

INSTRUCȚIUNI din 4 mai 2005

privind aplicarea art. 5 alin. (2) din Legea concurenței nr. 21/1996

EMITENT • CONSILIUL CONCURENȚEI

Publicat în MONITORUL OFICIAL nr. 598 din 11 iulie 2005

Data intrării în vigoare 11-07-2005

În temeiul art. 28 alin. (1) și (3) din Legea concurenței nr. 21/1996, cu modificările și completările ulterioare, Consiliul Concurenței adoptă prezentele instrucțiuni.

1. Introducere

1. Art. 5 alin. (2) din Legea concurenței nr. 21/1996, cu modificările și completările ulterioare, denumită în continuare lege, prevede condițiile în care înțelegerile, deciziile sau practicile concertate la care iau parte agenții economici sau asociațiile de agenți economici pot fi exceptate de la aplicarea art. 5 alin. (1) din lege. Alături de Instrucțiunile privind aplicarea art. 5 din Legea concurenței nr. 21/1996, cu modificările și completările ulterioare, în cazul înțelegerilor verticale, Instrucțiunile privind aplicarea art. 5 din Legea concurenței nr. 21/1996, cu modificările și completările ulterioare, acordurilor de cooperare pe orizontală și Instrucțiunile referitoare la acordurile de transfer de tehnologie, prezentele instrucțiuni constituie un ghid de evaluare a acestor înțelegeri, decizii sau practici concertate la care iau parte agenții economici sau asociațiile de agenți economici, din perspectiva îndeplinirii condițiilor de exceptare de la aplicarea art. 5 alin. (1) din lege.

2. Art. 5 alin. (2) din lege se aplică atât cazurilor de exceptări individuale, cât și exceptărilor pe categorii de înțelegeri sau practici concertate, stabilite prin regulamentele emise de Consiliul Concurenței.

3. Instrucțiunile emise până în prezent de Consiliul Concurenței, privind înțelegerile verticale, acordurile de cooperare pe orizontală și transferul de tehnologie se referă la aplicarea art. 5 din lege cu privire la diferite tipuri de acorduri și practici concertate. Scopul lor este de a prezenta concepția Consiliului Concurenței cu privire la criteriile concrete aplicabile în evaluarea diferitelor tipuri de înțelegeri și practici.

4. Prezentele instrucțiuni reprezintă interpretarea Consiliului Concurenței privind condițiile de exceptare prevăzute la art. 5 alin. (2) din lege. De asemenea, instrucțiunile conțin indicații cu privire la modul de aplicare a art. 5 din lege în cazuri individuale. Prevederile acestor instrucțiuni constituie un ghid atât pentru autoritățile judecătorești, cât și pentru agenții economici, privind modul de aplicare a art. 5 alin. (1) și (2) din lege.

5. Prezentele instrucțiuni stabilesc cadrul analitic al aplicării art. 5 alin. (2) din lege. Scopul lor este de a stabili o metodologie în vederea aplicării dispozițiilor legii. Această metodologie se bazează pe abordarea economică deja prevăzută în instrucțiunile cu privire la înțelegerile verticale, cele privind acordurile de cooperare pe orizontală și cele referitoare la acordurile de transfer de tehnologie. Consiliul Concurenței va folosi prezentele instrucțiuni, care oferă o interpretare privind aplicarea condițiilor prevăzute la art. 5 alin. (2) din lege mai detaliată decât cea prevăzută de instrucțiunile cu privire la înțelegerile verticale, la acordurile de cooperare pe orizontală și cele privind acordurile de transfer de tehnologie, chiar și în cazul înțelegerilor din categoriile respective.

6. Regulile generale prezentate în aceste instrucțiuni trebuie aplicate în raport de circumstanțele specifice fiecărui caz. Fiecare caz trebuie analizat în funcție de situația concretă și instrucțiunile trebuie aplicate în mod rezonabil și flexibil.

2. Cadrul general al prevederilor alin. (1) și (2) ale art. 5 din lege

2.1. Dispozițiile legii

7. Art. 5 alin. (1) din lege interzice orice înțelegeri exprese sau tacite între agenții economici sau asociațiile de agenți economici, orice decizii luate de asociațiile de agenți economici și orice practici concertate care au ca obiect sau au ca efect restrângerea, împiedicarea ori denaturarea concurenței pe piața românească sau pe o parte a acesteia.

8. Art. 5 alin. (2) din lege prevede posibilitatea exceptării de la interdicția prevăzută de art. 5 alin. (1) din lege a înțelegerilor, deciziilor luate de asociațiile de agenți economici sau a practicilor concertate care îndeplinesc cumulativ condițiile prevăzute la lit. a)-d) și una dintre condițiile prevăzute la lit. e), după cum urmează:

a) efectele pozitive prevalează asupra celor negative sau sunt suficiente pentru a compensa restrângerea concurenței provocată de respectivele înțelegeri, decizii luate de asociațiile de agenți economici sau practici concertate;

b) beneficiarilor sau consumatorilor li se asigură un avantaj corespunzător celui realizat de părțile la respectiva înțelegere, decizie luată de către o asociație de agenți economici sau practică concertată;

c) eventualele restrângeri ale concurenței sunt indispensabile pentru obținerea avantajelor scontate, iar prin respectiva înțelegere, decizie luată de către o asociație de agenți economici sau practică concertată părților nu li se impun restricții care nu sunt necesare pentru realizarea obiectivelor enumerate la lit. e);

d) respectiva înțelegere, decizie luată de o asociație de agenți economici sau practică concertată nu dă agenților economici sau asociațiilor de agenți economici posibilitatea de a elimina concurența de pe o parte substanțială a pieței produselor ori serviciilor la care se referă;

e) înțelegerea, decizia luată de o asociație de agenți economici sau practică concertată în cauză contribuie ori poate contribui la:

- (i) ameliorarea producției ori distribuției de produse, executării de lucrări ori prestărilor de servicii;
- (ii) promovarea progresului tehnic sau economic, îmbunătățirea calității produselor și serviciilor;
- (iii) întărirea pozițiilor concurențiale ale întreprinderilor mici și mijlocii pe piața internă;
- (iv) practicarea în mod durabil a unor prețuri substanțial mai reduse pentru consumatori.

9. Beneficiul exceptării prevăzut la art. 5 alin. (2) din lege se acordă prin decizie a Consiliului Concurenței, pentru cazuri individuale de înțelegeri, decizii luate de asociații de agenți economici sau practici concertate, și se stabilește prin regulamente ale Consiliului Concurenței pentru cazurile de exceptare pe categorii de înțelegeri, decizii ale asociațiilor de agenți economici sau practici concertate. Agenții economici sau asociațiile de agenți economici pot solicita Consiliului Concurenței dispensă, probând îndeplinirea condițiilor stabilite la art. 5 alin. (2) din lege; regimul solicitării dispensei, al deciziei de acordare a acesteia, termenele, informațiile de prezentat, durata și condițiile dispensei sunt stabilite de Consiliul Concurenței prin regulamente și instrucțiuni (Regulamentul pentru aplicarea prevederilor [art. 5 și 6 din Legea concurenței nr. 21/1996](#), cu modificările și completările ulterioare, privind practicile anticoncurențiale; Regulamentul privind forma, conținutul și alte detalii referitoare la cererile și notificările prevăzute în Regulamentul pentru aplicarea prevederilor [art. 5 și 6 din Legea concurenței nr. 21/1996](#), cu modificările și completările ulterioare, privind practicile anticoncurențiale).

Înțelegerile, deciziile luate de asociațiile de agenți economici și practicile concertate care se încadrează în vreuna dintre categoriile exceptate de la aplicarea prevederilor art. 5 alin. (1) din lege sunt considerate legale, fără obligația notificării sau obținerii unei decizii din partea Consiliului Concurenței. Agenții economici sau asociațiile de agenți economici care invocă beneficiul exceptării pe categorii sunt ținute să facă dovada îndeplinirii condițiilor și criteriilor prevăzute în regulamentele prin care se stabilește exceptarea pe categorii de înțelegeri, decizii ale asociațiilor de agenți economici sau practici concertate. [Regulamentul privind aplicarea [art. 5 alin. \(2\) din Legea concurenței nr. 21/1996](#), în cazul înțelegerilor verticale; Regulamentul privind exceptarea acordurilor de specializare de la interdicția prevăzută la [art. 5 alin. \(1\) din Legea concurenței nr. 21/1996](#); Regulamentul privind exceptarea acordurilor de cercetare-dezvoltare de la interdicția prevăzută la [art. 5 alin. \(1\) din Legea concurenței nr. 21/1996](#); Regulamentul privind aplicarea [art. 5 alin. \(2\) din Legea concurenței nr. 21/1996](#) în cazul înțelegerilor verticale din sectorul autovehiculelor; Regulamentul privind regimul exceptării acordurilor din domeniul asigurărilor de la interdicția prevăzută la [art. 5 alin. \(1\) din Legea concurenței nr. 21/1996](#); Regulamentul privind exceptarea acordurilor de transfer de tehnologie de la aplicarea prevederilor [art. 5 alin. \(1\) din Legea concurenței nr. 21/1996](#).]

10. O analiză privind aplicabilitatea art. 5 din lege se realizează în două etape. Prima etapă constă în a determina dacă un acord între agenții economici are un obiect anticoncurențial sau produce efecte anticoncurențiale actuale ori potențiale. A doua etapă, care este relevantă numai atunci când se determină că un acord restrânge concurența, constă în identificarea efectelor proconcurențiale produse de acesta și stabilirea dacă aceste efecte proconcurențiale prevalează asupra celor anticoncurențiale sau sunt suficiente pentru a compensa restrângerea concurenței. Compararea efectelor anticoncurențiale cu cele proconcurențiale se realizează numai în cadrul stabilit de art. 5 alin. (2) din lege.

11. Înainte de a se evalua dacă efectele pozitive ale unui acord prevalează asupra celor negative, este indispensabil necesar să se procedeze la determinarea naturii restrictive și a impactului acestuia. Pentru a încadra prevederile art. 5 alin. (2) din lege într-un context adecvat, trebuie arătate succint conținutul și obiectivul principal ale regulii prohibitive instituite de art. 5 alin. (1) din lege. Instrucțiunile Consiliului Concurenței cu privire la înțelegerile verticale, cu privire la acordurile de cooperare pe orizontală și la acordurile privind transferul de tehnologie conțin numeroase indicații privind aplicabilitatea art. 5 alin. (1) din lege. Prezentele instrucțiuni se limitează deci la a reitera cadrul analitic de bază pentru aplicarea art. 5 alin. (1) din lege.

2.2. Interdicția prevăzută la art. 5 alin. (1) din lege

2.2.1. Prevederi generale

12. Scopul art. 5 alin. (1) din lege este de a proteja concurența în vederea promovării intereselor consumatorilor și asigurării unei repartizări eficiente a resurselor.

13. Interdicția prevăzută la art. 5 alin. (1) din lege se aplică înțelegerilor exprese sau tacite între agenții economici ori asociațiile de agenți economici, deciziilor luate de asociațiile de agenți economici și practicilor concertate, care au ca obiect sau ca efect restrângerea, împiedicarea ori denaturarea concurenței pe piața românească sau pe o parte a acesteia. Principiul general care stă la baza art. 5 alin. (1) din lege este acela că fiecare agent economic trebuie să-și determine în mod independent politica pe care o adoptă pe piață. Din această perspectivă, legislația în domeniul concurenței a definit conceptele juridice de înțelegeri, decizii și practici concertate, care permit stabilirea unei distincții între comportamentul unilateral al unui agent economic și coordonarea comportamentelor sau înțelegerea secretă între agenții economici. Din punctul de vedere al Legii concurenței, comportamentul unilateral cade numai sub incidența art. 6 din lege.

14. Reprezintă coordonare a comportamentelor sau înțelegere secretă și cade sub incidența art. 5 alin. (1) din lege situația în care cel puțin un agent economic se angajează față de un alt agent economic să adopte un anumit comportament pe piață sau situația în care agenții economici, prin legăturile dintre ei, elimină ori reduc substanțial arbitrarul în privința comportamentului lor pe piață. Rezultă că o coordonare poate îmbrăca forma unei obligații care determină comportamentul pe piață cel puțin al uneia dintre părți sau a unei înțelegeri care influențează comportamentul pe piață cel puțin al uneia dintre părți, prin modificarea sau eliminarea inițiativelor proprii. Nu este necesar ca această coordonare să fie în interesul tuturor agenților economici în cauză. Nu este necesar ca aceasta să fie expresă. Aceasta poate fi și tacită. Înțelegerea este tacită atunci când un agent economic invită un alt agent economic, într-o manieră expresă sau implicită, la realizarea unui scop comun. În anumite circumstanțe, un acord poate fi dedus din relațiile comerciale în curs de desfășurare dintre părți și să fie imputat acestor relații. Totuși, simplul fapt că o măsură adoptată de un agent economic se înscrie în fluxul unor relații comerciale continue nu este suficient.

