

KOMUNIKACIJA KOMISIJE

Obavještenje

Smjernice za primjenu člana 81. stava 3. Ugovora (2004/C 101/08)

(Tekst od značaja za EGP)

1. UVOD

1. Član 81. stav 3. Ugovora uspostavlja izuzetak koji učesnicima na tržištu omogućava odbranu u slučaju kada je utvrđena povreda člana 81. stava 1. Ugovora. Sporazumi, odluke udruženja učesnika na tržištu i usklađena djelovanja (1), koji potpadaju pod član 81. stav 1, a ispunjavaju uslove iz člana 81. stava 3, punovažni su i primjenljivi, i za to nije potrebna prethodna odluka.
2. Član 81. stav 3. može se primjenjivati na pojedinačne slučajeve ili kategorije sporazuma i usklađenih djelovanja, putem uredbi o grupnom izuzeću. Uredba 1/2003 o sprovođenju pravila zaštite konkurencije utvrđenih u članovima 81. i 82. (2) ne utiče na punovažnost i pravnu prirodu uredbi o grupnom izuzeću. Sve postojeće uredbi o grupnom izuzeću ostaju na snazi, a sporazumi obuhvaćeni uredbama o grupnom izuzeću pravno su punovažni i primjenljivi čak i ako ograničavaju konkurenciju u smislu člana 81. stava 1. (3). Takvi sporazumi mogu biti zabranjeni samo za ubuduće i to samo ako Komisija, odnosno nacionalni organ nadležan za zaštitu konkurencije (4), službeno povuče grupno izuzeće. Sporazume izuzete grupnim izuzećem nacionalni sudovi ne mogu smatrati ništavim u kontekstu postupaka pokrenutih po osnovu privatnih tužbi.
3. Postojeće smjernice za vertikalna ograničenja, horizontalne sporazume o saradnji i sporazume o prenosu tehnologije (5) odnose se na primjenu člana 81. na različite vrste sporazuma i usklađenih djelovanja. Svrha tih smjernica je da utvrde stav Komisije o značajnim kriterijumima ocjene koji se primjenjuju na različite vrste sporazuma i djelovanja.
4. Ove smjernice daju tumačenje Komisije o uslovima izuzetaka iz člana 81. stava 3, čime se ukazuje na način primjene člana 81. u pojedinačnim slučajevima. Iako za njih nijesu obavezujuće, ove smjernice takođe služe sudovima i organima država članica prilikom primjene člana 81. stava 1. i stava 3. Ugovora.
5. Ove smjernice postavljaju analitički okvir za primjenu člana 81. stava 3. Svrha je razviti metodologiju primjene ove odredbe Ugovora. Ta metodologija se zasniva na ekonomskom pristupu, koji je već uveden i razvijen u smjernicama za vertikalna ograničenja, horizontalne sporazume o saradnji i sporazume o prenosu tehnologije. Komisija će slijediti ove smjernice, koje, u odnosu na smjernice za vertikalna ograničenja, horizontalne sporazume o saradnji i sporazume o prenosu tehnologije, daju detaljnija uputstva o primjeni četiri uslova iz člana 81. stava 3, takođe i u odnosu na sporazume obuhvaćene tim smjernicama.
6. Standardi utvrđeni ovim smjernicama moraju se primjenjivati u svjetlu okolnosti koje su specifične za svaki pojedinačni slučaj. To isključuje mehaničku primjenu. Svaki slučaj mora se ocjenjivati na osnovu sopstvenih činjenica, a smjernice se moraju primjenjivati razumno i fleksibilno.

7. U pogledu niza pitanja, ove smjernice ocrtavaju trenutno stanje sudske prakse Suda. Međutim, namjera Komisije je i da objasni svoju politiku u vezi sa pitanjima koja se nijesu rješavala u sudskoj praksi, odnosno pitanja koja su podložna tumačenju. Stav Komisije, međutim, ne dovodi u pitanje sudsku praksu Suda i Prvostepenog suda u pogledu tumačenja člana 81. stava 1. i stava 3, kao ni tumačenja koja sudovi Zajednice mogu dati o ovim odredbama u budućnosti.

2. OPŠTI OKVIR ČLANA 81. EZ

2.1. Odredbe Ugovora

8. Član 81. stav 1. zabranjuje sve sporazume između učesnika na tržištu, odluke udruženja učesnika na tržištu i usklađena djelovanja, koji mogu uticati na trgovinu između država članica (6) i koji kao cilj ili posljedicu imaju sprječavanje, ograničavanje ili narušavanje konkurencije (7).
9. Izuzetno od ovog pravila, član 81. stav 3. propisuje da se zabrana iz člana 81. stava 1. može proglasiti neprimjenljivom u slučaju sporazuma koji doprinose unapređenju proizvodnje ili distribucije robe, odnosno podsticanju tehničkog ili ekonomskog razvoja, dok istovremeno potrošačima omogućavaju pravičan udio u nastaloj koristi, te koji ne nameću ograničenja koja nijesu neophodna za postizanje ovih ciljeva, niti takvim učesnicima na tržištu daju mogućnost isključivanja konkurencije u odnosu na značajan dio predmetnih proizvoda.
10. Prema članu 1. stavu 1. Uredbe 1/2003, sporazumi koji potpadaju pod član 81. stav 1, a ne ispunjavaju uslove iz člana 81. stava 3, zabranjeni su, a da o tome nije potrebna prethodna odluka (8). Prema članu 1. stavu 2. iste Uredbe, sporazumi koji potpadaju pod član 81. stav 1, a ispunjavaju uslove iz člana 81. stava 3, nijesu zabranjeni i o tome nije potrebna prethodna odluka. Takvi sporazumi su punovažni i primjenljivi od trenutka kada su ispunjeni uslovi iz člana 81. stava 3, te sve dok se ti uslovi ispunjavaju.
11. Prema tome, ocjena u skladu sa članom 81. sastoji se od dva dijela. Prvi korak je ocjena da li sporazum između učesnika na tržištu, koji može uticati na trgovinu između država članica, sadrži ciljeve suprotne pravilima konkurencije, odnosno da li proizvodi stvarne ili moguće (9) negativne efekte na konkurenciju. U drugom koraku, koji postaje važan jedino ako se za sporazum utvrdi da ograničava konkurenciju, treba utvrditi koristi za konkurenciju koje stvara predmetni sporazum, i ocijeniti da li te koristi prevladavaju nad efektima suprotnim konkurenciji. Odmjeravanje efekata suprotnih konkurenciji i onih koji joj pogoduju vrši se isključivo u okvirima utvrđenim članom 81. stavom 3. (10).
12. Ocjena bilo koje prevladavajuće koristi, prema članu 81. stavu 3, neophodno iziskuje prethodno utvrđivanje ograničavajuće prirode i efekta sporazuma. Kako bi se član 81. stav 3. stavio u odgovarajući kontekst, primjereno je ukratko iznijeti cilj i glavni sadržaj pravila zabrane iz člana 81. stava 1. Smjernice Komisije za vertikalna ograničenja, horizontalne sporazume o saradnji i sporazume o prenosu tehnologije sadrže bitna uputstva o primjeni člana 81. stava 1. na različite vrste sporazuma (11). Ove smjernice su stoga ograničene na dodatno utvrđivanje osnovnog analitičkog okvira za primjenu člana 81. stava 1.

2.2. Pravilo zabrane iz člana 81. stava 1.

2.2.1. Opšte napomene

13. Cilj člana 81. je zaštita konkurencije na tržištu kao sredstva unapređenja blagostanja potrošača i obezbjeđivanja efikasne alokacije resursa. Konkurencija i integracija tržišta

služe ovim ciljevima, s obzirom na to da stvaranje i očuvanje otvorenog jedinstvenog tržišta podstiče efikasnu alokaciju resursa u cijeloj Zajednici, a u korist potrošača.

14. Pravilo zabrane iz člana 81. stava 1. primjenjuje se na ograničavajuće sporazume i usklađena djelovanja između učesnika na tržištu, kao i na odluke udruženja učesnika na tržištu, u mjeri u kojoj oni mogu uticati na trgovinu između država članica. Opšte načelo u osnovi člana 81. stava 1, koje se izražava u sudskoj praksi sudova Zajednice, jeste da svaki ekonomski subjekt mora nezavisno određivati politiku koju namjerava sprovoditi na tržištu (12). S tim ciljem, sudovi Zajednice definisali su „sporazume“, „odluke“ i „usklađena djelovanja“ kao koncepte prava Zajednice koji omogućavaju razlikovanje jednostranog djelovanja učesnika na tržištu i usklađivanja ponašanja, odnosno tajnog sporazuma (dosluha) između učesnika na tržištu (13). Što se tiče prava Zajednice u oblasti konkurencije, jednostrano djelovanje podložno je jedino članu 82. Ugovora. Nadalje, pravilo konvergencije iz člana 3. stava 2. Uredbe 1/2003 ne primjenjuje se na jednostrane postupke. Ova odredba se primjenjuje samo na sporazume, odluke i usklađena djelovanja koja mogu uticati na trgovinu između država članica. Član 3. stav 2. propisuje da, u slučaju kada nijesu zabranjeni članom 81, takvi sporazumi, odluke i usklađena djelovanja ne mogu biti zabranjeni nacionalnim pravom u oblasti konkurencije. Član 3. ne dovodi u pitanje temeljno načelo prvenstva prava Zajednice, što za sobom naročito povlači da se sporazumi i aktivnosti zloupotrebe zabranjeni članovima 81. i 82. ne mogu odobriti nacionalnim pravom (14).
15. Vrste usklađenosti ponašanja, odnosno tajnih sporazuma između učesnika na tržištu koji potpadaju pod djelokrug člana 81. stava 1, jesu one gdje barem jedan učesnik na tržištu u odnosu prema drugom učesniku usvoji određeno ponašanje na tržištu, odnosno one gdje je, kao rezultat kontakta između učesnika, neizvjesnost njihovog ponašanja na tržištu uklonjena ili barem značajno smanjena (15). Iz toga slijedi da usklađenost može poprimiti oblik obaveza koje uređuju tržišne postupke barem jedne od strana, kao i dogovora koji utiču na tržišne postupke barem jedne od strana, uzrokujući promjene njenih motiva. Nije neophodno da usklađenost bude u interesu svih učesnika na tržištu o kojima je riječ (16). Usklađenost takođe ne mora nužno biti iskazana. Ona može biti i prećutna. Da bi se za sporazum moglo smatrati da je zaključen uz prećutni pristanak, mora postojati poziv jednog učesnika na tržištu drugom učesniku, bilo iskazan ili naslućen, na zajedničko ispunjenje cilja (17). U određenim okolnostima sporazum se može naslutiti i pripisati tekućim trgovinskim odnosima između strana (18). Međutim, sama činjenica da mjera koju je učesnik na tržištu usvojio potpada u okvire tekućih poslovnih odnosa nije dovoljna (19).
16. Sporazumi između učesnika na tržištu potpadaju pod pravilo zabrane iz člana 81. stava 1. ako je vjerovatno da će imati osjetan štetni uticaj na parametre konkurencije na tržištu, kao što su cijena, obim proizvodnje, kvalitet proizvoda, raznolikost proizvoda i inovacije. Sporazumi mogu proizvesti ovaj efekat znatnim smanjivanjem konkurencije između strana sporazuma, odnosno između njih i trećih strana.

2.2.2. Osnovna načela ocjene sporazuma prema članu 81. stavu 1.

17. Ocjena o tome da li sporazum ograničava konkurenciju mora se vršiti unutar stvarnih okvira u kojima bi se konkurencija ostvarivala u odsustvu sporazuma za koji se smatra da sadrži ograničenja (20). Prilikom ocjenjivanja neophodno je uzeti u obzir vjerovatni efekat sporazuma na konkurenciju između robnih marki (tj. konkurenciju između dobavljača konkurentskih marki) i konkurenciju unutar robne marke (tj. konkurenciju između distributera iste marke). Član 81. stav 1. zabranjuje ograničenja konkurencije kako između robnih marki, tako i unutar robne marke (21).
18. Za potrebe ocjenjivanja da li sporazum, odnosno njegovi pojedini dijelovi, može ograničavati konkurenciju između robnih marki i/ili unutar robne marke, treba razmotriti

kako i u kojoj mjeri sporazum utiče ili je vjerovatno da će uticati na konkurenciju na tržištu. Sljedeća dva pitanja daju koristan okvir za ocjenu. Prvo pitanje odnosi se na efekat sporazuma na konkurenciju između robnih marki, dok se drugo pitanje odnosi na efekat sporazuma na konkurenciju unutar robne marke. S obzirom na to da ograničenja mogu istovremeno uticati na konkurenciju kako između robnih marki, tako i unutar robne marke, prije nego što se može donijeti zaključak da li je konkurencija ograničena u smislu člana 81. stava 1, može biti neophodno analizirati ograničenje u svjetlu oba pitanja:

(1) Da li sporazum stvarno ili potencijalno ograničava konkurenciju koja bi postojala bez sporazuma? Ako je to slučaj, sporazum može potpadati pod član 81. stav 1. Prilikom ocjene neophodno je uzeti u obzir konkurenciju između strana i konkurenciju sa trećim stranama. Na primjer, ako dva učesnika na tržištu sa sjedištem u različitim državama članicama odluče da ne prodaju proizvode na domaćem tržištu onog drugog, (potencijalna) konkurencija koja je postojala prije sporazuma je ograničena. Jednako tako, ako dobavljač nametne svojim distributerima obavezu da ne prodaju konkurentne proizvode i te obaveze trećoj strani zatvore pristup tržištu, stvarna odnosno potencijalna konkurencija koja bi u odsustvu sporazuma postojala je ograničena. Prilikom ocjene da li su strane sporazuma stvarni ili mogući konkurenti, u obzir se mora uzeti ekonomski i pravni kontekst. Na primjer, ako zbog uključenog finansijskog rizika i tehničkih mogućnosti strana nije vjerovatno da bi na osnovu objektivnih faktora svaka strana bila u mogućnosti da zasebno sprovede aktivnosti obuhvaćene sporazumom, strane se smatraju ne-konkurentima u pogledu te aktivnosti (22). Na stranama je da o tome iznesu dokaze.

