

## IV

*(Informatie)*INFORMATIE AFKOMSTIG VAN DE INSTELLINGEN, ORGANEN EN  
INSTANTIES VAN DE EUROPESE UNIE

## EUROPESE COMMISSIE

## MEDEDELING VAN DE COMMISSIE

**Richt snoeren inzake de toepasselijkheid van artikel 101 van het Verdrag betreffende de werking  
van de Europese Unie op horizontale samenwerkingsovereenkomsten****(Voor de EER relevante tekst)**

(2011/C 11/01)

## INHOUDSOPGAVE

1.	Inleiding .....	4
1.1.	Doel en toepassingsgebied .....	4
1.2.	Basisbeginselen voor de beoordeling overeenkomstig artikel 101 .....	7
1.2.1.	Artikel 101, lid 1 .....	8
1.2.2.	Artikel 101, lid 3 .....	11
1.3.	Structuur van deze richtsnoeren .....	12
2.	Algemene beginselen inzake de beoordeling van informatie-uitwisseling vanuit het oogpunt van de mededinging .....	13
2.1.	Definitie en toepassingsgebied .....	13
2.2.	Beoordeling op grond van artikel 101, lid 1 .....	15
2.2.1.	Voornaamste mededingingsbezwaren .....	15
2.2.2.	Doelbewuste beperking van de mededinging .....	16
2.2.3.	Mededingingsbeperkende gevolgen .....	16
2.3.	Beoordeling op grond van artikel 101, lid 3 .....	21
2.3.1.	Efficiëntieverbeteringen. ....	21
2.3.2.	Onmisbaarheid .....	22
2.3.3.	Doorgifte aan consumenten .....	22
2.3.4.	Geen uitschakeling van de mededinging .....	23
2.4.	Voorbeelden .....	23
3.	Onderzoeks- en ontwikkelingsovereenkomsten .....	26
3.1.	Definitie .....	26
3.2.	Relevante markten .....	26

3.3.	Beoordeling op grond van artikel 101, lid 1	28
3.3.1.	Voornaamste mededingingsbezwaren	28
3.3.2.	Doelbewuste mededingingsbeperkingen	29
3.3.3.	Mededingingsbeperkende gevolgen	29
3.4.	Beoordeling op grond van artikel 101, lid 3	31
3.4.1.	Efficiëntieverbeteringen	31
3.4.2.	Onmisbaarheid	31
3.4.3.	Doorgifte aan consumenten	31
3.4.4.	Geen uitschakeling van de mededinging	31
3.4.5.	Tijdstip van de beoordeling	31
3.5.	Voorbeelden	32
4.	Productieovereenkomsten	35
4.1.	Definitie en toepassingsgebied	35
4.2.	Relevante markten	36
4.3.	Beoordeling op grond van artikel 101, lid 1	36
4.3.1.	Voornaamste mededingingsbezwaren	36
4.3.2.	Doelbewuste mededingingsbeperkingen	36
4.3.3.	Mededingingsbeperkende gevolgen	37
4.4.	Beoordeling op grond van artikel 101, lid 3	39
4.4.1.	Efficiëntieverbeteringen	39
4.4.2.	Onmisbaarheid	40
4.4.3.	Doorgifte aan consumenten	40
4.4.4.	Geen uitschakeling van de mededinging	40
4.5.	Voorbeelden	40
5.	Inkoopovereenkomsten	44
5.1.	Definitie	44
5.2.	Relevante markten	44
5.3.	Beoordeling op grond van artikel 101, lid 1	45
5.3.1.	Voornaamste mededingingsbezwaren	45
5.3.2.	Doelbewuste mededingingsbeperkingen	45
5.3.3.	Mededingingsbeperkende gevolgen	45
5.4.	Beoordeling op grond van artikel 101, lid 3	46
5.4.1.	Efficiëntieverbeteringen	46
5.4.2.	Onmisbaarheid	47
5.4.3.	Doorgifte aan consumenten	47
5.4.4.	Geen uitschakeling van de mededinging	47
5.5.	Voorbeelden	47
6.	Commercialiseringsovereenkomsten	49
6.1.	Definitie	49
6.2.	Relevante markten	49

