

Комисијата за заштита на конкуренцијата согласно член 28 став (3), а во врска со член 7 од Законот за заштита на конкуренцијата („Службен весник на Република Македонија “ бр 145/10 и 136/11) на седница одржана на ден 29.03.2012 година ги донесе следните

Насоки

за примената на член 7 став (3) од Законот за заштита на конкуренцијата

1. ВОВЕД

1. Членот 7 став (3) од Законот за заштита на конкуренцијата („Службен весник на Република Македонија “ бр 145/10 и 136/11) содржи исклучок од правилото содржано во член 7 став (1) од Законот за заштита на конкуренцијата (во понатамошниот текст: Закон) кое на претпријатијата им служи како одбрана во некои склучи кога претходно е утврдена повреда на членот 7 став (1) од Законот. Договорите, одлуките на здруженијата на претпријатија и договорените практики ¹ опфатени со член 7 став (1) кои ги исполнуваат условите од член 7 став (3) од Законот, се важечки и применливи при што не е потребно претходно решение на Комисијата за заштита на конкуренцијата (во понатамошниот текст: Комисија).
2. Членот 7 став (3) од Законот може да се примени во поединечни случаи или за видови на договори и договорени практики преку Уредбите за групно изземање ².
3. Овие насоките воспоставуваат аналитичка рамка за примената на членот 7 став (3) од Законот. Целта е да се развие методологија за примената на оваа одредба од Законот за заштита на конкуренцијата.
4. Стандардите содржани во овие насоки мора да бидат применети во согласност со околностите специфични за секој засебен случај. Ова исклучува механичка примена. Секој случај мора да биде проценет врз основа на неговите факти и насоките мора да се применат разумно и флексибилно.

2. ОПШТА РАМКА НА ЧЛЕНОТ 7 ОД

¹ Во понатамошниот текст поимот „договор“ опфаќа договорени практики и одлуки на здруженија на претпријатија

² Уредбите за групно изземање се достапни на web страната на Комисијата за заштита на конкуренцијата www.kzk.gov.mk

ЗАКОНОТ

2.1. Законски одредби

5. Членот 7 став (1) од Законот ги забранува сите договори склучени помеѓу претпријатија, одлуките на здруженијата на претпријатија и усогласеното однесување чија цел или последица е спречување, ограничување или нарушувањето на конкуренцијата ³.
6. Како исклучок на ова правило, членот 7 став (3) од Законот утврдува дека забраната содржана во членот 7 став (1) од Законот може да се прогласи за неприменлива во случајот на договори кои што придонесуваат кон подобрувањето на производството или дистрибуцијата на стоки или кон унапредувањето на техничкиот или економскиот развој, под услов од тоа да имаат сразмерна корист и потрошувачите, а кои што не им наметнуваат на засегнатите претпријатија ограничувања кои што не се неопходни за постигнувањето на тие цели и кои не им овозможуваат на тие претпријатија елиминирање на конкуренцијата во значителен обем за производите кои се во прашање.
7. Договорите кои се опфатени со членот 7 став (1) од Законот и кои не ги исполнуваат условите на членот 7 став (3) од Законот се сметаат за забранети, при што не е потребно претходно решение на Комисијата ⁴. Договорите кои се опфатени со членот 7 став (1) од Законот но кои ги исполнуваат условите од член 7 став (3) од Законот не се забранети, без да се бара претходно решение за таа цел. Таквите договори се важечки и применливи од моментот кога ќе бидат исполнети условите од членот 7 став (3) од Законот и се дури член 7 став (3) од Законот се применува.
8. Според тоа, оценката според членот 7 од Законот се состои од два дела. Првиот чекор е да се процени дали некој договор помеѓу претпријатија, има анти-конкурентна цел или пак постоечки или потенцијални ⁵ анти-конкурентни ефекти. Вториот чекор кој е релевантен само доколку се утврди дека некој договор ја ограничува конкуренцијата, е да се одредат про-конкурентните ефекти кои произлегуваат од тој договор, и да се процени дали овие про-конкурентните ефекти преовладуваат над анти-конкурентните ефекти. Рамнотежата помеѓу анти-конкурентните ефекти и про-конкурентните ефекти се спроведува исклучиво во рамките утврдени со членот 7 став (3) од Законот.
9. Оценката на можните компензациски придобивки согласно член 7 став (3) од Законот неизбежно бара претходно одредување на ограничувачката природа и влијанието на договорот. За да се разбере членот 7 став (3) од Законот во неговиот правилен контекст, соодветно е накратко да се претстави целта и основната содржина на правилото за забрана утврдено со членот 7 став (1) од Законот. Уредбите содржат суштински насоки за примената на член 7 став (1) од Законот кај различните типови на договори.

2.2. Правилото за забрана од член 7 став (1) од Законот

³ Во понатамошниот текст поимот „ограничување“ опфаќа спречување и нарушување на конкуренцијата

⁴ Според член 7 став (2) од Законот овие договори автоматски се ништовни

⁵ Член 7 став (1) од Законот ги забранува и постојните и потенцијалните анти-конкурентски ефекти

2.2.1. Општи забелешки

10. Целта на членот 7 од Законот е да се заштити конкуренцијата на пазарот како средство за зајакнување на благосостојбата на потрошувачот и за осигурување на ефикасно распределување на ресурсите.
11. Правилото за забрана од членот 7 став (1) од Законот се применува на ограничувачки договори и договорени практики помеѓу претпријатијата како и одлуките на здруженијата на претпријатија доколку тие би можеле да имаат влијание врз пазарната конкуренција. Општиот принцип во основата на членот 7 став (1) од Законот е дека секој економски оператор мора независно да ја определи политиката која тој има намера да ја усвои на пазарот. Во овој поглед, Законот за заштита на конкуренцијата ги има дефинирано „договорите“, „одлуките“ и „усогласеното однесување“ како правни концепти кои овозможуваат да се направи разлика помеѓу едностраното однесување на некое претпријатие и координација на однесување или колузија помеѓу претпријатија. Едностраното однесување е предмет само на членот 11 од Законот.
12. Типот на координација на однесување или колузија помеѓу претпријатијата што спаѓа во делокругот на членот 7 став (1) од Законот е дека во случај кога најмалку едно претпријатие усвојува одредено однесување на пазарот *vis-à-vis* друго претпријатие, или пак како резултат на контакти помеѓу нив, несигурноста за нивното однесување на пазарот е отстранета или барем значително намалена. Следствено, координацијата може да биде во форма на обврски кои го регулираат однесувањето на пазарот на најмалку една од страните како и за аранжмани кои имаат влијание врз однесувањето на пазарот на најмалку една од страните со предизвикување на измена во нивните иницијативи. Не е задолжително координацијата да биде во интерес на сите засегнати претпријатија. Координацијата, исто така, не мора да биде изречна. Таа може и да биде премолчена. За некој договор да може да се смета дека бил склучен со премолчено прифаќање, мора да постои покана од едно до друго претпријатие, без разлика дали е изречна или имплицирана, за исполнување на некоја заедничка цел.
13. Договорите помеѓу претпријатијата се опфатени со правилото за забрана утврдено во членот 7 став (1) од Законот кога е веројатно дека тие ќе имаат значително негативно влијание врз параметрите на конкуренцијата на пазарот, како што се цените, вкупното производство, квалитетот на производот, разновидноста на производите и иновацијата. Договорите може да имаат вакво влијание со тоа што значително ќе го намалат ривалството помеѓу договорните страни или помеѓу нив и трети страни.

2.2.2. Основните принципи за оценка на договорите врз основа на членот 7 став (1) од Законот

14. Оценката, дали договорот ја ограничува конкуренцијата, мора да се направи во суштински контекст во кој конкуренцијата би постоела во отсуство на договор со неговите наводни ограничувања. При ваквата оценка, потребно е да се земе во предвид веројатното влијание на договорот врз конкуренцијата помеѓу брендови (т.е. конкуренцијата помеѓу снабдувачите на конкурентски

брендови) и на конкуренцијата во рамките на еден бренд (т.е. конкуренцијата помеѓу дистрибутерите на истиот бренд). Членот 7 став (1) од Законот забранува ограничувања и на конкуренцијата помеѓу брендови и на конкуренцијата во рамките на еден бренд.

15. Со цел да се оцени дали некој договор или неговите посебни делови може да ја ограничат конкуренцијата помеѓу брендови и/или конкуренцијата во рамките на еден бренд, треба да се земе предвид како и до кој степен договорот има влијание или дали би можел да има влијание врз конкуренцијата на пазарот. Следниве две прашања даваат корисна рамка за вршење на оваа оценка. Првото прашање се однесува на влијанието на договорот врз конкуренцијата помеѓу брендови, додека второто прашање се однесува на влијанието на договорот врз конкуренција во рамките на еден бренд. Бидејќи ограничувањата може да имаат влијание и на конкуренцијата помеѓу брендови и на конкуренцијата во рамките на еден бренд истовремено, може да е потребно да се анализира ограничувањето во смисла на двете прашања пред да се заклучи дали конкуренцијата е ограничена во рамките на значењето на членот 7 став (1) од Законот.

(1) Дали договорот ја ограничува постојната или потенцијалната конкуренција која би постоела и без договорот? Доколку е така, договорот може да потпадне под членот 7 став (1) од Законот. Во вршењето на оваа оценка, потребно е да се земе предвид конкуренцијата помеѓу страните и конкуренцијата од трети страни. На пример, кога снабдувачот наметнува обврски на неговите дистрибутери да не продаваат конкурентни производи и овие обврски исклучуваат пристап на трети страни на пазарот, постојната или потенцијалната конкуренција која би постоела во отсуство на договорот, е ограничена. При процената дали договорните страни се реални или потенцијални конкуренти, мора да се земе предвид економскиот и правниот контекст. На пример, доколку поради вклучените финансиски ризици и техничките капацитети на страните не е веројатно, врз основа на објективните фактори, секоја страна да биде во можност да ги спроведе сопствените активности опфатени со договорот, тогаш се смета дека страните не се конкуренти во однос на таа активност. Тогаш, страните треба да презентираат доказ во врска со тоа.

(2) Дали договорот ја ограничува постојната или потенцијалната конкуренција која би постоела во отсуство на договорни ограничување(ња)? Доколку е така, договорот може да потпадне под членот 7 став (1) од Законот. На пример, кога снабдувачот ги спречува своите дистрибутери да си конкурираат едни со други, (потенцијалната) конкуренција која би можела да постои помеѓу дистрибутерите во отсуство на ограничувањата, е ограничена. Таквите ограничувања вклучуваат одржување на препродажната цена и ограничувања на продажбата на одредена територија или на одредени потрошувачи, помеѓу дистрибутерите. Меѓутоа, одредени ограничувања во некои случаи може да не потпаднаат под членот 7 став (1) од Законот кога ограничувањето е објективно потребно за постоењето на некој договор од тој тип или природа. Таквото исклучување од примената на членот 7 став (1) од Законот може да се направи само врз основа на објективни фактори кои не се поврзани со самите страни, а не поради субјективните гледишта и карактеристики на страните. Прашањето не е дали страните во нивната конкретна ситуација не би прифатиле да склучат помалку ограничувачки договор, туку дали, земајќи ја предвид природата на договорот и карактеристиките на пазарот, помалку ограничувачки договор немало да се склучи помеѓу претпријатијата во слично опкружување. На

пример, територијалните ограничувања во договорот помеѓу снабдувач и дистрибутер може извесен временски период да не потпаѓаат под членот 7 став (1) од Законот, доколку ограничувањата се објективно потребни за дистрибутерот да може да влезе на нов пазар. На сличен начин, забраната наметната на сите дистрибутери да не продаваат на одредени категории на крајни корисници може да не е ограничувачка за конкуренцијата доколку таквото ограничување е објективно потребно поради причини поврзани со безбедноста или здравјето во врска со опасната природа на предметниот производ. Тврдењата дека во отсуство на ограничување снабдувачот би прибегнал кон вертикална интеграција не се доволни. Одлуките за тоа дали да се изврши вертикална интеграција или пак не, зависи од голем број на комплексни економски фактори, од кои голем број се интерни за конкретното претпријатието.

