

PRIOPĆENJE KOMISIJE

Obavijest

Smjernice za primjenu članka 81. stavka 3. Ugovora (2004/C 101/08)

(Tekst od važnosti za Europski gospodarski prostor)

1. Uvod

1. Članak 81. stavak 3. Ugovora postavlja pravilo o iznimkama koje poduzetnicima služi kao obrana u slučaju kad je utvrđeno kršenje članka 81. stavka 1. Ugovora. Sporazumi, odluke udruženja poduzetnika i usklađena djelovanja¹, koja potpadaju pod članak 81. stavak 1., a zadovoljavaju uvjete iz članka 81. stavka 3., valjana su i izvršiva, i za to nije potrebna prethodna odluka.

2. Članak 81. stavak 3. može se primjenjivati na pojedinačne slučajeve ili kategorije sporazuma i usklađenih djelovanja, putem uredbe o skupnom izuzeću. Uredba 1/2003 o provedbi pravila tržišnog natjecanja utvrđenih u člancima 81. i 82.² ne utječe na valjanost i pravnu prirodu uredbi o skupnom izuzeću. Sve postojeće uredbe o skupnom izuzeću ostaju na snazi, a sporazumi obuhvaćeni uredbama o skupnom izuzeću pravno su valjani i provedivi čak i ako ograničavaju tržišno natjecanje u smislu članka 81. stavka 1³. Takvi sporazumi mogu jedino biti zabranjeni za ubuduće samo ako Komisija odnosno nacionalno tijelo za tržišno natjecanje⁴ službeno povuče skupno izuzeće. Sporazume izuzete skupnim izuzećem nacionalni sudovi ne mogu smatrati nevaljanima u kontekstu postupaka pokrenutih na temelju privatnih tužbi.

3. Postojeće smjernice za vertikalna ograničenja, horizontalne sporazume o suradnji i sporazume o prijenosu tehnologije⁵ uređuju primjenu članka 81. na različite vrste sporazuma i usklađenih djelovanja. Svrha je tih smjernica utvrditi stajalište Komisije o značajnim kriterijima ocjene, koji se primjenjuju na različite vrste sporazuma i djelovanja.

4. Ove smjernice daju tumačenje Komisije o uvjetima iznimaka iz članka 81. stavka 3. čime upućuje na način primjene članka 81. u pojedinačnim slučajevima. Iako za njih nisu obvezujuće, ove smjernice također služe sudovima i tijelima država članica prilikom primjene članka 81. stavka 1. i stavka 3. Ugovora.

5. Ove smjernice postavljaju analitički okvir primjene članka 81.,stavka 3. Svrha je razviti metodologiju primjene ove odredbe Ugovora. Ta se metodologija temelji na ekonomskom pristupu, koji je već uveden i razvijen u smjernicama za vertikalna ograničenja, horizontalne sporazume o suradnji i sporazume o prijenosu tehnologije. Komisija će slijediti ove smjernice, koje, u odnosu na smjernice za vertikalna

ograničenja, horizontalne sporazume o suradnji i sporazume o prijenosu tehnologije, daju detaljnije upute o primjeni četiriju uvjeta iz članka 81. stavka 3., također i u odnosu na sporazume obuhvaćene tim smjernicama.

6. Standardi, utvrđeni u ovim smjernicama, moraju se primjenjivati u svjetlu uvjeta koji su specifični za svaki slučaj. Ovo isključuje mehaničku primjenu. Svaki slučaj mora se ocjenjivati na temelju svojih vlastitih činjenica, a smjernice se moraju primjenjivati razumno i prilagodljivo.

7. U pogledu niza pitanja, ove smjernice ocrtavaju trenutno stanje sudske prakse Suda EZ-a. Međutim, također je namjera Komisije objasniti svoju politiku vezanu uz pitanja koja se nisu rješavala u sudskoj praksi, odnosno pitanja koja su podložna tumačenju. Stajalište Komisije, međutim, ne dovodi u pitanje sudsku praksu Suda EZ-a i prvostupanjskog suda u pogledu tumačenja članka 81. stavka 1. i stavka 3., kao i tumačenja koja sudovi Zajednice mogu dati o ovim odredbama u budućnosti.

2. Opći okvir članka 81. EZ

2.1. Odredbe Ugovora

8. Članak 81. stavak 1. zabranjuje sve sporazume između poduzetnika, odluke udruženja poduzetnika i usklađena djelovanja, koja mogu utjecati na trgovinu između država članica⁶ i koja kao cilj odnosno učinak imaju sprječavanje, ograničavanje ili narušavanje tržišnog natjecanja⁷.

9. Iznimno od ovog pravila, članak 81. stavak 3. uređuje da se zabrana iz članka 81. stavka 1. može proglasiti neprimjenjivom u slučaju sporazuma koji doprinose unapređenju proizvodnje ili distribucije dobara, odnosno promicanju tehničkog ili gospodarskog razvoja, dok istovremeno potrošačima dozvoljavaju pravedni udjel u posljedičnim dobitima, te koji ne nameću ograničenja koja nisu neophodna za postignuće ovih ciljeva, niti takvim poduzetnicima priskrbljuju mogućnost uklanjanja tržišnog natjecanja u odnosu na značajni dio predmetnih proizvoda.

10. Prema članku 1., stavku 1. Uredbe 1/2003, sporazumi koji potpadaju pod članak 81. stavak 1., a ne zadovoljavaju uvjete iz članka 81. stavka 3., zabranjeni su, a da o tome nije potrebna prethodna odluka⁸. Prema članku 1., stavku 2. iste Uredbe, sporazumi koji potpadaju pod članak 81. stavak 1., a zadovoljavaju uvjete iz članka 81. stavka 3., nisu zabranjeni i o tome nije potrebna prethodna odluka. Takvi su sporazumi valjani i izvršivi od trenutka kad su udovoljeni uvjeti iz članka 81. stavka 3., te dok god se ti uvjeti zadovoljavaju.

11. Prema tome, ocjena sukladno članku 81. sastoji se od dva dijela. Prvi je korak ocjena sadrži li sporazum između poduzetnika, koji može utjecati na trgovinu između država članica, ciljeve suprotne pravilima tržišnog natjecanja odnosno proizvodi li stvarne ili moguće⁹ negativne učinke za tržišno natjecanje. Drugi korak, koji postaje važan jedino ako se za sporazum utvrdi da ograničava tržišno natjecanje, treba utvrditi dobiti za

tržišno natjecanje koje stvara predmetni sporazum, i ocijeniti pretežu li te dobrobiti nad učincima suprotnima tržišnom natjecanju. Odmjeravanje učinaka suprotnih i tržišnom natjecanju i onih koji mu pogoduju obavlja se isključivo u okvirima utvrđenima člankom 81. stavkom 3¹⁰.

12. Ocjena bilo koje prevladavajuće dobrobiti, prema članku 81. stavku 3. neophodno iziskuje prethodno utvrđivanje ograničavajuće prirode i učinka sporazuma. Kako bi se članak 81. stavak 3. smjestio u odgovarajući kontekst, primjereno je ukratko iznijeti cilj i glavni sadržaj pravila zabrane iz članka 81, stavka 1. Smjernice Komisije za vertikalna ograničenja, horizontalne sporazume o suradnji i sporazume o prijenosu tehnologije sadrže bitnu uputu o primjeni članka 81, stavka 1., na različite vrste sporazuma¹¹. Ove su smjernice stoga ograničene na dodatno utvrđivanje temeljnog analitičkog okvira za primjenu članka 81, stavka 1.

2.2. Pravilo zabrane iz članka 81. stavka 1.

2.2.1. Opće napomene

13. Cilj je članka 81. zaštita natjecanja na tržištu kao sredstva unapređenja blagostanja potrošača i osiguravanja učinkovite alokacije resursa. Tržišno natjecanje i integracija tržišta služe ovim ciljevima, s obzirom da stvaranje i očuvanje otvorenog jedinstvenog tržišta promiče učinkovitu alokaciju resursa u cijeloj Zajednici, a na dobrobit potrošača.

14. Pravilo zabrane iz članka 81. stavka 1. primjenjuje se na ograničavajuće sporazume i usklađena djelovanja između poduzetnika, kao i na odluke udruženja poduzetnika, u mjeri u kojoj one mogu utjecati na trgovinu između država članica. Opće načelo u temelju članka 81. stavka 1. koje se izražava u sudskoj praksi sudova Zajednice jest da svaki gospodarski subjekt mora neovisno određivati politiku koju namjerava usvojiti na tržištu¹². S tim ciljem, sudovi Zajednice definirali su «sporazume», «odluke» i «usklađena djelovanja» kao koncepte prava Zajednice, koji omogućuju razlikovanje jednostranog djelovanja poduzetnika i usklađivanja ponašanja odnosno koluzije između poduzetnika¹³. Jednostrano djelovanje podložno je jedino članku 82. Ugovora što se tiče prava Zajednice u području tržišnog natjecanja. Štoviše, pravilo konvergencije iz članka 3., stavka 2. Uredbe 1/2003 ne primjenjuje se na jednostrane postupke. Ova se odredba primjenjuje samo na sporazume, odluke i usklađena djelovanja, koja mogu utjecati na trgovinu između država članica. Članak 3., stavak 2. uređuje da u slučaju kad nisu zabranjeni člankom 81., takvi sporazumi, odluke i usklađena djelovanja ne mogu biti zabranjeni nacionalnim pravom tržišnog natjecanja. Članak 3. ne dovodi u pitanje temeljno načelo prvenstva prava Zajednice, što za sobom posebice povlači da se sporazumi i djelovanja zlouporabe, koja su zabranjena člancima 81. i 82. ne mogu odobriti u nacionalnom pravu¹⁴.

15. Vrsta usklađenosti ponašanja odnosno koluzije između poduzetnika koja potpadaju pod opseg članka 81. stavka 1., jesu ona gdje barem jedan poduzetnik u odnosu prema drugom poduzetniku usvoji određeno ponašanje na tržištu, odnosno ona gdje je, kao rezultat kontakta između poduzetnika, neizvjesnost njihova ponašanja na tržištu

uklonjena ili barem značajno smanjena¹⁵. Slijedi da usklađenost može poprimiti oblik obveza koje uređuju tržišne postupke barem jedne od stranaka, kao i dogovora koji utječu na tržišne postupke barem jedne od stranaka, uzrokujući promjene njenih motiva. Nije neophodno da usklađenost bude u interesu svih poduzetnika u pitanju¹⁶. Koordinacija također ne mora nužno biti iskazana. Ona može biti i prešutna. Da bi se za sporazum moglo smatrati da je sklopljen s prešutnim pristankom, mora postojati poziv jednog poduzetnika drugom poduzetniku, bilo iskazan ili naslućen, na zajedničko ispunjenje cilja¹⁷. U određenim okolnostima sporazum se može naslutiti i pripisati tekućim trgovinskim odnosima između stranaka¹⁸. Međutim, sama činjenica da mjera, koju je poduzetnik usvojio, potpada u okvire tekućih poslovnih odnosa, nije dostatna¹⁹.

16. Sporazumi između poduzetnika potpadaju pod pravilo zabrane članka 81. stavka 1. ako je vjerojatno da će imati osjetan štetni utjecaj na parametre natjecanja na tržištu, kao što su cijena, **proizvodni izlaz**, kvaliteta proizvoda, raznolikost proizvoda i inovacija. Sporazumi mogu proizvesti ovaj učinak znatnim smanjivanjem natjecanja između stranaka sporazuma odnosno između njih i trećih strana.

2.2.2. Osnovna načela ocjene sporazuma prema članku 81. stavku 1.

17. Ocjena o tome ograničava li sporazum tržišno natjecanje mora se provoditi unutar stvarnih okvira u kojima bi se tržišno natjecanje ostvarivalo u odsutnosti sporazuma za koji se smatra da sadrži ograničenja²⁰. Prilikom ocjenjivanja neophodno je uzeti u obzir vjerojatni učinak sporazuma na inter-brand tržišno natjecanje (tj. tržišno natjecanje između dobavljača konkurentskih marki) i intra-brand tržišno natjecanje (tj. tržišno natjecanje između distributera iste marke). Članak 81. stavak 1. zabranjuje ograničenja kako inter-brand tako i intra-brand tržišnog natjecanja²¹.

18. Za potrebe ocjenjivanja može li sporazum odnosno njegovi pojedini dijelovi ograničavati inter-brand i/ili intra-brand tržišno natjecanje, treba razmotriti kako i u kojoj mjeri sporazum utječe ili je vjerojatno da će utjecati na natjecanje na tržištu. Sljedeća dva pitanja daju koristan okvir za ocjenu. Prvo pitanje odnosi se na učinak sporazuma na inter-brand tržišno natjecanje, dok se drugo pitanje odnosi na učinak sporazuma na intra-brand tržišno natjecanje. S obzirom da ograničenja mogu istovremeno utjecati kako na inter-brand tako i na intra-brand tržišno natjecanje, može biti neophodno analizirati ograničenje u svjetlu oba pitanja prije nego što se može donijeti zaključak je li tržišno natjecanje ograničeno u smislu članka 81. stavka 1:

(1) Ograničava li sporazum stvarnu ili potencijalnu konkurenciju koja bi bila postojala bez sporazuma? Ako je to slučaj, sporazum može potpadati pod članak 81. stavak 1. Prilikom ocjene neophodno je uzeti u obzir tržišno natjecanje između stranaka i natjecanje s trećim stranama. Primjerice, ako dva poduzetnika s nastanom u različitim državama članicama odluče ne prodavati proizvode na domaćem tržištu onog drugog, (potencijalna) konkurencija koja je postojala prije sporazuma ograničena je. Jednako tako, ako dobavljač nametne svojim distributerima obveze da ne prodaju konkurentske proizvode i te obveze trećoj strani zatvore pristup tržištu, stvarna odnosno potencijalna je konkurencija koja bi u odsutnosti sporazuma postojala ograničena. Prilikom ocjene jesu

li stranke sporazuma stvarni ili mogući takmaci, u obzir se mora uzeti gospodarski i pravni kontekst. Primjerice, ako zbog financijskog rizika i tehničkih mogućnosti stranaka nije vjerojatno da bi na osnovi objektivnih čimbenika svaka stranka bila u mogućnosti zasebno provesti aktivnosti obuhvaćene sporazumom, stranke se smatraju nekonkurentima u pogledu te aktivnosti²². Na strankama je da o tome iznesu dokaze.

(2) Ograničava li sporazum stvarnu ili potencijalnu konkurenciju koja bi bila postojala u odsutnosti ugovornog (ugovornih) ograničenja. Ako je to slučaj, sporazum može potpadati pod članak 81. stavak 1. Primjerice, ako dobavljač svojim distributerima ograniči međusobnu konkurenciju, (moguća) konkurencija koja je mogla postojati da nije bilo ograničenja, bit će ograničena. Takva ograničenja uključuju održavanje preprodajnih cijena te razgraničenja među distributerima u odnosu na teritorijalnu prodaju odnosno kupce. Međutim, određena ograničenja u nekim slučajevima ne moraju potpadati pod članak 81. stavak 1., i to ako je ograničenje objektivno neophodno za postojanje sporazuma te vrste odnosno te naravi²³. Takvo isključenje primjene članka 81. stavka 1. moguće je jedino na osnovi objektivnih čimbenika, vanjskih u odnosu na same stranke, a ne subjektivnih mišljenja i obilježja stranaka. Pitanje nije bi li stranke u svojoj specifičnoj situaciji bile odbile zaključiti manje ograničavajući sporazum, nego ne bi li, s obzirom na prirodu sporazuma i obilježja tržišta, poduzetnici u sličnim okolnostima bili zaključili manje ograničavajući sporazum. Primjerice, teritorijalna ograničenja u sporazumu između dobavljača i distributera mogu na određeno razdoblje potpadati izvan članka 81. stavka 1., ako su ograničenja objektivno neophodna da bi distributer ušao na novo tržište²⁴. Jednako tako, zabrana nametnuta svim distributerima da ne prodaju određenim kategorijama krajnjih korisnika ne mora biti ograničavajuća u smislu tržišnog natjecanja ako je takvo ograničenje objektivno neophodno iz razloga sigurnosti odnosno zdravlja, a zbog opasne prirode predmetnog proizvoda. Tvrdnje da bi se u odsutnosti ograničenja dobavljač bio okrenuo vertikalnoj integraciji nisu dostatne. Odluke za i protiv vertikalne integracije ovise o širokom rasponu složenih ekonomskih čimbenika od kojih je velik broj vezan za čimbenike unutar poduzetnika u pitanju.