15. Acordurile dintre agenții economici intră sub incidența interdicției prevăzute la art. 5 alin. (1) din lege atunci când există probabilitatea de a avea un impact negativ substanțial asupra formelor de manifestare a concurenței pe piață, cum ar fi concurență prin preț, prin calitatea și cantitatea produselor, prin inovație, prin diversitatea și noutatea ofertei. Acordurile pot avea asemenea efecte prin reducerea considerabilă a competiției între părțile înțelegerii sau între părțile acesteia și terți.

2.2.2. Reguli generale privind evaluarea acordurilor conform art. 5 alin. (1) din lege

16. Evaluarea gradului în care un acord este restrictiv trebuie făcută în contextul efectiv în care concurența s-ar manifesta în absența acestuia. În realizarea acestei analize trebuie să se țină seama de eventualul impact al acordului asupra concurenței intermarcă (adică concurența între furnizorii de mărci concurente) și asupra concurenței intramarcă (adică concurența între distribuitorii aceleiași mărci). Art. 5 alin. (1) din lege interzice atât restricționarea concurenței intermarcă, cât și restricționarea concurenței intramarcă.

17. Pentru a determina dacă un acord sau una dintre clauzele sale este susceptibilă să restrângă concurența intermarcă și/sau concurența intramarcă trebuie să se examineze cum și în ce măsură acest acord sau clauzele sale afectează ori pot afecta concurența pe piață. Următoarele întrebări permit determinarea cadrului necesar pentru această analiză. Prima întrebare se referă la impactul acordului în cauză asupra concurenței intermarcă, iar cea de-a doua întrebare se referă la impactul acordului asupra concurenței intramarcă. Cum unele restricționări pot afecta aceste două tipuri de concurență în același timp, poate fi necesar să se facă o analiză raportată la ambele întrebări înainte de a se concluziona că se restricționează sau nu concurența în sensul art. 5 alin. (1) din lege.

a) Acordul restricționează concurența reală sau potențială care ar fi existat în absența acestuia? În caz afirmativ, acordul poate intra sub incidența art. 5 alin. (1) din lege. În realizarea acestei analize trebuie luată în considerare concurența dintre părțile la acord și cea din partea terților. De exemplu, atunci când doi agenți economici din județe diferite se înțeleg să nu vândă produse pe piața de desfacere pe care o reprezintă județul de reședință al celuilalt, concurența potențială care exista înaintea înțelegerii este restrânsă. La fel, dacă un furnizor impune distribuitorilor săi obligația să nu vândă produse concurente și această restricționare împiedică accesul pe piață al potențialilor concurenți, concurența reală sau potențială care ar fi existat în absența acordului este restrânsă. Pentru a determina dacă părțile unei înțelegeri sunt concurenți reali sau potențiali, trebuie să se țină seama de contextul economic și juridic. Dacă, de exemplu, în funcție de riscul financiar implicat și de capacitățile tehnice ale părților este puțin probabil, în baza unor factori obiectivi, ca unul sau altul dintre aceștia să-și poată realiza pe cont propriu activitățile care fac obiectul acordului, se consideră că părțile nu sunt concurente în ceea ce privește activitatea în cauză. Este în sarcina părților să facă dovada în acest sens.

b) Acordul restrânge concurența actuală sau potențială care ar fi existat în lipsa clauzelor contractuale restrictive? În caz afirmativ, acordul poate intra sub incidența art. 5 alin. (1) din lege. De exemplu, dacă un furnizor restrânge libertatea distribuitorilor săi de a-și face concurență unul altuia, concurența (potențială) care ar fi putut exista între distribuitori în absența acestei constrângeri este restricționată. Restricțiile de acest tip includ atât impunerea prețurilor de vânzare, cât și alocarea teritorială sau a clienților între diferiți distribuitori. Cu toate acestea, anumite restricționări, în anumite cazuri, nu intră sub incidența art. 5 alin. (1) din lege, atunci când acestea sunt obiectiv necesare pentru existența unui acord de un anumit tip sau de o anumită natură. Excluderea aplicării art. 5 alin. (1) din lege poate fi realizată numai în baza unor factori obiectivi exteriori părților și nu în baza unor opinii subiective sau a particularităților părților implicate. Problema nu este dacă părțile nu ar fi acceptat să convină asupra unui acord mai puțin restrictiv, ci de a determina dacă, luând în considerare natura înțelegerii și caracteristicile pieței, nu ar fi putut fi încheiată între agenții economici, într-o situație similară, o înțelegere mai puțin restrictivă. De exemplu, restricționările teritoriale care figurează în acordul încheiat între un furnizor și un distribuitor pot să nu intre sub incidența art. 5 alin. (1) din lege dacă, pentru o anumită perioadă, sunt absolut necesare pentru ca distribuitorul să poată intra pe o piață nouă. De asemenea, o interdicție impusă tuturor distribuitorilor de a nu vinde anumitor categorii de consumatori finali poate să nu restricționeze concurența dacă o asemenea restricție este obiectiv necesară pentru motive de siguranță sau de protejare a sănătății, determinate de natura periculoasă a produselor în cauză. A considera că, în absența restricției, furnizorul poate recurge la o integrare verticală nu este suficient.

Decizia de a recurge sau nu la integrare verticală depinde de un complex de factori economici, dintre care unii sunt factori interni ai agenților economici în cauză.

18. În aplicarea cadrului analitic determinat la pct. 17 trebuie luat în considerare că art. 5 alin. (1) din lege distinge între acordurile care restricționează concurența prin obiectul lor și cele care restricționează concurența prin efectul lor. Un acord sau o restricție contractuală nu este interzisă de art. 5 alin. (1) din lege decât dacă are ca obiect sau ca efect restrângerea concurenței intermarcă și/sau intramarcă.

19. Distincția dintre acordurile care au ca obiect și cele care au ca efect restrângerea concurenței este importantă. Dacă s-a stabilit că înțelegerea are ca obiect restricționarea concurenței, nu este necesar să fie luate în considerare efectele sale concrete. Cu alte cuvinte, în scopul aplicării art. 5 alin. (1) din lege, nu trebuie probat nici un efect anticompetitiv actual, dacă înțelegerea are ca obiect restrângerea concurenței. Pe de altă parte, art. 5 alin. (2) din lege nu distinge între înțelegerile care restrâng concurența prin obiectul lor și cele care au ca efect restrângerea concurenței. Art. 5 alin. (2) din lege se aplică tuturor acordurilor care îndeplinesc condițiile prevăzute de acesta.

20. Restricționările prin obiect sunt cele care, chiar prin natura lor, pot afecta concurența în sensul restrângerii, împiedicării sau denaturării acesteia. Este vorba despre restricții care, din perspectiva obiectivelor urmărite de regulile de concurență, au un potențial anticoncurențial ridicat, așa încât nu este necesar ca pentru scopurile urmărite de aplicarea art. 5 alin. (1) din lege să se probeze un efect concret asupra pieței. Acest lucru se bazează pe natura gravă a restricției și pe experiența care a arătat că restricționările prin obiectul lor pot să aibă efecte negative asupra pieței și să pună în pericol obiectivele politicii de concurență. Restricționările concurenței prin obiectul lor, cum sunt fixarea prețurilor și împărțirea piețelor, determină reducerea producției și creșterea prețurilor, ducând la o proastă repartitie a resurselor, pentru că bunurile și serviciile cerute de consumatori nu sunt produse. De asemenea, acestea afectează bunăstarea consumatorilor pentru că aceștia trebuie să plătească prețuri mai mari pentru bunurile și serviciile în cauză.

21. Determinarea dacă un acord are sau nu are ca obiect restricționarea concurenței se bazează pe o serie de factori, în special conținutul și scopurile obiective urmărite de acesta. De asemenea, este posibil să fie necesară examinarea contextului în care acest acord este sau poate fi aplicat, precum și conduita și comportamentul efectiv al părților pe piață. În alți termeni, înainte de a putea determina dacă o restricționare are ca obiect restrângerea concurenței, este necesar să se examineze elementele care stau la baza acordului și condițiile particulare în care acesta se aplică. Modul concret în care se aplică acordul poate dovedi existența unei restricționări prin obiectul ei, chiar dacă în mod formal acesta nu conține dispoziții în acest sens. Proba intenției părților de a restrânge concurența este un element important, dar nu reprezintă o condiție necesară.

22. Regulamentele și instrucțiunile emise de Consiliul Concurenței cu privire la exceptările pe categorii conțin indicații referitoare la noțiunea de restricționare prin obiect. Ca regulă generală, Consiliul Concurenței consideră ca fiind restrictive prin obiectul lor acele restricționări care sunt interzise în regulamentele cu privire la exceptările pe categorii sau care sunt definite în instrucțiuni ca fiind restricționări grave. În cazul acordurilor orizontale, restricționări ale concurenței prin obiect sunt cele care se referă la fixarea prețurilor, limitarea producției și împărțirea pieței și a clientelei. În ceea ce privește înțelegerile verticale, restricțiile prin obiectul lor includ în special impunerea de prețuri fixe sau minime de revânzare, precum și restricțiile care se referă la protecția teritorială absolută, inclusiv interzicerea vânzărilor pasive.

23. Dacă un acord nu restrânge concurența prin obiectul său, trebuie să se determine dacă are efecte restrictive asupra concurenței, ținându-se cont atât de efectele sale actuale, cât și de cele potențiale. Cu alte cuvinte, acordul trebuie să fie susceptibil să producă efecte anticoncurențiale. În cazul restrângerilor concurenței prin efectul lor, nu există prezumția unor efecte anticoncurențiale. Pentru ca un acord să fie restrictiv prin efectul său, acesta trebuie să afecteze concurența actuală sau potențială în așa măsură încât să fie de așteptat, cu un grad considerabil de probabilitate, că se vor produce efecte negative pe piața relevantă asupra prețurilor, producției, inovației, diversității ori calității produselor și serviciilor. Aceste efecte negative trebuie să fie considerabile. Interdicția prevăzută la art. 5 alin. (1) din lege nu se aplică atunci când efectele anticoncurențiale sunt neglijabile. Acest criteriu reflectă abordarea economică aplicată de Consiliul Concurenței. Interdicția prevăzută la art. 5 alin. (1) din lege se aplică atunci când se poate considera, pe baza unei analize adecvate de piață, că acordul este susceptibil să producă efecte anticoncurențiale pe piață. Simplul fapt că segmentele de piață ale părților la un anumit acord sunt superioare celor prevăzute la art. 8 din lege nu determină o asemenea concluzie. Acordurile care îndeplinesc condițiile regulamentelor cu privire la exceptările pe categorii pot intra și sub incidența art. 5 alin. (1) din lege, dar nu în mod necesar. Mai mult decât atât, faptul că, în raport de cotele de piață deținute de părți, un acord nu îndeplinește condițiile prevăzute de regulamentele cu privire la exceptările pe categorii nu permite, singur, să atragă aplicabilitatea art. 5 alin. (1) din lege sau să arate că nu sunt îndeplinite condițiile prevăzute la art. 5 alin. (2) din lege. Este necesar să se procedeze la o apreciere individuală a efectelor pe care acordul este susceptibil să le producă.

24. Este posibil să se producă efecte negative asupra concurenței pe piața relevantă atunci când părțile, individual sau împreună, au ori obțin o anumită putere de piață și acordul contribuie la crearea, menținerea sau întărirea acestei puteri de piață ori permite părților să exploateze o asemenea putere de piață. Puterea de piață este capacitatea de a menține pe o perioadă semnificativă prețuri superioare nivelului care ar rezulta din jocul concurenței

sau de a menține pe o durată semnificativă o producție care din punct de vedere al calității, cantității, inovației ori varietății produselor se situează la un nivel inferior celui care ar rezulta din jocul concurenței. Pe piețele în care costurile fixe sunt ridicate agenții economici trebuie să își stabilească prețurile în mod semnificativ peste costurile lor marginale de producție pentru a obține o recuperare a investițiilor. Faptul că agenții economici își stabilesc prețurile peste costurile marginale nu indică, deci, în sine, că nu funcționează bine concurența și că aceștia posedă o putere de piață care le permite să practice prețuri peste nivelul concurenței. Părțile posedă o putere de piață în sensul art. 5 alin. (1) din lege atunci când presiunile concurenței nu sunt suficiente pentru menținerea prețurilor și a producției la niveluri concurențiale.

25. Crearea, menținerea sau întărirea puterii de piață poate fi cauzată de o restricționare a concurenței între părțile unui acord, dar și de o restricționare a concurenței între părțile la un acord și terți, de exemplu pentru că acordul în cauză determină înlăturarea concurenților sau crește costurile concurenților, limitând capacitatea lor de a concura efectiv cu părțile la respectiva înțelegere. Puterea de piață este o problemă cuantificabilă. Nivelul puterii de piață cerut în mod normal pentru determinarea unei încălcări a art. 5 alin. (1) din lege este inferior celui necesar pentru determinarea unei poziții dominante potrivit art. 6 din lege.

