sé að semja um sameiginlega framleiðslu eru einnig minni líkur til að hann takmarki samkeppni en ef hans er ekki þörf vegna sameiginlegs framleiðsluverkefnis.

Markaðsstyrkur

168. Framleiðslusamningur hefur tæplega samkeppnistakmarkandi afleiðingar ef fyrirtækin, sem að honum standa, hafa ekki markaðsstyrk á markaðnum sem mat á samkeppnistakmörkun tekur til. Við greiningu á markaðsstyrk ber fyrst að athuga hversu stór markaðshlutur fyrirtækjanna er. Því næst er venjulega skoðað hversu mikil samþjöppun er á markaðnum og hversu mörg fyrirtæki starfa þar og lítið til annarra kvikra þátta á borð við hugsanlega nýliðun og breytilega markaðshluti.

169. Fyrirtæki hafa tæplega markaðsstyrk ef markaðshlutur þeirra nær ekki tilteknum mörkum. Jafnt einhliða sem gagnkvæmir sérhæfingarsamningar, sem og samningar um sameiginlega framleiðslu sem taka einnig til vissra þátta markaðsstarfsins, svo sem sameiginlegrar vörudreifingar, falla því undir reglugerð um undanþágur vegna sérhæfingar ef samanlagður markaðshlutur fyrirtækjanna, sem standa að samningnum, er ekki stærri en 20% á viðkomandi markaði eða mörkuðum, enda sé fullnægt öðrum skilyrðum fyrir því að beita þeirri reglugerð. Að því er varðar lárétta samninga um undirverktöku sem gerðir eru til þess að auka framleiðslu á það oftast við að markaðsstyrkur er tæplega fyrir hendi ef samanlagður markaðshlutur samningsaðila er ekki stærri en 20%. Hvað sem öðru líður er skilyrðum 3. mgr. 53. gr. að öllum líkindum fullnægt ef samanlagður markaðshlutur er ekki stærri en 20%.

170. Ef samanlagður markaðshlutur samningsaðila er aftur á móti stærri en 20% verður að greina hvort samningurinn hafi samkeppnistakmarkandi afleiðingar þar eð hann fellur þá ekki undir gildissvið reglugerðar um hópundanþágur vegna sérhæfingar eða öryggismörk fyrir lárétta samninga um undirverktöku sem eru gerðir til þess að auka framleiðslu og um getur í 3. og 4. málslíð 169. mgr. Þó að markaðshluturinn sé nokkru stærri ein heimilt er samkvæmt reglugerð um hópundanþágur vegna sérhæfingar eða öryggismörkunum sem um getur í 3. og 4. málslíð 169. mgr. merkir það ekki óhjákvæmilega að viðkomandi markaður einkennist af mikilli samþjöppun, en hér er um að ræða mikilvægt atriði í matinu. Á markaði, sem einkennist af hóflegri samþjöppun, getur samanlagður markaðshlutur samningsaðila orðið stærri en 20% svo litlu muni. Almennt hefur framleiðslusamningur fremur samkeppnistakmarkandi afleiðingar á markaði með mikilli samþjöppun en á markaði sem einkennist ekki af slíku. Með svipuðum hætti getur framleiðslusamningur, sem gerður er á markaði með mikilli samþjöppun, aukið hættuna á að samráðsstaða komist á jafnvel þótt samanlagður markaðshlutur samningsaðila sé ekki mjög stór.

171. Jafnvel þótt markaðshlutur fyrirtækjanna, sem standa að samningi, sé stór og mikil samþjöppun sé á markaðnum getur hættan á samkeppnistakmarkandi afleiðingum eftir sem áður verið óveruleg ef markaðurinn er kvikur, þ.e. nýliðun er mikil og markaðsstaða einstakra fyrirtækja breytist ört.

172. Þegar unnið er að greiningu á því hvort fyrirtæki, sem standa að framleiðslusamningi, búi yfir markaðsstyrk hefur þýðingu um það mat hversu mikið er um önnur tengsl (til dæmis aðra samstarfssamninga) milli keppinauta á markaðnum og hversu nán þau tengsl eru.

173. Atriði á borð við það hvort markaðshlutur fyrirtækjanna, sem standa að samningi, er stór, hvort nán

samkeppni er með þeim, hvort viðskiptamenn þeirra eiga óhægt um að leita til annarra birgja, hvort ólíklegt virðist að keppinautar þeirra auki framboð þó að verð hækki og hvort einhver samningsaðila er veigamikil samkeppnisafli hafa öll þýðingu um mat á áhrifum samningsins með tilliti til samkeppni.

Bein skerðing á samkeppni fyrirtækjanna sem standa að samningi

174. Bein skerðing á samkeppni fyrirtækjanna, sem standa að framleiðslusamningi, getur komið fram á ýmsan hátt. Fyrirtæki, sem stofna samrekstrarfélag um sameiginlega framleiðslu, gætu til dæmis takmarkað framleiðslu samrekstrarfélagsins þannig að minna framboð verði á markaði en verið hefði ef samningsaðilar hefðu ákveðið eigin framleiðslu hvor í sínu lagi. Ef kveðið er á um það í framleiðslusamningnum hverjir helstu eiginleikar vörunnar skuli vera getur það einnig orðið til þess að gera mikilvægustu þætti í samkeppni fyrirtækjanna óvirka og haft samkeppnistakmarkandi afleiðingar þegar fram í sækir. Annað dæmi um þetta væri að samrekstrarfélagið léti samningsaðila greiða hátt uppgjörsverð og hækkað þannig aðfangakostnað þeirra, en það gæti síðan leitt til hærri verðs á fráliggjandi markaði. Keppinautar kunna að telja hagkvæmt að bregðast við þessu með verðhækkun, en þannig stuðla þeir að hækkaðri verðlagi á viðkomandi markaði.

Samráðsstaða

175. Líkurnar til þess að samráðsstaða komist á ráðast af markaðsstyrk samningsaðila svo og einkennum viðkomandi markaðar. Helstu (en þó ekki einu) orsakir samráðsstöðu eru þær að samningsaðilar hafi sameinast um kostnaðarliði að einhverju leyti og að framleiðslusamningurinn hafi í för með sér upplýsingaskipti.

176. Ef fyrirtæki, sem hafa markaðsstyrk, gera með sér framleiðslusamning getur hann haft samkeppnistakmarkandi afleiðingar ef hann verður til þess að þau sameinist um kostnað í ríkara mæli (þ.e. hækkar hlutfall þeirra breytilegu kostnaðarliða sem þau hafa sameinast um), eða upp að þeim mörkum að samráðsstaða getur komist á. Tilkostnaðurinn, sem máli skiptir í þessu tilliti, er breytilegir kostnaðarliðir við framleiðslu vörunnar sem aðilar framleiðslusamningsins keppa um að selja.

177. Samráðsstaða kemst fremur á fyrir tilstuðlan framleiðslusamnings ef fyrirtækin, sem að honum standa, hafa þegar fyrir gerð samningsins sameinast um verulega hátt hlutfall breytilegra kostnaðarliða, því að liðirnir sem bætast við (þ.e. kostnaðurinn við framleiðslu vara sem falla undir samninginn) geta ráðið úrslitum um hvort samráðsstaða kemst á. Á hinn bóginn getur hættan á að samráðsstaða komist á verið mikil ef viðbótarkostnaðurinn er verulegur, jafnvel þótt fáir kostnaðarliðir séu sameiginlegir í upphafi.

178. Þó að fyrirtækin hafi sameinast um kostnaðarliði eykur það ekki hættuna á að samráðsstaða komist á nema framleiðslukostnaður sé stórt hlutfall þess breytilega kostnaðar sem um ræðir. Þannig háttar til að mynda ekki til þegar samstarfið snýst um vörur sem aðeins verður komið á framfæri með kostnaðarsömu markaðsstarfi. Dæmi um það gæti verið nýjar vörur eða vörur ólíkrar gerðar, sem eru þess eðlis að leggja þarf í dýra markaðssetningu eða mikinn flutningskostnað.

179. Annað dæmi um aðstæður þar sem samráðsstaða getur komist á þegar aðilar að samningi sameinast um kostnaðarliði væri ef samningsaðilar kæmu sér saman um sameiginlega framleiðslu á millivöru sem rekja má til stóran hluta breytilegs kostnaðar við endanlegu vöruna sem samningsaðilar keppa um að selja á fráliggjandi markaði. Samningsaðilarnir gætu nýtt sér framleiðslusamninginn til þess að hækka verð á þessum algengu og mikilvægu aðföngum fyrir vörur sem þeir selja á fráliggjandi markaði. Það myndi veikja samkeppni á þeim markaði og að öllum líkindum leiða til hærri verðs á endanlegu vörunni. Hagnaður flyttist þá frá fráliggjandi til aðliggjandi markaðar og aðilar samningsins gætu þannig skipt honum milli sín gegnum samrekstrarfélagið.

180. Þegar fyrirtæki sameinast um kostnaðarliði eykur það á sama hátt hættuna á samkeppnisröskun af völdum lárétts samnings um undirverktöku þegar þannig háttar til að kostnaður vegna aðfanga, sem verktaki kaupir af undirverktaka, nemur stórum hluta breytilegs kostnaðar við framleiðslu endanlegu vörunnar sem samkeppni aðila samningsins tekur til.

181. Óæskileg áhrif, sem upplýsingaskiptin geta haft, verða ekki metin sérstaklega heldur með hliðsjón af heildaráhrifum samningsins. Framleiðslusamningur getur haft samkeppnistakmarkandi afleiðingar ef hann snýst einnig um skipti á upplýsingum sem varða viðskiptaáform og geta orðið til þess að samráðsstaða komist á eða valdið samkeppnishamlandi útilokun keppinauta. Líkurnar til þess að upplýsingaskipti í tengslum við framleiðslusamning hafi samkeppnistakmarkandi afleiðingar ber að meta í samræmi við leiðbeiningarnar í 2. kafla.

182. Ef upplýsingaskiptin takmarkast við þau gögn sem fyrirtækin þurfa á að halda til að geta stundað sameiginlega framleiðslu á vörum sem falla undir framleiðslusamninginn má telja að jafnvel þótt upplýsingaskiptin hafi samkeppnistakmarkandi afleiðingar í skilningi 1. mgr. 53. gr. fullnægi samningurinn fremur skilyrðum 3. mgr. sömu greinar en ef upplýsingaskiptin hefðu verið víðtækari en þörf var á vegna sameiginlegu framleiðslustarfseminnar. Í slíku tilviki er sennilegt að hagræðing af sameiginlegri framleiðslustarfsemi vegi upp samkeppnistakmarkandi afleiðingar þess að samningsaðilar samstillta athafnir sínar. Aftur á móti eru minni líkur til að skilyrðum 3. mgr. 53. gr. sé fullnægt þegar fyrirtæki deila með sér í tengslum við framleiðslusamning gögnum sem ekki er þörf á til þess að unnt sé að reka sameiginlega framleiðslustarfsemi, til dæmis upplýsingum um verð og sölutölur.

4.4. Mat á grundvelli 3. mgr. 53. gr.

4.4.1. Hagræðing

183. Framleiðslusamningar geta örvað samkeppni ef þeir leiða til hagræðingar sem rekja má til sparnaðar eða bættrar framleiðslutækni. Með sameiginlegri framleiðslu geta fyrirtæki sparað sér kostnað sem ella væri tvöfaldur. Þau geta einnig lækkað framleiðslukostnað ef samstarfið gerir þeim kleift að auka framleiðslu við aðstæður þar sem jaðarkostnaður fer lækkaði með vaxandi framleiðslu, þ.e. að ná fram stærðarhagkvæmni. Þá getur sameiginleg framleiðslustarfsemi gert fyrirtækjum auðveldara að framleiða gæðavöru ef þau sameina kunnáttu og verkþekkingu með samverkandi áhrifum. Þá getur samstarf nýst fyrirtækjum til framleiðslu á fjölbreyttari vörum en ella hefði verið unnt vegna kostnaðar eða af öðrum ástæðum. Ef sameiginleg framleiðslustarfsemi gerir aðilum samnings kleift að framleiða fleiri mismunandi tegundir af vörum getur sparnaður vegna hennar einnig stafað af samlegðarhagkvæmni.

4.4.2. Ráðstöfun sé nauðsynleg

184. Skilyrðum 3. mgr. 53. gr. er ekki fullnægt ef framleiðslusamningur hefur í för með sér víðtækari takmarkanir en þörf er á til að ná fram hagræðingu í tengslum við hann. Til að mynda verður að jafnaði ekki litið svo á að hömlur, sem kveðið er á um í framleiðslusamningi, séu nauðsynlegar ef þær varða samkeppnishegðun aðila samningsins með tilliti til framboðs utan marka samstarfsins. Með svipuðum hætti verður ekki litið svo á að nauðsynlegt sé að ákveða verð sameiginlega nema framleiðslusamningurinn snúist einnig um sameiginlegt markaðsstarf.

4.4.3. Hagræðing skili sér til neytenda

185. Hagræðing af völdum nauðsynlegra takmarkana verður að skila sér til neytenda í lægra vöruverði, meiri gæðavöru eða aukinni vöruþjölbreytni í nægilega ríkum mæli til að vega upp hvers kyns samkeppnistakmarkandi afleiðingar. Til þess að skilyrðum 3. mgr. 53. gr. teljist fullnægt er ekki nægilegt að fram komi hagræðing sem hefur aðeins í för með sér ávinning fyrir aðila samnings eða að sparnaður náist með því að minnka framboð eða skipta upp mörkuðum. Ef fyrirtækin, sem standa að framleiðslusamningnum, ná að lækka breytilegan kostnað láta þau neytendur fremur njóta þess sparnaðar en ef þeim tekst að lækka fastakostnað. Við þetta bætist að því meiri sem markaðsstyrkur samningsaðila er þeim mun minni líkur eru til þess að hagræðingin skili sér til neytenda í nægilega ríkum mæli til þess að vega upp samkeppnistakmarkandi afleiðingar samningsins.

4.4.4. Samkeppni ekki útrýmt

186. Skilyrðum 3. mgr. 53. gr. er ekki fullnægt ef fyrirtæki, sem gert hafa með sér samning, eiga þess kost að útrýma samkeppni að því er varðar viðkomandi vörur að verulegu leyti. Greining á þessu verður að fara fram á þeim viðkomandi markaði sem vörurnar, sem falla undir samstarfið, tilheyra svo og á hugsanlegum smitmörkuðum.

4.5. Dæmi

187. Kostnaðarliðir sem fyrirtæki sameinast um og samráðsstöður

1. dæmi

Staða mála: Fyrirtæki A og B, sem framleiða bæði vöru X, afráða að loka þeim verksmiðjum sínum sem nú eru starfræktar og reisa í þeirra stað stærri, nútímalegri og hagkvæmari verksmiðju sem samrekstrarfélagi verði falið að starfrækja og hafi meiri afkastagetu en sem nemi heildarafköstum eldri verksmiðja fyrirtækja A og B. Engar slíkar fjárfestingar eru fyrirhugaðar af hálfu keppinauta, en þeir reka verksmiðjur sínar á fullum afköstum. Markaðshlutar fyrirtækjanna er 20% (fyrirtæki A) og 25% (fyrirtæki B). Vörur þeirra eru nánustu staðkvæmdarvörurnar í tilteknum markaðskima sem einkennist af samþjöppun fyrirtækja. Markaðurinn er

gagnsær og fremur staðnaður, engin nýliðun á sér stað og markaðshlutir hafa haldist óbreyttir um skeið. Framleiðslukostnaður er stór hluti af þeim breytilega kostnaði sem fyrirtæki A og fyrirtæki B hafa af vöru X. Í samanburði við framleiðsluna er markaðsstarfið óverulegur þáttur atvinnustarfseminnar þegar lítið er til kostnaðarliða og mikilvægis að því er varðar rekstraráform: markaðskostnaður er lítill þar eð vara X er einsleit og vel þekkt vara og kostnaður við flutninga hefur lítið að segja með tilliti til samkeppni.

Greining: Ef fyrirtæki A og B sameinast um alla eða nær alla breytilega kostnaðarliði getur þessi framleiðslusamningur leitt til beinnar skerðingar á samkeppni milli þeirra. Hann getur orðið til þess að samningsaðilar takmarki framleiðslu samrekstrarfélagsins þannig að minna framboð verði á markaði en verið hefði ef þeir hefðu ákveðið eigin framleiðslu hvor í sínu lagi. Með hliðsjón af því að keppinautar eiga óhægt um að auka afköst sín getur þessi samdráttur leitt til verðhækkana.

Jafnvel þótt fyrirtæki A og B hefðu ekki sameinast um nær alla breytilega kostnaðarliði, heldur aðeins umtalsverðan hluta þeirra, gæti þessi framleiðslusamningur orðið til þess að samráðsstaða kæmist á milli fyrirtækjanna og komið þannig óbeint í veg fyrir samkeppni milli þessara tveggja samningsaðila. Líkur á þessu ráðast ekki aðeins af því hvort fyrirtækin hafa sameinast um kostnaðarliði (en í þessu tilviki hafa þau gert það í ríkum mæli) heldur einnig af einkennum viðkomandi markaðar, svo sem hversu gagnsær og stöðugur hann er og hversu mikil samþjöppun fyrirtækja er þar.

Hvor staða mála sem upp kemur, af þeim sem lýst er hér á undan, er líklegt við þær markaðsaðstæður sem hér er tekið dæmi um að samrekstrarfélag fyrirtækja A og B á sviði framleiðslu hefði samkeppnistakmarkandi afleiðingar í skilningi 1. mgr. 53. gr. á markaði vöru X.

Þegar tvær litlar verksmiðjur eru teknar úr rekstri og í staðinn reist stærri, nútímaleg og hagkvæmari verksmiðja getur það orðið til þess að framleiðsla samrekstrarfélagsins aukist jafnframt því sem verð á vörunum lækkar neytendum til hagsbóta. Framleiðslusamningurinn gæti þó ekki talist fullnægja skilyrðum 3. mgr. 53. gr. nema fyrirtækin, sem standa að samningnum, gætu lagt fram rökstudd gögn því til staðfestingar að hagræðingin myndi skila sér til neytenda í nægilega ríkum mæli til að veða upp samkeppnistakmarkandi afleiðingar samningsins.

188. Tengsl milli keppinauta og samráðsstöður

2. dæmi

Staða mála: Tveir birgjar, fyrirtæki A og B, setja á fót samrekstrarfélag um framleiðslu á vöru Y. Fyrirtæki A og B hafa hvort um sig 15% markaðshlut á markaði vöru Y. Þrjú önnur fyrirtæki starfa á markaðnum: fyrirtæki C, með 30% markaðshlut, fyrirtæki D, með 25% markaðshlut, og fyrirtæki E, með 15% markaðshlut. Þegar er starfandi sameiginleg verksmiðja sem fyrirtæki B rekur ásamt fyrirtæki D.

Greining: Markaðurinn einkennist af því að mjög fá fyrirtæki eru starfandi og að markaðshlutir þeirra eru tiltölulega samhverfir. Ef fyrirtæki A og B hæfu samstarf myndi það fjölga fyrirtækjatengslum á markaðnum og leiða til aukinnar samþjöppunar fyrirtækja í reynd, því að samstarfið myndi einnig tengja fyrirtæki D við fyrirtæki A og B. Samstarfið yki að öllum líkindum hættuna á að samráðsstaða kæmist á og hefði þannig að öllum líkindum samkeppnistakmarkandi afleiðingar í skilningi 1. mgr. 53. gr. Skilyrðum 3. mgr. sömu greinar væri þá aðeins fullnægt ef fram kæmi veruleg hagræðing sem skilaði sér til neytenda í nægilega ríkum mæli til að veða upp samkeppnistakmarkandi afleiðingar samstarfsins.

189. Samkeppnishamlandi útilokun keppinauta á fráliggjandi markaði

3. dæmi

Staða mála: Fyrirtæki A og B setja á fót samrekstrarfélag um framleiðslu millivörunnar X og sér það um alla framleiðslu fyrirtækjanna á þeirri vöru. Kostnaður við framleiðslu X er 70% af öllum breytilegum kostnaði við endanlegu vöruna Y, sem fyrirtæki A og B keppa um að selja á fráliggjandi markaði. Fyrirtæki A og B hafa hvort um sig 20% markaðshlut á markaði vöru Y, lítill nýliðun er á markaðnum og markaðshlutir hafa tekið litlum breytingum í tímans rás. Auk þess að fullnægja eigin þörf fyrir X hafa fyrirtæki A og B hvort um sig 40% markaðshlut á markaði þeirrar vöru. Markaður vöru X einkennist af miklum aðgangshindrunum og framleiðendum, sem fyrir eru, nýta því sem næst alla afkastagetu sína. Á markaði vöru Y eru starfandi tveir aðrir birgjar sem eitthvað munar um, hvor með 15% markaðshlut, og nokkrir umsvifaminni keppinautar. Samningurinn hefur í för með sér stærðarhagkvæmni.

Greining: Samrekstrarfélagið, sem fyrirtæki A og B stofna um framleiðslustarfsemi, myndi gera þeim kleift að stýra framboði á ílagsvörunni X, sem er ómissandi við framleiðsluna, til keppinauta sinna á markaði vöru Y. Fyrirtæki A og B gætu þannig hækkað kostnað keppinauta sinna með því að hækka verð fyrir X á óeðlilegum forsendum eða draga úr framboði. Þetta gæti leitt til útilokunar keppinauta fyrirtækja A og B á markaði vöru Y. Vegna þess að líkur eru á samkeppnishamlandi útilokun keppinauta

á fráliggjandi markaði hefur þessi samningur að öllum líkindum samkeppnistakmarkandi afleiðingar í skilningi 1. mgr. 53. gr. Stærðarhagkvæmni, sem tengist framleiðslustarfsemi samrekstrarfélagsins, vegur tæplega þyngra en samkeppnistakmarkandi afleiðingar sammingsins og því má ætla að hann fullnægi ekki skilyrðum 3. mgr. 53. gr.

190. Sérhæfingarsamningar notaðir sem grundvöllur markaðsskiptingar

4. dæmi

Staða mála: Fyrirtæki A og B framleiða bæði báðar vörurnar X og Y. Markaðshluttur fyrirtækis A er 30% af vöru X og 10% af vöru Y. Markaðshluttur B er 10% af vöru X og 30% af vöru Y. Til þess að ná fram stærðarhagkvæmni gera þeir með sér gagnkvæman sérhæfingarsamning þess efnis að fyrirtæki A skuli aðeins framleiða X og fyrirtæki B aðeins Y. Fyrirtækin afhenda ekki öðru vörur til sölu svo að fyrirtæki A selur aðeins X og fyrirtæki B selur aðeins Y. Samningsaðilar halda því fram að með sérhæfingu af þessu tagi leiði til leiði til sparnaðar sökum stærðarhagkvæmni og að með því að einbeita sér að einni vöru geti fyrirtækin bætt framleiðslutækni sína og þannig framleitt meiri gæðavöru.

Greining: Með tilliti til samkeppni á markaðnum eru áhrif þessa sérhæfingarsammings þess eðlis að hann kemst nálægt því að vera einokunarsamningur af alvarlegra tagi þar sem sammingsaðilar skipta markaðnum milli sín. Samningurinn telst því gerður í þeim tilgangi að takmarka samkeppni. Hagræði, sem talið er að muni fylgja aukinni stærðarhagkvæmni og bættri framleiðslutækni, tengist aðeins áformum um uppskiptingu markaðarins og nægir því tæplega til að veða upp samkeppnistakmarkandi afleiðingar sammingsins. Þannig má ætla að samningurinn fullnægi ekki skilyrðum 3. mgr. 53. gr. Ef stjórnendur fyrirtækis A eða B telja að hagkvæmara væri að sinna aðeins framleiðslu einnar vöru geta þeir hvað sem öðru líður tekið einfaldlega einhliða ákvörðun um að framleiða aðeins X eða aðeins Y án þess að gera jafnframt samkomulag um að hitt fyrirtækið sinni aðeins framleiðslu hinnar vörunnar.

Niðurstaða greiningarinnar yrði önnur ef hvort fyrirtæki um sig seldi hinu vöruna sem það einbeitt sér að, og fyrirtæki A og B héldu þannig bæði áfram að selja báðar vörurnar X og Y. Við þær aðstæður gæti enn verið verðsamkeppni milli fyrirtækja A og B á báðum mörkuðunum, einkum ef framleiðslukostnaður (sem verður sameiginlegur vegna framleiðslusammingsins) væri ekki stór hluti breytilegs kostnaðar við vörurnar. Tilkostnaðurinn, sem skiptir máli í þessu samhengi, er kostnaður við markaðsstarf. Sérhæfingarsamningurinn myndi því tæplega takmarka samkeppni ef X og Y væru að mestu leyti vörur ólíkrar gerðar sem mikill markaðs- og dreifingarkostnaður fylgdi (til dæmis 65–70% eða meira af heildarkostnaði): Við slíkar aðstæður væri hættan á að samráðsstaða kæmist á ekki mikil og hugsanlegt að skilyrðum 3. mgr. 53. gr. væri fullnægt, að því tilskildu að hagræðingin skilaði sér til neytenda í nægilega ríkum mæli til að veða upp samkeppnistakmarkandi afleiðingar sammingsins.

191. Hugsanlegir keppinautar

5. dæmi

Staða mála: Fyrirtæki A framleiðir endanlegu vöruna X og fyrirtæki B framleiðir endanlegu vöruna Y. X og Y mynda tvö ólíka vörumarkaði og hafa fyrirtæki A og B mikinn markaðsstyrk hvort á sínum markaði. Fyrirtækin nota bæði Z sem aðföng við framleiðslu X og Y og framleiða bæði Z eingöngu til eigin nota. Vöru X fylgir lítill virðisauki og Z er ómissandi ílagsvara við framleiðslu hennar (X er framleidd með fremur einfaldri umbreytingu á Z). Vöru Y fylgir mikill virðisauki og Z er ein af mörgum vörum sem notaðar eru við framleiðslu hennar (kostnaður við Z er lítill hluti breytilegs kostnaðar við framleiðslu Y). Fyrirtæki A og B koma sér saman um að sameiginlega framleiðslu á Z og ná þannig fram nokkurri stærðarhagkvæmni.

Greining: Fyrirtæki A og B eru ekki keppinautar sem stendur að því er varðar vörur X, Y eða Z. Þar eð vara X er framleidd með einfaldri umbreytingu á Z myndi fyrirtæki B þó að öllum líkindum reynast auðvelt að hefja starfsemi á markaði vöru X og ógna þannig stöðu fyrirtækis A á þeim markaði. Fyrirtæki B gæti verið búinn minni hvati til að gera þetta vegna sammingsins um sameiginlega framleiðslu á Z því að hliðargreiðslur gætu átt sér stað í tengslum við þann samning og dregið úr líkunum á að fyrirtæki B taki að selja vöru X (þar eð sennilegt er að fyrirtæki A geti stjórnað því hversu mikið fyrirtæki B kaupir af vöru Z af samrekstrarfélaginu). Líkurnar til þess að fyrirtæki B hefji starfsemi á markaði vöru X ef ekki kemur til sammings ráðast þó af því hversu mikils hagnaðar gæti verið að vænta. Þar að lítill virðisauki fylgir vöru X er hugsanlegt að ekki sé hagkvæmt að hefja sölu á henni og fyrirtæki B hefði því tæplega hafíð starfsemi á markaðnum ef enginn samningur hefði verið gerður. Með vísan til þess að fyrirtæki A og B hafa þegar nokkurn markaðsstyrk hefur samningurinn að öllum líkindum samkeppnistakmarkandi afleiðingar í skilningi 1. mgr. 53. gr. ef raunin er sú að hann auki líkurnar til þess að fyrirtæki B ráðist inn á markað fyrirtækis A, þ.e. markað vöru X. Samningurinn hefur í för með sér óverulega hagræðingu af völdum stærðarhagkvæmni sem nægir tæplega til að veða upp samkeppnistakmarkandi afleiðingar hans.