---

6.3.	Beoordeling op grond van artikel 101, lid 1 .....	50
6.3.1.	Voornaamste mededingingsbezwaren .....	50
6.3.2.	Doelbewuste mededingingsbeperkingen .....	50
6.3.3.	Mededingingsbeperkende gevolgen .....	50
6.4.	Beoordeling op grond van artikel 101, lid 3 .....	52
6.4.1.	Efficiëntieverbeteringen .....	52
6.4.2.	Onmisbaarheid .....	52
6.4.3.	Doorgifte aan consumenten .....	52
6.4.4.	Geen uitschakeling van de mededinging .....	52
6.5.	Voorbeelden .....	52
7.	Standaardiseringsovereenkomsten .....	55
7.1.	Definitie .....	55
7.2.	Relevante markten .....	56
7.3.	Beoordeling op grond van artikel 101, lid 1 .....	56
7.3.1.	Voornaamste mededingingsbezwaren .....	56
7.3.2.	Doelbewuste mededingingsbeperkingen .....	58
7.3.3.	Mededingingsbeperkende gevolgen .....	59
7.4.	Beoordeling op grond van artikel 101, lid 3 .....	64
7.4.1.	Efficiëntieverbeteringen .....	64
7.4.2.	Onmisbaarheid .....	65
7.4.3.	Doorgifte aan consumenten .....	66
7.4.4.	Geen uitschakeling van de mededinging .....	66
7.5.	Voorbeelden .....	66

## 1. INLEIDING

### 1.1. Doel en toepassingsgebied

1. In deze richtsnoeren worden de beginselen vastgelegd voor de beoordeling, op grond van artikel 101 van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie (\*) („artikel 101”), van overeenkomsten tussen ondernemingen, besluiten van ondernemingsverenigingen en onderling afgestemde feitelijke gedragingen (hierna gezamenlijk „overeenkomsten” genoemd) die betrekking hebben op horizontale samenwerking. Samenwerking is „horizontaal” van aard indien een overeenkomst wordt gesloten tussen daadwerkelijke of potentiële concurrenten. Daarnaast zijn deze richtsnoeren ook van toepassing op horizontale samenwerkingsovereenkomsten tussen niet-concurrenten, dat wil zeggen tussen twee ondernemingen die actief zijn op dezelfde productmarkten, maar op verschillende geografische markten zonder dat zij potentiële concurrenten zijn.
2. Horizontale samenwerkingsovereenkomsten kunnen aanzienlijke economische voordelen opleveren, in het bijzonder indien daarbij complementaire activiteiten, vaardigheden of activa worden gebundeld. Horizontale samenwerking kan een middel zijn om risico's te delen, kosten te besparen, investeringen te vergroten, knowhow gezamenlijk te benutten, de productkwaliteit en het productaanbod te verbeteren, en sneller te innoveren.
3. Aan de andere kant kunnen horizontale samenwerkingsovereenkomsten leiden tot mededingingsproblemen. Dit is bijvoorbeeld het geval wanneer de partijen bij een samenwerking overeenkomen prijzen of productiehoeveelheden vast te stellen of markten te verdelen, of wanneer de samenwerking de partijen in staat stelt marktmacht te behouden, te verwerven of te vergroten en zo naar alle waarschijnlijkheid aanleiding geeft tot negatieve markteffecten met betrekking tot prijzen, producthoeveelheden, productkwaliteit, productdiversiteit of innovatie.
4. De Commissie erkent de economische voordelen die uit horizontale samenwerkingsovereenkomsten kunnen voortvloeien, maar moet erop toezien dat een daadwerkelijke mededinging wordt gehandhaafd. Artikel 101 vormt het rechtskader voor een evenwichtige beoordeling, waarbij zowel met de negatieve effecten op de concurrentie als met de concurrentiebevorderende effecten rekening wordt gehouden.
5. Deze richtsnoeren hebben tot doel een analytisch kader te bieden voor de meest gangbare vormen van horizontale samenwerkingsovereenkomsten, met name onderzoeks- en ontwikkelingsovereenkomsten, productieovereenkomsten met inbegrip van toeleverings- en specialisatieovereenkomsten, inkoopovereenkomsten, commercialiseringsovereenkomsten, standaardiseringsovereenkomsten waaronder standaardcontracten, en de uitwisseling van informatie. Dit kader is in de eerste plaats gebaseerd op wettelijke en economische criteria aan de hand waarvan een horizontale samenwerkingsovereenkomst en de context waarin zij tot stand kwam, kan worden geanalyseerd. Economische criteria, zoals de marktmacht van de partijen en andere factoren in verband met de marktstructuur, vormen een sleutelement voor de beoordeling van de gevolgen die een horizontale samenwerkingsovereenkomst waarschijnlijk voor de markt zal hebben, en derhalve voor de beoordeling ervan op grond van artikel 101.
6. Deze richtsnoeren zijn van toepassing op de meest gangbare soorten horizontale samenwerkingsovereenkomsten, ongeacht het niveau van integratie dat daarmee wordt bereikt, met uitzondering van transacties die een concentratie vormen in de zin van artikel 3 van Verordening (EG) nr. 139/2004 van de Raad van 20 januari 2004 betreffende de controle op concentraties van ondernemingen <sup>(1)</sup> („de concentratieverordening”), zoals bijvoorbeeld het geval zou zijn voor gemeenschappelijke ondernemingen die duurzaam alle functies van een zelfstandige economische eenheid vervullen („volwaardige gemeenschappelijke ondernemingen”) <sup>(2)</sup>.