26. Ca regulă, pentru analiza efectelor restrictive ale unui acord, trebuie definită piața relevantă, dar, de asemenea, trebuie examinate și evaluate, inter alia, natura produselor, poziția părților pe piață, a concurenților și a cumpărătorilor, existența concurenților potențiali și nivelul barierelor la intrare. În anumite cazuri este posibil să se determine efectele anticoncurențiale direct din analiza comportamentului părților pe piață. Astfel, uneori este posibil să se constate că un acord a determinat creșterea prețurilor. Instrucțiunile cu privire la acordurile de cooperare pe orizontală și instrucțiunile cu privire la înțelegerile verticale stabilesc un cadru detaliat de analiză a impactului diferitelor tipuri de acorduri orizontale și verticale, care intră sub incidența art. 5 alin. (1) din lege, asupra concurenței.

2.2.3. Restricționări auxiliare

27. Pct. 17 definește cadrul pentru analiza impactului unui acord și al restricționărilor individuale pe care le conține asupra concurenței intermarcă și intramarcă. Dacă în baza acestor reguli se ajunge la concluzia că principala operațiune care face obiectul acordului nu restrânge concurența, este necesar să se examineze dacă restricționările individuale sunt și ele compatibile cu prevederile art. 5 alin. (1) din lege, deoarece acestea sunt auxiliare operațiunii principale, care nu este restrictivă.

28. În legislația concurenței noțiunea de restricționare auxiliară acoperă toate posibilele restricționări de concurență care sunt în mod direct legate și necesare realizării unei operațiuni principale, nerestictive și proporționale cu aceasta. Dacă, în ceea ce privește elementele sale esențiale, un acord, de exemplu un acord de distribuție sau de realizare a unei societăți în comun, nu are ca obiect sau ca efect restrângerea concurenței, atunci restricționările care sunt direct legate și necesare realizării acestei operațiuni, de asemenea, nu intră sub incidența art. 5 alin. (1) din lege. Acestea sunt denumite restricționări auxiliare. O restricționare este direct legată de operațiunea principală dacă este subordonată realizării acestei operațiuni și este legată indisolubil de aceasta. Criteriul necesității implică faptul că restricționarea trebuie să fie în mod obiectiv necesară realizării operațiunii principale și este proporțională cu aceasta. Rezultă că modalitatea de apreciere a restricționărilor auxiliare este aceeași cu cea definită la pct. 17 lit. b). Cu toate acestea, criteriul cu privire la necesitatea restricționărilor auxiliare se aplică în toate cazurile când operațiunea principală nu restrânge concurența. Acest criteriu nu este utilizat numai pentru a determina impactul acordului asupra concurenței intramarcă.

29. Aplicarea conceptului de restricționare auxiliară este diferită de excepția prevăzută la art. 5 alin. (2) din lege, care se referă la anumite avantaje economice determinate de acordurile restrictive ce sunt comparate cu efectele restrictive ale acordurilor în cauză. Aplicarea noțiunii de restricționare auxiliară nu implică punerea în balanță a efectelor proconcurențiale cu cele anticoncurențiale, această analiză putând fi făcută numai în cadrul specific prevăzut la art. 5 alin. (2) din lege.

30. Evaluarea restricționărilor auxiliare se limitează la a determina dacă, în contextul specific al principalei operațiuni nerestictive, o restricționare particulară este necesară pentru implementarea ei și proporțională cu aceasta. Dacă, pe baza unor factori obiectivi, se poate concluziona că fără aceste restricționări auxiliare nu se poate realiza principala operațiune ce face obiectul unui acord sau se poate realiza cu dificultate, aceste restricționări pot fi considerate ca fiind obiectiv necesare pentru implementarea respectivei operațiuni și proporționale cu aceasta. Dacă, de exemplu, principalul obiect al unui acord de franciză nu restricționează concurența, atunci restricționările care sunt necesare pentru buna funcționare a acordului, cum sunt obligațiile care au ca obiect protejarea și menținerea standardelor și omogenitatea sistemului de franciză, de asemenea nu cad sub incidența art. 5 alin. (1) din lege. În mod similar, dacă un acord de creare a unei societăți în comun nu este de natură să restricționeze concurența, atunci restricționările necesare pentru buna funcționare a acordului sunt considerate ca fiind restricționări auxiliare principalei operațiuni și nu intră sub incidența art. 5 alin. (1) din lege. De exemplu, în cazul TPS [T-112/99, Metropole Television (M6)], Comisia Europeană a concluzionat că o obligație impusă părților de a nu se implica în activități legate de marketingul și distribuția programelor de televiziune transmise prin satelit reprezintă, pe parcursul perioadei de început, o restricționare auxiliară creării societății în comun. Această restricționare nu cade sub incidența art. 81 paragraful (1) din Tratatul CE, similar art. 5 alin. (1) din lege, pentru o perioadă de 3 ani.

Comisia Europeană a ajuns la această concluzie luând în considerație sumele investite și riscurile comerciale asumate, pe care le implică intrarea pe piața televiziunii prin cablu.

2.3. Regula de exceptare prevăzută la art. 5 alin. (2) din lege

31. Analiza restricționărilor prin obiect și efect în concordanță cu art. 5 alin. (1) din lege reprezintă doar o parte a analizei. Cealaltă parte, care este reflectată în art. 5 alin. (2) din lege, reprezintă analiza efectelor economice pozitive ale acordurilor restrictive.

32. Scopul regulilor în domeniul concurenței este de a proteja concurența pe piață ca mijloc de creștere a bunăstării consumatorilor și de asigurare a unei eficiente alocări a resurselor. Acordurile care restrâng concurența pot, în același timp, să aibă efecte proconcurențiale prin sporurile de eficiență pe care le generează. Productivitatea poate crea valoare adăugată prin scăderea costului de producție, îmbunătățind calitatea produselor, sau prin crearea unui nou produs. Când efectele pozitive ale unui acord depășesc efectele sale negative sau sunt suficiente pentru a compensa restrângerea concurenței provocată de acesta, atunci acordul în cauză va fi proconcurențial și compatibil cu obiectivele regulilor în domeniul concurenței. Efectul net al unui astfel de acord este de a promova esența procesului concurențial, adică de a câștiga consumatori prin oferirea unor produse sau prețuri mai bune decât concurenței. Acest cadru de analiză este reflectat în art. 5 alin. (1) și (2) din lege. Prevederile art. 5 alin. (2) din lege admit în mod expres că acordurile restrictive pot genera beneficii economice obiective, astfel încât să acopere efectele negative ale restricționării concurenței.

33. Aplicarea exceptării conform art. 5 alin. (2) din lege este subiectul a 5 condiții cumulative, prevăzute la lit. a)-e), ultima, prevăzută la lit. e), cuprinzând la rândul ei alte 4 condiții, dintre care doar una este necesar a fi îndeplinită alături de cele prevăzute la celelalte litere.

Când aceste condiții sunt îndeplinite, acordul contribuie la intensificarea concurenței pe piața relevantă, pentru că determină agenții economici implicați să ofere consumatorilor produse la un preț mai mic sau produse de o calitate mai bună, compensându-i astfel pentru efectele negative ale restricționărilor de concurență.

34. Art. 5 alin. (2) din lege poate fi aplicat atât acordurilor individuale, cât și categoriilor de acorduri, în baza regulamentelor privind exceptările pe categorii. Când un acord restrictiv cade sub incidența unei exceptări pe categorii, părțile sunt eliberate de sarcina de a demonstra că acest acord satisface fiecare condiție dintre cele menționate la art. 5 alin. (2) din lege. Ele vor trebui doar să arate că acesta îndeplinește criteriile de încadrare într-o categorie exceptată. Aplicarea art. 5 alin. (2) din lege tipurilor de înțelegeri acoperite de regulamentele privind exceptările pe categorii pleacă de la prezumția că acordurile restrictive care cad sub incidența acestor regulamente îndeplinesc fiecare condiție dintre cele menționate la art. 5 alin. (2) din lege.

35. Dacă, într-un caz particular, un acord care intră sub incidența art. 5 alin. (1) din lege și este acoperit de un regulament de exceptare pe categorii are totuși efecte incompatibile cu condițiile prevăzute la art. 5 alin. (2) din lege, Consiliul Concurenței poate retrage beneficiul exceptării pe categorii, în conformitate cu prevederile art. 27 lit. d¹) din lege.

3. Aplicarea condițiilor prevăzute la art. 5 alin. (2) din lege

36. Prezentele instrucțiuni se referă la toate condițiile prevăzute la art. 5 alin. (2) din lege. Avându-se în vedere că aceste condiții sunt cumulative, dacă una dintre ele nu este îndeplinită, examinarea celorlalte condiții prevăzute la art. 5 alin. (2) din lege nu mai este necesară. În funcție de particularitățile fiecărui caz, ordinea abordării acestor condiții poate fi diferită.

37. În scopul unei abordări logice a condițiilor prevăzute la art. 5 alin. (2) din lege s-a considerat adecvat ca în elaborarea acestor instrucțiuni să se inverseze ordinea lor, astfel încât aspectele privind indispensabilitatea să fie analizate înaintea aspectelor privind efectele asupra consumatorilor. Analiza efectelor pozitive și negative ale unui acord asupra consumatorilor necesită evaluarea lor. Această analiză nu trebuie să includă efectele vreunei restricționări care nu a trecut testul indispensabilității și care, pentru acest motiv, este interzisă de art. 5 din lege.

3.1. Principii generale

38. Art. 5 alin. (2) din lege devine relevant numai atunci când un acord între agenții economici restricționează concurența în sensul art. 5 alin. (1) din lege. În cazul acordurilor care nu restricționează concurența, nu este necesară examinarea beneficiilor generate de acordul în cauză.

39. Potrivit legislației în vigoare, condițiile prevăzute la art. 5 alin. (2) din lege sunt cumulative, ceea ce înseamnă că toate trebuie îndeplinite, astfel încât regula de exceptare să fie aplicabilă. Dacă aceste condiții nu sunt îndeplinite, nu se aplică exceptarea conform art. 5 alin. (2) din lege. Condițiile prevăzute la art. 5 alin. (2) din lege sunt, de asemenea, exhaustive. Când ele sunt îndeplinite, exceptarea este aplicabilă și nu poate fi condiționată de nici o altă condiție. Scopurile urmărite de alte prevederi ale legii pot fi luate în considerație în măsura în care pot fi subsumate condițiilor prevăzute la art. 5 alin. (2) din lege.

40. Analiza, în baza art. 5 alin. (2) din lege, a beneficiilor ce rezultă dintr-un acord restrictiv este făcută, în principiu, în cadrul limitelor fiecărei piețe relevante la care acordul se raportează. Regulile în domeniul concurenței au ca obiectiv protecția concurenței pe piață și nu pot fi separate de acest obiectiv. Mai mult, condiția ca și consumatorilor să li se asigure avantaje corespunzătoare celor realizate de părțile la o anumită înțelegere înseamnă, în general, că avantajele generate de acordul restrictiv în cadrul unei piețe relevante trebuie să fie suficiente, astfel încât să

compenseze efectele negative produse de acesta în cadrul aceleiași piețe relevante. Efectele negative asupra consumatorilor de pe o piață geografică sau piață a produsului nu pot fi în mod normal compensate de efectele pozitive asupra consumatorilor de pe o altă piață geografică sau altă piață a produsului, fără legătură cu cea dintâi. Totuși, atunci când două piețe sunt complementare, sporurile de eficiență obținute pe cele două piețe în mod separat pot fi luate în considerație dacă grupul de consumatori afectat de restricționare și care beneficiază de aceste sporuri de eficiență este în mare măsură același. Într-adevăr, în anumite cazuri numai consumatorii de pe piața din aval sunt afectați de un anumit acord, caz în care trebuie analizat impactul asupra acestor consumatori. Așa se întâmplă, de exemplu, în cazul acordurilor de cumpărare.

41. Analiza acordurilor restrictive în baza art. 5 alin. (2) din lege se face în cadrul contextului în care ele apar și pe baza faptelor existente la orice moment dat în timp. Analiza este sensibilă la schimbările materiale ale faptelor. Regula de exceptare a art. 5 alin. (2) din lege se aplică atât timp cât condițiile prevăzute la acest articol sunt îndeplinite și își încetează aplicarea atunci când acestea nu mai sunt îndeplinite. Când art. 5 alin. (2) din lege se aplică în concordanță cu aceste principii, este necesar să se ia în considerație investițiile specifice inițiale făcute de oricare dintre părți și, de asemenea, timpul și restricționările necesare pentru a realiza și a recupera o investiție care generează eficiență. Art. 5 din lege nu poate fi aplicat fără să se ia în considerație aceste investiții ex ante. Riscul pe care părțile îl întâmpină și investiția specifică ce trebuie asumată pentru implementarea acordului pot astfel determina ca acordul să nu între sub incidența prevederilor art. 5 alin. (1) din lege sau să îndeplinească condițiile prevăzute la art. 5 alin. (2) din lege, după caz, pe perioada de timp necesară pentru recuperarea investiției.