192. Upplýsingaskipti í tengslum við framleiðslusamning

6. dæmi

Staða mála: Fyrirtæki A og B, sem hafa mikinn markaðsstyrk, ákveða að framleiða vörur sameiginlega til þess að auka hagkvæmni í rekstrinum. Í tengslum við þann samning skiptast þau leynilega á upplýsingum um verðlagningaráform sín. Samningurinn tekur ekki til sameiginlegrar vörudreifingar.

Greining: Þessi upplýsingaskipti valda því að líklegt er að samráðsstaða komist á og því má ætla að tilgangur þeirra sé að takmarka samkeppni í skilningi 1. mgr. 53. gr. Þau fullnægja tæplega skilyrðum 3. mgr. 53. gr. vegna þess að fyrirtækin, sem að þeim standa, þurfa ekki á því að halda að skiptast á upplýsingum um verðlagningaráform sín til þess að geta rekið sameiginlega framleiðslustarfsemi og náð fram sparnaði í tengslum við hana.

193. Skiptasamningar og upplýsingaskipti

7. dæmi

Staða mála: Fyrirtæki A og B framleiða bæði Z, hrávöru sem notuð er í efnaframleiðslu. Z er einsleit vara og framleidd samkvæmt Evrópustaðli sem leyfir engin frávik að því er varðar eiginleika vörunnar. Framleiðslukostnaður er stór kostnaðarliður við framleiðslu Z. Markaðshlutur fyrirtækis A er 20% og markaðshlutur fyrirtækis B 25% á markaði vöru Z í EES-ríkjunum í heild. Á markaði vöru Z eru starfandi fjórir aðrir framleiðendur og eru markaðshlutir þeirra 20%, 15%, 10% og 10%. Framleiðslan fer fram í verksmiðju fyrirtækis A í EES-ríkinu X í Norður-Evrópu og í verksmiðju fyrirtækis B í EES-ríkinu Y í Suður-Evrópu. Enda þótt fyrirtæki A selji vöruna fyrst og fremst viðskiptamönnum í Norður-Evrópu á það einnig nokkurn fjölda viðskiptamanna í Suður-Evrópu. Fyrirtæki B selur vöruna fyrst og fremst viðskiptamönnum í Suður-Evrópu en á þó einnig nokkurn fjölda viðskiptamanna í Norður-Evrópu. Sem stendur afhendir fyrirtæki A viðskiptamönnum sínum í Suður-Evrópu Z sem er framleidd í verksmiðju þess í EES-ríkinu X og flytur vöruna til Suður-Evrópu með flutningabifreiðum. Á sama hátt afhendir fyrirtæki B viðskiptamönnum sínum í Norður-Evrópu Z sem er framleidd í EES-ríkinu Y og flytur hana til Norður-Evrópu með flutningabifreiðum. Flutningskostnaður er verulegur en þó ekki svo mikill að óhagkvæmt sé fyrir fyrirtæki A að selja vöruna til Suður-Evrópu og fyrir fyrirtæki B að selja vöruna til Norður-Evrópu. Kostnaður við flutning vörunnar frá EES-ríki X til Suður-Evrópu er lægri en kostnaðurinn við að flytja hana frá EES-ríki Y til Norður-Evrópu.

Fyrirtæki A og B komast að þeirri niðurstöðu að meira hagræði væri í að fyrirtæki A hætti að flytja Z frá EES-ríki X til Suður-Evrópu og fyrirtæki B hætti að flytja Z frá EES-ríki Y til Norður-Evrópu, en jafnframt er þeim mikið í mun að halda viðskiptamönnum sínum. Til þess að svo geti orðið hyggjast fyrirtæki A og B gera með sér skiptasamning til þess að gera hvorum samningsaðila um sig kleift að kaupa á hverju ári umsamið magn af Z af verksmiðju hins með það fyrir augum að selja það þeim viðskiptamönnum sem eru nær verksmiðju hins samningsaðilans. Til þess að finna megi kaupverð sem er ekki hagfelldara öðrum samningsaðilanum en hinum og taka á fullnægjandi hátt tillit til þess að framleiðslukostnaður fyrirtækjanna er mismunandi og sparnaður í tengslum við flutninga mismikill, svo og til þess að tryggja viðunandi framlegð hjá báðum samningsaðilum, koma þeir sér saman um að hvort fyrirtæki skuli greina hinu frá helstu kostnaðarliðum sem tengjast Z (þ.e. framleiðslukostnaði og flutningskostnaði).

Greining: Það vekur ekki eitt og sér áhyggjuefni er lúta að samkeppni þótt fyrirtæki A og B – sem eru keppinautar – skiptist á tilteknum hluta framleiðslu sinnar. Í skiptasamningnum, sem fyrirtæki A og B hyggjast gera með sér, er hins vegar gert ráð fyrir að skiptin taki til framleiðslu- og flutningskostnaðar beggja aðila að því er varðar Z. Þá búa fyrirtæki A og B í sameiningu við sterka markaðsstöðu á tiltölulega samþjöppuðum markaði einsleitrar hrávöru. Vegna þess að um er að ræða umfangsmikil upplýsingaskipti að því er varðar samkeppnisatriði sem hefur lykilþýðingu í tengslum við Z er því líklegt að skiptasamningur milli fyrirtækja A og B hafi samkeppnistakmarkandi afleiðingar í skilningi 1. mgr. 53. gr., enda getur hann orðið til þess að samráðsstaða komist á. Þó að samningurinn leiði til mikillar hagræðingar sökum sparnaðarins sem aðilar hans ná fram eru samkeppnistakmarkanirnar, sem samningurinn hefur í för með sér, ekki nauðsynlegar til þess að sú hagræðing takist. Fyrirtækin gætu náð sambærilegum sparnaði með því að koma sér saman um verðútreikning sem gerir það ekki nauðsynlegt að gefa upp framleiðslu- og flutningskostnað. Af þessu leiðir að óbreytt ákvæði skiptasamningsins fullnægja ekki skilyrðum 3. mgr. 53. gr.

5. INNKAUPASAMNINGAR

5.1. Skilgreining

194. Í þessum kafla eru fyrst og fremst reifaðir samningar um sameiginleg vöruinnkaup. Sameiginleg innkaup geta farið fram á vegum samrekstrarfélags, á vegum fyrirtækis sem er í eigu margra annarra

fyrirtækja án þess að nokkurt þeirra eigi ráðandi hlut, samkvæmt umsaminni tilhögun eða samkvæmt enn óformlegri samstarfi (allt þetta nefnt einu nafni „sameiginleg innkaupatilhögun“). Sameiginlegri innkaupatilhögun er venjulega komið á í þeim tilgangi að afla samningsaðilum kaupandastyrks sem getur skilað neytendum lægra verði eða betri vörum eða þjónustu. Við vissar aðstæður getur kaupandastyrkur þó einnig vakið áhyggjuefni er lúta að samkeppni.

195. Undir sameiginlega innkaupatilhögun geta fallið bæði láréttir og lóðréttir samningar. Í slíkum tilvikum verður greining að fara fram í tveimur áföngum. Fyrst ber að meta þá lárétta samninga, sem eru í gildi milli fyrirtækjanna sem tekið hafa upp sameiginleg innkaup, í samræmi við sjónarmiðin sem lýst er í þessum leiðbeinandi reglum. Ef niðurstaða þess mats er á þá leið að sameiginlega innkaupatilhögunin vekir engin áhyggjuefni er lúta að samkeppni verður einnig að taka viðkomandi lóðréttu samninga til skoðunar. Um síðarnefnda matið fer samkvæmt ákvæðum reglugerðar um hópundanþágur vegna lóðréttra hamlu og leiðbeinandi reglna um lóðréttar hömlur.

196. Þegar notast er við sameiginlega innkaupatilhögun er oft um að ræða „bandalag“, þ.e. fyrirtækjasamtök sem hópur smásala setur á stofn til þess að annast sameiginleg vöruinnkaup. Láréttir samningar, sem aðildarfyrirtæki slíks bandalags gera með sér, svo og ákvarðanir, sem teknar eru fyrir hönd bandalagsins, verður fyrst að meta sem láréttan samstarfssamning í samræmi við þessar leiðbeinandi reglur. Það er ekki nema matið leiði ekki í ljós nein áhyggjuefni er lúta að samkeppni sem ástæða er til að meta viðkomandi lóðréttu samninga milli bandalagsins og einstakra aðildarfyrirtækja þess eða milli bandalagsins og birgja. Slíkir samningar falla undir ákvæði reglugerðar um hópundanþágur vegna lóðréttra hamlu – enda sé tilteknum skilyrðum fullnægt. Lóðréttir samningar, sem falla ekki undir þá hópundanþágureglugerð, teljast ekki sjálfkrafa ólögmatir en nauðsynlegt er að taka hvern slíkan samning til athugunar sérstaklega.

5.2. *Viðkomandi markaðir*

197. Áhrif sameiginlegrar innkaupatilhögunar geta komið fram á tvenns konar mismunandi mörkuðum. Í fyrsta lagi þeim markaði eða mörkuðum sem sameiginlega innkaupatilhögunin varðar beint, þ.e. viðkomandi innkaupamarkaði eða -mörkuðum. Í öðru lagi sölumarkaði eða -mörkuðum, þ.e. þeim fráliggjandi markaði eða mörkuðum þar sem fyrirtækin, sem standa að sameiginlegu innkaupatilhöguninni, starfa sem seljendur.

198. Skilgreining á viðkomandi innkaupamörkuðum fer fram í samræmi við sjónarmiðin sem lýst er í tilkynningu um markaðsskilgreiningar og er hugtakið staðkvæmd notað til að greina hvar samkeppnisaðhald er að finna. Eini munurinn á slíkum mörkuðum og „sölumörkuðum“ er sá að staðkvæmd verður að skilgreina frá sjónarhóli birgja en ekki frá sjónarhóli kaupenda. Svigrúm birgja til að beina sölu sinni til annarra viðskiptamanna skiptir með öðrum orðum mestu máli um það hvers konar samkeppnisaðhald kaupendur teljast búa við. Það svigrúm má til að mynda greina með því að athuga viðbrögð birgjanna við því að lítill en varanleg verðlækkun komi fram. Þegar markaðurinn hefur verið skilgreindur má reikna markaðshlutinn með því að finna hversu stór hundradshluti innkaup samningsaðila eru af heildarsölu á vörunni eða vörum sem keyptar eru á viðkomandi markaði.

199. Ef samningsaðilar eru að auki keppinautar á einum eða fleiri sölumörkuðum hafa þeir markaðir einnig þýðingu um matið. Sölumarkaði ber að skilgreina í samræmi við aðferðirnar sem lýst er í tilkynningu um markaðsskilgreiningar.

5.3. *Mat á grundvelli 1. mgr. 53. gr.*

5.3.1. *Helstu áhyggjuefni er lúta að samkeppni*

200. Sameiginleg innkaupatilhögun getur haft samkeppnistakmarkandi afleiðingar á innkaupamarkaði eða -mörkuðum og/eða á fráliggjandi sölumarkaði eða -mörkuðum, en dæmi um slík áhrif eru að verð hækki, framboð, vöruvöndun/vörufjölbreytni eða nýsköpun fari minnkandi, mörkuðum sé skipt upp og keppinautar úr hópi annarra hugsanlegra kaupenda búi við samkeppnishamlandi útilokun.

201. Ef vöruinnkaup keppinauta á fráliggjandi markaði eru sameiginleg að verulegu leyti getur það valdið því að þeim sé afar lítill hvatni búinn til að stunda verðsamkeppni á sölumarkaði/-mörkuðum. Hafi samningsaðilar umtalsverðan markaðsstyrk á sölumarkaði/-mörkuðum (enda þótt ekki sé um markaðsráðandi stöðu að ræða) er ekki líklegt að sú lækkun innkaupaverðs, sem fram kemur með sameiginlegu innkaupatilhöguninni, muni skila sér til neytenda.

202. Ef samningsaðilar hafa umtalsverðan markaðsstyrk á innkaupamarkaði (kaupandastyrk) er hætt við að þeir þröngvi birgjum til að minnka vöruúrval í framleiðslu sinni eða draga úr vöruvöndun, en það getur haft samkeppnistakmarkandi afleiðingar á þann hátt að minni gæðavara sé framleidd, nýsköpunarvinna dragist saman eða að framboð verði ófullnægjandi þegar fram í sækir.

203. Fyrirtækin, sem standa að sameiginlegu innkaupatilhöguninni, gætu notað kaupandastyrk sinn til þess að útiloka kaupendur sem keppa við þau um innkaupin með því að hindra aðgang þeirra að birgjum með hagkvæman rekstur. Mestar líkur eru á þessu þegar birgjar eru fáir og aðgangshindranir eru fyrir hendi framboðsmegin á aðliggjandi markaði.

204. Almennt á litið eru þó minni líkur á að sameiginleg innkaupatilhögun veki áhyggjuefni er lúta að samkeppni þegar fyrirtækin, sem að henni standa, hafa ekki markaðsstyrk á sölumarkaði/-mörkuðum.

5.3.2. Samkeppnistakmörkun tilgangur samnings

205. Sameiginleg innkaupatilhögun telst hafa þann tilgang að takmarka samkeppni ef hún snýst ekki í reynd um sameiginleg innkaup heldur er notuð sem aðferð til að taka upp dulbúna einokun, þ.e. viðhafa verðsamráð, skerða framboð eða skipta upp markaði á óheimilan hátt.

206. Samningar, sem snúast meðal annars um samráð um innkaupaverð, geta haft þann tilgang að takmarka samkeppni í skilningi 1. mgr. 53. gr. [93]. Þetta á þó ekki við þegar fyrirtæki, sem standa að sameiginlegri innkaupatilhögun, koma sér saman um hvað verð megi greiða birgjum fyrir vörur sem keyptar eru samkvæmt afhendingarsamningnum í viðskiptum samkvæmt sameiginlegu tilhöguninni. Við þær aðstæður þarf að meta hvort líkur séu til að samningurinn hafi samkeppnistakmarkandi afleiðingar í skilningi 1. mgr. 53. gr. Í báðum tilvikum gildir að samningurinn um kaupverð skal ekki metinn einn og sér, heldur með hliðsjón af heildarafleiðingum innkaupasamningsins á markaðnum.

5.3.3. Samkeppnistakmarkandi afleiðingar

207. Ef ekki er stofnað til sameiginlegrar innkaupatilhögunar í þeim tilgangi að takmarka samkeppni verður að fara fram greining á þeim áhrifum sem hún hefur eða gæti haft á samkeppni með hliðsjón af ríkjandi laga- og efnahagsumhverfi. Við greiningu á samkeppnistakmarkandi afleiðingum sameiginlegrar innkaupatilhögunar verður að taka tillit til óæskilegra áhrifa hennar bæði á innkaupamarkaði og sölumarkaði.

Markaðsstyrkur

208. Ekki er um nein óhagganleg mörk að ræða þess eðlis að sé farið yfir þau megi telja víst að fyrirtækin, sem standa að sameiginlegri innkaupatilhögun, hafi markaðsstyrk með þeim afleiðingum að tilhögunin hafi að öllum líkindum samkeppnistakmarkandi afleiðingar í skilningi 1. mgr. 53. gr. Oftast á þó við að markaðsstyrkur sé tæplega fyrir hendi ef samanlagður markaðshlutur fyrirtækjanna, sem standa að sameiginlegu innkaupatilhöguninni, er ekki stærrí en 15% á innkaupamarkaði/-mörkuðum og jafnframt ekki stærrí en 15% á sölumarkaði/-mörkuðum. Hvað sem öðru líður er skilyrðum 3. mgr. 53. gr. að öllum líkindum fullnægt ef samanlagður markaðshlutur samningsaðila er ekki stærrí en 15% á innkaupa- og sölumarkaðnum eða -mörkuðunum hvorum um sig.

209. Þó að markaðshluturinn sé yfir þessum mörkum á öðrum markaðnum eða báðum er það ekki sjálfkrafa vísbending um að sameiginlega innkaupatilhögunin hafi að öllum líkindum samkeppnistakmarkandi afleiðingar. Ef sameiginleg innkaupatilhögun fellur ekki innan þessara öryggismarka verður að fara fram ítarleg greining á því hvaða áhrif hún hefur á markaðnum og skal þar meðal annars, en ekki eingöngu, hugað að atriðum á borð við samþjöppun á markaðnum og hugsanlegan mótvægisstyrk öflugra birgja.

210. Kaupandastyrkur getur við vissar aðstæður haft samkeppnistakmarkandi afleiðingar. Líklegt er að kaupandastyrkur verði samkeppnishamlandi ef það hlutfall heildarviðskipta á innkaupamarkaði, sem fellur undir viðkomandi sameiginlega innkaupatilhögun, er nægilega stórt til þess að fyrirtækin geti útilokað kaupendur sem keppa við þau um innkaupin. Mikill kaupandastyrkur getur haft óbein áhrif á framboð, vöruvöndun og vörufjölbreytni á sölumarkaði.

211. Þegar unnið er að greiningu á því hvort fyrirtæki, sem standa að sameiginlegri innkaupatilhögun, búi yfir kaupandastyrk hefur þýðingu í því samhengi hversu mikið er um önnur tengsl (til dæmis aðra innkaupasamninga) milli keppinauta á markaðnum og hversu nán þau tengsl eru.

212. Ef samstarfið er hins vegar milli fyrirtækja sem keppa um innkaupin en starfa ekki á sama sölumarkaði (til dæmis smásala sem starfa á mismunandi markaðssvæðum og geta ekki talist hugsanlegir keppinautar) hefur sameiginlega innkaupatilhögunin tæplega samkeppnistakmarkandi afleiðingar nema staða fyrirtækjanna, sem að því standa, á innkaupamörkuðum sé þess eðlis að líkur bendi til að hún verði notuð til að grafa undan samkeppnisstöðu annarra fyrirtækja á sölumarkaði hvers þeirra um sig.

Samráðsstaða

213. Sameiginleg innkaupatilhögun getur orðið til þess að samráðsstaða komist á ef hún stuðlar að því að fyrirtækin, sem að henni standa, samstilli athafnir sínar á sölumarkaði. Þetta getur gerst ef fyrirtækin ná

með sameiginlegum innkaupum að sameinast um kostnaðarliði að miklu leyti, að því tilskildu að þau búi yfir markaðsstyrk og markaðurinn hafi einkenni sem stuðla að samstillingu.

214. Sameiginlega innkaupatilhögunin hefur fremur samkeppnistakmarkandi afleiðingar þegar fyrirtækin, sem að henni standa, hafa sameinast um verulega hátt hlutfall breytilegra kostnaðarliða á viðkomandi fráliggjandi markaði. Dæmi um það er ef smásalar, sem starfa á sama viðkomandi smásölumarkaði eða -mörkuðum, kaupa sameiginlega inn verulegan hluta þeirra vara sem þeir bjóða til endursölu. Þetta getur einnig gerst ef keppinautar meðal framleiðenda og seljendur endanlegrar vöru kaupa sameiginlega inn stóran hluta af aðföngum sínum.

215. Við framkvæmd sameiginlegrar innkaupatilhögunar getur reynst nauðsynlegt að skiptast á viðskiptaupplýsingum sem almennt fara leynt, svo sem um innkaupaverð og magnþölur. Þegar fyrirtæki skiptast á slíkum upplýsingum getur það stuðlað að samstillingu að því er varðar verðlagningu og framboð og leitt þannig til samráðsstöðu á sölumörkuðunum. Svo dæmi sé tekið má halda smitáhrifum af því að skiptast á leynilegum viðskiptaupplýsingum í lágmarki ef gagnasöfnun í tengslum við sameiginlega innkaupatilhögun fer fram á þann hátt að upplýsingarnar berist ekki til fyrirtækjanna sem að henni standa.

216. Hugsanleg óæskileg áhrif upplýsingaskiptanna verða ekki metin sérstaklega heldur með hliðsjón af heildaráhrifum sammingsins. Líkurnar til þess að upplýsingaskipti í tengslum við sameiginlega innkaupatilhögun hafi samkeppnistakmarkandi afleiðingar ber að meta í samræmi við leiðbeiningarnar sem finna má í 2. kafla. Ef upplýsingaskiptin takmarkast við þau gögn sem fyrirtækin þurfa á að halda til að geta stundað sameiginleg innkaup á vörum sem falla undir sameiginlegu innkaupatilhögunina má telja að jafnvel þótt upplýsingaskiptin hafi samkeppnistakmarkandi afleiðingar í skilningi 1. mgr. 53. gr. fullnægri samningurinn fremur skilyrðum 3. mgr. sömu greinar en ef upplýsingaskiptin hefðu verið viðtækari en þörf var á vegna sameiginlegu innkaupanna.

5.4. Mat á grundvelli 3. mgr. 53. gr.

5.4.1. Hagræðing

217. Sameiginleg innkaupatilhögun getur haft verulega hagræðingu í för með sér. Einkum getur kostnaður lækkað vegna lægra innkaupaverðs eða minni viðskipta-, flutnings- og geymslukostnaðar og stuðlað þannig að stærðarhagkvæmni. Þá getur sameiginleg innkaupatilhögun haft í för með sér ómagnbundna hagræðingu á þann hátt að birgjar finni hjá sér hvata til nýsköpunar og til að koma nýjum eða endurbættum vörum á markað.

5.4.2. Ráðstöfun sé nauðsynleg

218. Skilyrðum 3. mgr. 53. gr. getur ekki talist fullnægt ef innkaupasamningur hefur í för með sér viðtækari takmarkanir en þörf er á til að ná fram hagræðingu í tengslum við hann. Í sumum tilvikum getur skylda til að stunda aðeins innkaup í gegnum samstarfstillhögunina verið nauðsynleg til þess að skapa nægilega veltu til að stærðarhagkvæmni komi fram. Slíka skyldu verður þó að meta í samhengi við hvert einstakt tilvik.

5.4.3. Hagræðing skili sér til neytenda

219. Hagræðing af völdum nauðsynlegra takmarkana, hvort sem um er að ræða sparnað eða ómagnbundið hagræði sem tengist markaðssetningu nýrrar eða endurbættrar vöru, verður að skila sér til neytenda í nægilega ríku mæli til þess að vega upp samkeppnistakmarkandi afleiðingar viðkomandi sameiginlegrar innkaupatilhögunar. Þannig er ekki nægilegt að fram komi sparnaður eða hagræði af öðru tagi sem hefur aðeins í för með sér ávinning fyrir fyrirtækin sem standa að sameiginlegu innkaupatilhöguninni. Sparnaðurinn verður að skila sér til neytenda, þ.e. viðskiptamanna hlutaðeigandi fyrirtækja. Svo að dæmi sé tekið getur þetta átt sér stað með verðlækkun á sölumörkuðunum. Ef fyrirtæki nægir að beita kaupandastyrk sínum til þess að ná fram lækkun innkaupaverðs skilar sú lækkun sér tæplega til neytenda ef kaupendurnir búa í sameiningu yfir markaðsstyrk á sölumörkuðum og fullnægja þannig ekki skilyrðum 3. mgr. 53. gr. Við þetta bætist að því meiri sem markaðsstyrkur hlutaðeigandi fyrirtækja er á sölumarkaði/-mörkuðum þeim mun minni líkur eru til þess að hagræðingin skili sér til neytenda í nægilega ríku mæli til þess að vega upp samkeppnistakmarkandi afleiðingar samstarfsins.

5.4.4. Samkeppni ekki útrýmt

220. Skilyrðum 3. mgr. 53. gr. er ekki fullnægt ef fyrirtæki, sem gert hafa með sér samning, eiga þess kost að útrýma samkeppni að því er varðar viðkomandi vörur að verulegu leyti. Mat á þessu atriði verður að taka til bæði innkaupamarkaðar og sölumarkaðar.

5.5. Dæmi

221. Sameiginleg innkaup smáfyrirtækja sem hafa fremur lítinn samanlagðan markaðshlut

1. dæmi

Staða mála: Hópur 150 lítilla smásölufyrirtækja gera með sér samning um að setja á fót sameiginleg innkaupasamtök. Þau skuldbinda sig til að láta samtökin annast tiltekið lágmarkshlutfall innkaupa sinna eða sem samsvarar hér um bil 50% af heildartilkostnaði hvers smásala. Smásalarnir geta keypt meira gegnum samtökin en sem lágmarkinu nemur og þeim er einnig fjálst að stunda innkaup utan marka samstarfsins. Samanlagður markaðshlutur þeirra er 23% bæði á innkaupamarkaði og sölumarkaði. Fyrirtæki A og fyrirtæki B eru keppinautar þeirra úr hópi stórfyrirtækja. Markaðshlutur fyrirtækis A bæði á innkaupamarkaði og sölumarkaði er 25%, en markaðshlutur fyrirtækis B 35%. Engar hindranir standa í vegi fyrir því aðrir keppinautar úr hópi smáfyrirtækja myndi einnig með sér innkaupasamtök. Smásölufyrirtækin 150 ná fram umtalsverðum sparnaði með því að láta innkaupasamtökin annast innkaup sín sameiginlega.

Greining: Smásalarnir hafa fremur veika markaðsstöðu á innkaupa- og sölumarkaði. Þá hefur samstarfið nokkra stærðarhagkvæmni í för með sér. Enda þótt smásalarnir nái að sameinast um kostnaðarliðið að mjög verulegu leyti hafa þeir tæplega markaðsstyrk á sölumarkaði sökum þess að fyrirtæki A og B eru þegar starfandi á þeim markaði og eru hvort um sig stærri en sameiginlegu innkaupasamtökin. Af þessum sökum hafa smásalarnir að líkindum ekki tók á að samstillta athafnir sínar og koma á samráðsstöðu. Stofnun sameiginlegra innkaupasamtaka hefur því tæplega samkeppnistakmarkandi afleiðingar í skilningi 1. mgr. 53. gr.

222. Kostnaðarliðir sem fyrirtæki sameinast um og markaðsstyrkur á sölumarkaði

2. dæmi

Staða mála: Tvær stórmarkaðsdejur gera með sér samning um sameiginleg innkaup á vörum sem valda hér um bil 80% alls breytilegs kostnaðar þeirra. Samanlagður markaðshlutur hlutaðeigandi fyrirtækja í hverjum vöruflokki er 25% til 40% á viðkomandi innkaupamörkuðum. Samanlagður markaðshlutur þeirra er 60% á viðkomandi sölumarkaði. Starfandi eru fjögur önnur umsvifamikil smásölufyrirtæki sem hafa hvert um sig 10% markaðshlut. Litlar líkur eru á nýliðun á markaðnum.

Greining: Innkaupasamningurinn sem þessi gæfi fyrirtækjunum, sem að honum standa, að öllum líkindum færi á að samstillta athafnir sínar á sölumarkaði með þeim afleiðingum að samráðsstaða kæmist á. Fyrirtækin hafa markaðsstyrk á sölumarkaði og innkaupasamningurinn hefur í för með sér að þau sameinast um kostnaðarliðið að verulegu leyti. Þá eru litlar líkur á nýliðun á markaðnum. Aðilum samningsins er búinn öflugri hvati til að samstillta athafnir sínar hafi kostnaðaruppygging þeirra verið svipuð þegar áður en samningurinn væri gerður. Við þetta bætist að hafi framlegð fyrirtækjanna verið svipuð eykur það enn frekar hættuna á að samráðsstaða kæmist á. Þá eykur samningurinn hættuna á að minni eftirspurn samningsaðila dragi úr framboði og leiði þannig til verðhækkana á fráliggjandi markaði. Þess vegna má ætla að innkaupasamningurinn hafi samkeppnistakmarkandi afleiðingar í skilningi 1. mgr. 53. gr. Þó að samningurinn muni að öllum líkindum leiða til verulegrar hagræðingar vegna sparnaðarins, sem fram kemur, hefur mikill markaðsstyrkur fyrirtækjanna á sölumarkaði þá afleiðingu að hagræðingin skilar sér tæplega til neytenda í nægilega ríku mæli til þess að vega upp samkeppnistakmarkandi afleiðingar samningsins. Innkaupasamningurinn fullnægir þess vegna tæplega skilyrðum 3. mgr. 53. gr.