19. Prilikom primjene analitičkog okvira opisanog u prethodnom stavku, u obzir treba uzeti da članak 81. stavak 1. čini razliku između sporazuma koji za cilj imaju ograničavanje tržišnog natjecanja i sporazuma kod kojih je ograničavanje tržišnog natjecanja učinak. Sporazum, odnosno ugovorno ograničenje zabranjeno je člankom 81. stavkom 1. samo ako je njegov cilj odnosno učinak ograničenje inter-brand i/ili intra-brand tržišnog natjecanja.

20. Važno je razlikovanje između ograničenja prema cilju odnosno učinku. Jednom kad se utvrdi da sporazum ima za cilj ograničavanje tržišnog natjecanja, nema potrebe uzimati u obzir njegove konkretne učinke²⁵. Drugim riječima u smislu primjene članka 81. stavka 1. stvarni učinci suprotni tržišnom natjecanju ne moraju doći do izražaja ako sporazum ima za cilj ograničiti tržišno natjecanje. S druge strane, članak 81. stavak 3. ne pravi razliku između sporazuma koji ograničavaju tržišno natjecanje prema svom cilju, odnosno onih koji ograničavaju tržišno natjecanje svojim učinkom. Članak 81. stavak 3. primjenjuje se na sve sporazume koji ispunjavaju četiri uvjeta sadržana u njegovim odredbama²⁶.

21. Ograničenja tržišnog natjecanja prema cilju jesu ona ograničenja koja po samoj svojoj prirodi imaju mogućnost ograničavanja tržišnog natjecanja. To su ograničenja koja, u svjetlu ciljeva kojima teže pravila Zajednice u području tržišnog natjecanja, imaju toliko visok mogući negativni učinak na tržišno natjecanje, da je u smislu članka 81. stavka 1., nepotrebno dokazivati bilo koje stvarne učinke na tržištu. Ova se pretpostavka temelji na ozbiljnoj prirodi ograničenja te na iskustvu koje pokazuje da je vjerojatno da će ograničenja tržišnog natjecanja prema cilju proizvesti negativne učinke na tržištu i ugroziti ciljeve kojima teže pravila Zajednice u području tržišnog natjecanja. Ograničenja prema cilju, kao što su dogovaranje cijena i podjela tržišta, smanjuju količinu proizvodnje i povećavaju cijene, dovodeći do pogrešne raspodjele resursa, budući da dobra i usluge, za kojima postoji potražnja kupaca, nisu proizvedena. Ona također dovode do smanjenja dobrobiti potrošača, s obzirom da potrošači moraju plaćati više cijene za predmetna dobra i usluge.

22. Ocjena ima li sporazum za cilj ograničavanje tržišnog natjecanja temelji se na nizu čimbenika. Oni posebice uključuju sadržaj sporazuma i objektivne ciljeve kojima sporazum teži. Također može biti neophodno razmotriti kontekst u kojem se sporazum primjenjuje, odnosno u kojem će se primjenjivati, kao i stvarne postupke i ponašanje stranaka na tržištu²⁷. Drugim riječima, ispitivanje činjenica na kojima sporazum počiva i specifičnih okolnosti u kojima se odvija, može biti potrebno prije donošenja zaključka ograničava li predmetno ograničenje tržišno natjecanje prema cilju. Način na koji se sporazum provodi može otkriti ograničenje prema cilju čak i ako formalni sporazum ne sadrži izričitu odredbu u tom smislu. Dokaz o subjektivnoj namjeri na strani stranaka da ograniče tržišno natjecanje mjerodavni je čimbenik, ali ne i neophodni uvjet.

23. Naputak, koji sadržajem nije ograničen, o tome što čini ograničenje prema cilju, može se naći u uredbama Komisije o skupnom izuzeću, smjernicama i obavijestima. Ograničenja koja su okvalificirana kao negativna u skupnim izuzećima odnosno kao apsolutno zabranjena (hardcore) ograničenja u smjernicama i obavijestima, Komisija općenito smatra ograničenjima prema cilju. U slučaju horizontalnih sporazuma ograničenja tržišnog natjecanja prema cilju uključuju dogovaranje cijena, ograničenje količine proizvodnje i podjelu tržišta i kupaca²⁸. Što se tiče vertikalnih sporazuma, kategorija ograničenja prema cilju uključuje posebice održavanje dogovorene i najniže preprodajne cijene, kao i ograničenja koja pružaju apsolutnu teritorijalnu zaštitu, uključujući ograničenja pasivne prodaje²⁹.

24. Ako sporazum po svom cilju ne ograničava tržišno natjecanje, treba ispitati ima li ograničavajuće učinke na tržišno natjecanje. Pri tome treba voditi računa kako o stvarnim, tako i o mogućim učincima³⁰. Drugim riječima, sporazum mora imati vjerojatne protutržišne učinke. U slučaju ograničavanja tržišnog natjecanja po učinku ne postoji pretpostavka postojanja učinaka koji bi bili negativni za tržišno natjecanje. Da bi sporazum bio ograničavajući svojim učinkom mora utjecati na stvarnu ili potencijalnu konkurenciju u tolikoj mjeri da se na mjerodavnom tržištu s razumnim stupnjem vjerojatnosti mogu očekivati negativni učinci na cijene, količinu proizvodnje, inovacije, odnosno raznolikost ili kvalitetu dobara i usluga³¹. Takvi negativni učinci moraju biti

osjetni. Pravilo zabrane iz članka 81. stavka 1. ne primjenjuje se kad su utvrđeni protutržišni učinci neznatni³². Ovaj test ocrtava ekonomski pristup koji primjenjuje Komisija. Zabrana iz članka 81. stavka 1. primjenjuje se jedino ako se na osnovi odgovarajućih analiza tržišta može zaključiti da sporazum ima vjerojatne protutržišne učinke na tržištu³³. Za takav je nalaz nedostatno da tržišni udjeli sudionika prelaze pragove utvrđene u *de minimis* obavijesti Komisije³⁴. Sporazumi zaštićeni uredbama o skupnom izuzeću mogu potpadati pod članak 81. stavak 1., no to ne mora nužno biti slučaj. Štoviše, činjenica da zbog tržišnih udjela stranaka sporazum nije obuhvaćen skupnim izuzećem sama po sebi nedovoljna je osnova za utvrđivanje da sporazum potpada pod članak 81. stavak 1. odnosno da ne ispunjava uvjete članka 81. stavka 3. Mora se provesti pojedinačna ocjena vjerojatnih učinaka koje sporazum proizvodi.

25. Negativni učinci na tržišno natjecanje unutar mjerodavnog tržišta vjerojatno će se dogoditi kad stranke pojedinačno ili zajednički imaju odnosno postižu neki stupanj tržišne snage, a sporazum doprinosi stvaranju, održavanju ili jačanju te tržišne snage odnosno omogućava strankama iskorištavanje takve snage. Tržišna snaga je sposobnost održavanja cijena iznad tržišne razine, tijekom značajnog vremenskog razdoblja, odnosno održavanja proizvodnog izlaza u smislu količina proizvoda, kvalitete i raznovrsnosti proizvoda ili inovacija ispod tržišne razine tijekom značajnog vremenskog razdoblja. Na tržištima s visokim fiksnim troškovima poduzetnici moraju postaviti cijene znatno iznad svojih graničnih troškova proizvodnje kako bi osigurali tržišni povrat na svoja ulaganja. Činjenica da poduzetnici postavljaju cijene iznad svojih graničnih troškova, prema tome, nije sama po sebi znak da tržišno natjecanje na tržištu ne djeluje i da poduzetnici imaju tržišnu snagu koja im dopušta da postavljaju cijene iznad tržišne razine. Tek kad su tržišna ograničenja nedostatna za održavanje cijena i proizvodnog izlaza na tržišnim razinama poduzetnici imaju tržišnu snagu u smislu članka 81. stavka 1.

26. Stvaranje, održavanje ili jačanje tržišne snage može proizaći iz ograničavanja tržišnog natjecanja između stranaka sporazuma. Ono također može proizaći iz ograničavanja tržišnog natjecanja između bilo koje od stranaka i treće strane, primjerice iz razloga što sporazum dovodi do ovrhe takmaca ili zato što povećava troškove takmaca, ograničavajući njihovu sposobnost učinkovitog natjecanja sa strankama ugovora. Tržišna je snaga pitanje stupnjevanja. Stupanj tržišne snage koja je uobičajeno potrebna da bi se utvrdila povreda članka 81. stavka 1. u slučaju sporazuma koji ograničavaju tržišno natjecanje svojim učinkom niži je od stupnja tržišne snage potrebnog za utvrđivanje vladajućeg položaja prema članku 82.

27. Za potrebe analiziranja ograničavajućih učinaka sporazuma obično je potrebno utvrditi mjerodavno tržište³⁵. Također, obično je neophodno ispitati i ocijeniti, među ostalim, prirodu proizvoda, tržišni položaj stranaka, tržišni položaj takmaca, tržišni položaj kupaca, postojanje potencijalnih takmaca i stupanj ulaznih prepreka. Međutim, u nekim je slučajevima moguće ukazati na protutržišne učinke neposredno analiziranjem postupaka stranaka sporazuma na tržištu. Moguće je, primjerice, potvrditi da je sporazum doveo do povećanja cijena. Smjernice za horizontalne sporazume o suradnji i za vertikalna ograničenja postavljaju detaljni okvir za analiziranje tržišnog učinka različitih vrsta horizontalnih i vertikalnih sporazuma prema članku 81. stavku 1³⁶.

2.2.3. Popratni ograničavajući učinci sporazuma

28. Gornji stavak 18. postavlja okvir za analiziranje učinka sporazuma i njegovih pojedinačnih ograničenja na inter-brand i intra-brand tržišno natjecanje. Ako se na temelju tih načela utvrdi da glavna transakcija obuhvaćena sporazumom ne ograničava tržišno natjecanje, postaje bitno ispitati jesu li pojedinačna ograničenja sadržana u sporazumu također u skladu s člankom 81. stavkom 1., budući da predstavljaju popratne ograničavajuće učinke glavne neograničavajuće transakcije.

29. U pravu tržišnog natjecanja Zajednice koncept popratnih ograničavajućih učinaka sporazuma obuhvaća svako moguće ograničavanje tržišnog natjecanja, koje je neposredno vezano i neophodno za provedbu glavne neograničavajuće transakcije, te joj je proporcionalno³⁷. Ako sporazum u svojim glavnim dijelovima, primjerice ugovor o distribuciji ili zajedničkom pothvatu, za svoj cilj ili učinak nema ograničavanje tržišnog natjecanja, tada ograničenja, koja su neposredno vezana i neophodna za provedbu te transakcije, također ne potpadaju pod članak 81. stavak 1³⁸. Ta povezana ograničenja nazivaju se popratnim ograničavajućim učincima sporazuma. Ograničenje je neposredno vezano uz glavnu transakciju ako je ovisno o provedbi te transakcije i uz nju je neodvojivo vezano. Test nužnosti upućuje na to da ograničenje mora biti objektivno neophodno za provedbu glavne transakcije, kao i proporcionalno glavnoj transakciji. Slijedi da je test popratnih ograničavajućih učinaka sličan testu iz gornjeg članka 18. stavka 2. Ipak, test popratnih ograničavajućih učinaka primjenjuje se u svim slučajevima, u kojima glavna transakcija ne ograničava tržišno natjecanje³⁹. On nije ograničen na utvrđivanje učinka sporazuma na intra-brand tržišno natjecanje.

30. Potrebno je razlikovati primjenu koncepta popratnih ograničavajućih učinaka od primjene obrane prema članku 81. stavku 3., koja se odnosi na određene gospodarske dobiti koje proizvodi ograničavajući sporazum, a koje čine ravnotežu u odnosu na ograničavajuće učinke sporazuma. Primjena koncepta popratnih ograničavajućih učinaka ne uključuje odmjerenje povoljnih i nepovoljnih učinaka na tržišno natjecanje. Takvo se odmjerenje čini prema članku 81. stavku 3⁴⁰.

31. Ocjena popratnih ograničavajućih učinaka svodi se na utvrđivanje je li, u specifičnom kontekstu glavne neograničavajuće transakcije odnosno aktivnosti, određeno ograničenje nužno za provedbu te transakcije odnosno aktivnosti te je li joj proporcionalno. Ako se na temelju objektivnih čimbenika može zaključiti da bi bez ograničenja bilo teško ili nemoguće provesti glavnu neograničavajuću transakciju, ograničenje se može smatrati objektivno nužnim za njenu provedbu i proporcionalnim transakciji⁴¹. Ako primjerice glavni cilj sporazuma o franšizi ne ograničava tržišno natjecanje, tada ograničenja koja su neophodna za odgovarajuće djelovanje sporazuma, kao što su obveze usmjerene na zaštitu jedinstvenosti i reputacije sustava franšize, također ne potpadaju pod članak 81. stavak 1⁴². Jednako tako, ako zajednički pothvat sam po sebi ne ograničava tržišno natjecanje, tada se ograničenja koja su nužna za djelovanje sporazuma smatraju popratnim ograničavajućim učincima u odnosu na glavnu transakciju te stoga ne potpadaju pod članak 81. stavak 1. Primjerice, u TPS slučaju⁴³ Komisija je zaključila da

je obveza stranaka da ne smiju biti uključene u poduzetnike koji se bave distribucijom i marketingom televizijskog programa putem satelita, predstavljala popratni ograničavajući učinak stvaranja zajedničkog pothvata tijekom početne faze. Stoga je zaključeno da ograničenje ne potpada pod članak 81. stavak 1. na razdoblje od tri godine. Pri donošenju takvog zaključka Komisija je uzela u obzir velika ulaganja i poslovne rizike vezane uz ulazak na tržište televizije na plaćanje.

2.3. Pravilo iznimke iz članka 81. stavka 3.

32. Ocjena ograničenja prema cilju i učinku, prema članku 81. stavku 1. tek je jedna strana analize. Druga strana, koja se očituje u članku 81. stavku 3. ocjena je pozitivnih gospodarskih učinaka ograničavajućih sporazuma.

33. Cilj je pravila Zajednice u području tržišnog natjecanja zaštititi natjecanje na tržištu, kao način unapređenja dobrobiti za potrošače i osiguranja učinkovite raspodjele resursa. Sporazumi koji ograničavaju tržišno natjecanje mogu istodobno imati učinke povoljne za tržišno natjecanje, i to putem dobitka od učinkovitosti⁴⁴. Učinkovitost može stvoriti dodatnu vrijednost smanjenjem troška proizvodnje, poboljšanjem kvalitete proizvoda ili stvaranjem novog proizvoda. Kad učinci sporazuma povoljni za tržišno natjecanje prevladavaju nad protutržišnim učincima sporazum je u konačnici povoljan za tržišno natjecanje i u skladu s ciljevima politike Zajednice u području tržišnog natjecanja. Neto učinak takvih sporazuma jest promicanje same biti procesa tržišnog natjecanja, odnosno pridobivanje kupaca ponudom boljih proizvoda ili boljih cijena od onih koje nude takmaci. Ovaj analitički okvir očituje se u članku 81. stavku 1. i članku 81. stavku 3. Odredba članka 81. stavka 3. izričito priznaje da ograničavajući sporazumi mogu stvoriti objektivne gospodarske dobrobiti i tako prevladati nad negativnim učincima ograničavanja tržišnog natjecanja⁴⁵.