42. În anumite cazuri acordul restrictiv este un eveniment ireversibil. Odată ce acordul restrictiv a fost implementat, situația ex ante nu poate fi restabilită. În asemenea cazuri analiza trebuie făcută în exclusivitate pe baza faptelor legate de momentul implementării acordului în cauză. De exemplu, în cazul unui acord de cercetare-dezvoltare în care fiecare parte este de acord să renunțe la propriul proiect de cercetare și să își cumuleze resursele și capacitățile cu cele ale altei părți, poate fi practic imposibil, din punct de vedere tehnic și economic, să se poată relua un proiect odată ce a fost abandonat. Analiza efectelor anti- și proconcurențiale ale acordului de a abandona proiectele de cercetare individuală trebuie astfel să fie făcută după implementarea acestuia. Dacă la acel moment acordul este compatibil cu art. 5 din lege, de exemplu, datorită faptului că un număr suficient de terți au propriile proiecte de cercetare-dezvoltare concurente, acordul părților de a abandona proiectele lor individuale rămâne compatibil cu art. 5 din lege, chiar dacă mai târziu proiectele terților eșuează. Totuși, interdicția stipulată în art. 5 alin. (1) din lege se poate aplica altor părți ale acordului în legătură cu care aspectul de ireversibilitate nu se ridică. Dacă, de exemplu, pe lângă o activitate de cercetare-dezvoltare în comun, acordul prevede și exploatarea în comun, art. 5 alin. (1) din lege se poate aplica acestei părți din acord, dacă, datorită evoluțiilor ulterioare ale pieței, acordul restricționează concurența și nu mai satisface condițiile art. 5 alin. (2) din lege, luând în considerație investițiile specifice ex ante, conform punctului anterior.

43. Art. 5 alin. (2) din lege nu exclude a priori anumite tipuri de acorduri din scopul său de aplicabilitate. Ca principiu, toate acordurile restrictive care îndeplinesc condițiile prevăzute la art. 5 alin. (2) din lege cad sub incidența exceptării. Totuși, este improbabil ca anumite restricționări grave ale concurenței să îndeplinească condițiile prevăzute la art. 5 alin. (2) din lege. Aceste restricționări sunt interzise prin regulamentele de exceptare pe categorii sau sunt identificate ca fiind restricționări grave ale concurenței în instrucțiunile emise de Consiliul Concurenței referitoare la diferite tipuri de acorduri. Acordurile de această natură în general nu îndeplinesc (cel puțin) condițiile prevăzute la lit. a), b) și primele două condiții prevăzute la lit. e) ale art. 5 alin. (2) din lege. Ele nu creează nici avantaje economice obiective și nici nu avantajează consumatorii. De exemplu, un acord pe orizontală care fixează prețurile limitează producția conducând la o alocare proastă a resurselor. Acordul are, de asemenea, și un efect de transfer de valoare de la consumatori la producători, de vreme ce conduce la creșterea prețurilor fără să producă vreo compensare pentru consumatori în cadrul pieței relevante. Mai mult, aceste tipuri de acorduri în general nu trec testul de indispensabilitate corespunzător condiției prevăzute la lit. c) a art. 5 alin. (2) din lege.

44. Orice afirmație conform căreia acordurile restrictive sunt justificate pentru că scopul lor este acela de a asigura condiții echitabile pentru desfășurarea concurenței pe piață este prin natură nefondată și ca urmare trebuie respinsă. Scopul art. 5 din lege este de a proteja efectiv concurența prin asigurarea că piețele rămân deschise și competitive. Protecția condițiilor echitabile de desfășurare a concurenței este sarcina legiuitorului, în concordanță cu principiile economiei de piață, și nu a agenților economici.

3.2. Evaluarea efectelor pozitive și negative

3.2.1. Prevederi generale

45. Potrivit art. 5 alin. (2) din lege, un acord restrictiv trebuie să îndeplinească și una dintre cele 4 condiții alternative prevăzute la lit. e) a art. 5 alin. (2) din lege, după cum urmează: să contribuie la ameliorarea producției ori distribuției de produse, executării de lucrări sau prestării de servicii ori să promoveze progresul tehnic sau economic, contribuind la îmbunătățirea calității produselor ori serviciilor, sau să contribuie la întărirea pozițiilor concurențiale ale întreprinderilor mici și mijlocii pe piața internă ori să conducă la practicarea în mod durabil a unor prețuri substanțial

mai reduse pentru consumatori. Verificarea îndeplinirii oricăreia dintre aceste condiții se bazează pe constatarea că efectele pozitive prevalează asupra celor negative sau sunt suficiente pentru a compensa restrângerea concurenței provocată de o anumită înțelegere restrictivă [condiția de la lit. a) a art. 5 alin. (2)].

46. Numai avantajele obiective pot fi luate în considerare. Aceasta înseamnă că efectele pozitive ale unui anumit acord nu sunt analizate din punctul de vedere subiectiv al părților. Economii de cost care rezultă din simpla exercitare a puterii de piață de către părți nu pot fi luate în considerare. De exemplu, atunci când companiile fixează prețurile sau împart piețele, producția se reduce și astfel se reduc costurile de producție. Reducerea concurenței poate să conducă, de asemenea, la reducerea costurilor de desfacere și de marketing. Aceste reduceri de cost sunt o consecință directă a reducerii producției și valorii adăugate. Aceste reduceri de cost nu produc nici un efect proconcurențial pe piață. În particular, ele nu conduc la crearea de valoare adăugată prin integrarea activelor și activităților. Ele doar permit agenților economici implicați să-și mărească profiturile și sunt astfel irelevante din punctul de vedere al art. 5 alin. (2) din lege.

47. Scopul condiției prevăzute la art. 5 alin. (2) lit. e) din lege este de a defini tipurile de efecte pozitive care pot fi luate în considerare mai departe și supuse testelor primelor trei condiții prevăzute la art. 5 alin. (2) din lege. Scopul analizei este de a aprecia care sunt beneficiile obiective create de un anumit acord și care este importanța economică a acestora. Avându-se în vedere faptul că, pentru a se putea aplica prevederile art. 5 alin. (2) din lege, efectele pozitive rezultând dintr-un acord restrictiv trebuie să prevaleze asupra celor negative sau să fie suficiente pentru a compensa restrângerea concurenței, este necesar să se verifice care este legătura dintre acord și preconizatele beneficii a fi generate de acesta și care este valoarea acestor beneficii.

48. Toate beneficiile preconizate ca efecte ale unui anumit acord trebuie demonstrate astfel încât următoarele elemente să poată fi verificate:

- a)** natura beneficiilor preconizate a fi obținute;
- b)** legătura dintre acord și aceste beneficii;
- c)** probabilitatea și importanța fiecărui beneficiu preconizat; și
- d)** cum și când fiecare beneficiu preconizat va fi realizat.

49. Prevederile pct. 48 lit. a) permit factorului de decizie să verifice dacă beneficiile preconizate sunt obiective prin natura lor, conform pct. 46.

50. Prevederile pct. 48 lit. b) permit factorului de decizie să verifice dacă există o legătură cauzală suficientă între acordul restrictiv și beneficiile preconizate a fi generate ca efecte ale acestui acord. Această condiție presupune, în mod normal, ca beneficiile să rezulte din activitatea economică care formează obiectul acordului. Astfel de activități pot, de exemplu, să ia forma distribuției, licenței de tehnologie, producției în comun sau cercetării-dezvoltării în comun. Totuși, în măsura în care un acord are ca efecte sporuri mari de eficiență pe piața relevantă, de exemplu, pentru că el determină o reducere substanțială a costurilor la nivelul unui anumit sector economic, aceste beneficii suplimentare sunt, de asemenea, luate în considerare.

51. Legătura cauzală dintre acord și beneficiile preconizate a fi generate trebuie în mod normal să fie directă. Argumentele bazate pe efecte indirecte sunt, ca regulă generală, prea nesigure și prea îndepărtate pentru a putea fi luate în considerare. O legătură cauzală directă există, de exemplu, acolo unde un acord de transfer de tehnologie face posibil ca licențiatul să producă produse noi sau îmbunătățite ori acolo unde un acord de distribuție face posibilă reducerea costurilor de distribuție sau prestarea unor servicii mai valoroase. Un exemplu de efect indirect ar fi cazul în care se susține că un acord restrictiv permite agentului economic implicat să-și crească profiturile, permițându-i să investească mai mult în cercetare-dezvoltare în beneficiul final al consumatorilor. În timp ce poate exista o legătură între profitabilitate și cercetare-dezvoltare, această legătură este în general insuficient de directă pentru a fi luată în considerare în contextul art. 5 alin. (2) din lege.

52. Prevederile pct. 48 lit. c) și d) permit factorului de decizie să verifice valoarea beneficiilor preconizate a fi generate ca efecte ale unui anumit acord, care, în contextul condiției de la lit. a) a art. 5 alin. (2) din lege, trebuie să fie comparată cu efectele negative ale acordului în cauză (a se vedea pct. 98). Avându-se în vedere faptul că art. 5 alin. (1) din lege se aplică numai în cazurile în care este probabil ca un acord să aibă efecte negative asupra concurenței și a consumatorilor (în cazul restricționărilor grave asemenea efecte sunt implicite), beneficiile preconizate a fi obținute trebuie să fie fundamentate astfel încât acestea să poată fi verificate. Afirmările nefondate sunt respinse.

53. În cazul unor preconizate economii de cost, agentul economic invocând beneficiul prevăzut la art. 5 alin. (2) din lege trebuie să calculeze sau să estimeze, în cea mai clară formă posibilă, valoarea acestor economii și să descrie în detaliu cum a fost calculată suma respectivă. Agentul economic trebuie să descrie, de asemenea, și metodele prin care economiile de cost au fost sau vor fi realizate. Datele transmise trebuie să fie verificabile astfel încât să existe un grad suficient de siguranță că economiile de cost s-au materializat ori că se vor materializa.

54. În cazul unor preconizate beneficii sub forma unor produse noi sau îmbunătățite ori bazate pe alte elemente decât economiile de cost, agentul economic susținând beneficiul prevăzut la art. 5 alin. (2) din lege trebuie să descrie și să explice în detaliu care este natura acestor beneficii și cum și din ce motive ele constituie un avantaj economic obiectiv.

55. În cazurile în care acordul trebuie implementat în întregime, părțile sunt obligate să fundamenteze orice previziune cu privire la data de la care beneficiile vor deveni operaționale astfel încât să aibă un impact pozitiv semnificativ pe piață.

3.2.2. Categorii diferite de efecte pozitive

56. Efectele pozitive menționate la art. 5 alin. (2) lit. e) din lege sunt categorii largi care intenționează să acopere toate avantajele economice obiective. Există o suprapunere considerabilă între variatele tipuri de efecte pozitive menționate la art. 5 alin. (2) lit. e), iar un acord poate genera mai multe dintre acestea. De aceea nu este necesar să se facă o distincție clară și fermă între aceste tipuri diferite de efecte pozitive. În scopul acestor instrucțiuni, se face o distincție între efectele pozitive generate ca urmare a economiilor de cost și efectele pozitive de natură calitativă, a căror esență constă în a se crea valoare sub forma unor produse noi ori îmbunătățite sau sub forma unei mai mari diversități de produse etc.

57. În general, eficiența rezultă dintr-o integrare a activităților economice, prin care agenții economici își combină activele sau tehnologiile pentru a obține ceea ce pe cont propriu nu ar fi putut realiza atât de eficient ori prin care încredințează unui alt agent economic sarcini care pot fi efectuate mult mai eficient de către acesta din urmă.

58. Procesele de cercetare-dezvoltare, producție și distribuție pot fi văzute ca un lanț valoric care poate fi divizat în mai multe etape. Pentru fiecare etapă a acestui lanț, agentul economic trebuie să facă o alegere între a desfășura activitatea pe cont propriu, împreună cu alt/alți agent/agenți economic/economici sau să recurgă la externalizarea activității către un alt/alți agent/agenți economic/economici.

59. De fiecare dată când alegerea făcută implică cooperarea pe piață cu un alt agent economic, de obicei se încheie un acord care intră sub incidența art. 5 alin. (1) din lege. Aceste înțelegeri pot fi pe verticală, în cazul în care părțile operează la niveluri diferite ale lanțului producție-distribuție, sau pot fi pe orizontală, atunci când părțile operează la același nivel al lanțului producție-distribuție. Ambele categorii de înțelegeri pot genera efecte pozitive, permițând agenților economici în cauză să realizeze o anumită activitate la costuri mai mici sau cu o valoare adăugată mai mare, în folosul consumatorilor. Asemenea înțelegeri pot, de asemenea, conține sau conduce la restricționări ale concurenței, caz în care devine importantă aplicarea interdicției prevăzute la art. 5 alin. (1) din lege și a exceptării prevăzute la art. 5 alin. (2) din lege.

60. Tipurile de efecte pozitive descrise mai jos sunt doar cu titlu de exemplu și nu reprezintă o listă exhaustivă.

3.2.2.1. Efecte pozitive generate de economiile de cost

61. O sursă foarte importantă a economiilor de cost o reprezintă dezvoltarea unor noi metode și tehnologii de producție. În general, cea mai mare probabilitate pentru obținerea unor economii de cost există atunci când au loc dezvoltări tehnologice. De exemplu, introducerea liniei de asamblare a condus la o reducere substanțială a costului de producere a motoarelor pentru vehicule.