223. Aðilar að samningi starfandi á mismunandi markaðssvæðum

3. dæmi

Staða mála: Sex stór smásölufyrirtæki, sem starfa í sínu EES-ríkinu hvert, mynda með sér innkaupahóp í því skyni að kaupa sameiginlega inn ýmsar vörur úr harðhveiti sem seldar eru undir merki framleiðanda. Fyrirtækjunum er heimilt að kaupa inn svipaðar vörumerkjavörur annarra framleiðenda utan marka samstarfsins. Fimm þeirra selja jafnframt svipaðar vörur undir eigin merki. Samanlagður markaðshlutur fyrirtækjanna í innkaupahópnum er hér um bil 22% á viðkomandi innkaupamarkaði, en hann nær til allra EES-ríkja. Á innkaupamarkaði eru starfandi þrjú önnur umsvifamikil fyrirtæki, öll af svipaðri stærð. Fyrirtækin í innkaupahópnum hafa hvert um sig 20%–30% markaðshlut á sölumarkaði í landinu þar sem þau starfa. Ekkert þeirra hefur starfsemi í EES-ríki þar sem annað fyrirtæki í hópnum er starfandi. Fyrirtækin eru ekki hugsanlegir nýliðar hver á annars markaðssvæði.

Greining: Innkaupahópurinn verður nógu öflugur til að keppa við önnur umsvifamikil fyrirtæki sem fyrir eru á innkaupamarkaði. Sölumarkaðirnir eru miklu minni (hvort sem litið er til veltu eða stærðar markaðssvæðisins) en innkaupamarkaðurinn, sem nær til allra EES-ríkja, og sum fyrirtækin í

innkaupahópnum kunna að hafa markaðsstyrk á þeim mörkuðum. Enda þótt samanlagður markaðshluttur fyrirtækjanna í innkaupahópnum sé stærri en 15% á innkaupamarkaði hafa þau að líkindum ekki tók á að samstillta athafnir sínar og hafa samráð á sölumörkuðum þar eð þau eru hvorki né gætu orðið keppinautar á fráliggjandi mörkuðum. Starfsemi innkaupahópsins hefur því tæplega samkeppnistakmarkandi afleiðingar í skilningi 1. mgr. 53. gr.

224. Upplýsingaskipti

4. dæmi

Staða mála: Framleiðslufyrirtæki A, B og C, sem eru keppinautar, fela sjálfstætt reknnum sameiginlegum innkaupasamtökum að annast fyrir sig innkaup á vöru Z, en hún er millivara sem fyrirtækin þrjú nota við framleiðslu á endanlegu vörunni X. Kostnaður við Z er óverulegur kostnaðarliður við framleiðslu X. Sameiginlegu innkaupasamtökin keppa ekki við fyrirtækin á sölumarkaði vöru X. Hvers kyns upplýsingar, sem þörf er á vegna innkaupanna (til dæmis gæðakröfur, magntölur, afgreiðslutímar og hámark sem sett er á innkaupaverð), eru aðeins látnar í té samtökunum, ekki öðrum fyrirtækjum sem eiga aðild að þeim. Sameiginlegu innkaupasamtökin semja við birgja um innkaupaverð. Markaðshluttur fyrirtækja A, B og C er samtals 30% bæði á innkaupamarkaði og sölumarkaði. Þau hafa sex keppinauta á innkaupa- og sölumarkaði og er markaðshluttur tveggja þeirra stærri en 20%.

Greining: Þar eð engin bein upplýsingaskipti eiga sér stað milli fyrirtækjanna er ekki líklegt að upplýsingamiðlunin, sem er nauðsynleg vegna innkaupastarfsemi sameiginlegu innkaupasamtakanna, verði til þess að samráðsstaða komist á. Upplýsingaskiptin hafa því tæplega samkeppnistakmarkandi afleiðingar í skilningi 1. mgr. 53. gr.

6. SAMNINGAR UM MARKAÐSSTARF

6.1. Skilgreining

225. Samningar um markaðsstarf snúast um samstarf keppinauta um sölu, dreifingu eða kynningu á staðkvæmum vörum. Gildissvið samninga af þessu tagi getur verið afar breytilegt eftir því hvaða þættir markaðsstarfsins eru felldir undir samstarfið. Yst á öðrum endanum eru samningar um sameiginlegt sölustarf sem eru þess eðlis að allar viðskiptalegar hliðar á sölu vörunnar, þar á meðal verðið, geta ráðist af sameiginlegri ákvörðun. Yst á hinum endanum eru samningar með þrengra gildissvið sem varða aðeins einn tiltekinn þátt markaðsstarfsins, svo sem dreifingu, eftirþjónustu eða auglýsingar.

226. Dreifingarsamningar eru mikilvægur flokkur viðaminni samninga af þessu tagi. Dreifingarsamningar falla að jafnaði undir ákvæði reglugerðar um hópundanþágur vegna lóðrétttra hamlu og leiðbeinandi reglna um lóðréttar hömlur nema fyrirtækin, sem að samningi standa, séu þegar keppinautar eða gætu orðið það síðar. Ef samningsaðilar eru keppinautar taka ákvæði reglugerðar um hópundanþágur vegna lóðrétttra hamlu til lóðrétttra samninga, sem keppinautar gera með sér og eru ekki gagnkvæmir, ef annað hvort af eftirtöldu á við: a) Birgirinn er framleiðandi og dreifandi vöru, en kaupandinn annast dreifingu en er ekki jafnframt samkeppnisfyrirtæki á stigi framleiðslu. b) Birgirinn selur þjónustu á fleiri en einu stigi viðskipta, en kaupandinn selur vörur eða þjónustu á smásölustigi og keppir ekki um sölu á þjónustu á því stigi viðskipta sem hann kaupir samningsþjónustuna á [94].

227. Ef keppinautar koma sér saman um að annast dreifingu hvor fyrir annan á staðkvæmum vörum (og þá einkum ef það gerist á mismunandi markaðssvæðum) er hugsanlegt að slíkur samningur hafi í vissum tilvikum þann tilgang eða þau áhrif að mörkuðum sé skipt upp milli aðila samningsins eða að hann verði til þess að samráðsstaða komist á. Þetta getur einnig átt við um samninga sem keppinautar gera með sér og eru ekki gagnkvæmir. Hvort sem samningar keppinauta eru gagnkvæmir eða ekki verður fyrst að fara fram mat í samræmi við sjónarmiðin sem lýst er í þessum kafla. Ef niðurstaða þess mats er að í meginatriðum megi una við að keppinautar hafi með sér samstarf á sviði dreifingar verður jafnframt að meta hvaða lóðréttar hömlur slíkir samningar hafa í för með sér. Þessi seinni matsáfangi verður að byggjast á sjónarmiðunum sem lýst er í leiðbeinandi reglum um lóðréttar hömlur.

228. Ennfremur ber að gera greinarmun á samningum, sem fela eingöngu í sér samkomulag fyrirtækjanna um sameiginlegt markaðsstarf, og samningum þar sem markaðsstarfið tengist annarri tegund samstarfs á aðliggjandi markaði, svo sem sameiginlegri framleiðslustarfsemi eða sameiginlegum innkaupum. Í tengslum við greiningu á samningum um markaðsstarf, sem taka til samvinnu á mismunandi stigum viðskipta, er nauðsynlegt að geta skorið úr um hver þungamiðja samvinnunnar er í samræmi við 13. og 14. mgr.

6.2. Viðkomandi markaðir

229. Til þess að geta metið hver samkeppnistengsl aðila samnings eru verður að skilgreina viðkomandi

vörumarkað(i) og markaðssvæði sem samstarfið varðar beint (þ.e. þann markað eða þá markaði sem vörur, sem falla undir samninginn, tilheyra). Þar eð samningur um markaðsstarf á einum markaði getur einnig haft áhrif á samkeppnisathafnir samningsaðila á grenndarmarkaði, sem er nátengdur markaðnum sem samstarfið varðar beint, er einnig nauðsynlegt að skilgreina alla slíka grenndarmarkaði. Tengslin milli grenndarmarkaðarins og markaðarins þar sem samstarfið á sér stað geta verið lárétt eða lóðrétt.

6.3. *Mat á grundvelli 1. mgr. 53. gr.*

6.3.1. *Helstu áhyggjuefni er lúta að samkeppni*

230. Samningar um markaðsstarf geta leitt til takmörkunar á samkeppni á ýmsan hátt. Fyrst er að nefna það sem augljósast er, þ.e. að samningar af þessu tagi geta leitt til verðsamráðs.

231. Í öðru lagi geta samningar um markaðsstarf einnig stuðlað að skertu framboði vegna þess að fyrirtækin, sem að þeim standa, kunna að ákveða sín í milli hversu mikið af vörum skuli setja á markað og minnka þannig framboð.

232. Í þriðja lagi geta samningar um markaðsstarf gefið fyrirtækjunum færi á að skipta upp mörkuðum eða ráðstafa pöntunum eða viðskiptamönnum sín í milli, til dæmis þegar þannig stendur á að þau starfrækja verksmiðjur á mismunandi markaðssvæðum og þegar samningarnir eru gagnkvæmir.

233. Loks geta samningar um markaðsstarf einnig haft í för með sér að fyrirtækin skiptist á upplýsingum um viðskiptaáform, hvort sem þær snúa að atriðum innan eða utan marka samstarfsins, eða að þau sameinist um tiltekna kostnaðarliði – einkum þegar um ræðir samninga sem fela ekki í sér verðsamráð – en það getur leitt til þess að samráðsstaða komist á.

6.3.2. *Samkeppnistakmörkun tilgangur samnings*

234. Verðsamráð er meðal helstu áhyggjuefna er lúta að samkeppni og vaknað geta í tengslum við samninga sem keppinautar gera með sér um markaðsstarf. Tilgangur samninga, sem snúast eingöngu um sameiginlegt sölustarf, er yfirleitt sá að samstillta verðstefnu keppinauta úr hópi framleiðenda eða þjónustuveitenda. Ekki er aðeins hætt á að með slíkum samningum sé komið í veg fyrir samkeppni milli samningsaðila um verð á staðkvæmdarvörum heldur einnig að takmarkað sé hversu mikið af vörum aðilarnir afgreiða í heild gegnum kerfi sem notað er til þess að miðla pöntunum. Samningar af þessu tagi hafa því að öllum líkindum þann tilgang að takmarka samkeppni.

235. Engu breytir um þetta mat þó að samningurinn byggist ekki á einkarétti (þannig að fyrirtækjunum sé frjálst að selja vörurnar hvert um sig utan marka samningsins), ef niðurstaðan er sú að samningurinn muni hafa í för með sér heildarsamhæfingu á verðinu sem fyrirtækin setja upp.

236. Annað áhyggjuefni er lýtur að samkeppni og vaknað getur í tengslum við dreifingarsamninga fyrirtækja sem starfa á mismunandi markaðssvæðum er að slíka samninga má nota til að skipta upp mörkuðum. Ef fyrirtækin nýta sér gagnkvæman dreifingarsamning til þess að losna við samkeppni sem er eða gæti verið fyrir hendi milli þeirra með því að skipta mörkuðum eða viðskiptamannahópum upp að ásettu ráði, er samningurinn að öllum líkindum gerður í þeim tilgangi að takmarka samkeppni. Ef samningurinn er ekki gagnkvæmur er hættan á uppskiptingu markaðarins minni. Engu að síður er nauðsynlegt að meta hvort samningurinn er þess eðlis, enda þótt hann sé ekki gagnkvæmur, að á honum megi byggja samkomulag um að fyrirtækin hefji hvort um sig ekki starfsemi á markaði hins.

6.3.3. *Samkeppnistakmarkandi afleiðingar*

237. Litlar líkur eru að jafnaði til þess að samningur um markaðsstarf veiki áhyggjuefni er lúta að samkeppni ef styðja má málefnalegum rökum að gera verði einu tilteknu fyrirtæki kleift að hefja starfsemi á markaði þar sem það hefði ekki getað náð fótfestu á eigin spýtur eða í samstarfi við þrengri hóp fyrirtækja en eiga í reynd aðild í samstarfinu, til að mynda vegna kostnaðarins sem því hefði fylgt. Sem sérstakt dæmi um hvornig þetta sjónarmið getur átt við má nefna samninga fyrirtækja um að nýta samtakamátt sinn til þess að taka þátt í verkefnum sem þau ættu engan kost á að takast á hendur ein. Þar eð fyrirtæki, sem gera með sér slíkan samning, gætu af þessum sökum ekki orðið keppinautar um viðkomandi verkefni er ekki um að ræða takmörkun á samkeppni í skilningi 1. mgr. 53. gr.

238. Á sama hátt er það ekki tilgangur allra gagnkvæmra dreifingarsamninga að takmarka samkeppni. Sumir slíkir samningar geta þó haft samkeppnistakmarkandi afleiðingar og ræðst það af málsatvikum hverju sinni. Við mat á samningum af þessu tagi skiptir mestu hvort styðja má málefnalegum rökum að samningurinn, sem um ræðir, sé nauðsynlegur til þess að fyrirtækin, sem að honum standa, geti hafði starfsemi hvert á annars markaði. Ef sú er raunin veldur samningurinn engum samkeppnisvandkvæðum með tilliti til láréttra tengsla. Ef samningurinn dregur aftur á móti úr svigrúmi eins fyrirtækjanna til þess að taka sjálfstæða ákvörðun um hvort rétt sé að hefja starfsemi á markaði annarra samningsaðila, með

því að búa þeim minni hvata til þess, hefur hann að öllum líkindum samkeppnistakmarkandi afleiðingar. Sömu röksemdir eiga við um samninga sem eru ekki gagnkvæmir, en hættan á samkeppnistakmarkandi afleiðingum er þó minni.

239. Dreifingarsamningur getur ennfremur haft samkeppnistakmarkandi afleiðingar ef hann hefur í för með sér lóðréttar hömlur, svo sem takmarkanir á óvirku sölustarfi, stýringu endursöluverðs o.s.frv.

Markaðsstyrkur

240. Samningar um markaðsstarf, sem keppinautar gera með sér, geta ekki haft samkeppnistakmarkandi afleiðingar nema samningsaðilar búi yfir markaðsstyrk í einhverjum mæli. Það á við í flestum tilvikum að markaðsstyrkur er tæplega fyrir hendi ef samanlagður markaðshlutur samningsaðila er ekki stærri en 15%. Hvað sem öðru líður má ætla að skilyrðum 3. mgr. 53. gr. sé fullnægt ef samanlagður markaðshlutur er ekki stærri en 15%.

241. Ef samanlagður markaðshlutur aðila samnings er stærri en 15% fellur samningurinn utan öryggismarka 240. mgr. og því verður að meta hvaða áhrif líklegt er að samningurinn um sameiginlegt markaðsstarf muni hafa á markaði.

Samráðsstaða

242. Samningur um sameiginlegt markaðsstarf, sem snýst ekki um verðsamráð, hefur einnig að öllum líkindum samkeppnistakmarkandi afleiðingar ef hann veldur því að samningsaðilar sameinast um breytilega kostnaðarliði í ríkara mæli, eða upp að þeim mörkum að líklegt er að samráðsstaða komist á. Ætla má að þannig standi á í tengslum við samning um sameiginlegt markaðsstarf ef fyrirtækin, sem að honum standa, hafa þegar fyrir gerð samningsins sameinast um verulega hátt hlutfall breytilegra kostnaðarliða, því að liðirnir sem bætast við (þ.e. kostnaðurinn við markaðsstarf vegna varanna sem falla undir samninginn) geta ráðið úrslitum um hvort samráðsstaða kemst á. Á hinn bóginn getur hættan á að samráðsstaða komist á verið mikil ef viðbótarkostnaðurinn er verulegur, jafnvel þótt fáir kostnaðarliðir séu sameiginlegir í upphafi.

243. Líkurnar til þess að samráðsstaða komist á ráðast af markaðsstyrk samningsaðila svo og einkennum viðkomandi markaðar. Þó að samningsaðilar hafi sameinast um marga kostnaðarliði getur það ekki aukið hættuna á að samráðsstaða komist á nema þeir hafi markaðsstyrk og kostnaðurinn við markaðsstarfið nemi stórum hluta breytilegs kostnaðar við viðkomandi vörur. Þetta á ekki við, svo dæmi sé tekið, þegar um ræðir einsleitar vörur þess eðlis að stærsti kostnaðarliðurinn er vegna framleiðslu. Ef kostnaðurinn við markaðsstarfið er sameiginlegur eykur það þó hættuna á að samráðsstaða komist á ef samningurinn um markaðsstarf varðar vörur sem hafa í för með sér kostnaðarsamt markaðsstarf, til dæmis vegna mikils dreifingar- eða markaðskostnaðar. Af þessu leiðir að samningar um sameiginlegt auglýsinga- eða kynningarstarf geta einnig haft samkeppnistakmarkandi afleiðingar ef þessi kostnaður er umtalsverður kostnaðarliður.

244. Í tengslum við sameiginlegt markaðsstarf skiptast aðilar venjulega á viðskiptaupplýsingum sem almennt fara leynt, einkum upplýsingum um markaðsáform og verðlagningu. Flestir samningar um markaðsstarf eru þess eðlis að óhjákvæmilegt er að skiptast á upplýsingum í nokkrum mæli til þess að samningurinn geti komist í framkvæmd. Þess vegna er nauðsynlegt að ganga úr skugga um hvort upplýsingaskiptin geta orðið til þess að samráðsstaða komist á að því er varðar starfsemi fyrirtækjanna innan og utan marka samstarfsins. Hugsanleg óæskileg áhrif upplýsingaskiptanna verða ekki metin sérstaklega heldur með hliðsjón af heildaráhrifum samningsins.

245. Dæmi um þetta er að skiptist aðilar að samningi um sameiginlegt auglýsingastarf á upplýsingum um verðlagningu getur það orðið til þess að samráðsstaða komist á með tilliti til sölu á vörunum sem auglýstar eru sameiginlega. Upplýsingaskipti af því tagi í tengslum við samning um sameiginlegt auglýsingastarf eru hvað sem öðru líður víðtækari en þörf er á til þess að koma slíkum samningi í framkvæmd. Það ræðst af einkennum markaðarins og upplýsingunum, sem skipst er á, hversu líklegt er að upplýsingaskipti í tengslum við samninga um markaðsstarf hafi samkeppnistakmarkandi afleiðingar, og skal mati á þessu hagað með hliðsjón af leiðbeiningunum sem settar eru fram í 2. kafla.

6.4 Mat á grundvelli 3. mgr. 53. gr.

6.4.1. Hagræðing

246. Samningar um markaðsstarf geta haft verulega hagræðingu í för með sér. Það ræðst af því hvers eðlis starfsemin er og hvaða fyrirtæki eiga aðild að samstarfinu til hvaða hagræðis skal litið þegar metið er hvort samningur um markaðsstarf fullnægir skilyrðum 3. mgr. 53. gr. Verðsamráð á að jafnaði ekki rétt á sér nema það teljist nauðsynlegt til þess að samræma aðra þætti markaðssetningarinnar og sýnt sé að sú

sambætting muni hafa verulegt hagræði í för með sér. Í sameiginlegri dreifingarstarfsemi getur stærðar- og samlegðarhagkvæmni leitt til umtalsverðs hagræðis, einkum hjá litlum framleiðendum.

247. Við þetta bætist að hagræðingin má ekki vera fólgin í sparnaði sem rekja má til þess eins að fallið hafi brott kostnaður sem er óhjákvæmilegur í samkeppnisumhverfi, heldur verður hún að stafa af sambættingu atvinnurekstrarins. Ef lækkun flutningskostnaðar er aðeins afleiðing af því hvernig fyrirtæki skipta viðskiptamannahópnum milli sín án þess að nokkur sambætting eigi sér stað í flutnings- og dreifikerfinu getur slíkt því ekki talist hagræðing í skilningi 3. mgr. 53. gr.

248. Aðilar sammings verða að sýna fram á að hann leiði til hagræðingar. Í því tilliti er talið veigamikil að aðilarnir geti lagt að mörkum umtalsverða fjármuni, tæknikunnáttu eða aðrar eignir. Einnig má taka gildan sparnað sem næst fram með því að forðast sem mest að afla tvöfaldrá tilfanga og aðstöðu. Ef sameiginlegt markaðsstarf er aftur á móti ekki fylgið í öðru en rekstri söluskrifstofu án annarrar fjárfestingar má ætla að um sé að ræða samning um dulbúna einokun sem fullnægir sem slíkur tæplega skilyrðum 3. mgr. 53. gr.

6.4.2. Ráðstöfun sé nauðsynleg

249. Skilyrðum 3. mgr. 53. gr. getur ekki talist fullnægt ef samningur um markaðsstarf hefur í för með sér viðtækari takmarkanir en þörf er á til að ná fram hagræðingu í tengslum við hann. Það álítaatriði hvort ráðstöfun sé nauðsynleg skiptir sérstaklega miklu máli að því er varðar samninga sem hafa í för með sér verðsamráð eða markaðsskiptingu, en slíkt getur aðeins talist nauðsynlegt við aðstæður sem teljast til undantekninga.

6.4.3. Hagræðing skili sér til neytenda

250. Hagræðing af völdum nauðsynlegra takmarkana verður að skila sér til neytenda í nægilega ríkum mæli til þess að vega upp hvers kyns samkeppnistakmarkandi afleiðingar viðkomandi sammings um markaðsstarf. Þetta getur gerst með lækkun verðs eða aukinni vöruvöndun eða vörufjölbreytni. Þeim mun meiri sem markaðsstyrkur sammingsaðila er þeim mun minni líkur eru á að hagræðingin skili sér til neytenda í nógu ríkum mæli til þess að vega upp samkeppnistakmarkandi afleiðingar sammingsins. Ef samanlagður markaðshlutur aðilanna er minni en 15% er líklegt að hagræðingin, sem sýna má fram á að samningurinn hafi í för með sér, skili sér til neytenda í nægilega ríkum mæli.

6.4.4. Samkeppni ekki útrýmt

251. Skilyrðum 3. mgr. 53. gr. er ekki fullnægt ef fyrirtæki, sem gert hafa með sér samning, eiga þess kost að útrýma samkeppni að því er varðar viðkomandi vörur að verulegu leyti. Greining á þessu verður að fara fram á þeim viðkomandi markaði sem vörurnar, sem falla undir samstarfið, tilheyra svo og á hugsanlegum smitmörkuðum.

6.5 Dæmi

252. Sameiginlegt markaðsstarf nauðsynlegt til þess að geta hafð starfsemi á tilteknum markaði

1. dæmi

Staða mála: Fjögur fyrirtæki, sem reka þvottahús og starfa í stórborg nálægt landamærum annars EES-ríkis, hafa hvert um sig 3% markaðshlut á þvottahúsamarkaði í borginni. Þau semja sín í milli um að setja á fót sameiginlega markaðsdeild til þess að selja þvottáþjónustu sína stofnunum (þ.e. gistihúsum, sjúkrahúsum og fyrirtækjaskrifstofum) en halda að öðru leyti sjálfstæði í rekstri og frelsi til að keppa um viðskiptamenn úr hópi einstaklinga á sínu starfssvæði. Til þess að geta sinnt þessari nýju eftirspurn (frá stofnunum) koma fyrirtækin sér upp sameiginlegu vörumerki, ákveða verðlagningu í sameiningu og nota sömu staðalskilmála, sem m.a. kveða á um að þvottur skuli afhentur innan 24 stunda og hvaða tímaáætlun skuli fylgt við heimsendingar. Þau stofna sameiginlega símsvörunarþjónustu sem stofnanir geta notað til óska eftir að þvottur verði sóttur og/eða afhentur. Þau ráða móttökufulltrúa (til að starfa við símsvörunarþjónustuna) og nokkra ökumenn. Ennfremur verja þau fé til kaupa á sendibifreiðum og til þess að efla vörumerkið í því skyni að verða meira áberandi á markaðnum. Samningurinn dregur ekki að öllu leyti úr kostnaði hvers fyrirtækis um sig við búnað og aðstöðu (sökum þess að þau halda hvert sínu húsnæði og keppa áfram sín í milli um einstaka viðskiptamenn á sínu starfssvæði) en hann eykur stærðarhagkvæmni í rekstri þeirra og gerir þeim kleift að bjóða öðrum viðskiptamannahópum breiðari þjónustu, m.a. með því að lengja afgreiðslutímann og annast heimsendingar á stærra landsvæði. Til þess að samstarfsverkefnið verði ekki rekið með halla er nauðsynlegt að fyrirtækin fjögur eigi öll aðild að samningnum. Markaðurinn er afar margskiptur og ekkert eitt fyrirtæki úr hópi keppinauta hefur stærra markaðshlut en 15%.

Greining: Enda þótt samanlagður markaðshlutur sammingsaðila sé minni en 15% er hugsanlegt að 1. mgr. 53. gr. eigi við vegna þess að samningurinn snýst meðal annars um verðsamráð. Aftur á móti hefðu aðilarnir

ekki haft bolmagn til að hefja starfsemi á þeim markaði sem nær til þvottþjónustu fyrir stofnanir, hvorki hver í sínu lagi né á grundvelli samstarfs með þátttöku færri fyrirtækja en þeirra fjögurra sem nú hafa gert með sér samning. Samningur af þessu tagi myndi ekki vekja áhyggjuefni er lúta að samkeppni þrátt fyrir hömlurnar sem verðsamráðið hefur í för með sér, enda má í þessu tilviki líta svo á að það sé nauðsynlegt ef gerlegt á að vera að kynna sameiginlega vörumerkið og tryggja að samstarfsverkefnið skili fullnægjandi árangri.

253. Samningur um markaðsstarf með þátttöku fleiri aðila en nauðsynlegt er til að hefja starfsemi á tilteknum markaði

2. dæmi

Staða mála: Sömu málavextir eiga við og í 1. dæmi, 252. mgr., með einu meginfráviki: Nægilegt hefði verið að aðeins þrjú samstarfsaðilanna hefðu gert með sér samning til þess að tryggja framgang verkefnisins (í stað þeirra fjögurra sem eiga aðild að samstarfinu í reynd).

Greining: Enda þótt samanlagður markaðshlutur samningsaðila sé minni en 15% er hugsanlegt að 1. mgr. 53. gr. eigi við vegna þess að samningurinn snýst meðal annars um verðsamráð og hefði getað komist í framkvæmd með þátttöku færri fyrirtækja en fjögurra. Þess vegna er nauðsynlegt að meta samninginn á grundvelli 3. mgr. 53. gr. Samningurinn leiðir til hagræðingar þar eð samningsaðilar geta nú boðið betri og viðtækari þjónustu nýjum viðskiptamannahópi (sem þeir hefðu ekki getað sinnt hver um sig ef samningurinn hefði ekki verið gerður). Með hliðsjón af því að samanlagður markaðshlutur samningsaðila er minni en 15% er líklegt að hvers kyns hagræðing, sem fram kann að koma, skili sér til neytenda í nægilega ríku mæli. Einnig verður að huga að því hvort hömlurnar, sem samningurinn hefur í för með sér, eru nauðsynlegar til þess að ná fram auknu hagræði og hvort samningurinn útrýmir samkeppni. Þegar litið er til þess að tilgangur samningsins er að bjóða nýjum viðskiptamannahópi breiðari þjónustu (m.a. heimsendingu sem var ekki fáanleg áður) undir einu og sama vörumerki og samkvæmt sameiginlegum staðalskilmálum má líta svo á að verðsamráðið sé nauðsynlegt til þess að unnt sé að kynna sameiginlega vörumerkið og tryggja þannig að samstarfsverkefnið takist vel og aukið hagræði náist fram. Við þetta bætist að þegar litið er til þess hversu margskiptur markaðurinn verður ekki talið að samningurinn útrými samkeppni. Þar eð samningsaðilar eru fjórir (en ekki aðeins þrjú eins og nauðsynlegt hefði verið strangt til tekið) er afkastagetan meiri en ella hefði verið og með því móti er auðveldara að koma til móts við eftirspurn nokkurs fjölda stofnana samtímis í samræmi við staðalskilmálana (þ.e. á þann hátt að afhendingarfrestur sé virtur). Hagræðingin nægir að öllum líkindum sem slík til að veða upp takmarkandi áhrif þess að samkeppni milli samningsaðila minnkar og líklegt er að samningurinn fullnægi skilyrðum 3. mgr. 53. gr.