(2) Da li sporazum stvarno ili potencijalno ograničava konkurenciju koja bi postojala u odsustvu ugovornog (ugovornih) ograničenja? Ako je to slučaj, sporazum može potpadati pod član 81. stav 1. Na primjer, ako dobavljač svojim distributerima ograniči međusobnu konkurenciju, (potencijalna) konkurencija koja je mogla postojati da nije bilo ograničenja, biće ograničena. Takva ograničenja uključuju održavanje cijena u preprodaji, te razgraničenja među distributerima u odnosu na teritorijalnu prodaju, odnosno kupce. Međutim, određena ograničenja u nekim slučajevima ne moraju potpadati pod član 81. stav 1, i to ako je ograničenje objektivno neophodno za postojanje sporazuma te vrste, odnosno te prirode (23). Takvo isključenje primjene člana 81. stava 1. moguće je jedino na osnovu objektivnih faktora, spoljnih u odnosu na same strane, a ne subjektivnih mišljenja i obilježja strana. Pitanje nije da li bi strane u svojoj specifičnoj situaciji odbile da zaključe manje ograničavajući sporazum, nego da li bi, s obzirom na prirodu sporazuma i obilježja tržišta, učesnici na tržištu u sličnim okolnostima zaključili manje ograničavajući sporazum. Na primjer, teritorijalna ograničenja u sporazumu između dobavljača i distributera mogu tokom određenog perioda potpadati van člana 81. stava 1, ako su ograničenja objektivno neophodna da bi distributer ušao na novo tržište (24). Jednako tako, zabrana nametnuta svim distributerima da ne prodaju određenim kategorijama krajnjih korisnika ne mora biti ograničavajuća u smislu konkurencije ako je takvo ograničenje objektivno neophodno iz razloga bezbjednosti, odnosno zdravlja, a zbog opasne prirode predmetnog proizvoda. Tvrdnje da bi se u odsustvu ograničenja dobavljač okrenuo vertikalnoj integraciji nijesu dovoljne. Odluke za i protiv vertikalne integracije zavise od širokog spektra složenih ekonomskih faktora, od kojih je veliki broj vezan za faktore unutar samog učesnika na tržištu o kojem je riječ.

19. Prilikom primjene analitičkog okvira opisanog u prethodnom stavu, u obzir treba uzeti da član 81. stav 1. pravi razliku između sporazuma koji za cilj imaju ograničavanje konkurencije i sporazuma kod kojih je ograničavanje konkurencije efekat. Sporazum,

odnosno ugovorno ograničenje zabranjeno je članom 81. stavom 1. samo ako je njegov cilj odnosno efekat ograničenje konkurencije između robnih marki i/ili unutar robne marke.

20. Važno je razlikovanje između ograničenja prema cilju odnosno efektu. Jednom kad se utvrdi da sporazum ima za cilj ograničavanje konkurencije, nema potrebe uzimati u obzir njegove konkretne efekte (25). Drugim riječima, u smislu primjene člana 81. stava 1, stvarni efekti suprotni konkurenciji ne moraju doći do izražaja ako sporazum ima za cilj ograničenje konkurencije. S druge strane, član 81. stav 3. ne pravi razliku između sporazuma koji ograničavaju konkurenciju prema svom cilju, odnosno onih koji ograničavaju konkurenciju svojim efektom. Član 81. stav 3. primjenjuje se na sve sporazume koji ispunjavaju četiri uslova sadržana u njegovim odredbama (26).
21. Ograničenja konkurencije prema cilju jesu ona ograničenja koja po samoj svojoj prirodi imaju mogućnost ograničavanja konkurencije. To su ograničenja koja, u svjetlu ciljeva kojima teže pravila Zajednice u oblasti konkurencije, imaju toliko veliki mogući negativni efekat na konkurenciju, da je u smislu člana 81. stava 1, nepotrebno dokazivati bilo kakve stvarne efekte na tržištu. Ova se pretpostavka zasniva na ozbiljnoj prirodi ograničenja te na iskustvu koje pokazuje da je vjerovatno da će ograničenja konkurencije prema cilju proizvesti negativne efekte na tržištu i ugroziti ciljeve kojima teže pravila Zajednice u oblasti konkurencije. Ograničenja prema cilju, kao što su dogovaranje cijena i podjela tržišta, smanjuju obim proizvodnje i povećavaju cijene, dovodeći do pogrešne raspodjele resursa, budući da dobra i usluge za kojima postoji potražnja kupaca nijesu proizvedena. Ona takođe dovode do smanjenja koristi potrošača, s obzirom na to da potrošači moraju plaćati veće cijene za predmetna dobra i usluge.
22. Ocjena da li sporazum ima za cilj ograničavanje konkurencije zasniva se na nizu faktora. Oni naročito uključuju sadržaj sporazuma i objektivne ciljeve kojima on teži. Takođe može biti neophodno razmotriti kontekst u kojem se sporazum primjenjuje, odnosno u kojem će se primjenjivati, kao i stvarne postupke i ponašanje strana na tržištu (27). Drugim riječima, prije donošenja zaključka da li predmetno ograničenje ograničava konkurenciju prema cilju, može biti potrebno sprovesti ispitivanje činjenica na kojima sporazum počiva i specifičnih okolnosti u kojima se odvija. Način na koji se sporazum sprovodi može otkriti ograničenje prema cilju čak i ako formalni sporazum ne sadrži izričitu odredbu u tom smislu. Dokaz o subjektivnoj namjeri strana da ograniče konkurenciju je relevantan faktor, ali ne i neophodan uslov.
23. Uputstva, koja sadržajem nijesu ograničena, o tome što čini ograničenje prema cilju, mogu se naći u uredbama Komisije o grupnom izuzeću, smjernicama i obavještenjima. Ograničenja koja su okvalifikovana kao negativna u grupnim izuzećima, odnosno kao apsolutno zabranjena ograničenja u smjernicama i obavještenjima, Komisija generalno smatra ograničenjima prema cilju. U slučaju horizontalnih sporazuma, ograničenja konkurencije prema cilju obuhvataju dogovaranje cijena, ograničenje obima proizvodnje i podjelu tržišta i kupaca (28). Što se tiče vertikalnih sporazuma, kategorija ograničenja prema cilju uključuje naročito održavanje dogovorene i najniže cijene u preprodaji, kao i ograničenja koja pružaju apsolutnuteritorijalnu zaštitu, uključujući ograničenja pasivne prodaje (29).
24. Ako sporazum po svom cilju ne ograničava konkurenciju, treba ispitati da li ima ograničavajuće efekte na konkurenciju. Pri tome, treba voditi računa kako o stvarnim, tako i o potencijalnim efektima (30). Drugim riječima, sporazum mora imati vjerovatne protivkonkurentske efekte. U slučaju ograničavanja konkurencije po efektu ne postoji pretpostavka postojanja efekata koji bi bili negativni za konkurenciju. Da bi sporazum bio ograničavajući svojim efektom, on mora uticati na stvarnu ili potencijalnu konkurenciju u tolikoj mjeri da se na relevantnom tržištu sa razumnim stepenom vjerovatnoće mogu očekivati negativni efekti na cijene, obim proizvodnje, inovacije, odnosno raznolikost ili kvalitet dobara i usluga (31). Takvi negativni efekti moraju biti osjetni. Pravilo zabrane iz

člana 81. stava 1. ne primjenjuje se kada su utvrđeni protivkonkurentski efekti neznatni (32). Ovaj test oslikava ekonomski pristup koji primjenjuje Komisija. Zabrana iz člana 81. stava 1. primjenjuje se jedino ako se na osnovu odgovarajućih analiza tržišta može zaključiti da sporazum ima vjerovatne protivkonkurentske efekte na tržištu (33). Za takav nalaz je nedovoljno da tržišni udjeli učesnika prelaze pragove utvrđene u obavještenju de minimis Komisije (34). Sporazumi zaštićeni uredbama o grupnom izuzeću mogu potpadati pod član 81. stav 1, no to ne mora nužno biti slučaj. Štaviše, činjenica da zbog tržišnih udjela strana sporazum nije obuhvaćen grupnim izuzećem sama po sebi je nedovoljna osnova za utvrđivanje da sporazum potpada pod član 81. stav 1, odnosno da ne ispunjava uslove člana 81. stava 3. Mora se sprovesti pojedinačna ocjena vjerovatnih efekata koje sporazum proizvodi.

25. Do negativnih efekata na konkurenciju unutar relevantnog tržišta vjerovatno će doći kad strane pojedinačno ili zajednički imaju, odnosno postižu određeni stepen tržišne snage, a sporazum doprinosi stvaranju, održavanju ili jačanju te tržišne snage, odnosno omogućava stranama iskorišćavanje takve snage. Tržišna snaga je sposobnost održavanja cijena iznad tržišnog nivoa, tokom značajnog vremenskog perioda, ili održavanja obima proizvodnje u smislu količine proizvoda, kvaliteta i raznovrsnosti proizvoda ili inovacija ispod tržišnog nivoa tokom značajnog vremenskog perioda. Na tržištima sa visokim fiksnim troškovima, učesnici na tržištu moraju postaviti cijene znatno iznad svojih marginalnih troškova proizvodnje kako bi osigurali tržišni povraćaj na svoja ulaganja. Činjenica da učesnici na tržištu postavljaju cijene iznad svojih marginalnih troškova, prema tome, nije sama po sebi znak da konkurencija na tržištu ne funkcioniše i da učesnici imaju tržišnu snagu koja im dopušta da postavljaju cijene iznad tržišnog nivoa. Tek kad su tržišna ograničenja nedovoljna za održavanje cijena i proizvodnje na tržišnim nivoima, učesnici na tržištu imaju tržišnu snagu u smislu člana 81. stava 1.
26. Stvaranje, održavanje ili jačanje tržišne snage može proizaći iz ograničavanja konkurencije između strana sporazuma. Ono takođe može proizaći iz ograničavanja konkurencije između bilo koje od strana i treće strane, na primjer iz razloga što sporazum dovodi do isključivanja konkurenata ili zato što povećava troškove konkurenata, ograničavajući njihovu sposobnost efikasne konkurencije sa stranama ugovora. Tržišna snaga je pitanje stepena. Stepenn tržišne snage koja je uobičajeno potrebna da bi se utvrdila povreda člana 81. stava 1. u slučaju sporazuma koji ograničavaju konkurenciju svojim efektom niži je od stepena tržišne snage potrebnog za utvrđivanje dominantnog položaja prema članu 82.
27. Za potrebe analiziranja ograničavajućih efekata sporazuma obično je potrebno utvrditi relevantno tržište (35). Takođe, obično je neophodno ispitati i ocijeniti, između ostalog, prirodu proizvoda, tržišni položaj strana, tržišni položaj konkurenata, tržišni položaj kupaca, postojanje potencijalnih konkurenata i stepen barijera za ulazak. Međutim, u nekim je slučajevima moguće ukazati direktno na protivkonkurentske efekte analiziranjem postupaka strana sporazuma na tržištu. Moguće je, na primjer, potvrditi da je sporazum doveo do povećanja cijena. Smjernice za horizontalne sporazume o saradnji i za vertikalna ograničenja postavljaju detaljan okvir za analiziranje tržišnog efekta različitih vrsta horizontalnih i vertikalnih sporazuma prema članu 81. stavu 1. (36).

2.2.3. Propratna (akcesorna) ograničenja

28. Prethodna tačka 18. postavlja okvir za analiziranje efekta sporazuma i njegovih pojedinačnih ograničenja na konkurenciju između robnih marki i unutar robne marke. Ako se na osnovu tih načela utvrdi da glavna transakcija obuhvaćena sporazumom ne ograničava konkurenciju, postaje bitno ispitati da li su i pojedinačna ograničenja sadržana u sporazumu takođe u skladu sa članom 81. stavom 1, s obzirom na to da predstavljaju propratna ograničenja glavne neograničavajuće transakcije.

29. U pravu Zajednice u oblasti konkurencije, koncept propratnih ograničenja sporazuma obuhvata svako moguće ograničavanje konkurencije koje je direktno vezano i neophodno za sprovođenje glavne neograničavajuće transakcije, te joj je proporcionalno (37). Ako sporazum u svojim glavnim djelovima, na primjer ugovor o distribuciji ili zajedničkom poduhvatu, za svoj cilj ili efekat nema ograničavanje konkurencije, tada ograničenja koja su neposredno vezana i neophodna za sprovođenje te transakcije takođe ne potpadaju pod član 81. stav 1. (38). Ta povezana ograničenja nazivaju se propratnim (akcesornim) ograničenjima sporazuma. Ograničenje je neposredno vezano uz glavnu transakciju ako je zavisno od sprovođenja te transakcije i uz nju je neodvojivo vezano. Test neophodnosti upućuje na to da ograničenje mora biti objektivno neophodno za sprovođenje glavne transakcije, kao i proporcionalno glavnoj transakciji. Slijedi da je test propratnih ograničenja sličan testu iz prethodne tačke 18. stava 2. Ipak, test propratnih ograničenja primjenjuje se u svim slučajevima u kojima glavna transakcija ne ograničava konkurenciju (39). On nije ograničen na utvrđivanje efekta sporazuma na konkurenciju unutar robne marke.
30. Potrebno je razlikovati primjenu koncepta propratnih ograničenja od primjene odbrane prema članu 81. stavu 3, koja se odnosi na određene ekonomske koristi koje ograničavajući sporazum proizvodi, a koje čine ravnotežu u odnosu na ograničavajuće efekte sporazuma. Primjena koncepta propratnih ograničenja ne uključuje odmjeravanje povoljnih i nepovoljnih efekata na konkurenciju. Takvo odmjeravanje se vrši prema članu 81. stavu 3. (40).
31. Ocjena propratnih ograničenja svodi se na utvrđivanje da li je, u specifičnom kontekstu glavne neograničavajuće transakcije, odnosno aktivnosti, određeno ograničenje nužno za sprovođenje te transakcije, odnosno aktivnosti, te da li joj je proporcionalno. Ako se na osnovu objektivnih faktora može zaključiti da bi bez ograničenja bilo teško ili nemoguće sprovesti glavnu neograničavajuću transakciju, ograničenje se može smatrati objektivno nužnim za njeno sprovođenje i proporcionalnim transakciji (41). Ako, na primjer, glavni cilj sporazuma o franšizi ne ograničava konkurenciju, tada ograničenja koja su neophodna za odgovarajuće funkcionisanje sporazuma, kao što su obaveze usmjerene na zaštitu jedinstvenosti i reputacije sistema franšize, takođe ne potpadaju pod član 81. stav 1. (42). Jednako tako, ako zajednički poduhvat sam po sebi ne ograničava konkurenciju, tada se ograničenja nužna za funkcionisanje sporazuma smatraju propratnim ograničenjima u odnosu na glavnu transakciju te stoga ne potpadaju pod član 81. stav 1. Na primjer, u slučaju TPS (43), Komisija je zaključila da je obaveza strana da ne smiju biti uključene u učesnike na tržištu koji se bave distribucijom i marketingom televizijskog programa putem satelita predstavljala propratno ograničenje stvaranju zajedničkog poduhvata tokom početne faze. Stoga je zaključeno da ograničenje ne potpada pod član 81. stav 1. na period od tri godine. Pri donošenju takvog zaključka, Komisija je uzela u obzir velika ulaganja i poslovne rizike vezane za ulazak na tržište televizije.

2.3. Pravilo izuzetka iz člana 81. stava 3.

32. Ocjena ograničenja prema cilju i efektu prema članu 81. stavu 1. tek je jedna strana analize. Druga strana, koja se ogleda u članu 81. stavu 3, jeste ocjena pozitivnih ekonomskih efekata ograničavajućih sporazuma.
33. Cilj pravila Zajednice u oblasti konkurencije je zaštita konkurencije na tržištu, kao načina unapređenja blagostanja potrošača i obezbjeđivanja efikasne raspodjele resursa. Sporazumi koji ograničavaju konkurenciju mogu istovremeno imati efekte povoljne za konkurenciju, i to putem dobitka od efikasnosti (44). Efikasnost može stvoriti dodatnu vrijednost smanjenjem troškova proizvodnje, poboljšanjem kvaliteta proizvoda ili stvaranjem novog proizvoda. Kada efekti sporazuma povoljni za konkurenciju prevladavaju nad protivkonkurentskim efektima, sporazum je u konačnom povoljan za konkurenciju i u

skladu sa ciljevima politike Zajednice u oblasti konkurencije. Neto efekat takvih sporazuma jeste promovisanje same suštine procesa konkurencije, odnosno pridobijanje kupaca ponudom boljih proizvoda ili boljih cijena od onih koje nude konkurenti. Ovaj analitički okvir ogleda se u članu 81. stavu 1. i članu 81. stavu 3. Odredbama člana 81. stava 3. izričito se priznaje da ograničavajući sporazumi mogu stvoriti objektivne ekonomske koristi i tako prevladati negativne efekte ograničavanja konkurencije (45).