34. Primjena pravila izuzetka iz članka 81. stavka 3., podložna je četirima kumulativnim uvjetima, od kojih su dva pozitivna, a dva negativna:

- a) sporazum mora pridonositi unapređenju proizvodnje ili distribucije dobara odnosno pridonositi promicanju tehničkog ili gospodarskog napretka,
- b) potrošači moraju primiti odgovarajući dio proizašle dobrobiti,
- c) ograničenja moraju biti neophodna za postizanje tih ciljeva, i
- d) sporazum ne smije strankama priskrbiti mogućnost uklanjanja tržišnog natjecanja u smislu znatnog dijela predmetnih proizvoda.

Kad su ta četiri uvjeta zadovoljena, sporazum pospješuje tržišno natjecanje unutar mjerodavnog tržišta, budući da predmetne poduzetnike navodi na ponudu jeftinijih ili boljih proizvoda potrošačima, nadoknađujući na taj način za potrošače nepovoljne učinke ograničenja tržišnog natjecanja.

35. Članak 81. stavak 3. može se primjenjivati bilo na pojedinačne sporazume, bilo na kategorije sporazuma putem uredbe o skupnom izuzeću. Ako je sporazum obuhvaćen skupnim izuzećem, stranke ograničavajućeg sporazuma riješene su tereta, prema članku 2. Uredbe 1/2003, dokazivanja da njihov pojedinačni ugovor zadovoljava svaki od uvjeta članka 81. stavka 3. Stranke jedino moraju dokazati da ograničavajući sporazum potpada pod skupno izuzeće. Primjena članka 81. stavka 3. na kategorije sporazuma putem uredbe o skupnom izuzeću temelji se na pretpostavci da ograničavajući sporazumi koji su njome obuhvaćeni⁴⁶ zadovoljavaju svaki od četiri uvjeta utvrđenih člankom 81. stavkom 3.

36. Ako u pojedinačnom slučaju sporazum potpada pod članak 81. stavak 1., a uvjeti članka 81. stavka 3. nisu zadovoljeni, skupno izuzeće može se povući. Sukladno članku 29. stavku 1. Uredbe 1/2003 Komisija je ovlaštena povući povlasticu skupnog izuzeća ako utvrdi da u pojedinom slučaju sporazum obuhvaćen uredbom o skupnom izuzeću proizvodi određene učinke koji su nespojivi s člankom 81. stavkom 3. Ugovora. Prema članku 29. stavku 2. Uredbe 1/2003 tijelo za konkurenciju država članice može također povući povlasticu uredbe Komisije o skupnom izuzeću na svom teritoriju (ili dijelu teritorija) ako taj teritorij ima sva obilježja odvojenog zemljopisnog tržišta. U slučaju povlačenja, na predmetnim je tijelima za konkurenciju da dokažu da sporazum krši članak 81. stavak 1. te da ne ispunjava uvjete članka 81. stavka 3.

37. Sudovi država članica nemaju ovlast povući povlasticu uredbu o skupnom izuzeću. Štoviše, u primjeni uredbi o skupnom izuzeću sudovi država članica ne smiju mijenjati njihov obuhvat proširujući područje njihove primjene na sporazume koji nisu obuhvaćeni predmetnom uredbom o skupnom izuzeću⁴⁷. Izvan obuhvata uredbi o skupnom izuzeću sudovi država članica imaju ovlast primjenjivati članak 81. u potpunosti (usporedi s člankom 6. Uredbe 1/2003).

3. PRIMJENA ČETIRIJU UVJETA IZ ČLANKA 81. STAVKA 3.

38. Daljnji tekst ovih smjernica razmotrit će svaki od četiriju uvjeta iz članka 81. stavka 3⁴⁸. S obzirom da su ta četiri uvjeta kumulativna⁴⁹, nije potrebno ispitivati preostale uvjete ako se utvrdi da jedan od uvjeta iz članka 81. stavka 3. nije zadovoljen. U pojedinačnim slučajevima stoga može biti primjereno razmotriti četiri uvjeta različitim redoslijedom.

39. U smislu ovih smjernica, smatra se primjerenim obrnuti redoslijed drugog i trećeg uvjeta i tako razmotriti pitanje neophodnosti prije pitanja prelijevanja dobiti na potrošače. Analiza prelijevanja dobiti zahtijeva odmjeravanje negativnih i pozitivnih učinaka sporazuma na potrošače. Ova analiza ne bi trebala uključivati učinke ograničenja koja nisu prošla test neophodnosti i koja su iz tog razloga zabranjena člankom 81.

3.1. Opća načela

40. Članak 81. stavak 3. Ugovora postaje mjerodavan tek kad ugovor između poduzetnika ograničava tržišno natjecanje u smislu članka 81. stavka 1. U slučaju

neograničavajućih sporazuma nema potrebe ispitivati dobrobiti koje proizlaze iz sporazuma.

41. Ako je u pojedinačnom slučaju dokazano ograničavanje tržišnog natjecanja u smislu članka 81. stavka 1., moguće je pozivanje na članak 81. stavak 3. radi obrane. Sukladno članku 2. Uredbe 1/2003 teret dokaza prema članku 81. stavku 3. počiva na poduzetniku (poduzetnicima) koji se poziva na povlasticu pravila iznimke. Ako uvjeti iz članka 81. stavka 3. nisu zadovoljeni, sporazum je ništav (usporedi s člankom 81. stavkom 2.). Međutim, takvo automatsko nevaženje primjenjuje se samo na one dijelove sporazuma koji nisu u skladu s člankom 81., uz uvjet da su ti dijelovi odvojivi od sporazuma kao cjeline⁵⁰. Ako je nevažeći samo dio sporazuma, nacionalno pravo treba utvrditi posljedice koje iz toga proizlaze za preostali dio sporazuma⁵¹.

42. Sukladno riješenoj sudskoj praksi četiri uvjeta iz članka 81. stavka 3. kumulativni su⁵², tj. svi moraju biti ispunjeni da bi se moglo primijeniti pravilo iznimke. Ako to nije slučaj, primjena pravila iznimke iz članka 81. stavka 3. mora biti odbijena⁵³. Također, četiri su uvjeta iz članka 81. stavka 3. konačna. Kad su oni ispunjeni, iznimka je primjenjiva i ne smije ovisiti ni o jednom drugom uvjetu. Ciljevi, kojima teže druge odredbe Ugovora, mogu se uzeti u obzir u mjeri u kojoj su sadržani u četiri uvjeta iz članka 81. stavka 3⁵⁴.

43. Ocjena dobrobiti, prema članku 81. stavku 3. koju donose ograničavajući sporazumi u načelu se vrši unutar granica svakog mjerodavnog tržišta na koje se sporazum odnosi. Pravila Zajednice u području tržišnog natjecanja za cilj imaju zaštitu natjecanja na tržištu i od tog se cilja ne mogu odvojiti. Povrh toga, uvjeti da potrošači⁵⁵ moraju primiti odgovarajući udjel dobrobiti općenito upućuje na to da učinkovitosti koje ograničavajući sporazum proizvodi na mjerodavnom tržištu moraju biti dostatne da bi prevladale nad učincima suprotnima tržišnom natjecanju koje sporazum proizvodi na istom mjerodavnom tržištu⁵⁶. Negativni učinci na potrošače na jednom zemljopisnom ili proizvodnom tržištu općenito ne mogu biti uravnoteženi i nadoknađeni pozitivnim učincima za potrošače na nekom drugom nepovezanim zemljopisnom odnosno proizvodnom tržištu. Međutim, ako su dva tržišta povezana, učinkovitosti koje se postižu na zasebnim tržištima mogu se uzeti u obzir, uz uvjet da su skupine potrošača, koje su pogođene ograničenjem odnosno uživaju dobrobiti od učinkovitosti, u bitnome jednake⁵⁷. Zaista, u nekim su slučajevima jedino potrošači na proizvodnom tržištu pogođeni sporazumom, u kojem se slučaju učinak sporazuma na te potrošače mora ocjenjivati. To je primjerice slučaj u sporazumima o kupnji⁵⁸.

44. Ocjena ograničavajućih sporazuma prema članku 81. stavku 3. provodi se unutar stvarnog konteksta u kojemu se sporazumi odvijaju⁵⁹ te na osnovi činjenica koje postoje u bilo kojem danom vremenskom trenutku. Ocjena je podložna materijalnim promjenama činjenica. Pravilo iznimke iz članka 81. stavka 3. primjenjuje se dok god su četiri uvjeta zadovoljena, a prestaje se primjenjivati kad to više nije slučaj⁶⁰. Prilikom primjene članka 81. stavka 3. u skladu s ovim načelima neophodno je u obzir uzeti početna potopljena ulaganja bilo koje od stranaka, kao i potrebno vrijeme i ograničenja koja su potrebna radi

ostvarenja i naplate ulaganja kojim se promiče učinkovitost. Članak 81. ne može se primjenjivati a da se u obzir ne uzme takvo *ex ante* ulaganje. Rizik s kojim se stranke suočavaju, kao i potopljeno ulaganje koje se mora provesti kako bi se ostvario sporazum, može dakle dovesti do toga da sporazum ne potpada pod članak 81. stavak 1. odnosno da ispunjava uvjete članka 81. stavka 3. ovisno o slučaju za vremensko razdoblje potrebno za povrat ulaganja.

45. U nekim slučajevima ograničavajući sporazum jest nepovratni događaj. Jednom kad je ograničavajući sporazum proveden, nemoguć je povrat u *ex ante* stanje. U takvim slučajevima ocjena se mora provesti isključivo na temelju činjenica koje postoje u trenutku provedbe. Primjerice, u slučaju sporazuma o istraživanju i razvoju, kod kojeg svaka stranka pristane napustiti svoj odnosni istraživački projekt i udružiti svoje sposobnosti s onima druge stranke, s objektivne točke gledišta može biti tehnički i ekonomski nemoguće oživjeti projekt jednom kad je napušten. Prema tome, ocjena po tržišno natjecanje povoljnih i nepovoljnih učinaka sporazuma o napuštanju pojedinačnih istraživačkih projekata, mora se provesti kao da se provodi u vrijeme dovršetka njegove provedbe. Ako je u tom vremenskom trenutku sporazum u skladu s člankom 81., primjerice iz razloga što dostatan broj trećih strana ima konkurentne projekte istraživanja i razvoja, sporazum stranaka o napuštanju svojih pojedinačnih projekata ostaje u skladu s člankom 81., čak i ako naknadno projekti trećih strana ne uspiju. Međutim, zabrana iz članka 81. može se primjenjivati na druge dijelove sporazuma, u pogledu kojih se ne javlja pitanje nepovratnosti. Ako primjerice uz zajedničko istraživanje i razvoj, sporazum uređuje zajedničko korištenje, članak 81. može se primjenjivati na taj dio sporazuma, ako zbog naknadnih tržišnih kretanja sporazum postane ograničavajući u smislu tržišnog natjecanja i (više) ne zadovoljava uvjete iz članka 81. stavka 3., a uzimajući u obzir *ex ante* potopljena ulaganja (usporedi s prethodnim stavkom).

46. Članak 81., stavak 3. ne isključuje unaprijed određene vrste sporazuma iz svog obuhvata. Načelo je da su svi ograničavajući sporazumi, koji ispunjavaju četiri uvjeta iz članka 81. stavka 3., obuhvaćeni pravilom iznimke⁶¹. Međutim, nije vjerojatno da će ozbiljna ograničenja tržišnog natjecanja zadovoljiti uvjete iz članka 81. stavka 3. Takva ograničenja obično su okvalificirana kao negativna u uredbama o skupnom izuzeću odnosno kao apsolutno zabranjena ograničenja u smjernicama i obavijestima Komisije. Sporazumi takve prirode uobičajeno ne zadovoljavaju (barem) prva dva uvjeta iz članka 81. stavka 3. Oni ne stvaraju objektivne gospodarske dobrobiti⁶², niti potrošačima donose koristi⁶³. Primjerice, horizontalni sporazum o utvrđivanju cijena ograničava proizvodni izlaz što dovodi do pogrešne raspodjele resursa. Također, to prenosi vrijednost s potrošača na proizvođače, s obzirom da stvara veće cijene a pri tom ne proizvodi odgovarajuću protuvrijednost za potrošače unutar mjerodavnog tržišta. Štoviše, takve vrste ugovora također uglavnom ne prolaze test neophodnosti iz trećeg uvjeta⁶⁴.

47. Svaka tvrdnja da su ograničavajući sporazumi opravdani jer za cilj imaju osiguravanje fer uvjeta tržišnog natjecanja na tržištu po svojoj je prirodi neutemeljena i mora se odbaciti⁶⁵. Svrha je članka 81. zaštititi učinkovito tržišno natjecanje na način da se osigura održavanje otvorenosti tržišta i tržišnog natjecanja. Zaštita fer uvjeta tržišnog

natjecanja zadatak je zakonodavca u skladu s obvezama prava Zajednice⁶⁶, a ne poduzetnika da sami sebe reguliraju.

3.2. Prvi uvjet iz članka 81. stavka 3.: dobiti od učinkovitosti

3.2.1. Opće napomene

48. Sukladno prvom uvjetu iz članka 81. stavka 3. ograničavajući sporazum mora doprinostiti unapređenju proizvodnje ili distribucije dobara odnosno promicanju tehničkog ili gospodarskog razvoja. Odredba se izričito odnosi samo na dobra, no analogno se primjenjuje i na usluge.

49. Iz sudske prakse Suda EZ-a slijedi da se u obzir mogu uzeti samo objektivne koristi⁶⁷. To znači da se učinkovitost ne ocjenjuje sa subjektivne točke gledišta stranaka⁶⁸. Troškovne uštede koje proizlaze iz samog ostvarenja tržišne snage stranaka ne mogu se uzeti u obzir. Primjerice, kad društva postignu sporazum o cijenama ili dijele tržišta, ona smanjuju količinu proizvodnje, a time i proizvodne troškove. Smanjena razina tržišnog natjecanja također može dovesti do nižih prihoda od prodaje i izdataka za marketing. Takva smanjenja troškova izravna su posljedica smanjenja količine proizvodnje i vrijednosti. Predmetna troškovna smanjenja ne proizvode nikakve učinke povoljne za tržišno natjecanje. Konkretno, ona ne dovode do stvaranja vrijednosti putem udruživanja imovine i poslovanja. Ona tek daju mogućnost predmetnim poduzetnicima da povećaju dobit te su stoga nevažna s točke gledišta članka 81. stavka 3.

50. Svrha je prvog uvjeta iz članka 81. stavka 3. utvrditi vrste dobitaka od učinkovitosti, koji se mogu uzeti u obzir te se podvrgnuti daljnjim testovima drugog i trećeg uvjeta iz članka 81. stavka 3. Cilj je analize ustanoviti gospodarski značaj takvih učinkovitosti. Kako, da bi se članak 81. stavak 3. primjenjivao, učinci sporazuma povoljni za tržišno natjecanje moraju prevagnuti nad njegovim protutržišnim učincima, neophodno je ispitati vezu između sporazuma i navodnih učinkovitosti, te utvrditi koja je vrijednost tih učinkovitosti.

51. Stoga, sve tvrdnje o učinkovitosti moraju biti potkrijepljene na način da se može dokazati sljedeće:

- a) priroda navodnih učinkovitosti;
- b) veza između sporazuma i učinkovitosti;
- c) vjerojatnost i razmjer svake od navedenih učinkovitosti; i
- d) kako i kada bi se svaka od navedenih učinkovitosti postigla.

52. Točka a) donositelju odluke daje mogućnost provjere jesu li navodne učinkovitosti objektivne po svojoj prirodi (usporedi gornji stavak 49.).