62. O altă sursă foarte importantă de obținere a economiilor de cost o constituie sinergiile ce rezultă din integrarea activelor existente. Atunci când părțile la o înțelegere aleg să își combine capacitățile de care dispun, ele vor reuși să obțină o configurare a raportului cost/producție, care altfel nu ar fi fost posibilă. Combinarea a două tehnologii existente ce au caracteristici complementare poate reduce costurile de producție sau poate conduce la îmbunătățirea calității produselor. De exemplu, tehnologia de producție a firmei A poate genera un volum mare de producție/oră, însă solicită o cantitate mare de materii prime/unitate de produs, în timp ce capacitățile de producție de care dispune firma B generează un volum mic de producție/oră cu un volum mic de materii prime/unitate de produs. Sinergiile pot fi obținute dacă se hotărăște producția în comun, combinându-se tehnologiile firmelor A și B, obținându-se astfel un volum mare al producției/oră cu un consum mai mic de materie primă/unitate de produs. În mod similar, dacă un agent economic și-a optimizat activitățile corespunzătoare unui anumit nivel al lanțului producție-distribuție și altul și-a optimizat activitățile corespunzătoare altui nivel, combinarea activităților lor poate conduce la reducerea costurilor. Firma A poate avea, de exemplu, o linie de producție înalt automatizată, care presupune niște costuri de producție/unitate de produs mici, în timp ce firma B și-a dezvoltat un sistem eficient de procesare a comenzilor. Acest sistem face posibil ca producția să fie ajustată în funcție de cerere, asigurând o livrare în timp a produselor și reducând costurile de depozitare și costurile de înlocuire a produselor depreciate. Combinându-și capacitățile de producție, firmele A și B pot obține economii de cost.

63. Economii de cost pot fi obținute și ca rezultat al economiilor de scară, prin micșorarea costurilor/unitate de produs o dată cu creșterea volumului producției. De exemplu: investițiile în echipamente și active, cel mai adesea, trebuie făcute în unități indivizibile. Dacă un agent economic nu poate utiliza o asemenea unitate indivizibilă a unui activ/echipament de care dispune în întregimea sa, costurile sale medii/unitate de produs vor fi mai mari decât atunci când ar fi putut utiliza respectivul echipament/activ în întregimea sa. De exemplu, costurile de exploatare ale unui camion sunt virtual aceleași, indiferent dacă camionul este gol, încărcat parțial sau plin. Înțelegerile dintre agenți economici, prin care ei aleg să își combine operațiunile legate de logistică, le poate permite să crească gradul de utilizare a capacității de transport și să micșoreze dimensiunile parcului auto. O activitate la o scară mai mare permite o mai bună diviziune a muncii, ceea ce are ca efect, de asemenea, micșorarea costurilor/unitate de produs. Firmele pot obține economii de scară la orice nivel al lanțului de producție-distribuție, incluzând cercetarea-dezvoltarea, producția, distribuția și marketingul. Economii realizate prin prisma experienței reprezintă și ele un tip

de efect pozitiv. Pe măsură ce se câștigă experiență în executarea unui anumit proces de producție sau în realizarea unei anumite activități, productivitatea poate crește deoarece procesul respectiv de producție este realizat într-un mod mult mai eficient ori pentru că respectiva activitate este efectuată mult mai repede.

64. Economii de scop sunt o altă sursă a reducerii costurilor, care, de obicei, sunt obținute atunci când firmele realizează economii de cost producând mai multe produse împreună pe baza acelorași input-uri. Economii de scop sunt posibile datorită faptului că se pot folosi aceleași componente și aceleași facilități și personal pentru a produce o varietate de produse. În mod similar, economii de scop pot fi realizate la nivelul distribuției, atunci când mai multe tipuri de produse sunt distribuite cu aceleași mijloace de transport. De exemplu, un producător de pizza congelată și un producător de legume congelate pot realiza economii de scop distribuindu-și împreună produsele. Ambele grupe de produse trebuie distribuite în vehicule cu facilități de răcire și este foarte posibil să existe și o suprapunere semnificativă în ceea ce privește clienții lor. Combinându-și operațiunile, cei doi producători pot obține costuri mai mici de distribuție/unitate de produs.

65. Efecte pozitive de natura reducerii costurilor pot decurge și din înțelegeri ce permit o mai bună planificare a producției, ceea ce înseamnă atât o utilizare mai bună a capacităților, cât și lipsa necesității unor inventarieri costisitoare. Aceste economii de cost pot fi obținute în urma practicării unor achiziții "just în time", de exemplu, obligația unui furnizor de produse - părți componente - de a asigura permanența aprovizionării cu acestea către cumpărător, în concordanță cu nevoile celui din urmă și evitându-se astfel necesitatea cumpărătorului de a menține stocuri importante de componente și riscul ca acestea să devină nefolosibile ca urmare a expirării duratei de valabilitate sau a uzurii morale. Economii de cost se pot obține și în urma unor înțelegeri care permit părților să raționalizeze producția în funcție de capacitățile fiecărei părți.

3.2.2.2. Efecte pozitive de natură calitativă

66. Înțelegerile dintre agenții economici pot genera diverse tipuri de efecte pozitive de natură calitativă, relevante din perspectiva aplicării art. 5 alin. (2) din lege. În unele cazuri, principalul efect pozitiv al unui tip de înțelegere nu îl reprezintă reducerea costurilor, ci îmbunătățirea calității și alte avantaje de natură calitativă. În funcție de fiecare caz, efectele pozitive de natură calitativă pot fi cel puțin la fel sau mai importante decât economiile de cost.

67. Dezvoltarea tehnică și tehnologică reprezintă o parte substanțială și dinamică a economiei, generând beneficii substanțiale sub forma unor produse sau servicii noi ori îmbunătățite. Cooperând, agenții economici pot deveni mai eficienți, lucru care nu ar fi fost posibil fără o înțelegere restrictivă sau ar fi fost posibil doar cu întârzieri substanțiale și costuri mai mari. Asemenea situații constituie o importantă sursă de beneficii economice în sensul condiției prevăzute la lit. e) a art. 5 alin. (2) din lege. Înțelegerile ce pot genera efecte pozitive de natură calitativă includ, în mod particular, acordurile de cercetare-dezvoltare. Un exemplu pot fi firmele A și B care hotărăsc să colaboreze în vederea dezvoltării și producției în comun a anvelopelor pe bază de camere multiple. Perforarea unei camere nu le afectează pe celelalte, astfel că nu există riscul unei pene în cazul unei perforări a anvelopei, nefiind nevoie să fie înlocuită imediat sau să existe în permanență una de rezervă în portbagaj. Acest model de anvelopă prezintă mai multă siguranță decât vechile modele. Acest tip de efect pozitiv reprezintă un beneficiu obiectiv în sensul condiției prevăzute la lit. e) a art. 5 alin. (2) din lege.

68. În același mod în care combinarea unor tehnologii cu funcțiuni complementare poate genera economii de cost, combinarea acestora poate genera și sinergii ce creează beneficii de natură calitativă. Combinarea activelor de producție poate conduce la obținerea unor produse de o calitate superioară sau a unor produse cu caracteristici ori funcționalități noi. Acesta este cazul acordurilor de licență sau acordurilor privind producerea în comun a unor produse ori servicii noi sau îmbunătățite. Acordurile de licență pot asigura o rapidă diseminare a noilor tehnologii și dau posibilitatea licențiatului de a introduce pe piață produse noi sau să folosească noi tehnici de producție care conduc la îmbunătățiri calitative ale producției. Acordurile de producție în comun oferă posibilitatea introducerii pe piață a unor produse sau servicii noi ori îmbunătățite mult mai repede sau cu costuri mai mici. În sectorul telecomunicațiilor, de exemplu, acordurile de cooperare sunt eficiente prin faptul că fac posibil mult mai rapid accesul la noile servicii globale. În sectorul bancar acordurile de cooperare au făcut posibil transferul internațional de bani, ceea ce reprezintă, de asemenea, un efect pozitiv în sensul condiției prevăzute la lit. e) a art. 5 alin. (2) din lege.

69. Acordurile de distribuție pot da naștere, de asemenea, la efecte pozitive de natură calitativă. Distribuitorii specializați pot oferi servicii care sunt mai bine adaptate la nevoile consumatorilor, pot oferi livrări mai rapide sau sunt capabili să întrețină, într-un mod mai sigur, calitatea produselor pe parcursul lanțului de distribuție.

3.3. Indispensabilitatea restricționărilor concurenței

70. Potrivit condiției prevăzute la lit. c) a art. 5 alin. (2) din lege, acordurile dintre agenți economici nu trebuie să impună restricționări ale concurenței care nu sunt indispensabile obținerii avantajelor scontate a fi obținute în urma implementării acestora, iar prin respectivele acorduri nu trebuie să se impună părților restricții care nu sunt necesare pentru realizarea obiectivelor enumerate la lit. e) a art. 5 alin. (2) din lege. Această condiție implică un dublu criteriu. În primul rând, un acord restrictiv trebuie să fie în mod rezonabil necesar în scopul obținerii avantajelor. În al doilea rând, restricționările care decurg din acest acord trebuie, de asemenea, să fie în mod rezonabil necesare pentru obținerea acestor avantaje.

71. În contextul condiției prevăzute la lit. c) a art. 5 alin. (2) din lege, factorul decisiv este dacă acordul restrictiv și restricționările impuse prin acesta, cu efecte asupra concurenței, fac sau nu posibilă derularea activității în cauză într-un mod mai eficient decât ar fi fost în cazul în care nu ar fi existat respectivul acord ori respectivele restricționări. Întrebarea nu este dacă în absența acestor restricționări acordul nu s-ar fi încheiat, ci dacă sunt produse mai multe beneficii ca urmare a acestui acord sau acestor restricționări decât în absența lor.

72. Primul criteriu pe care îl presupune condiția prevăzută la lit. c) a art. 5 alin. (2) din lege se referă la faptul că este necesar ca beneficiile să fie specifice acordului în cauză, în sensul că nu există alte mijloace economic aplicabile și mai puțin restrictive pentru obținerea acestora. În vederea acestei analize trebuie să fie luate în considerare condițiile pieței și realitățile mediului de afaceri cu care se confruntă părțile la înțelegere. Agenților economici care invocă beneficiul exceptării prevăzut la art. 5 alin. (2) din lege nu li se cere să ia în considerare alternativele teoretice sau ipotetice. Consiliul Concurenței nu va pune la îndoială politica de afaceri a părților. Nu va interveni decât atunci când este în mod clar evident faptul că există alternative viabile și practice. Părțile trebuie să explice și să demonstreze de ce asemenea alternative evident realiste și mai puțin restrictive ar fi mult mai puțin eficiente.

73. Este în mod special important de examinat dacă, având în vedere circumstanțele fiecărui caz individual, părțile ar fi realizat beneficii prin intermediul unui alt tip de acord mai puțin restrictiv și dacă da, când ar fi fost cel mai probabil să se obțină aceste beneficii. Poate fi, de asemenea, necesar de cercetat dacă părțile ar fi putut obține aceste beneficii pe cont propriu. De exemplu, acolo unde presupusele efecte pozitive iau forma unor reduceri de costuri ca urmare a unor economii de scară sau de scop, agenții economici implicați trebuie să explice și să demonstreze de ce aceleași rezultate nu s-ar fi putut obține prin dezvoltări interne și practicarea unor prețuri competitive. Pentru realizarea acestei analize este important să se ia în considerare, inter alia, scara minimă de eficiență a pieței relevante în cauză. Scara minimă de eficiență reprezintă nivelul necesar al producției pentru minimizarea costurilor medii și pentru obținerea economiilor de scară. Cu cât este mai mare scara minimă de eficiență, în comparație cu nivelul actual al acesteia pentru fiecare dintre părțile la înțelegere, cu atât este mai probabil ca beneficiile să fie considerate a fi specifice respectivului tip de înțelegere. În cazul înțelegerilor care generează avantaje substanțiale prin combinarea unor tehnologii cu funcționalități complementare și a randamentelor, chiar natura beneficiilor obținute creează prezumția că respectiva înțelegere este necesară în scopul obținerii lor.

74. Aceste principii pot fi ilustrate prin următorul exemplu ipotetic:

Firmele A și B își combină într-o societate în comun capacitățile de producție pentru a obține o producție mai mare și un consum mai mic de materii prime. Societatea în comun beneficiază de o licență exclusivă de producție și părțile transferă facilitățile lor de producție către aceasta. De asemenea, transferă și personalul-cheie pentru a se asigura că economiile de experiență pot fi exploatate și dezvoltate mai departe. Se estimează că aceste economii vor reduce costurile de producție cu încă 5%. Producția acestei societăți în comun este valorificată de firmele A și B în mod independent. În acest caz, condiția de indispensabilitate necesită raționamentul dacă beneficiile ar fi putut sau nu să fie obținute în mod substanțial prin intermediul unui acord de licență, care ar fi fost mult mai puțin restrictiv, deoarece firmele A și B ar fi continuat să producă în mod independent. În circumstanțele descrise este puțin probabil, de vreme ce sub un acord de licență părțile nu ar fi putut beneficia în același mod de propria experiență corespunzătoare exploatării celor două tehnologii de producție de care dispun, adică nu ar fi putut exploata așa-numitele economii de experiență.