34. Primjena izuzetka iz člana 81. stava 3. podložna je četirima kumulativnim uslovima, od kojih su dva pozitivna, a dva negativna:

- a) sporazum mora doprinositi unapređenju proizvodnje ili distribucije dobara, odnosno doprinositi promociji tehničkog ili ekonomskog napretka;
- b) potrošači moraju primiti odgovarajući dio nastalih koristi;
- c) ograničenja moraju biti neophodna za postizanje tih ciljeva; i
- d) sporazum ne smije stranama pružiti mogućnost uklanjanja konkurencije u pogledu znatnog dijela predmetnih proizvoda.

Kada su ta četiri uslova zadovoljena, sporazum pospješuje konkurenciju unutar relevantnog tržišta, budući da predmetne učesnike na tržištu navodi na ponudu jeftinijih ili boljih proizvoda potrošačima, nadoknađujući na taj način nepovoljne efekte ograničenja konkurencije za potrošače.

35. Član 81. stav 3. može se primjenjivati bilo na pojedinačne sporazume, bilo na kategorije sporazuma putem uredbe o grupnom izuzeću. Ako je sporazum obuhvaćen grupnim izuzećem, strane ograničavajućeg sporazuma oslobođene su tereta dokazivanja da njihov pojedinačni ugovor zadovoljava svaki od uslova člana 81. stava 3, prema članu 2. Uredbe 1/2003. Strane jedino moraju dokazati da ograničavajući sporazum potpada pod grupno izuzeće. Primjena člana 81. stava 3. na kategorije sporazuma putem uredbe o grupnom izuzeću zasniva se na pretpostavci da ograničavajući sporazumi koji su njome obuhvaćeni (46) zadovoljavaju svaki od četiri uslova utvrđena članom 81. stavom 3.

36. Ako u pojedinačnom slučaju sporazum potpada pod član 81. stav 1, a uslovi člana 81. stava 3. nisu zadovoljeni, grupno izuzeće može biti povučeno. Shodno članu 29. stavu 1. Uredbe 1/2003, Komisija je ovlaštena da povuče pogodnost grupnog izuzeća ako utvrdi da u pojedinom slučaju sporazum obuhvaćen uredbom o grupnom izuzeću proizvodi određene efekte koji su nespojivi sa članom 81. stavom 3. Ugovora. Prema članu 29. stavu 2. Uredbe 1/2003, tijelo države članice nadležno za zaštitu konkurencije može takođe povući pogodnost uredbe Komisije o grupnom izuzeću na svojoj teritoriji (ili dijelu teritorije) ako ta teritorija ima sva obilježja zasebnog geografskog tržišta. U slučaju povlačenja, na predmetnim tijelima nadležnim za zaštitu konkurencije je da dokažu da sporazum čini povredu člana 81. stav 1. te da ne ispunjava uslove člana 81. stava 3.

37. Sudovi država članica nemaju ovlaštenje da povlače pogodnosti uredbi o grupnom izuzeću. Nadalje, u primjeni uredbi o grupnom izuzeću, sudovi država članica ne smiju mijenjati njihov opseg proširujući područje njihove primjene na sporazume koji nijesu obuhvaćeni predmetnom uredbom o grupnom izuzeću (47). Izvan područja primjene uredbi o grupnom izuzeću, sudovi država članica imaju ovlaštenje da primjenjuju član 81. u potpunosti (uporediti sa članom 6. Uredbe 1/2003).

2. PRIMJENA ČETIRI USLOVA IZ ČLANA 81. STAVA 3.

38. Dalji tekst ovih smjernica razmotriće svaki od četiri uslova iz člana 81. stava 3. (48). S obzirom na to da su ta četiri uslova kumulativna (49), nije potrebno ispitivati preostale uslove ako se utvrdi da jedan od uslova iz člana 81. stava 3. nije zadovoljen. U pojedinačnim slučajevima, stoga, može biti primjereno razmotriti četiri uslova različitim redoslijedom.
39. U smislu ovih smjernica, smatra se primjerenim obrnuti redoslijed drugog i trećeg uslova i tako razmotriti pitanje neophodnosti prije pitanja preliivanja koristi na potrošače. Analiza preliivanja koristi zahtijeva odmjeraivanje negativnih i pozitivnih efekata sporazuma na potrošače. Ova analiza ne bi trebala da uključuje efekte ograničenja koji nijesu prošli test neophodnosti i koji su iz tog razloga zabranjeni članom 81.

3.1. Opšta načela

40. Član 81. stav 3. Ugovora postaje mjerodavan tek kad ugovor između učesnika na tržištu ograničava konkurenciju u smislu člana 81. stav 1. U slučaju neograničavajućih sporazuma nema potrebe ispitivati koristi koje proizlaze iz sporazuma.
41. Ako je u pojedinačnom slučaju dokazano ograničavanje konkurencije u smislu člana 81. stav 1., moguće je pozivanje na član 81. stav 3. radi odbrane. Shodno članu 2. Uredbe 1/2003 teret dokazivanja prema članu 81. stavu 3. počiva na učesniku na tržištu koji se poziva na povlasticu pravila izuzimanja. Ako uslovi iz člana 81. stav 3. nisu zadovoljeni, sporazum je ništav. Međutim, takva automatska ništavost primjenjuje se samo na one dijelove sporazuma koji nisu u skladu s članom 81., uz uslov da su ti dijelovi odvojivi od sporazuma kao cjeline (50). Ako je samo dio sporazuma ništav i nevažeći, u nacionalnom pravu treba utvrditi posljedice koje iz toga proizlaze za preostali dio sporazuma (51).
42. Shodno uspostavljenoj sudskoj praksi, četiri uslova iz člana 81. stava 3. kumulativni su (52), tj. svi moraju biti ispunjeni da bi se moglo primijeniti pravilo izuzetka. Ako to nije slučaj, primjena pravila izuzetka iz člana 81. stava 3. mora biti odbijena (53). Takođe, četiri uslova iz člana 81. stava 3. konačni su. Kad su oni ispunjeni, izuzetak je primjenjiv i ne smije zavisiti ni od jednog drugog uslova. Ciljevi kojima teže druge odredbe Ugovora mogu se uzeti u obzir u mjeri u kojoj su sadržani u četiri uslova iz člana 81. stava 3. (54).
43. Ocjena koristi prema članu 81. stavu 3. koje donose ograničavajući sporazumi u načelu se vrši unutar granica svakog mjerodavnog tržišta na koje se sporazum odnosi. Pravila Zajednice u oblasti konkurencije za cilj imaju zaštitu konkurencije na tržištu i od tog se cilja ne mogu odvojiti. Štaviše, uslov da potrošači(55) moraju dobiti pravičan udio u koristima podrazumijeva, uopšteno govoreći, da učinkovitosti stvorene ograničavajućim sporazumom unutar relevantnog tržišta moraju biti dovoljne da nadmaše antikonkurentne efekte koje taj sporazum proizvodi unutar tog istog relevantnog tržišta (56). Negativni učinci na potrošače na jednom geografskom ili proizvodnom tržištu uopšteno govoreći, ne mogu biti uravnoteženi i nadoknađeni pozitivnim učincima za potrošače na nekom drugom nepovezanom geografskom odnosno proizvodnom tržištu. Međutim, ako su dva tržišta povezana, efikasnosti koje se postižu na zasebnim tržištima mogu se uzeti u obzir, uz uslov da su skupine potrošača koje su pogođene ograničenjem, odnosno koje uživaju koristi od efikasnosti, u biti iste (57). U nekim su slučajevima jedino potrošači na krajnjem tržištu pogođeni sporazumom i u tom se slučaju učinak sporazuma na te potrošače mora ocijeniti. To je, na primjer, slučaj u sporazumima o nabavci (58).
44. Ocjena ograničavajućih sporazuma prema članu 81. stavu 3. sprovodi se unutar stvarnog konteksta u kojem se sporazumi odvijaju (59) te na osnovu činjenica koje postoje u bilo kojem datom vremenskom trenutku. Ocjena je podložna materijalnim promjenama

činjenica. Pravilo izuzetka iz člana 81. stava 3. primjenjuje se dok god su četiri uslova zadovoljena, a prestaje se primjenjivati kad to više nije slučaj (60). Prilikom primjene člana 81. stava 3. u skladu s ovim načelima, neophodno je uzeti u obzir početna nepovratna ulaganja bilo koje od strana, kao i vrijeme i ograničenja potrebna za ostvarenje i naplatu ulaganja kojima se promovira efikasnost. Član 81. ne može se primjenjivati a da se u obzir ne uzme takvo *ex ante* ulaganje. Rizik s kojim se strane suočavaju, kao i nepovratno ulaganje do kojeg mora doći kako bi se sporazum ostvario, može dakle dovesti do toga da sporazum ne potpada pod član 81. stav 1. odnosno da ispunjava uslove člana 81. stav 3., zavisno od slučaja, za vremensko razdoblje potrebno za povrat ulaganja.

45. U nekim slučajevima ograničavajući sporazum predstavlja nepovratni događaj. Jednom kad je ograničavajući sporazum sproveden, nemoguć je povratak u *ex ante* stanje. U takvim slučajevima ocjena se mora sprovesti isključivo na osnovu činjenica koje postoje u trenutku sprovođenja. Primjera radi, u slučaju sporazuma o istraživanju i razvoju (R&D), kod kojeg svaka strana pristane da napusti svoj istraživački projekat i udruži svoje sposobnosti sa onima druge strane, sa objektivne tačke gledišta može biti tehnički i ekonomski nemoguće oživjeti projekat jednom kad je napušten. Prema tome, ocjena po konkurenciju povoljnih i nepovoljnih efekata sporazuma o napuštanju pojedinačnih istraživačkih projekata mora se sprovesti kao da se vrši u vrijeme završetka njegovog sprovođenja. Ako je u tom vremenskom trenutku sporazum u skladu sa članom 81, na primjer iz razloga što dovoljan broj trećih strana ima konkurentne projekte istraživanja i razvoja, sporazum strana o napuštanju svojih pojedinačnih projekata ostaje u skladu sa članom 81, čak i ako naknadno projekti trećih strana ne uspiju. Međutim, zabrana iz člana 81. može se primjenjivati na druge djelove sporazuma u pogledu kojih se ne javlja pitanje nepovratnosti. Ako, na primjer, uz zajedničko istraživanje i razvoj sporazum uređuje zajedničko korišćenje, član 81. se može primjenjivati na taj dio sporazuma ako zbog naknadnih tržišnih kretanja sporazum postane ograničavajući u smislu konkurencije i (više) ne zadovoljava uslove iz člana 81. stava 3, uzimajući u obzir *ex ante* nepovratna ulaganja (uporediti sa prethodnim stavom).

47. Član 81. stav 3. ne isključuje unaprijed određene vrste sporazuma iz svog područja primjene. Načelo je da su svi ograničavajući sporazumi koji ispunjavaju četiri uslova iz člana 81. stava 3. obuhvaćeni pravilom izuzetka (61). Međutim, nije vjerovatno da će ozbiljna ograničenja (tzv. *hardcore* ograničenja) konkurencije zadovoljiti uslove iz člana 81. stava 3. Takva ograničenja obično su u uredbama o grupnom izuzeću okvalifikovana kao negativna, odnosno kao apsolutno zabranjena ograničenja u smjernicama i obavještenjima Komisije. Sporazumi takve prirode obično ne zadovoljavaju (barem) prva dva uslova iz člana 81. stava 3. Oni ne stvaraju objektivne ekonomske koristi (62), niti potrošačima donose koristi (63). Na primjer, horizontalni sporazum o utvrđivanju cijena ograničava proizvodni rezultat, što dovodi do pogrešne raspodjele resursa. Takođe, to prenosi vrijednost s potrošača na proizvođače, s obzirom na to da stvara veće cijene, a pritom ne proizvodi odgovarajuću protivvrijednost za potrošače unutar relevantnog tržišta. Nadalje, takve vrste ugovora takođe uglavnom ne prolaze test neophodnosti iz trećeg uslova (64). Svaka tvrdnja da su ograničavajući sporazumi opravdani jer za cilj imaju osiguravanje pravednih uslova konkurencije na tržištu po svojoj je prirodi neutemeljena i mora se odbaciti (65). Svrha člana 81. je zaštita efikasne konkurencije na način da se osigura održavanje otvorenosti tržišta i konkurencije. Zaštita pravednih uslova konkurencije zadatak je zakonodavca u skladu sa obavezama prava Zajednice (66), a ne učesnika na tržištu da sami sebe regulišu.