53. Točka b) donositelju odluke daje mogućnost provjere postoji li dostatna uzročna veza između ograničavajućeg sporazuma i navodnih učinkovitosti. Ovaj uvjet uobičajeno iziskuje da učinkovitosti proizlaze iz gospodarske aktivnosti koja čini cilj sporazuma. Takve aktivnosti mogu primjerice biti u obliku distribucije, licenciranja tehnologije,

zajedničke proizvodnje ili zajedničkog istraživanja i razvoja. Međutim, u mjeri u kojoj sporazum ima šire učinke pospješivanja učinkovitosti na mjerodavnom tržištu, primjerice iz razloga što dovodi do smanjenja troškova čitave djelatnosti gospodarstva, te se dodatne koristi također uzimaju u obzir.

54. Uzročna veza između sporazuma i navodnih učinkovitosti obično također mora biti izravna⁶⁹. Tvrdnje temeljene na neizravnim učincima u pravilu su suviše neizvjesne i nejasne da bi se uzele u razmatranje. Izravna uzročna veza postoji, primjerice, u slučaju gdje sporazum o prijenosu tehnologije dozvoljava imateljima licence da proizvode nove ili poboljšane proizvode, ili kod sporazuma o distribuciji koji daje mogućnost da se proizvodi distribuiraju po nižem trošku odnosno da se pružaju vrijedne usluge. Primjer neizravnog učinka bio bi slučaj, u kojem se tvrdi da ograničavajući sporazum daje predmetnim poduzetnicima priliku povećanja dobiti, omogućavajući im da više ulažu u istraživanje i razvoj, što je u konačnici korist za potrošače. Iako je moguće da postoji veza između profitabilnosti i istraživanja i razvoja, ta veza obično nije dovoljno izravna da bi se uzela u obzir u kontekstu članka 81. stavka 3.

55. Točke c) i d) donositelju odluke daju mogućnost provjere vrijednosti navodnih učinkovitosti, koja, u smislu trećeg uvjeta iz članka 81. stavka 3., mora biti odmjeravana nasuprot protutržišnim učincima sporazuma (vidi stavak 101. u nastavku). S obzirom da se članak 81. stavak 1. primjenjuje samo u slučajevima, u kojima sporazum ima vjerojatne negativne učinke na tržišno natjecanje i potrošače (u slučaju apsolutno zabranjenih ograničenja takvi se učinci pretpostavljaju), tvrdnje o učinkovitostima moraju biti potkrijepljene na način da ih je moguće dokazati. Nepotkrijepljene tvrdnje odbijaju se.

56. U slučaju navodnih troškovnih učinkovitosti poduzetnici koji se pozivaju na povlasticu iz članka 81. stavka 3. moraju što točnije, koliko je to razumno moguće, izračunati odnosno procijeniti vrijednost učinkovitosti te detaljno opisati način na koji je iznos izračunat. Također moraju opisati metode putem kojih su učinkovitosti bile ili će biti postignute. Podastrijeti podaci moraju biti dokazivi, tako da može postojati dovoljna razina sigurnosti da su se učinkovitosti ostvarile, odnosno da je vjerojatno da će se ostvariti.

57. U slučaju navodnih učinkovitosti u obliku novih ili unaprijeđenih proizvoda te drugih učinkovitosti koje se ne temelje na troškovima, poduzetnici koji se pozivaju na povlasticu iz članka 81. stavka 3. moraju detaljno opisati i objasniti prirodu učinkovitosti te kako i zašto te učinkovitosti čine objektivnu gospodarsku dobrobit.

58. U slučajevima gdje se sporazum tek treba u potpunosti provesti, stranke moraju potkrijepiti predviđanja trenutka od kojeg će učinkovitosti postati djelatne i na taj način ostvarivati značajni pozitivni učinak na tržištu.

3.2.2. Različite kategorije učinkovitosti

59. Vrste učinkovitosti koje navodi članak 81. stavak 3. jesu široke kategorije sa svrhom obuhvaćanja svih objektivnih ekonomskih učinkovitosti. Postoji značajno preklapanje između različitih kategorija spomenutih u članku 81. stavku 3. tako da jedan te isti sporazum može potaknuti razmatranje nekoliko vrsta učinkovitosti. Stoga nije primjereno činiti jasnu i čvrstu razliku između različitih kategorija. U smislu ovih smjernica, razlikuju se troškovne učinkovitosti i učinkovitosti kvalitativne prirode kod kojih se vrijednost stvara u obliku novih ili unaprijeđenih proizvoda, veće raznolikosti proizvoda itd.

60. Učinkovitosti općenito potječu od integriranja gospodarskih aktivnosti, pri čemu poduzetnici udružuju svoja sredstva radi postizanja onoga što sami ne bi mogli postići jednako učinkovito ili povjeravaju drugom poduzetniku zadaće koje taj drugi poduzetnik može provesti na učinkovitiji način.

61. Istraživanje i razvoj, te proces proizvodnje i distribucije, mogu se promatrati kao lanac vrijednosti koji se može podijeliti na niz faza. U svakoj fazi toga lanca poduzetnik mora napraviti izbor između mogućnosti da aktivnost obavlja sam, da je obavlja zajedno s drugim poduzetnikom odnosno poduzetnicima, ili da aktivnosti u potpunosti povjeri vanjskom izvoru odnosno drugom poduzetniku (drugim poduzetnicima).

62. U svakom slučaju gdje učinjeni izbor podrazumijeva suradnju s drugim poduzetnikom na tržištu obično je potrebno sklopiti sporazum u smislu članka 81. stavka 1. Ti sporazumi mogu biti vertikalni, kao što je slučaj kad stranke posluju na različitim razinama istog vrijednosnog lanca, ili horizontalni, kao što je slučaj kad poduzetnici djeluju na istoj razini vrijednosnog lanca. Obje kategorije sporazuma mogu stvoriti učinkovitosti omogućavajući predmetnim poduzetnicima da određenu aktivnost obave uz niži trošak ili višu dodanu vrijednost za potrošače. Takvi sporazumi također mogu sadržavati ili dovoditi do ograničavanja tržišnog natjecanja u kojem slučaju pravilo zabrane iz članka 81. stavka 1. i pravilo iznimke iz članka 81. stavka 3. mogu postati mjerodavna.

63. Vrste učinkovitosti navedene u nastavku samo su neki od primjera i time one nisu u cijelosti iscrpljene.

3.2.2.1. Troškovne učinkovitosti

64. Troškovne učinkovitosti koje proizlaze iz sporazuma između poduzetnika mogu potjecati iz niza različitih izvora. Vrlo važan izvor troškovnih ušteda jest razvoj novih proizvodnih tehnologija i metoda. Općenito, najveće se mogućnosti troškovnih ušteda ostvaruju kad dolazi do skokova u tehnološkom razvoju. Primjerice, uvođenje pokretne trake dovelo je do vrlo značajnog smanjenja troškova proizvodnje motornih vozila.

65. Drugi vrlo važan izvor učinkovitosti jesu sinergije koje proizlaze iz integriranja postojećih sredstava. Kad stranke sporazuma udružuju svoja sredstva, mogu se osposobiti za postizanje odnosa troška i proizvodnog izlaza koji inače ne bi bio moguć. Udruživanje dviju postojećih tehnologija s komplementarnim prednostima može sniziti proizvodne

troškove ili pak dovesti do proizvodnje kvalitetnijeg proizvoda. Primjerice, moguće je da proizvodna sredstva poduzetnika A stvaraju visok proizvodni izlaz po satu, no iziskuju razmjerno visok unos sirovina po jedinici izlaza, dok proizvodna sredstva poduzetnika B stvaraju niži izlaz po satu, ali iziskuju relativno niži unos sirovina po jedinici izlaza. Sinergije se postižu ako pokretanjem zajedničkog proizvodnog pothvata, koji udružuje proizvodna sredstva poduzetnika A i poduzetnika B, stranke mogu postići visok odnosno viši stupanj izlaza po satu s niskim odnosno nižim unosom sirovina po jedinici proizvodnog izlaza. Jednako tako, ako je jedan poduzetnik optimizirao neki dio vrijednosnog lanca, a drugi je poduzetnik optimizirao drugi dio lanca, udruživanje njihovog poslovanja može dovesti do nižih troškova. Poduzetnik A može, primjerice, imati visoko automatizirane proizvodne kapacitete koji dovode do niskih jediničnih proizvodnih troškova, dok je poduzetnik B razvio učinkoviti sustav obrade narudžbi. Sustav omogućuje oblikovanje proizvodnje prema zahtjevima kupca, osiguravajući pravovremenu dostavu i smanjujući troškove skladištenja i zastarjelosti zaliha. Udruživanjem sredstava poduzetnici A i B mogu stvoriti uvjete za postizanje smanjenja troškova.

66. Troškovne učinkovitosti također mogu proizaći iz ekonomija razmjera, tj. opadanja jediničnih troškova proizvodnog izlaza kako količina izlaza raste. Uzmimo sljedeći primjer: ulaganje u opremu i druga sredstva često se mora vršiti u nedjeljivim cjelinama. Ako poduzetnik ne može u potpunosti iskoristiti cjelinu njegovi će prosječni troškovi biti viši nego da ima takvu mogućnost. Primjerice, trošak poslovanja s kamionom praktički je jednak bez obzira je li on gotovo prazan, polupun ili pun. Sporazumi, kod kojih poduzetnici udružuju logistiku, mogu im omogućiti povećanje faktora opterećenosti i smanjenje broja uposlenih vozila. Veći razmjeri mogu također omogućiti bolju podjelu rada dovodeći do nižih jediničnih troškova. Poduzetnici mogu postići ekonomiju razmjera u odnosu na sve dijelove lanca vrijednosti, uključujući istraživanje i razvoj, proizvodnju, distribuciju i marketing. Srodna vrsta učinkovitosti jest ušteda na temelju učenja. Stjecanjem iskustva u korištenju određenog proizvodnog procesa ili obavljanju određenih zadataka može doći do rasta produktivnosti budući da je proces učinjen učinkovitijim ili je zadatak obavljen brže.

67. Ekonomija obujma drugi je izvor troškovne učinkovitosti do kojeg dolazi kad poduzetnici postignu troškovne uštede proizvodeći različite proizvode na temelju istog proizvodnog unosa. Takve učinkovitosti mogu proizaći iz činjenice da je moguće koristiti iste sastavnice te iste kapacitete i kadrove za proizvodnju raznih proizvoda. Jednako tako, ekonomija obujma može se pojaviti u distribuciji, kad se nekoliko vrsta dobara distribuiraju u istim vozilima. Primjerice, proizvođač smrznutih pizza i proizvođač smrznutog povrća mogu postići ekonomiju obujma zajedničkom distribucijom svojih proizvoda. Obje skupine proizvoda moraju se distribuirati u hlađenim vozilima pa je vjerojatno da postoje značajna preklapanja u pogledu kupaca. Udruživanjem poslovanja dva proizvođača mogu postići niže distribucijske troškove po distribuiranoj jedinici proizvoda.

68. Učinkovitosti u obliku smanjenja troškova također mogu proizaći iz sporazuma koji stvaraju uvjete za bolje planiranje proizvodnje smanjujući potrebu držanja skupih zaliha i omogućavajući bolje iskorištenje kapaciteta. Učinkovitosti takve prirode mogu primjerice

potjecati od kupnje po načelu just in time, odnosno obveze dobavljača sastavnica da kontinuirano opskrbljuje kupca sukladno njegovim potrebama čime kupac izbjegava potrebu održavanja znatne količine zaliha sastavnica za koje postoji rizik zastarijevanja. Troškovne uštede također mogu proizaći iz sporazuma koji strankama omogućavaju racionalizaciju proizvodnje raspodjelom po proizvodnim kapacitetima.

3.2.2.2. Kvalitativne učinkovitosti

69. Sporazumi među poduzetnicima mogu proizvesti različite učinkovitosti kvalitativne prirode koje su mjerodavne za primjenu članka 81. stavka 3. U nizu slučajeva glavni potencijal sporazuma za unapređenje učinkovitosti ne leži u smanjenju troškova, već u poboljšanju kvalitete i drugim učinkovitostima kvalitativne prirode. Ovisno o pojedinom slučaju takve učinkovitosti mogu stoga biti od jednake ili veće važnosti u odnosu na troškovne učinkovitosti.

70. Tehnički i tehnološki napredak čini ključni i dinamički dio gospodarstva donoseći značajne dobrobiti u obliku novih ili unaprjeđenih proizvoda i usluga. Suradnjom poduzetnici mogu stvoriti uvjete za ostvarenje učinkovitosti koje ne bi bile moguće bez ograničavajućeg sporazuma ili bi bile moguće jedino uz znatno kašnjenje i viši trošak. Takve učinkovitosti čine bitan izvor gospodarskih dobrobiti obuhvaćenih prvim uvjetom iz članka 81. stavka 3. Sporazumi koji mogu proizvesti učinkovitosti ovakve prirode uključuju posebice sporazume o istraživanju i razvoju. Primjer bi bio sljedeći: poduzetnici A i B pokreću zajednički pothvat u području razvoja i, uz uvjet uspjeha, zajedničku proizvodnju automobilskih guma s odjeljcima. Bušenje jednog odjeljka ne utječe na ostale, što znači da ne postoji rizik ispuhivanja gume u slučaju da je probušena. Na taj je način guma pouzdanija od tradicionalnih. To također znači da ne postoji potreba da se guma odmah mijenja i zato nosi rezervna. Obje vrste učinkovitosti čine objektivne dobrobiti u smislu prvog uvjeta iz članka 81. stavka 3.

71. Na isti način, na koji udruživanje komplementarnih sredstava može potaknuti troškovne uštede, udruživanje sredstava također može dovesti do sinergija koje stvaraju učinkovitosti kvalitativne prirode. Udruživanje proizvodnih sredstava može, primjerice, dovesti do proizvodnje kvalitetnijih proizvoda ili proizvoda s novim obilježjima. To može biti slučaj kod, primjerice, sporazuma o licenciranju i sporazuma koji uređuju zajedničku proizvodnju novih ili unaprijeđenih dobara odnosno usluga. Sporazumi o licenciranju mogu, posebice, osigurati brže širenje nove tehnologije u Zajednici i imateljima licence omogućiti ponudu novih proizvoda ili uporabu novih proizvodnih tehnika koje dovode do poboljšanja kvalitete. Sporazumi o zajedničkoj proizvodnji mogu, posebice, stvoriti uvjete za uvođenje novih ili unaprijeđenih proizvoda na tržište brže odnosno jeftinije⁷⁰. Za sporazume o suradnji u sektoru telekomunikacija, primjerice, smatralo se da dovode do učinkovitosti bržim stvaranjem ponude novih globalnih usluga⁷¹. Za sporazume o suradnji u bankarskom sektoru, koji su nudili poboljšane mogućnosti za obavljanje prekograničnih plaćanja, smatralo se da stvaraju učinkovitosti koje potpadaju pod prvi uvjet iz članka 81. stavka 3⁷².

72. Sporazumi o distribuciji također mogu potaknuti kvalitativne učinkovitosti. Specijalizirani distributeri, primjerice, mogu doći u položaj pružati usluge koje su bolje prilagođene potrebama kupca ili osigurati bržu dostavu odnosno bolju kvalitetu kroz cjelokupni distribucijski lanac⁷³.

3.3. Treći uvjet iz članka 81. stavka 3.: neophodnost ograničenja

73. Sukladno trećem uvjetu iz članka 81. stavka 3. Ograničavajući sporazum ne smije nametati ograničenja koja nisu neophodna za postizanje učinkovitosti koje su stvorene predmetnim sporazumom. Ovaj uvjet podrazumijeva dvostruki test. Prvo, ograničavajući sporazum kao takav mora biti razumno neophodan radi ostvarenja učinkovitosti. Drugo, pojedinačna ograničenja tržišnog natjecanja koja proizlaze iz sporazuma također moraju biti razumno neophodna za postizanje učinkovitosti.

74. U kontekstu trećeg uvjeta iz članka 81. stavka 3. odlučujući je čimbenik omogućuju li ili ne ograničavajući sporazum i pojedinačna ograničenja učinkovitije obavljanje predmetnih aktivnosti nego što je vjerojatno mogao biti slučaj u odsutnosti sporazuma odnosno predmetnih ograničenja. Pitanje nije da li u odsutnosti ograničenja ne bi došlo do zaključenja sporazuma nego da li je sporazumom odnosno ograničenjima stvoreno više učinkovitosti nego u odsutnosti sporazuma odnosno ograničenja⁷⁴.