16. Во примената на аналитичката рамка утврдена во претходниот став, мора да се земе предвид дека членот 7 став (1) од Законот прави разлика помеѓу оние договори кои за цел имаат ограничување на конкуренцијата и оние договори чија последица е ограничување на конкуренцијата. Некој договор или договорно ограничување ќе бидат забранети со членот 7 став (1) од Законот доколку нивната цел или последица е да се ограничи конкуренцијата помеѓу брендovите и/или конкуренцијата во рамките на еден бренд.
17. Разликата помеѓу ограничувањата според целта и ограничувањата според последица е важна. Откако ќе се утврди дека некој договор има за своја цел ограничување на конкуренцијата, нема потреба да се земаат предвид неговите конкретни влијанија. Поинаку кажано, при примената на членот 7 став (1) од Законот не треба да се докажат реални анти-конкурентни влијанија доколку договорот има за цел ограничување на конкуренцијата. Членот 7 став (3) од Законот од друга страна пак, не прави разлика помеѓу договори кои ја ограничуваат конкуренцијата според целта и договори кои ја ограничуваат конкуренцијата според последицата. Членот 7 став (3) од Законот се однесува на сите договори кои ги исполнуваат четирите критериуми содржани во истиот член.
18. Ограничувања на конкуренцијата според целта се оние кои според нивната природа имаат потенцијал за ограничување на конкуренцијата. Овие се ограничувања кои во поглед на целите на правилата за конкуренција имаат толку висок потенцијал за негативни влијанија врз конкуренцијата, што при употребата на членот 7 став (1) од Законот се смета за непотребно да се докажат некои реални влијанија на пазарот. Оваа претпоставка се заснова на сериозната природа на ограничувањето и на искуството кое покажува дека ограничувањата на конкуренцијата според цел имаат голема веројатност да произведат негативни влијанија на пазарот и да ги загрозат целите содржани во правилата за конкуренција. Ограничувањата според цел како што се фиксирање на цените и поделба на пазарот го намалуваат производство и ги зголемуваат цените, што води до неправилно распределување на ресурсите, бидејќи стоките и услугите за кои има побарувачка од потрошувачите не се произведуваат. Тие исто така водат кон намалување на благосостојбата на потрошувачот, бидејќи потрошувачите треба да платат повисоки цени за предметните стоки и услуги.
19. Оценката дали некој договор има за цел ограничување на конкуренцијата се заснова на неколку фактори. Овие фактори особено ја вклучуваат содржината на договорот и целта која се настојува да се постигне со него. Исто така, може да се јави потреба да се земе предвид контекстот во кој (ќе) се применува договорот и вистинското однесување на страните на пазарот. Поинаку кажано, може да биде потребно испитување на фундаменталните факти на договорот и

специфичните околности во кои тој делува, пред да се заклучи дали одредено ограничување претставува ограничување на конкуренцијата според својата цел. Начинот на кој некој договор се спроведува може да открие ограничување според целта дури и кога формалниот договор не содржи изречна одредба за таа цел. Доказот за субјективна намера од страна на договорните страни да се ограничи конкуренцијата е релевантен фактор, но не и задолжителен услов.

20. Неисцрпни насоки за тоа што претставува ограничување според целта може да се најдат во Уредбите за групно изземање. Ограничувањата кои се на 'црната листа' во Уредбите за групно изземање или се идентификуваат како тешки ограничувања, општо земено, според Комисијата за заштита на конкуренцијата претставуваат ограничувања според цел. Во случај на хоризонтални договори, ограничувањата на конкуренцијата според целта вклучуваат фиксирање на цените, ограничување на производството и поделба на пазарот и потрошувачите. Што се однесува до вертикалните договори, категоријата на ограничувања според целта вклучуваат особено одржување на фиксни и минимални препродажни цени и ограничувања кои обезбедуваат апсолутна територијална заштита, вклучувајќи ги и ограничувањата на пасивната продажба.
21. Доколку некој договор не ја ограничува конкуренцијата според својата цел, мора да се испита дали има ограничувачки влијанија врз конкуренцијата. Мора да се води сметка и за постоечките како и за потенцијалните влијанија. Со други зборови, договорот мора да има веројатни анти-конкурентни влијанија. Во случајот на ограничувања на конкуренцијата според последица, нема претпоставка за анти-конкурентните влијанија. За еден договор да се смета за ограничувачки според последицата, мора да има влијание врз постоечката или потенцијалната конкуренција до тој степен што на релевантниот пазар негативните влијанија врз цените, производството, иновацијата или разновидноста или квалитетот на стоките и услугите, може да се очекуваат со разумен степен на веројатност⁶. Таквите негативни влијанија мора да бидат значителни. Правилото за забрана утврдено во членот 7 став (1) од Законот не се применува кога утврдените анти-конкурентни влијанија се незначителни⁷. Овој тест го отсликува економскиот пристап кој Комисијата за заштита на конкуренцијата го применува. Забраната утврдена со член 7 став (1) од Законот се применува само кога врз основа на соодветна анализа на пазарот може да се заклучи дека договорот има веројатни анти-конкурентни влијанија на пазарот. За таков наод, не е доволно само да се утврди дека пазарниот удел на страните ги надминува праговите кои се дефинирани во Уредбата за договори од мало значење (*de minimis*). Договорите кои не се опфатени со Уредбите за групно изземање може да подпаднат под член 7 став (1) од Законот но ова не е случај секогаш. Исто така, фактот дека поради пазарниот удел на страните, договорот не е опфатен со Уредбите за групно изземање сам по себе е недоволна основа за наод дека договорот потпаѓа под член 7 став (1) од Законот или дека не ги исполнува условите од членот 7 став (3) од Законот. Задолжителна е индивидуална оценка на веројатните последици предизвикани од договорот.

⁶ Не е доволен фактот што договорот ја ограничува слободата на дејствување на една или повеќе од договорните страни. Ова е во согласност со фактот дека целта на член 7 е да се заштити конкуренцијата на пазарот во корист на потрошувачите.

⁷ Уредбата за договори од мало значење на Комисијата се однесува за договори кои незначително ја ограничуваат конкуренцијата согласно член 7 став (1) од Законот. Оваа уредба ја дефинира значителноста во негативен контекст. Договорите кои потпаѓаат надвор од примена на оваа уредба, не мора да значи дека имаат значително ограничувачки ефекти. Потребна е индивидуална оценка.

22. Негативните влијанија врз конкуренцијата во рамките на релевантниот пазар веројатно ќе се случат кога страните, поединечно или заеднички имаат или добиваат одреден степен на пазарна моќ и договорот придонесува кон создавање, одржување или зајакнување на таа пазарна моќ или им овозможува на страните да ја искористат таквата пазарна моќ. Пазарна моќ е способноста да се одржуваат цените над конкурентните нивоа во текот на значителен временски период или да се одржува производството во услови на количина на производот, квалитет на производот и разновидноста или иновацијата, под конкурентните нивоа во текот на значителен временски период. На пазарите со високи фиксни трошоци претпријатијата мора да наплаќаат значително над нивните маргинални производствени трошоци со цел да се обезбеди конкурентен поврат на нивната инвестиција. Фактот што претпријатијата наплаќаат значително над нивните маргинални производствени трошоци не е сам по себе знак дека конкуренцијата на пазарот не функционира добро и дека претпријатијата имаат пазарна моќ која им дозволува да наплаќаат над конкурентното ниво. Кога ограничувањата на конкуренцијата се недоволни за да се одржат цените и производството на конкурентно ниво, претпријатијата имаат пазарна моќ во рамките на значењето на членот 7 став (1) од Законот.
23. Создавањето, одржувањето или зајакнувањето на пазарната моќ може да произлезе од ограничување на конкуренцијата помеѓу страните во договорот. Исто така, може да биде и резултат на ограничување на конкуренцијата помеѓу која било од страните и трета страна, на пример, бидејќи договорот води до исклучување на конкурентите или бидејќи ги зголемува трошоците на конкурентите, ограничувајќи го нивниот капацитет да се натпреваруваат ефективно со договорните страни. Пазарната моќ е прашање на степен. Степенот на пазарна моќ која нормално се бара за да се утврди повреда на членот 7 став (1) од Законот во случајот на договори кои ја ограничуваат конкуренцијата според последица, е помал од степенот на пазарна моќ кој се бара за да се утврди доминантна позиција според членот 10 од Законот.
24. Со цел да се анализираат ограничувачките ефекти на договорот, обично е потребно да се дефинира релевантниот пазар⁸. Исто така, нормално е да се испита и оцени, помеѓу другото, и природата на производите, пазарната позиција на страните, пазарната позиција на конкурентите, пазарната позиција на купувачите, постоењето на потенцијални конкуренти и нивото на влезните бариери. Меѓутоа, во некои случаи е можно да се покажат анти-конкурентни влијанија директно преку анализирање на однесувањето на страните на договорот на пазарот. На пример, може да се докаже со сигурност дека некој договор довел до зголемување на цените.

2.2.3. Ограничувања директно поврзани и неопходни за спроведување на договорот (Дополнителни ограничувања)

25. Ставот 15 погоре поставува рамка за анализа на влијанието на некој договор и на неговите поединечни ограничувања на конкуренцијата помеѓу брендови и на конкуренцијата во рамките на еден бренд. Доколку врз основа на тие принципи се заклучи дека главната трансакција опфатена со договорот не ја ограничува конкуренцијата, станува релевантно да се испита дали

⁸ Види Насоки на Комисијата за дефинирање на релевантен пазар за целите на Законот за заштита на конкуренцијата

поединечните ограничувања содржани во договорот се исто така во согласност со членот 7 став (1) од Законот бидејќи тие се дополнителни ограничувања на главната неограничувачка трансакција.