254. Sameiginlegt vefsölukerfi

3. dæmi

Staða mála: Nokkrar litlar sérværslanir, sem starfa viðsvegar í tilteknu EES-ríki, gerast aðilar að rafrænu vefsölukerfi sem er notað til kynningar, sölu og heimsendingar á gjafakörfum með ávöxtum. Samkeppni er með nokkrum vefsölukerfum á markaðnum. Værslanirnar greiða mánaðargjald og skipta þannig með sér kostnaðinum við rekstur sölukerfisins og verja í sameiningu fé til vörumerkjakynningar. Á vefsíðunni bjóðast margar gerðir af gjafakörfum og kaupendur nota hana til þess að panta (og greiða) gjafakörfu af því tagi sem þeir vilja fá afhenta. Þöntuninni er síðan miðlað til þeirrar sérværslunar sem er næst afhendingarstað. Værslunin ber sjálf kostnaðinn af því að setja gjafakörfuna saman og afhenda hana kaupanda. Hún fær í sinn hlut 90% af endanlegu verði, sem er ákveðið í vefsölukerfinu og er hið sama hjá öllum sérværslunum sem eiga aðild að kerfinu, en 10% eru notuð til að standa undir kostnaði við sameiginlegt kynningarstarf svo og rekstrarkostnaði vefsölukerfisins. Að mánaðargjaldinu slepptu eru engar hömlur á því að sérværslanir hvar sem er í landinu öðlist aðild að kerfinu. Sérværslanir, sem hafa komið sér upp eigin vefsetri, geta jafnframt selt gjafakörfur með ávöxtum á netinu undir eigin nafni (og gera það í sumum tilvikum) og geta því keppt sín í milli utan marka samstarfsins. Tryggt er að þeir, sem kaupa ávaxtakörfur gegnum vefsölukerfið, geti fengið þær afhentar samdægurs og þeim er einnig gefinn kostur á að velja hentugan afhendingartíma.

Greining: Enda þótt samningurinn sé ekki viðtækur, enda nær hann aðeins til samstarfs um sölu einnar vörutegundar með tiltekinni markaðssetningaraðferð (þ.e. í vefsölukerfinu) er líklegt að hann sé gerður í þeim tilgangi að takmarka samkeppni þar eð hann snýst meðal annars um verðsamráð. Þess vegna er nauðsynlegt að meta samninginn á grundvelli 3. mgr. 53. gr. Samningurinn hefur í för með sér hagræðingu, svo sem aukið úrval, vandaðri þjónustu og minni leitarkostnað, sem er neytendum til hagsbóta og vegur að öllum líkindum upp hvers kyns samkeppnistakmarkandi afleiðingar samningsins. Með hliðsjón af því að sérværslanirnar, sem taka þátt í samstarfinu, geta eftir sem áður starfað sjálfstætt og keppt sín í milli, bæði á útsölu- og á netinu, má líta svo á að takmörkunin, sem er fólgin í verðsamráðinu, sé nauðsynleg til þess að unnt sé að kynna vöruna (vegna þess að þegar neytendur nota vefsölukerfið til að kaupa gjafakörfur vita þeir ekki hver seljandi körfunnar er og vilja komast hjá því að velja milli margs konar mismunandi verðs) og ná þannig fram hagræðingu. Þar eð ekki er um aðrar takmarkanir að ræða

fullnægir samningurinn skilyrðum 3. mgr. 53. gr. Þá kemur samningurinn ekki í veg fyrir samkeppni vegna þess að í notkun eru önnur vefsölukerfi og samningsaðilar halda áfram að keppa sín í milli, á útsölustöðum sínum eða á netinu.

255. Samrekstrarfélag um sölustarfsemi

4. dæmi

Staða mála: Fyrirtæki A og B, sem eru starfrækt í tveimur mismunandi EES-ríkjum, framleiða hjólbarða á reiðhjól. Samanlagður markaðshlutur þeirra á markaði fyrir slíka hjólbarða á öllu EES-svæðinu er 14%. Fyrirtækin afráða að stofna samrekstrarfélag (sem starfar ekki að fullu sem sjálfstætt félag) um sölustarfsemi til þess að annast markaðssetningu hjólbarðanna gagnvart reiðhjólaframleiðendum og koma sér saman um að selja alla framleiðslu sína gegnum samrekstrarfélagið. Hvor samningsaðili um sig starfrækir áfram eigin framleiðslu- og flutningatæki. Samningsaðilar halda því fram að umtalsverð hagræðing sé að samningnum. Hagræðinguna má fyrst og fremst rekja til meiri stærðarhagkvæmni, getu til að fullnægja kröfum viðskiptamanna, bæði þeirra sem fyrir eru og hugsanlegra nýrra viðskiptamanna, og getu til að standast betur samkeppni vegna innfluttra hjólbarða sem eru framleiddir utan efnahagssvæðisins. Samrekstrarfélagið annast verðsamninga og miðlar pöntunum til þeirrar verksmiðju sem er næst kaupanda til þess að halda flutningskostnaði við afhendingu sem minnstum.

Greining: Samningurinn fellur undir 1. mgr. 53. gr. enda þótt samanlagður markaðshlutur samningsaðila sé minni en 15%. Hann hefur þann tilgang að takmarka samkeppni þar eð hann snýst meðal annars um að samrekstrarfélagið skipti viðskiptamannahópum milli fyrirtækjanna og ákveði verðlagningu. Meint hagræði af samningnum verður ekki rakið til samþættingar atvinnurekstrar eða sameiginlegra fjárfestinga. Samrekstrarfélaginu er ætlað mjög þröngt hlutverk, þ.e. að sjá einungis um að miðla pöntunum til verksmiðja. Hagræðing, sem fram gæti komið, myndi því tæplega skila sér til neytenda í nægilega ríkum mæli til að veða upp samkeppnistakmarkandi afleiðingar samningsins. Skilyrðum 3. mgr. 53. gr. væri þannig ekki fullnægt.

256. Ákvæði í samningi um útvistun þjónustu sem bannar samningsaðilum að taka viðskiptavinum hver frá öðrum

5. dæmi

Staða mála: Fyrirtæki A og B eru keppinautar á sviði ræstingar í atvinnuhúsnæði. Markaðshlutur hvors um sig er 15%. Ýmsir aðrir keppinautar eru starfandi og er markaðshlutur þeirra frá 10 til 15%. Fyrirtæki A hefur tekið þá ákvörðun (einhliða) að einbeita sér framvegis að stórkaupendum þar eð þjónusta við bæði stórkaupendur og smákaupendur hefur reynst krefjast þess að starfsemin sé skipulögð með mismunandi hætti. Af þessum sökum hefur fyrirtæki A afráðið að gera ekki samninga við nýja smákaupendur framvegis. Auk þessa gera fyrirtæki A og B með sér útvistunarsamning sem kveður á um að fyrirtæki B taki að sér beinan rekstur ræstingþjónustu hjá smákaupendum fyrirtækis A (en sá hópur nemur þriðjung af viðskiptamannahópi fyrirtækisins í heild). Fyrirtæki A er jafnframt annað um að glata ekki viðskiptatengslum sínum við þessa smákaupendur. Samningstengsl fyrirtækis A við þennan viðskiptamannahóp verða því látin haldast en beinn rekstur ræstingþjónustunnar verður í höndum fyrirtækis B. Til þess að geta komið útvistunarsamningnum til framkvæmda er óhjákvæmilegt að fyrirtæki A afhendi fyrirtæki B upplýsingar um þá smákaupendur sem samningurinn tekur til. Þar eð fyrirtæki A óttast að fyrirtæki B muni leitast við að taka til sín þessa viðskiptamenn með því að bjóða þeim þjónustuna beint við lægra verði (og ganga þannig framhjá fyrirtæki A) setur fyrirtæki A fram þá kröfu að útvistunarsamningurinn hafi að geyma ákvæði sem bannar aðilum hans að taka viðskiptamenn hver frá öðrum. Samkvæmt því ákvæði er fyrirtæki B óheimilt að leita til smákaupenda, sem útvistunarsamningurinn tekur til, með það í huga að selja þeim þjónustu beint. Að auki koma fyrirtæki A og B sér saman um að fyrirtæki B skuli jafnvel vera óheimilt að selja þessum viðskiptamönnum þjónustu beint ef þeir leita til fyrirtækis B. Án þessa ákvæðis væri fyrirtæki A ekki reiðubúið að gera útvistunarsamning við fyrirtæki B eða nokkurt annað fyrirtæki.

Greining: Útvistunarsamningurinn veldur því að fyrirtæki B getur ekki starfað sem sjálfstæður rekstraradili ræstingþjónustu gagnvart smákaupendum fyrirtækis B sökum þess að þeir geta ekki lengur gert beina samninga við fyrirtæki B. Á hinn bóginn nemur þessi viðskiptamannahópur aðeins þriðjung af viðskiptamannahópi fyrirtækis A, þ.e. 5% markaðarins. Honum verður eftir sem áður fjálfstætt að leita til keppinauta fyrirtækis A og fyrirtækis B, sem ráða 70% markaðarins. Útvistunarsamningurinn gerir fyrirtæki A það ekki hagkvæmt að hækka verð gagnvart þeim viðskiptavinum sem samningurinn tekur til. Þá verður útvistunarsamningurinn tæplega til þess að samráðsstaða komist á þar eð samanlagður markaðshlutur fyrirtækja A og B er aðeins 30% og þau eiga sér ýmsa keppinauta sem ráða álíka stórum markaðshlutum og fyrirtæki A og fyrirtæki B hvort um sig. Við þetta bætist að sá munur, sem er á starfrækslu þjónustu fyrir stórkaupendur og smákaupendur, veldur því að lítil hætta er á smitáhrifum vegna útvistunarsamningsins í tengslum við athafnir fyrirtækis A og fyrirtækis B þegar þau keppa um

stórkaupendur. Útvistunarsamningurinn hefur því tæplega samkeppnistakmarkandi afleiðingar í skilningi 1. mgr. 53. gr.

7. VÖRUSTÖÐLUNARSAMNINGAR

7.1. Skilgreining

Vörustöðlunarsamningar

257. Megintilgangur vörustöðlunarsamninga er að skilgreina tækni- eða gæðakröfur sem skylt er að fylgja að því er varðar núverandi vörur, framleiðsluferla, þjónustu eða aðferðir [95] eða þær sem síðar kunna að koma fram. Vörustöðlunarsamningar geta tekið til ýmissa atriða, svo sem stöðlunar mismunandi gæðaþrepa eða stærða tiltekinnar vöru eða tækniforskrifta fyrir vöru- eða þjónustumarkaði þar sem samrýmanleiki og rekstrarsamhæfi við aðrar vörur eða önnur kerfi skiptir öllu. Þá má líta á það sem staðal þegar settir eru tilteknir skilmálar fyrir því að mega nýta tiltekið gæðamerki eða öðlast viðurkenningu eftirlitsstofnunar. Þessi kafli tekur einnig til samninga sem kveða á um staðla um visthæfi vörutegunda eða framleiðsluferla.

258. Þessar leiðbeinandi reglur taka ekki til vinnu við undirbúning og gerð tækniastaðla sem fram fer í krafti opinberra valdheimilda [96]. Evrópskar staðlastofnanir, sem njóta viðurkenningar samkvæmt gerðinni sem um getur í 1. lið XIX. hluta II. viðauka B með EES-samningnum (tilskipun Evrópuþingsins og ráðsins 98/34/EB frá 22. júní 1998 [97]) sem setur reglur um tilhögun upplýsingaskipta á sviði tækniastaðla og reglugerða sem og reglna um þjónustu í upplýsingasamfélaginu falla undir ákvæði samkeppnisréttar að því leyti sem unnt er að líta á þær sem fyrirtæki eða fyrirtækjasamtök í skilningi 53. og 54. gr.[98]. Þessar leiðbeinandi reglur taka ekki til staðla sem lúta að því hvernig sérfræðiþjónusta er innt af hendi, svo sem reglur um aðild að tiltekinni sérfræðingastétt.

Staðalskilmálar

259. Í vissum atvinnugreinum eru notaðir staðlaðir skilmálar um sölu eða kaup sem samdir hafa verið annaðhvort á vegum atvinnugreinasamtaka eða á vegum sjálfra fyrirtækjanna sem keppa sín í milli („staðalskilmálar“) [99]. Slíkir staðalskilmálar falla undir þessar leiðbeinandi reglur að því leyti sem í þeim er kveðið á um fasta skilmála fyrir sölu eða kaupum á vörum eða þjónustu milli keppinauta og neytenda (en ekki skilmála fyrir sölu eða kaupum milli keppinauta) að því er varðar staðkvæmdarvörur. Þegar notkun slíkra staðalskilmála er útbreidd í tiltekinni atvinnugrein getur það gerst að skilyrðin fyrir því að kaup eða sala geti átt sér stað í greininni séu í reynd að fullu samræmd [100]. Dæmi um greinar, þar sem staðalskilmálar gegna mikilvægu hlutverki, eru bankaðjónusta (t.d. skilmálar um innlánsreikninga) og váttryggingaðjónusta.

260. Staðalskilmálar, sem fyrirtæki semur sjálf og aðeins eru ætlaðir til eigin nota í tengslum við samninga við birgja eða viðskiptamenn, eru ekki láréttir samningar og falla því ekki undir þessar leiðbeinandi reglur.

7.2. Viðkomandi markaðir

261. Áhrif vörustöðlunarsamninga geta komið fram á fjórum mismunandi mörkuðum, og verða þeir skilgreindir í samræmi við ákvæði tilkynningarinnar um markaðsskilgreiningar. Í fyrsta lagi getur stöðlun haft afleiðingar á þeim vöru- eða þjónustumarkaði eða -mörkuðum sem staðallinn eða staðlarnir varða. Þegar stöðlunin tekur til þess hvaða tækniáðferðir ber að nota og viðkomandi hugverkaréttur er ekki seldur með vörunum sem hann varðar getur staðallinn í öðru lagi haft áhrif á viðkomandi tæknimarkaði [101]. Í þriðja lagi geta komið fram áhrif á stöðlunarmarkaðnum ef mismunandi staðlastofnunum eða staðlasamningnum er til að dreifa. Í fjórða lagi getur stöðlun haft áhrif sem snerta prófunar- og vottunarmarkað, þegar slíkur markaður er fyrir hendi.

262. Að því er varðar staðalskilmála koma áhrif þeirra venjulega fram á þeim fráliggjandi markaði þar sem fyrirtækin, sem nota skilmálana, eiga í samkeppni um sölu á vörum sínum til viðskiptamanna.

7.3. Mat á grundvelli 1. mgr. 53. gr.

7.3.1. Helstu áhyggjuefni er lúta að samkeppni

Vörustöðlunarsamningar

263. Vörustöðlunarsamningar hafa venjulega umtalsverð æskileg efnahagsáhrif í för með sér [102], til að mynda með því að efla efnahagssamruna á innra markaðnum og stuðla að þróun nýrra og betri vörutegunda eða markaða og betri afhendingarskilyrðum. Staðlar auka því að jafnaði samkeppni og minnka framleiðslu- og sölukostnað til hagsbóta fyrir efnahagskerfi í heild. Staðla má nota til þess að viðhalda vöruvöndun og auka hana, koma upplýsingum á framfæri og tryggja rekstrarsamhæfi og samrýmanleika (neytendum til

hagsbóta).

264. Stöðlun getur þó einnig haft samkeppnistakmarkandi afleiðingar við tilteknar aðstæður þar eð hugsanlegt er að hún dragi úr verðsamkeppni og hafi takmarkandi eða stýrandi áhrif á framleiðslu, markaði, nýsköpun eða tækniþróun. Þetta getur helst gerst á þrennan hátt, þ.e. með minni verðsamkeppni, útilokun tækniaðferða sem fela í sér nýsköpun og því að tiltekin fyrirtæki búi við útilokun eða mismunun vegna þess að komið er í veg fyrir greið afnot af staðlinum.

265. Fyrst er þess að geta að tækju fyrirtæki upp viðræður um samkeppnishamlandi aðgerðir í tengslum við stöðlun gæti það dregið úr eða útrýmt verðsamkeppni á viðkomandi mörkuðum og stuðlað þannig að samráðsstöðu á markaðnum [103].

266. Í öðru lagi geta staðlar haldið aftur af tækniþróun og nýsköpun ef í þeim eru fölgjar ítarlegar tækniforskriftir fyrir vöru eða þjónustu. Meðan unnið er að mótun staðals getur verið samkeppni um á hvaða tæknilausnum hann skuli byggður. Þegar ein tiltekin tækniaðferð hefur verið valin og staðallinn hefur komist á getur það haft í för með sér aðgangshindranir gagnvart öðrum tækniaðferðum og fyrirtækjum og hugsanlega útilokað slíka tækni og slík fyrirtæki frá markaðnum. Þá getur það haft sömu áhrif ef staðlar fela það í sér að nota verði eina tiltekn tækniaðferð vegna staðalsins eða ef þeir koma í veg fyrir þróun annarra tækniaðferða með því að skylda aðildarfyrirtæki staðlastofnunarinnar til að nota eingöngu tiltekinn staðal. Enn hættara er við að haldið sé aftur af nýsköpun ef eitt eða fleiri fyrirtæki eru útilokuð frá þátttöku í staðlavinnunni án gildrar ástæðu.

267. Í tengslum við staðla, sem eru byggðir á hugverkarétti [104], má gera greinarmun á þremur flokkum fyrirtækja sem hafa mismunandi hagsmuna að gæta í tengslum við stöðlunina [105]. Fyrst er að nefna fyrirtæki sem starfa aðeins á aðliggjandi markaði og sinna eingöngu þróun og sölu á tækniaðferðum. Eini tekjustofn þeirra er vegna sölu nytjaleyfa og hvatinn, sem þeim er búinn, er að fá sem mestar réttahafgreiðslur. Í öðru lagi er um að ræða fyrirtæki sem starfa aðeins á fráliggjandi markaði og hafa eingöngu með höndum vöruframleiðslu eða þjónustu á grundvelli tækni sem aðrir hafa þróað, og eru ekki handhafar hugverkaréttar sem hefur þýðingu í tengslum við þá tækni. Hjá þeim eru réttahafgreiðslur útgjöld, en ekki tekjustofn, og hvatinn, sem þeim er búinn, er að draga úr eða komast hjá slíkum greiðslum. Loks er að nefna fyrirtæki sem starfa á fleiri en einu markaðsstigi og sinna þannig bæði tækniþróun og vörusölu. Þau búa við hvata af mismunandi tagi. Annars vegar geta þau haft tekjur af leyfisgreiðslum fyrir hugverkarétt. Hins vegar geta þau þurft að inna af hendi réttahafgreiðslur til annarra fyrirtækja sem eru eigendur hugverkaréttarins sem er ómissandi í staðlinum. Þess vegna er hugsanlegt að þau semji um leyfavíxlun þannig að þau skipti á eigin ómissandi hugverkarétti og ómissandi hugverkarétti annarra fyrirtækja

268. Stöðlun getur í þriðja lagi haft samkeppnishamlandi afleiðingar með því að koma í veg fyrir að tiltekin fyrirtæki geti nýtt sér niðurstöður staðlavinnunnar með greiðum hætti (þ.e. forskriftina og/eða þann ómissandi hugverkarétt sem þörf er á til að geta beitt staðlinum). Ef fyrirtæki er annaðhvort meinað með öllu að nýta sér niðurstöður staðlavinnunnar, eða aðeins með skilmálum sem eru óaðgengilegir eða fela í sér mismunun, er hætt við samkeppnishamlandi afleiðingum. Ef notast er við kerfi þar sem strax í upphafi er greint frá því hvaða hugverkaréttur getur hugsanlega haft þýðingu getur það aukið líkurnar til þess að fyrirtækjum verði veittur greiður aðgangur að staðlinum enda geta þátttakendur þá áttað sig á því hvaða tækniaðferðir falla undir hugverkaréttinn og hverjar ekki. Með því móti geta þeir bæði tekið tillit til þeirra áhrifa sem niðurstöður staðalsins geta hugsanlega haft á endanlegt verð (til dæmis er sennilegt að unnt sé að bjóða betra endanlegt verð með því að velja tækniaðferð sem er ekki háð hugverkarétti) og gengið úr skugga um það hjá réttahafa hvort hann væri reiðubúinn að selja nytjaleyfi fyrir hugverkaréttinum ef tækniaðferð hans væri felld undir staðalinn.

269. Markmiðin að baki löggjöf um hugverkarétt og samkeppnislöggjöf eru hin sömu [106], þ.e. að ýta undir nýsköpun og efla hag neytenda. Hugverkaréttur stuðlar að þróttmikilli samkeppni með því að hvetja fyrirtæki til að verja fé til þróunar nýrra eða endurbættra vörutegunda og framleiðsluáferða. Hugverkaréttur er því að jafnaði samkeppnisörvandi. Einmitt vegna hugverkaréttarins gæti handhafi slíks réttar, sem er ómissandi við beitingu staðals, þó einnig náð stjórn á notkun staðalsins í gegnum staðlavinnuna. Ef staðallinn er orðinn að aðgangshindrun gæti fyrirtækið þannig stýrt vöru- eða þjónustumarkaðnum sem staðallinn varðar. Þetta gæti svo opnað fyrirtækjum leið til samkeppnishamlandi háttsemi, til dæmis á þann hátt að þau héldu notendum „í gíslingu“ eftir upptöku staðalsins, annaðhvort með því að neita að selja nytjaleyfi fyrir hinum nauðsynlega hugverkarétti eða með því að innheimta ofurhált afgjald á grundvelli óhóflegra [107] réttahafgjalda og koma þannig í veg fyrir greið afnot af staðlinum. Jafnvel þótt upptaka staðals geti orðið til þess að réttahafar hugverkaréttar sem er ómissandi í staðlinum, öðlist markaðsstyrk eða að markaðsstyrkur þeirra aukist gefur það þó ekki ástæðu til að ætla að þau eiga eða nýta sér slíkan hugverkarétt jafngildi því að hafa eða nýta sér markaðsstyrk. Álitafni um markaðsstyrk verða aðeins leyst með mati á hverju einstöku tilviki.

Staðalskilmálar

270. Staðalskilmálar geta haft samkeppnistakmarkandi afleiðingar með því að draga úr vöruvali og nýsköpun. Ef mörg fyrirtæki í tiltekinni atvinnugrein taka upp staðalskilmálana og fara þá leið að víkja ekki frá þeim í einstökum tilvikum (eða aðeins í undantekningartilvikum þegar við mikinn kaupandastyrk er að eiga) kunna viðskiptamenn þeirra að eiga þann kost einan að samþykkja skilyrði staðalskilmálanna. Á hinn bóginn er ekki líklegt að hætta sé á minna vöruvali og nýsköpun nema beinlínis sé kveðið á um notkunarvið endanlegu vörunnar í staðalskilmálunum. Þegar um ræðir hefðbundnar neysluvörur halda staðalskilmálar um sölu venjulega hvorki aftur af nýsköpun í tengslum við sjálfa vöruna né vöruvöndun og vöruþjófþreytni.

271. Við þetta bætist að efni staðalskilmálanna getur verið með þeim hætti að þeir hafi áhrif á markaðsmöguleika endanlegu vörunnar. Einkum er mjög hætt við að staðalskilmálar, sem lúta að verðlagningu, geti takmarkað verðsamkeppni.

272. Ef notkun staðalskilmálanna verður almenn venja í greininni getur aðgangur að þeim jafnframt orðið nauðsynlegur til þess að nýtt fyrirtæki geti hafið starfsemi á markaðnum. Í slíkum tilvikum er hugsanlegt að sé fyrirtækjum meinað að nota staðalskilmálana leiði það til samkeppnishamlandi útilokunar. Að því tilskildu að öllum, sem svo kjósa, sé í reynd heimilt að nota staðalskilmálana valda þeir tæplega samkeppnishamlandi útilokun.

7.3.2. Samkeppnistakmörkun tilgangur samnings

Vörustöðlunarsamningar

273. Ef samningar eru byggðir á því að nota staðal sem einn þátt í viðtækari samkeppnistakmarkandi samningi, sem gerður er til þess að útiloka starfandi eða nýja keppinauta, teljast þeir gerðir í þeim tilgangi að takmarka samkeppni. Í þennan flokk myndi til dæmis falla samningur landssamtaka framleiðenda um að taka upp staðal og leggja fast að utanaðkomandi aðilum að markaðsfæra ekki vörur sem samræmast ekki staðlinum, svo og samningur framleiðenda leiðandi vöru um að leyfa ekki að þegar gildandi staðall taki tillit til nýrrar tækniáferðar [108].

274. Ef samningar miðast að því að draga úr samkeppni með því að nota upplýsingagjöf fyrir upptöku staðals um mest hamlandi leyfisskilmála, sem í gildi eru, sem yfirvarp til þess að geta haft samráð um verðlagningu annaðhvort á vörum á fráliggjandi markaði eða staðkvæmum hugverkarétti eða tækniáferð teljast þeir gerðir í þeim tilgangi að takmarka samkeppni [109].

Staðalskilmálar

275. Ef samningar eru byggðir á því að nota staðalskilmála sem einn þátt í viðtækari samkeppnistakmarkandi samningi, sem gerður er til þess að útiloka starfandi eða nýja keppinauta, teljast þeir einnig gerðir í þeim tilgangi að takmarka samkeppni. Dæmi um þetta gæti verið ef atvinnugreinasamtök heimila ekki nýju fyrirtæki á markaði að nota staðalskilmála sína og þannig stendur á að óhjákvæmilegt er að nota þá til að festa sig í sessi á markaðnum.

276. Ef staðalskilmálar hafa að geyma ákvæði sem hafa í för með sér beina stýringu á verðinu sem viðskiptamenn eru krafðir um (þ.e. leiðbeinandi verði, afsláttarkjörum o.s.frv.) verður tilgangur þeirra að teljast sá að takmarka samkeppni.

7.3.3. Samkeppnistakmarkandi afleiðingar

Vörustöðlunarsamningar

Samningar sem takmarka að jafnaði ekki samkeppni

277. Ef vörustöðlunarsamningar eru ekki gerðir í þeim tilgangi að takmarka samkeppni verður að fara fram greining á þeim áhrifum sem þeir hafa eða gætu haft á samkeppni með hliðsjón af ríkjandi laga- og efnahagsumhverfi. Ef ekki er um markaðsstyrk að ræða [110] getur vörustöðlunarsamningur ekki haft samkeppnistakmarkandi afleiðingar. Líkurnar á slíkum áhrifum eru því afar litlar þegar þannig stendur á að raunhæf samkeppni er milli nokkurra mismunandi, valkvæðra staðla.

278. Að því er varðar stöðlunarsamninga sem fela í sér hættu á markaðsstyrk er lýst í 280.–286. mgr. tilteknum skilyrðum sem fullnægja þarf til þess að slíkir samningar teljist að jafnaði ekki falla undir 1. mgr. 53. gr.