75. Prvi test sadržan u trećem uvjetu članka 81. stavka 3. zahtijeva da učinkovitosti budu specifične za predmetni sporazum, u smislu da ne postoje drugi ekonomski provedivi i manje ograničavajući načini ostvarenja učinkovitosti. Pri davanju ove posljednje ocjene moraju se uzeti u obzir tržišni uvjeti i poslovna stvarnost s kojom se suočavaju stranke sporazuma. Poduzetnici koji se pozivaju na povlasticu iz članka 81. stavka 3. ne moraju razmatrati hipotetske ili teoretske alternative. Komisija neće osporavati poslovne prosudbe stranaka. Ona će se uplesti samo u slučaju kad je prilično jasno da postoje realne i provedive alternative. Stranke jedino moraju objasniti i prikazati zašto bi takve naoko realne i znatno manje ograničavajuće alternative sporazumu bile znatno manje učinkovite.

76. Od posebne je važnosti ispitati jesu li stranke, obraćajući dužnu pažnju na okolnosti pojedinačnog slučaja, mogle postići učinkovitosti putem druge, manje ograničavajuće vrste sporazuma i, ako je to slučaj, kad bi bilo vjerojatno da će te učinkovitosti i ostvariti. Također može biti neophodno ispitati jesu li stranke mogle samostalno postići učinkovitosti. Primjerice, kad su navodne učinkovitosti u obliku smanjenja troškova, koja proizlaze iz ekonomije razmjera ili obujma, predmetni poduzetnici moraju objasniti i potkrijepiti zašto ne postoji vjerojatnost da bi se iste učinkovitosti postigle unutarnjim rastom i cjenovnim natjecanjem. Pri ovakvom ocjenjivanju treba razmotriti, *inter alia*, koji je najmanji raspon učinkovitosti na predmetnom tržištu. Najmanji raspon učinkovitosti jest razina proizvodnog izlaza koja je potrebna radi minimiziranja prosječnog troška i iskorištenja ekonomije razmjera⁷⁵. Što je veći najmanji raspon učinkovitosti u usporedbi s trenutnom veličinom bilo koje od stranaka sporazuma, to je vjerojatnije da će se učinkovitosti smatrati specifičnima za taj sporazum. U slučaju sporazuma koji proizvode znatne sinergije udruživanjem komplementarnih sredstava i

mogućnosti, sama priroda učinkovitosti navodi na pretpostavku da je sporazum neophodan radi njihovog ostvarenja.

77. Ova se načela mogu ocrtati sljedećim primjerom:

Poduzetnici A i B unutar zajedničkog pothvata udružuju svoje proizvodne tehnologije radi ostvarenje većeg proizvodnog izlaza i manje potrošnje sirovina. Zajedničkom je pothvatu izdana isključiva dozvola za proizvodne tehnologije oba poduzetnika. Stranke prenose svoje postojeće proizvodne kapacitete na zajednički pothvat. Također, prenose i ključne kadrove kako bi osigurali iskorištenje i daljnji razvoj postojećih ušteda zahvaljujući učenju. Procjenjuje se da će te uštede smanjiti proizvodne troškove za daljnjih pet posto. Proizvodne izlaze zajedničkog pothvata A i B prodaju samostalno. U ovom slučaju uvjet neophodnosti iziskuje ocjenu da li bi se pogodnosti u bitnom mogle postići putem sporazuma o licenciranju koji bi vjerojatno bio manje ograničavajući budući da bi poduzetnici A i B nastavili proizvodnju neovisno jedan o drugome. U opisanim okolnostima to vjerojatno nije slučaj s obzirom da prema sporazumu o licenciranju stranke ne bi mogle na jednako bezbolan i kontinuiran način ostvarivati dobrobiti od svojih iskustava u radu s dvjema tehnologijama postižući značajne uštede od učenja.

78. Jednom kad se utvrdi da je predmetni ugovor neophodan kako bi se proizvele učinkovitosti, potrebno je ocijeniti neophodnost svakog ograničenja tržišnog natjecanja koje proizlazi iz sporazuma. U tom smislu mora se ocijeniti jesu li pojedinačna ograničenja razumno neophodna kako bi se postigle učinkovitosti. Stranke sporazuma moraju potkrijepiti svoje tvrdnje u pogledu prirode ograničenja i njegova intenziteta.

79. Ograničenje je neophodno ako bi njegova odsutnost uklonila ili znatno smanjila učinkovitosti koje proizlaze iz sporazuma ili bi njihovo ostvarenje učinila znatno manje vjerojatnim. Ocjena alternativnih rješenja mora u obzir uzeti stvarno i potencijalno poboljšanje u području tržišnog natjecanja, uklanjanjem pojedinog ograničenja odnosno primjenom manje ograničavajuće alternative. Što je ograničenje više ograničavajuće to je stroži test trećeg uvjeta⁷⁶. Za ograničenja koja su okvalificirana kao negativna u uredbama o skupnom izuzeću, odnosno kao apsolutno zabranjena ograničenja u smjernicama i obavijestima Komisije, nije vjerojatno da će se smatrati neophodnima.

80. Ocjena neophodnosti provodi se unutar stvarnog okružja u kojem se sporazum odvija, a posebice mora uzeti u obzir strukturu tržišta, ekonomske rizike vezane uz sporazum i poticaje stranaka. Što je neizvjesniji uspjeh proizvoda obuhvaćenog sporazumom, to su veća ograničenja koja mogu biti potrebna kako bi se osiguralo ostvarenje učinkovitosti. Ograničenja također mogu biti neophodna radi usklađenja motiva stranaka te kako bi se osiguralo da svoje napore usmjere na provedbu sporazuma. Primjerice, ograničenje može biti neophodno kako bi se izbjegli problemi zastoja nakon što je jedna od stranaka pretrpjela znatni iznos potopljenog ulaganja. Nakon što je, primjerice, dobavljač na temelju prijateljskih odnosa izvršio velika ulaganja s ciljem snabdijevanja kupca nekim proizvodnim faktorom, dobavljač postaje ovisan o kupcu. Kako bi se izbjeglo da kupac *ex post* iskorištava tu ovisnost da bi sebi priskrbio povoljnije uvjete, može biti neophodno

nametnuti mu obvezu nekupovanja toga proizvodnog unosa od trećih strana odnosno kupnje minimalnih količina od dobavljača⁷⁷.

81. U nekim slučajevima ograničenje može biti neophodno samo na neko određeno vremensko razdoblje. Tada se iznimka od članka 81. stavka 3. primjenjuje samo tijekom toga razdoblja. Kod ocjenjivanja je potrebno uzeti u obzir vremensko razdoblje potrebno strankama za postizanje učinkovitosti koje opravdavaju primjenu pravila iznimke⁷⁸. U slučajevima gdje se dobrobiti ne mogu ostvariti bez značajnijeg ulaganja, u obzir se posebice mora uzeti vremensko razdoblje potrebno kako bi se osigurao odgovarajući povrat od ulaganja (vidi također gornji stavak 44.).

82. Ova se načela mogu ocrtati sljedećim hipotetskim primjerima:

Poduzetnik P proizvodi i distribuira smrznute pizze i drži 15% tržišta u državi članici X. Dostave se obavljaju izravno trgovcima na malo. S obzirom da većina trgovaca na malo ima ograničene mogućnosti skladištenja, potrebne su razmjerno česte dostave, što dovodi do niskog iskorištenja kapaciteta i upotrebe razmjerno malih vozila. Poduzetnik T je trgovac na veliko smrznutih pizza i drugih smrznutih proizvoda, a dostavu vrši većini istih kupaca kao i P. Pizze koje dostavlja T čine 30% tržišta. T ima vozni park većih vozila i višak kapaciteta. P zaključuje sporazum o isključivoj distribuciji s poduzetnikom T za državu članicu X i obvezuje se osigurati da distributeri u drugim državama članicama neće vršiti niti aktivnu niti pasivnu prodaju na teritoriju poduzetnika T. T se obvezuje oglašavati proizvode, istraživati ukuse potrošača i njihovo zadovoljstvo te osigurati dostavu trgovcima na malo svih proizvoda unutar 24 sata. Sporazum dovodi do smanjenja u ukupnim troškovima distribucije od 30%, budući da su kapaciteti bolje iskorišteni, a udvostručavanje distribucijskih putova je izbjegnuto. Sporazum također dovodi do pružanja dodatnih usluga kupcima. Ograničenja pasivne prodaje predstavljaju apsolutno zabranjena ograničenja (*hardcore*) prema uredbi o skupnom izuzeću vertikalnih ograničenja⁷⁹ te se mogu smatrati neophodnima jedino u iznimnim okolnostima. Izgrađen tržišni položaj poduzetnika T i priroda obveza koje su mu nametnute upućuju na to da ovo nije izniman slučaj. S druge je strane vjerojatno neophodna zabrana aktivne prodaje. T će vjerojatno imati manje motiva prodavati i oglašavati marku P, ako bi distributeri u drugim državama članicama mogli vršiti aktivnu prodaju u državi članici X i tako se okoristili naporima koje je poduzeo poduzetnik T. To je tim više istina, što T također distribuira konkurentske marke i tako ima mogućnost stavljanja naglaska na marke koje su najmanje izložene tzv. "slijepim putnicima".

Poduzetnik S je proizvođač gaziranih bezalkoholnih pića i drži 40% tržišta. Najbliži takmac drži 20%. S zaključuje sporazum o nabavi s kupcima koji čine 25% potražnje, pri čemu se oni obvezuju kupovati isključivo od poduzetnika S tijekom pet godina. S zaključuje sporazume s drugim kupcima koji čine 15% potražnje, pri čemu im se odobravaju tromjesečni ciljani rabati ako njihova kupnja prelazi određene pojedinačno utvrđene ciljane iznose. S tvrdi da mu sporazumi omogućavaju točnije predviđanje potražnje i time bolje planiranje proizvodnje, čime smanjuje troškove čuvanja i skladištenja sirovina i izbjegava nestašice u snabdijevanju. S obzirom na tržišni položaj poduzetnika S i spregu ograničenja postoji vrlo mala vjerojatnost da se ta ograničenja

mogu smatrati neophodnima. Obveza isključive kupnje prelazi razinu koja je potrebna za planiranje proizvodnje, a isto vrijedi i za shemu ciljanih rabata. Predvidljivost potražnje može se postići manje ograničavajućim načinima. Poduzetnik S bi primjerice mogao davati poticaj kupcima da odjedanput naručuju velike količine nudeći im količinske rabate ili nudeći rabate kupcima koji unaprijed naručuju dostavu na određeni datum.

3.4. Drugi uvjet članka 81. stavka 3.: odgovarajući dio za potrošače

3.4.1. Opće napomene

83. Sukladno drugom uvjetu iz članka 81. stavka 3. potrošači moraju uživati odgovarajući dio učinkovitosti nastale ograničavajućim sporazumom.

84. Koncept “potrošača” obuhvaća sve izravne i neizravne korisnike proizvoda obuhvaćenih sporazumom, uključujući proizvođače koji proizvode koriste kao proizvodni unos, trgovce na veliko i malo te krajnje potrošače, tj. fizičke osobe koje djeluju u svrhu za koju se može smatrati da je izvan njihovog posla odnosno zanimanja. Drugim riječima, potrošači u smislu članka 81. stavka 3. jesu kupci stranaka sporazuma i naknadnih kupaca. Ti kupci mogu biti poduzeća, kao u slučaju kupaca industrijskih strojeva ili proizvodnih unosa za daljnju proizvodnju, odnosno krajnji potrošači, kao primjerice u slučaju kupaca sladoleda ili bicikala.

85. Koncept “odgovarajućeg dijela” upućuje na to da prelijevanje dobrobiti kupcima mora nadoknaditi barem svaki stvarni ili mogući negativni učinak koji im je prouzročilo ograničavanje tržišnog natjecanja ustanovljeno prema članku 81. stavku 1. U skladu sa sveukupnim ciljem članka 81. o sprječavanju sporazuma suprotnih tržišnom natjecanju neto učinak sporazuma mora biti barem neutralan sa stajališta onih potrošača koji su pod izravnim ili vjerojatnim utjecajem sporazuma⁸⁰. Ako su takvi potrošači u lošijem položaju zbog sporazuma, drugi uvjet iz članka 81. stavka 3. nije ispunjen. Pozitivni učinci sporazuma moraju činiti protutežu negativnim učincima za potrošače i nadoknađivati ih i⁸¹. Kad je to slučaj, potrošači nisu pogođeni sporazumom. Štoviše, društvo kao cjelina ima koristi ako učinkovitosti dovode ili do potrošnje manje sredstava za proizvodnju potrošenog proizvoda ili do proizvodnje vrednijih proizvoda, a time i do učinkovitije alokacije resursa.

86. Nije nužno da potrošači dobiju dio svake pojedine učinkovitosti utvrđene prema prvom uvjetu. Dovoljno je da se preliju dobrobiti dostatne da nadoknade negativne učinke ograničavajućeg sporazuma. U tom slučaju potrošači dobivaju odgovarajući dio sveukupne dobrobiti⁸². Ako je vjerojatno da će ograničavajući sporazum dovesti do viših cijena, potrošači u cijelosti moraju biti obeštećeni kroz poboljšanu kvalitetu ili druge koristi. Ako to nije slučaj, drugi uvjet iz članka 81. stavka 3. nije ispunjen.

87. Odlučujući je čimbenik sveukupni učinak proizvoda na potrošače unutar mjerodavnog tržišta, a ne učinak na pojedine članove ove skupine potrošača⁸³. U nekim slučajevima može biti potrebno određeno vremensko razdoblje prije nego što se učinkovitosti ostvare. Do tog trenutka sporazum može bitno ima samo negativne učinke.

Činjenica da se prelijevanje na potrošače događa s određenim vremenskim odmakom sama po sebi ne isključuje primjenu članka 81. stavka 3. Međutim, što je dulji vremenski odmak, tim veće moraju biti učinkovitosti kako bi potrošačima nadoknadile gubitak tijekom razdoblja koje je prethodilo prelijevanju.

88. Prilikom ocjenjivanja u obzir se mora uzeti da vrijednost dobitka u budućnosti kupcima nije jednaka sadašnjem dobitku. Vrijednost uštede 100 eura danas veća je od vrijednosti uštede jednakog iznosa godinu dana kasnije. Stoga, budući dobitak kupcima ne nadoknađuje u potpunosti sadašnji gubitak jednake nominalne veličine. Kako bi se omogućila odgovarajuća usporedba sadašnjeg gubitka za potrošače s budućim dobitkom za potrošače vrijednost budućih dobitaka mora se diskontirati. Korištena diskontna stopa mora odražavati stopu inflacije, ako postoji, te izgubljene kamate kao pokazatelje niže vrijednosti budućih dobitaka.

89. U drugim slučajevima sporazumi mogu strankama omogućiti postizanje učinkovitosti prije nego što bi to inače bilo moguće. U takvim okolnostima potrebno je sagledati vjerojatni negativni učinak na potrošače unutar mjerodavnog tržišta nakon što je to razdoblje proteklo. Ako putem ograničavajućeg sporazuma stranke osvoje jak tržišni položaj, mogu biti u mogućnosti zaračunavati znatno više cijene nego što bi to inače bio slučaj. Kako bi drugi uvjet iz članka 81. stavka 3. bio zadovoljen, dobrobit za potrošače, koja se sastoji u tome da imaju raniji pristup proizvodima, mora biti jednako značajna. To, primjerice, može biti slučaj ako sporazum omogućuje dvama proizvođačima automobilskih guma da tri godine ranije na tržište plasiraju nove, znatno sigurnije gume, no istovremeno im se, povećavajući njihovu tržišnu snagu, omogućuje povećavanje cijena za 5%. U takvom je slučaju vjerojatno da rani pristup znatno unaprijeđenom proizvodu preteže nad rastom cijena.