26. Во правото за конкуренцијата, концептот на дополнителни ограничувања (ancillary restraints) ги опфаќа сите потенцијални ограничувања на конкуренцијата кои се директно поврзани и неопходни за спроведувањето на главната неограничувачка трансакција и се пропорционални на неа. Доколку некој договор во неговите главни делови, на пример, договор за дистрибуција или заедничко вложување, нема за своја цел или последица ограничување на конкуренцијата, тогаш ограничувањата, кои се директно поврзани и неопходни за спроведување на таа трансакција, исто така не потпаѓаат под членот 7 став (1) од Законот. Овие поврзани ограничувања се нарекуваат дополнителни ограничувања. Некои ограничувања е директно поврзано со главната трансакција доколку е подредено на спроведувањето на таа трансакција и нераздвојно е поврзано со неа. Тестот за неопходност имплицира дека ограничувањето мора да биде објективно потребно за спроведување на главната трансакција и да биде пропорционално со неа. Оттука следи дека тестот за дополнителните ограничувања е сличен со тестот опишан погоре во ставот 15. Меѓутоа, тестот за дополнителните ограничувања се применува во сите случаи кога главната трансакција не ја ограничува конкуренцијата. Тој не е ограничен на утврдување на влијанието на договорот на конкуренцијата во рамките на еден бренд.
27. Примената на концептот на дополнително ограничување мора да се разграничи од примената на одбраната според членот 7 став (3) од Законот кој е поврзан со одредени економски придобивки како резултат на ограничувачки договори и кои се урамнотежени наспроти ограничувачките влијанија на договорите. Примената на концептот на дополнително ограничување не вклучува мерење на про-конкурентните и анти-конкурентните ефекти. Таквото урамнотежување е резервирано за членот 7 став (3) од Законот.
28. Оценката на дополнителните ограничувања се однесува само на утврдување дали во конкретниот контекст на главната неограничувачка трансакција или активност, одредено ограничување е потребно за спроведување на таа трансакција или активност и дали е пропорционално со неа. Доколку врз основа на објективни фактори се утврди дека без ограничувањето, главната неограничувачка трансакција би било тешко или невозможно да се спроведе, ограничувањето може да се смета како објективно потребно за спроведувањето и пропорционално со неа. Доколку, на пример, главната цел на договор за франшиза не ја ограничува конкуренцијата, тогаш ограничувањата кои се неопходни за правилно функционирање на договорот, како на пример обврски насочени кон заштита на еднообразноста и репутацијата на системот на франшиза исто така не потпаѓаат под членот 7 став (1) од Законот. На сличен начин, доколку некое заедничко вложување само по себе не ја ограничува конкуренцијата, тогаш ограничувањата кои се неопходни за функционирањето на договорот се сметаат за дополнителни на главната трансакција и според тоа не спаѓаат под член 7 став (1) од Законот.

2.3. Правилото на исклучок утврдено во член 7 став (3) од Законот

29. Оценката на ограничувањата според цел и последица според член 7 став (1) од Законот е само една страна од анализата. Другата страна која е отсликана во членот 7 став (3) од Законот е оценката на позитивните економски ефекти на ограничувачките договори.

30. Целта на правилата за заштита на конкуренцијата е да се заштити конкуренцијата на пазарот како средство за зголемување на благосостојбата на потрошувачот и осигурување на ефикасна распределба на ресурсите. Договорите кои ја ограничуваат конкуренцијата може истовремено да имаат про-конкурентни ефекти преку придобивки на ефикасност. Ефикасностите може да креираат дополнителна вредност преку намалување на трошоците на производство, подобрување на квалитетот на производот или создавањето на нов производ. Кога про-конкурентните ефекти ги надминуваат анти-конкурентните ефекти на договорот, тој се смета за про-конкурентен и е во согласност со целите на правилата за заштита на конкуренција. Крајниот ефект на таквите договори е да се промовира суштината на конкурентскиот процес, имено да се придобијат потрошувачи преку понуда на подобри производи или подобри цени од оние понудени од конкурентите. Оваа аналитичка рамка е отсликана во член 7 став (1) од Законот и член 7 став (3) од Законот. Второспоменатата одредба изречно искажува дека ограничувачките договори може да создадат објективни економски придобивки со цел да се надминат негативните влијанија од ограничувањето на конкуренцијата.

31. Примената на правилото на исклучок утврдено со членот 7 став (3) од Законот е предмет на четири кумулативни услови, два позитивни и два негативни:

(а) Договорот мора да придонесува за унапредување на производството или дистрибуцијата на добрата или да придонесе кон промовирање на техничкиот или економскиот развој,

(б) Потрошувачите мора да имаат сразмерна корист од поволностите кои произлегуваат од договорот,

(в) Ограничувањата мора да бидат неопходни за постигнување на овие цели, и конечно

(г) Договорот не смее да им овозможи на страните да ја елиминираат конкуренцијата во значителен обем за производите кои се во прашање.

Кога овие четири услови се исполнети, договорот ја зајакнува конкуренцијата во рамките на релевантниот пазар, бидејќи води кон тоа засегнатите претпријатија да им понудат поевтини или подобри производи на потрошувачите, компензирајќи им за негативните ефекти од ограничувањата на конкуренцијата.

32. Членот 7 став (3) од Законот може да се примени и на поединечни договори или на категории на договори преку Уредбите за групно изземање. Примената на членот 7 став (3) од Законот на категории на договори преку Уредби за групно изземање се заснова на претпоставката дека ограничувачките договори кои спаѓаат под нивен делокруг, ги исполнува сите четири услови содржани во член 7 став (3) од Законот.

33. Доколку во некој случај, договорот потпаѓа под членот 7 став (1) од Законот и условите на членот 7 став (3) од Законот не се исполнети, групното изземање може да биде повлечено.

3. ПРИМЕНАТА НА ЧЕТИРИТЕ УСЛОВИ ОД ЧЛЕН 7 СТАВ (3) ОД ЗАКОНОТ

34. Остатанатиот дел од овие упатства ќе ги земе предвид четирите услови од членот 7 став (3) од Законот. Имајќи во предвид дека овие четири услови се кумулативни, не е потребно да се испитаат какви било дополнителни услови откако ќе се утврди дека еден од условите дефинирани со членот 7 став (3) од Законот не е исполнет. Во поединечни случаи може да е соодветно да се земат предвид четирите услови по различен редослед.
35. За целите на овие насоки, се смета за соодветно да се измени редоследот на вториот и третиот услов и според тоа, прашањето за неопходност да се разгледува пред прашањето за пренесувањето врз потрошувачите. Анализата на пренесување бара урамнотежување на негативните и позитивните ефекти на договорот врз потрошувачите. Оваа анализа не треба да ги вклучува влијанијата на какви било ограничувања, кои веќе спаѓаат во тестот за неопходност и кои поради таа причина се забранети со членот 7 од Законот.

3.1. Општи принципи

36. Членот 7 став (3) од Законот станува релевантен само ако некој договор помеѓу претпријатија ја ограничува конкуренцијата во рамките на значењето на член 7 став (1) од Законот. Во случајот на неограничувачки договори, нема потреба да се испитаат придобивките создадени со договорот.
37. Кога во определен случај е докажано постоење на ограничување на конкуренцијата според членот 7 став (1) од Законот, тогаш договорните страни може да се повикаат на членот 7 став (3) од Законот во одбрана. Товарот на докажување дека се исполнети условите од член 7 став (3) од Законот паѓа на претпријатието(та) кои се повикува(ат) на оваа одредба. Онаму каде условите на членот 7 став (3) од Законот не се исполнети, договорот е ништовен и неважечки (член 7 став (2) од Законот). Меѓутоа, таквата автоматска ништовност се однесува само на оние делови од договорот кои не се во согласност со членот 7 од Законот, доколку таквите делови можат да се одвојат од договорот како целина.
38. Според законодавството, четирите услови на членот 7 став (3) од Законот се кумулативни, односно, мора да бидат сите исполнети за правилото на исклучок да биде применливо. Доколку не се, примената на правилото за исклучок од членот 7 став (3) од Законот мора да биде одбиена. Четирите услови на членот 7 став (3) од Законот исто така се исцрпни. Кога тие се исполнети, исклучокот е применлив и не може да биде зависен од ниеден друг услов.
39. Оценката според членот 7 став (3) од Законот на придобивките од ограничувачки договори во принцип се врши во границите на секој релевантен пазар на кој се однесува договорот. Правилата за заштита на конкуренцијата имаат за цел заштита на конкуренцијата на пазарот и не може да бидат одделени од оваа цел. Исто така, условот дека потрошувачите мора да имаат сразмерна корист од придобивките имплицира, општо земено, дека ефикасностите креирани со ограничувачкиот договор на релевантниот пазар мора да бидат доволни за да ги надвладаат негативните ефекти предизвикани од договорот на истиот релевантен пазар. Негативните влијанија врз потрошувачите на еден географски пазар или пазар на некој производ не може да се распределат или да се компензираат со позитивните ефекти врз потрошувачите

во друг неповрзан географски пазар или друг пазар на производ. Меѓутоа, кога двата пазари се поврзани, ефикасностите кои се постигнати на посебни пазари може да се земат предвид доколку се работи за истата група на потрошувачи која е засегната од ограничувањето и која ги користи придобивките од ефикасноста. Всушност, во некои случаи само потрошувачите во надолниот пазар се засегнати од договорот во кој случај влијанието на договорот врз таквите потрошувачи мора да биде проценето. Ова е на пример случај со договорите за купување.

40. Оценката на ограничувачките договори според член 7 став (3) од Законот се врши во конкретниот контекст во кој се појавуваат и врз основа на фактите кои постојат во кој било даден временски момент. Оценката е чувствителна на материјални измени во фактите. Правилото за исклучок утврдено со членот 7 став (3) од Законот се применува се дури четирите услови се исполнети и престанува да се применува кога тоа веќе не е случај. Кога се применува членот 7 став (3) од Законот во согласност со овие принципи, потребно е да се земат предвид неповратно извршените инвестиции направени од некоја од страните и потребното време и бараните ограничувања за да се изврши и поврати ефикасно зголемена инвестиција. Членот 7 од Законот не може да се примени без да се земе предвид таквата *ex ante* инвестиција. Ризикот со кој се соочени страните и неповратните инвестиции кои мора да се извршат за да се спроведе договорот може да води до тоа договорот да не потпаѓа под членот 7 став (1) од Законот или да ги исполни условите на членот 7 став (3) од Законот, што би можело да биде случај, за временскиот период кој е потребен да се поврати инвестицијата.
41. Во некои случаи, ограничувачкиот договор е неповратен настан. Откако ограничувачкиот договор бил спроведен, *ex ante* ситуацијата не може повторно да се воспостави. Во такви случаи, оценката мора да се направи исклучиво врз основа на фактите што постоеле во времето на спроведувањето. На пример, во случајот на договор за истражување и развој при што секоја од страните се согласува да го напушти нејзиниот истражувачки проект и да ги спои своите капацитети со тие на другата страна, од објективна гледна точка може да биде технички и економски невозможно да се обнови некој проект откако бил напуштен. Оценката на анти-конкурентните и про-конкурентните ефекти од договорот за да се напуштат индивидуалните истражувачки проекти, мора да се направи во момент на завршување на спроведувањето. Доколку во тој момент договорот е во согласност со членот 7 од Законот, на пример бидејќи доволен број трети страни имаат конкурентни проекти за истражување и развој, договорот на страните да ги напуштат нивните поединечни проекти е во согласност со членот 7 од Законот, дури и ако подоцна, проектите на третите страни се неуспешни. Меѓутоа, забраната утврдена во член 7 од Законот може да се однесува на други делови од договорот во однос на кој не се покренува прашањето на неповратност. Доколку на пример, покрај заедничко истражување и развој, договорот овозможува и заедничко искористување, членот 7 од Законот може да се примени за тој дел од договорот доколку поради следствени случувања на пазарот договорот стане ограничувачки за конкуренцијата и (повеќе) не ги исполнува условите од членот 7 став (3) од Законот соодветно земајќи ги предвид *ex ante* неповратните извршени инвестиции.
42. Членот 7 став (3) од Законот не исклучува *a priori* одредени типови на договори од неговиот делокруг. Во принцип, сите ограничувачки договори кои ги исполнуваат четирите услови на член 7 став (3) од Законот се опфатени со правилото за исклучок. Меѓутоа, не е веројатно дека сериозните ограничувања на конкуренцијата би ги исполниле условите од членот 7 став (3) од Законот. Таквите ограничувања обично се на црната листа во Уредбите за групно

изземање. Договорите од оваа природа обично не ги исполнуваат (најмалку) првите два услови од членот 7 став (3) од Законот. Тие ниту создаваат објективни економски придобивки ниту пак се во корист на потрошувачите. На пример, хоризонтален договор за фиксирање на цените го ограничува производството и резултира со неправилна распределба на ресурси. Исто така, тој ја пренесува вредноста од потрошувачите на производителите, бидејќи води кон повисоки цени без да создаде компензациона вредност за потрошувачите на релевантниот пазар. Исто така, овие типови на договори општо земено не го исполнуваат тестот за неопходност според третиот услов.