(\*) Sinds 1 december 2009 is artikel 81 van het EG-Verdrag artikel 101 van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie („VWEU”). Beide artikelen zijn in wezen identiek. Voor zover van toepassing, dienen in deze richtsnoeren de verwijzingen naar artikel 101 VWEU te worden gelezen als verwijzingen naar artikel 81 van het EG-Verdrag. Bij het VWEU zijn ook enkele wijzigingen in de terminologie aangebracht, zoals de vervanging van „Gemeenschap” door „Unie” en de vervanging van „gemeenschappelijke markt” door „interne markt”. In deze richtsnoeren wordt de terminologie van het VWEU gebruikt.

<sup>(1)</sup> PB L 24 van 29.1.2004, blz. 1.

<sup>(2)</sup> Zie artikel 3, lid 4, van de concentratieverordening. Om evenwel na te gaan of er sprake is van een volwaardige gemeenschappelijke onderneming onderzoekt de Commissie of de gemeenschappelijke onderneming in operationeel opzicht economisch zelfstandig is. Dit betekent niet dat zij zelfstandig ten opzichte van haar moedermaatschappij is wat de goedkeuring van haar strategische beslissingen betreft (zie de geconsolideerde mededeling van de Commissie over bevoegdheidskwesties op grond van Verordening (EG) nr. 139/2004 betreffende de controle op concentraties van ondernemingen, PB C 95 van 16.4.2008, blz. 1, punten 91-109 („geconsolideerde mededeling over bevoegdheidskwesties”). Daarnaast zij er ook aan herinnerd dat indien de oprichting van een gemeenschappelijke onderneming die een concentratie vormt in de zin van artikel 3 van de concentratieverordening de coördinatie beoogt of tot stand brengt van het concurrentiegedrag van ondernemingen die onafhankelijk blijven, die coördinatie beoordeeld wordt overeenkomstig artikel 101 van het Verdrag (zie artikel 2, lid 4, van de concentratieverordening).