90. Drugi uvjet iz članka 81. stavka 3. u sebi sadrži kliznu ljestvicu. Što je veće ograničenje tržišnog natjecanja, utvrđeno prema članku 81. stavku 1. to veće moraju biti učinkovitosti i prelijevanje na potrošače. Ovaj pristup kliznom ljestvicom podrazumijeva da je, ako su ograničavajući učinci sporazuma razmjerno ograničeni, a učinkovitosti su znatne, vjerojatno da će se odgovarajući dio troškovnih ušteda prelići na potrošače. U takvim slučajevima stoga obično nije potrebno ulaziti u detaljnu analizu drugog uvjeta članka 81. stavka 3., i to samo ako su ostala tri uvjeta primjene ove odredbe ispunjena.

91. Ako su, s druge strane, ograničavajući učinci sporazuma znatni, a troškovne uštede razmjerno beznačajne, vrlo je mala vjerojatnost da će drugi uvjet iz članka 81. stavka 3. biti ispunjen. Učinak ograničavanja tržišnog natjecanja ovisi o jakosti ograničenja i stupnju tržišnog natjecanja koji preostaje slijedom sporazuma.

92. Ako sporazum proizvodi učinke koji su i znatno nepovoljni i znatno povoljni sa stajališta tržišnog natjecanja, potrebna je pažljiva analiza. U takvim slučajevima primjena testa odmjeravanja učinaka mora uzeti u obzir da je tržišno natjecanje bitan dugoročni pokretač učinkovitosti i inovacija. Poduzetnici koji nisu podložni djelotvornim konkurentskim pritiscima, kao što su primjerice poduzetnici u vladajućem položaju, imaju manje motiva za održavanje ili stvaranje učinkovitosti. Što je značajniji učinak

sporazuma na tržišno natjecanje, to je vjerojatnije da će potrošači dugoročno biti pogođeni.

93. Sljedeća dva odjeljka detaljnije opisuju analitički okvir za ocjenu prelijevanja dobiti od učinkovitosti na potrošače. Prvi odjeljak bavi se troškovnim učinkovitostima, dok sljedeći odjeljak obuhvaća druge vrste učinkovitosti, kao što su novi ili unaprijeđeni proizvodi (kvalitativne učinkovitosti). Takav okvir, razrađen u spomenuta dva odjeljka, od naročite je važnosti u slučajevima gdje nije odmah razvidno da narušavanje tržišnog natjecanja premašuje dobrobiti za potrošače odnosno *vice versa*⁸⁴.

94. U primjeni dolje spomenutih načela Komisija će voditi računa o činjenici da je u mnogim slučajevima teško precizno izračunati stopu prelijevanja na potrošače i ostale vrste prelijevanja na potrošače. Od poduzetnika se jedino zahtijeva da potkrijepe svoje tvrdnje davanjem procjene i drugih podataka do razumno moguće mjere, a uzimajući u obzir okolnosti pojedinačnog slučaja.

3.4.2. Prelijevanje i odmjeravanje troškovnih učinkovitosti

95. Kada tržišta nisu u stanju savršenog tržišnog natjecanja, kao što je to uglavnom slučaj, poduzetnici su u mogućnosti u većoj ili manjoj mjeri utjecati na tržišnu cijenu mijenjajući svoju količinu proizvodnje⁸⁵. Također mogu biti u položaju cjenovno diskriminirati potrošače.

96. Troškovne učinkovitosti mogu u nekim okolnostima dovesti do povećane količine proizvodnje i nižih cijena za pogođene potrošače. Ako su zbog troškovnih učinkovitosti predmetni poduzetnici u mogućnosti povećati dobit povećanjem količine proizvodnje, može doći do prelijevanja na potrošače. Pri ocjenjivanju mjere u kojoj će se troškovne učinkovitosti vjerojatno preliti na potrošače i rezultata testa odmjeravanja iz članka 81. stavka 3. sljedećim se čimbenicima mora posvetiti posebna pozornost:

- a) obilježja i struktura tržišta,
- b) priroda i razmjernost dobitaka od učinkovitosti,
- c) elastičnost potražnje, i
- d) razmjernost ograničavanja tržišnog natjecanja.

Obično se moraju razmotriti svi čimbenici. S obzirom da se članak 81. stavak 3. primjenjuje samo u slučajevima u kojima je natjecanje na tržištu znatno ograničeno (vidi gornji stavak 24.), ne može se pretpostaviti da će preostala konkurencija moći osigurati odgovarajući dio dobrobiti za potrošače. Međutim, stupanj tržišnog natjecanja koje preostaje na tržištu, kao i priroda tog natjecanja, utječe na vjerojatnost prelijevanja.

97. Što je viši stupanj preostalog tržišnog natjecanja, to je vjerojatnije da će pojedini poduzetnici pokušati povećati svoje prihode od prodaje prelijevanjem troškovnih učinkovitosti. Ako se poduzetnici natječu uglavnom u cijenama i nisu podložni značajnijim ograničenjima kapaciteta, do prelijevanja može doći razmjerno brzo. Ako je natjecanje uglavnom u kapacitetu i prilagodbe kapaciteta se javljaju s određenim

vremenskim odmakom, prelijevanje će biti sporije. Prelijevanje će također vjerojatno biti sporije ako je tržišna struktura povoljna za prešutnu koluziju⁸⁶. Ako je vjerojatno da će takmaci odgovoriti na povećanje količine proizvodnje jedne ili više stranaka sporazuma, poticaj za povećanje količine proizvodnje može doći u pitanje, osim ako je tržišna prednost stvorena učinkovitostima takva da predmetni poduzetnici imaju motiva odstupiti od zajedničke politike koju su na tržištu usvojili članovi oligopola. Drugim riječima, učinkovitosti stvorene sporazumom mogu predmetne poduzetnike pretvoriti u tzv. “prekršitelje”⁸⁷.

98. Priroda dobitaka od učinkovitosti također igra važnu ulogu. Prema ekonomskoj teoriji poduzetnici maksimiziraju svoju dobit prodajući jedinice proizvodnog izlaza do trenutka kad granični prihod bude jednak graničnom trošku. Granični prihod je promjena ukupnog prihoda koja nastaje od prodaje dodatne jedinice proizvodnog izlaza, dok je granični trošak promjena ukupnog troška koja proizlazi iz proizvodnje te dodatne jedinice izlaza. Iz ovog načela slijedi da u pravilu odluke o izlazu i cijeni poduzetnika koji maksimizira dobit nisu određene njegovim fiksnim troškovima (tj. troškovima koji nisu promjenjivi ovisno o obimu proizvodnje), nego njegovim varijabilnim troškovima (tj. troškovima koji su promjenjivi ovisno o obimu proizvodnje). Nakon što su fiksni troškovi pretrpljeni, a kapaciteti postavljeni, odluke o cijeni i proizvodnom izlazu određene su varijabilnim troškovima i uvjetima potražnje. Uzmimo za primjer situaciju u kojoj dva poduzetnika proizvode po dva proizvoda svaki, na dvije proizvodne linije koje rade samo s polovinom kapaciteta. Sporazum o specijalizaciji može dvama poduzetnicima omogućiti specijalizaciju u proizvodnji jednog od dva proizvoda i rashodovanje druge proizvodne linije za drugi proizvod. Istovremeno, specijalizacija može poduzetnicima omogućiti smanjenje varijabilnog proizvodnog unosa i troškova skladištenja. Samo ova posljednja ušteda imat će izravan učinak na odluke poduzetnika o cijeni i proizvodnom izlazu, s obzirom da će utjecati na granični trošak proizvodnje. Rashodovanje jedne od proizvodnih linija svakog poduzetnika neće smanjiti njihov varijabilni trošak i neće imati učinka na troškove proizvodnje. Slijedi da poduzetnici mogu imati izravan poticaj za prelijevanje na potrošače, u obliku učinkovitosti od veće količine proizvodnje i nižih cijena, koje smanjuju granične troškove, dok takve izravne poticaje nemaju u odnosu na učinkovitosti koje smanjuju fiksne troškove. Stoga je za potrošače vjerojatnije da će primiti odgovarajući dio troškovnih učinkovitosti u slučaju smanjenja varijabilnih troškova nego u slučaju smanjenja fiksnih troškova.

99. Činjenica da poduzetnici mogu imati poticaja prelijevati određene vrste troškovnih učinkovitosti ne znači da će stopa prelijevanja nužno biti 100%. Stvarna stopa prelijevanja ovisi o mjeri u kojoj potrošači odgovaraju na promjene u cijeni, tj. o elastičnosti potražnje. Što je veće povećanje potražnje, uzrokovano smanjenjem cijene, to je veća stopa prelijevanja. Ovo slijedi iz činjenice da što su veći dodatni prihodi od prodaje, uzrokovani smanjenjem cijene zbog povećanja količine proizvodnje, to je vjerojatnije da će ti prihodi nadoknaditi gubitak prihoda uzrokovan nižom cijenom koja je rezultat povećanja količine proizvodnje. U odsutnosti cjenovne diskriminacije smanjenje cijena utječe na sve jedinice koje poduzetnik proda, u kojem je slučaju granični prihod niži od cijene dobivene za granični proizvod. Ako su predmetni poduzetnici u mogućnosti zaračunavati različite cijene različitim kupcima, tj. ako ih cjenovno

diskriminiraju, za očekivati je da će prelijevanje biti na dobrobit jedino cjenovno osjetljivim potrošačima⁸⁸.

100. Potrebno je također uzeti u obzir da dobiti od učinkovitosti često ne utječu na čitavu troškovnu strukturu predmetnih poduzetnika. U takvom slučaju je učinak na cijenu za potrošače ograničen. Ako, primjerice, sporazum strankama omogućuje smanjenje proizvodnih troškova za 6%, a proizvodni troškovi čine samo trećinu troškova na osnovi kojih se određuju cijene, učinak na cijenu proizvoda je 2%, uz pretpostavku da je iznos preliven u cijelosti.

101. Naposljetku, od velike je važnosti potreba odmjeravanja dviju suprotstavljenih sila koje proizlaze iz ograničavanja tržišnog natjecanja i troškovnih učinkovitosti. S jedne strane, svako povećanje tržišne snage, uzrokovano ograničavajućim sporazumom, predmetnim poduzetnicima daje sposobnost i poticaj za povećanje cijena. S druge strane, vrste troškovnih učinkovitosti, koje se uzimaju u obzir, mogu predmetnim poduzetnicima pružiti poticaj za smanjenje cijena (vidi gornji stavak 98.). Učinci ovih dviju suprotstavljenih sila moraju se međusobno odmjeriti. U tom smislu treba podsjetiti da uvjet prelijevanja na potrošače u sebi sadrži kliznu ljestvicu. Ako sporazum uzrokuje značajno smanjenje konkurentskih pritisaka s kojima se stranke suočavaju, obično su potrebne iznimno velike troškovne učinkovitosti kako bi došlo do dostatnog prelijevanja.

3.4.3. Prelijevanje i odmjeravanje drugih vrsta učinkovitosti

102. Prelijevanje na potrošače može također poprimiti oblik kvalitativnih učinkovitosti, kao što su novi i poboljšani proizvodi, stvarajući vrijednost koja je dostatna da potrošačima nadoknadi protutržišne učinke sporazuma, uključujući povećanje cijena.

103. Svaka takva ocjena nužno iziskuje vrijednosni sud. Teško je dinamičnim učinkovitostima takve prirode pripisati precizne vrijednosti. Međutim, temeljni cilj ove ocjene ostaje jednak, naime utvrditi sveukupni učinak sporazuma na potrošače unutar mjerodavnog tržišta. Poduzetnici koji se pozivaju na povlasticu iz članka 81. stavka 3. moraju potkrijepiti da potrošači stječu jednako vrijedne dobrobiti (vidi u tom smislu gornje stavke 57. i 86.).

104. Raspoloživost novih i poboljšanih proizvoda čini važan izvor blagostanja potrošača. Dok god povećanje vrijednosti, koje potječe od takvih poboljšanja, premašuje nepogodnosti od održavanja ili povećanja cijena, uzrokovano ograničavajućim sporazumom, potrošači su u boljem položaju nego da sporazuma nema, a zahtjev prelijevanja na potrošače iz članka 81. stavka 3. u pravilu je ispunjen. U slučajevima gdje je vjerojatni učinak sporazuma povećanje cijena za potrošače unutar mjerodavnog tržišta, pažljivo treba ocijeniti stvaraju li navodne učinkovitosti stvarnu vrijednost za potrošače na tom tržištu u cilju nadoknade nepovoljnih učinaka ograničavanja tržišnog natjecanja.

3.5. Četvrti uvjet iz članka 81., stavka 3.: neuklanjanje tržišnog natjecanja

105. Prema četvrtom uvjetu iz članka 81. stavka 3. sporazum ne smije poduzetnicima priskrbiti mogućnost uklanjanja tržišnog natjecanja za značajni dio predmetnih proizvoda. U konačnici, zaštita suparništva i procesa tržišnog natjecanja ima prioritet u odnosu na dobitke od učinkovitosti koji su potencijalno povoljni za tržišno natjecanje, a koji bi mogli proisteći iz ograničavajućih sporazuma. Posljednji uvjet iz članka 81. stavka 3. priznaje činjenicu da je suparništvo među poduzetnicima ključni pokretač gospodarske učinkovitosti, uključujući dinamičke učinkovitosti u obliku inovacija. Drugim riječima, konačni cilj članka 81. jest zaštita natjecateljskog procesa. Ako su takmaci uklonjeni, proces natjecanja se završava, a nad kratkoročnim dobicima od učinkovitosti pretežu dugoročni gubici koji između ostaloga potiču od izdataka koje je poduzetnik, već otprije prisutan na tržištu, pretrpio kako bi zadržao svoj položaj (pribavljanje vrijednosti bez uzvratne nadoknade), kao i od pogrešne alokacije resursa, smanjene razine inovacija i viših cijena.

106. Koncept iz članka 81. stavka 3. o uklanjanju tržišnog natjecanja u pogledu značajnog dijela predmetnih proizvoda, autonomni je koncept prava Zajednice, specifičan za članak 81. stavak 3⁸⁹. Međutim, u primjeni ovog koncepta potrebno je uzeti u obzir odnos između članka 81. i stavka 82. Sukladno riješenoj sudskoj praksi primjena članka 81. stavka 3. ne može spriječiti primjenu članka 82. Ugovora⁹⁰. Štoviše, budući da i članak 81. i članak 82. za cilj imaju održavanje djelotvornog natjecanja na tržištu, dosljednosti radi članak 81. stavak 3. treba tumačiti kao isključivanje primjene ove odredbe na ograničavajuće sporazume koji predstavljaju zlouporabu vladajućeg položaja^{91 92}. Međutim, ne predstavljaju svi ograničavajući sporazumi, koje je zaključio vladajući poduzetnik, zlouporabu vladajućeg položaja. To je, primjerice, slučaj kad je vladajući poduzetnik stranka u zajedničkom pothvatu koji ne djeluje u punoj svojoj funkciji⁹³, a za koji je utvrđeno da ograničava tržišno natjecanje, ali istovremeno uključuje i znatno udruživanje sredstava.

107. Uklanja li se tržišno natjecanje u smislu posljednjeg uvjeta iz članka 81. stavka 3. ovisi o stupnju tržišnog natjecanja koje je postojalo prije sporazuma, te o učinku ograničavajućeg sporazuma na tržišno natjecanje, tj. smanjenju natjecanja do kojeg je sporazum doveo. Što je jača već zatečena oslabiljenost natjecanja na predmetnim tržištu, to je manje daljnje potrebno smanjenje kako bi se uklonili takmaci u smislu članka 81. stavka 3. Štoviše, što je veće smanjenje tržišnog natjecanja uzrokovano sporazumom, to je veća vjerojatnost da se tržišno natjecanje u pogledu značajnog dijela predmetnih proizvoda nalazi u opasnosti od uklanjanja.