43. Секое тврдење дека ограничувачките договори се оправдани бидејќи имаат за цел обезбедување на фер услови за конкуренција на пазарот, по својата природа е неосновано и мора да биде отфрлено. Целта на членот 7 од Законот е да се заштити ефективната конкуренција преку обезбедување дека пазарите остануваат отворени и конкурентни. Заштитата на фер услови за конкуренција е задача на законодавецот во согласност со Законот а не на претпријатијата самите да се регулираат.

3.2. Прв услов од член 7 став (3) од Законот: Придобивки од ефикасност

3.2.1. Општи забелешки

44. Според првиот услов од член 7 став (3) од Законот, ограничувачкиот договор мора да придонесе за унапредување на производството или дистрибуцијата на добрата или услугите или пак кон промовирање на техничкиот или економскиот развој.
45. Во принцип, само објективните придобивки може да се земат предвид. Тоа значи дека ефикасноста не се оценува според субјективно мислење на страните. Заштедите од трошоците кои настанале од самото постоење на пазарната моќ од страните, не може да се земат предвид. На пример, кога претпријатијата се согласиле да ги фиксираат цените или да ги поделат пазарите, тие го намалуваат производството, а со тоа и трошоците за производство. Намалената конкуренција може исто така да води и кон помали продажби и трошоци за маркетинг. Таквото намалување на трошоците е директна последица од намалувањето на производството и вредноста. Намалувањето на трошоците за кои станува збор не резултира со про-конкурентни ефекти врз пазарот. Всушност, тоа не води кон создавање вредност преку интеграцијата на средствата и активностите. Тие единствено им овозможуваат на засегнатите претпријатија да ги зголемат своите профити и според тоа, тоа е ирелевантно од аспект на член 7 став (3) од Законот.
46. Целта на првиот услов од член 7 став (3) од Законот е да се дефинираат типовите на придобивки од ефикасноста кои може да се земат предвид и кои може да бидат предмет на понатамошните тестирања на вториот и третиот услов од член 7 став (3) од Законот. Целта на анализата е да се утврди кои се објективните придобивки кои произлегуваат од договорот, како и да се утврди економската важност на таквата ефикасност. Со оглед на фактот што според членот 7 став (3) од Законот про-конкурентните ефекти мора да ги надвлееат анти-конкурентните ефекти од договорот, неопходно е да се утврди врската која постои помеѓу договорот и ефикасностите кои страните тврдат дека ќе се постигнат, како и која е вредноста на тие ефикасности.

47. Сите ефикасности за кои страните тврдат дека ќе се постигнат мора да бидат докажани за да може да се утврди следното:
- (а) Природата на ефикасностите за кои страните тврдат дека ќе се постигнат
 - (б) Врската помеѓу договорот и ефикасностите;
 - (в) Веројатноста и интензитетот на секоја ефикасност за која страните тврдат дека ќе ја постигнат; и
 - (г) Како и кога секоја ефикасност за која страните тврдат дека ќе ја постигнат, може да се оствари.
48. Горенаведената потточка (а) му овозможува на лицето кое донесува одлуки да провери дали ефикасностите за кои страните тврдат дека ќе ги постигнат, по природа се објективни, (погоре став 45).
49. Горенаведената потточка (б) му овозможува на лицето кое донесува одлуки да провери дали постои доволна причинска врска помеѓу ограничувачкиот договор и ефикасностите за кои страните тврдат дека ќе ги постигнат. Овој услов вообичаено подразбира ефикасностите да произлегуваат од економската активност која е предмет на договорот. Таквите активности може на пример да се однесуваат на дистрибуција, лиценцирање на технологијата, заедничко производство или заедничко истражување и развој. Во онаа мера во која договорот има поголеми ефекти за подобрување на ефикасноста во рамките на релевантниот пазар, на пример бидејќи резултира со намалување на големите трошоци на индустријата, овие дополнителни придобивки исто така може да се земат предвид.
50. Причинската врска помеѓу договорот и ефикасностите за кои страните тврдат дека ќе ги постигнат, мора вообичаено да биде директна. Тврдењата кои се засновани на индиректни ефекти според општото правило се сметаат за премногу несигурни и премногу резервирани за да се земат предвид. Директната причинска врска постои на пример кога еден договор за трансфер на технологија им овозможува на носителите на лиценцата да произведуваат нови или подобрени производи, или пак кога еден договор за дистрибуција дозволува производитите да бидат дистрибуирани по пониска цена или пак да се нудат корисни услуги. Како пример за индиректен ефект би можело да се посочи некоја ситуација кога страните тврдат дека ограничувачкиот договор им дозволува на засегнатите претпријатија да ги зголемат своите профити, притоа овозможувајќи им да инвестираат повеќе во истражување и развој со цел потрошувачите да се здобијат со повеќе придобивки. Доколку постои врска помеѓу профитабилноста и истражувањето и развојот, сепак општо земено, оваа врска не е доволно директна за да се земе предвид во контекст на членот 7 став (3) од Законот.
51. Потточките (в) и (г) му овозможуваат на лицето кое донесува одлуки да ја потврди вредноста на ефикасностите за кои страните тврдат дека ќе ги постигнат, кои во контекстот на третиот услов од член 7 став (3) од Законот мораат да се балансираат со анти-конкурентните ефекти од договорот, види го долунаведениот став 96. Со оглед на тоа што членот 7 став (1) од Законот се применува само во случаи кога договорот би имал веројатни негативни ефекти врз конкуренцијата и потрошувачите (се претпоставува дека таквите ефекти ќе се јават во случај на тешки ограничувања), ефикасностите за кои страните тврдат дека ќе ги постигнат, мора да бидат докажани за да може да бидат потврдени. Недокажаните тврдења се отфрлаат.
52. Во случај на трошковни ефикасности за кои страните тврдат дека ќе ги постигнат, претпријатијата кои се повикуваат на предностите од членот 7 став (3) од Законот мора да ја пресметаат или

проценат вредноста на ефикасностите на најпрецизен и најреален начин и да опишат детално како е пресметан износот. Тие исто така треба да го опишат методот(ите) преку кои ефикасностите се или ќе бидат остварени. Податоците кои се доставуваат мора да бидат поткрепени со цел да постои доволен степен на сигурност дека ефикасностите се материјализирале или најверојатно ќе се материјализираат.

53. Во случај кога ефикасностите за кои страните тврдат дека ќе ги постигнат се јавуваат во облик на нови или подобрени производи и други ефикасности кои не се засновани на трошоци, претпријатијата кои се повикуваат на предностите од членот 7 став (3) од Законот мора детално да ја опишат и објаснат природата на ефикасноста, како и на кој начин и зошто таа претставува објективна економска придобивка.
54. Во случаи кога договорот сè уште не е целосно спроведен, страните мора да ги поткрепат сите проценки до денот кога ефикасноста ќе стане оперативна, со цел да резултира со значително позитивно влијание врз пазарот.

3.2.2. Различни категории на ефикасности

55. Видовите ефикасности утврдени во членот 7 став (3) од Законот се широки категории чија цел е да ги опфатат сите објективни економски ефикасности. Постои значително преклопување помеѓу различните категории наведени во членот 7 став (3) од Законот и истиот договор може да предизвика неколку видови ефикасности. Според тоа неможе да се утврдат јасни и цврсти разграничувања помеѓу различните категории. За целите на овие насоки се прави разграничување помеѓу трошкова ефикасност и ефикасност од квалитативна природа, каде вредноста е оформена во облик на нови или подобрени производи, поголем асортиман на производи, итн.
56. Општо земено, ефикасностите произлегуваат од интегрирањето на економските активности каде претпријатијата ги комбинираат своите средства со цел да го постигнат она што самите не биле во можност ефикасно да го постигнат или пак претпријатијата му доверуваат задачи на друго претпријатие, кои задачи токму тоа друго претпријатие може поефикасно да ги изврши.
57. Процесот на истражување и развој, производство и дистрибуција може да се разгледува како вредносен синџир кој може да се подели на повеќе етапи. Во рамките на секоја етапа од овој синџир претпријатието мора да избере помеѓу индивидуално извршување на активност, извршување на активност заедно со друго(и) претпријатие(ја) или доверување на активност целосно на друго(и) претпријатие(ја).
58. Во секој случај кога направениот избор опфаќа соработка со друго претпријатие на пазарот, вообичаено треба да се склучи договор во рамките на значењето на членот 7 став (1) од Законот. Овие договори може да бидат вертикални, како во случаи кога страните се активни на различни нивоа од вредносниот синџир, или хоризонтални - во случаи кога фирмите делуваат на истото ниво од вредносниот синџир. И двете категории на договори може да резултираат со ефикасности на тој начин што ќе им дозволат на засегнатите претпријатија да извршат одредена задача по пониска цена или со повисока додадена вредност за потрошувачите. Таквите договори може исто така да содржат или да доведат до ограничувања на конкуренцијата и во таков случај

правилото за забрана утврдено во членот 7 став (1) од Законот и правилото на исклучок утврдено во членот 7 став (3) од Законот може да станат релевантни.

59. Долунаведените видови ефикасности се единствено примери и не се исцрпни.

3.2.2.1. Ефикасности поврзани со трошоците (трошковна ефикасност)

60. Трошковните ефикасности кои произлегуваат од договорите помеѓу претпријатијата може да потекнуваат од многубројни различни извори. Еден особено важен извор за заштеда на трошоците е развојот на нови производствени технологии и методи. Општо земено, најголемиот потенцијал за заштеда на трошоците се достигнува кога ќе се направат технолошки скокови. На пример, воведувањето на монтажна лента води кон значително намалување на трошоците за производството на моторни возила.