3.2. Prvi uslov iz člana 81. stava 3: dobici od efikasnosti

3.2.1. Opšte napomene

48. Shodno prvom uslovu iz člana 81. stava 3, ograničavajući sporazum mora doprinositi unapređenju proizvodnje ili distribucije dobara, odnosno promovisanju tehničkog ili ekonomskog razvoja. Odredba se izričito odnosi samo na dobra, ali se analogijom primjenjuje i na usluge.
49. Iz sudske prakse Suda proizlazi da se u obzir mogu uzeti samo **objektivne koristi** (67). To znači da se efikasnost ne ocjenjuje sa subjektivne tačke gledišta strana (68). Uštede troškova koje proizlaze iz samog ostvarenja tržišne snage strana ne mogu se uzeti u obzir. Na primjer, kad društva postignu sporazum o cijenama ili podijele tržišta, ona smanjuju obim proizvodnje, a time i proizvodne troškove. Smanjeni nivo konkurencije takođe može dovesti do nižih prihoda od prodaje i izdataka za marketing. Takva smanjenja troškova direktna su posljedica smanjenja obima proizvodnje i vrijednosti. Predmetna smanjenja troškova ne proizvode nikakve efekte povoljne za konkurenciju. Konkretno, ona ne dovode do stvaranja vrijednosti putem udruživanja imovine i poslovanja. Ona samo daju mogućnost predmetnim učesnicima na tržištu da povećaju dobit te su stoga nevažna sa tačke gledišta člana 81. stava 3.
50. Svrha prvog uslova iz člana 81. stava 3. je utvrditi vrste dobitaka od efikasnosti koji se mogu uzeti u obzir te podvrgnuti daljim testovima drugog i trećeg uslova iz člana 81. stava 3. Cilj analize je ustanoviti ekonomski značaj takvih efikasnosti. Kako efekti sporazuma povoljni za konkurenciju moraju prevagnuti nad njegovim protivkonkurentskim efektima da bi se član 81. stav 3. primjenjivao, neophodno je ispitati vezu između sporazuma i navodnih efikasnosti, te utvrditi koja je vrijednost tih efikasnosti.
51. Stoga sve tvrdnje o efikasnosti moraju biti potkrijepljene na način da se može dokazati sljedeće:
- a) priroda navodnih efikasnosti;
 - b) veza između sporazuma i efikasnosti;
 - c) vjerovatnoća i razmjer svake od navedenih efikasnosti; i
 - d) kako i kada bi se svaka od navedenih efikasnosti postigla.
52. Tačka (a) donosiocu odluke daje mogućnost provjere jesu li navodne učinkovitosti objektivne po svojoj prirodi (usporedi stav 49.).
53. Tačka (b) donosiocu odluke daje mogućnost provjere postoji li dovoljna uzročna veza između ograničavajućeg sporazuma i navodnih učinkovitosti. Ovaj uslov obično iziskuje da učinkovitosti proizlaze iz ekonomske aktivnosti koja čini cilj sporazuma. Takve aktivnosti mogu primjera radi 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, primjera radi iz razloga što dovodi do smanjenja troškova čitave ekonomske djelatnosti, te se dodatne koristi takođe uzimaju u obzir.
54. Uzročna veza između sporazuma i navodnih učinkovitosti obično takođe mora biti direktna (69). Tvrdnje zasnovane na indirektnim efektima u pravilu su suviše neizvjesne i nejasne da bi se uzele u razmatranje. Direktna uzročna veza postoji, na primjer, u slučaju gdje sporazum o prenosu tehnologije dozvoljava nosiocima licence da proizvode nove ili poboljšane proizvode, ili kod sporazuma o distribuciji koji daje mogućnost da se proizvodi distribuiraju uz niže troškove, odnosno da se pružaju vrijedne usluge. Primjer indirektnog efekta bio bi

slučaj u kojem se tvrdi da ograničavajući sporazum daje predmetnim učesnicima na tržištu priliku za povećanje dobiti, omogućavajući im da više ulažu u istraživanje i razvoj, što je u konačnom korist za potrošače. Iako je moguće da postoji veza između profitabilnosti i istraživanja i razvoja, ta veza obično nije dovoljno direktna da bi se uzela u obzir u kontekstu člana 81. stava 3.

55. Tačke c) i d) donosiocu odluke daju mogućnost provjere vrijednosti navodnih učinkovitosti, koja se, u smislu trećeg uslova iz člana 81. stava 3, mora odmjeravati naspram protivkonkurentskih efekata sporazuma (vidi stav 101. u nastavku). S obzirom na to da se član 81. stav 1. primjenjuje samo u slučajevima u kojima sporazum ima vjerovatne negativne efekte na konkurenciju i potrošače (kod apsolutno zabranjenih ograničenja takvi se efekti pretpostavljaju), tvrdnje o učinkovitostima moraju biti potkrijepljene na način da ih je moguće dokazati. Nepotkrijepljene tvrdnje se odbijaju.
56. U slučaju navodnih troškovnih učinkovitosti, učesnici na tržištu koji se pozivaju na povlasticu iz člana 81. stava 3. moraju što tačnije, koliko je to razumno moguće, izračunati odnosno procijeniti vrijednost učinkovitosti te detaljno opisati način na koji je iznos izračunat. Takođe moraju opisati metode putem kojih su učinkovitosti bile ili će biti postignute. Podneseni podaci moraju biti dokazivi, tako da se može postići dovoljan nivo sigurnosti da su učinkovitosti ostvarene, odnosno da je vjerovatno da će se ostvariti.
57. U slučaju navodnih učinkovitosti u obliku novih ili unaprijeđenih proizvoda te drugih učinkovitosti koje se ne temelje na troškovima, učesnici na tržištu koji se pozivaju na povlasticu iz člana 81. stava 3. moraju detaljno opisati i objasniti prirodu učinkovitosti te kako i zašto te učinkovitosti čine objektivnu ekonomsku korist.
58. U slučajevima gdje se sporazum tek treba u potpunosti sprovesti, stranke moraju potkrijepiti predviđanja trenutka od kojeg će učinkovitosti postati djelotvorne i na taj način ostvarivati značajan pozitivni učinak na tržištu.

3.2.2. Različite kategorije učinkovitosti

59. Vrste učinkovitosti koje navodi član 81. stav 3. jesu široke kategorije sa svrhom obuhvatanja svih objektivnih ekonomskih učinkovitosti. Postoji značajno preklapanje između različitih kategorija spomenutih u članu 81. stavu 3, tako da jedan te isti sporazum može podstaći razmatranje nekoliko vrsta učinkovitosti. Stoga nije primjereno praviti 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 generalno potiču od integracije ekonomskih aktivnosti, pri čemu učesnici na tržištu udružuju svoja sredstva radi postizanja onoga što sami ne bi mogli postići jednako učinkovito ili povjeravaju drugom učesniku na tržištu zadatke koje taj drugi učesnik na tržištu može sprovesti na učinkovitiji način.
61. Istraživanje i razvoj, kao i proces proizvodnje i distribucije, mogu se posmatrati kao lanac vrijednosti koji se može podijeliti na niz faza. U svakoj fazi tog lanca učesnik na tržištu mora napraviti izbor između mogućnosti da aktivnost obavlja sam, da je obavlja zajedno s drugim učesnikom na tržištu odnosno učesnicima na tržištu, ili da aktivnosti u potpunosti povjeri vanjskom izvoru odnosno drugom učesniku na tržištu (učesnicima).
62. U svakom slučaju gdje učinjeni izbor podrazumijeva saradnju s drugim učesnikom na tržištu, obično je potrebno sklopiti sporazum u smislu člana 81. stava 1. Ti sporazumi mogu biti vertikalni, kao što je slučaj kad strane posluju na različitim nivoima istog lanca vrijednosti, ili horizontalni, kao što je slučaj kad učesnici na tržištu djeluju na istom nivou lanca vrijednosti. Obije kategorije sporazuma mogu stvoriti učinkovitosti omogućavajući predmetnim učesnicima na tržištu da određenu aktivnost obave uz niži trošak ili višu dodatnu vrijednost za potrošače. Takvi sporazumi takođe mogu sadržati ili dovoditi do ograničavanja

konkurencije, u kojem slučaju pravilo zabrane iz člana 81. stava 1. i pravilo izuzetka iz člana 81. stava 3. mogu postati mjerodavna.

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

3.2.2.1. Troškovne neučinkovitosti

64. Troškovne učinkovitosti koje proizlaze iz sporazuma između učesnika na tržištu mogu poticati iz niza različitih izvora. Vrlo važan izvor troškovnih ušteda jeste razvoj novih proizvodnih tehnologija i metoda. Opšte uzevši, najveće se mogućnosti troškovnih ušteda ostvaruju kad dođe do skokova u tehnološkom razvoju. Primjera radi, uvođenje pokretne trake dovelo je do vrlo značajnog smanjenja troškova proizvodnje motornih vozila.
65. Drugi vrlo važan izvor učinkovitosti jesu sinergije koje proizlaze iz integracije postojećih sredstava. Kad strane sporazuma udružuju svoja sredstva, one mogu postići odnos troška i proizvodnog rezultata koji inače ne bi bio moguć. Udruživanje dviju postojećih tehnologija s komplementarnim prednostima može sniziti proizvodne troškove ili pak dovesti do proizvodnje kvalitetnijeg proizvoda. Primjera radi, moguće je da proizvodna sredstva učesnika na tržištu „A” stvaraju visok proizvodni rezultat po satu, ali iziskuju srazmjerno visok unos sirovina po jedinici izlaza, dok proizvodna sredstva učesnika na tržištu „B” stvaraju niži izlaz po satu, ali iziskuju relativno niži unos sirovina po jedinici izlaza. Sinergije se postižu ako pokretanjem zajedničkog proizvodnog ulaganja, koje udružuje proizvodna sredstva učesnika na tržištu „A” i učesnika na tržištu „B”, stranke mogu postići visok odnosno viši stepen izlaza po satu s niskim odnosno nižim unosom sirovina po jedinici proizvodnog rezultata. Jednako tako, ako je jedan učesnik na tržištu optimizovao neki dio lanca vrijednosti, a drugi je učesnik na tržištu optimizovao drugi dio lanca, udruživanje njihovog poslovanja može dovesti do nižih troškova. Učesnik na tržištu „A” može, primjera radi, imati visoko automatizovane proizvodne kapacitete koji dovode do niskih jediničnih proizvodnih troškova, dok je učesnik na tržištu „B” razvio učinkovit sistem obrade narudžbi. Sistem omogućuje oblikovanje proizvodnje prema zahtjevima kupca, osiguravajući pravovremenu dostavu i smanjujući troškove skladištenja i zastarjelosti. Udruživanjem sredstava učesnici na tržištu „A” i „B” mogu stvoriti uslove za postizanje smanjenja troškova.
66. Troškovne učinkovitosti takođe mogu proizaći iz ekonomije obima, tj. pada jediničnih troškova proizvodnog izlaza kada količina izlaza raste. Uzmimo sljedeći primjer: ulaganje u opremu i druga sredstva često se mora vršiti u nedjeljivim cjelinama. Ako učesnik na tržištu ne može u potpunosti iskoristiti cjelinu, njegovi će prosječni troškovi biti viši nego da ima takvu mogućnost. Primjera radi, trošak poslovanja s kamionom praktično je jednak bez obzira na to je li on gotovo prazan, polupun ili pun. Sporazumi u kojima učesnici na tržištu udružuju logistiku mogu im omogućiti povećanje faktora opterećenosti i smanjenje broja uposlenih vozila. Veći obim može takođe omogućiti bolju podjelu rada dovodeći do nižih jediničnih troškova. Učesnici na tržištu mogu postići ekonomiju obima u odnosu na sve dijelove lanca vrijednosti, uključujući istraživanje i razvoj, proizvodnju, distribuciju i marketing. Srodna vrsta učinkovitosti jeste ušteda na osnovu učenja. Sticanjem iskustva u korišćenju 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 opsega drugi je izvor troškovne učinkovitosti do kojeg dolazi kad učesnici na tržištu postignu troškovne uštede proizvodeći različite proizvode na osnovu istog proizvodnog unosa. Takve učinkovitosti mogu proizaći iz činjenice da je moguće koristiti iste komponente te iste kapacitete i kadrove za proizvodnju raznih proizvoda. Jednako tako,

ekonomija opsega može se pojaviti u distribuciji, kad se nekoliko vrsta dobara distribuira u istim vozilima. Primjera radi, proizvođač smrznutih pizza i proizvođač smrznutog povrća mogu postići ekonomiju opsega zajedničkom distribucijom svojih proizvoda. Obje grupe proizvoda moraju se distribuirati u hladnjačama pa je vjerovatno 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 takođe mogu proizaći iz sporazuma koji stvaraju uslove za bolje planiranje proizvodnje smanjujući potrebu držanja skupih zaliha i omogućavajući bolje iskorišćavanje kapaciteta. Učinkovitosti takve prirode mogu, na primjer, poticati od kupovine po načelu „just in time”, odnosno obaveze dobavljača komponenti da kontinuirano snabdijeva kupca u skladu sa njegovim potrebama, čime kupac izbjegava potrebu održavanja znatne količine zaliha komponenti za koje postoji rizik neupotrebljivosti. Troškovne uštede takođe mogu proizaći iz sporazuma koji stranama omogućavaju racionalizaciju proizvodnje raspodjelom po proizvodnim kapacitetima.

3.2.2.2. Kvalitativne učinkovitosti

69. Sporazumi među učesnicima na tržištu mogu proizvesti različite učinkovitosti kvalitativne prirode koje su mjerodavne za primjenu člana 81. stava 3. U nizu slučajeva glavni potencijal sporazuma za unapređenje učinkovitosti ne leži u smanjenju troškova, već u poboljšanju kvaliteta i drugim učinkovitostima kvalitativne prirode. Zavisno od pojedinog slučaja, takve učinkovitosti mogu stoga biti od jednake ili veće važnosti u odnosu na troškovne učinkovitosti.
70. Tehnički i tehnološki napreci čine bitan i dinamičan dio privrede donoseći značajne koristi u obliku novih ili unaprijeđenih proizvoda i usluga. Saradnjom učesnici na tržištu mogu stvoriti uslove 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 ekonomskih koristi obuhvaćenih prvim uslovom iz člana 81. stava 3. Sporazumi koji mogu proizvesti učinkovitosti ovakve prirode uključuju posebno sporazume o istraživanju i razvoju. Primjer bi bio sljedeći: učesnici na tržištu „A” i „B” pokreću zajedničko ulaganje u oblasti razvoja i, uz uslov uspjeha, zajedničku proizvodnju automobilskih guma sa odjeljcima. Bušenje jednog odjeljka ne utiče na ostale, što znači da ne postoji rizik raspadanja gume u slučaju da je probušena. Na taj način guma je pouzdanija od tradicionalnih. To takođe znači da ne postoji potreba da se guma odmah mijenja i zato nosi rezervna. Obje vrste učinkovitosti čine objektivne koristi u smislu prvog uslova iz člana 81. stava 3.
71. Na isti način na koji udruživanje komplementarnih sredstava može podstaknuti troškovne uštede, udruživanje sredstava takođe može dovesti do sinergija koje stvaraju učinkovitosti kvalitativne prirode. Udruživanje proizvodnih sredstava može, primjera radi, dovesti do proizvodnje kvalitetnijih proizvoda ili proizvoda s obilježjima noviteta. To može biti slučaj kod, primjera radi, sporazuma o licenciranju i sporazuma koji uređuju zajedničku proizvodnju novih ili unaprijeđenih dobara odnosno usluga. Sporazumi o licenciranju mogu posebno osigurati brže širenje nove tehnologije u Zajednici i omogućiti nositeljima licence da ponude nove proizvode ili upotrebu novih proizvodnih tehnika koje dovode do poboljšanja kvalitete. Sporazumi o zajedničkoj proizvodnji mogu posebno stvoriti uslove za brže odnosno jeftinije uvođenje novih ili unaprijeđenih proizvoda na tržište (70). Za sporazume o saradnji u sektoru telekomunikacija, primjera radi, smatralo se da dovode do učinkovitosti bržim stvaranjem ponude novih globalnih usluga (71). Za sporazume o saradnji u bankarskom sektoru koji su nudili poboljšane mogućnosti za obavljanje

prekograničnih plaćanja smatralo se da stvaraju učinkovitosti koje potpadaju pod prvi uslov iz člana 81. stav 3. (72).

72. Sporazumi o distribuciji takođe mogu dovesti do kvalitativne učinkovitosti. Specijalizovani distributeri, primjera radi, mogu doći u položaj pružati usluge koje su bolje prilagođene potrebama kupaca ili osigurati bržu dostavu odnosno bolji kvalitet kroz cjelokupni lanac distribucije (73).