108. Primjena posljednjeg uvjeta iz članka 81. stavka 3. iziskuje realnu analizu raznih izvora natjecanja na tržištu, stupnja konkurentskog pritiska koji to natjecanje nameće strankama sporazuma, kao i učinka sporazuma na te konkurentske pritiske. Mora se razmotriti kako stvarno, tako i potencijalno tržišno natjecanje.

109. Iako tržišni udjeli jesu bitni, razmjer preostalih izvora stvarnog tržišnog natjecanja ne može se ocijeniti isključivo na osnovi tržišnog udjela. Uobičajeno se zahtijeva široka kvalitativna i kvantitativna analiza. Mora se ispitati sposobnost stvarnih takmaca i njihova motivacija da se natječu. Ako su, primjerice, takmaci suočeni s ograničenjima

kapaciteta ili imaju razmjerno više proizvodne troškove, njihov će konkurentski odgovor nužno biti ograničen.

110. U ocjeni učinka sporazuma na tržišno natjecanje također treba ispitati njegov utjecaj na različite parametre tržišnog natjecanja. Posljednji uvjet za iznimku prema članku 81. stavku 3. nije ispunjen ako sporazum uklanja natjecanje u jednom od njegovih najvažnijih izričaja. To je naročito slučaj kad sporazum uklanja cjenovno natjecanje⁹⁴ odnosno natjecanje u području inovacija i razvoja novih proizvoda.

111. Stvarni tržišni postupci stranaka mogu pružiti uvid u učinak sporazuma. Ako su slijedom zaključenja sporazuma stranke uvele i održale zamjetno povećanje cijena ili su poduzele druge postupke koji upućuju na postojanje značajnog stupnja tržišne snage, to je pokazatelj da stranke nisu podložne bilo kakvom stvarnom konkurentskom pritisku te da je tržišno natjecanje uklonjeno u pogledu značajnog dijela predmetnih proizvoda.

112. Prošla tržišna međudjelovanja mogu također dati naznaku učinka sporazuma na buduća međudjelovanja. Poduzetnik može biti u položaju ukloniti tržišno natjecanje u smislu članka 81. stavka 3. zaključivanjem sporazuma s takmacom koji je u prošlosti bio "prekršitelj"⁹⁵. Takav sporazum može promijeniti poticaje i sposobnosti takmaca za natjecanje i tako ukloniti bitan izvor natjecanja na tržištu.

113. U slučajevima koji uključuju diferencirane proizvode, tj. proizvode koji se razlikuju u očima potrošača, učinak sporazuma može ovisiti o konkurentskom odnosu između proizvoda koje prodaju stranke sporazuma. Ako poduzetnici nude diferencirane proizvode, konkurentski pritisak koji pojedini proizvodi nameću jedan drugome razlikuje se sukladno stupnju njihove međusobne zamjenjivosti. Stoga se mora razmotriti stupanj zamjenjivosti među proizvodima koje stranke nude, tj. konkurentski pritisak koji jedan drugom nameću. Što su proizvodi stranaka sporazuma bliži supstituti, to je veći vjerojatni ograničavajući učinak sporazuma. Drugim riječima, što su proizvodi zamjenjiviji, to je veća vjerojatna promjena do koje sporazum dovodi u smislu ograničavanja natjecanja na tržištu te je veća vjerojatnost da se tržišno natjecanje u pogledu značajnog dijela predmetnih proizvoda nalazi u opasnosti od uklanjanja.

114. Iako su izvori stvarnog tržišnog natjecanja obično najvažniji, s obzirom da se najlakše mogu provjeriti, u obzir se moraju uzeti i izvori potencijalnog tržišnog natjecanja. Ocjena potencijalnog tržišnog natjecanja iziskuje analizu prepreka ulaska na tržište s kojima se suočavaju poduzetnici koji dosad nisu uključeni u natjecanje unutar mjerodavnog tržišta. Svaka tvrdnja stranaka da su prepreke ulaska na tržište niske mora biti potkrijepljena podacima koji govore o izvorima potencijalnog tržišnog natjecanja, a stranke također moraju obrazložiti zašto ti izvori za njih predstavljaju stvarni konkurentski pritisak.

115. Pri ocjeni ulaznih prepreka i stvarne mogućnosti novog ulaska u većim razmjerima, treba ispitati, *inter alia*, sljedeće:

- i) Zakonodavni okvir, s ciljem utvrđivanja njegovog učinka na novi ulazak na tržište.
- ii) Trošak ulaska, uključujući potopljeni trošak. Potopljeni troškovi jesu oni koji se ne mogu nadoknaditi ako poduzetnik koji je ušao na tržište naknadno izađe s tržišta. Što su viši potopljeni troškovi, to je veći poslovni rizik za potencijalnog novog takmaca na tržištu.
- iii) Najmanji raspon učinkovitosti unutar djelatnosti, tj. stopu proizvodnog izlaza, pri kojoj su prosječni troškovi najmanji. Ako je najmanji raspon učinkovitosti velik u odnosu na veličinu tržišta, učinkovit ulazak će vjerojatno biti skuplji i rizičniji.
- iv) Konkurentske snage potencijalnog novog takmaca na tržištu. Djelotvoran ulazak na tržište posebice je vjerojatan ako potencijalni novi takmaci imaju pristup barem jednako troškovno učinkovitim tehnologijama kao i poduzetnici koji već djeluju na tržištu, odnosno druge konkurentske prednosti koje im omogućuju da se djelotvorno natječu. Ako se potencijalni novi takmaci nalaze na jednakom ili nižem stupnju tehnologije u odnosu na poduzetnike koji su već prisutni na tržištu te ne posjeduju nikakvu drugu značajnu konkurentsku prednost, ulazak na tržište je rizičniji i manje učinkovit.
- v) Položaj kupaca i njihovu sposobnost donošenja na tržište novih izvora tržišnog natjecanja. Činjenica da određeni jaki kupci mogu biti u mogućnosti od stranaka sporazuma izvući povoljnije uvjete od slabijih konkurenata⁹⁶ nije bitna. Prisutnost jakih kupaca može služiti samo kako bi činila protutežu *prima facie* utvrđivanju uklanjanja tržišnog natjecanja ako je vjerojatno da će predmetni kupci utrti put djelotvornom novom ulasku na tržište.
- vi) Vjerojatni odgovor poduzetnika koji već djeluju na tržištu na pokušaj novog ulaska. Već djelujući poduzetnici možda su, primjerice, kroz dosadašnja djelovanja došli na glas kao agresivni, što ima učinak na budući ulazak na tržište.
- vii) Gospodarski izgledi za predmetnu djelatnost mogu biti pokazatelj njene privlačnosti u dugom roku. Djelatnosti koje stagniraju ili su u padu manje su privlačni kandidati za ulazak od djelatnosti koje obilježava rast.
- viii) Dosadašnji ulasci na tržište u većim razmjerima, ili pak njihova odsutnost.

116. Gornja načela mogu se ocrtati sljedećim hipotetskim primjerima, čiji cilj nije utvrđivanje pragova:

Poduzetnik A je proizvođač piva, koji drži 70% mjerodavnog tržišta - prodaje piva putem kafića i pivnica. Tijekom posljednjih pet godina poduzetnik A je povećao svoj tržišni udjel sa 60%. Na tržištu postoje još četiri takmaca, B, C, D i E, s tržišnim udjelima od 10%, 10%, 5% i 5%. U nedavnoj prošlosti nije bilo novih ulazaka na tržište, a promjene cijena koje bi uveo A takmaci su u pravilu slijedili. Poduzetnik A zaključuje sporazume s 20% pivnica koje čine 40% prihoda od prodaje, pri čemu se ugovorne stranke obvezuju kupovati pivo samo od poduzetnika A, na razdoblje od pet godina. Sporazumi podižu troškove, a smanjuju prihode takmaca, kojima je zatvoren pristup većini privlačnih pivnica. S obzirom na tržišni položaj poduzetnika A, koji je ojačan posljednjih godina, te odsutnost novih ulazaka na tržište i već slab položaj takmaca, vjerojatno je da je tržišno natjecanje uklonjeno u smislu članka 81. stavka 3.

Prijevoznici A, B, C i D, koji zajedno drže više od 70% mjerodavnog tržišta, zaključuju sporazum, pri čemu ugovaraju da će uskladiti svoje rasporede i tarife. Slijedom provedbe sporazuma cijene su u porastu za 30% do 100%. Postoje i druga četiri poduzetnika, od kojih najveći drži oko 14% mjerodavnog tržišta. Posljednjih godina nije bilo novih ulazaka na tržište, tako da stranke sporazuma nisu izgubile značajni tržišni udjel slijedom porasta cijena. Postojeći takmaci na tržište nisu unijeli značajne nove kapacitete te nije došlo do novih ulazaka na tržište. U svjetlu tržišnog položaja stranaka i odsutnosti konkurentskog odgovora na njihove zajedničke postupke, može se doći do razumnog zaključka da stranke sporazuma nisu podložne stvarnom konkurentskom pritisku, kao i da im sporazum daje mogućnost uklanjanja tržišnog natjecanja u smislu članka 81. stavka 3.

Poduzetnik A je proizvođač električnih uređaja za profesionalne korisnike s tržišnim udjelom od 65% mjerodavnog nacionalnog tržišta. Poduzetnik B je takmac, proizvođač s 5% tržišnog udjela, koji je razvio novu vrstu snažnijeg motora s manjom potrošnjom struje. Poduzetnici A i B zaključuju sporazum, pri čemu pokreću zajednički pothvat za proizvodnju novog motora. B se obvezuje zajedničkom pothvatu dati isključivu licencu. Zajednički pothvat udružuje novu tehnologiju poduzetnika B s učinkovitom proizvodnjom i kontrolom kvalitete od poduzetnika A. Na tržištu djeluje još jedan glavni takmac s 15% tržišnog udjela. Drugog takmaca s 5% tržišnog udjela nedavno je kupio poduzetnik C, veliki međunarodni proizvođač konkurentskih električnih uređaja koji sam posjeduje učinkovitu tehnologiju. Poduzetnik C do sada nije bio aktivan na tržištu, uglavnom zbog činjenice da kupci traže lokalnu prisutnost i servisiranje. Poduzetnik C stjecanjem dobiva pristup sustavu servisiranja koji mu je potreban radi prodora na tržište. Ulazak poduzetnika C vjerojatno će osigurati da ne dođe do uklanjanja tržišnog natjecanja.

¹ U daljnjem tekstu riječ "sporazum" obuhvaća usklađena djelovanja i odluke udruženja poduzetnika.

² SL L 1, 4. 1. 2003., str. 1.

³ Sve postojeće uredbe o skupnom izuzeću i obavijesti Komisije dostupne su na Internet stranici Opće uprave za tržišno natjecanje: <http://www.europa.eu.int/comm/dgs/competition>

⁴ Vidi stavak 36. u nastavku.

⁵ Vidi Obavijest Komisije o smjernicama za vertikalna ograničenja (SL C 291, 13. 10. 2000., str. 1.), Obavijest Komisije o smjernicama za primjenu članka 81. Ugovora na horizontalne sporazume o suradnji (SL C 3, 6. 1. 2001., str. 2.) i Obavijest Komisije o smjernicama za primjenu članka 81. Ugovora na sporazume o transferu tehnologije, koja još nije objavljena.

⁶ Koncept učinka na trgovinu među državama članicama obrađuje se u posebnim smjernicama.

⁷ U daljnjem tekstu riječ „ograničavanje“ obuhvaća sprječavanje i narušavanje tržišnog natjecanja.

⁸ Sukladno članku 81. stavku 2. takvi su sporazumi sami po sebi nevažeći.

⁹ Članak 81. stavak 1. zabranjuje kako stvarne tako i potencijalne učinke koji bi bili nepovoljni za tržišno natjecanje, vidi, primjerice, Predmet C-//95 P, John Deere, (1998) ECR I-3111, stavak 77.

¹⁰ Vidi Predmet T-65/98, Van den Bergh Foods, [2003] ECR II..., stavak 107. i Predmet T-112/99, Métropole télévision (M6) i drugi, [2001] ECR II-2459, stavak 74., gdje je Prvostupanjski sud smatrao da se aspekti ograničavanja, kako oni povoljni tako i oni nepovoljni za tržišno natjecanje, mogu odmjeriti samo u preciznim okvirima članka 81. stavka 3.

¹¹ Vidi gornju bilješku.

¹² Vidi, primjerice, Predmet C-49/92 P, Anic Partecipazioni, [1999] ECR I-4125, stavak 116.; i Združene predmete 40/73 do 48/73 i drugi, Suiker Unie, [1975] ECR stranica 1663., stavak 173.

- ¹³ Vidi u tom smislu stavak 108. presude u predmetu Anic Partecipazioni, navedenog u prethodnoj bilješci i Predmet C-277/87, Sandoz Prodotti, [1990] ECR I-45.
- ¹⁴ Vidi u tom smislu, primjerice, Predmet 14/68, Walt Wilhelm, [1969] ECR I i nedavni Predmet T-203/01, Michelin (II), [2003] ECR II..., stavak 112.
- ¹⁵ Vidi Združene predmete T-25/95 i drugi, Cimenteries CBR, [2000] ECR II-491, stavci 1849. i 1852; i Združene predmete T-202/98 i drugi, British Sugar, [2001] ECR II-2035, stavci 58. do 60.
- ¹⁶ Vidi u tom smislu Predmet C-453/99, Courage v Crehan, [2001] ECR I-6297, i stavak 3444. presude u predmetu Cimenteries CBR, spomenutom u prethodnoj bilješci.
- ¹⁷ Vidi u tom smislu Združene predmete C-2/01 P i C-3/01 P, Bundesverband der Arzneimittel-Importeure, [2004] ECR I..., stavak 102.
- ¹⁸ Vidi, primjerice, Združene predmete 25/84 i 26/84, Ford [1985] ECR 2725.
- ¹⁹ Vidi u tom smislu stavak 141. presude u predmetu Bundesverband der Arzneimittel-Importeure, spomenutom u bilješci.
- ²⁰ Vidi Predmet 56/65, Société Technique Minière, [1966] ECR 337, i stavak 76. presude u predmetu John Deere, spomenutom u bilješci 9.
- ²¹ Vidi u tom smislu, primjerice, Združene predmete 56/64 i 58/66, Consten and Grundig, [1966] ECR 429.
- ²² Vidi u tom smislu, primjerice, Odluku Komisije u predmetu Elopak/Metal Box – Odin (SL 1990 L 209, str. 15.) i u predmetu TPS (SL 1999 L 90, str. 6.).
- ²³ Vidi u tom smislu presudu u predmetu Société Technique Minière, spomenutom u bilješci 20. i Predmet 258/78, Nungesser, [1982] ECR 2015.
- ²⁴ Vidi pravilo 10. u stavku 119. Smjernica za vertikalna ograničenja, spomenutih u gornjoj bilješci, sukladno kojem se za, *inter alia*, ograničavanja pasivne prodaje, *hardcore* ograničenja, smatra da ne potpadaju pod članak 81. stavak 1. na razdoblje od dvije godine ako je ograničenje vezano uz otvaranje novog proizvodnog ili zemljopisnog države.
- ²⁵ Vidi, primjerice, stavak 99. presude u predmetu Anic Partecipazioni, spomenutom u bilješci 12.
- ²⁶ Vidi stavak 46. u nastavku.
- ²⁷ Vidi Združene predmete 29/83 i 30/83, Cram and Rheinzink, [1984] ECR 1679, stavak 26., i Združene predmete 96/82 i drugi, ANSEAU-NAVEWA, [1983] ECR 3369, stavci 23-25.
- ²⁸ Vidi Smjernice za horizontalne sporazume o suradnji, spomenute u bilješci, stavak 25., i članak 5. Uredbe Komisije 2658/2000 o primjeni članka 81. stavka 3. Ugovora na kategorije sporazuma o specijalizaciji (SL L 304, 5. 12. 2000., str. 3.).
- ²⁹ Vidi članak 4. Uredbe Komisije 2790/1999 o primjeni članka 81. stavka 3. Ugovora na kategorije vertikalnih sporazuma i usklađenih djelovanja (SL L 336, 29. prosinca 1999., str. 21.) i Smjernice za vertikalna ograničenja, spomenute u bilješci, stavak 46. i dalje. Vidi također Predmet 279/87, Tipp-Ex, [1990] ECR I-261 i Predmet T-62/98, Volkswagen v Commission, [2000] ECR II-2707, stavak 178.
- ³⁰ Vidi stavak 77. presude u predmetu John Deere, spomenutom u bilješci 9.
- ³¹ Samo po sebi nije dostatno da ograničava slobodu djelovanja jedne ili više stranaka (vidi stavke 76. i 77. presude u predmetu Métropole télévision (M6), spomenutom u bilješci 10. To je u skladu sa činjenicom da je cilj članka 81. zaštita natjecanja na tržištu na dobrobit potrošača.
- ³² Vidi, primjerice, Predmet 5/69, Völk, [1969] ECR 295, stavak 7. Naputak o pitanju osjetnosti može se naći u Obavijesti Komisije o sporazumima male vrijednosti koji prema članku 81. stavku 1. Ugovora ne vrše osjetno ograničavanje tržišnog natjecanja (SL C 368, 22. 12. 2001., str. 13.). Obavijest definira osjetnost na negativan način. Sporazumi, koji ne potpadaju pod obuhvat *de minimis* obavijesti, nemaju nužno ograničavajuće učinke. Potrebna je pojedinačna ocjena.
- ³³ Vidi u tom smislu Združene predmete T-374/94 i drugi, European Night Services, [1998] ECR II-3141.
- ³⁴ Vidi bilješku 32.
- ³⁵ Vidi u tom smislu obavijest Komisije o utvrđivanju mjerodavnog tržišta u smislu prava tržišnog natjecanja Zajednice (SL C 372, 9. prosinca 1997., str. 1.).
- ³⁶ Za SL vidi bilješku 5.
- ³⁷ Vidi stavak 104. presude u predmetu Métropole télévision (M6) i drugi, spomenutom u bilješci 10.
- ³⁸ Vidi, primjerice, Predmet C-399/93, Lttikhuis, [1995] ECR I-4515, stavci 12. do 14.
- ³⁹ Vidi u tom smislu stavke 118. i dalje presude u predmetu Métropole télévision (M6), spomenutom u bilješci 10.
- ⁴⁰ Vidi stavak 107. presude u predmetu Métropole télévision (M6), spomenutom u bilješci 10.
- ⁴¹ Vidi, primjerice, Odluku Komisije u predmetu Elopak/Metal Box – Odin, spomenutom u bilješci 22.