7. Wegens het potentieel grote aantal soorten en combinaties van horizontale samenwerking en de marktomstandigheden waarin deze functioneren, is het moeilijk specifieke oplossingen te formuleren voor alle mogelijke scenario's. De onderhavige richtsnoeren op grond van wettelijke en economische criteria zullen de ondernemingen evenwel een houvast bieden bij de beoordeling van de verenigbaarheid van een bepaalde samenwerkingsovereenkomst met artikel 101. Die criteria vormen evenwel geen „checklist” die automatisch kan worden toegepast. Elke zaak moet op basis van de specifieke feitelijke omstandigheden worden beoordeeld, waarbij een soepele toepassing van deze richtsnoeren noodzakelijk kan zijn.
8. De in deze richtsnoeren vastgelegde criteria gelden voor horizontale samenwerkingsovereenkomsten met betrekking tot zowel goederen als diensten (hierna gezamenlijk „producten” genoemd). Deze richtsnoeren vormen een aanvulling op Verordening (EU) nr. [...] van de Commissie van [...] betreffende de toepassing van artikel 101, lid 3, van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie op bepaalde groepen onderzoeks- en ontwikkelingsovereenkomsten <sup>(1)</sup> („de groepsvrijstellingsverordening inzake O&O”) en Verordening (EU) nr. [...] van de Commissie van [...] betreffende de toepassing van artikel 101, lid 3, van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie op bepaalde groepen specialisatieovereenkomsten <sup>(2)</sup> („de groepsvrijstellingsverordening inzake specialisatie”).
9. Hoewel deze richtsnoeren een aantal verwijzingen naar kartels bevatten, zijn zij niet bedoeld als leidraad om vast te stellen of er al dan niet sprake is van een kartel; dit wordt bepaald door de besluitvormingspraktijk van de Commissie en de rechtspraak van het Hof van Justitie van de Europese Unie.
10. Onder „concurrenten” worden in deze richtsnoeren zowel daadwerkelijke als potentiële concurrenten verstaan. Twee ondernemingen worden als daadwerkelijke concurrenten beschouwd als zij actief zijn op dezelfde relevante markt. Een onderneming wordt als een potentiële concurrent van een andere onderneming beschouwd indien deze onderneming zonder de overeenkomst bij een geringe maar duurzame verhoging van de relatieve prijzen, wellicht op korte termijn <sup>(3)</sup> in staat zou zijn de vereiste extra investeringen te doen of andere noodzakelijke overschakelingskosten te maken om de relevante markt waarop de andere onderneming actief is, te kunnen betreden. Deze beoordeling moet gebaseerd zijn op realistische gronden, aangezien de louter theoretische mogelijkheid om de markt te betreden, niet voldoende is (zie de bekendmaking van de Commissie inzake de bepaling van de relevante markt voor het gemeenschappelijke mededingingsrecht) <sup>(4)</sup> („Bekendmaking marktbeoordeling”).
11. Bedrijven die deel uitmaken van dezelfde „onderneming” in de zin van artikel 101, lid 1, worden voor de toepassing van deze richtsnoeren niet als concurrenten beschouwd. Artikel 101 is alleen van toepassing op overeenkomsten tussen onafhankelijke ondernemingen. Wanneer één bedrijf een beslissende invloed uitoefent over een ander bedrijf, vormen zij één enkele economische entiteit en maken zij derhalve deel uit van dezelfde onderneming <sup>(5)</sup>. Hetzelfde geldt voor zusterondernemingen, dat wil zeggen ondernemingen waarover dezelfde moedermaatschappij beslissende invloed uitoefent. Zij worden derhalve niet als concurrenten beschouwd, zelfs indien zij beide actief zijn op dezelfde relevante product- en geografische markten.
12. Overeenkomsten die worden gesloten tussen ondernemingen die werkzaam zijn in een verschillend stadium van de productie- of distributieketen, d.w.z. verticale overeenkomsten, worden in beginsel behandeld in Verordening (EU) nr. 330/2010 van de Commissie van 20 april 2010 betreffende de

<sup>(1)</sup> PB L [...] van [...], blz. [...].

<sup>(2)</sup> PB L [...] van [...], blz. [...].

<sup>(3)</sup> De kwalificatie „korte termijn” hangt af van de feitelijke omstandigheden in de betrokken zaak en de wettelijke en economische context ervan, in het bijzonder van de vraag of de betrokken onderneming partij is bij de overeenkomst dan wel een derde. In het eerste geval, dat wil zeggen wanneer wordt nagegaan of een partij bij de overeenkomst als potentiële concurrent van de andere partij dient te worden beschouwd, zal de Commissie gewoonlijk een langere periode als „korte termijn” beschouwen dan in het tweede geval waarbij wordt onderzocht of een derde concurrentiedruk kan uitoefenen op de partijen bij een overeenkomst. Om een derde als potentiële concurrent te beschouwen, zou de toegang tot de markt relatief snel moeten gebeuren, wil de dreiging van een mogelijke toetreding druk uitoefenen op het gedrag van de andere partijen en de andere marktdeelnemers. Om die redenen wordt zowel in de groepsvrijstellingsverordening inzake O&O als in die inzake specialisatie, een periode van hoogstens drie jaar als „korte termijn” beschouwd.