61. Уште еден особено значаен извор на ефикасност се синергиите кои произлегуваат од интегрирањето на постоечките средства. Кога страните на договорот ги комбинираат своите сопствени средства, тие можеби ќе успеат да ја постигнат комбинацијата на трошок/производство која вообичаено не би ја постигнале. Комбинирањето на две постоечки технологии кои имаат комплементарни карактеристики може да ги намали трошоците за производство или пак да доведе до производство на производ со повисок квалитет. На пример, може да се случи производствените капацитети на фирмата А да имаат големо производство по час, но за нив да е потребно релативно големо количество сировини по парче готов производ, додека пак производствените капацитети на фирмата Б да имаат помало производство по час, но за нив да е потребно релативно мало количество сировини по парче готов производ. Синергиите настануваат ако при формирањето производствено заедничко вложување (production joint venture), комбинирајќи ги производствените капацитети на А и Б, страните може да достигнат повисоко ниво на производство по час со помало потребно количество сировини по парче готов производ. Слично на ова, ако едно претпријатие направило една етапа од вредносниот синџир најоптимална и ако другото претпријатие направило друга етапа од вредносниот синџир најоптимална, комбинацијата на нивните активности може да води кон пониски трошоци. Фирмата А може на пример да има високо автоматизиран производствен капацитет кој придонесува ниски производни трошоци по парче производ, додека пак фирмата Б развила ефикасен систем за обработка на порачките. Системот овозможува производството да биде скроено во согласност со барањата на потрошувачите, притоа гарантирајќи навремена испорака и намалување на трошоците за складирање и застарување на производите. Преку комбинирање на нивните средства, фирмите А и Б може да постигнат намалување на трошоците.

62. Трошковната ефикасност може исто така да произлезе од економијата од обем, т.е. намалување на цената на парче производ како што се зголемува производството. На пример: инвестирањето во опрема и останати средства честопати треба да се изврши наеднаш. Ако претпријатието не може целосно да ги користи капацитетите, неговите просечни трошоци во тој случај ќе бидат повисоки отколку кога целосно би ги користело капацитетите. На пример, трошоците за возење камион се всушност исти без оглед на тоа дали тој е речиси празен, полупразен или полн. Договорите во рамките на кои претпријатијата ги комбинираат своите логистички активности може да им помогнат да ги зголемат факторите на оптовареноста и да го намалат бројот на

потребни возила. Погolem обем може исто така да овозможи подобра поделба на трудот која би резултирала со пониски трошоци по парче производ. Фирмите може да ја достигнат економијата од обем во однос на сите делови од вредносниот синџир, вклучувајќи го и истражувањето и развојот, производството, дистрибуцијата и маркетингот. Разбирањето на економијата формира сличен вид ефикасност. Како што искуството се стекнува преку користење на одреден вид производствен процес или преку извршување на одреден вид задачи, продуктивноста може да се зголеми бидејќи процесот е направен да се одвива поефикасно или бидејќи задачата се извршува побрзо.

63. Економијата од опсег е уште еден извор на трошковна ефикасност која се јавува кога фирмите ќе постигнат заштеда на трошоците преку производство на различни производи врз основа на истите сировини. Таквата ефикасност може да се јави како резултат на фактот дека истите компоненти и истите средства и персонал може да се искористат за производство на голем асортиман производи. Слично, економијата од опсег може да се јави и кај дистрибуцијата, имено кога неколку видови производи може да се дистрибуираат во истите возила. На пример, еден производител на замрзнати пици и производител на замрзнат зеленчук може да ја применат економијата од опсег преку заедничка дистрибуција на своите производи. И двете групи производи мора да се дистрибуираат во камиони-ладилници и мошне веројатно е да се преклопува и групата на потрошувачи на двата вида производи. Преку комбинирање на своите активности, двајцата производители може да имаат помали трошоци за дистрибуција по дистрибуиран производ.
64. Ефикасноста во облик на намалување на трошоците може исто така да произлезе од договори кои обезбедуваат подобро планирање на производството, намалување на потребата од набавување скап инвентар и обезбедување подобро искористување на капацитетите. Ефикасноста од овој вид може на пример да произлезе од користењето на принципот „навремено“ купување, т.е. обврската на еден добавувач на компоненти постојано да го снабдува купувачот според неговите потреби, и притоа се одбегнува потребата на купувачот да одржува значителни залихи на компоненти, при што секако се јавува ризик од застарување на тие производи. Заштедата на трошоците може исто така да произлезе и од договори кои им овозможуваат на страните да го рационализираат производството преку нивните капацитети.

3.2.2.2. Квалитативна ефикасност

65. Договорите помеѓу претпријатијата може да генерираат различни видови ефикасности со квалитативна природа кои се релевантни за примената на член 7 став (3) од Законот. Во голем број случаи главниот потенцијал во договорот за подобрување на ефикасноста не се однесува на намалувањето на трошоците; станува збор за подобрувања на квалитетот и други видови ефикасности од квалитативна природа. Во зависност од поединечните случаи, таквите ефикасности може според тоа да има еднаква или поголема важност од трошковните ефикасности.
66. Техничкиот и технолошкиот напредок претставува значаен и динамичен дел од економијата кој резултира со значителни придобивки во облик на нови или подобрени добра и услуги. Преку соработката претпријатијата може да постигнат ефикасности кои не би биле можни без ограничувачкиот договор или пак би биле единствено можни со значително одложување или со

повисоки трошоци. Таквите ефикасности претставуваат значаен извор на економски придобивки опфатени во првиот услов од членот 7 став (3) од Законот. Договорите кои може да резултираат со ефикасност од овој вид, се особено, договорите за истражување и развој. На пример, А и Б формираат заедничко вложување за развој и ако е успешен обидот, заедничко производство на гуми со технологија заснована на ќелии. Пукнувањето на една ќелија нема ефект врз останатите ќелии, што значи дека не постои ризик од целосно издишување на гумата во случај таа да е дупната. Според тоа гумата е побезбедна од останатите традиционални видови гуми. Тоа исто така подразбира дека нема потреба од непосредно менување на гумата и според тоа и носење резервна гума. И двата вида ефикасност претставуваат објективни придобивки во рамките на значењето на првиот услов од членот 7 став (3) од Законот.

67. Како што комбинацијата на дополнителни средства може да придонесе кон заштеда на трошоците, комбинацијата на средствата може исто така да создаде синергии кои ќе резултираат со ефикасности од квалитативна природа. Комбинирањето на производствените капацитети може на пример да резултира со производство на производи со повисок квалитет или производи со нови карактеристики. Ова може да биде случај кај договорите за лиценца и договорите за заедничко производство на нови или подобрени добра или услуги. Договорите за лиценца може особено да овозможат побрзо раширување на новата технологија, како и да им овозможат на носителите на лиценцата да понудат нови производи или да ги искористат новите техники за производство кои би воделе кон подобрување на квалитетот. Договорите за заедничко производство овозможуваат побрзо воведување на нови или подобрени производи или услуги на пазарот или пак воведување на тие производи и услуги по пониска цена. Во телекомуникацискиот сектор на пример, договорите за соработка се склучуваат со цел да се создаде ефикасност преку побрзо воведување на нови глобални услуги. Во банкарскиот сектор пак, договорите за соработка кои овозможиле подобрени услуги за прекугранични плаќања исто така се создадени со цел да овозможат ефикасности кои спаѓаат во рамките на првиот услов од членот 7 став (3) од Законот.
68. Договорите за дистрибуција може исто така да придонесат кон квалитативната ефикасност. Специјализираните дистрибутери на пример, може да понудат услуги кои се посоодветни за потребите на потрошувачите, или пак да гарантираат за побрза испорака или подобра обезбедување на квалитетот во рамките на каналот на дистрибуција.

3.3. Трет услов од член 7 став (3) од Законот: Неопходноста на ограничувањата

69. Според третиот услов од член 7 став (3) од Законот, ограничувачкиот договор не смее да наметнува ограничувања кои што не се неопходни за постигнување на ефикасноста која е резултат од конкретниот договор. Овој услов подразбира двостран тест. Како прво, ограничувачкиот договор како таков мора да биде реално неопходен за да се постигне ефикасноста. Како второ, поединечните ограничувања во однос на конкуренцијата кои произлегуваат од договорот, исто така мора да бидат реално неопходни за постигнување на ефикасноста.
70. Во контекст на третиот услов од членот 7 став (3) од Законот, одлучувачкиот фактор се однесува на тоа дали ограничувачкиот договор и поединечните ограничувања овозможуваат да се изврши активноста за која станува збор на поефикасен начин во споредба со ситуацијата кога не би

постоел таков договор или такво ограничување. Прашањето не се однесува на тоа дали во ситуација кога не би постоело ограничување договорот не би бил склучен, туку дали како резултат на постоењето на договорот или ограничувањето се јавува поголема ефикасност во споредба со ситуација кога не би постоел таков договор или такво ограничување.

71. Првиот тест кој се наоѓа во третиот услов од членот 7 став (3) од Законот подразбира ефикасноста да произлегува токму од договорот за кој станува збор, бидејќи не постојат други економски применливи и помалку ограничувачки средства за постигнување на ефикасностите. При извршувањето на горенаведената оценка треба да се земат предвид пазарните услови и деловната реалност со која се соочуваат страните од договорот. Претпријатијата кои се повикуваат на предностите од членот 7 став (3) не мора да ги разгледуваат хипотетичките или теоретските алтернативи. Комисијата за заштита на конкуренцијата нема отпосле да ги погодува деловните одлуки на страните. Таа ќе интервенира единствено во оној момент кога ќе биде разумно јасно дека постојат реални и лесно одржливи алтернативи. Страните мора единствено да објаснат и да докажат зошто таквите очигледно реални и значително помалку ограничувачки алтернативи на договорот би биле значително помалку ефикасни.

72. Имајќи ги предвид околностите за секој поединечен случај, особено е важно да се испита дали страните би можеле да ги постигнат ефикасностите преку друг, помалку ограничувачки вид на договор, и ако случајот е таков, кога би можеле тие да ја постигнат ефикасноста. Може исто така да биде неопходно да се испита дали страните би можеле сами да ја постигнат ефикасноста. На пример, кога ефикасностите за кои страните тврдат дека ќе ги постигнат, имаат облик на намалување на трошоците кое произлегува од економијата од обем или од опсег, засегнатите претпријатија мора да објаснат и потврдат зошто истата ефикасност не би можела да се постигне преку внатрешен раст и конкуренција на цените. При извршувањето на оваа оценка особено важно е меѓу другото да се има предвид што е минимално ниво на ефикасност на пазарот за кој станува збор. Минималното ниво на ефикасност го претставува нивото на производство кое е потребно за да се минимизираат просечните трошоци и за да се исцрпи економијата од обем⁹. Колку е поголемо минималното ниво на ефикасност во споредба со тековната големина на која било од страните на договорот, толку е поверојатно дека ефикасноста ќе биде проценета како специфична за договорот. Кога станува збор за договори кои создаваат значителни синергии преку комбинирањето на дополнителните средства и капацитети, самата природа на ефикасноста води кон претпоставката дека договорот е неопходен за постигнување на таа ефикасност.