3.3. Treći uslov iz člana 81. stav 3.: neophodnost ograničenja

73. Shodno trećem uslovu iz člana 81. stav 3., ograničavajući sporazum ne smije nametati ograničenja koja nisu neophodna za postizanje učinkovitosti koje su stvorene predmetnim sporazumom. Ovaj uslov podrazumijeva dvostruki test. Prvo, ograničavajući sporazum kao takav mora biti razumno neophodan radi ostvarenja učinkovitosti. Drugo, pojedinačna ograničenja konkurencije koja proizlaze iz sporazuma takođe moraju biti razumno neophodna za postizanje učinkovitosti.
74. U kontekstu trećeg uslova iz člana 81. stav 3., odlučujući je čimbenik omogućuju li ili ne ograničavajući sporazum i pojedinačna ograničenja učinkovitije obavljanje predmetnih aktivnosti nego što je vjerovatno mogao biti slučaj u odsutnosti sporazuma odnosno predmetnih ograničenja. Pitanje nije da li u odsutnosti ograničenja ne bi došlo do zaključenja sporazuma nego je li sporazumom odnosno ograničenjima stvoreno više učinkovitosti nego u odsutnosti sporazuma odnosno ograničenja (74).
75. Prvi test sadržan u trećem uslovu člana 81. stava 3. zahtijeva da učinkovitosti budu specifične za predmetni sporazum, u smislu da ne postoje drugi ekonomski sprovodivi i manje ograničavajući načini ostvarenja tih učinkovitosti. Pri davanju ove posljednje ocjene moraju se uzeti u obzir tržišni uslovi i poslovna stvarnost sa kojom se suočavaju strane sporazuma. Učesnici na tržištu koji se pozivaju na pogodnost iz člana 81. stava 3. ne moraju razmatrati hipotetičke ili teorijske alternative. Komisija neće osporavati poslovne procjene strana. Ona će intervenirati samo u slučaju kada je prilično jasno da postoje realne i sprovodive alternative. Strane jedino moraju objasniti i pokazati zašto bi takve, naizgled realne i znatno manje ograničavajuće alternative sporazumu, bile znatno manje učinkovite.
76. Od posebne je važnosti ispitati, poklanjajući dužnu pažnju okolnostima pojedinačnog slučaja, jesu li strane mogle postići učinkovitosti putem druge, manje ograničavajuće vrste sporazuma i, ako je to slučaj, kada bi bilo vjerovatno da će te učinkovitosti i ostvariti. Takođe može biti neophodno ispitati jesu li strane mogle samostalno postići učinkovitosti. Primjera radi, kada navodne učinkovitosti dolaze u obliku smanjenja troškova koji proizlaze iz ekonomije obima ili opsega, predmetni učesnici na tržištu moraju objasniti i potkrijepiti zašto ne postoji vjerovatnoća da bi se iste učinkovitosti postigle unutrašnjim rastom i cjenovnom konkurencijom. Pri ovakvom ocjenjivanju treba razmotriti, između ostalog, koji je najmanji nivo učinkovitosti na predmetnom tržištu. Najmanji nivo učinkovitosti (Minimum Efficient Scale) jeste nivo proizvodnog izlaza koji je potreban radi minimiziranja prosječnog troška i iskorišćavanja ekonomije obima (75). Što je veći najmanji nivo učinkovitosti u poređenju sa trenutnom veličinom bilo koje od strana sporazuma, to je vjerovatnije da će se učinkovitosti smatrati specifičnim 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 ilustrovati sljedećim primjerom: Učesnici na tržištu „A” i „B” unutar zajedničkog ulaganja udružuju svoje proizvodne tehnologije radi ostvarenja većeg proizvodnog rezultata i manje potrošnje sirovina. Zajedničkom ulaganju je izdata isključiva

licenca za proizvodne tehnologije oba učesnika na tržištu. Strane prenose svoje postojeće proizvodne kapacitete na zajedničko ulaganje. Takođe, prenose i ključne kadrove kako bi osigurali iskorišćavanje i dalji razvoj postojećih ušteta zahvaljujući učenju. Procjenjuje se da će te uštete smanjiti proizvodne troškove za daljnjih pet posto. Proizvodne rezultate zajedničkog poduhvata „A” i „B” prodaju samostalno. U ovom slučaju uslov neophodnosti iziskuje ocjenu bi li se pogodnosti u bitnom mogle postići putem sporazuma o licenciranju koji bi vjerovatno bio manje ograničavajući budući da bi učesnici na tržištu „A” i „B” nastavili proizvodnju nezavisno jedan od drugoga. U opisanim okolnostima to vjerovatno nije slučaj s obzirom da prema sporazumu o licenciranju stranke ne bi mogle na jednako bezbolan i kontinuiran način ostvarivati koristi od svojih iskustava u radu s dvjema tehnologijama postižući značajne uštete od učenja.

78. Jednom kad se utvrdi da je predmetni ugovor neophodan kako bi se proizvele učinkovitosti, potrebno je ocijeniti neophodnost svakog ograničenja konkurencije 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 vjerovatnim. Ocjena alternativnih rješenja mora u obzir uzeti stvarno i potencijalno poboljšanje u području konkurencije, uklanjanjem pojedinog ograničenja odnosno primjenom manje ograničavajuće alternative. Što je ograničenje više ograničavajuće to je stroži test trećeg uslova (76). Za ograničenja koja su u uredbama o skupnom izuzeću kvalifikovana kao negativna odnosno kao apsolutno zabranjena ograničenja u smjernicama i obavještenjima Komisije, nije vjerovatno da će se smatrati neophodnima.
80. Ocjena neophodnosti provodi se unutar stvarnog okruženja u kojem se sporazum odvija, a posebno se mora uzeti u obzir strukturu tržišta, ekonomske rizike vezane uz sporazum i podsticaje strankama. Što je neizvjesniji uspjeh proizvoda obuhvaćenog sporazumom, to su veća ograničenja koja mogu biti potrebna kako bi se osiguralo ostvarenje učinkovitosti. Ograničenja takođe mogu biti neophodna radi usklađenja motiva stranaka te kako bi se osiguralo da svoje napore usmjere na implementaciju sporazuma. Ograničenje može, na primjer, biti neophodno kako bi se izbjegli problemi zastoja (hold-up) nakon što je jedna od strana izvršila znatno nepovratno ulaganje. Nakon što je, na primjer, dobavljač izvršio znatno ulaganje specifično za taj poslovni odnos s ciljem snabdijevanja kupca određenim inputom, dobavljač postaje vezan za tog kupca. Kako bi se izbjeglo da kupac ex post iskoristi tu zavisnost za dobijanje povoljnijih uslova, može biti neophodno nametnuti obavezu zabrane kupovine te komponente od trećih strana ili obavezu kupovine minimalnih količina komponente od tog dobavljača (77).
81. U nekim slučajevima ograničenje može biti neophodno samo na određeni vremenski period. Tada se izuzeće iz člana 81. stava 3. primjenjuje samo tokom tog perioda. Prilikom ocjene potrebno je uzeti u obzir vremenski period koji je stranama potreban za postizanje učinkovitosti koje opravdavaju primjenu pravila o izuzeću (78). U slučajevima gdje se koristi ne mogu ostvariti bez značajnijeg ulaganja, posebno se mora uzeti u obzir vremenski period potreban da se osigura odgovarajući povrat ulaganja (vidi takođe gornji stav 44).
82. Ova načela se mogu ilustrovati sljedećim hipotetičkim primjerima:

Preduzetnik „P” proizvodi i distribuira smrznute pice i drži 15% tržišta u državi članici „X”. Dostave se vrše direktno trgovcima na malo. S obzirom na to da većina trgovaca na malo ima ograničene kapacitete skladištenja, potrebne su srazmjerno česte dostave, što dovodi do niskog stepena iskorišćenosti kapaciteta i upotrebe srazmjerno malih vozila. Preduzetnik „T” je veletrgovac smrznutim picama i drugim smrznutim proizvodima, a dostavu vrši

većini istih kupaca kao i „P”. Pice koje dostavlja „T” čine 30% tržišta. „T” posjeduje vozni park većih vozila i višak kapaciteta. „P” zaključuje sporazum o isključivoj distribuciji sa preduzetnikom „T” za državu članicu „X” i obavezuje se da će osigurati da distributeri u drugim državama članicama neće vršiti ni aktivnu ni pasivnu prodaju na teritoriji preduzetnika „T”. „T” se obavezuje da će reklamirati proizvode, istraživati ukuse i zadovoljstvo potrošača, te osigurati dostavu svih proizvoda trgovcima na malo u roku od 24 sata. Sporazum dovodi do smanjenja ukupnih troškova distribucije za 30%, budući da su kapaciteti bolje iskorišćeni, a izbjegnuto je dupliranje distributivnih puteva. Sporazum takođe dovodi do pružanja dodatnih usluga kupcima. Ograničenja pasivne prodaje predstavljaju apsolutno zabranjena ograničenja prema uredbi o grupnom izuzeću vertikalnih ograničenja (79) te se mogu smatrati neophodnim jedino u izuzetnim okolnostima. Izgrađen tržišni položaj preduzetnika „T” i priroda obaveza koje su mu nametnute ukazuju na to da ovo nije izuzetan slučaj. S druge strane, zabrana aktivne prodaje je vjerovatno neophodna. „T” će vjerovatno imati manje motiva da prodaje i reklamira brend „P”, ako bi distributeri u drugim državama članicama mogli vršiti aktivnu prodaju u državi članici „X” i tako se okoristili naporima koje je preduzetnik „T” preduzeo. To je tim prije istina što „T” takođe distribuira konkurentske brendove i tako ima mogućnost stavljanja naglaska na brendove koji su najmanje izloženi tzv. „slijepim putnicima” (free-riders).

Preduzetnik „S” je proizvođač gaziranih bezalkoholnih pića i drži 40% tržišta. Najbliži konkurent drži 20%. „S” zaključuje sporazum o nabavci sa kupcima koji čine 25% potražnje, pri čemu se oni obavezuju da kupuju isključivo od preduzetnika „S” tokom pet godina. „S” zaključuje sporazume sa drugim kupcima koji čine 15% potražnje, pri čemu im se odobravaju tromjesečni ciljani rabata ako njihova kupovina prelazi određene pojedinačno utvrđene ciljane iznose. „S” tvrdi da mu sporazumi omogućavaju tačnije predviđanje potražnje i time bolje planiranje proizvodnje, čime smanjuje troškove čuvanja i skladištenja sirovina i izbjegava nestašice u snabdijevanju. S obzirom na tržišni položaj preduzetnika „S” i spregu ograničenja, postoji vrlo mala vjerovatnoća da se ta ograničenja mogu smatrati neophodnim. Obaveza isključive kupovine prelazi nivo koji je potreban za planiranje proizvodnje, a isto važi i za šemu ciljanih rabata. Predvidljivost potražnje može se postići manje ograničavajućim načinima. Preduzetnik „S” bi, na primjer, mogao davati podsticaj kupcima da odjednom naručuju velike količine nudeći im količinske rabate ili nudeći rabate kupcima koji unaprijed naručuju dostavu na određeni datum.

3.4. Drugi uslov člana 81. stava 3: odgovarajući dio za potrošače

3.4.1. Opšte napomene

83. Shodno drugom uslovu iz člana 81. stava 3, potrošači moraju uživati odgovarajući dio učinkovitosti nastale ograničavajućim sporazumom.
84. Koncept „potrošača” obuhvata sve direktne i indirektne korisnike proizvoda obuhvaćenih sporazumom, uključujući proizvođače koji proizvode koriste kao proizvodni input, veletrgovce, trgovce na malo, kao i krajnje potrošače, tj. fizička lica koja djeluju u svrhu za koju se može smatrati da je izvan njihovog posla, odnosno zanimanja. Drugim riječima, potrošači u smislu člana 81. stava 3. jesu kupci strana sporazuma i naknadni kupci. Ti kupci mogu biti preduzeća, kao u slučaju kupaca industrijskih mašina ili proizvodnih inputa za dalju proizvodnju, odnosno krajnji potrošači, kao na primjer u slučaju kupaca sladoleda ili bicikala.
85. Koncept „odgovarajućeg dijela” upućuje na to da prelijevanje koristi kupcima mora nadoknaditi barem svaki stvarni ili potencijalni negativni učinak koji im je prouzrokovalo ograničavanje konkurencije ustanovljeno prema članu 81. stavu 1. U skladu sa sveobuhvatnim ciljem člana 81. o sprječavanju sporazuma suprotnih konkurenciji, neto

učinak sporazuma mora biti barem neutralan sa stanovišta onih potrošača koji su pod direktnim ili vjerovatnim uticajem sporazuma (80). Ako su takvi potrošači u lošijem položaju zbog sporazuma, drugi uslov iz člana 81. stava 3. nije ispunjen. Pozitivni učinci sporazuma moraju činiti protivtežu negativnim učincima za potrošače i nadoknađivati ih (81). Kad je to slučaj, potrošači nijesu pogođeni sporazumom. Štaviše, 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 uslovu. Dovoljno je da se preliju koristi dovoljne da nadoknade negativne učinke ograničavajućeg sporazuma. U tom slučaju potrošači dobijaju odgovarajući dio sveukupne koristi (82). Ako je vjerovatno da će ograničavajući sporazum dovesti do viših cijena, potrošači u cjelosti moraju biti oštećeni kroz poboljšani kvalitet ili druge koristi. Ako to nije slučaj, drugi uslov iz člana 81. stava 3. nije ispunjen.
87. Odlučujući faktor je sveukupni učinak proizvoda na potrošače unutar relevantnog tržišta, a ne učinak na pojedine članove ove grupe potrošača (83). U nekim slučajevima može biti potreban određen vremenski period prije nego što se učinkovitosti ostvare. Do tog trenutka sporazum eventualno ima samo negativne učinke. Činjenica da se prelivanje na potrošače događa sa određenim vremenskim periodom sama po sebi ne isključuje primjenu člana 81. stava 3. Međutim, što je duži vremenski period, tim više moraju biti učinkovitosti kako bi potrošačima nadoknadile gubitak tokom perioda koji je prethodio prelivanju.
88. Prilikom ocjenjivanja u obzir se mora uzeti da vrijednost dobitka u budućnosti kupcima nije jednaka sadašnjem dobitku. Vrijednost uštede od 100 eura danas veća je od vrijednosti uštede jednakog iznosa godinu dana kasnije. Prema tome, budući dobitak kupcima ne nadoknađuje u potpunosti sadašnji gubitak jednake nominalne veličine. Kako bi se omogućilo odgovarajuće poređenje sadašnjeg gubitka za potrošače sa budućim dobitkom za potrošače, vrijednost budućih dobitaka mora se diskontovati. Korišćena diskontna stopa mora odražavati stopu inflacije, ako postoji, te izgubljene kamate kao pokazatelje niže vrijednosti budućih dobitaka.
89. U drugim slučajevima sporazumi mogu stranama omogućiti postizanje učinkovitosti prije nego što bi to inače bilo moguće. U takvim okolnostima potrebno je sagledati vjerovatni negativni učinak na potrošače unutar relevantnog tržišta nakon što je taj period protekao. Ako putem ograničavajućeg sporazuma strane zauzmu jak tržišni položaj, mogu se naći u mogućnosti da zaračunavaju znatno više cijene nego što bi to inače bio slučaj. Kako bi drugi uslov iz člana 81. stava 3. bio zadovoljen, korist za potrošače koja se sastoji u tome da imaju raniji pristup proizvodima mora biti jednako značajna. To, na primjer, može biti slučaj ako sporazum omogućava dvama proizvođačima automobilskih guma da tri godine ranije na tržište plasiraju nove, znatno sigurnije gume, ali im se istovremeno, povećavajući njihovu tržišnu snagu, omogućava povećanje cijena za 5 %. U takvom slučaju je vjerovatno da rani pristup znatno unaprijeđenom proizvodu preteže nad rastom cijena.
90. Drugi uslov iz člana 81. stava 3. u sebi sadrži kliznu skalu. Što je veće ograničenje konkurencije utvrđeno prema članu 81. stavu 1, to više moraju biti učinkovitosti i prelivanje na potrošače. Ovaj pristup kliznom skalom podrazumijeva da je, ako su ograničavajući učinci sporazuma srazmjerno ograničeni, a učinkovitosti znatne, vjerovatno da će se odgovarajući dio troškovnih ušteda prelići na potrošače. Stoga u takvim slučajevima obično nije potrebno ulaziti u detaljnu analizu drugog uslova člana 81. stava 3, i to samo ako su ostala tri uslova primjene ove odredbe ispunjena.
91. Ako su, s druge strane, ograničavajući učinci sporazuma znatni, a troškovne uštede srazmjerno beznačajne, vrlo je mala vjerovatnoća da će drugi uslov iz člana 81. stava 3. biti

ispunjen. Učinak ograničavanja konkurencije zavisi od jačine ograničenja i stepena konkurencije koji preostaje nakon sporazuma.