279. Enda þótt eitthvað skorti á að einhverri eða öllum meginreglnanna í þessum undirkafla hafi verið fylgt nægir það ekki til að álykta að fyrir hendi sé takmörkun á samkeppni samkvæmt 1. mgr. 53. gr. Við þær aðstæður verða fyrirtækin hins vegar að taka það til eigin mats hvort samningurinn fellur undir ákvæði

1. mgr. 53. gr., og sé svo hvort skilyrðum 3. mgr. sömu greinar er fullnægt. Í þessu tilliti er viðurkennt að fara má mismunandi leiðir við stöðlun og að samkeppni innan þessara leiða og milli þeirra er æskilegur eiginleiki markaðshagkerfis. Staðlastofnunum er því að öllu leyti frjálst að koma sér upp reglum og vinnuaðferðum sem brjóta ekki gegn samkeppnisreglum, þótt frábrugðnar séu þeim sem lýst er í 280.–286. mgr.

280. Ef því eru engin takmörk sett hverjir geta tekið þátt í staðlavinnu og vinnubrögð við upptöku viðkomandi staðals eru gagnsæ hafa vörustöðlunarsamningar að jafnaði ekki í för með sér takmörkun á samkeppni í skilningi 1. mgr. 53. gr. ef ekki er skylt samkvæmt þeim að fylgja [111] staðlinum og skilyrði fyrir því að nýta sér staðalinn eru sanngjörn, eðlileg og mismununarlaus.

281. Hér á einkum við að til þess að tryggja að þátttaka sé ekki takmörkuð verður að vera tryggt samkvæmt reglum staðlastofnunarinnar að allir keppinautar á þeim markaði eða þeim mörkuðum, sem staðallinn varðar, geti tekið þátt í ferlinu sem leiðir til þess að tiltekinn staðall er valinn. Þá verður staðlastofnunin að viðhafa málefnaleg og mismununarlaus vinnubrögð við úthlutun atkvæðaréttar svo og, eftir því sem við á, að beita málefnalegum sjónarmiðum við ákvörðun á því hvaða tæknaðferðir skuli felldar undir staðalinn.

282. Að því er varðar gagnsæi verður hlutaðeigandi staðlastofnun að notast við aðferðir sem gera haghöfum kleift að kynna sér greiðlega hvers kyns staðlavinnu, hvort sem hún á undirbúningsstigi, yfirstandandi eða frágengin, með góðum fyrirvara og á hverju stigi staðlaþróunarinnar.

283. Reglur staðlastofnunarinnar þurfa jafnframt að tryggja að fyrirtæki hafi greið afnot af staðlinum samkvæmt sanngjörnum, eðlilegum og mismununarlausum skilmálum [112].

284. Þegar um ræðir staðal sem er háður hugverkarétti eykur skýr og málefnaleg hugverkaréttarstefna [113], sem löguð hefur verið að viðkomandi atvinnugrein og þörfum hlutaðeigandi staðlastofnunar, líkurnar til þess að fyrirtæki, sem beita staðlinum, hafi greið afnot af stöðlum sem samdir eru á vegum þeirrar staðlastofnunar.

285. Til þess að tryggja að fyrirtæki hafi greið afnot af staðlinum verður hugverkaréttarstefnan að fela í sér að þátttakendum, sem vilja fella hugverkarétt sinn undir staðalinn, sé skylt að skuldbinda sig til þess skriflega og óafturkallanlega að selja hverjum þriðja aðila, sem vera skal, nytjaleyfi fyrir ómissandi hugverkarétti sínum á sanngjörnum, eðlilegum og mismununarlausum skilmálum (svokölluð „SEM“-skuldbinding) [114]. Ganga ber frá þessari skuldbindingu áður en staðallinn er tekinn upp. Þá þarf hugverkaréttarstefnan að gefa réttihöfum kost á að halda tilteknum tæknaðferðum utan staðlavinnunnar og þar með utan þeirrar skuldbindingar að selja nytjaleyfi, að því tilskildu að þetta gerist snemma á þróunarstigi staðalsins. Til þess að tryggja fullnægjandi árangur af SEM-skuldbindingunni verður einnig að skylda alla réttihafa hugverkaréttar, sem taka þátt í staðlavinnunni og leggja fram slíka skuldbindingu, til að tryggja að skuldbindingin taki einnig til hvers þess fyrirtækis sem réttihafi afhendir hugverkaréttinn (þar á meðal réttinn til að selja nytjaleyfi fyrir honum), til dæmis með ákvæði þess efnis í samningi kaupanda og seljanda.

286. Hugverkaréttarstefnan verður jafnframt að skylda þátttakendur til að gera grein fyrir því eftir bestu vitund hvaða hugverkaréttur kann að vera ómissandi vegna beitingar staðalsins sem unnið er að. Fyrirtæki í greininni geta þá valið milli tæknaðferða með upplýstum hætti og þannig er stuðlað að því markmiði að greið afnot séu af staðlinum. Upplýsingaskylda af þessu tagi getur miðast við að upplýsingar séu afhentar jafnóðum og vinnu við staðalinn vindur fram og að eðlilegt kapp sé lagt á að greina hvaða hugverkaréttur tengist staðlinum sem unnið er að [115]. Þá er nægilegt að þátttakandi lýsi yfir að hann eigi að öllum líkindum hugverkarétt sé að ræða eða hvaða umsóknir um vernd hugverkaréttar hafi verið lagðar fram). Þar eð minni hættu er á að ekki verði veittur greiður aðgangur þegar um ræðir staðlastofnun, sem gefur út staðla án þess að krefjast réttthafagreidslna, skiptir upplýsingagjöf um hugverkarétt ekki máli í því samhengi.

SEM-skuldbindingar

287. SEM-skuldbindingum er ætlað að tryggja að tæknaðferðir, sem njóta verndar ómissandi hugverkaréttar og felldar eru inn í staðal, séu aðgengilegar notendum þess staðals með sanngjörnum, eðlilegum og mismununarlausum skilmálum. SEM-skuldbindingar geta einkum nýst til að koma í veg fyrir að réttihafar geri öðrum erfit um vik að beita staðlinum með því að neita að selja nytjaleyfi eða með því að krefjast ósanngjarnra eða óeðlilegra réttthafagreidslna (með öðrum orðum óhóflega hárra greidslna) eftir að fyrirtækjum í greininni hefur verið gert óhjákvæmilegt að nota staðalinn, eða með því að viðhafa mismunun við innheimtu réttthafagjalda.

288. Þó að staðlastofnuninni sé skylt að fullnægja ákvæðum 53. gr. fylgir því ekki skylda til að ganga úr skugga um að leyfisskilmálar þátttakenda samræmist SEM-skuldbindingunni. Þátttakendur verða

sjálfir að meta hvort leyfisskilmálarir, einkum uppsett gjöld, samræmist SEM-skuldbindingunni. Þegar þátttakendur ákveða hvort rétt sé að fallast á SEM-skuldbindingu vegna tiltekins hugverkaréttar verða þeir því að reyna að sjá fyrir afleiðingar slíkrar skuldbindingar, einkum að því er varðar frelsi þeirra til að ákveða leyfisgjöldin sjálfir.

289. Komi til ágreinings verður mat á því hvort gjöld, sem innheimt eru fyrir aðgang að hugverkarétti í tengslum við staðlavinnu, séu ósanngjörn eða óeðlileg að miðast við það hvort gjöldin séu í eðlilegu samhengi við efnahagsvirði hugverkaréttarins [116]. Almenn á litið eru ýmsar aðferðir tiltækar til að meta þetta. Aðferðir sem byggjast á kostnaði eru í meginatriðum óhentugar í þessu samhengi vegna þess hversu erfitt er að meta hversu mikinn kostnað skuli heimfæra á þróun tiltekins einkaleyfis eða safns einkaleyfa. Þess í stað er hugsanlegt að bera megi leyfisgjöld, sem viðkomandi fyrirtæki innheimtir fyrir einkaleyfin sem um ræðir í samkeppnisumhverfi, þ.e. áður en fyrirtækjum í greininni hefur verið gert óhjákvæmilegt að nota staðallinn og leyfisgjöld sem innheimt eru eftir að svo er orðið. Hér er gert ráð fyrir að slíkur samanburður geti átt sér stað á samræmdan og áreiðanlegan hátt [117].

290. Önnur aðferð væri að fá óháðan sérfræðing til að meta hvort málefnalegt geti talist að telja hugverkaréttinn, sem um ræðir, ómissandi höfuðatriði í staðlinum sem um ræðir. Í viðeigandi máli er einnig hugsanlegt að vísa megi til fyrirframgefina upplýsinga um leyfisskilmála í tengslum við tiltekna staðlavinnu. Einnig hér er gert ráð fyrir að slíkur samanburður geti átt sér stað á samræmdan og áreiðanlegan hátt. Réttahafgjald, sem innheimt er vegna sama hugverkaréttar í tengslum við aðra sambærilega staðla, getur einnig verið vísbending um hversu hátt réttahafgjald megi innheimta þegar um SEM-skuldbindingu er að ræða. Í þessum leiðbeinandi reglum verður ekki reynt að gefa tæmandi upptalningu á heppilegum aðferðum til að meta hvort réttahafgjöld séu óeðlilega há.

291. Aftur á móti ber að taka sérstaklega fram að ekkert í þessum leiðbeinandi reglum hindrar að aðilar leysi úr ágreiningi um fjárhæð réttahafgjalda, sem lúta SEM-skuldbindingu, með því að vísa honum til almennra dómstóla eða viðskiptadómstóla sem lögsögu hafa í málinu.

Mat á vörustöðlunarsamningum með tilliti til áhrifanna af þeim

292. Við mat á einstökum vörustöðlunarsamningum verður að taka tillit til þeirra áhrifa sem líklegt er að staðallinn hafi á viðkomandi markaði. Sjónarmiðin, sem lýst er hér á eftir, gilda um alla vörustöðlunarsamninga sem víkja frá meginreglunum í 280.–286. mgr.

293. Mat á því hvort vörustöðlunarsamningur telst geta haft samkeppnistakmarkandi afleiðingar getur ráðist af því hvort aðildarfyrirtæki staðlastofnunarinnar hafa eftir sem áður frelsi til að þróa aðra staðla eða vörur sem samræmast ekki staðlinum sem um hefur samist [118]. Dæmi um þetta er að geri samningurinn aðildarfyrirtækjunum skylt að framleiða vörur einvörðungu í samræmi við staðallinn eykur það umtalsvert hættuna á óæskilegum áhrifum á samkeppni og getur við tiltekna aðstæður leitt til þess að samningurinn teljist gerður í þeim tilgangi að takmarka samkeppni [119]. Á sama hátt eru minni líkur á að áhyggjuefni er lúta að samkeppni vakni í tengslum við staðla sem taka aðeins til aukatriða eða einstakra hluta endanlegu vörunnar en þegar um viðtækari staðla er að ræða.

294. Mat á því hvort samningurinn takmarkar samkeppni snýst einnig að verulegu leyti um not af staðlinum. Ef niðurstöður staðalsins (þ.e. forskriftin að því hvernig ná megi samræmi við staðallinn og, ef við á, hugverkarétturinn sem er ómissandi til þess að unnt sé að beita staðlinum) eru alls ekki aðgengilegar aðildarfyrirtækjum eða utanaðkomandi (þ.e. þeim sem eiga ekki aðild að viðkomandi staðlastofnun), eða aðeins með skilmálum sem byggjast á mismunum getur það haft í för með sér mismunum, útilokun fyrirtækja eða uppskiptingu markaða eftir landsvæðum og takmarkar þannig að öllum líkindum samkeppni. Ef samkeppni ríkir milli nokkurra mismunandi staðla, eða raunhæf samkeppni er milli stöðluðu lausnarinnar og annarra lausna sem eru ekki staðlaðar, er aftur á móti óvíst að skert afnot hafi samkeppnistakmarkandi afleiðingar.

295. Ef þátttaka í staðlavinnunni er frjáls í þeim skilningi að allir keppinautar (og/eða hagsmunaaðilar) á markaðnum, sem staðallinn tekur til, geta tekið þátt í að velja og semja staðallinn dregur það úr hættunni á samkeppnistakmarkandi afleiðingum með því að tiltekin fyrirtæki eru ekki útilokuð frá því að hafa áhrif á val og samningu staðalsins [120]. Því meiri sem líkleg markaðsáhrif staðalsins eru og því viðtækara sem gildissvið hans getur hugsanlega verið þeim mun mikilvægara er að öllum sé heimill sami aðgangur að staðlavinnunni. Ef aftur á móti er ljóst af málsvikum að samkeppni er milli nokkurra slíkra staðla og staðlastofnana (og enga nauðsyn ber til að öll fyrirtæki í greininni beiti sömu stöðlum) er hugsanlegt að staðallinn hafi ekki samkeppnistakmarkandi afleiðingar. Við þetta bætist að hefði ekki verið unnt að taka upp staðallinn án þess að takmarka fjölda þátttakenda er ólíklegt að samningurinn hafi nokkrar samkeppnistakmarkandi afleiðingar í skilningi 1. mgr. 53. gr. [121]. Við tiltekna aðstæður getur verið unnt að sneiða hjá óæskilegum áhrifum, sem takmörkun þátttöku getur haft, eða milda þau að minnsta kosti, með því að sjá til þess að allir haghafar fái upplýsingar um vinnuna sem stendur yfir og tækifæri til að segja

álit sitt á því [122]. Því meira gagnsæis sem gætt er við upptöku staðalsins þeim mun fremur má ætla að tekið hafi verið tillit til hagsmuna allra haghafa í fullgerðum staðli.

296. Við mat á áhrifum vörustöðlunarsamnings ber að hafa hliðsjón af markaðshlutum varanna eða þjónustunnar sem styðjast við staðalinn. Hugsanlegt er að ekki sé ávallt unnt að meta af neinu öryggi snemma í ferlinu hvort mörg fyrirtæki í viðkomandi atvinnugrein muni í reynd taka upp staðalinn eða hvort hann muni aðeins verða staðall sem fáein fyrirtæki í greininni nota. Í mörgum tilvikum mætti nota viðeigandi markaðshluti fyrirtækjanna, sem tekið hafa þátt í þróun staðalsins, sem staðgöngugildi líklegs markaðshlutar staðalsins (þar eð ætla má að fyrirtækin, sem eiga hlut að upptöku staðalsins, hafi oftast hag af því að beita honum) [123]. Sökum þess að árangurinn af vörustöðlunarsamningum er oft í réttu hlutfalli við þann fjölda fyrirtækja í greininni sem tekið hefur þátt í að koma staðlinum upp og/eða beita honum leiðir mikil markaðshlutdeild aðilanna á þeim markaði eða þeim mörkuðum sem staðallinn tekur til þó ekki óhjákvæmilega til þeirrar niðurstöðu að staðallinn hafi að öllum líkindum samkeppnistakmarkandi afleiðingar.

297. Hver sá vörustöðlunarsamningur, sem felur í sér greinilega mismunun gagnvart (núverandi eða hugsanlegu) þáttökufyrirtæki, gæti haft samkeppnistakmörkun í för með sér. Dæmi um þetta er að útiloki staðlastofnun sérstaklega fyrirtæki sem starfa aðeins á aðliggjandi markaði (þ.e. fyrirtæki sem starfa ekki á fráliggjandi framleiðslumarkaði) getur það valdið útilokun tækniaðferða sem kunna að vera betri.

298. Að því er varðar vörustöðlunarsamninga, sem byggjast á öðrum aðferðum við að upplýsa um hugverkarétt en þeim sem lýst er í 286. mgr., verður að meta í hverju einstöku tilviki hvort aðferðin sem um ræðir (sem gæti til dæmis miðast við að hvetja til upplýsingagjafar um hugverkaréttinn án þess að gera hana að skyldu) tryggir greið not af staðlinum. Með öðrum orðum verður að meta hvort við þær tilteknu aðstæður sem um ræðir geri aðferðin við að upplýsa um hugverkaréttinn það í reynd ekki ógerlegt að velja milli tækniaðferða og hugverkaréttar sem þeim tengist.

299. Loks er þess að geta að sé kveðið á um það í vörustöðlunarsamningum að upplýsa skuli fyrirfram um mest hamlandi leyfisskilmála sem í gildi eru hafa slíkir samningar að jafnaði ekki í för með sér takmörkun á samkeppni í skilningi 1. mgr. 53. gr. Í þessu tilliti er mikilvægt að þeir, sem taka þátt í að velja staðal, hafi allar upplýsingar ekki aðeins um fyrirliggjandi valkosti í tæknilegum efnum og hugverkarétt sem þeim tengist, heldur einnig líklegan kostnað við þann hugverkarétt. Þess vegna gildir að byggist hugverkaréttarstefna staðlastofnunar á því að skylda hvern og einn rétthafa til að upplýsa um mest hamlandi leyfisskilmála sína, meðal annars hæstu rétthafagjöld sem þeir myndu taka, áður en staðallinn er tekinn upp hefur slíkt að jafnaði ekki í för með sér takmörkun á samkeppni í skilningi 1. mgr. 53. gr. [124]. Með því að fyrirtæki upplýsi á þennan hátt fyrirfram um mest hamlandi leyfisskilmála sína opnast staðlastofnuninni leið til að taka ákvörðun með upplýstum hætti á grundvelli kosta og ókosta mismunandi tæknilausna, ekki aðeins með tilliti til tækniaðferðanna sjálfra heldur einnig með hliðsjón af verðlagningu.

Staðalskilmálar

300. Upptöku og beitingu staðalskilmála verður að meta í viðeigandi efnahagssamhengi og með hliðsjón af aðstæðum á viðkomandi markaði til þess að skera úr um hvort líklegt sé að staðalskilmálarnir, sem um ræðir, hafi samkeppnistakmarkandi afleiðingar.

301. Að því tilskildu að engar hömlur séu á þátttöku keppinauta á viðkomandi markaði í sjálfrí mótun staðalskilmálanna (annaðhvort þannig að þeir geti átt aðild að atvinnugreinasamtökunum eða tekið beinan þátt í gerð staðalsins) og staðalskilmálarnir, sem teknir eru upp, séu valkvæðir og allir hafi greiðan aðgang að þeim hafa slíkir samningar tæplega samkeppnistakmarkandi afleiðingar (sbr. þó fyrirvarana sem lýst er í 303., 304., 305. og 307. mgr.).

302. Ef greiður aðgangur er að staðalskilmálum um sölu á vörum eða þjónustu til neytenda og þeir eru valkvæðir (og með þeim fyrirvara að þeir hafi engin áhrif á verð) hafa þeir þannig almennt ekki samkeppnistakmarkandi afleiðingar sökum þess að þeir hafa tæplega óæskileg áhrif á vöruvöndun, vöruval eða nýsköpun. Frá þessu eru þó tvær almennar undantekningar sem krefjast ítarlegra mats.

303. Annars vegar getur það gerst að sé í staðalskilmálum um sölu á vörum eða þjónustu til neytenda kveðið á um notkunarvið vörunnar sem seld er viðskiptamanni, og þess vegna aukið á hættuna á þrengra vöruvali, getur það haft samkeppnistakmarkandi afleiðingar í skilningi 1. mgr. 53. gr. ef líklegt virðist að beiting skilmálanna verði svo almenn að það leiði í reynd til samræmingar skilmála. Þetta getur gerst þegar notkun staðalskilmálanna breiðist út og dregur í reynd úr nýsköpun og vöruvali. Dæmi um þetta er þegar staðalskilmálar í váttryggingasamningum skerða í raun frelsi viðskiptamanns til að velja hver skuli vera meginatriði samningsins, svo sem hvaða grunnáhætta er tryggð. Jafnvel þótt ekki sé skylt að nota staðalskilmálana er hugsanlegt að þeir grafi undan þeim hvötum sem keppinautar búa við til að keppa á grundvelli vörujölbreytni.

304. Við mat á því hvort hætt sé við að staðalskilmálar hafi samkeppnistakmarkandi afleiðingar með því að skerða vöruval ber að hafa hliðsjón af þáttum á borð við hversu mikil samkeppni er á markaðnum. Ef margir litlir keppinautar eru starfandi getur hættan á skertu vöruvali til að mynda virst minni en ef keppinautarnir eru fáir og stórir [125]. Markaðshlutur fyrirtækjanna, sem taka þátt í að semja staðalskilmálanna, gæti einnig verið vísbending um hversu líklegt sé að staðalskilmálarnir verði teknir upp eða um líkurnar til þess að þeir komist í notkun hjá stórum hluta fyrirtækja á markaðnum. Í þessu tilliti nægir þó ekki að greina líkurnar fyrir því að staðalskilmálarnir, sem samdir hafa verið, komist í notkun hjá stórum hluta fyrirtækja á markaðnum heldur þarf einnig að huga að því hvort skilmálarnir taka aðeins til hluta vörunnar eða vörunnar allrar (því þrengra sem gildissvið staðalskilmálanna er þeim mun minni líkur eru á að þeir skerði vöruvali þegar á heildina er litið). Við þetta bætist að þegar þannig stendur á að án staðalskilmálanna hefði ekki verið unnt að bjóða tiltekna vöru til sölu má ætla að þeir hafi engin samkeppnistakmarkandi afleiðingar í skilningi 1. mgr. 53. gr. Við þær aðstæður leiðir upptaka staðalskilmálanna til þess að vöruval eykst fremur en að það skerðist.

305. Hins vegar getur það gerst, jafnvel þótt í staðalskilmálunum sé ekki kveðið á um hvert notkunar svið endanlegu vörunnar skuli vera, að þeir séu af öðrum ástæðum ráðandi þáttur í viðskiptunum. Dæmi um þetta gæti verið netverslun þar sem öllu skiptir að byggja upp traust viðskiptamanna til fyrirtækisins (til dæmis með notkun örugggra greiðslukerfa, réttri lýsingu á vörunum, skýrri og gagnsærri verðlagningarstefnu, sveigjanlegum reglum um vöruskil o.s.frv.). Þar eð viðskiptamenn geta átt erfitt með að meta alla þessa þætti með fullnægjandi hætti hallast þeir gjarnan að þeim viðskiptaháttum sem algengastir eru og staðalskilmálar, sem taka til þessara þátta, geta því orðið að raunstaðli sem stjórnendur fyrirtækja verða að fylgja til þess að geta selt vöru á viðkomandi markaði. Enda þótt slíkir staðalskilmálar séu valkvæðir gegna þeir þá í reynd hlutverki staðals sem hefur afar svipuð áhrif og bindandi staðall og verður þá að greina þau áhrif í samræmi við það.

306. Ef gert hefur verið skylt að nota staðalskilmála verður að meta afleiðingar þess að því er varðar vöruvöndun, vöruþjónbreytni og nýsköpun (einkum ef öllum fyrirtækjum á markaðnum er skylt að nota þá).

307. Við þetta bætist að hafi staðalskilmálar (bindandi eða valkvæðir) einhver þau ákvæði að geyma sem líklegt er að hafi óæskileg áhrif á verðsamkeppni (til að mynda um afslætti sem heimilt er að veita) hafa þeir að öllum líkindum samkeppnistakmarkandi afleiðingar í skilningi 1. mgr. 53. gr.

7.4. Mat á grundvelli 3. mgr. 53. gr.

7.4.1. Hagræðing

Vörustöðlunarsamningar

308. Vörustöðlunarsamningar hafa oft verulega hagræðingu í för með sér. Dæmi um þetta er að taki staðlar til alls Evrópska efnahagssvæðisins geta þeir ýtt undir markaðssamruna og gert fyrirtækjum kleift að markaðsfæra vöru sínar og þjónustu í öllum EES-ríkjunum, en á þann hátt býðst neytendum aukin vöruval og lægra verð. Staðlar, sem koma á tæknilegu rekstrarsamhæfi og samrýmanleika, ýta oft undir samkeppni sem hvílir á ólíkum kostum tækniáferða mismunandi fyrirtækja, og nýtast þannig til að vinna gegn bindingu við einn tiltekinn birgi. Þá geta staðlar dregið úr viðskiptakostnaði seljenda og kaupenda. Staðlar á borð við þá sem lúta að gæðum, öryggi og vishæfi vöru geta einnig auðveldað neytendum vöruval og leitt til framleiðslu á meiri gæðavöru. Staðlar hafa einnig mikilvægu hlutverki að gegna í tengslum við nýsköpun. Þeir geta stýtt þann tíma sem það tekur að koma nýrri tækniáferð á markað og ýtt undir nýsköpun með því að gera fyrirtækjum kleift að byggja vinnu sína á viðurkenndum lausnum.

309. Til þess að ná fram hagræðingu af þessu tagi í tengslum við vörustöðlunarsamninga verða fyrirtæki, sem vilja hefja starfsemi á markaðnum, að hafa greiðan aðgang að þeim upplýsingum sem eru nauðsynlegar til að geta beitt staðlinum [126].

310. Útbreiðslu staðals má styrkja með merkjum eða einkennistáknum sem votta samræmi við staðalinn og færa viðskiptamönnum vissu um að honum hafi verið fylgt. Með samningum um prófanir og vottun er gengið lengra en nauðsynlegt er til að ná því meginmarkmiði að skilgreina staðalinn og telst þá að jafnaði rétt að greina þá frá sem sérstakan samning og markað.

311. Þó að greining áhrifa á nýsköpun verði að miðast við hvert einstakt tilvik má telja líklegt að staðlar, sem snúast um að ná fram láréttum samrýmanleika milli mismunandi tæknilausna, hafi hagræðingu í för með sér.

Staðalskilmálar

312. Notkun staðalskilmála getur fylgt efnahagslegur ávinningur, til að mynda sá að auðveldara verði fyrir viðskiptamenn að bera saman skilyrði sem boðin eru og þannig sé greitt fyrir því að þeir færi viðskipti sín milli

fyrirtækja. Staðalskilmálar kunna einnig að hafa í för með sér hagræðingu vegna minni viðskiptakostnaðar og í sumum greinum geta þeir greitt fyrir nýliðun á markaðnum (einkum þegar samningarnir hafa að geyma flókin lagaákvæði). Þá geta staðalskilmálar aukið réttarvissu samningsaðilanna.

313. Því fleiri keppinautar sem starfandi eru á markaðnum þeim mun meiri hagræðing fylgir því að greiða fyrir samamburði á þeim skilyrðum sem boðin eru.

7.4.2. Ráðstöfun sé nauðsynleg

314. Skilyrðum 3. mgr. 53. gr. getur ekki talist fullnægt ef vörustöðlunarsamningur eða staðalskilmálar hafa í för með sér viðtækari takmarkanir en þörf er á til að ná fram hagræðingu í tengslum við þá.

Vörustöðlunarsamningar

315. Við mat á einstökum vörustöðlunarsamningum verður að taka tillit til þeirra áhrifa sem líklegt er að samningurinn hafi á viðkomandi markaði, annars vegar, og hins vegar hvort takmarkanir, sem af honum leiðir, eru hugsanlega viðtækari en þörf er á til þess að ná fram hagræðingu [127].

316. Að jafnaði ber að heimila öllum þeim keppinautum að taka þátt í staðlavinnunni sem starfa á þeim markaði eða þeim mörkuðum sem staðallinn varðar, nema samningsaðilar sýni fram á að verulegt óhagræði fylgi slíkri þátttöku eða viðurkenndum aðferðum hafi verið komið upp til þess að taka fullnægjandi tillit til mismunandi hagsmuna [128].