75. Odată ce s-a constatat că acordul în cauză este necesar în scopul obținerii beneficiilor, trebuie evaluată indispensabilitatea fiecărei restricționări a concurenței ce decurge din acesta. În acest context trebuie evaluat dacă restricționările specifice unui acord sunt în mod rezonabil necesare în scopul obținerii beneficiilor. Părțile la acord trebuie să demonstreze ceea ce susțin atât în legătură cu natura restricționărilor, cât și cu privire la intensitatea acestora.

76. O restricționare este indispensabilă dacă absența sa ar elimina sau ar reduce substanțial avantajele care decurg ca efecte ale unui anumit acord sau absența sa face puțin probabilă materializarea acestora. Evaluarea soluțiilor alternative trebuie să ia în considerare actuala și potențiala ameliorare a condițiilor de concurență prin eliminarea unei restricționări particulare sau prin aplicarea unei alternative mai puțin restrictive. Cu cât este mai limitativă restricționarea în cauză, cu atât mai strict trebuie să fie criteriul prevăzut la lit. c) a art. 5 alin. (2) din lege. Restricționările interzise de regulamentele referitoare la exceptările pe categorii sau identificate ca fiind foarte grave în instrucțiunile emise de Consiliul Concurenței sunt foarte puțin probabil a fi considerate indispensabile.

77. Evaluarea indispensabilității trebuie făcută în contextul actual în care acordul se aplică și trebuie să ia în considerare în special structura pieței, riscurile economice pe care respectiva înțelegere le presupune și scopurile urmărite de părți. Cu cât este mai incert succesul produsului ce face obiectul înțelegerii, cu atât mai mult este necesară o restricționare pentru a se asigura materializarea beneficiilor. Restricționările pot fi, de asemenea, indispensabile în scopul de a armoniza interesele părților și de a asigura faptul că acestea își concentrează eforturile în scopul implementării acordului. O restricționare poate fi, de exemplu, necesară în scopul evitării problemelor ce generează întârzieri odată ce o investiție specifică substanțială a fost făcută de către una dintre părți. Odată ce un furnizor a realizat o substanțială investiție specifică unui client în scopul aprovizionării acestuia cu un anumit input, furnizorul a devenit dependent de client. În scopul de a evita ca ex post clientul să exploateze această dependență,

în vederea obținerii unor termeni sau condiții cât mai favorabile, poate fi necesar să se impună clientului o obligație de a nu cumpăra componente de la terți sau de a cumpăra o cantitate minimă de componente de la furnizor.

78. În unele cazuri, o restricționare poate fi indispensabilă numai pentru o anumită perioadă de timp, caz în care exceptarea prevăzută la art. 5 alin. (2) din lege se aplică doar pentru acea durată. Pentru această evaluare este necesar să se ia în considerare perioada de timp necesară pentru ca părțile să obțină beneficiile scontate, justificându-se astfel aplicarea regulii de exceptare. În cazurile în care beneficiile scontate nu pot fi obținute fără investiții considerabile, trebuie luată în considerare, în mod special, perioada de timp necesară pentru recuperarea investițiilor (pct. 41).

79. Aceste principii pot fi ilustrate prin următoarele exemple ipotetice:

- Firma P produce și distribuie pizza congelată, deținând o cotă de 15% în zona de sud a României. Livrările sunt făcute direct către detailiști. De vreme ce majoritatea detailiștilor au capacități de depozitare limitate, sunt necesare livrări relativ frecvente, ceea ce conduce la o slabă utilizare a capacității și la folosirea unor vehicule relativ mici. Firma T este un angrosist de pizza și alte produse congelate, livrând în mare parte către aceiași clienți ca și firma P, în zona de sud a României. Produsele pizza distribuite de firma T dețin o cotă de 30% din piață. Firma T are un parc de mașini mari și are capacitate excedentară. Firma P încheie un acord de distribuție exclusivă cu firma T pentru zona de sud a României și se obligă ca distribuitori ai săi din alte zone să nu vândă în teritoriul firmei T nici în mod activ, nici în mod pasiv. Firma T se obligă să promoveze produsele, să facă cercetări de piață în ceea ce privește gusturile consumatorilor și să asigure livrările către detailiști în termen de 24 de ore. Acest acord conduce la reducerea costurilor de distribuție cu 30%, în timp ce capacitatea este mai bine utilizată și se evită parcurgerea aceluiași drum de două ori. Acordul conduce, de asemenea, la oferirea unor servicii suplimentare consumatorilor. Interzicerea vânzărilor pasive este o restricționare gravă conform regulamentului de exceptare a înțelegerilor verticale și poate fi considerată indispensabilă doar în circumstanțe excepționale. Poziția pe piață deținută de firma T și natura obligațiilor impuse acesteia indică faptul că acesta nu este un caz excepțional. Interzicerea vânzărilor active, pe de altă parte, este de natură a fi o restricționare indispensabilă. Firma T, cel mai probabil, nu va dori să vândă și să promoveze produsele firmei P dacă distribuitorii din alte zone vor putea vinde în mod activ în zona reprezentând piața de desfacere pentru firma T, beneficiind astfel de eforturile sale. Aceasta cu atât mai mult cu cât firma T distribuie și mărci concurente și astfel are posibilitatea de a promova și de a se concentra mai mult asupra unor mărci ce nu sunt expuse acestui pericol.

- Firma S este un producător de băuturi răcoritoare carbogazoase cu o cotă de piață de 40%. Concurentul următor are o cotă de piață de 20%. Firma S încheie contracte de aprovizionare cu clienți ce reprezintă 25% din cererea de pe piață, în timp ce aceștia se obligă să cumpere numai de la firma S timp de 5 ani. Firma S încheie și alte acorduri cu alți clienți, reprezentând 15% din cererea de pe piață, și acestora le acordă discounturi de target trimestriale dacă achiziționează cantități peste un anumit target fixat. Firma S susține că aceste acorduri îi dau posibilitatea să anticipeze cererea mult mai bine și astfel să facă o mai bună planificare a producției, reducând costurile de depozitare, costurile de finanțare a stocurilor și evitând problemele de furnizare. Având în vedere poziția pe piață a firmei S și puterea combinată de acoperire a restricționărilor, acestea sunt foarte puțin probabil a fi considerate indispensabile. Obligația de cumpărare exclusivă excedează ceea ce este necesar în scopul planificării producției și acest lucru este valabil și în cazul schemei de discounturi de target. Predictibilitatea cererii se poate realiza și prin mijloace mai puțin restrictive. Firma S poate, de exemplu, să ofere stimulente clienților, în scopul de a-i determina să solicite cantități mai mari la o singură comandă, prin intermediul rabaturilor de cantitate sau prin rabaturi pentru clienții care fac comenzi ferme în avans, solicitând livrarea la o anumită dată ulterioară.

3.4. Asigurarea pentru consumatori a unui avantaj corespunzător celui obținut de părțile la o anumită înțelegere

3.4.1. Prevederi generale

80. În conformitate cu condiția prevăzută la lit. b) a art. 5 alin. (2) din lege, consumatorilor trebuie să li se asigure un avantaj corespunzător celui realizat de părțile la o anumită înțelegere restrictivă. Analiza îndeplinirii acestei condiții se bazează pe constatarea că efectele pozitive prevalează asupra celor negative ori sunt suficiente pentru a compensa restrângerea concurenței provocată de respectiva înțelegere restrictivă [condiția prevăzută la lit. a) a art. 5 alin. (2) din lege].

81. Conceptul de consumator cuprinde toți utilizatorii direcți sau indirecti ai produselor ce fac obiectul contractelor, incluzând producătorii care folosesc aceste produse în scopul unor prelucrări ulterioare, angrosiștii, detailiștii, consumatorii finali. Cu alte cuvinte, consumatori, în sensul art. 5 alin. (2) din lege, sunt clienții părților la înțelegere și următorii cumpărători. Acești clienți pot fi agenți economici, ca în cazul cumpărătorilor unor mașini industriale sau unor inputuri, în vederea unor procesări ulterioare, sau consumatorii finali, cum este cazul cumpărătorilor de biciclete sau de înghețată.

82. Conceptul de avantaj corespunzător celui realizat de părțile la respectiva înțelegere presupune ca beneficiile transferate către consumatori să compenseze cel puțin impactul negativ, actual sau probabil, asupra lor, ca urmare a restricționărilor de concurență care intră sub incidența art. 5 alin. (1) din lege. În concordanță cu scopul art. 5 din lege de a preveni înțelegerile anticoncurențiale, efectul net al înțelegerii trebuie să fie cel puțin neutru din punctul de vedere al consumatorilor direct sau indirect afectați de aceasta. Dacă acești consumatori sunt afectați negativ ca

urmare a înțelegerii, condiția prevăzută la lit. b) a art. 5 alin. (2) din lege nu este îndeplinită. Efectele pozitive ale înțelegerii asupra consumatorilor trebuie să compenseze efectele negative și doar atunci când se întâmplă acest lucru consumatorii nu sunt prejudiciați de respectiva înțelegere. Mai mult, întreaga societate beneficiază acolo unde efectele pozitive conduc fie la a produce cu mai puține resurse, fie la obținerea unor produse mai valoroase, cu efectul unei mai mari eficiențe în alocarea resurselor.

83. Nu este necesar să se transfere consumatorilor o parte corespunzătoare din fiecare tip de efect pozitiv despre care s-a discutat la condiția prevăzută la art. 5 alin. (2) lit. e) din lege. Este de ajuns să li se asigure consumatorilor suficiente avantaje, astfel încât acestea să compenseze efectele negative ale înțelegerii restrictive. În acest caz consumatorii obțin un avantaj corespunzător celui realizat de părțile la respectiva înțelegere. Dacă o înțelegere restrictivă este posibil să conducă la practicarea unor prețuri mai mari, consumatorii trebuie să fie compensați pe deplin printr-o calitate mult mai bună a produselor sau prin alte beneficii. Dacă nu se întâmplă așa, condiția prevăzută la lit. b) a art. 5 alin. (2) din lege nu este îndeplinită.

84. Factorul decisiv este impactul total asupra consumatorilor pe care îl au produsele ce aparțin pieței relevante și nu impactul asupra fiecărui individ consumator. În unele cazuri este necesară o anumită perioadă de timp înainte ca beneficiile să se materializeze și până atunci o înțelegere restrictivă poate avea numai efecte negative. Faptul că avantajele sunt transferate consumatorilor cu o anumită întârziere nu exclude aplicarea art. 5 alin. (2) din lege. Oricum, cu cât este mai mare întârzierea, cu atât mai mari trebuie să fie avantajele care să compenseze și acele pierderi suferite de consumatori în perioada care a precedat materializarea lor.

85. În scopul analizei din perspectiva condiției prevăzute la lit. b) a art. 5 alin. (2) din lege trebuie luat în considerare faptul că valoarea avantajelor pentru consumatori în viitor nu este aceeași cu valoarea din prezent a acestora. Valoarea economisirii a 100 euro astăzi este mai mare decât valoarea economisirii aceleiași sume un an mai târziu. Un avantaj viitor pentru consumatori nu compensează pe deplin o pierdere prezentă de aceeași valoare nominală. Pentru a se putea face o comparație potrivită între o pierdere prezentă și un viitor câștig, valoarea viitorului câștig trebuie să fie depreciată. Rata de depreciere aplicată trebuie să reflecte rata inflației, dacă există, și dobânda pierdută ca o indicație pentru valoarea mai mică a viitorului câștig. 86. În alte cazuri o anumită înțelegere dă părților posibilitatea să obțină beneficii mai devreme decât ar fi de așteptat. În asemenea circumstanțe este necesar să se ia în considerare posibilul impact negativ asupra consumatorilor, pe piața relevantă, odată ce această perioadă de timp "în avans" este depășită. Dacă prin intermediul înțelegerii restrictive părțile obțin poziții puternice pe piață, acest lucru le dă posibilitatea să practice prețuri semnificativ mai mari decât în situația în care acest lucru nu s-ar fi întâmplat. Pentru ca cea de-a doua condiție prevăzută la art. 5 alin. (2) din lege să fie îndeplinită, beneficiul consumatorilor materializat prin accesul mai devreme la produsele ce fac obiectul înțelegerii trebuie să fie la fel de semnificativ ca și câștigul părților. Acesta poate fi cazul unei înțelegeri care dă posibilitatea ca 2 producători de anvelope să scoată pe piață cu 3 ani mai devreme anvelope noi, substanțial mai sigure din punct de vedere tehnic, dar în același timp, consolidându-și puterea de piață, ei cresc prețurile cu 5%. În acest caz este foarte probabil că a avea acces mai devreme la produse de o calitate substanțial mai bună să contrabalanseze creșterea de prețuri.