⁴² Vidi predmet 161/84, Pronuptia, [1986] ECR 353.

⁴³ Vidi bilješku 22. Odluku je potvrdio Prvostupanjski sud u presudi u predmetu Métropole télévision (M6), spomenutom u bilješci 10.

⁴⁴ Troškovne uštede i drugi dobici stranaka koji proizlaze iz same tržišne moći ne potiču objektivne dobrobiti i ne mogu se uzeti u obzir (usporedi s člankom 49. u nastavku).

⁴⁵ Vidi presudu u predmetu Consten and Grundig, spomenutom u bilješci 21.

⁴⁶ Činjenica da je sporazum izuzet skupnim izuzećem sama po sebi ne znači da pojedini sporazum potpada pod članak 81. stavak 1.

⁴⁷ Vidi, primjerice, Predmet C-234/89, Delimitis, [1991] ECR I-935, stavak 46.

⁴⁸ Članak 36. stavak 4. Uredbe 1/2003 je, *inter alia*, ukinuo članak 5. Uredbe 1017/68 o primjeni pravila tržišnog natjecanja na prijevoz željeznicom, cestovnim putovima i unutarnjim plovnim putovima. Međutim, sudska praksa Komisije, usvojena Uredbom 1017/68 ostaje mjerodavna za primjenu članka 81. stavka 3. u sektoru kopnenog prijevoza.

⁴⁹ Vidi donji stavak 42.

⁵⁰ Vidi presudu u predmetu Société Technique Minière, spomenutom u bilješci 20.

⁵¹ Vidi u tom smislu Predmet 319/82 Kerpen % Kerpen, [1983] ECR 4 173, stavke 11. i 12.

⁵² Vidi, primjerice, Predmet T-185/00 i drugi, Métropole télévision SA (M6), [2002] ECR II-3805, stavak 86., Predmet T-17/93, Matra, ECR [1994] II-595, stavak 85.; i Združene predmete 43/82 i 63/82, VBVB and VBBB, [1984] ECR 19, stavak 61.

⁵³ Vidi predmet T-213/00, CMA CGM i drugi, [2003] ECR II ..., stavak 226.

⁵⁴ Vidi u tom smislu, posredno, stavak 139. presude u predmetu Matra, spomenutom u bilješci 52 i Predmet 26/76, Metro (I), [1977] ECR 1875, stavak 43.

⁵⁵ U vezi s konceptom potrošača vidi članak 84. u nastavku, koji navodi da su potrošači kupci koji kupuju od stranaka, kao i naknadni kupci. Same stranke nisu „potrošači“ u smislu članka 81. stavka 3.

⁵⁶ Test je specifičan ovisno o tržištu (vidi u tom smislu Predmet T-131/99, Shaw, [2002] ECR II-2023, stavak 163., u kojem je Prvostupanjski sud smatrao da ocjena prema članku 81. stavku 3. treba biti provedena unutar istog analitičkog okvira korištenog za ocjenu ograničavajućih učinaka, te Predmet C - 360/92 P, Publishers Association, [1995] ECR I-23, stavak 29., gdje je u predmetu, u kojem je mjerodavno tržište bilo šire od nacionalnog, Sud EZ-a smatrao da u primjeni članka 81. stavka 3. nije ispravno razmatrati samo učinke na nacionalni teritorij.

⁵⁷ U predmetu T-86/95, Compagnie Générale Maritime and others, [1995] ECR II-1011, stavci 343. do 345., Prvostupanjski sud bio je mišljenja da članak 81. stavak 3. ne zahtijeva da su dobrobiti vezane uz specifično tržište te da se u odgovarajućim slučajevima u obzir moraju uzeti dobrobiti „za svako drugo tržište, na koje bi predmetni ugovor mogao imati povoljne učinke, i čak u širem smislu, za svaku uslugu, čija bi kvaliteta ili učinkovitost mogla biti poboljšana postojanjem sporazuma”. Međutim, bitno je reći da je u ovom slučaju pogođena skupina potrošača bila ista. Predmet se ticao usluga kombiniranog prijevoza koje su obuhvaćale kombinaciju, između ostaloga, kopnenog i pomorskog prometa za prijevoznike kompanije u čitavoj Zajednici. Ograničenja su bila vezana uz usluge kopnenog prometa, koje su utvrđene kao posebno tržište, dok se za dobrobiti tvrdilo da nastaju u vezi s uslugama pomorskog prometa. Obje usluge tražili su prijevoznici kojima su trebale usluge kombiniranog prijevoza između sjeverne Europe i jugoistočne i istočne Azije. Presuda u predmetu CMA CGM, spomenutom u gornjoj bilješci 53, također je bila u vezi sa situacijom gdje je sporazum, iako je obuhvaćao nekoliko različitih usluga, pogađao istu skupinu potrošača – prijevoznike robe u kontejnerima između sjeverne Europe i Dalekog istoka. Prema sporazumu, stranke su utvrdile naknade i dostatne naknade vezane uz usluge kopnenog prometa, lučke usluge i usluge pomorskog prometa. Prvostupanjski sud (usporedi s člancima 226. Do 228.) smatrao je da u okolnostima slučaja nije bilo potrebe za utvrđivanjem mjerodavnog tržišta u smislu primjene članka 81. stavka 3. Sporazum je ograničavao tržišno natjecanje samim svojim ciljem, a dobrobiti za potrošače nije bilo.

⁵⁸ Vidi stavke 126. i 132. Smjernica za horizontalne sporazume o suradnji, spomenute u gornjoj bilješci 5.

⁵⁹ Vidi presudu u predmetu Ford, spomenutom u bilješci 18.

⁶⁰ Vidi u tom smislu za primjer Odluku Komisije u predmetu TPS (SL L 90, 2. 4. 1999., str. 6.). Jednako tako, zabrana iz članka 81. stavka 1. također se primjenjuje jedino toliko dugo dok sporazum ima ograničavajući cilj ili ograničavajuće učinke.

⁶¹ Vidi stavak 85. presude u predmetu Matra, spomenutom u bilješci 52.

⁶² O ovom zahtjevu vidi stavak 49. u nastavku.

- ⁶³ Vidi, primjerice, Predmet T-29/92, Vereniging van Samenwerkende Prijsregelende Organisaties in de Bouwnijverheid (SPO), [1995] ECR II-289.
- ⁶⁴ Vidi, primjerice, Predmet 258/78, Nungesser, [1982] ECR 2015, stavak 77., u vezi s apsolutnom teritorijalnom zaštitom.
- ⁶⁵ Vidi u tom smislu, primjerice, presudu u predmetu SPO, spomenutom u bilješci 63.
- ⁶⁶ Nacionalne mjere moraju, *inter alia*, biti u skladu s pravilima Ugovora o slobodi kretanja dobara, usluga, osoba i kapitala.
- ⁶⁷ Vidi, primjerice presudu u predmetu Consten and Grundig, spomenutom u bilješci 21.
- ⁶⁸ Vidi u tom smislu Odluku Komisije u predmetu Van den Bergh Foods (SL 1998 L 246, str. 1.).
- ⁶⁹ Vidi u tom smislu Odluku Komisije u predmetu Glaxo Wellcome (SL 2001 L 302, str. 1.).
- ⁷⁰ Vidi primjerice Odluku Komisije u predmetu GEAE/P&W (SL 2000 L 58, str. 16.); u predmetu British Interactive Broadcasting/open (SL 1999 L 312, str. 1.) i u predmetu Asahi/Saint Gobain (SL 1994 L 354, str. 87.).
- ⁷¹ Vidi, primjerice, Odluku Komisije u predmetu Atlas (SL 1996 L 239, str. 23.) i u predmetu Phoenix/Global One (SL 1996 L 239, str. 57.).
- ⁷² Vidi, primjerice, Odluku Komisije u predmetu Uniform Eurocheques (SL 1985 L 35, str. 43.).
- ⁷³ Vidi, primjerice, Odluku Komisije u predmetu Cégétel + 4 (SL 1999 L 88, str. 26.).
- ⁷⁴ O prvom pitanju, koje može biti mjerodavno u kontekstu članka 81. stavka 1., vidi gornji stavak 18.
- ⁷⁵ Ekonomije razmjera u pravilu se u određenoj točki iscrpljuju. Posije te točke prosječni će se troškovi stabilizirati i na kraju rasti zbog, primjerice, ograničenja kapaciteta i uskih grla.
- ⁷⁶ Vidi u tom smislu stavke 392. do 395. presude u predmetu Compagnie Générale Maritime, spomenutom u bilješci 57.
- ⁷⁷ Za više detalja vidi stavak 116. Smjernica za vertikalna ograničenja, spomenute u bilješci 5.
- ⁷⁸ Vidi Združene predmete T-374/94 i drugi, European Night Services, [1998] ECR II-3141, stavak 230.
- ⁷⁹ Vidi Uredbu Komisije broj 2790/1999 o primjeni članka 81., stavka 3. Ugovora na kategorije vertikalnih sporazuma i usklađenih djelovanja (SL 1999 L 336, str. 21.).
- ⁸⁰ Vidi u tom smislu presudu u predmetu Consten and Grundig, spomenutom u bilješci 21, gdje je Sud EZ-a smatrao da poboljšanja u smislu prvog uvjeta članka 81. stavka 3. moraju pokazivati znatne objektivne prednosti takvog karaktera da je moguće nadoknaditi loše učinke koje ta poboljšanja uzrokuju u području tržišnog natjecanja.
- ⁸¹ Podsjeća se da se pozitivni i negativni učinci na potrošače u načelu odmjeravaju unutar svakog mjerodavnog tržišta (usporedi s gornjim stavkom 43.).
- ⁸² Vidi u tom smislu stavak 48. presude u predmetu Metro (I), spomenutom u bilješci 54.
- ⁸³ Vidi stavak 163. presude u predmetu Shaw, spomenutom u bilješci 56.
- ⁸⁴ U sljedećim odjeljcima, jednostavnosti radi, narušeno tržišno natjecanje spominje se u obliku viših cijena; narušeno tržišno natjecanje moglo bi također značiti nižu kvalitetu, manja raznolikost i manje inovacija nego što bi to inače bio slučaj.
- ⁸⁵ Na tržištima gdje vlada savršeno tržišno natjecanje pojedinačni poduzetnici prihvaćaju (a ne određuju) cijene. Oni svoje proizvode prodaju po tržišnoj cijeni koja je određena sveukupnom ponudom i potražnjom. Proizvodni izlaz (količina proizvodnje) pojedinačnog poduzetnika toliko je malen da nijedna njegova promjena izlaza ne utječe na tržišnu cijenu.
- ⁸⁶ Poduzetnici se prešutno sporazumijevaju kad su na oligopolnom tržištu u mogućnosti koordinirati svoja djelovanja, bez da pribjegavaju izričitom kartelnom sporazumu.
- ⁸⁷ Ovaj se izraz odnosi na poduzetnike koji vrše pritisak na cjenovno ponašanje drugih poduzetnika na tržištu, koji su se inače mogli prešutno sporazumjeti.
- ⁸⁸ Ograničavajući sporazum može čak dozvoliti predmetnom poduzetniku zaračunavanje viših cijena kupcima s niskom elastičnošću potražnje.
- ⁸⁹ Vidi Združene predmete T-191/98, T-212/98 i T-214/98, Atlantic Container Line (TACA), [2003] ECR II-..., stavak 939. i Predmet T-395/94, Atlantic Container Line, [2002] ECR II-875, stavak 330.
- ⁹⁰ Vidi Združene predmete C-935/96 P i C-396/96 P, Compagnie maritime belge, [2000] ECR I-1365, stavak 130. Jednako tako, primjena članka 81. stavka 3. ne sprječava primjenu pravila Ugovora o slobodi kretanja dobara, usluga, osoba i kapitala. Te su odredbe u određenim okolnostima primjenjive na sporazume, odluke i usklađena djelovanja u smislu članka 81. stavka 1. (u tom smislu vidi Predmet C-309/99, Wouters, [2003] ECR I-1577, stavak 120.).

⁹¹ Vidi u tom smislu Predmet T-51/89, Tetra Pak (I), [1990] ECR II-309 i Združene predmete T-191/98, T-212/98 i T-214/98, Atlantic Container Line (TACA), [2003] ECR II-..., stavak 1456.

⁹² Na ovaj način trebalo bi razumijeti stavak 135. Smjernica za vertikalna ograničenja i stavke 36., 71., 105., 134. i 155. Smjernica za horizontalne sporazume o suradnji, spomenutih u bilješci 5, kad govore da se ograničavajući sporazumi, koje su zaključili vladajući poduzetnici, u načelu ne mogu izuzeti.

⁹³ Potpuno djelujući zajednički pothvati, tj. zajednički pothvati koji na dugoročnoj osnovi obavljaju sve funkcije samostalnog gospodarskog subjekta, obuhvaćeni su Uredbom Vijeća (EEZ) broj 4064/89 o kontroli koncentracija između poduzetnika (SL 1990 L 257, str. 13.).

⁹⁴ Vidi stavak 21. presude u predmetu Metro (I), spomenutom u bilješci 54.

⁹⁵ Vidi gornji stavak 97.

⁹⁶ Vidi u tom smislu Predmet T-228/97, Irish Sugar, [1999] ECR II-2969, stavak 101.