<sup>(4)</sup> PB C 372 van 9.12.1997, blz. 5, punt 24; zie ook het Dertiende Verslag van de Commissie over het mededingingsbeleid, punt 55 en de beschikking van de Commissie in zaak IV/32.009, Elopak/Metal Box-Odin, PB L 209 van 8.8.1990, blz. 15.

<sup>(5)</sup> Zie bijvoorbeeld zaak C-73/95, Viho, Jurispr. 1996, blz. I-5457, punt 51. In het geval van 100 %-dochterondernemingen kan worden aangenomen dat de moedermaatschappij een beslissende invloed heeft op het gedrag van haar dochteronderneming; zie bijvoorbeeld zaak 107/82, AEG, Jurispr. 1983, blz. 3151, punt 50; zaak C-286/98 P, Stora, Jurispr. 2000, blz. I-9925, punt 29; of zaak C-97/08 P, Akzo, Jurispr. 2009, blz. I-8237, punten 60 e.v.

toepassing van artikel 101, lid 3, van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie op groepen verticale overeenkomsten en onderling afgestemde feitelijke gedragingen<sup>(1)</sup> („de groepsvrijstellingsverordening inzake verticale beperkingen”) en de richtsnoeren inzake verticale beperkingen<sup>(2)</sup>. Wanneer echter verticale overeenkomsten, bijvoorbeeld distributieovereenkomsten, tussen concurrenten worden gesloten, kunnen de gevolgen van de overeenkomst op de markt en de potentiële mededingingsproblemen vergelijkbaar zijn met die bij horizontale overeenkomsten. Derhalve vallen verticale overeenkomsten tussen concurrenten onder deze richtsnoeren<sup>(3)</sup>. Mocht het nodig zijn dergelijke overeenkomsten ook op grond van de groepsvrijstellingsverordening inzake verticale beperkingen en de richtsnoeren inzake verticale beperkingen te beoordelen dan wordt dit specifiek vermeld in het desbetreffende hoofdstuk van deze richtsnoeren. In het andere geval zijn alleen de onderhavige richtsnoeren van toepassing op verticale overeenkomsten tussen concurrenten.

13. Horizontale samenwerkingsovereenkomsten kunnen betrekking hebben op samenwerking in verschillende stadia, bijvoorbeeld onderzoek en ontwikkeling („O&O”) en de productie en/of de commercialisering van de resultaten daarvan. Dergelijke overeenkomsten vallen over het algemeen ook onder deze richtsnoeren. Wanneer de analyse van een dergelijke geïntegreerde samenwerking gebeurt op basis van deze richtsnoeren, zullen alle hoofdstukken die betrekking hebben op de verschillende onderdelen van de samenwerking in de regel relevant zijn voor de beoordeling ervan. Wanneer de betrokken hoofdstukken van deze richtsnoeren evenwel onderling verschillende bepalingen inhouden, bijvoorbeeld met betrekking tot de veilige zones of met betrekking tot de vraag of bepaalde gedragingen dienen te worden beschouwd als een doelbewuste mededingingsbeperking dan wel als een gedraging met mededingingsbeperkende gevolgen, gelden voor de gehele samenwerking de bepalingen van het hoofdstuk betreffende het gedeelte van de geïntegreerde samenwerking dat als „zwaartepunt” daarvan kan worden beschouwd<sup>(4)</sup>.
14. Twee factoren zijn in het bijzonder relevant om het zwaartepunt van de geïntegreerde samenwerking te bepalen: ten eerste het beginpunt van de samenwerking en, ten tweede, de mate van integratie van de verschillende gecombineerde functies. Zo zou het zwaartepunt van een horizontale samenwerkingsovereenkomst die zowel betrekking heeft op O&O als op de gezamenlijke productie van de resultaten daarvan, bijgevolg in de regel de gezamenlijke O&O-activiteiten zijn, aangezien de gezamenlijke productie er slechts zal komen als de gezamenlijke O&O-activiteiten resultaten afwerpen. Dit houdt in dat de resultaten van de gezamenlijke O&O-activiteiten bepalend zijn voor de latere gezamenlijke productie. Indien de partijen in ieder geval, d.w.z. ook zonder de gezamenlijke O&O-activiteiten, overgegaan zouden zijn tot de gezamenlijke productie, of indien de overeenkomst zou voorzien in een volledige integratie op productiegebied en slechts een gedeeltelijke integratie van een aantal O&O-activiteiten, zou hierover anders worden geoordeeld. In dat geval zou het zwaartepunt van de samenwerking de gezamenlijke productie zijn.
15. Artikel 101 is alleen van toepassing op die horizontale samenwerkingsovereenkomsten die de handel tussen de lidstaten ongunstig kunnen beïnvloeden. Bij het vaststellen van de in deze richtsnoeren uiteengezette beginselen inzake de toepasselijkheid van artikel 101 is derhalve uitgegaan van de veronderstelling dat een horizontale samenwerkingsovereenkomst de handel tussen lidstaten op merkbare wijze ongunstig kan beïnvloeden.
16. De beoordeling op grond van artikel 101 zoals beschreven in deze richtsnoeren laat de eventuele parallelle toepassing van artikel 102 van het Verdrag op horizontale samenwerkingsovereenkomsten onverlet<sup>(5)</sup>.
17. Deze richtsnoeren laten de eventuele uitlegging van het Gerecht en het Hof van Justitie van de Europese Unie betreffende de toepassing van artikel 101 op horizontale samenwerkingsovereenkomsten onverlet.