73. Овие принципи може да се илустрираат преку следниот хипотетички пример:

А и Б ги комбинираат своите технологии за производство преку заедничко вложување со цел да постигнат поголемо производство и помала потрошувачка на сировини. Заедничкиот влог се однесува на доделување ексклузивна лиценца во однос на нивните соодветни технологии за производство. Страните ги пренесуваат своите постоечки производствени капацитети во рамките на заеднички влог. Тие исто така го пренесуваат и клучниот персонал со цел да овозможат потполно искористување и понатамошно развивање на постоечката економија на знаењето. Проценките се дека овие економии ќе ги намалат трошоците за производство за дополнителни 5%. А и Б независно си го продаваат резултатот од производството од заедничкиот влог. Во овој

⁹ Економиите на обем нормално се исцрпуваат во одреден момент. Потоа просечните трошоци ќе се стабилизираат и евентуално ќе пораснат како резултат, на пример, на ограничувањата на капацитетот и тесните грла

случај неопходниот услов подразбира оценка во однос на тоа дали придобивките би можеле да бидат значително постигнати преку договор за лиценца, за кој се смета дека најверојатно би бил помалку ограничувачки поради тоа што А и Б би продолжиле независно да произведуваат. Според опишаните околности, горенаведеното се чини мошне неверојатно поради тоа што во рамките на договорот за лиценца страните не би ги имале истите доследни и постојани придобивки од нивното соодветно искуство за управување на двете технологии, кое искуство е резултат од економијата на знаењето.

74. Штом ќе се утврди дека договорот за кој станува збор е неопходен за постигнување ефикасност, треба да се оцени неопходноста на секое ограничување на конкуренцијата кое произлегува од договорот. Во контекст на ова, мора исто така да се оцени дали поединечните ограничувања се реално неопходни за постигнување ефикасност. Страните на договорот мора да го поткрепат своето тврдење и во однос на природата на ограничувањето и во однос на неговиот интензитет.
75. Ограничувањето е неопходно ако неговото отсуство ја елиминира или значително ја намали ефикасноста која произлегува од договорот или пак ако значително ги намалува шансите за нејзино материјализирање. При оценувањето на алтернативните решенија мора да се земе предвид фактичкото и потенцијалното подобрување на полето на конкуренцијата доколку се отстрани некое одредено ограничување, или пак доколку се примени помалку ограничувачка алтернатива. Колку е поограничувачко ограничувањето, толку поточен ќе биде тестот предвиден во рамките на третиот услов. Мошне е неверојатно дека ограничувањата кои се ставени на црната листа односно се дефинирани како тешки ограничувања во Уредбите за групно изземање, ќе се сметаат за неопходни.
76. Оценувањето на неопходноста се врши во рамките на фактичкиот контекст каде договорот делува и притоа мора да се земат предвид структурата на пазарот, економските ризици во однос на договорот, како и иницијативите со кои ќе се соочат страните. Колку е понеизвесен успехот на производот кој е предмет на договорот, толку поголемо ограничување е потребно за да се гарантира материјализирањето на ефикасноста. Ограничувањата може исто така да бидат неопходни за изедначувањето на иницијативите на страните, но и за да послужат како гаранција во однос на тоа дека страните ќе ги фокусираат своите напори кон спроведувањето на договорот. Ограничувањето може на пример да биде неопходно со цел да се избегнат проблеми со застој кога некоја од страните ќе изврши значителна неповратна инвестиција. Доколку добавувачот извршил значителна инвестиција која е специфична за односот со одреден потрошувач со цел да му обезбедува сировини на еден потрошувач, и според тоа добавувачот е обврзан кон потрошувачот. Со цел да се одбегне ситуација каде потрошувачот би ја искористувал оваа зависност *ex post* со цел да добие поповолни услови, можеби би било неопходно да се наметне обврска за потрошувачот да не ја купува компонентата од трети страни, или пак да купува минимални количини од компонентата од добавувачот.
77. Во некои случаи ограничувањето може да биде неопходно само за одреден временски период, и во таков случај исклучокот од членот 7 став (3) од Законот би се применувал единствено во рамките на тој временски период. При вршењето на оваа оценка, неопходно е да се земе предвид временскиот период кој е потребен за страните да ја постигнат својата ефикасност преку што би се оправдала примената на правилото на исклучок. Во случаи каде придобивките не може да се достигнат без значителна инвестиција, треба особено да се земе предвид временскиот период кој е потребен за да се обезбеди соодветен повраток на таквата

3.4. Втор услов од член 7 став (3) од Законот: Сразмерна корист за потрошувачите

3.4.1. Општи забелешки

78. Според вториот услов од членот 7 став (3) од Законот, потрошувачите мора да добијат сразмерна корист од ефикасноста која произлегува од ограничувачкиот договор.
79. Концептот „потрошувачи“ ги опфаќа сите директни или индиректни корисници на производите кои се предмет на договорот, вклучувајќи ги и производителите кои ги користат производите како суровина, трговците на големо, трговците на мало и крајните потрошувачи, т.е. физички лица кои делуваат поради причини кои не спаѓаат во рамките на нивниот бизнис или професија. Со други зборови потрошувачите, според член 7 став (3) од Законот се клиентите на страните на договорот и подоцнежните купувачи. Овие потрошувачи може да бидат претпријатија, како на пример купувачи на индустриски машини или суровини за понатамошна обработка, или крајни потрошувачи, како на пример купувачи на сладолед или велосипеди.
80. Концептот „сразмерна корист“ се однесува на тоа дека пренесувањето на придобивките мора да има барем некаква компензација за потрошувачите во однос на фактичкото или веројатното негативно влијание предизвикано како резултат на ограничувањето на конкуренцијата утврдено со членот 7 став (1) од Законот. Во согласност со главната цел на членот 7 од Законот во однос на спречувањето на анти-конкурентните договори, нето ефектот од договорот мора да биде барем неутрален од аспект на оние потрошувачи кои биле директно или веројатно погодени од договорот. Ако некои потрошувачи се наоѓаат во понеповолна состојба по договорот, вториот услов од членот 7 став (3) од Законот не е исполнет. Позитивните ефекти од договорот мора да бидат урамнотежени во однос на неговите негативни ефекти врз потрошувачите, како и да се компензираат со нив. Ако ситуацијата е таква, во тој случај потрошувачите не се оштетени со договорот. Исто така, општеството како целина има придобивки онаму каде ефикасноста води или кон помало искористување на ресурсите за потребното производство, или кон производство на повеќе вредни производи и според тоа и кон поефикасна распределба на ресурсите.
81. Не е задолжително потрошувачите да добијат дел од секоја придобивка од ефикасноста која е утврдена во согласност со првиот услов. Доволно е да се пренесат одредени придобивки кои ќе ги компензираат негативните ефекти од ограничувачкиот договор. Во таков случај потрошувачите добиваат сразмерна корист од вкупните придобивки. Доколку најверојатно ограничувачкиот договор ќе доведе до повисоки цени, потрошувачите мора да добијат целосна компензација во форма на подобрен квалитет или некои други предности. Доколку тоа не се случи, вториот услов од членот 7 став (3) од Законот не е исполнет.
82. Одлучувачкиот фактор се однесува на вкупното влијание врз потрошувачите на производите во рамките на релевантниот пазар, а не на влијанието врз индивидуалните членови од оваа група потрошувачи. Во некои случаи потребен е одреден временски период за да се материјализира ефикасноста. Сè до истекот на тој временски период, договорот може да има само негативни ефекти. Фактот што пренесувањето на потрошувачите се случува во рамките на одреден временски застој само по себе не ја исклучува примената на членот 7 став (3) од Законот. Но

сепак, колку е подолг тој временски застој, толку поголема треба да биде ефикасноста за да компензира и за загубата на потрошувачите која настанала во рамките на временскиот период кој поминал пред извршувањето на пренесувањето.

83. При извршувањето на оваа проценка мора да се земе предвид дека вредноста на добивката за потрошувачите во иднина не е еднаква со сегашната добивка за потрошувачите. Вредноста на заштедата од 100 евра денес е поголема од вредноста на заштедата на истиот износ по една година. Според тоа, добивката за потрошувачите во иднина не ја компензира целосно сегашната загуба на потрошувачите со еднаква номинална вредност. Со цел да се овозможи соодветна споредба на сегашната загуба на потрошувачите со идната добивка на потрошувачите, мора да се намали вредноста на идните добивки. Применетата дисконтна стапка мора да ја одразува стапката на инфлација, доколку постои, и изгубената камата како показател на пониската вредност на идните добивки.
84. Во други случаи договорот може да им овозможи на страните да ја постигнат ефикасноста порано отколку што е вообичаено можно. Во такви околности, неопходно е да се земе предвид веројатното негативно влијание врз потрошувачите во рамките на релевантниот пазар кога ќе застари производот. Ако страните постигнат цврста позиција на пазарот преку ограничувачкиот договор, тие би имале можност да наплатуваат значително повисока цена од онаа која вообичаено би ја наплатувале. За да биде исполнет вториот услов од членот 7 став (3) од Законот, придобивките за потрошувачите во однос на раниот пристап до производите мора да се сметаат за подеднакво важни. Ова може да биде случај кога еден договор може да им овозможи на двајца производители на гуми да внесат на пазарот нова и значително побезбедна гума три години порано, но истовремено преку зголемувањето на нивната пазарна моќ, договорот им дозволува зголемување на цените за 5%. Во ваков случај мошне е веројатно дека раниот пристап до значително подобрен производ ќе го надмине зголемувањето на цената.
85. Вториот услов од членот 7 став (3) од Законот опфаќа лизгачка скала. Колку е поголемо ограничувањето на конкуренцијата кое е утврдено со членот 7 став (1 од Законот), толку поголема треба да биде ефикасноста и пренесувањето на потрошувачите. Овој пристап на лизгачка скала се однесува на тоа дека доколку ограничувачките ефекти од еден договор се релативно ограничени и ефикасностите се значителни, мошне е веројатно дека еден сразмерен дел од заштедата на трошоците ќе им биде пренесен на потрошувачите. Во такви случаи вообичаено не е потребно да се навлегува во подетална анализа на вториот услов од членот 7 став (3) од Законот, под услов да се исполнети останатите три услови за примената на оваа одредба.
86. Од друга страна пак, ако ограничувачките ефекти на договорот се значителни и заштедите на трошоците се релативно незначајни, мошне е неверојатно дека вториот услов од членот 7 став (3) од Законот ќе биде исполнет. Влијанието од ограничувањето на конкуренцијата зависи од интензитетот на ограничувањето и од степенот на конкуренцијата кој останува по истекот на договорот.
87. Доколку договорот има значителни анти-конкурентни ефекти и значителни про-конкурентни ефекти, потребна е внимателна анализа. Во таквите случаи во рамките на процесот на примена на балансирачкиот тест мора да се земе предвид дека конкуренцијата е важен долгорочен двигател на ефикасноста и иновацијата. Претпријатијата кои не се предмет на ефикасните конкурентни

ограничувања, како што се на пример доминантните фирми, имаат помал стимуланс за одржување или зголемување на ефикасноста. Колку е позначително влијанието на договорот врз конкуренцијата, толку е поверојатно дека потрошувачите ќе трпат штети на долгорочно ниво.