317. Þeirri almennu reglu skal fylgt að vörustöðlunarsamningar taki ekki til fleiri atriða en nauðsynlegt er til að ná settum markmiðum, hvort sem þar er um að ræða tæknilegt rekstrarsamhæfi og samrýmanleika eða tiltekið gæðastig. Þegar þannig stendur á að það hefði í för með sér ávinning fyrir neytendur eða efnahagslífið í heild ef unnt væri að sameinast um eina tæknilausn verður að semja slíkan staðal með tilliti til þess að forðast mismunun. Við vissar aðstæður getur meiri hagræðing fylgt stöðlum sem gera ekki upp á milli tækniáferða. Ef staðkvæmur hugverkaréttur [129] er gerður að ómissandi þætti tiltekins staðals en notendur staðalsins jafnframt neyddir til að greiða fyrir umfangsmeiri hugverkarétt en nauðsynlegt er af tæknilegum ástæðum er með því gengið lengra en þörf er á til að ná fram hagræðingunni sem kostur er talinn á. Hið sama á við ef staðkvæmur hugverkaréttur er gerður að ómissandi þætti tiltekins staðals og notkun þeirrar tækniáferðar jafnframt takmörkuð við þann staðal (þ.e. notkun hennar bönnuð í öðru samhengi), en slík ákvæði geta hamlað samkeppni milli tækniáferða og eru ekki nauðsynleg til að ná fram hagræðinu sem kostur er talinn á.

318. Takmarkandi ákvæði í vörustöðlunarsamningi, sem gera staðalinn bindandi og notkun hans að skyldu í viðkomandi atvinnugrein, teljast í meginatriðum ekki nauðsynleg.

319. Með svipuðum hætti á við að sé kveðið á um það í vörustöðlunarsamningum að tiltekna stofnanir hafi einar úrskurðarvald um hvort staðlinum hafi verið fylgt er með því gengið lengra en þörf er á vegna þess meginmarkmiðs að skilgreina staðalinn og geta slík ákvæði einnig takmarkað samkeppni. Þó getur talist rétt að veita slíkan einkarétt tímabundið, til dæmis í þeim tilgangi að endurheimta stofnkostnað sem er mjög hár [130]. Þegar þannig stendur á þarf vörustöðlunarsamningurinn að hafa að geyma fullnægjandi ákvæði til að draga úr hættunni sem samkeppni getur stafað af einkaréttinum. Þessi ákvæði verða meðal annars að lúta að gjaldinu sem tekið er fyrir vottun, en það þarf að vera hóflegt og í réttu hlutfalli við kostnaðinn við að sannreyna að staðlinum hafi verið fylgt.

Staðalskilmálar

320. Það á að jafnaði ekki rétt á sér að gera staðalskilmála bindandi og gera fyrirtækjum í viðkomandi grein eða aðildarfyrirtækjum atvinnugreinasamtakanna, sem sömdu skilmálana, skylt að nota þá. Hins vegar er ekki unnt að útiloka að í vissum tilvikum geti verið nauðsynlegt að gera staðalskilmála bindandi til þess að ná megi fram hagræðingu í tengslum við þá.

7.4.3. Hagræðing skili sér til neytenda

Vörustöðlunarsamningar

321. Hagræðing af völdum nauðsynlegra takmarkana verður að skila sér til neytenda í nægilega ríkum mæli til þess að vega upp samkeppnistakmarkandi afleiðingar vörustöðlunarsamnings eða staðalskilmála. Við greiningu á því hvort hagræðingin muni skila sér til neytenda skiptir meðal annars máli að stuðst sé við fullnægjandi vinnubrögð til þess að verja hagsmunum þeirra sem nota staðalinn svo og neytenda. Ef staðlar greiða fyrir tæknilegu rekstrarsamhæfi og samrýmanleika eða stuðla að samkeppni milli nýrrar vöru, þjónustu og framleiðsluáferðar og þeirra sem fyrir eru gefur það tilefni til að álykta að viðkomandi

staðall hafi í för með sér ávinning fyrir neytendur.

Staðalskilmálar

322. Eftir því sem markaðshlutar fyrirtækjanna eru stærri og staðalskilmálarnir fá meiri útbreiðslu er bæði hættara við samkeppnistakmarkandi afleiðingum og líklegra að hagræðing komi fram. Þess vegna er ógerlegt að tilgreina almennt nokkur „öryggismörk“ þess eðlis að innan þeirra sé engin hætta á samkeppnistakmarkandi afleiðingum eða tilefni sé til að álykta að hagræðingin muni skila sér til neytenda í nægilega ríkum mæli til þess að veða upp hvers kyns samkeppnistakmarkandi afleiðingar.

323. Haggræðing, sem fram kemur í tengslum við staðalskilmála, er þó í sumum tilvikum þess eðlis að hún hlýtur að vera neytendum í hag, og má þar nefna hagræðið af því að geta betur borið saman það sem er í boði á markaðnum, að auðveldara verður að færa viðskipti milli seljenda og að ákvæði staðalskilmálanna auka réttarvissu. Að því er varðar aðra hagræðingu sem komið getur fram, svo sem lægri viðskiptakostnað, verður að meta í hverju tilviki fyrir sig og með hliðsjón af efnahagsumhverfinu hvort líklegt sé að hún muni skila sér til neytenda.

7.4.4. Samkeppni ekki útrýmt

324. Niðurstaða um það hvort aðilar vörustöðlunarsamnings muni geta nýtt hann til þess að útrýma samkeppni ræðst af því hvaðan samkeppni sprettur á markaðnum, samkeppnisaðhaldinu sem samningsaðilarnir búa við af þeim sökum og áhrifum samningsins á það. Þó að markaðshlutar hvers fyrirtækis hafi nokkra þýðingu í tengslum við þá greiningu er ekki unnt að meta með vísan til markaðshlutar eingöngu hversu mikið vægi aðrar uppsprettur núverandi samkeppni hafa nema þegar þannig stendur á að tiltekinn staðall nær útbreiðslu sem raunstaðall í viðkomandi atvinnugrein [131]. Í síðarnefnda tilvikinu kann samkeppni að verða útrýmt ef utanaðkomandi fyrirtækjum er gert ókleift að hafa greið not af staðlinum. Staðalskilmálar, sem flest fyrirtæki í greininni nota, geta orðið að raunstaðli í greininni og sömu áhyggjuefni eiga því við þar. Ef staðallinn eða staðalskilmálarnir varða aðeins tiltölulega lítinn hluta vörunnar eða þjónustunnar er þó ólíklegt að samkeppni verði útrýmt.

7.5. Dæmi

325. Útgáfa staðla sem keppinautar geta ekki fullnægt

1. dæmi

Staða mála: Staðlastofnun semur og birtir öryggisstaðla sem eru mikið notaðir í viðkomandi atvinnugrein. Flestir keppinautar í greininni taka þátt í samningu staðalsins. Áður en staðallinn kemur út hefur nýtt fyrirtæki á markaðnum þróað vöru sem er jafngild eldri vörum, í tæknilegum skilningi og þegar litid er til virkni, og hefur fengið viðurkenningu tækninefndar staðlastofnunarinnar. Tækniforskriftir öryggisstaðalsins eru hins vegar gerðar þannig úr garði, án þess að það helgist af málefnalegum ástæðum, að hvorki þessi vara né nokkur önnur ný vara getur fullnægt staðlinum.

Greining: Ætla má að vörustöðlunarsamningur af þessu tagi hafi samkeppnistakmarkandi afleiðingar í skilningi 1. mgr. 53. gr. og fullnægi tæplega skilyrðum 3. mgr. sömu greinar. Aðildarfyrirtæki staðlastofnunarinnar hafa gert staðalinn þannig úr garði, án þess að það helgist af málefnalegum ástæðum, að vörur keppinauta þeirra, sem byggðar eru á öðrum tæknilausnum, geta ekki fullnægt honum enda þótt þær séu ekki síður vandaðar. Afleiðing þessa staðals, sem hefur ekki verið saminn með tilliti til þess að forðast mismunun, verður því sú að skerða eða koma í veg fyrir nýsköpun og vörufjölbreytni. Staðall, sem saminn er með þessum hætti, hefur tæplega meiri hagræðingu í för með sér en hlutlaus staðall.

326. Staðall sem er valkvæður og gagnsær og nær til stórs hluta markaðarins

2. dæmi

Staða mála: Ýmsir framleiðendur almennra rafeindataekja, sem hafa hver um sig allstóran markaðshlut, koma sér saman um að semja nýjan staðal fyrir vöru sem ætlað er að taka við af DVD-diskinum.

Greining: Að því tilskildu a) að framleiðendunum sé eftir sem áður frjálst að framleiða aðrar nýjar vörur sem samræmast ekki nýja staðlinum, b) að engar hömlur séu á því hverjir geta tekið þátt í að semja staðalinn og að gagnsæi ríki að því leyti og c) að vörustöðlunarsamningurinn takmarki ekki samkeppni á annan hátt er tæplega brotið gegn 1. mgr. 53. gr. Hafi aðildarfyrirtækin komið sér saman um að framleiða einvörðungu vörur sem samræmast nýja staðlinum má ætla að samningurinn haldi aftur af tækniþróun, dragi úr nýsköpun og komi í veg fyrir að aðildarfyrirtækin selji aðrar vörur, og hafi þannig samkeppnistakmarkandi afleiðingar í skilningi 1. mgr. 53. gr.

327. Vörustöðlunarsamningur án upplýsingagjafar um hugverkarétt

3. dæmi

Staða mála: Einkarekin staðlastofnun, sem annast stöðlun á sviði upplýsinga- og fjarskiptatækni, hefur hugverkaréttarstefnu sem hvorki gerir rétthöfum skylt né hvetur þá til að upplýsa um hugverkarétt sem gæti verið ómissandi fyrir væntanlegan staðal. Staðlastofnunin ákvað gagnert að gera slíkt ekki að skyldu, einkum með hliðsjón af því að almennt á litið falla allar tækniáðferðir, sem hugsanlega gætu haft þýðingu í tengslum við væntanlegan staðal, undir hugverkarétt margra réttshafa. Staðlastofnunin leit því svo á að annars vegar myndi skylda til að upplýsa um hugverkarétt ekki hafa þann ávinning að þátttakendur gætu valið lausn sem krefðist lítillar eða enngar greiðslu fyrir hugverkarétt og hins vegar myndi hún leiða til aukins kostnaðar vegna þess að nauðsynlegt væri að greina hvort hugverkarétturinn gæti verið ómissandi fyrir væntanlegan staðal. Samkvæmt hugverkaréttarstefnu staðlastofnunarinnar verða öll aðildarfyrirtæki þó að skuldbinda sig til að selja nytjaleyfi vegna alls hugverkaréttar, sem hugsanlega yrði tengdur væntanlegum staðli, í samræmi við SEM-skilmála. Samkvæmt hugverkaréttarstefnunni er heimilt að veita undanþágu frá þessu ef réttshafi vill halda tilteknum hugverkarétti utan almennrar skuldbindingar til að gefa út nytjaleyfi. Í þessari tilteknu atvinnugrein eru starfandi nokkrar einkareknar staðlastofnanir sem keppa sín í milli. Öllum fyrirtækjum í greininni er heimil þátttaka í starfi staðlastofnunarinnar.

Greining: Skylda til að upplýsa um hugverkarétt gæti í mörgum tilvikum verið samkeppnisörvandi með því að ýta fyrirfram undir samkeppni milli mismunandi tækniáðferða. Almennt á litið gerir slík skylda aðildarfyrirtækjum staðlastofnunar kleift að taka tillit til þess í hversu ríkum mæli tiltekin tækniáðferð er háð hugverkarétti, þegar val stendur milli mismunandi tækniáðferða, (eða jafnvel að velja tækniáðferð sem enginn hugverkaréttur tekur til). Það hefur oft bein áhrif á kostnaðinn við að nýta sér staðallinn hversu margvíslegum hugverkarétti tiltekin tækniáðferð er háð. Í samhenginu, sem hér um ræðir, virðast allar tiltækar tækniáðferðir þó falla undir hugverkarétt, stundum jafnvel margvíslegan. Þess vegna myndi upplýsingagjöf um hugverkarétt ekki hafa þau æskilegu áhrif að gera aðildarfyrirtækjunum kleift að taka tillit til umfangs hugverkaréttar við val á tækniáðferð þar að telja má víst, hvaða tækniáðferð sem valin verður, að hún sé háð hugverkarétti. Upplýsingagjöf um hugverkarétt myndi tæplega stuðla að því að tryggja greið afnot af staðlinum og við þær aðstæður, sem hér er lýst, eru slík afnot tryggð nægilega vel með þeirri almennu skuldbindingu að selja nytjaleyfi samkvæmt SEM-skilmálum fyrir hvers kyns hugverkarétti sem gæti haft þýðingu fyrir væntanlegan staðal. Skylda til að upplýsa um hugverkarétt gæti þvert á móti valdið þátttakendum auknum kostnaði í þessu samhengi. Séu ekki gefnar upplýsingar um hugverkarétt gæti það við þessar aðstæður einnig leitt til þess að staðallinn verði tekinn upp fyrr en ella, og það gæti skipt miklu ef samkeppni er milli nokkurra staðlastofnana. Af þessu leiðir að samningurinn hefur tæplega neikvæð áhrif á samkeppni í skilningi 1. mgr. 53. gr.

328. Staðlar á sviði váttryggingastarfsemi

4. dæmi

Staða mála: Fulltrúar nokkurra váttryggingafélaga hittast til þess að koma sér saman um valkvæða staðla um uppsetningu öryggisbúnaðar af tilteknu tagi (þ.e. ihluta og tækja sem ætlað er að hindra tjón og draga úr afleiðingum tjóns, svo og kerfa sem sett eru saman úr slíkum hlutum). Þessir valkvæðu staðlar váttryggingafélaganna a) eru teknir upp til þess að bregðast við tiltekinni þörf og til þess að gera áhættustjórnun váttryggjenda auðveldari og gera þeim kleift að bjóða iðgjöld sem samræmast áhættunni í hverju tilvikum, b) eru bornir undir þá sem annast uppsetningu (eða fulltrúa þeirra) og skoðanir þeirra eru hafðar til hliðsjónar við endanlegan frágang staðlanna, c) eru birtir á sérstökum stað á vefsetri hlutaðeigandi samtaka váttryggjenda til þess að allir þeir sem vinna við uppsetninguna og aðrir, sem hagsmuna eiga að gæta, geti nálgast þá auðveldlega.

Greining: Við setningu þessara staðla er fylgt gagnsæju vinnuferli með þátttöku þeirra sem hagsmuna eiga að gæta. Þar að auki er öllum, sem þess óska, gert kleift að nálgast niðurstöðurnar á eðlilegum og mismununarlausum kjörum. Með þeim fyrirvara að staðallinn hafi ekki óæskileg áhrif á fráliggjandi markaði (til dæmis þannig að sumir þeirra, sem annast uppsetningu, séu útilokaðir með afar sértækum og órökstuddum kröfum um uppsetningu) hefur hann tæplega samkeppnistakmarkandi afleiðingar. Jafnvel þótt staðlarnir hafi samkeppnistakmarkandi afleiðingar er ekki annað að sjá en skilyrðum 3. mgr. 53. gr. væri fullnægt í slíkum tilvikum. Staðlarnir myndu auðvelda váttryggjendum að greina í hversu ríkum mæli slík uppsetningarkerfi draga úr viðkomandi hættu og koma í veg fyrir tap til þess að þeir geti stýrt áhættu sinni og boðið iðgjöld sem samræmast áhættunni. Með áður nefndum fyrirvara um fráliggjandi markað hefðu þeir einnig í för með sér meira hagræði fyrir þá sem annast uppsetningu, þar eð nægilegt væri að fylgja einum stöðlum fyrir öll váttryggingafélög í stað þess að sæta prófunum hvers félags um sig sérstaklega. Þá gætu þeir gert neytendum það auðveldara að flytja sig milli tryggingafélaga. Að auki gætu þeir verið til hagsbóta litlum váttryggjendum sem hafa ekki bolmagn til að stunda prófanir sjálfir. Að því er varðar önnur skilyrði 3. mgr. 53. gr. er svo að sjá að ekki sé gengið lengra með valkvæðum stöðlum en þörf er á til að ná fram hagræðingunni sem um ræðir, að ávinningurinn muni skila sér til neytenda (og jafnvel sé um að ræða beinar hagsbætur fyrir neytendur) og að takmarkanirnar hafi ekki í för með sér að samkeppni verði útrýmt.

329. Umhverfisstaðlar

5. dæmi

Staða mála: Nær allir framleiðendur þvottavéla koma sér saman um það, fyrir tilstuðlan opinbers stjórnvalds, að hætta framleiðslu á vörum sem fylgja ekki tilteknum umhverfsviðmiðum (til að mynda um orkunýtingu). Aðilar samkomulagsins ráða í sameiningu 90% markaðarins. Vörurnar, teknar verða af markaði, standa undir umtalsverðum hluta seldrar vöru í heild. Í þeirra stað verður hafin framleiðsla á vörum sem eru visthæfari en jafnframt dýrari. Samningurinn dregur jafnframt óbeint úr framleiðslu fyrirtækja sem standa utan samningsins (til dæmis rafveitna og fyrirtækja sem selja íhluti í vörurnar sem teknar verða af markaði). Hefði samningurinn ekki komið til hefðu aðilar hans ekki beint framleiðslu sinni og markaðsstarfi að visthæfari vörum.

Greining: Samkvæmt samningnum ráða aðilar hans áfram eigin framleiðslu og hann tekur til verulegs hluta seldrar vöru og heildarframleiðslu, en jafnframt dregur hann úr framleiðslu fyrirtækja sem eiga ekki aðild að honum. Vöruþjölbreytni, sem ræðst að hluta af umhverfiseiginleikum vörunnar, minnkar og verð hækkar að öllum líkindum. Samningurinn hefur því að öllum líkindum samkeppnistakmarkandi afleiðingar í skilningi 1. mgr. 53. gr. Afskipti opinbera stjórnvaldsins hafa ekki þýðingu um þetta mat. Á hinn bóginn hvílir framleiðsla nýrri og visthæfari vara á fullkonnari tækni og þeim fylgir ómagnbundið hagræði sem stafar af því að neytendur hafa fleiri þvottakerfi til ráðstöfunar. Kaupendur þvottavélanna ná jafnframt fram sparnaði vegna minni rekstrarkostnaðar sem leiðir af minni notkun á vatni, raforku og þvottaefni. Þessi sparnaður kemur fram á öðrum mörkuðum en viðkomandi markaði samningsins. Engu að síður má taka tillit til hans vegna þess að tengsl eru milli markaðanna þar sem fram koma annars vegar samkeppnistakmarkandi afleiðingar og hins vegar hagræðing og að þeir, sem sæta takmörkunum, og þeir, sem njóta hagræðingarinnar, eru í meginatriðum einn og sami neytendahópurinn. Haggræðingin vegur upp hvers kyns samkeppnistakmarkandi afleiðingar aukins kostnaðar. Sýnt er að því fylgir meiri óvissa og meiri kostnaður að velja aðrar leiðir en samninginn til þess að ná fram sama heildarávinningi. Völ er ýmissa tæknilegra leiða við þvottavélaframleiðslu sem ekki eru aðildarfyrirtækjunum ofviða fjárhagslega og samræmast þeim umhverfiseiginleikum sem um hefur samist, og samkeppni verður áfram milli fyrirtækjanna um aðra eiginleika vörunnar. Skilyrðum 3. mgr. 53. gr. virðist því fullnægt.

330. Stöðlun að undirlagi hins opinbera

6. dæmi

Staða mála: Til þess að bregðast við niðurstöðum rannsókna á æskilegu hlutfalli fitu í tilteknum unnum matvörum, sem fram hafa farið á vegum ríkisrekinnar hugsmiðju í einu EES-ríkjanna, koma nokkrir helstu framleiðendur slíkra unninna matvara í sama EES-ríki sér saman um það, með formlegum viðræðum á vegum atvinnugreinasamtaka, að gefa út ráðleggingar um fituhlutfall í vörunum. Samanlögð sala aðildarfyrirtækjanna nemur 70% af sölu á þessum vörum í EES-ríkinu. Hugsmiðjan hyggst styðja framtak fyrirtækjanna með auglýsingaátaki á landsvísu til þess að vekja athygli á hætunni sem stafað getur af háu fituhlutfalli í unnum matvörum.

Greining: Enda þótt reglurnar um fituhlutföll séu tilmæli og því valkvæðar er sennilegt að allir framleiðendur unninnar matvöru í EES-ríkinu muni fylgja tilmælunum um fituhlutföll vegna hinnar miklu kynningar sem auglýsingaátaki í öllu landinu hefur í för með sér. Þess vegna má ætla að þessi hlutföll verði hæstu fituhlutföll sem tíðkast í reynd í unnum matvörum. Af þeim sökum gæti dregið úr því vöruvali sem neytendum stendur til boða á mörkuðunum. Hins vegar geta aðildarfyrirtækin áfram keppt sín í milli á grundvelli ýmissa annarra eiginleika varanna og má þar nefna verð, pakkastærð, vöruvöndun, bragð, hlutfall annarra næringarefna og salts, jafnvægi innihaldsefna og vörumerki. Við þetta bætist að samkeppni að því er varðar fituhlutföll í vörunum getur aukist ef aðildarfyrirtækin leitast við að bjóða vörur með sem lægstu fituhlutfalli. Samningurinn hefur því tæplega samkeppnistakmarkandi afleiðingar í skilningi 1. mgr. 53. gr.

331. Opnir staðlar fyrir vöruumbúðir

7. dæmi

Staða mála: Helstu framleiðendur tiltekinna neysluvöru sem einkennist af hraðri veltu og seld er á markaði með mikilli samkeppni í einu EES-ríkjanna – svo og framleiðendur og dreifendur í öðrum EES-ríkjum sem selja vöruna til þessa EES-ríkis („innflytjendur“) – semja um það við helstu umbúðabirgja að hafa frumkvæði að þróun og útbreiðslu valkvæðs staðals um stærð og lögun umbúða utan um vöruna eins og hún er seld í EES-ríkinu. Sem stendur er mikil fjölbreytni í stærð og efni umbúða bæði innan hvers EES-ríkis og milli ríkjanna. Þetta tengist því að umbúðakostnaður er ekki stór hluti af heildarkostnaði við framleiðsluna og að umbúðaframleiðendur hafa óverulegan kostnað af því að skipta um umbúðategund.

Evrópustaðall um umbúðir af þessu tagi hefur hvorki verið saminn né undirbúinn. Aðilar sammingsins hafa gert hann með sér að eigin frumkvæði til þess að bregðast við þrýstingi frá stjórnvöldum í EES-ríkjunum um að fullnægja markmiðum á sviði umhverfisverndar. Samanlögð sala framleiðenda og innflytjenda nemur 85% af sölu á vörunni í EES-ríkinu. Framtakið mun verða til þess að varan verði seld í aðeins einni pakkningastærð í EES-ríkinu og minnka þannig umbúðanotkun, draga úr þörf á hillurými, lækka flutnings- og þökkunarkostnað og auka umhverfisvernd vegna minni umbúðaúrgangs. Endurvinnslukostnaður framleiðenda lækkar sömuleiðis. Í staðlinum er ekki tekið fram að nota beri tilteknar tegundir umbúðaefnis. Framleiðendur og innflytjendur hafa komið sér saman um forskriftirnar í staðlinum á opinn og gagnsæjan hátt og drög að þeim hafa verið birt til opinbers samráðs á vefsetri á vegum greinarinnar með góðum fyrirvara. Endanlegar forskriftir eru einnig birtar á vefsetri atvinnugreinasamtaka sem hugsanlegir nýliðar á markaðnum hafa fullan aðgang að, jafnvel þótt þeir eigi ekki aðild að samtökunum.

Greining: Enda þótt ákvæði sammingsins séu valkvæð má ætla að notkun staðalsins verði almenn venja í greininni vegna þess að aðildarfyrirtækin ráða í sameiningu stórum hluta markaðar þessarar vöru í EES-ríkinu og stjórnvöld leggja einnig að smásölum að minnka umbúðaúrgang. Fræðilegar líkur eru á að samningurinn leiði sem slíkur til aðgangshindrana og valdi samkeppnishamlandi útilokun fyrirtækja á markaði í EES-ríkinu. Þetta er hætta sem einkum snýr að innflytjendum vörunnar sem um ræðir, enda geta þeir þurft að endurpakka vörunni til þess að fullnægja raunstaðlinum og geta selt vöruna í EES-ríkinu ef umbúðastærðir í öðrum EES-ríkjum samsvara ekki því sem kveðið er á um í staðlinum. Umtalsverðra aðgangshindrana og útilokunar verður þó tæplega vart í reynd sökum þess: a) að ákvæði sammingsins eru valkvæð, b) að staðallinn er niðurstaða af opnu og gagnsæju samráði við helstu innflytjendur, c) að lítill kostnaður fylgir því að skipta um umbúðir og d) nýliðar á markaðnum, innflytjendur og allir umbúðabirgjar hafa aðgang að tæknilegum atriðum staðalsins. Hér skiptir mestu að innflytjendum mun hafa verið kunnugt um hugsanlegar breytingar á umbúðareglunum frá því að fyrst var farið að ræða þær og að í tengslum við opið samráð um staðaldrögin hefur þeim gefist kostur á að koma sjónarmiðum sínum á framfæri áður en staðallinn var samþykktur endanlega. Þess vegna er hugsanlegt að samningurinn hafi ekki samkeppnistakmarkandi afleiðingar í skilningi 1. mgr. 53. gr.

Hvað sem öðru líður er sennilegt að skilyrðum 3. mgr. 53. gr. væri fullnægt ef þannig stæði á: i) samningurinn hefur í för með sér mælanlegt hagræði sem er fólgið í lægri flutnings- og umbúðakostnaði, ii) ríkjandi samkeppnisaðstæður á markaðnum eru með þeim hætti að sparnaðurinn skilar sér að líkindum til neytenda, iii) takmarkanir vegna sammingsins eru aðeins af því tagi sem teljast nauðsynlegar til þess að ná fram stöðlun umbúðanna og þær hafa tæplega veruleg útilokunaráhrif og iv) ekki er um það að ræða að samkeppni verði útrýmt að því er varðar verulegan hluta viðkomandi vörutegunda.

332. Lokaðir staðlar fyrir vöruumbúðir

8. dæmi

Staða mála: Staða mála er hin sama og í 7. dæmi nema að því leyti að staðallinn er aðeins á vegum þeirra framleiðenda vörunnar, sem einkennist af hraðri veltu, sem starfa í EES-ríkinu (en þeir ráða 65% af sölu á vörunni í því ríki), ekki var eftir til opins samráðs um forskriftirnar sem teknar voru upp (en þar á meðal eru ítarleg ákvæði um gerð umbúðaefnis) og forskriftir valkvæða staðalsins eru ekki birtar opinberlega. Þetta leiddi til þess að kostnaður framleiðenda í öðrum EES-ríkjum við að skipta um umbúðir varð hærri en kostnaður framleiðenda innanlands.

Greining: Svipað því sem átti við í 7. dæmi, sjá 331. mgr., er afar sennilegt, enda þótt ákvæði sammingsins séu valkvæð, að hann breytist í raunstaðal sem verður almenn venja í greininni því að stjórnvöld leggja einnig að smásölum að minnka umbúðaúrgang og framleiðendur í landinu ráða 65% allrar sölu á vörunni í EES-ríkinu. Sú staðreynd að ekki var leitað samráðs við framleiðendur vöru þessarar tegundar í öðrum EES-ríkjum leiddi til þess að tekinn var upp staðall sem gerir það að verkum að kostnaður þeirra við að skipta um umbúðir er hærri en hjá framleiðendum innanlands. Því er hugsanlegt að samningurinn leiði sem slíkur til aðgangshindrana og valdi samkeppnishamlandi útilokun umbúðabirgja, nýliða á markaði og innflytjenda – en enginn þessara hópa tók þátt í að semja staðallinn – enda geta þeir þurft að endurpakka vörunni til þess að fullnægja raunstaðlinum og geta selt vöruna í EES-ríkinu ef umbúðastærðir í öðrum EES-ríkjum samsvara ekki því sem kveðið er á um í staðlinum.