87. Condiția prevăzută la lit. b) a art. 5 alin. (2) din lege încorporează o scală progresivă. Cu cât este mai mare restricționarea concurenței ce intră sub incidența art. 5 alin. (1) din lege, cu atât mai mari trebuie să fie avantajele obținute și transferate consumatorilor. Această abordare implică faptul că, dacă efectele restrictive ale unei înțelegeri sunt limitate, iar efectele pozitive obținute sunt considerabile, este foarte posibil ca o parte corespunzătoare din economiile de cost obținute să fie transferată asupra consumatorilor. De aceea, în asemenea cazuri, în mod normal, nu este necesară o analiză detaliată privind verificarea îndeplinirii condiției prevăzute la lit. b) a art. 5 alin. (2) din lege, demonstrând însă că celelalte condiții prevăzute la art. 5 alin. (2) din lege sunt îndeplinite.

88. Dacă, pe de altă parte, efectele restrictive ale înțelegerii sunt substanțiale și economiile de cost sunt relativ insignifiante, este puțin probabil ca a doua condiție prevăzută la art. 5 alin. (2) din lege să fie îndeplinită. Impactul restricționării asupra concurenței depinde de intensitatea acestei restricții și de gradul de concurență care subzistă ca urmare a înțelegerii.

89. Dacă înțelegerea are atât efecte negative, cât și efecte pozitive substanțiale, atunci se impune o analiză minuțioasă. În astfel de cazuri, în evaluarea acestor efecte, trebuie să se țină cont de faptul că, pe termen lung, concurența stă la baza creșterii eficienței și a inovației. Agenții economici care nu sunt supuși unei presiuni concurențiale efective, precum este situația firmelor aflate în poziție dominantă, sunt mai puțin interesați să mențină sau să crească eficiența activității lor. Cu cât impactul înțelegerii asupra concurenței este mai puternic, cu atât este mai probabil ca, pe termen lung, consumatorii să fie afectați în sens negativ de aceasta.

90. Următoarele două secțiuni descriu mai detaliat cadrul analitic care permite să se evalueze dacă consumatorilor li se asigură avantaje corespunzătoare celor obținute de părțile la o anumită înțelegere restrictivă. Prima secțiune se referă la efectele pozitive generate de economiile de cost, iar cea de-a doua secțiune abordează avantajele de natură calitativă, cum ar fi oferirea de produse noi sau îmbunătățite (efecte pozitive de natură calitativă). Cadrul care a fost elaborat în aceste două secțiuni este deosebit de important în cazurile de înțelegeri restrictive pentru care nu reiese în mod evident faptul că efectele negative prevalează asupra celor pozitive sau invers.

91. În aplicarea principiilor enunțate mai jos Consiliul Concurenței ține cont de faptul că în multe cazuri este dificil de apreciat dacă li se asigură consumatorilor un avantaj corespunzător celui obținut de părți la o anumită înțelegere restrictivă. Agenților economici le revine sarcina de a-și susține argumentele, furnizând Consiliului Concurenței estimări și date, în măsura în care acest lucru este în mod rezonabil posibil, ținând seama de circumstanțele fiecărui caz în parte.

3.4.2. Avantajul consumatorilor și cuantificarea efectelor pozitive generate de economiile de cost și a celor negative

92. În situația în care o piață nu este perfect concurențială, agenții economici pot influența într-o măsură mai mare sau mai mică prețul pieței, modificându-și nivelul producției. Ei pot, de asemenea, să practice discriminări prin preț față de clienții lor.

93. În anumite condiții, economiile de cost conduc la creșterea producției și scăderea prețurilor pentru consumatori. Dacă, în baza acestor economii de cost, agenții economici în cauză aleg să își mărească profiturile prin creșterea nivelului producției, este foarte posibil să se realizeze transferarea către consumatori a acestor economii, prin practicarea unor prețuri mai mici. Pentru evaluarea gradului în care acest lucru chiar se întâmplă și în vederea determinării efectului net al cântăririi efectelor pozitive față de cele negative, în conformitate cu prima condiție prevăzută la art. 5 alin. (2) din lege, următorii factori sunt luați cu precădere în considerare:

- a) caracteristicile și structura pieței;
- b) natura și amploarea efectelor pozitive;
- c) elasticitatea cererii;
- d) gradul restricționării concurenței.

În principiu, toți factorii trebuie luați în considerare. Avându-se în vedere că art. 5 alin. (2) din lege se aplică numai în cazurile în care concurența pe piață este apreciabil restrânsă (a se vedea pct. 23), nu se poate prezuma că gradul de concurență care subzistă ca urmare a înțelegerii va fi suficient pentru a se transfera consumatorilor avantaje corespunzătoare celor obținute de părțile la o anumită înțelegere restrictivă. Totuși, gradul de concurență care subzistă ca urmare a înțelegerii și forma de manifestare a acestei concurențe influențează probabilitatea acestei transferări.

94. Cu cât gradul de restricționare a concurenței este mai redus, cu atât este mai probabil ca agenții economici să încerce să-și crească vânzările prin practicarea unor prețuri mai mici. Dacă agenții economici concurează prin preț și nu se confruntă cu semnificative constrângeri de capacitate, efectele în beneficiul consumatorilor, adică reducerea prețurilor, se fac simțite mult mai repede. În schimb, dacă concurența se exercită în principal în funcție de capacitățile de producție și adaptarea acestor capacități la cererea pieței intervine cu un anumit decalaj, efectele în beneficiul consumatorilor se vor face simțite mult mai lent. Efectele asupra consumatorilor vor interveni, de asemenea, cu întârziere dacă structura pieței este propice înțelegerilor tacite. Dacă agenții economici concurenți sunt în măsură să răspundă în mod similar la o creștere a nivelului producției inițiată de una sau mai multe dintre părțile la o anumită înțelegere, impulsul de a crește producția riscă să fie limitat, cu excepția situației în care avantajul concurențial conferit de obținerea beneficiilor este de așa natură încât să determine agenții economici care le obțin să abandoneze politica comună adoptată pe piață.

95. Natura efectelor pozitive joacă, de asemenea, un rol important. Potrivit teoriei, agenții economici își maximizează profitul la un nivel al producției pentru care venitul marginal este egal cu costul marginal. Venitul marginal înseamnă venitul suplimentar obținut din producerea și vânzarea unei unități suplimentare și costul marginal este reprezentat de variația costurilor totale datorată producției unei unități suplimentare. Se desprinde din acest principiu regula generală că deciziile unui agent economic referitoare la nivelul producției și al prețurilor în scopul maximizării profitului nu sunt determinate de costurile lui fixe (costuri care nu variază în funcție de nivelul producției), ci de costurile variabile (costurile care variază în funcție de nivelul producției). După ce costurile fixe sunt angajate și capacitatea de producție fixată, deciziile referitoare la nivelul producției și al prețurilor sunt determinate în funcție de costurile variabile și de cerere. De exemplu, cazul a două societăți care produc fiecare două produse pe două linii de fabricație funcționând numai cu jumătate din capacitatea lor. Un acord de specializare poate permite ca aceste două societăți să se specializeze în fabricarea unuia dintre cele două produse și să renunțe la a doua linie de fabricație destinată celui alt produs. În același timp, specializarea poate permite celor două societăți să reducă costurile variabile și pe cele de stocare. Numai aceste ultime economii de cost vor sta la baza deciziilor referitoare la nivelul producției și al prețurilor, întrucât acestea vor influența costurile marginale de producție. Renunțarea la o linie de fabricație de către fiecare societate nu va reduce costurile lor variabile și nu va avea nici un impact asupra costurilor de producție. Rezultă că fiecare dintre cele două societăți poate avea un interes direct de a transfera către consumatori, sub forma unor prețuri mai mici sau a unei cantități sporite a produselor oferite, efectele pozitive ce rezultă din reducerea costurilor marginale, în timp ce ele nu au același interes direct în legătură cu efectele pozitive care rezultă din reducerea costurilor fixe. Deci, în cazul economiilor de cost, este mult mai probabil să se transfere asupra consumatorilor avantaje corespunzătoare celor obținute de părțile la o anumită înțelegere, ca urmare a reducerii costurilor variabile, decât în cazul reducerii costurilor fixe.

96. Faptul că agenții economici pot avea interesul de a transfera anumite tipuri de reduceri de cost asupra consumatorilor, sub forma unor prețuri mai mici, nu înseamnă că acest transfer se va întâmpla cu o rată de 100%.

Într-adevăr, nivelul ratei de transfer al economiilor de cost asupra consumatorilor depinde de măsura în care aceștia sunt sensibili la prețuri, altfel spus, de elasticitatea cererii. Cu cât este mai mare creșterea cererii datorată unei reduceri de preț, cu atât rata de transfer al economiilor de cost este mai mare. Aceasta se datorează faptului că, cu cât sunt mai mari vânzările suplimentare de produse generate de reducerea de preț (datorită creșterii producției), cu atât este mai probabil ca aceste vânzări să compenseze pierderea de venit generată de prețul mai scăzut. În absența diferențierii prețurilor, scăderea prețurilor afectează toate unitățile de producție vândute de agentul economic, caz în care venitul marginal este inferior prețului obținut pentru o unitate de producție suplimentară. Dacă agenții economici în cauză sunt în măsură să practice prețuri diferite către clienți diferiți, altfel spus, dacă practică discriminări prin preț, de transferul economiilor de cost vor profita numai acei consumatori sensibili la prețuri.

97. De asemenea, trebuie ținut cont de faptul că adesea sporurile de eficiență nu afectează întregul ansamblu al structurii de costuri ale agenților economici în cauză, caz în care impactul asupra prețurilor oferite consumatorilor este redus. De exemplu, dacă un acord permite părților să reducă costurile de producție cu 6%, dar aceste costuri nu reprezintă decât o treime din costurile care stau la baza calculului prețurilor, impactul asupra prețului final este de 2%, în ipoteza că întreaga economie de cost este transferată asupra consumatorilor.

98. În cele din urmă, este necesar și important să se pună în balanță efectele negative ale unei înțelegeri care restricționează concurența și cele pozitive pe care respectiva înțelegere le generează, sub forma economiilor de cost. Pe de o parte, orice creștere a puterii de piață generată de înțelegerea restrictivă conferă agenților economici în cauză abilitatea și interesul de a ridica prețurile. Pe de altă parte, economiile de cost obținute ca urmare a respectivei înțelegeri creează premisa ca agenții economici în cauză să ia decizii de scădere a prețurilor (a se vedea pct. 95). A pune în balanță efectele pozitive și cele negative ale unei înțelegeri restrictive și a stabili dacă consumatorilor li se asigură un avantaj corespunzător celui obținut de părțile la respectiva înțelegere presupune raportarea la o scală progresivă. Dacă înțelegerea antrenează o reducere substanțială a concurenței pe piață, cu atât mai mari sunt economiile de cost necesar a fi obținute pentru a putea fi transferate asupra consumatorilor suficiente avantaje.

3.4.3. Avantajul consumatorilor și cuantificarea efectelor pozitive de natură calitativă și a celor negative

99. Consumatorii pot beneficia și de efecte pozitive de natură calitativă, cum ar fi o gamă de produse noi sau cu caracteristici îmbunătățite, care aduc suficiente avantaje în beneficiul acestora pentru a compensa efectele anticoncurențiale ale înțelegerii, inclusiv creșterea prețurilor.

100. Acest tip de analiză presupune o judecată de valoare. Este dificil să se atribuie o valoare precisă efectelor pozitive de această natură. Oricum, obiectivul fundamental al acestei analize rămâne același, și anume acela de a stabili efectul total al unei înțelegeri restrictive asupra consumatorilor, pe piața relevantă. Agenții economici care invocă beneficiul prevăzut la art. 5 alin. (2) din lege trebuie să demonstreze faptul că li se asigură consumatorilor suficiente avantaje care să compenseze eventualele efecte negative resimțite de aceștia ca urmare a unei înțelegeri restrictive (a se vedea pct. 54 și 83).

101. Oferirea pe piață a unor produse noi sau îmbunătățite constituie o sursă importantă a bunăstării consumatorilor. Cât timp beneficiile de această natură ce decurg dintr-o anumită înțelegere restrictivă excedează inconvenientelor menținerii sau creșterii prețului ca efecte ale înțelegerii în cauză, se poate considera că existența respectivei înțelegeri avantajează mai mult consumatorii decât absența acesteia și că este îndeplinită condiția prevăzută la lit. b) a art. 5 alin. (2) din lege. În cazurile în care respectiva înțelegere este posibil să aibă ca efect pe piața relevantă o creștere a prețurilor, trebuie să se examineze cu atenție dacă preconizatele efecte pozitive creează o valoare reală pentru consumatorii de pe această piață, astfel încât să compenseze efectele negative ale restricționării concurenței.

3.5. Neeliminarea concurenței

102. Conform condiției prevăzute la lit. d) a art. 5 alin. (2) din lege, înțelegerea, decizia luată de o asociație de agenți economici sau practică concertată nu trebuie să dea agenților economici ori asociațiilor de agenți economici în cauză posibilitatea de a elimina concurența de pe o parte substanțială a pieței produselor sau serviciilor la care se referă. Protecția competiției și a procesului concurențial are prioritate față de potențialele efecte pozitive care ar putea rezultă ca efecte ale unei înțelegeri restrictive. Condiția prevăzută la lit. d) a art. 5 alin. (2) din lege subliniază faptul că rivalitatea dintre agenții economici constituie un motor indispensabil al eficienței economice, incluzând aici și eficiențele dinamice, cum ar fi inovația. Altfel spus, obiectivul de bază al art. 5 din lege constă în protecția procesului de concurență. Atunci când concurența este eliminată, efectele pozitive pe termen scurt sunt contracarate de pierderile pe termen lung ce decurg, inter alia, ca urmare a investițiilor angajate de agentul economic pentru a-și menține poziția pe piață, a unei alocări ineficiente a resurselor, a diminuării inovației sau a creșterii prețurilor.