92. Ako sporazum proizvodi učinke koji su i znatno nepovoljni i znatno povoljni sa stanovišta konkurencije, potrebna je pažljiva analiza. U takvim slučajevima primjena testa odmjeravanja učinaka mora uzeti u obzir da je konkurencija bitan dugoročni pokretač učinkovitosti i inovacija. Preduzetnici koji nijesu podložni djelotvornim konkurentskim pritiscima, kao što su na primjer preduzetnici u dominantnom položaju, imaju manje motiva za održavanje ili stvaranje učinkovitosti. Što je značajniji učinak sporazuma na konkurenciju, to je vjerovatnije da će potrošači dugoročno biti pogođeni.
93. Sljedeća dva odjeljka detaljnije opisuju analitički okvir za ocjenu preliivanja koristi od učinkovitosti na potrošače. Prvi odjeljak bavi se troškovnim učinkovitostima, dok sljedeći odjeljak obuhvata druge vrste učinkovitosti, kao što su novi ili unaprijeđeni proizvodi (kvalitativne učinkovitosti). Takav okvir, razrađen u pomenuta dva odjeljka, od naročite je važnosti u slučajevima gdje nije odmah jasno da narušavanje konkurencije premašuje koristi za potrošače ili obratno (84).
94. U primjeni dolje navedenih načela Komisija će voditi računa o činjenici da je u mnogim slučajevima teško precizno izračunati stopu preliivanja na potrošače i ostale vrste preliivanja na potrošače. Od preduzetnika 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. Prelivanje i odmjeravanje troškovnih učinkovitosti

95. Kada tržišta nijesu u stanju potpune konkurencije, kao što je to uglavnom slučaj, preduzetnici su u mogućnosti da u većoj ili manjoj mjeri utiču na tržišnu cijenu mijenjajući svoju količinu proizvodnje (85). Takođe mogu biti u položaju da cjenovno diskriminišu 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 preduzetnici u mogućnosti da povećaju dobit povećanjem količine proizvodnje, može doći do preliivanja na potrošače. Pri ocjenjivanju mjere u kojoj će se troškovne učinkovitosti vjerovatno preliiti na potrošače i rezultata testa odmjeravanja iz člana 81. stava 3. sljedećim faktorima se mora posvetiti posebna pažnja:

- (a) obilježja i struktura tržišta;
- (b) priroda i razmjer dobitaka od učinkovitosti;
- (c) elastičnost potražnje; i
- (d) razmjer ograničavanja konkurencije.

Obično se moraju razmotriti svi faktori. S obzirom na to da se član 81. stav 3. primjenjuje samo u slučajevima u kojima je konkurencija na tržištu znatno ograničena (vidi gornji stav 24), ne može se pretpostaviti da će preostala konkurencija moći da osigura odgovarajući dio koristi za potrošače. Međutim, stepen konkurencije koja preostaje na tržištu, kao i priroda te konkurencije, utiče na vjerovatnoću preliivanja.

97. Što je viši stepen preostale konkurencije, to je vjerovatnije da će pojedini preduzetnici pokušati da povećaju svoje prihode od prodaje preliivanjem troškovnih učinkovitosti. Ako

se preduzetnici nadmeću uglavnom u cijenama i nijesu podložni značajnijim ograničenjima kapaciteta, do preliivanja može doći srazmjerno brzo. Ako je nadmetanje uglavnom u kapacitetu i ako se prilagođavanja kapaciteta javljaju sa određenim vremenskim odmakom, preliivanje će biti sporije. Preliivanje će takođe vjerovatno biti sporije ako je tržišna struktura povoljna za prećutne dogovore (dosluhe) (86). Ako je vjerovatno da će konkurenti odgovoriti na povećanje količine proizvodnje jedne ili više strana sporazuma, podsticaj za povećanje količine proizvodnje može biti doveden u pitanje, osim ako je tržišna prednost stvorena učinkovitostima takva da predmetni preduzetnici imaju motiva da odstupe od zajedničke politike koju su na tržištu usvojili članovi oligopola. Drugim riječima, učinkovitosti stvorene sporazumom mogu predmetne preduzetnike pretvoriti u tzv. „prekršioce” (mavericks) (87).

98. Priroda dobitaka od učinkovitosti takođe igra važnu ulogu. Prema ekonomskoj teoriji, preduzetnici maksimalno povećavaju svoju dobit prodajući jedinice proizvoda do trenutka kad granični prihod bude jednak graničnom trošku. Granični prihod je promjena ukupnog prihoda koja nastaje od prodaje dodatne jedinice proizvoda, dok je granični trošak promjena ukupnog troška koja proizlazi iz proizvodnje te dodatne jedinice proizvoda. Iz ovog načela slijedi da, po pravilu, odluke o proizvodnji i cijeni preduzetnika koji maksimalno povećava dobit nijesu određene njegovim fiksnim troškovima (tj. troškovima koji nijesu promjenljivi zavisno od obima proizvodnje), nego njegovim varijabilnim troškovima (tj. troškovima koji su promjenljivi zavisno od obima proizvodnje). Nakon što su fiksni troškovi nastali, a kapaciteti postavljeni, odluke o cijeni i količini proizvoda određene su varijabilnim troškovima i uslovima potražnje. Uzmimo za primjer situaciju u kojoj dva preduzetnika proizvode po dva proizvoda svaki, na dvije proizvodne linije koje rade samo sa polovinom kapaciteta. Sporazum o specijalizaciji može dvama preduzetnicima omogućiti specijalizaciju u proizvodnji jednog od dva proizvoda i rashodovanje druge proizvodne linije za drugi proizvod. Istovremeno, specijalizacija može preduzetnicima omogućiti smanjenje varijabilnog proizvodnog inputa i troškova skladištenja. Samo ova posljednja ušteda imaće direktan učinak na odluke preduzetnika o cijeni i količini proizvoda, s obzirom na to da će uticati na granični trošak proizvodnje. Rashodovanje jedne od proizvodnih linija svakog preduzetnika neće smanjiti njihov varijabilni trošak i neće imati učinka na troškove proizvodnje. Slijedi da preduzetnici mogu imati direktan podsticaj za preliivanje na potrošače u obliku učinkovitosti od veće količine proizvodnje i nižih cijena koje smanjuju granične troškove, dok takve direktne podsticaje nemaju u odnosu na učinkovitosti koje smanjuju fiksne troškove. Stoga je za potrošače vjerovatnije da će primiti odgovarajući dio troškovnih učinkovitosti u slučaju smanjenja varijabilnih troškova nego u slučaju smanjenja fiksnih troškova.

99. Činjenica da preduzetnici mogu imati podsticaja za preliivanje određene vrste troškovnih učinkovitosti ne znači da će stopa preliivanja nužno biti 100%. Stvarna stopa preliivanja zavisi od mjere u kojoj potrošači odgovaraju na promjene u cijeni, tj. o elastičnosti potražnje. Što je veće povećanje potražnje uzrokovano smanjenjem cijene, to je veća stopa preliivanja. Ovo slijedi iz činjenice da što su veći dodatni prihodi od prodaje uzrokovani smanjenjem cijene zbog povećanja količine proizvodnje, to je vjerovatnije da će ti prihodi nadoknaditi gubitak prihoda uzrokovan nižom cijenom koja je rezultat povećanja količine proizvodnje. U odsustvu cjenovne diskriminacije, smanjenje cijena utiče na sve jedinice koje preduzetnik proda, u kom slučaju je granični prihod niži od cijene dobijene za granični proizvod. Ako su predmetni preduzetnici u mogućnosti da zaračunavaju različite cijene različitim kupcima, tj. ako ih cjenovno diskriminišu, za očekivati je da će preliivanje biti na korist jedino cjenovno osjetljivim potrošačima (88).

100. Potrebno je takođe uzeti u obzir da dobiti od učinkovitosti često ne utiču na čitavu troškovnu strukturu predmetnih preduzetnika. U takvom slučaju je učinak na cijenu za

potrošače ograničen. Ako, na primjer, sporazum stranama omogućava smanjenje proizvodnih troškova za 6 %, a proizvodni troškovi čine samo trećinu troškova na osnovu kojih se određuju cijene, učinak na cijenu proizvoda je 2 %, uz pretpostavku da je iznos preliven u cjelosti.

101. Naposljetku, od velike je važnosti potreba odmjeravanja dviju suprotstavljenih sila koje proizlaze iz ograničavanja konkurencije i troškovnih učinkovitosti. S jedne strane, svako povećanje tržišne snage uzrokovano ograničavajućim sporazumom predmetnim preduzetnicima daje sposobnost i podsticaj za povećanje cijena. S druge strane, vrste troškovnih učinkovitosti koje se uzimaju u obzir mogu predmetnim preduzetnicima pružiti podsticaj za smanjenje cijena (vidi gornji stav 98). Učinci ovih dviju suprotstavljenih sila moraju se međusobno odmjeriti. U tom smislu treba podsjetiti da uslov prelivanja na potrošače u sebi sadrži kliznu skalu. Ako sporazum uzrokuje značajno smanjenje konkurentskih pritisaka sa kojima se strane suočavaju, obično su potrebne izuzetno velike troškovne učinkovitosti kako bi došlo do dovoljnog prelivanja.

3.4.3. Prelivanje i odmjeravanje drugih vrsta učinkovitosti

102. Prelivanje na potrošače može takođe poprimiti oblik kvalitativnih učinkovitosti, kao što su novi i poboljšani proizvodi, stvarajući vrijednost koja je dovoljna da potrošačima nadoknadi protivkonkurentske učinke sporazuma, uključujući povećanje cijena.
103. Svaka takva ocjena nužno iziskuje vrijednosni sud. Teško je dinamičkim učinkovitostima takve prirode pripisati precizne vrijednosti. Međutim, temeljni cilj ove ocjene ostaje jednak, naime utvrditi sveukupni učinak sporazuma na potrošače unutar relevantnog tržišta. Preduzetnici koji se pozivaju na pogodnost iz člana 81. stava 3. moraju potkrijepiti da potrošači stiču jednako vrijedne koristi (vidi u tom smislu gornje stavove 57. i 86).
104. Raspoloživost novih i poboljšanih proizvoda čini važan izvor blagostanja potrošača. Dok god povećanje vrijednosti, koje potiče od takvih poboljšanja, premašuje nepogodnosti od održavanja ili povećanja cijena uzrokovano ograničavajućim sporazumom, potrošači su u boljem položaju nego da sporazuma nema, a zahtjev prelivanja na potrošače iz člana 81. stava 3. u pravilu je ispunjen. U slučajevima gdje je vjerovatni učinak sporazuma povećanje cijena za potrošače unutar relevantnog tržišta, pažljivo treba ocijeniti stvaraju li navodne učinkovitosti stvarnu vrijednost za potrošače na tom tržištu u cilju nadoknade nepovoljnih učinaka ograničavanja konkurencije.

3.5. Četvrti uslov iz člana 81. stava 3: neuklanjanje konkurencije

105. Prema četvrtom uslovu iz člana 81. stava 3, sporazum ne smije preduzetnicima pružiti mogućnost uklanjanja konkurencije za značajan dio predmetnih proizvoda. U krajnjem, zaštita suparništva i procesa konkurencije ima prioritet u odnosu na dobitke od učinkovitosti koji su potencijalno povoljni za konkurenciju, a koji bi mogli proisteći iz ograničavajućih sporazuma. Posljednji uslov iz člana 81. stava 3. priznaje činjenicu da je suparništvo među preduzetnicima ključni pokretač ekonomske učinkovitosti, uključujući dinamičke učinkovitosti u obliku inovacija. Drugim riječima, konačni cilj člana 81. jeste zaštita konkurentskog procesa. Ako su konkurenti uklonjeni, proces nadmetanja se završava, a nad kratkoročnim dobicima od učinkovitosti pretežu dugoročni gubici koji, između ostalog, potiču od izdataka koje je preduzetnik, već od ranije prisutan na tržištu, pretrpio kako bi zadržao svoj položaj (rent-seeking), kao i od pogrešne alokacije resursa, smanjenog nivoa inovacija i viših cijena.
106. Koncept iz člana 81. stava 3. o uklanjanju konkurencije u pogledu značajnog dijela predmetnih proizvoda je autonomni koncept prava Zajednice, specifičan za član 81. stav 3.