Ólíkt því sem átti við í 7. dæmi, sjá 331. mgr., fór vinnan við gerð staðalsins ekki fram á opinn og gagnsæjan hátt. Hér skiptir mestu að nýliðum á markaði, innflytjendum og umbúðabirgjum hefur ekki gefist kostur á að segja skoðun sína á væntanlegum staðli og þeim kann jafnvel að hafa verið ókunnugt um hann þar til vinnu við samningu hans var að ljúka, en þar með er hugsanlegt að þeir geti ekki brugðist við nægilega skjótt og á nægilega hagkvæman hátt til að breyta framleiðsluáferðum sínum eða skipta um birgja. Þá er hugsanlegt að nýliðum, innflytjendum og umbúðabirgjum sé gert ókleift að veita samkeppni á markaðnum ef staðallinn er óþekktur eða erfitt er að fylgja honum. Hér skiptir einkum máli að staðallinn hefur að geyma nákvæmar forskriftir um hvaða umbúðaefni skuli notuð sem innflytjendum og nýliðum getur reynt

torvelt að fylgja vegna þess að samráð um staðalinn átti sér stað í lokuðum hópi og aðgangur að honum er ekki opin. Þess vegna er hugsanlegt að samningurinn takmarki samkeppni í skilningi 1. mgr. 53. gr. Engu breytir um þessa niðurstöðu þótt samningurinn hafi verið gerður til þess að fullnægja undirliggjandi umhverfisviðmiðum sem um hefur samist við stjórnvöld í EES-ríkinu.

Skilyrðum 3. mgr. 53. gr. verður tæplega fullnægt í þessu tilviki. Enda þótt samningurinn muni hafa í för með sér mælanlegt hagræði í svipuðum mæli og í 7. dæmi, sjá 331. mgr., eru stöðlunarsamningurinn, sem gerður hefur verið í lokuðum hópi og ekki er opinber, og sú ákvörðun að birta ekki ítarlega staðla um gerð umbúðaefnis, tæplega ráðstafanir sem talist geta nauðsynlegar til þess að ná fram hagræðingu í tengslum við samninginn.

333. Valkvæðir og opnir staðalskilmálar sem notaðir eru í samningum við endanlega notendur

9. dæmi

Staða mála: Samtök raforkudreifenda semja valkvæða staðalskilmála sem ætlaðir eru til nota við sölu á raforku til endanlegra notenda. Við samningu staðalskilmálanna er þess gætt að gagnsæi sé viðhaft og að fyrirtækjum sé ekki mismunað. Staðalskilmálarnir taka til atriða á borð við notkunarstað, afhendingarstað og afhendingarspennu og hafa að geyma ákvæði um öryggi þjónustunnar og hvernig staðið skuli að uppgjöri milli aðila samningsins (til að mynda hvað gerist ef viðskiptamaður sér ekki til þess að birgir geti lesið af mælum). Staðalskilmálarnir taka ekki til verðlagningar að neinu leyti, þ.e. í þeim er hvorki að finna leiðbeinandi verð né önnur ákvæði um verðlagningu. Hverju fyrirtæki, sem starfar í greininni, er í sjálfsvald sett hvernig það notar staðalskilmálana. Um 80% allra samninga, sem gerðir eru við endanlega notendur á viðkomandi markaði, fylgja þessum staðalskilmálum.

Greining: Þessir staðalskilmálar hafa tæplega samkeppnistakmarkandi afleiðingar í skilningi 1. mgr. 53. gr. Jafnvel þótt notkun þeirra sé orðinn almenn venja í greininni virðast þeir ekki hafa merkjanleg óæskileg áhrif á verð, vöruvöndun eða vörufjölbreytni.

334. Staðalskilmálar sem notaðir eru samningum fyrirtækja

10. dæmi

Staða mála: Byggingarfyrirtæki í tilteknu EES-ríki komast að samkomulagi um valkvæða og opna staðalskilmála sem verktaki getur notað þegar hann gerir viðskiptamanni tilboð um byggingaframkvæmdir. Fram kemur tilboðseyðublað ásamt skilmálum sem henta byggingaframkvæmdum. Saman mynda þessi skjöl framkvæmdasamninginn. Ákvæði hans taka til atriða á borð við frágang samnings, almennar skyldur verktaka og verkkaupa og greiðsluskilmála aðra en bein verðákvæði (til dæmis ákvæði um rétt verktaka til að tilkynna um hlé á framkvæmdum ef misbrestur verður á greiðslum), tryggingar, framkvæmdatíma, afhendingu og galla, takmörkun skaðsemisábyrgðar, uppsögn samnings o.s.frv. Ólíkt því sem var í 9. dæmi, sjá 333. mgr., eru þessir skilmálar oft notaðir í samningum tveggja fyrirtækja þar sem annað er starfandi á aðliggjandi og hitt á fráliggjandi markaði.

Greining: Þessir staðalskilmálar hafa tæplega samkeppnistakmarkandi afleiðingar í skilningi 1. mgr. 53. gr. Engin ástæða er til að ætla að þeir þrengi að jafnaði verulega kosti viðskiptamanns við val á endanlegri vöru, þ.e. byggingarvinnunni. Ekki virðist líklegt að þeir hafi aðrar samkeppnistakmarkandi afleiðingar. Um margt af því, sem nefnt hefur verið, gilda raunar lagaákvæði (reglur um afhendingu og galla, uppsögn samnings o.s.frv.).

335. Staðalskilmálar sem auðvelda samanburð á vörum mismunandi fyrirtækja

11. dæmi

Staða mála: Landssamtök á sviði váttrygginga dreifa valkvæðum stöðluðum tryggingaskilmálum fyrir húseigendatryggingar. Í þeim er ekkert sagt um iðgjöld, váttryggingafjárhæðir eða sjálfsáhættu hins tryggða. Ekki er mælt fyrir um víðtækar tryggingar, svo sem gegn áhættu sem verulegur hluti váttryggingataka stendur ekki andspænis samtímis, og váttryggingatökum er ekki gert skylt að kaupa tryggingar gegn mismunandi tegundum áhættu af sama váttryggjanda. Þó að flest váttryggingafélög noti stöðluðu tryggingaskilmálana eru samningar þeirra ekki allir byggðir á sömu skilmálum, enda eru þeir lagaðir að þörfum hvers viðskiptamanns um sig. Þess vegna standa neytendum ekki aðeins til boða raunstaðlaðar váttryggingar. Stöðluðu tryggingaskilmálarnir gera neytendum og neytendasamtökum kleift að bera saman váttryggingasamninga mismunandi váttryggjenda. Ein samtök neytenda taka þátt í vinnunni við að semja stöðluðu tryggingaskilmálana. Nýliðum á markaðnum stendur einnig til boða að nýta sér skilmálana án nokkurrar mismununar.

Greining: Þessir stöðluðu tryggingaskilmálar tengjast samsetningu endanlegs samvals váttrygginga.

Yrði niðurstaða athugunar á markaðsaðstæðum og öðrum þáttum sú að hætt væri við skertu úrvali tryggingaþjónustu vegna notkunar váttryggingafélaga á slíkum stöðluðum tryggingaskilmálum er líklegt að hagræði af skilmálunum teldist nægilegt til að vega upp hugsanlega skerðingu af því tagi, til að mynda hagræði neytenda af því að geta á auðveldari hátt borið saman skilmála váttryggingafélaganna. Slíkur samanburður auðveldar síðan flutning viðskipta milli váttryggingafélaga og eflir þannig samkeppni. Auk þess er það neytendum í hag ef þeir geta flutt viðskipti sín milli váttryggjenda og ef nýir keppinautar hefja starfsemi á markaðnum. Þar eð neytendasamtökin tóku þátt í samningu skilmálanna gæti það í vissum tilvikum aukið líkurnar til þess að hagræði, sem hefur ekki sjálfkrafa í för með sér ávinning fyrir neytendur, muni skila sér til þeirra. Þá er líklegt að stöðluðu tryggingaskilmálarnir dragi úr viðskiptakostnaði og greiði fyrir markaðsinnreið váttryggjenda sem starfa á öðrum markaðssvæðum og/eða öðrum vörumörkuðum. Við þetta bætist að takmarkanirnar virðast ekki víðtækari en þörf er á til að ná fram hagræðinu sem kostur er talinn á og þær myndu ekki útrýma samkeppni. Þess vegna má ætla að skilyrðum 3. mgr. 53. gr. sé fullnægt.

[*] Samningurinn um Evrópska efnahagssvæðið Stjtið. EB L 1, 3.1.1994, bls. 3.

[1] Stjtið. ESB C 11, 14.1.2011, bls. 1–72.

[2] Stjtið. ESB L 24, 29.1.2004, bls. 1, reglugerðin felld inn í EES-samninginn, 1. lið XIV. viðauka, samkvæmt ákvörðun nr. 78/2004 (Stjtið. ESB L 219, 19.6.2004, bls. 13, og EES-viðbætur við Stjtið. ESB nr. 32, 19.6.2004, bls. 1).

[3] Sbr. 4. mgr. 3. gr. samrunareglugerðarinnar. Mat Eftirlitsstofnunar EFTA á því hvort samrekstrarfélagið starfar að fullu sem sjálfstætt félag ræðst hins vegar af því hvort samrekstrarfélagið telst sjálfstætt með tilliti til rekstrarhæfis. Það merkir ekki að félagið njóti sjálfstæðis frá móðurfélögum sínum að því er varðar stefnumarkandi ákvarðanir (sbr. samsteypta auglýsingu framkvæmdastjórnarinnar um lögsögumörk með tilliti til reglugerðar ráðsins (EB) nr. 139/2004 um eftirlit með samfylkingum fyrirtækja, Stjtið. ESB C 95, 16.4.2008, bls. 1, 91.–109. mgr. („samsteypt auglýsing um lögsögumörk“)). Jafnframt þarf að minna á að hafi stofnun samrekstrarfélags, sem telst fela í sér samfylkingu í skilningi 3. gr. samrunareglugerðarinnar, þann tilgang eða þau áhrif að samstillta samkeppnisathafnir fyrirtækja sem eru áfram rekin sem sjálfstæðar einingar verður slík samstilling metin með vísan til 53. gr. EES-samningsins (sbr. 4. mgr. 2. gr. samrunareglugerðarinnar).

[4] Stjtið. ESB L 335, 18.12.2010, bls. 36, reglugerðin felld inn í EES-samninginn, 8. lið XIV. viðauka, samkvæmt ákvörðun nr. 113/2000 (Stjtið. EB L 52, 22.2.2001, bls. 38, og EES-viðbætur við Stjórnartíðindi Evrópusambandsins nr. 9, 22.2.2001, bls. 5).

[5] Stjtið. ESB L 277, 21.10.2010, bls. 43, reglugerðin felld inn í EES-samninginn, 6. lið XIV. viðauka, samkvæmt ákvörðun nr. 113/2000 (Stjtið. EB L 52, 22.2.2001, bls. 38, og EES-viðbætur við Stjtið. ESB nr. 9, 22.2.2001, bls. 5).

[6] Það ræðst af atvikum hvers máls og ríkjandi laga- og efnahagsumhverfi hvernig orðalagið „fljótlega“ er túlkað, og þó sérstaklega af því hvort um er að ræða fyrirtæki sem á aðild að samningnum eða fyrirtæki sem stendur utan hans. Í fyrrnefnda tilvikinu, þ.e. í tengslum við greiningu á því hvort samningsaðili skuli teljast hugsanlegur keppinautur hins fyrirtækisins, yrði að jafnaði litið svo á af hálfu Eftirlitsstofnunar EFTA að orðalagið „fljótlega“ vísaði til lengri tíma en í síðara tilvikinu, þ.e. í tengslum við greiningu á bolmagni utanaðkomandi aðila til að veita samningsaðilum samkeppnisaðhald. Til þess að utanaðkomandi fyrirtæki geti talist hugsanlegur keppinautur í slíku tilviki verður innreið þess á markaðnum að geta átt sér stað nægilega hratt til þess að hættan á slíku hafi aðhaldsáhrif gagnvart athöfnum samningsaðila og annarra markaðsaðila. Af þessum ástæðum kemur fram í reglugerðum um hópundanþágur bæði vegna rannsóknna og þróunarstarfs og vegna sérhæfingar að „fljótlega“ merki tímabil sem er ekki lengra en þrjú ár.

[7] Stjtið. EB L 200, 16.7.1998, bls. 46, og EES-viðbætur við Stjtið. EB nr. 28, 16.7.1998, bls. 3, sbr. einnig þrettánda skýrslu framkvæmdastjórnarinnar um stefnu á sviði samkeppnismála, 55. mgr., og ákvörðun framkvæmdastjórnarinnar í máli IV/32.009, Elopak/Metal Box-Odin, Stjtið. EB L 209, 8.8.1990, bls. 15.

[8] Sbr. til dæmis mál C-73/95 *Viho*, dómasafn 1996, bls. I-5457, 51. mgr. Telja má víst að móðurfélag beiti ákvörðunarvaldi sínu að því er varðar athafnir dótturfélags þegar dótturfélagið er að fullu í eigu þess, sbr. til dæmis mál 107/82 *AEG*, dómasafn 1983, bls. 3151, 50. mgr., mál C-286/98 *P Stora*, dómasafn 2000, bls. I-9925, 29. mgr., og mál C-97/08 *P Akzo*, dómasafn 2007, bls. I-8237, 60. mgr. og áfram.

[9] Stjtið. ESB L 102, 23.4.2010, bls. 1, reglugerðin felld inn í EES-samninginn, 2. lið XIV. viðauka, samkvæmt ákvörðun nr. 18/2000 (Stjtið. EB L 103, 12.4.2001, bls. 36, og EES-viðbætur við Stjtið. ESB nr. 20, 12.4.2001, bls. 179).

[10] Reglurnar samþykktar 5. desember 2010, bíða birtingar í Stjórnartíðindum Evrópusambandsins og EES-viðbætur við þau. Skjalið má finna á eftirfarandi slóð: <http://www.eftasurv.int/competition/notices-and-guidelines>.

[11] Þetta á ekki við þegar keppinautar gera með sér lóðréttan samning sem er ekki gagnkvæmur og i) birgirinn er framleiðandi og dreifandi vöru, en kaupandinn annast dreifingu en er ekki jafnframt samkeppnisfyrirtæki á stigi framleiðslu eða ii) birgirinn selur þjónustu á fleiri en einu stigi viðskipta, en kaupandinn selur vöru sína eða þjónustu á smásölustigi og er ekki samkeppnisfyrirtæki á því stigi viðskipta sem hann kaupir samningsþjónustuna. Mat á slíkum samningum fer eingöngu fram á grundvelli hópundanþágureglugerðarinnar og leiðbeinandi reglna um lóðréttar hömlur (sbr. 4. mgr. 2. gr. reglugerðar um hópundanþágu vegna lóðréttra hamla).

[12] Rétt er að benda á að þessi viðmiðun gildir aðeins að því er varðar tengslin milli einstakra kafla þessara leiðbeinandi reglna, en ekki tengslin milli mismunandi reglugerða um hópundanþágur. Gildissvið hverrar hópundanþágureglugerðar markast af ákvæðum hennar sjálfar.

[13] Sbr. mál T-51/89 *Tetra Pak I*, dómasafn 1990, bls. II-309, 25. mgr. og áfram, og leiðbeiningar um forgangsröðun framkvæmdastjórnarinnar þegar kemur að beitingu 82. gr. EB-sáttmálans gagnvart misnotkun sem er fölginn í útilokandi athöfnum markaðsráðandi fyrirtækja, Stjtið. ESB C 45, 24.2.2009, bls. 7 („102. gr. leiðbeiningaskjals“).

[14] Stjtið. EB C 266, 31.10.2002, bls. 1, og EES-viðbætur við Stjtið. EB nr. 55, 31.10.2002, bls. 1. Í þessum leiðbeinandi reglum er ekki að finna sérstakan kafla um samninga „um umhverfismál“ eins og var í áðurgildandi reglum. Heppilegra þótti að fella stöðlun á sviði umhverfismála, sem var meginviðfangsefni áðurgildandi kafla um samninga um umhverfismál, undir ákvæði kaflans um stöðlun í þessum leiðbeinandi reglum. Hér á almennt við að mat á samningum um „umhverfismál“ á að fara fram samkvæmt ákvæðum viðeigandi kafla þessara leiðbeinandi reglna eftir því hvaða álitamál á sviði samkeppni vakna í tengslum við þá, þ.e. kaflanna um rannsókn- og þróunarsamninga, framleiðslusamninga, samninga um markaðsstarf eða stöðlunarsamninga.

[15] Engin gerð hefur verið felld inn í EES-samninginn sem samsvarar reglugerð ráðsins (EB) nr. 1184/2006 frá 26. júlí 2006 um beitingu á tilteknum samkeppnisreglum gagnvart framleiðslu á landbúnaðarafurðum og viðskipti með þær, Stjtið. ESB L 214, 4.8.2006, bls. 7. Skilgreint er í 3. mgr. 8. gr. EES-samningsins og bókun 3 við samninginn hvaða vörutegundir falla undir samkeppnisreglur samningsins.

[16] Gerðin, sem um getur í 10. lið XIV. viðauka við EES-samninginn (reglugerð ráðsins (EB) nr. 169/2009 frá 26. febrúar 2009 (Stjtið. ESB L 61, 5.3.2009, bls. 1)) um að beita samkeppnisreglum gagnvart flutningum á járnbrautum, vegum og skipgengum vatnaleiðum (felld inn í EES-samninginn, samkvæmt ákvörðun nr. 130/2010 (Stjtið. ESB L 85, 31.3.2011, bls. 14, og EES-viðbætur við Stjtið. ESB nr. 17, 31.3.2011, bls. 4)), gerðin, sem um getur í lið 11c í XIV. viðauka við EES-samninginn (reglugerð ráðsins (EB) nr. 906/2009 frá 28. september 2009 (Stjtið. ESB L 256, 29.9.2009, bls. 31)) um beitingu 3. mgr. 53. gr. EES-samningsins gagnvart tilteknum flokkum samninga, ákvarðana og samstilltra aðgerða milli áætlunarskipafélaga (skipafélagasamtaka) (felld inn í EES-samninginn, samkvæmt ákvörðun nr. 51/2010 (Stjtið. ESB L 181, 15.7.2010, bls. 19, og EES-viðbætur nr. 37, 15.7.2010, bls. 25)), gerðin, sem áður gat um í lið 11c í XIV. viðauka (reglugerð framkvæmdastjórnarinnar (EB) nr. 823/2000 frá 19. apríl 2000 (Stjtið. EB L 100, 20.4.2000, bls. 24)) um beitingu 3. mgr. 53. gr. EES-samningsins gagnvart tilteknum flokkum samninga, ákvarðana og samstilltra aðgerða milli áætlunarskipafélaga (skipafélagasamtaka) (felld inn í EES-samninginn, samkvæmt ákvörðun nr. 49/2000 (Stjtið. EB L 237, 21.9.2000, bls. 60, og EES-viðbætur nr. 42, 21.9.2000, bls. 3)). Leiðbeinandi reglur um beitingu 53. gr. EES-samningsins gagnvart sjóflutningum (samþykktar 16. desember 2009. Bíða birtingar í Stjórnartíðindum Evrópusambandsins og EES-viðbætur við þau. Skjalið má finna á eftirfarandi slóð: <http://www.eftasurv.int/competition/notices-and-guidelines>).

[17] Gerðin, sem um getur í lið 15b í XIV. viðauka við EES-samninginn (reglugerð framkvæmdastjórnarinnar (ESB) nr. 267/2010 frá 25. mars 2010 (Stjtið. ESB L 83, 31.3.2010, bls. 1)) um beitingu 3. mgr. 53. gr. EES-samningsins gagnvart tilteknum flokkum samninga, ákvarðana og samstilltra aðgerða á sviði váttrygginga, (felld inn í EES-samninginn, samkvæmt ákvörðun nr. 52/2010 (Stjtið. ESB L 181, 15.7.2010, bls. 20, og EES-viðbætur við Stjtið. ESB nr. 37, 15.7.2010, bls. 27).

[18] Stjtið. ESB C 208, 6.9.2007, bls. 1, og EES-viðbætur nr. 42, 6.9.2007, bls. 1.

[19] Bann við samkeppnishamlandi afleiðingum samkvæmt 1. mgr. 53. gr. gildir jafnt hvort sem um ræðir þegar framkomnar eða hugsanlegar afleiðingar, sbr. til dæmis, með tilliti til 1. mgr. 101. gr. sáttmálans um starfshætti Evrópusambandsins, mál C-7/95 P *John Deere*, dómasafn 1998, bls. I-3111, 77. mgr., Mál C-238/05 *Asnef-Equifax*, dómasafn 2006, bls. I-11125, 50. mgr.

[20] Sbr. sameinuð mál C-501/06 P, C-513/06 P, C-515/06 P og C-519/06 P *GlaxoSmithKline Services*, dómasafn 2009, bls. I-9291, 95. mgr.

[21] Sbr. mál T-65/98, *Van den Bergh Foods*, dómasafn 2003, bls. II-4653, 107. mgr., mál T-112/99 *Métropole télévision (M6) o.fl.*, dómasafn 2001, bls. II-2459, 74. mgr., mál T-328/03 *O2*, dómasafn 2006, bls. II-1231, 69. mgr. og áfram, en í þeim var það niðurstaða Almenna dómstólsins að samkeppnisörvandi og samkeppnishamlandi hliðar hverrar takmörkunar skyldu aðeins metnar nákvæmlega eins og kveðið er á um í 3. mgr. 101. gr.

[22] Sbr. dóm frá 14. október 2010 í máli C-280/08 P *Deutsche Telekom*, mál enn óbirt í dómasafni, sjá 82. mgr. og dómaframkvæmdina sem þar er vísað til.

[23] Sbr. mál C-198/01 *CIF*, dómasafn 2003, bls. I-8055, 56.–58. mgr. sameinuð mál T-217/03 og T-245/03 *French Beef*, dómasafn 2006, bls. II-4987, 92. mgr., mál T-7/92 *Asia Motor France II*, dómasafn 1993, bls. II-669, 71. mgr., og mál T-148/89 *Tréflunion*, dómasafn 1995, bls. II-1063, 118. mgr.

- [24] Sbr. mál C-280/08 P *Deutsche Telekom*, mál enn óbirt í dómásafni, 80.–81. mgr. Möguleikinn á þessu hefur verið túlkaður þröngt, sbr. til dæmis sameinuð mál 209–215 og 218/78 *Van Landewyck*, dómásafn 1980, bls. I-3124, 130.–134. mgr., sameinuð mál 240, 241, 242, 261, 262, 268 og 269/82 *Stichting Sigarettenindustrie*, dómásafn 1985, bls. I-3831, 27.–29. mgr., og sameinuð mál C-359/95 P og C-379/95 P *Ladbroke Racing*, dómásafn 1997, bls. I-6265, 33. mgr. og áfram.
- [25] Að minnsta kosti þar til ákvörðun hefur verið tekin um að gera viðkomandi ákvæði landslaga óvirk og sú ákvörðun er orðin endanleg, sbr. mál C-198/01 *CIF*, dómásafn 2003, bls. I-8055, 54. mgr. og áfram.
- [26] Í þessum leiðbeinandi reglum er hugtakið „takmörkun á samkeppni“ notað um það að koma í veg fyrir og að raska samkeppni.
- [27] Sbr. til dæmis mál C-209/07 *BIDS*, dómásafn 2008, bls. I-8637, 17. mgr.
- [28] Sbr. til dæmis sameinuð mál C-501/06 P, C-513/06 P, C-515/06 P og C-519/06 P *GlaxoSmithKline Services*, dómásafn 2009, bls. I-9291, 55. mgr., mál C-209/07 *BIDS*, dómásafn 2008, bls. I-8637, 16. mgr., mál C-8/08 *T-Mobile Netherlands*, dómásafn 2009, bls. I-4529, 29. mgr. og áfram, mál C-7/95 P *John Deere*, dómásafn 1998, bls. I-3111, 77. mgr.
- [29] Sbr. til dæmis sameinuð mál C-501/06 P, C-513/06 P, C-515/06 P og C-519/06 P *GlaxoSmithKline Services*, dómásafn 2009, bls. I-9291, 58. mgr., mál C-209/07 *BIDS*, dómásafn 2008, bls. I-8637, 15. mgr. og áfram.
- [30] Sbr. mál C-7/95 P *John Deere*, dómásafn 1998, bls. I-3111, 88. mgr., mál C-238/05 *Asnef-Equifax*, dómásafn 2006, bls. I-11125, 51. mgr.
- [31] Sbr. einnig 18. mgr. almennu leiðbeinandi reglnanna.
- [32] Stjtið. ESB C 67, 20.3.2003, bls. 20, og EES-viðbætur við Stjtið. ESB nr. 15, 20.3.2003, bls. 11.
- [33] Séu samningsaðilarnir fleiri en tveir verður að vera umtalsverður munur á samanlögðum markaðshlut allra keppinauta, sem standa að samstarfinu, og markaðshlut stærsta einstaka keppinautarins í því samstarfi.
- [34] Um útreikning á markaðshlutum sjá einnig tilkynningu um markaðsskilgreiningar, 54.–55. mgr.
- [35] Sbr. einnig 2. gr. gerðarinnar sem um getur í 3. lið bókunar 21 við EES-samninginn (reglugerð ráðsins (EB) nr. 1/2003 frá 16. desember 2002, Stjtið. EB L 1, 4.1.2003), bls. 1, reglugerðin felld inn í EES-samninginn, 3. lið bókunar 21, samkvæmt ákvörðun nr. 130/2004 (Stjtið. ESB L 64, 10.3.2005, bls. 57, og EES-viðbætur við Stjtið. ESB nr. 12, 10.3.2006, bls. 42).
- [36] Sbr. til dæmis sameinuð mál C-501/06 P, C-513/06 P, C-515/06 P og C-519/06 P *GlaxoSmithKline Services*, dómásafn 2009, bls. I-9291, 93.–95. mgr.
- [37] Nánar er fjallað um hugtakið neytandi í 84. mgr. almennu leiðbeinandi reglnanna.
- [38] Reglugerð um hópundanþágur vegna rannsókn- og þróunarstarfs.
- [39] Reglugerð um hópundanþágur vegna sérhæfingar.
- [40] Kenningar hagfræðinnar um upplýsingamissvægi snúast um rannsóknir á ákvörðunum sem teknar eru í tengslum við viðskipti þegar þannig stendur á að annar aðilinn býr yfir meiri upplýsingum en hinn.
- [41] Sbr. mál C-7/95 P *John Deere*, dómásafn 1998, bls. I-3111, 88. mgr.
- [42] Sbr. til dæmis mál C-8/08 *T-Mobile Netherlands*, dómásafn 2009, bls. I-4529, 26. mgr., sameinuð mál C-89/85, C-104/85, C-114/85, C-116/85, C-117/85 og C-125/85 til C-129/85, *Wood Pulp*, dómásafn 1993, bls. I-1307, 63. mgr.
- [43] Sbr. mál C-7/95 P *John Deere*, dómásafn 1998, bls. I-3111, 86. mgr.
- [44] Mál C-7/95 P *John Deere*, dómásafn 1998, bls. I-3111, 87. mgr.
- [45] Sbr. sameinuð mál 40–48, 50, 54–56, 111, 113 og 114-73, *Suiker Unie*, dómásafn 1975, bls. I-1663, 173. mgr. og áfram.
- [46] Óvissa um viðskiptaáform fyrirtækja á markaðnum stafar af því að ýmiss konar samráðsstaða

getur hugsast og að fyrirtæki geta ekki haft fullkomna yfirsýn yfir athafnir keppinauta sinna og nýliða á markaðnum hvort heldur sem er í fortíð eða á líðandi stundu.