103. Conceptul eliminării concurenței de pe o parte substanțială a pieței produselor sau serviciilor la care se referă o anumită înțelegere restrictivă este un concept autonom al legislației concurenței și este propriu art. 5 alin. (2) din lege. În cazul aplicării acestui concept, este necesar să se țină cont de relația care există între art. 5 și 6 din lege. Aplicarea art. 5 alin. (2) din lege nu poate împiedica aplicarea art. 6 din lege. Mai mult, cum art. 5 și 6 din lege urmăresc amândouă scopul de a menține concurența pe piață, pentru coerență se dorește ca art. 5 alin. (2) din lege să fie interpretat în sensul de a nu se aplica dispozițiile sale unor înțelegeri restrictive care constituie o formă de manifestare a unui abuz de poziție dominantă. Totuși, nu toate înțelegerile restrictive încheiate de un agent economic aflat în poziție dominantă constituie o formă de manifestare a acestei puteri de piață. Acesta este, de

exemplu, cazul în care un agent economic ce deține o poziție dominantă este parte la o societate în comun ce nu funcționează la întreaga capacitate și care restricționează concurența, dar în același timp implică și o integrare substanțială a activelor.

104. Dacă concurența este eliminată în sensul condiției prevăzute la lit. d) a art. 5 alin. (2) din lege depinde de gradul de concurență care exista înainte de asumarea respectivei înțelegeri restrictive și de impactul acesteia asupra concurenței, adică gradul de restricționare a concurenței indus de înțelegerea în cauză. Cu atât mai ușor va acționa o restricționare (prevăzută într-o anumită înțelegere) în sensul eliminării concurenței de pe o parte substanțială a pieței relevante în cauză, cu cât concurența ce se manifesta pe piață înainte de asumarea respectivei înțelegeri era mai slabă. Mai mult, cu cât este mai mare gradul de restricționare a concurenței generat de o anumită înțelegere, cu atât mai mare este probabilitatea eliminării concurenței de pe o parte substanțială a pieței relevante în cauză.

105. Aplicarea condiției prevăzute la lit. d) a art. 5 alin. (2) din lege necesită o analiză realistă a diferitelor surse de concurență de pe piață, a nivelului restricțiilor de concurență impuse părților înțelegerii și a impactului înțelegerii asupra acestor constrângeri. Trebuie luate în considerare atât concurența actuală, cât și cea potențială.

106. Deși cotele de piață sunt relevante, importanța surselor de concurență nu poate fi apreciată numai pe baza acestora. Se impune o analiză calitativă și cantitativă mai detaliată și trebuie examinate capacitatea și interesul de a concura al agenților economici prezenți pe aceeași piață relevantă. De exemplu, dacă anumiți agenți economici se confruntă cu constrângeri de capacitate sau înregistrează costuri de producție mai ridicate, posibilitatea lor de a reacționa la presiuni concurențiale va fi limitată.

107. În evaluarea impactului unei înțelegeri, este important să se examineze, de asemenea, influența sa asupra diverselor forme de manifestare a concurenței. Condiția de exceptare prevăzută la lit. d) a art. 5 alin. (2) din lege nu este îndeplinită dacă înțelegerea în cauză elimină cele mai importante forme de manifestare a concurenței, cum ar fi cazul în care o înțelegere elimină concurența prin preț sau concurența prin diversitatea și inovația ofertei.

108. Comportamentul părților pe piață poate ajuta la stabilirea impactului unei anumite înțelegeri. Dacă după încheierea înțelegerii părțile aplică și mențin substanțiale creșteri de preț sau adoptă un alt comportament care denotă existența unei puteri de piață considerabile, se poate concluziona că părțile la respectiva înțelegere nu se confruntă cu reale presiuni concurențiale și că pe o parte substanțială a pieței relevante în cauză concurența este eliminată.

109. Interacțiunea concurențială trecută poate, de asemenea, să furnizeze un indiciu al efectelor înțelegerii asupra interacțiunii concurențiale viitoare. Un agent economic poate să elimine concurența în sensul art. 5 alin. (2) din lege, încheind un acord cu un competitor care în trecut nu ar fi acceptat să ia parte la o asemenea înțelegere. O astfel de înțelegere poate influența inițiativele pe piață ale respectivului competitor și, prin aceasta, să înlăture o sursă importantă a concurenței pe piață.

110. În cazurile ce implică produse diferențiate, adică produse care diferă din punctul de vedere al consumatorilor, impactul unei înțelegeri poate depinde de relațiile de concurență dintre produsele vândute de părțile înțelegerii. Atunci când agenții economici oferă produse diferențiate, presiunile concurențiale pe care fiecare dintre aceste produse îl exercită asupra celuilalt diferă în funcție de gradul de substituibilitate dintre ele. De aceea, este important să se determine care este gradul de substituibilitate dintre produsele oferite de părți, cu alte cuvinte să se determine care este presiunea concurențială pe care aceste produse o exercită unul asupra celuilalt. Cu cât produsele oferite de părțile la înțelegere sunt într-o măsură mai mare substituibile, cu atât este mai mare posibilul efect restrictiv al înțelegerii. Altfel spus, cu cât este mai mare gradul de substituibilitate între produse, cu atât mai mare este probabila restricționare a concurenței indusă de respectiva înțelegere și cu atât este mai probabil să fie eliminată concurența de pe o parte substanțială a pieței relevante în cauză.

111. Dacă sursele de concurență existente la momentul analizei sunt în general cele mai importante, pentru că sunt cel mai ușor de constatat și verificat, trebuie de asemenea luate în considerare sursele de concurență potențială. Evaluarea acestora din urmă necesită o analiză a barierelor la intrare cu care se confruntă agenții economici care doresc să intre pe piața în cauză. Afirmațiile părților care declară că barierele la intrarea pe piață sunt joase trebuie să fie susținute de informații care să identifice sursele de concurență potențială. De asemenea, părțile trebuie să demonstreze modul în care acestea constituie o presiune concurențială reală asupra părților.

112. În aprecierea barierelor la intrarea pe piață și a posibilității reale de penetrare de o manieră semnificativă a pieței, este relevant să se examineze, inter alia, următoarele aspecte:

- a) gradul de reglementare al pieței, din punctul de vedere al modului în care acesta influențează intrarea pe o anumită piață;
- b) costul intrării, înțelegându-se costurile nerecuperabile, adică acele costuri pe care nou-venitul nu va putea să le recupereze, dacă în cele din urmă acesta se retrage de pe piață. Cu cât costurile nerecuperabile sunt mai mari, cu atât mai mare este riscul comercial pentru nou-intrații pe piață;
- c) scara minimă de eficiență în sectorul în cauză, adică nivelul producției pentru care costurile medii sunt minimizate. Dacă scara minimă de eficiență este mare raportată la mărimea pieței, o intrare eficientă presupune riscuri și costuri mult mai mari;

d) competitivitatea nou-intraților. O intrare reușită pe o anumită piață este cea mai probabilă atunci când noii competitori au acces la tehnologii cel puțin la fel de performante ca cele ale operatorilor deja existenți sau beneficiază de alte avantaje care le permit să concureze eficient. Dacă noii competitori se află la același nivel tehnologic sau la unul inferior în raport cu operatorii deja existenți pe piața în cauză și nici nu beneficiază de nici un avantaj concurențial semnificativ, atunci intrarea pe piață este mai riscantă și mai puțin reușită;

e) poziția cumpărătorilor și capacitatea lor de a aduce pe piață surse noi de concurență. Este mai puțin important faptul că anumiți cumpărători puternici sunt în măsură să obțină de la părțile unei înțelegeri condiții mai avantajoase decât o pot face concurenții lor mai slabi. Prezența unor cumpărători puternici nu poate servi decât pentru a contracara o primă concluzie de eliminare a concurenței, dacă există probabilitatea ca aceștia să faciliteze intrarea pe piață a unor noi competitori;

f) reacția probabilă a concurenților deja existenți față de tentativele de intrare pe piață a unor noi concurenți. Astfel, prin comportamentul lor anterior, unii dintre operatorii deja existenți pe o anumită piață și-au dezvoltat o reputație de comportament agresiv, care va avea impact asupra deciziilor viitoare de a intra sau nu pe acea piață;

g) perspectivele economice ale sectorului în cauză pot fi un indicator asupra atractivității pe care acesta o reprezintă pe termen lung. Într-adevăr, sectoarele care stagnează sau sunt în declin sunt mai puțin atractive pentru nou-veniți decât sectoarele caracterizate de un ritm de creștere;

h) gradul de penetrare al pieței în trecut sau absența oricărui intrări.

113. Principiile de mai sus pot fi ilustrate prin exemplele următoare, care sunt simple ipoteze și nu au ca scop să fixeze limite:

- Societatea A este o fabrică de bere care deține o cotă de 70% din piața relevantă, luând în calcul vânzările de bere în cafenele și alte locații. În cursul ultimilor 5 ani, societatea A și-a mărit cota sa de piață, care fusese inițial de 60%. Mai există alți 4 concurenți pe piață, B, C, D și E, cu cote de 10%, 10%, 5% și 5%. Nici un alt concurent nu a intrat pe piață recent și modificările de preț aplicate de societatea A au fost în general urmate și de concurenții săi. Societatea A a încheiat acorduri cu parteneri reprezentând 20% din sectorul cafenelelor și locațiilor tip alimentație publică și care însumează 40% din vânzările realizate pe această piață, în virtutea cărora părțile contractante se angajează să cumpere bere în exclusivitate de la societatea A pe o perioadă de 5 ani. Aceste înțelegeri conduc la o creștere a costurilor și o diminuare a profiturilor concurenților săi, cărora li s-a interzis astfel accesul pe o piață importantă de desfacere. Ținându-se cont de poziția societății A pe piață, care s-a consolidat în cursul anilor precedenți, de absența intrării pe piață a unui concurent nou și de poziția deja slabă a concurenților, este foarte probabil că va fi eliminată concurența de pe piață în sensul art. 5 alin. (2) din lege.

- Societățile de transport maritim A, B, C și D, care dețin împreună mai mult de 70% din piața relevantă, încheie o înțelegere în temeiul căreia acestea convin să-și coordoneze programele și tarifele. Ca urmare a aplicării acestei înțelegeri, prețurile cresc între 30% și 100%. Există alți 4 concurenți, dintre care cel mai important deține în jur de 14% din piața relevantă. Nu a existat nici o intrare nouă pe piață în cursul ultimilor ani și părțile înțelegerii nu au pierdut cote semnificative de piață ca urmare a creșterilor de preț. Ținându-se cont de poziția pe piață a părților la respectiva înțelegere și de absența reacției concurenților față de comportamentul acestora, se poate concluziona că părțile înțelegerii nu sunt supuse la presiuni concurențiale reale și că înțelegerea le dă posibilitatea să elimine concurența în sensul art. 5 alin. (2) din lege.

- Societatea A este un producător de aparate electrice pentru uz profesional care deține o cotă de 65% din piața relevantă. Societatea B este un producător concurent care deține 5% din piață și a dezvoltat un nou tip de motor care este mai puternic și are un consum mai mic de electricitate. Societățile A și B încheie o înțelegere în temeiul căreia convin să creeze o societate în comun de producție pentru fabricarea acestui motor nou. Societatea B se angajează să acorde o licență exclusivă acestei societăți în comun. Aceasta reunește tehnologia nouă a societății B și procesul eficient de fabricație și de control al calității al societății A. Există un alt mare concurent, care deține 15% din piață, și există și societatea C, un important producător internațional de aparate electrice concurente, care deține tehnologii eficiente și care până în prezent nu a operat pe piața relevantă, deoarece această afacere implică o prezență locală și un service postvânzare oferit clienților. Un alt concurent a cărui cotă de piață este de 5% este preluat de societatea C. Datorită acestei achiziții, societatea C are acces la rețeaua de service de care avea nevoie ca să penetreze această piață. Intrarea societății C înseamnă de fapt că nu se elimină concurența de pe o parte substanțială a pieței în cauză, ca urmare a înțelegerii convenite între societățile A și B.

4. Dispoziții finale

114. Prezentele instrucțiuni transpun dispozițiile Comunicării Comisiei Europene referitoare la Instrucțiunile de aplicare a art. 81 paragraful (3) din Tratatul CE, publicate în Jurnalul Oficial al Uniunii Europene (JOUE) nr. C 101 din 27 aprilie 2004.

115. Prezentele instrucțiuni se pun în aplicare prin ordin al președintelui Consiliului Concurenței și se publică în Monitorul Oficial al României, Partea I.