<sup>(1)</sup> PB L 102 van 23.4.2010, blz. 1.

<sup>(2)</sup> PB C 130 van 19.5.2010, blz. 1.

<sup>(3)</sup> Dit geldt niet wanneer concurrerende ondernemingen een niet-wederkerige verticale overeenkomst sluiten en i) de leverancier een producent en een distributeur van goederen is, terwijl de afnemer een distributeur en niet een concurrerende onderneming op productieniveau is; of ii) de leverancier op verschillende handelsniveaus een aanbieder van diensten is, terwijl de afnemer zijn goederen of diensten aanbiedt op detailhandelsniveau en geen concurrerende onderneming is op het handelsniveau waarop hij de contractdiensten koopt. Dergelijke overeenkomsten worden uitsluitend beoordeeld op grond van de groepsvrijstellingsverordening en de richtsnoeren inzake verticale beperkingen (zie artikel 2, lid 4, van de groepsvrijstellingsverordening inzake verticale beperkingen).

<sup>(4)</sup> Er zij op gewezen dat deze test slechts van toepassing is op het verband tussen de verschillende hoofdstukken van deze richtsnoeren, en niet op het verband tussen verschillende groepsvrijstellingsverordeningen. Het toepassingsgebied van een groepsvrijstellingsverordening wordt bepaald door de daarin opgenomen bepalingen.

<sup>(5)</sup> Zie zaak T-51/89, Tetra Pak I, Jurispr. 1990, blz. II-309, punten 25 e.v. en richtsnoeren betreffende de handhavingsprioriteiten van de Commissie bij de toepassing van artikel 82 van het EG-Verdrag op onrechtmatig uitsluitingsgedrag door ondernemingen met een machtspositie, PB C 45 van 24.2.2009, blz. 7 („richtsnoeren artikel 102”).

18. Deze richtsnoeren vervangen de Richtsnoeren van de Commissie inzake de toepasselijkheid van artikel 81 van het EG-Verdrag op horizontale samenwerkingsovereenkomsten<sup>(1)</sup> die de Commissie in 2001 heeft gepubliceerd en zijn niet van toepassing wanneer er sectorspecifieke regels gelden, zoals het geval is voor een aantal overeenkomsten op het gebied van landbouw<sup>(2)</sup>, vervoer<sup>(3)</sup> of verzekeringen<sup>(4)</sup>. De Commissie zal, op basis van de door belanghebbenden en nationale mededingingsautoriteiten verstrekte marktinformatie, blijven toezien op de uitvoering van de groepsvrijstellingsverordeningen inzake O&O en specialisatie en deze richtsnoeren eventueel herzien in het licht van toekomstige ontwikkelingen of voortschrijdende inzichten.
19. De Richtsnoeren van de Commissie betreffende de toepassing van artikel 81, lid 3, van het Verdrag<sup>(5)</sup> („de algemene richtsnoeren”) geven algemene aanwijzingen over de interpretatie van artikel 101. Derhalve moeten de onderhavige richtsnoeren in samenhang met de algemene richtsnoeren worden gelezen.