- (89). Međutim, u primjeni ovog koncepta potrebno je uzeti u obzir odnos između člana 81. i člana 82. Shodno uspostavljenoj sudskoj praksi, primjena člana 81. stava 3. ne može spriječiti primjenu člana 82. Ugovora (90). Štaviše, budući da i član 81. i član 82. za cilj imaju održavanje djelotvorne konkurencije na tržištu, radi dosljednosti, član 81. stav 3. treba tumačiti tako da isključuje primjenu ove odredbe na ograničavajuće sporazume koji predstavljaju zloupotrebu dominantnog položaja (91) (92). Međutim, ne predstavljaju svi ograničavajući sporazumi koje je zaključio dominantni preduzetnik zloupotrebu dominantnog položaja. To je, na primjer, slučaj kad je dominantni preduzetnik strana u zajedničkom ulaganju (joint venture) koje nema punu funkciju (93), a za koje je utvrđeno da ograničava konkurenciju, ali istovremeno uključuje i znatno udruživanje sredstava.
107. To da li se konkurencija uklanja u smislu posljednjeg uslova iz člana 81. stava 3. zavisi od stepena konkurencije koja je postojala prije sporazuma, kao i od učinka ograničavajućeg sporazuma na konkurenciju, tj. smanjenja konkurencije do kojeg je sporazum doveo. Što je jača već zatečena oslabljenost konkurencije na predmetnom tržištu, to je manje potrebno dalje smanjenje kako bi se uklonili konkurenti u smislu člana 81. stava 3. Nadalje, što je veće smanjenje konkurencije uzrokovano sporazumom, to je veća vjerovatnoća da se konkurencija u pogledu značajnog dijela predmetnih proizvoda nalazi u opasnosti od uklanjanja.
108. Primjena posljednjeg uslova iz člana 81. stava 3. iziskuje realnu analizu raznih izvora konkurencije na tržištu, stepena konkurentskog pritiska koji ta konkurencija nameće stranama sporazuma, kao i učinka sporazuma na te konkurentske pritiske. Mora se razmotriti kako stvarna, tako i potencijalna konkurencija.
109. Iako su tržišni udjeli bitni, razmjer preostalih izvora stvarne konkurencije ne može se ocijeniti isključivo na osnovu tržišnog udjela. Uobičajeno je potrebna široka kvalitativna i kvantitativna analiza. Mora se ispitati sposobnost stvarnih konkurenata i njihova motivacija da se nadmeću. Ako su, na primjer, konkurenti suočeni sa ograničenjima kapaciteta ili imaju srazmjerno više proizvodne troškove, njihov konkurentski odgovor će nužno biti ograničen.
110. U ocjeni učinka sporazuma na konkurenciju takođe treba ispitati njegov uticaj na različite parametre konkurencije. Posljednji uslov za izuzeće prema članu 81. stavu 3. nije ispunjen ako sporazum uklanja konkurenciju u jednom od njenih najvažnijih vidova. To je naročito slučaj kad sporazum uklanja cjenovnu konkurenciju (94), odnosno konkurenciju u oblasti inovacija i razvoja novih proizvoda.
111. Stvarno tržišno postupanje strana može pružiti uvid u učinak sporazuma. Ako su nakon zaključenja sporazuma strane uvele i održale primjetno povećanje cijena ili su preduzele druge postupke koji ukazuju na postojanje značajnog stepena tržišne snage, to je pokazatelj da strane nijesu podložne bilo kakvom stvarnom konkurentskom pritisku, te da je konkurencija uklonjena u pogledu značajnog dijela predmetnih proizvoda.
112. Prošla tržišna međudjelovanja mogu takođe dati naznaku učinka sporazuma na buduća međudjelovanja. Preduzetnik može biti u položaju da ukloni konkurenciju u smislu člana 81. stava 3. zaključivanjem sporazuma sa konkurentom koji je u prošlosti bio „prekršilac” (maverick) (95). Takav sporazum može promijeniti podsticaje i sposobnosti konkurenta za nadmetanje i tako ukloniti bitan izvor konkurencije na tržištu.
113. U slučajevima koji uključuju diferencirane proizvode, tj. proizvode koji se razlikuju u očima potrošača, učinak sporazuma može zavisi od konkurentskog odnosa između proizvoda koje prodaju strane sporazuma. Ako preduzetnici nude diferencirane proizvode, konkurentski pritisak koji pojedini proizvodi nameću jedan drugome razlikuje se shodno stepenu njihove međusobne zamjenljivosti. Stoga se mora razmotriti stepen zamjenljivosti među proizvodima koje strane nude, tj. konkurentski pritisak koji jedan drugom nameću. Što su proizvodi strana sporazuma bliži supstituti, to je veći vjerovatni ograničavajući učinak sporazuma. Drugim riječima, što su proizvodi više zamjenljivi, to je veća vjerovatna

promjena do koje sporazum dovodi u smislu ograničavanja konkurencije na tržištu, te je veća vjerojatnoća da se konkurencija u pogledu značajnog dijela predmetnih proizvoda nalazi u opasnosti od uklanjanja.

114. Iako su izvori stvarne konkurencije obično najvažniji, s obzirom na to da se najlakše mogu provjeriti, u obzir se moraju uzeti i izvori potencijalne konkurencije. Ocjena potencijalne konkurencije iziskuje analizu barijera za ulazak na tržište sa kojima se suočavaju preduzetnici koji dosad nijesu uključeni u nadmetanje unutar relevantnog tržišta. Svaka tvrdnja strana da su barijere za ulazak na tržište niske mora biti potkrijepljena podacima koji govore o izvorima potencijalne konkurencije, a strane takođe moraju obrazložiti zašto ti izvori za njih predstavljaju stvarni konkurentski pritisak.
115. Pri ocjeni barijera za ulazak i stvarne mogućnosti novog ulaska u većim razmjerima, treba ispitati, između ostalog, sljedeće:

- i. Zakonodavni okvir, s ciljem utvrđivanja njegovog učinka na novi ulazak na tržište;
- ii. Trošak ulaska, uključujući nepovratni trošak (sunk cost). Nepovratni troškovi jesu oni koji se ne mogu nadoknaditi ako preduzetnik koji je ušao na tržište naknadno izađe sa tržišta. Što su veći nepovratni troškovi, to je veći poslovni rizik za potencijalnog novog konkurenta;
- iii. Najmanji nivo učinkovitosti unutar industrije (Minimum Efficient Scale), tj. stopa proizvodnje pri kojoj su prosječni troškovi najmanji. Ako je ovaj nivo velik u odnosu na veličinu tržišta, efikasan ulazak će vjerovatno biti skuplji i rizičniji;
- iv. Konkurentske snage potencijalnog novog konkurenta. Djelotvoran ulazak na tržište naročito je vjerovatan ako potencijalni novi konkurenti imaju pristup barem jednako troškovno učinkovitim tehnologijama kao i preduzetnici koji već djeluju na tržištu, odnosno druge konkurentske prednosti;
- v. Položaj kupaca i njihovu sposobnost uvođenja novih izvora konkurencije. Prisustvo jakih kupaca može služiti kao protivteža utvrđivanju uklanjanja konkurencije samo ako je vjerovatno da će ti kupci utrti put djelotvornom novom ulasku na tržište;
- vi. Vjerovatni odgovor preduzetnika koji već djeluju na tržištu na pokušaj novog ulaska (npr. reputacija agresivnog nastupa);
- vii. Ekonomski izgledi za predmetnu industriju, koji mogu biti pokazatelj njene privlačnosti (rastuće vs. stagnirajuće industrije);
- viii. Dosadašnji ulasci na tržište u većim razmjerima, ili pak njihovo odsustvo.

116. Gornja načela mogu se ilustrovati sljedećim hipotetičkim primjerima, čiji cilj nije utvrđivanje pragova:

Preduzetnik „A” je proizvođač piva koji drži 70% relevantnog tržišta — prodaje piva putem kafića i pivnica. Tokom posljednjih pet godina, preduzetnik „A” je povećao svoj tržišni udio sa 60%. Na tržištu postoje još četiri konkurenta, „B”, „C”, „D” i „E”, sa tržišnim udjelima od 10%, 10%, 5% i 5%. U nedavnoj prošlosti nije bilo novih ulazaka na tržište, a promjene cijena koje bi uveo „A” konkurenti su po pravilu slijedili. Preduzetnik „A” zaključuje sporazume sa 20% pivnica koje čine 40% prihoda od prodaje, pri čemu se ugovorne strane obavezuju da kupuju pivo samo od preduzetnika „A” na period od pet godina. Sporazumi podižu troškove, a smanjuju prihode konkurentima kojima je zatvoren pristup većini atraktivnih pivnica. S obzirom na tržišni položaj preduzetnika „A”, koji je ojačan posljednjih godina, kao i na odsustvo novih ulazaka na tržište i već slab položaj konkurenata, vjerovatno je da je konkurencija uklonjena u smislu člana 81. stava 3.

Prevoznici „A”, „B”, „C” i „D”, koji zajedno drže više od 70% relevantnog tržišta, zaključuju sporazum kojim ugovaraju usklađivanje svojih rasporeda i tarifa. Nakon sprovođenja sporazuma, cijene su porasle od 30% do 100%. Postoje i druga četiri

preduzetnika, od kojih najveći drži oko 14% relevantnog tržišta. Posljednjih godina nije bilo novih ulazaka na tržište, tako da strane sporazuma nijesu izgubile značajan tržišni udio uslijed porasta cijena. Postojeći konkurenti nijesu uveli značajne nove kapacitete niti je došlo do novih ulazaka. U svjetlu tržišnog položaja strana i odsustva konkurentskog odgovora na njihove zajedničke postupke, može se doći do razumnog zaključka da strane sporazuma nijesu podložne stvarnom konkurentskom pritisku, te da im sporazum daje mogućnost uklanjanja konkurencije u smislu člana 81. stava 3.

Preduzetnik „A” je proizvođač električnih uređaja za profesionalne korisnike sa tržišnim udjelom od 65% relevantnog nacionalnog tržišta. Preduzetnik „B” je konkurent, proizvođač sa 5% tržišnog udjela, koji je razvio novu vrstu snažnijeg motora sa manjom potrošnjom struje. Preduzetnici „A” i „B” zaključuju sporazum kojim pokreću zajedničko ulaganje (joint venture) za proizvodnju novog motora. „B” se obavezuje da zajedničkom ulaganju da isključivu licencu. Zajedničko ulaganje udružuje novu tehnologiju preduzetnika „B” sa učinkovitom proizvodnjom i kontrolom kvaliteta preduzetnika „A”. Na tržištu djeluje još jedan glavni konkurent sa 15% tržišnog udjela. Drugog konkurenta sa 5% tržišnog udjela nedavno je kupio preduzetnik „C”, veliki međunarodni proizvođač konkurentskih električnih uređaja koji sam posjeduje učinkovitu tehnologiju. Preduzetnik „C” do sada nije bio aktivan na tržištu, uglavnom zbog činjenice da kupci traže lokalnu prisutnost i servisiranje. Preduzetnik „C” akvizicijom dobija pristup sistemu servisiranja koji mu je potreban za prodor na tržište. Ulazak preduzetnika „C” vjerovatno će osigurati da ne dođe do uklanjanja konkurencije.

(1) U daljem tekstu riječ „sporazum” obuhvata usklađeno djelovanje i odluke udruženja preduzetnika.

(2) SL L 1, 4.1.2003, str. 1.

(3) Sve postojeće uredbe o grupnom izuzeću i obavještenja Komisije dostupne su na internet stranici Generalnog direktorata za konkurenciju: <http://www.europa.eu.int/comm/dgs/competition>

(4) Vidjeti stav 36. u nastavku.

(5) Vidjeti Obavještenje Komisije o smjernicama za vertikalna ograničenja (SL C 291, 13.10.2000, str. 1), Obavještenje Komisije o smjernicama za primjenu člana 81. Ugovora na horizontalne sporazume o saradnji (SL C 3, 6.1.2001, str. 2) i Obavještenje Komisije o smjernicama za primjenu člana 81. Ugovora na sporazume o prenosu tehnologije, koje još nije objavljeno.

(6) Koncept uticaja na trgovinu između država članica obrađuje se u posebnim smjernicama.

(7) U daljem tekstu riječ „ograničavanje” obuhvata sprečavanje i narušavanje konkurencije.

- (8) Shodno članu 81. stavu 2, takvi sporazumi su sami po sebi ništavi.
- (9) Članu 81. stav 1. zabranjuje kako stvarne tako i potencijalne učinke koji bi bili nepovoljni za konkurenciju, vidi, na primjer, predmet C-7/95 P, John Deere, (1998) ECR I-3111, stav 77.
- (10) Vidjeti predmet T-65/98, Van den Bergh Foods, (2003) ECR II ..., paragraf 107. i predmet T-112/99, Métropole télévision (M6) i drugi, (2001) ECR II-2459, paragraf 74, da je Opšti sud (tada Prvostepeni sud) smatrao da se aspekti ograničavanja, kako oni povoljni tako i oni nepovoljni za konkurenciju, mogu odmjeriti samo u preciznim okvirima člana 81. stava 3.
- (11) Vidjeti gornju bilješku.
- (12) Vidjeti, na primjer, predmet C-49/92 P, Anic Partecipazioni, (1999) ECR I-4125, paragraf 116; i spojene predmete 40/73 do 48/73 i drugi, Suiker Unie, (1975) ECR stranica 1663, paragraf 173.
- (13) Vidjeti u tom smislu paragraf 108. presude u predmetu Anic Partecipazioni, navedenog u prethodnoj bilješci i predmet C-277/87, Sandoz Prodotti, (1990) ECR I-45.
- (14) Vidjeti u tom smislu, na primjer, predmet 14/68, Walt Wilhelm, (1969) ECR I i nedavni predmet T-203/01, Michelin (II), (2003) ECR II ..., paragraf 112.
- (15) Vidjeti spojene predmete T-25/95 i drugi, Cimenteries CBR, (2000) ECR II-491, stavovi 1849. i 1852; i spojene predmete T-202/98 i drugi, British Sugar, (2001) ECR II-2035, paragrafi 58. do 60.
- (16) Vidjeti u tom smislu predmet C-453/99, Courage v Crehan, (2001) ECR I-6297, i stav 3444. presude u predmetu Cimenteries CBR, pomenutom u prethodnoj bilješci.
- (17) Vidjeti u tom smislu spojene predmete C-2/01 P i C-3/01 P, Bundesverband der Arzneimittel-Importeure, (2004) ECR I ..., paragraf 102.
- (18) Vidjeti, na primjer, spojene predmete 25/84 i 26/84, Ford (1985) ECR 2725.
- (19) Vidjeti u tom smislu paragraf 141. presude u predmetu Bundesverband der Arzneimittel-Importeure, pomenutom u bilješci.
- (20) Vidjeti predmet 56/65, Société Technique Minière, (1966) ECR 337, i paragraf 76. presude u predmetu John Deere, pomenutom u bilješci 9.
- (21) Vidjeti u tom smislu, na primjer, spojene predmete 56/64 i 58/66, Consten and Grundig, (1966) ECR 429.
- (22) Vidjeti u tom smislu, na primjer, 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) Vidjeti u tom smislu presudu u predmetu Société Technique Minière, pomenutom u bilješci 20. i predmet 258/78, Nungesser, (1982) ECR 2015.
- (24) Vidjeti pravilo 10. u stavu 119. Smjernica za vertikalna ograničenja, pomenutih u gornjoj bilješci, shodno kojem se za, između ostalog, ograničavanja pasivne prodaje (apsolutno

zabranjena ograničenja), smatra da ne potpadaju pod član 81. stav 1. na period od dvije godine ako je ograničenje vezano uz otvaranje novog proizvodnog ili geografskog tržišta.

(25) Vidjeti, na primjer, paragraf 99. presude u predmetu *Anic Partecipazioni*, pomenutom u bilješci 12.

(26) Vidjeti stav 46. u nastavku.

(27) Vidjeti spojene predmete 29/83 i 30/83, *CRAM and Rheinzink*, (1984) ECR 1679, paragraf 26, i spojene predmete 96/82 i drugi, *ANSEAU-NAVEWA*, (1983) ECR 3369, paragrafi 23–25.

(28) Vidjeti Smjernice za horizontalne sporazume o saradnji, pomenute u bilješci, stav 25, i član 5. Uredbe Komisije 2658/2000 o primjeni člana 81. stava 3. Ugovora na kategorije sporazuma o specijalizaciji (SL L 304, 5.12.2000, str. 3).