88. Следните два дела детално ја опишуваат аналитичката рамка за проценка на пренесувањето на придобивките од ефикасноста на потрошувачите. Првиот дел се осврнува на трошковната ефикасност, додека пак наредниот дел ги опфаќа другите видови ефикасност, како што се новите или подобрените производи (квалитативна ефикасност). Рамката која е развиена во овие два дела е особено важна за случаите каде не е лесно воочливо дека штетите на конкуренцијата ги надминуваат придобивките за потрошувачите, или обратно¹⁰.
89. При примената на долунаведените принципи, Комисијата ќе го има предвид фактот дека во многу случаи навистина е тешко прецизно да се пресмета стапката на пренесување на користа на потрошувачите и другите видови на пренесувања на користа на потрошувачите. Претпријатијата се единствено обврзани да ги докажат своите тврдења преку обезбедување што е можно повеќе проценки и останати податоци, притоа земајќи ги во предвид околностите за секој поединечен случај.

3.4.2. Пренесување и балансирање на трошковната ефикасност

90. Кога пазарите не се совршено конкурентни, како што е и вообичаено, претпријатијата може да извршат поголемо или помало влијание врз пазарната цена преку менување на нивното производство¹¹. Тие може исто така ценовно да ги дискриминираат потрошувачите.
91. Во некои околности трошковната ефикасност може да доведе до зголемување на производството и пониски цени за засегнатите потрошувачи. Доколку како резултат на трошковната ефикасност засегнатите претпријатија може да го зголемат профитот преку зголемување на производството, може да се јави пренесување на потрошувачите. При оценување на степенот до кој трошковната ефикасност би се пренесла на потрошувачите и резултатот од балансирачкиот тест од член 7 став (3) од Законот, особено се земаат предвид следниве фактори:

- (а) Карактеристиките и структурата на пазарот,
- (б) Природата и големината на придобивката од ефикасност,
- (в) Еластичноста на побарувачката, и
- (г) Степенот на ограничување на конкуренцијата.

Сите фактори мора да се земат предвид. Бидејќи член 7 став (3) од Законот се применува само во случаи каде конкуренцијата на пазарот е значително ограничена, не може да се претпостави дека преостанатата конкуренција ќе овозможи потрошувачите да добијат правичен дел од добивките. Сепак, степенот на преостанатата конкуренција на пазарот и видот на конкуренцијата влијае на веројатноста на пренесувањето.

¹⁰ Штетите за конкуренцијата се: повисоки цени, понизок квалитет, помала разновидност или помала иновативност

¹¹ Во совршено конкурентни пазари индивидуалните претпријатија одлучуваат за цените. Тие ги продаваат своите производи по пазарна цена, која зависи од вкупната понуда и побарувачка. Производството на индивидуално претпријатие е толку мало што секоја промена во производството на индивидуалното претпријатие не влијае на пазарната цена

92. Колку е поголем степенот на останатата конкуренција толку се поголеми шансите индивидуалните претпријатија да се обидат да ги зголемат своите продажби со пренесување на трошковната ефикасност. Доколку претпријатијата воглавно си конкурираат со цената а не подлежат на значајни ограничувања на капацитетот, многу брзо може да се јави пренесување. Доколку конкуренцијата се однесува на капацитетот а прилагодувањата на капацитетот се случуваат со одредено задоцнување, пренесувањето ќе се одвива побавно. Пренесувањето исто така ќе биде бавно кога пазарната структура е погодна за премолчена спогодба¹². Доколку конкурентите одлучат да возвратат на порастот на производството од една или повеќе страни од договорот, може да се најдат во искушение да го зголемат производството освен ако конкурентната предност која ја добиле со ефикасноста е таква што засегнатите претпријатија имаат мотив да се отргнат од заедничката политика усвоена на пазарот од страна на членовите на олигополот. Со други зборови, ефикасноста генерирана со договорот може да ги претвори засегнатите претпријатија во таканаречени „претпријатија кои настојуваат да ги нарушат постојните односи на пазарот“¹³.

93. Природата на придобивките од ефикасност исто така игра значајна улога. Според економска теорија, претпријатијата ги максимизираат своите профити преку продажба на единици производи сè до моментот на изедначување на маргиналниот приход со маргиналниот трошок. Маргиналниот приход е промената на вкупниот приход која произлегува од продажба на дополнителна единица на производ, а маргиналниот трошок е промената на вкупните трошоци која произлегува од производството на дополнителната единица на производ. Од ова начело произлегува дека како општо правило производствените и ценовните одлуки на претпријатие кое го максимизира својот профит не се определени од фиксните трошоци на претпријатието (т.е. трошоците кои не се менуваат со стапката на производство) туку според варијабилните трошоци (т.е. трошоците кои се менуваат со стапката на производство). По направените фиксни трошоци и воспоставување на капацитетот, производствените и ценовните одлуки се одредуваат според варијабилен трошок и условите на побарувачка. Земете за пример ситуација во која две компании кои произведуваат два производа на две производни линии и работат само со половина од својот капацитет. Со договор за специјализација може да се овозможи двете претпријатија да се специјализираат во производство на еден од двата производа и да ја отфрлат својата втора производна линија за другиот производ. Во исто време, со специјализацијата компаниите би можеле да ги намалат своите варијабилни трошоци за вложување и резерви. Само последниве заштеди директно ќе влијаат на производствените и ценовните одлуки на претпријатијата, бидејќи ќе влијаат на маргиналните трошоци за производство. Откажувањето на секое претпријатие од една од производните линии нема да ги намали нивните варијабилни трошоци и нема да влијае на нивните производствени трошоци. Оттука следи дека претпријатијата може директно да ги мотивираат потрошувачите со повисоко производство и пониски цени на ефикасност, со кои се намалуваат маргиналните трошоци, но немаат ваков директен мотив во поглед на ефикасноста со која се намалуваат фиксните трошоци. Постои поголема веројатност потрошувачите да добијат правичен дел од трошковната ефикасност во случај на намалување на

¹² Претпријатијата премолчено се договараат кога на олигополистички пазар може да ги координираат своите активности на пазарот без да прибегнуваат кон експлицитен картелски договор

¹³ Овој термин се однесува на претпријатија кои го спречуваат ценовното однесување на другите претпријатија на пазарот кои би можеле инаку премолчено да се спогодат.

варијабилните трошоци отколку во случај на намалување на фиксните трошоци.

94. Фактот дека претпријатијата имаат мотив да пренесат трошкова ефикасност не значи дека стапката на пренесување ќе биде 100%. Реалната стапка на пренесување зависи од начинот на кој потрошувачите реагираат на промената во цените, т.е. еластичноста на побарувачката. Колку е поголема побарувачката предизвикана од падот на цената, толку е поголема стапката на пренесување. Ова произлегува од фактот дека колку се поголеми дополнителните продажби предизвикани со намалување на цената како резултат на пораст во производството, толку се поголеми шансите овие продажби да ја компензираат загубата на приходи предизвикана со пониските цени кои произлегуваат од порастот на производството. Во отсуство на ценовна дискриминација намалувањето на цените влијае на сите единици продадени од претпријатието и при таков случај маргиналниот приход е помал од цената добиена за маргиналниот производ. Ако засегнатите претпријатија можат да наплатуваат различни цени на различни клиенти, т.е. ценовна дискриминација, само ценовно осетливите потрошувачи ќе имаат корист од пренесувањето¹⁴.
95. Исто така треба да се земе предвид дека придобивките од ефикасноста не секогаш влијаат на целокупната структура на трошоци на засегнатите претпријатија. При ваков случај, влијанието на цената врз потрошувачите се намалува. Ако на пример со некој договор на договорните страни им се дозволи да ги намалат трошоците за производство до 6%, а трошоците за производство претставуваат само една третина од трошоците врз основа на кои се одредуваат цените, влијанието на цената на производот е 2%, под претпоставка дека вкупната сума е пренесена.
96. Најпосле, и мошне значајно, потребно е да се балансираат двете спротивни сили кои произлегуваат од ограничувањето на конкуренцијата и трошковната ефикасност. Од една страна, секој пораст на пазарната моќ предизвикан од ограничувачки договор им дава можност и мотивација на засегнатите претпријатија да ја зголемат цената. Од друга страна пак, видовите на трошковната ефикасност кои се земени предвид може да им дадат мотивација на засегнатите претпријатија да ја намалат цената, види став 93 погоре. Ефектите од овие две спротивни сили мора да се избалансираат помеѓу себе. Во овој контекст се зема предвид фактот дека условот за пренесување на потрошувачите вклучува и лизгачка скала. Кога договорот предизвикува значително намалување на конкурентното ограничување со кои се соочуваат договорните страни, потребна е исклучително голема трошковната ефикасност за да се јави доволно пренесување.

3.4.3. Пренесување и балансирање на други видови ефикасности

97. Пренесувањето на потрошувачи може да биде во облик на квалитативна ефикасност, како на пример нови и подобрени производи, создавање на доволна вредност за потрошувачите која ќе компензира за анти-конкурентните ефекти од договорот, вклучувајќи го и порастот на цената.
98. Ваква оценка неопходно наложува проценка на вредност. Тешко може да се одредат прецизни

¹⁴ Ограничувачкиот договор може дури да им овозможи на засегнатите претпријатија да наплатуваат повисока цена на потрошувачи со ниска еластичност на побарувачката

вредности на ваков вид динамични ефикасности. Сепак, основната цел на оценката останува иста, односно да се утврди целокупното влијание на договорот врз потрошувачите во рамки на релевантниот пазар. Претпријатијата кои се повикуваат на придобивките од член 7 став (3) од Законот мора да докажат дека потрошувачите добиваат компензациски придобивки (види ги горенаведените ставови 53 и 81).

99. Достапноста на нови и подобрени производи претставува значаен извор за благосостојбата на потрошувачите. Сè додека порастот на вредноста што произлегува од овие подобрувања надминува секаква штета од одржување или пораст на цената предизвикан од ограничувачкиот договор, на потрошувачите им е подобро со отколку без договорот и се исполнува условот за пренесување на потрошувачите од член 7 став (3) од Законот. Во случаи кога веројатниот ефект од договорот е да се зголемат цените за потрошувачите во рамки на релевантниот пазар, треба внимателно да се оцени дали ефикасностите за кои страните тврдат дека ќе ги постигнат, создаваат реална вредност за потрошувачите на тој пазар на тој начин што би компензирала за негативните ефекти од ограничувањето на конкуренцијата.