[47] Sbr. til dæmis sameinuð mál T-25/95, T-26/95, T-30/95, T-31/95, T-32/95, T-34/95, T-35/95, T-36/95, T-37/95, T-38/95, T-39/95, T-42/95, T-43/95, T-44/95, T-45/95, T-46/95, T-48/95, T-50/95, T-51/95, T-52/95, T-53/95, T-54/95, T-55/95, T-56/95, T-57/95, T-58/95, T-59/95, T-60/95, T-61/95, T-62/95, T-63/95, T-64/95, T-65/95, T-68/95, T-69/95, T-70/95, T-71/95, T-87/95, T-88/95, T-103/95 og T-104/95 *Cimenteries*, dómasafn 2000, bls. II-491, 1849. mgr., „[...] hugtakið samstillt aðgerð felur í reynd í sér að aðilar hafi haft með sér gagnkvæm samskipti [...]. Því skilyrði er fullnægt þegar einn keppinautur greinir öðrum frá áformum sínum eða athöfnum á markaðnum að beiðni hins síðarnefnda eða að minnsta kosti þannig að sá veiti upplýsingunum viðtöku“.

[48] Sbr. álit Kokott lögsögumanns í máli C-8/08 *T-Mobile Netherlands*, dómasafn 2009, bls. I-4529, 54. mgr.

[49] Sbr. mál C-8/08 *T-Mobile Netherlands*, dómasafn 2009, bls. I-4529, 59. mgr.: „Þó að markaðsgerðin geti ráðið hér nokkru um getur ekki talist útilokað að þótt keppinautar hittist aðeins á einum fundi, á borð við þann sem til umfjöllunar er í aðal málinu, geti það í grundvallaratriðum nægt hlutaðeigandi fyrirtækjum til þess að samhæfa markaðshegðun sína og gert þeim þannig kleift að taka upp hagnýtt samstarf í stað þess að eiga í samkeppni með þeirri áhættu sem því fylgir.“

[50] Sbr. sameinuð mál T-202/98, T-204/98 og T-207/98 *Tate & Lyle o.fl. gegn framkvæmdastjórn*, dómasafn 2001, bls. II-2035, 54. mgr.

[51] Sbr. mál C-199/92 P *Hüls*, dómasafn 1999, bls. I-4287, 162. mgr., mál C-49/92 P *Anic Partecipazioni*, dómasafn 1999, bls. I-4125, 121. mgr.

[52] Undir þetta falla ekki tilvik þar sem slíkar tilkynningar fela í sér hvatningu um að stofna til samráðs.

[53] Orðalagið „helstu áhyggjuefni er lúta að samkeppni“ felur í sér að sú lýsing á áhyggjuefnum er lúta að samkeppni, sem á eftir fylgir, er hvorki endanleg né tæmandi.

[54] Að því er varðar áhyggjuefni er lúta að útilokun, sem vaknað geta í tengslum við lóðréttu samninga, sjá 100. mgr. leiðbeinandi reglna um lóðréttar hömlur og áfram.

[55] Sbr. til dæmis sameinuð mál C-501/06 P, C-513/06 P, C-515/06 P og C-519/06 P *GlaxoSmithKline Services*, dómasafn 2009, bls. I-9291, 58. mgr., mál C-209/07 *BIDS*, dómasafn 2008, bls. I-8637, 15. mgr. og áfram.

[56] Sbr. einnig 22. mgr. almennu leiðbeinandi reglnanna.

[57] Upplýsingar um fyrirhugað framboð gætu til að mynda tekið til söluáætlana, markaðshluta, markaðssvæða og sölu til tiltekinn neytendahópa.

[58] Hugtakið „verðlagningaráform“ er skýrt nánar í 1. dæmi. Við afmarkaðar aðstæður þar sem fyrirtæki hafa skuldbundið sig til að selja vörur sínar framvegis á verði sem gert hefur verið uppskált um (og ekki verður breytt af þeim sökum) verður slík opinber tilkynning um verðlagningu eða framboð einstakra fyrirtækja í framtíðinni ekki talin gefa til kynna áform og því að jafnaði ekki talin hafa þann tilgang að takmarka samkeppni. Slíkar aðstæður gætu til að mynda komið upp við endurtekin samskipti fyrirtækjanna við viðskiptamenn sína og vegna sérstakra tengsla þeirra, svo sem að viðskiptamönnum sé nauðsynlegt að vita fyrirfram á hvaða verði varan verði seld eða að þeir geti þegar lagt inn pantanir á vörinni á því verði. Upplýsingaskiptin væru þá dýrari leið fyrir fyrirtækin til þess að ná fram samráðsstöðu á markaðnum en ef þau færu þá leið að skiptast á upplýsingum um áform sín og meiri líkur væru á að slík upplýsingaskipti ættu sér stað til þess að auka samkeppni. Þetta merkir þó ekki að verðskuldbinding gagnvart viðskiptamönnum hljóti almennt á litið að vera samkeppnisörvandi. Þvert á móti gæti slík skuldbinding minnkað svigrúm fyrirtækjanna til þess að víkja frá samráðsstöðu og þannig fest hana í sessi.

[59] Þetta breytir engu um að opinberar tilkynningar um áform einstakra fyrirtækja um verðlagningu geta leitt til hagræðingar og að fyrirtæki, sem eiga aðild að slíkum upplýsingaskiptum, gætu jafnan vísað til ákvæða 3. mgr. 53. gr.

[60] Mál C-7/95 P *John Deere gegn framkvæmdastjórn*, dómasafn 1998, bls. I-3111, 76. mgr.

[61] Upplýsingaskipti geta takmarkað samkeppni á svipaðan hátt og fyrirtækjasamruni ef þau gera samhæfingu á markaðnum árangursríkari, festa hana í sessi og auka líkurnar á að til hennar komi, sbr. mál C-413/06 P *Sony*, dómasafn 2008, bls. I-4951, 123. mgr., en þar staðfesti Dómstólinn viðmiðin sem

Almenni dómstóllinn mælti fyrir um í máli T-342/99 *Airtours*, dómasafn 2002, bls. II-2585, 62. mgr.

[62] Mál C-238/05 *Asnef-Equifax*, dómasafn 2006, bls. I-11125, 54. mgr.

[63] Þess ber að geta að umfjöllunin í 78.–85. mgr. er ekki heildstæð upptalning á þeim einkennum markaðarins sem þýðingu geta haft. Önnur markaðseinkenni geta skipt miklu máli í tengslum við tiltekin upplýsingaskipti.

[64] Sbr. mál T-35/92 *John Deere gegn framkvæmdastjórn*, dómasafn 1994, bls. II-957, 78. mgr.

[65] Sbr. ákvörðun framkvæmdastjórnarinnar í málum IV/31.370 og 31.446, UK Agricultural Tractor Registration Exchange, Stjtið. EB L 68, 13.3.1992, bls. 19, 51. mgr., og mál T-35/92 *John Deere gegn framkvæmdastjórn*, dómasafn 1994, bls. II-957, 78. mgr. Engin þörf er á að fullkominn stöðugleiki komist á eða að komið sé í veg fyrir öfluga samkeppni.

[66] Ef með upplýsingaskiptum, sem eiga sér stað í tengslum við rannsókn- og þróunarsamning, er ekki gengið lengra en nauðsynlegt er vegna framkvæmdar samningsins geta þau notið 25% öryggismarkanna sem mælt er fyrir um í reglugerð um hópundanþágur vegna rannsókna og þróunar. Að því er varðar reglugerð um hópundanþágur vegna sérhæfingar liggja öryggismörkin við 20%.

[67] Söguleg gögn má einnig nota til þess að gera grein fyrir framlagi atvinnugreinasamtaka til endurskoðunar á opinberri stefnumörkun eða greiningu þeirra á slíkri endurskoðun.

[68] Í málum, sem þegar hafa komið til meðferðar, hefur framkvæmdastjórn Evrópusambandsins til að mynda litið svo á að taki upplýsingaskipti til gagna sem eru meira en eins árs gömul teljist vera um að ræða sögulegar upplýsingar sem takmarki ekki samkeppni í skilningi 1. mgr. 101. gr., en upplýsingar, sem voru yngri en eins árs, hafa verið taldar nýlegar: ákvörðun framkvæmdastjórnarinnar í máli IV/31.370, UK Agricultural Tractor Registration Exchange, Stjtið. EB L 68, 13.3.1992, bls. 19, 50. mgr., ákvörðun framkvæmdastjórnarinnar í máli IV/36.069, Wirtschaftsvereinigung Stahl, Stjtið. EB L 1, 3.1.1998, bls. 10, 17. mgr.

[69] Ef tíðni samninga er lítil gæti það hins vegar dregið úr líkum á nægilega tafarlausrí beitingu viðurlaga.

[70] Þó að markaðsgerðin, sem og heildarsamhengi upplýsingaskiptanna, geti ráðið hér nokkru um getur ekki talist útilokað að þótt upplýsingaskipti eigi sér aðeins stað í eitt skipti geti það í grundvallaratriðum nægt hlutaðeigandi fyrirtækjum til þess að samhæfa markaðshæðun sína og gert þeim þannig kleift að taka upp hagnýtt samstarf í stað þess að eiga í samkeppni með þeirri áhættu sem því fylgir: sbr. mál C-8/08 *T-Mobile Netherlands*, dómasafn 2009, bls. I-4529, 59. mgr.

[71] Sameinuð mál T-191/98, T-212/98, T-213/98 og T-214/98 *Atlantic Container Line (TACA)*, dómasafn 2003, bls. II-3275, 1154. mgr. Hugsanlegt er að svo sé ekki ef skiptin eru notuð til þess að treysta einokunarstöðu.

[72] Við þetta bætist að þótt fyrirtækin, sem skiptast á upplýsingum, hafi áður birt almenningi gögnin (t.d. í dagblaði eða á eigin vefsetri) leiðir ekki af því að upplýsingaskipti, sem fara fram síðar án opinberrar birtingar, geti ekki falið í sér brot á 53. gr.

[73] Sbr. sameinuð mál T-202/98, T-204/98 og T-207/98 *Tate & Lyle o.fl. gegn framkvæmdastjórn*, dómasafn 2001, bls. II-2035, 60. mgr.

[74] Þetta hindrar ekki að viðskiptamönnum sé boðinn aðgangur að gagnagrunninum við lægra verði ef þeir hafa sjálfir lagt til hans gögn, enda hefðu þeir einnig haft kostnað af því að jafnaði.

[75] Mat á aðgangshindrunum og „kaupandastyrk“ sem hefur mótvægisáhrif á markaðnum hefði þýðingu um ákvörðun á því hvort fyrirtæki, sem standa utan upplýsingaskiptakerfisins, gætu stefnt í hættu þeirri niðurstöðu sem að er stefnt með samstillingunni. Aukið gagnsæi gagnvart neytendum getur þó bæði minnkað og aukið líkurnar til þess að samráðsstaða komist á vegna þess að aukið gagnsæi gagnvart neytendum leiðir til meiri verðteygni eftirspurnar en þar með verður ávinningur af því að víkja frá samráði meiri en viðurlögin verða jafnframt harkalegri.

[76] Umfjöllunin um hugsanlega hagræðingu, sem upplýsingaskipti geta haft í för með sér, er hvorki endanleg né tæmandi.

[77] Slíkt hagræði verður að vega á móti óæskilegum áhrifum sem fram geta komið til að mynda vegna þess að samkeppni er takmörkuð á markaðnum sem stuðlar að nýsköpun.

- [78] Sjá nánar um markaðsskilgreiningar í tilkynningunni um markaðsskilgreiningar.
- [79] Sjá einnig leiðbeinandi reglur Eftirlitsstofnunar EFTA um beitingu 53. gr. EES-samningsins gagnvart samningum um yfirfærslu tækniþekkingar, Stjtið. ESB L 259, 4.10.2007, bls. 1, og EES-viðbætur nr. 46, 4.10.2007, bls. 1 („leiðbeinandi reglur um miðlun tækniþekkingar“), 33. mgr.
- [80] Sjá tilkynninguna um markaðsskilgreiningar, sbr. einnig leiðbeinandi reglur um miðlun tækniþekkingar, 19. mgr. og áfram.
- [81] Stafl. u) í 1. mgr. 1. gr. reglugerðar um hópundanþágur vegna rannsókna og þróunarstarfs.
- [82] 2. mgr. 4. gr. reglugerðar um hópundanþágur vegna rannsókna og þróunarstarfs.
- [83] Sbr. einnig leiðbeinandi reglur um miðlun tækniþekkingar, 23. mgr.
- [84] 1. mgr. 4. gr. reglugerðar um hópundanþágur vegna rannsókna og þróunarstarfs.
- [85] Sjá 19., 20. og 21. inngangslíð reglugerðar um hópundanþágur vegna rannsókna og þróunarstarfs.
- [86] 3. mgr. 4. gr. reglugerðar um hópundanþágur vegna rannsókna og þróunarstarfs.
- [87] Rannsókn- og þróunarsamstarf fyrirtækja, sem eru ekki keppinautar, getur hins vegar talist hafa útilokunaráhrif með tilliti til 1. mgr. 53. gr. ef það tengist einkarétti til að nýta afrakstur rannsóknanna og ef eitt fyrirtækjanna, sem standa að samstarfinu, hefur umtalsverðan markaðsstyrk að því er varðar tækniáferð sem hefur lykilyfðingu (enda þótt ekki sé um markaðsráðandi stöðu að ræða).
- [88] Þetta breytir engu um greiningu á því hvaða hagræðing getur hugsanlega komið fram, m.a. hagræðingu sem venjulega fylgir rannsókn- og þróunarverkefnum sem fjármögnuð eru að hluta með almannafé.
- [89] Sbr. 2. mgr. 3. gr. reglugerðar um hópundanþágur vegna rannsókna og þróunarstarfs.
- [90] Sbr. 2. mgr. 3. gr. reglugerðar um hópundanþágur vegna rannsókna og þróunarstarfs.
- [91] Stjtið. EB L 153, 18.6.1994, bls. 30, og EES-viðbætur við Stjtið. EB nr. 15, 18.6.1994, bls. 29.
- [92] Sbr. einnig 4. mgr. 2. gr. samrunareglugerðarinnar.
- [93] Sbr. stafl. a) í 1. mgr. 53. gr., Sameinuð mál T-217/03 og T-245/03 *French Beef*, dómasafn 2006, bls. II-4987, 83. mgr. og áfram, og mál C-8/08 *T-Mobile Netherlands*, dómasafn 2009, bls. I-4529, 37. mgr.
- [94] Sjá 4. mgr. 2. gr. reglugerðar um hópundanþágu vegna lóðréttra hamla.
- [95] Stöðlun getur átt sér stað á ýmsan hátt og má þar nefna útgáfu staðla, sem víðtæk sátt hefur náðst um, á vegum viðurkenndra evrópskra Evrópusambandsins eða staðlastofnana einstakra ríkja, vinnu á vettvangi fyrirtækjasamtaka og samstarfsnefnda og samninga milli sjálfstæðra fyrirtækja.
- [96] Sbr. mál C-113/07 *SELEX*, dómasafn 2009, bls. I-2207, 92. mgr. Sbr. einnig álit Trstenjaks lögsögumanns frá 28. mars 2012 í máli C-171/11 *Fra.bo SpA*; mál enn óbirt í dómasafni.
- [97] Stjtið. EB L 204, 21.7.1998, bls. 37, reglugerðin felld inn í EES-samninginn, 1. lið XIX. hluta II. viðauka B, samkvæmt ákvörðun nr. 146/1999 (Stjtið. EB L 15, 18.1.2001, bls. 40, og EES-viðbætur við Stjtið. EB nr. 3, 18.1.2001, bls. 196 (norska) og 85 (islenska)), gildistöðudagur 6. nóvember 1999.
- [98] Sbr. mál T-432/05 *EMC Development AB gegn framkvæmdastjórn*, dómasafn 2010, bls. II-1629 (áfrýjun vísað frá samkvæmt úrskurði frá 31. mars 2011, mál C-367/10 P, enn óbirt í dómasafni).
- [99] Staðalskilmálar af þessu tagi geta tekið til aðeins mjög lítils hluta allra ákvæða í endanlegum samningi eða verulegs hluta þeirra.
- [100] Hér er vísað til aðstæðna þar sem staðalskilmálar (sem eru ekki lögskyldir) eru í reynd í notkun í flestum fyrirtækjum í greininni og/eða að því er varðar flest atriði sem tengjast vörunni/þjónustunni og leiða þannig til þess að neytendur hafa lítið eða jafnvel ekkert val.
- [101] Sbr. ákvæði 3. kafla um rannsókn- og þróunarsamninga.
- [102] Sbr. einnig 308. mgr.

[103] Hópur þátttakenda í staðlavinnunni getur verið þannig samsettur að upp komi takmarkanir annaðhvort birgjamegin eða kaupandamegin á markaði stöðluðu vörunnar.

[104] Í þessum kafla vísar hugtakið hugverkaréttur fyrst og fremst til einkaleyfa (að frátöldum óbirtum einkaleyfaumsóknum). Sömu reglum skal þó beitt þegar þannig háttar til að hugverkaréttur af einhverju öðru tagi færir rétthafa í reynd úrslitavald um notkun staðalsins.

[105] Í reynd blandast þessar þrjár tegundir rekstrar saman í mörgum fyrirtækjum.

[106] Sbr. leiðbeinandi reglur um miðlun tækniþekkingar, 7. mgr.

[107] Þó að rétthafagjöld séu há geta þau ekki talist óhófleg nema fullnægt sé skilyrðum fyrir að ráðandi staða teljist hafa verið misnotuð eins og þeim skilyrðum er lýst í 54. gr. EES-samningsins eða 102. gr. sáttmálans um starfshætti Evrópusambandsins og dómaframkvæmd EFTA-dómstólsins eða Dómstóls Evrópusambandsins. Sbr. til dæmis mál 27/76 *United Brands*, dómasafn 1978, bls. 207.

[108] Sbr. til dæmis ákvörðun framkvæmdastjórnarinnar í máli IV/35.691 *Pre-insulated pipes*, Stjtið. EB L 24, 30.1.1999, bls. 1, en í því máli var brotið á 101. gr. sáttmálans um starfshætti Evrópusambandsins að hluta fólgið í því „að nýta sér staðla til þess að koma í veg fyrir eða teffa upptöku nýrrar tækniáferðar sem gæti leitt til verðlækkana“ (147. mgr.)

[109] Þessi málsgrein á ekki að standa í vegi fyrir því að fyrirtæki taki einhliða ákvörðun um að upplýsa um mest hamlandi leyfisskilmála sína á þann hátt sem lýst er í 299. mgr. Hún kemur ekki heldur í veg fyrir að starfrækt séu einkaleyfasamlög í samræmi við sjónarmið leiðbeinandi reglna um miðlun tækniþekkingar né að ákveðið sé að innheimta ekki rétthafagjald fyrir nytjaleyfi vegna hugverkaréttar sem er ómissandi hluti staðals, eins og lýst er í þessum kafla

[110] Sbr. til samsvörunar 39. mgr. og áfram. Sbr. einnig 296. mgr. að því er varðar markaðshluti.

[111] Sbr. einnig 293. mgr. í þessu tilliti.

[112] Til að mynda skal veittur greiður aðgangur að forskriftum staðalsins.

[113] Af því tagi sem lýst er í 285. og 286. mgr.

[114] Þess ber að geta að SEM getur einnig tekið til útgáfu nytjaleyfa án rétthafagreiðslna.

[115] Árangurinn, sem sóst er eftir, getur náðst án þess að upplýsingagjöf eftir bestu vitund gangi svo langt að þátttakendum sé gert skylt að bera hugverkarétt sinn saman við staðalinn sem unnið er að og lýsa yfir eindregið að þeir eigi engan hugverkarétt sem staðallinn geti verið háður.

[116] Sbr. mál T-27/76 *United Brands*, dómasafn 1978, bls. 207, 250. mgr., sbr. einnig mál C-385/07 P *Der Grüne Punkt – Duales System Deutschland GmbH*, dómasafn 2009, bls. I-6155, 142. mgr.

[117] Sbr. mál T-395/87 *Ministère public gegen Jean-Louis Tournier*, dómasafn 1989, bls. 2521, 38. mgr., sameinuð mál 110/88, 241/88 og 242/88 *Francois Lucazeau gegen SACEM*, dómasafn 1989, bls. 2811, 33. mgr.

[118] Sbr. ákvörðun framkvæmdastjórnarinnar í máli IV/29/151 *Philips/VCR*, Stjtið. EB L 47, 18.2.1978, bls. 42, 23. mgr.: „*Par eð þessir staðlar lutu að framleiðslu myndbandsupptökubúnaðar var aðilum skylt að framleiða og dreifa eingöngu spólum og upptökutækjum sem nota mátti með myndbandsupptökukerfinu VCR sem Philips seldi leyfi fyrir. Þeir gátu ekki hafið framleiðslu og dreifingu á öðrum myndbandsupptökukerfum ... Hér var um að ræða takmörkun á samkeppni í skilningi stafl. b) í 1. mgr. 85. gr.*“.

[119] Sbr. ákvörðun framkvæmdastjórnarinnar í máli IV/29/151 *Philips/VCR*, 23. mgr.

[120] Í ákvörðun framkvæmdastjórnarinnar í máli IV/31.458 *X/Open Group*, Stjtið. EB L 35, 6.2.1987, bls. 36, komst framkvæmdastjórnin að þeirri niðurstöðu að jafnvel þótt staðlarnir, sem teknir hefðu verið upp, væru gerðir opinberir hefðu þröngar aðildarreglur þau áhrif að önnur fyrirtæki gætu hvorki haft áhrif á niðurstöðurnar af starfi hópsins né komist yfir verkþekkingu og tækniskilning sem aðildarfyrirtækin gætu að öllum líkindum komið sér upp á grundvelli staðalsins. Auk þess gátu fyrirtæki utan hópsins ekki nýtt sér staðalinn fyrr en hann hafði verið tekinn upp, ólíkt aðildarfyrirtækjunum (sjá 32. mgr.). Með hliðsjón af þessum aðstæðum var því talið að samningurinn hefði í för með sér takmörkun á samkeppni í skilningi 1. mgr. 101. gr. sáttmálans um starfshætti Evrópusambandsins.

[121] Annað dæmi væri ef upptaka staðalsins hefði tafist verulega vegna hægvirks vinnuferlis og er þá hugsanlegt að hagræðing, sem metin væri á grundvelli 3. mgr. 53. gr., hefði getað vegið upp hvers kyns takmörkun sem vart hefði orðið í upphafi.

[122] Sbr. ákvörðun framkvæmdastjórnarinnar frá 14. október 2009 í máli 39.416 Skipaflokkun. Ákvörðunin er birt á eftirfarandi slóð: http://ec.europa.eu/competition/antitrust/cases/index/by_nr_78.html#i39_416

[123] Sbr. 261. mgr.

[124] Einhliða ákvörðun fyrirtækis um að upplýsa fyrirfram um mest hamlandi leyfisskilmála sína má ekki þjóna sem yfirvarp til þess að geta haft samráð um verðlagningu annaðhvort á vörum á fráliggjandi markaði eða staðkvæmum hugverkarétti eða tækniaðferð, en slík háttsemi telst hafa þann tilgang að takmarka samkeppni, eins og lýst er í 274. mgr.

[125] Sýni reynslan af notkun staðalskilmála á viðkomandi markaði að slíkir skilmálar dragi ekki úr samkeppni á grundvelli vörusérgreiningar getur það einnig bent til þess að sams konar staðalskilmálar, sem samdir eru fyrir skylda vöru, muni ekki heldur hafa samkeppnistakmarkandi afleiðingar.

[126] Sbr. ákvörðun framkvæmdastjórnarinnar í máli IV/31.458 X/Open Group, 42. mgr.: „*Framkvæmdastjórnin lítur svo á að það sé mikilvæg forsenda þeirrar ákvörðunar að veita undanþágu að fyrirtækjahópurinn hefur lýst sig reiðubúinn til að koma niðurstöðunum á framfæri svo fljótt sem auðið er.*“

[127] Í máli IV/29/151 Philips/VCR varð samræming samkvæmt VCR-stöðlunum til þess að öðrum kerfum, sem sum kunna að hafa verið betri, var rutt úr vegi. Þetta var einkar alvarlegt þegar litið er til þess hversu sterk markaðsstaða Philips var „... *Aðildarfyrirtækjunum voru settar takmarkanir sem voru ekki nauðsynlegar til þess að ná fram þessum endurbótum. Tryggja hefði mátt að VCR-myndbandsþólur væru samrýmanlegar tækjum annarra framleiðenda þó að hinum síðarnefndu hefði ekki verið gert að taka á sig aðra skylda en þá að fara eftir VCR-stöðlunum við framleiðslu á myndbandsupptökubúnaði.*“ (31. mgr.)

[128] Sbr. ákvörðun framkvæmdastjórnarinnar í máli IV/31.458 X/Open Group, 45. mgr.: „*[Hópurinn] hefði ekki náð settu marki ef hverju því fyrirtæki, sem lýsti sig reiðubúð að vinna af markmiði, hefði verið leyft að öðlast aðild að hópnum. Það hefði leitt til erfiðleika í tengslum við umsýslu vinnunnar og flutninga og hugsanlega komið í veg fyrir samkomulag um hentugar lausnir.*“ Sbr. einnig ákvörðun framkvæmdastjórnarinnar frá 14. október 2009 í máli 39.416 Skipaflokkun, 36. mgr.: „*er í skuldbindingunum hæfilegt jafnvægi milli þess annars vegar að setja ströng skilyrði fyrir aðild að IACS og hins vegar að fjarlægja óþarfar hindranir fyrir slíkri aðild. Með nýju skilyrðunum er tryggt að aðeins þau skipaflokkunarfélög, sem búa yfir fullnægjandi tæknikunnáttu, geti öðlast aðild að IACS og þannig er komið í veg fyrir að óþarflega væg skilyrði fyrir aðild að sambandinu grafi undan starfi þess þannig að minni og lakari árangur náist. Jafnframt koma nýju skilyrðin ekki í veg fyrir að skipaflokkunarfélög, sem búa yfir fullnægjandi tæknikunnáttu, geti öðlast aðild að IACS ef þau svo óska.*“

[129] Tækniaðferð sem notendur eða leyfishafar telja jafngilda eða staðkvæma annarri tækniaðferð vegna eiginleika beggja aðferðanna og tilætlaðra nota.

[130] Sbr. í þessu tilliti ákvörðun framkvæmdastjórnarinnar í málum IV/34.179, 34.202, 216, Dutch Cranes (SCK og FNK), Stjtið. EB L 312, 23.12.1995, bls. 79, 23. mgr.: „*Bannið við því að ráða sem verktaka fyrirtæki, sem hafa ekki fengið vottun SCK, takmarkar athafnafrelsi vottaðra fyrirtækja. Mat á því hvort bann geti talist koma í veg fyrir samkeppni, takmarka hana eða raska henni í skilningi 1. mgr. 85. gr. verður að fara fram með hliðsjón af ríkjandi laga- og efnahagsumhverfi. Ef bann af þessu tagi er tengt vottunarkerfi sem er starfrækt á fullkomlega opinn, óháðan og gagnsæjan hátt og séð er til þess að jafngild vottun samkvæmt öðrum kerfum sé tekin gild má færa rök fyrir því að það hafi ekki samkeppnistakmarkandi afleiðingar heldur sé tilgangur þess sá einn að tryggja sem best gæði vörunnar eða þjónustunnar sem er vottuð.*“

[131] Hugtakið raunstaðall vísar til aðstæðna þar sem staðall (sem er ekki lögskyldur) er í reynd í notkun í flestum fyrirtækjum í greininni.