(29) Vidjeti član 4. Uredbe Komisije 2790/1999 o primjeni člana 81. stava 3. Ugovora na kategorije vertikalnih sporazuma i usklađenih djelovanja (SL L 336, 29. decembra 1999, str. 21) i Smjernice za vertikalna ograničenja, pomenute u bilješci, stav 46. i dalje. Vidjeti takođe predmet 279/87, *Tipp-Ex*, (1990) ECR I-261 i predmet T-62/98, *Volkswagen v Commission*, (2000) ECR II-2707, paragraf 178.

(30) Vidjeti paragraf 77. presude u predmetu *John Deere*, pomenutog u bilješci 9.

(31) Samo po sebi nije dovoljno da ugovor ograničava slobodu djelovanja jedne ili više strana (vidjeti paragrafe 76. i 77. presude u predmetu *Métropole télévision (M6)*, pomenutom u bilješci 10. To je u skladu sa činjenicom da je cilj člana 81. zaštita konkurencije na tržištu na dobrobit potrošača.

(32) Vidjeti, na primjer, predmet 5/69, *Völk*, (1969) ECR 295, paragraf 7. Uputstvo o pitanju osjetnosti može se naći u Obavještenju Komisije o sporazumima male vrijednosti koji prema članu 81. stavu 1. Ugovora ne vrše osjetno ograničavanje konkurencije (SL C 368, 22.12.2001, str. 13). Obavještenje definiše osjetnost na negativan način. Sporazumi koji ne potpadaju pod obuhvat de minimis obavještenja nemaju nužno ograničavajuće učinke. Potrebna je pojedinačna ocjena.

(33) Vidjeti u tom smislu spojene predmete T-374/94 i drugi, *European Night Services*, (1998) ECR II-3141.

(34) Vidjeti bilješku 32.

(35) Vidjeti u tom smislu Obavještenje Komisije o utvrđivanju relevantnog tržišta u smislu prava konkurencije Zajednice (SL C 372, 9. decembra 1997, str. 1).

(36) Za SL (Službeni list) vidjeti bilješku 5.

(37) Vidjeti paragraf 104. presude u predmetu *Métropole télévision (M6)* i drugi, pomenutom u bilješci 10.

(38) Vidjeti, na primjer, predmet C-399/93, *Lüttikhuis*, (1995) ECR I-4515, paragrafi 12–14.

- (39) Vidjeti u tom smislu stavove 118. i dalje presude u predmetu *Métropole télévision* (M6), pomenutom u bilješci 10.
- (40) Vidjeti stav 107. presude u predmetu *Métropole télévision* (M6), pomenutom u bilješci 10.
- (41) Vidjeti, na primjer, Odluku Komisije u predmetu *Elopak/Metal Box – Odin*, pomenutom u bilješci 22.
- (42) Vidjeti predmet 161/84, *Pronuptia*, (1986) ECR 353.
- (43) Vidjeti bilješku 22. Odluku je potvrdio Opšti sud u presudi u predmetu *Métropole télévision* (M6), pomenutom u bilješci 10.
- (44) Uštede troškova i drugi dobici strana koji proizlaze iz same tržišne snage ne podstiču objektivne koristi i ne mogu se uzeti u obzir (uporediti sa članom 49. u nastavku).
- (45) Vidjeti presudu u predmetu *Consten and Grundig*, pomenutom u bilješci 21.
- (46) Činjenica da je sporazum izuzet grupnim izuzećem sama po sebi ne znači da pojedinačni sporazum potpada pod član 81. stav 1.
- (47) Vidjeti, na primjer, predmet C-234/89, *Delimitis*, (1991) ECR I-935, paragraf 46.
- (48) Član 36. stav 4. Uredbe 1/2003 je, između ostalog, ukinuo član 5. Uredbe 1017/68 o primjeni pravila konkurencije na prevoz željeznicom, drumskim putevima i unutrašnjim plovnim putevima. Međutim, sudska praksa Komisije usvojena Uredbom 1017/68 ostaje relevantna za primjenu člana 81. stava 3. u sektoru kopnenog prevoza.
- (49) Vidjeti donji stav 42.
- (50) Vidjeti presudu u predmetu *Société Technique Minière*, pomenutom u bilješci 20.
- (51) Vidjeti u tom smislu predmet 319/82, *Kerpen & Kerpen*, (1983) ECR 4173, paragrafi 11. i 12.
- (52) Vidjeti, na primjer, predmet T-185/00 i drugi, *Métropole télévision SA* (M6), (2002) ECR II-3805, paragraf 86, predmet T-17/93, *Matra*, ECR (1994) II-595, paragraf 85; i spojene predmete 43/82 i 63/82, *VBVB and VBBB*, (1984) ECR 19, paragraf 61.
- (53) Vidjeti predmet T-213/00, *CMA CGM i drugi*, (2003) ECR II ..., paragraf 226.
- (54) Vidjeti u tom smislu, posredno, paragraf 139. presude u predmetu *Matra*, pomenutom u bilješci 52 i predmet 26/76, *Metro (I)*, (1977) ECR 1875, paragraf 43.
- (55) U vezi sa konceptom potrošača vidjeti tačku 84. u nastavku, koja navodi da su potrošači kupci koji kupuju od strana, kao i naknadni kupci. Same strane nijesu „potrošači” u smislu člana 81. stava 3.
- (56) Test je specifičan zavisno od tržišta (vidjeti u tom smislu predmet T-131/99, *Shaw*, (2002) ECR II-2023, paragraf 163, u kojem je Opšti sud smatrao da ocjena prema članu 81. stavu 3.

treba biti sprovedena unutar istog analitičkog okvira korišćenog za ocjenu ograničavajućih učinaka, te predmet C-360/92 P, Publishers Association, (1995) ECR I-23, paragraf 29, da je u predmetu u kojem je relevantno tržište bilo šire od nacionalnog, Sud smatrao da u primjeni člana 81. stava 3. nije ispravno razmatrati samo učinke na nacionalnu teritoriju).

(57) U predmetu T-86/95, *Compagnie Générale Maritime and others*, (1995) ECR II-1011, paragrafi 343. do 345, Opšti sud je bio mišljenja da član 81. stav 3. ne zahtijeva da su koristi vezane za specifično tržište, te da se u odgovarajućim slučajevima u obzir moraju uzeti koristi „za svako drugo tržište na koje bi predmetni ugovor mogao imati povoljne učinke, i čak u širem smislu, za svaku uslugu čiji bi kvalitet ili učinkovitost mogli biti poboljšani postojanjem sporazuma”. Međutim, bitno je reći da je u ovom slučaju pogođena grupa potrošača bila ista. Predmet se odnosio na usluge kombinovanog prevoza koje su obuhvatale kombinaciju, između ostalog, kopnenog i pomorskog saobraćaja za prevoznike kompanije u čitavoj Zajednici. Ograničenja su bila vezana za usluge kopnenog saobraćaja koje su utvrđene kao posebno tržište, dok se za koristi tvrdilo da nastaju u vezi sa uslugama pomorskog saobraćaja. Obje usluge tražili su prevoznici kojima su trebale usluge kombinovanog prevoza između sjeverne Evrope i jugoistočne i istočne Azije. Presuda u predmetu CMA CGM, pomenutom u gornjoj bilješci 53, takođe je bila u vezi sa situacijom da je sporazum, iako je obuhvatao nekoliko različitih usluga, pogađao istu grupu potrošača – prevoznike robe u kontejnerima između sjeverne Evrope i Dalekog istoka. Prema sporazumu, strane su utvrdile naknade i doplate vezane za usluge kopnenog saobraćaja, lučke usluge i usluge pomorskog saobraćaja. Opšti sud (uporediti sa stavovima 226. do 228.) smatrao je da u okolnostima slučaja nije bilo potrebe za utvrđivanjem relevantnog tržišta u smislu primjene člana 81. stava 3. Sporazum je ograničavao konkurenciju samim svojim ciljem, a koristi za potrošače nije bilo.

(58) Vidjeti tačke 126. i 132. Smjernica za horizontalne sporazume o saradnji, pomenute u gornjoj bilješci 5.

(59) Vidjeti presudu u predmetu Ford, pomenutom u bilješci 18.

(60) Vidjeti u tom smislu, na primjer, Odluku Komisije u predmetu TPS (SL L 90, 2.4.1999, str. 6). Jednako tako, zabrana iz člana 81. stava 1. takođe se primjenjuje samo onoliko dugo koliko sporazum ima ograničavajući cilj ili ograničavajuće učinke.

(61) Vidjeti paragraf 85. presude u predmetu Matra, pomenutom u bilješci 52.

(62) O ovom zahtjevu vidjeti tačku 49. u nastavku.

(63) Vidjeti, na primjer, predmet T-29/92, *Vereniging van Samenwerkende Prijsregelende Organisaties in de Bouwnijverheid (SPO)*, (1995) ECR II-289.

(64) Vidjeti, na primjer, predmet 258/78, *Nungesser*, (1982) ECR 2015, stav 77, u vezi sa apsolutnom teritorijalnom zaštitom.

(65) Vidjeti u tom smislu, na primjer, presudu u predmetu SPO, pomenutom u bilješci 63.

(66) Nacionalne mjere moraju, između ostalog, biti u skladu sa pravilima Ugovora o slobodnom kretanju robe, usluga, lica i kapitala.

(67) Vidjeti, na primjer, presudu u predmetu *Consten and Grundig*, pomenutom u bilješci 21.

- (68) Vidjeti u tom smislu Odluku Komisije u predmetu Van den Bergh Foods (SL 1998 L 246, str. 1).
- (69) Vidjeti u tom smislu Odluku Komisije u predmetu Glaxo Wellcome (SL 2001 L 302, str. 1).
- (70) Vidjeti, na primjer, 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) Vidjeti, na primjer, Odluku Komisije u predmetu Atlas (SL 1996 L 239, str. 23) i u predmetu Phoenix/Global One (SL 1996 L 239, str. 57).
- (72) Vidjeti, na primjer, Odluku Komisije u predmetu Uniform Eurocheques (SL 1985 L 35, str. 43).
- (73) Vidjeti, na primjer, Odluku Komisije u predmetu Cégétel + 4 (SL 1999 L 88, str. 26).
- (74) O prvom pitanju koje može biti relevantno u kontekstu člana 81. stava 1, vidjeti gornju tačku 18.
- (75) Ekonomije obima se, po pravilu, u određenoj tački iscrpljuju. Poslije te tačke prosječni troškovi će se stabilizovati i na kraju rasti zbog, na primjer, ograničenja kapaciteta i uskih grla.
- (76) Vidjeti u tom smislu paragrafe 392. do 395. presude u predmetu Compagnie Générale Maritime, pomenutom u bilješci 57.
- (77) Za više detalja vidjeti tačku 116. Smjernica za vertikalna ograničenja, pomenutih u bilješci 5.
- (78) Vidjeti spojene predmete T-374/94 i drugi, European Night Services, (1998) ECR II-3141, paragraf 230.
- (79) Vidjeti Uredbu Komisije br. 2790/1999 o primjeni člana 81. stava 3. Ugovora na kategorije vertikalnih sporazuma i usklađenih djelovanja (SL 1999 L 336, str. 21).
- (80) Vidjeti u tom smislu presudu u predmetu Consten and Grundig, pomenutom u bilješci 21, đe je Sud EZ smatrao da poboljšanja u smislu prvog uslova člana 81. stava 3. moraju pokazivati znatne objektivne prednosti takvog karaktera da je moguće nadoknaditi negativne učinke koje ta poboljšanja uzrokuju u oblasti konkurencije.
- (81) Podsjeća se da se pozitivni i negativni učinci na potrošače u načelu odmjeravaju unutar svakog relevantnog tržišta (uporediti sa gornjom tačkom 43).
- (82) Vidjeti u tom smislu paragraf 48. presude u predmetu Metro (I), pomenutom u bilješci 54.
- (83) Vidjeti paragraf 163. presude u predmetu Shaw, pomenutom u bilješci 56.
- (84) Jednostavnosti radi, u sljedećim odjeljcima narušena konkurencija se pominje u obliku viših cijena; narušena konkurencija mogla bi takođe značiti lošiji kvalitet, manju raznolikost i manje inovacija nego što bi to inače bio slučaj.

(85) Na tržištima gdje vlada savršena konkurencija, pojedinačni preduzetnici prihvataju (a ne određuju) cijene. Oni svoje proizvode prodaju po tržišnoj cijeni koja je određena ukupnom ponudom i potražnjom. Proizvodni output (količina proizvodnje) pojedinačnog preduzetnika je toliko mali da nijedna njegova promjena obima proizvodnje ne utiče na tržišnu cijenu.

(86) Preduzetnici se prećutno dogovaraju (dosluh) kada su na oligopolskom tržištu u mogućnosti da koordiniraju svoje djelovanje bez pribjegavanja izričitom kartelnom sporazumu.

(87) Ovaj se izraz odnosi na preduzetnike koji vrše pritisak na cjenovno ponašanje drugih preduzetnika na tržištu, koji bi se inače mogli prećutno dogovoriti (mavericks).

(88) Ograničavajući sporazum može čak dozvoliti predmetnom preduzetniku zaračunavanje viših cijena kupcima sa niskom elastičnošću potražnje.

(89) Vidjeti spojene predmete T-191/98, T-212/98 i T-214/98, Atlantic Container Line (TACA), (2003) ECR II-..., paragraf 939. i predmet T-395/94, Atlantic Container Line, (2002) ECR II-875, paragraf 330.

(90) Vidjeti spojene predmete C-935/96 P i C-396/96 P, Compagnie maritime belge, (2000) ECR I-1365, paragraf 130. Jednako tako, primjena člana 81. stava 3. ne sprečava primjenu pravila Ugovora o slobodi kretanja robe, usluga, lica i kapitala. Te su odredbe u određenim okolnostima primjenljive na sporazume, odluke i usklađena djelovanja u smislu člana 81. stava 1. (u tom smislu vidjeti predmet C-309/99, Wouters, (2003) ECR I-1577, paragraf 120).

(91) Vidjeti u tom smislu predmet T-51/89, Tetra Pak (I), (1990) ECR II-309 i spojene predmete T-191/98, T-212/98 i T-214/98, Atlantic Container Line (TACA), (2003) ECR II-..., paragraf 1456.

(92) Na ovaj način bi trebalo razumjeti stav 135. Smjernica za vertikalna ograničenja i stavove 36, 71, 105, 134. i 155. Smjernica za horizontalne sporazume o saradnji, pomenutih u bilješci 5, kada navode da se ograničavajući sporazumi koje su zaključili dominantni preduzetnici, u načelu, ne mogu izuzeti.

(93) Zajednička ulaganja sa punom funkcijom (full-function joint ventures), tj. zajednička ulaganja koja na dugoročnoj osnovi obavljaju sve funkcije samostalnog privrednog subjekta, obuhvaćena su Uredbom Savjeta (EEZ) br. 4064/89 o kontroli koncentracija između preduzetnika (SL 1990 L 257, str. 13).

(94) Vidjeti paragraf 21. presude u predmetu Metro (I), pomenutom u bilješci 54.

(95) Vidjeti gornju tačku 97.

(96) Vidjeti u tom smislu predmet T-228/97, Irish Sugar, (1999) ECR II-2969, paragraf 101.