3.5. Четвртиот услов од член 7 став (3) од Законот: Неелиминирање на конкуренцијата

100. Согласно четвртиот услов од член 7 став (3) од Законот договорот не смее да им овозможи на претпријатијата елиминирање на конкуренцијата во значителен обем за производите кои се во прашање. Конечно, во однос на потенцијалните про-конкурентни придобивки од ефикасност кои може да произлезат од ограничувачките договори, приоритет се дава на заштита на ривалството и конкурентниот процес. Последниот услов од член 7 став (3) од Законот укажува на фактот дека ривалството меѓу претпријатија е суштински двигател на економската ефикасност, како и на динамичната ефикасност во облик на иновација. Со други зборови, крајната цел на член 7 од Законот е да го заштити конкурентниот процес. Кога се елиминира конкуренцијата тогаш завршува и конкурентниот процес и краткорочните придобивки од ефикасност се засенуваат со долгорочни загуби кои меѓу другото произлегуваат од трошоци направени од претпријатието со наследена доминантна позиција, за да си ја задржи својата позиција (коруптивно однесување), несоодветна распределба на ресурси, намалени иновации и повисоки цени.
101. Начелото во член 7 став (3) од Законот за елиминирање на конкуренцијата во поглед на значителен обем за производите кои се во прашање, е автономно начело во принцип. Сепак, при примената на ова начело потребно е да се земе предвид врската меѓу член 7 од Законот и член 11 од Законот. Примената на член 7 став (3) од Законот не може да ја попречи примената на член 11 од Законот. Освен тоа, член 7 и член 11 од Законот настојуваат да се одржи ефективна конкуренција на пазарот и поради доследност потребно е член 7 став (3) од Законот да се протолкува дека исклучува секаква примена на оваа одредба на ограничувачки договори кои претставуваат злоупотреба на доминантна позиција. Сепак, треба да се земе предвид дека не секој ограничувачки договор склучен од доминантно претпријатие претставува злоупотреба на доминантна позиција. Пример за ова е кога некое доминантно претпријатие е договорна страна во нецелосно заедничко вложување, што всушност се смета дека ја ограничува конкуренцијата но

истовремено опфаќа и значително интегрирање на средства.

102. Дали конкуренцијата ќе се елиминира во рамки на значењето на последниот услов од член 7 став (3) од Законот зависи од степенот на конкуренција присутен пред договорот и од влијанието на ограничувачкиот договор врз конкуренцијата, односно намалувањето на конкуренцијата што настанува со договорот. Колку повеќе конкуренцијата слабее на засегнатиот пазар, толку е понезначајно намалувањето потребно за елиминирање на конкуренцијата во рамки на значењето на член 7 став (3) од Законот. Освен тоа, колку е поголемо намалувањето на конкуренцијата предизвикано со договорот, толку е поголема веројатноста да се елиминира конкуренцијата во значителен обем за производите кои се во прашање.
103. Примената на последниот услов од член 7 став (3) од Законот наложува реална анализа на различни извори на конкуренција на пазарот, нивото на конкурентно ограничување кое се наметнува на страните во договорот и влијанието на договорот врз конкурентното ограничување. Мора да се земе предвид и реалната и потенцијалната конкуренција.
104. Иако пазарните учества се значајни, големината на останатите извори на реалната конкуренција не може да се оцени само врз основа на пазарното учество. Обично потребна е поопфатна квантитативна и квалитативна анализа. Треба да се испита капацитетот на реалните конкуренти и нивниот поттик да си конкурираат. Ако на пример, конкурентите се соочуваат со ограничувања на капацитетот или пак со релативно повисоки трошоци за производство, нивната конкурентна реакција ќе биде ограничена.
105. При оценката на влијанието на договорот врз конкуренцијата значајно е да се провери неговото влијание врз различните параметри на конкуренција. Последниот услов за исклучок утврден во член 7 став (3) од Законот не е исполнет ако договорот ја елиминира конкуренција во една од најзначајните области. Пример за ова е кога еден договор исклучува ценовна конкуренција или конкуренција во поглед на иновација и развој на нови производи.
106. Постоечкото пазарно однесување на страните обезбедува увид во влијанието на договорот. Доколку по склучувањето на договорот страните спровеле и одржале значајните ценовни пораста или започнале однесување кое укажува на постоење на значителен степен на пазарна моќ, тоа претставува индикација дека страните не подлежат на реален конкурентен притисок и дека конкуренцијата е елиминирана во значителен обем за производите кои се во прашање.
107. Минато конкурентно заемно дејство може исто така да упатува на постоење на влијание на договорот врз идно конкурентно заемно дејство. Едно претпријатие може да ја елиминира конкуренцијата во рамки на значењето на член 7 став (3) од Законот со склучување на договор со конкурент кој во минатото бил „претпријатие кое настојувало да ги наруши постојните односи на пазарот“. Таков договор може да ги промени конкурентните иницијативи и можностите на конкурентот и на тој начин да отстрани значаен извор на конкуренција на пазарот.
108. Во случаи каде станува збор за диференцирани производи, односно производи кои се разликуваат

во очите на потрошувачите, влијанието на договорот може да зависи од конкурентната врска меѓу производите кои ги продаваат страните на договорот. Во случај кога претпријатијата нудат диференцирани производи, конкурентното ограничување кое посебните производи меѓусебно си го наметнуваат се разликува според степенот до кој тие производи може да се заменат едни со други. Затоа мора да се земе предвид кој е степенот на заменливост на производите кои ги нудат страните на договорот, односно колкаво е конкурентното ограничување кое тие меѓусебно си го наметнуваат. Колку се поблиски супститути производите на страните од договорот, толку е поверојатен ограничувачкиот ефект на договорот. Со други зборови, колку се позаменливи производите толку е поверојатна промената која ќе се јави со договорот во однос на ограничувања на конкуренцијата на пазарот и поголема е веројатноста да се елиминира конкуренцијата во однос на значаен дел од соодветните производи.

109. Додека изворите на постојната конкуренција се најзначајни бидејќи тие најлесно се утврдуваат, изворите на потенцијална конкуренција треба да се земат во предвид исто така. Оценката на потенцијална конкуренција наложува анализа на бариерите за влез со кои се соочуваат претпријатијата кои не конкурираат на релевантниот пазар. Тврдењата од договорните страни дека бариерите за влез на пазарот се ниски, мора да се поткрепат со информации за извори на потенцијална конкуренција и страните исто така мора да докажат зошто овие извори наложуваат реален конкурентен притисок врз страните.
110. При оценката на бариерите за влез на пазарот и реалната можност за нов влез во значаен обем, меѓу другото, мошне е значајно да се испита следново:
- (i) Регулаторната рамка со цел да се одреди нејзиното влијание врз новиот влез.
 - (ii) Трошоците за влез на пазарот вклучувајќи ги и неповратните трошоци. Неповратни трошоци се трошоци кои не може да се повратат доколку конкурентот кој влегол на пазарот подоцна излезе од пазарот. Колку се повисоки неповратните трошоци толку е поголем трговскиот ризик за потенцијалните конкуренти кои сакаат да влезат на пазарот.
 - (iii) Минималната скала на ефикасност во рамки на индустријата, односно стапката на производство каде што просечните трошоци се минимални. Ако минималната скала на ефикасност е голема во споредба со големината на пазарот, ефикасниот влез на пазарот веројатно ќе биде поскап и поризичен.
 - (iv) Конкурентните сили на потенцијалните конкуренти кои сакаат да влезат на пазарот. Ефикасниот влез на пазарот е можен кога потенцијалните конкуренти имаат пристап до рентабилни технологии како претпријатијата кои наследиле доминантна позиција или пак други конкурентски предности со кои ќе може ефикасно да конкурираат. Кога потенцијалните конкуренти кои сакаат да влезат на пазарот се на иста или пониска технолошка траекторија во споредба со претпријатијата кои наследиле доминантна позиција и не поседуваат други значајни конкурентни предности, тогаш влезот на пазарот е поризичен и помалку ефикасен.
 - (v) Позицијата на купувачите и нивната можност да воведат на пазарот нови извори на

конкуренција. Нема потреба да се споменува дека одредени моќни купувачи можат да извлечат попогодни услови од страните во договорот отколку нивните послаби конкуренти. Присуството на моќни купувачи може да послужи на прв поглед како против мерка за постоење на елиминирање на конкуренцијата доколку постои шанса засегнатите купувачи да го трасираат патот за ефикасен нов влез на пазарот.

(vi) Веројатното реагирање на претпријатијата кои наследиле доминантна позиција кон обидот за нов влез на пазарот. На пример, можеби претпријатијата кои наследиле доминантна позиција со своето минато однесување се здобиле со репутација за агресивно однесување и тоа ќе влијае на идното конкурентно претпријатие кое ќе влезе на пазарот.

(vii) Економската перспектива за индустријата може да претставува индикатор за подолгорочна привлечност. Индустриите кои стагнираат или се во опаѓање се помалку привлечи како кандидати за влез на нови конкуренти отколку индустриите кои се во развој.

(viii) Претходен влез на значајно ниво или непристапување.

111. Горенаведените начела може да се прикажат со следниве хипотетички примери, кои не се наменети за утврдување на прагови:

Фирма А е пиварница и има 70% од релевантниот пазар, вклучувајќи ја и продажбата на пиво во кафулињата и други угостителски објекти. Во последните 5 години А го зголемила своето пазарно учество од 60%. На пазарот има уште 4 конкурентски фирми Б, В, Г и Д со пазарно учество од 10%, 10%, 5% и 5%. Во скоро време нема влезено нова конкурентна фирма а конкурентите во основа ги следат промените на цените спроведени од А. А склучува договори со 20% од угостителските објекти кои претставуваат 40% од продажните количини а договорните страни се обврзуваат да купуваат пиво само од А во период од 5 години. Со договорите се зголемуваат трошоците и се намалуваат приходите на конкурентите, кои се исклучени од најатрактивните продажни места. Земајќи ја предвид пазарната позиција на А, која се зајакнала во последните години, отсуството на нов влез и веќе слабата положба на постоечките конкуренти, веројатно е дека конкуренцијата на пазарот е ограничена во рамки на значењето на член 7 став (3) од Законот.

Дистрибутивни фирми А, Б, В и Г, кои заедно имаат над 70% од релевантниот пазар, склучуваат договор со кој се согласуваат како да ги координираат своите распореди и тарифи. По спроведување на договорот цените растат помеѓу 30% и 100%. Постојат уште четири други доставувачи, од кои најголемата фирма има 14% од релевантниот пазар. Во последните години не се јавил нов конкурент на пазарот а страните на договорот не изгубиле значаен пазарен удел по порастот на цените. Постоечките конкуренти не вовеле нов капацитет на пазарот и не се јавил нов влез на пазарот. Земајќи ја предвид пазарната положба на страните и отсуството на одговор од конкуренцијата на заедничкото делување, може да се заклучи дека страните на договорот не подлежат на реален конкурентен притисок и договорот им дава можност да ја елиминираат конкуренцијата во рамки на значењето на член 7 став (3) од Законот.

А е производител на електронски апарати за професионални корисници со пазарно учество од 65% на релевантниот национален пазар. Б е конкурент производител со пазарно учество од 5% кој изработил нов тип на мотор кој е помоќен и троши помалку електрична енергија. А и Б склучуваат договор со кој основаат производствено заедничко вложување за производство на новиот мотор. Б се согласува да ја префрли ексклузивната дозвола на заедничкото вложување. Заедничката вложување ја комбинира новата технологија на Б со ефикасниот процес за производство и контрола на квалитет на А. Постои уште еден конкурент со 15% учество на пазарот. Друг конкурент со 5% учество на пазарот е преземено од страна на В, голем меѓународен производител на конкурентски електрични апарати кој поседува ефикасна технологија. В досега не било активно на пазарот воглавно како резултат на фактот дека клиентите бараат локално присуство и сервисирање. Со стекнувањето (спојувањето) В добива пристап кон сервисна организација која е потребна за влез на пазарот. Влегувањето на В на пазарот најверојатно уверува дека конкуренцијата на пазарот не е елиминирана.