## 1.2. Basisbeginselen voor de beoordeling overeenkomstig artikel 101

20. De toetsing aan artikel 101 bestaat uit twee fasen. In de eerste fase wordt overeenkomstig artikel 101, lid 1, onderzocht of een overeenkomst tussen ondernemingen die de handel tussen lidstaten ongunstig kan beïnvloeden, van mededingingsbeperkende strekking is dan wel daadwerkelijk of potentieel<sup>(6)</sup> mededingingsbeperkende gevolgen kan hebben. In de tweede beoordelingsfase overeenkomstig artikel 101, lid 3, die alleen van belang is wanneer blijkt dat een overeenkomst mededingingsbeperkend is in de zin van artikel 101, lid 1, wordt nagegaan wat de mededingingsbevorderende gevolgen van de overeenkomst zijn en of deze tegen de negatieve gevolgen voor de mededinging opwegen<sup>(7)</sup>. Deze afweging van positieve en negatieve gevolgen voor de mededinging vindt uitsluitend binnen het in artikel 101, lid 3, vastgestelde kader plaats<sup>(8)</sup>. Indien de positieve gevolgen voor de mededinging niet opwegen tegen een beperking van de mededinging, bepaalt artikel 101, lid 2, dat de overeenkomst van rechtswege nietig is.
21. De analyse van horizontale samenwerkingsovereenkomsten heeft bepaalde kenmerken gemeen met de analyse van horizontale fusies wat betreft de potentiële mededingingsbeperkende effecten, voornamelijk wat gemeenschappelijke ondernemingen betreft. Er is vaak slechts een dunne scheidingslijn tussen volwaardige gemeenschappelijke ondernemingen die onder de concentratieverordening vallen en niet-volwaardige gemeenschappelijke ondernemingen die worden beoordeeld op grond van artikel 101. Derhalve kunnen zij min of meer dezelfde effecten sorteren.
22. In bepaalde gevallen worden ondernemingen door overheidsinstanties aangemoedigd om horizontale samenwerkingsovereenkomsten te sluiten om via zelfregulering een openbare beleidsdoelstelling te bereiken. Artikel 101 blijft evenwel op de ondernemingen van toepassing indien een nationale wet

<sup>(1)</sup> PB C 3 van 6.1.2001, blz. 2. In onderhavige richtsnoeren is geen afzonderlijk hoofdstuk betreffende „overeenkomsten inzake milieu” opgenomen zoals in de vorige richtsnoeren. Het vaststellen van normen in de milieusector, het belangrijkste doel van het voormalige hoofdstuk over milieu-overeenkomsten, kan beter behandeld worden in het hoofdstuk inzake standaardiseringsovereenkomsten van onderhavige richtsnoeren. Over het algemeen moeten „milieu-overeenkomsten”, afhankelijk van de concurrentiebezwaren waartoe zij aanleiding geven, beoordeeld worden overeenkomstig het relevante hoofdstuk van onderhavige richtsnoeren, d.w.z. het hoofdstuk betreffende O&O-, productie-, commercialiserings-, of standaardiseringsovereenkomsten.

<sup>(2)</sup> Verordening (EG) nr. 1184/2006 van de Raad van 24 juli 2006 inzake de toepassing van bepaalde regels betreffende de mededinging op de voortbrenging van en de handel in landbouwproducten, PB L 214 van 4.8.2006, blz. 7.

<sup>(3)</sup> Verordening (EG) nr. 169/2009 van de Raad van 26 februari 2009 houdende de toepassing van mededingingsregels op het gebied van het vervoer per spoor, over de weg en over de binnenwateren, PB L 61 van 5.3.2009, blz. 1; Verordening (EG) nr. 246/2009 van de Raad van 26 februari 2009 betreffende de toepassing van artikel 81, lid 3, van het Verdrag op bepaalde groepen overeenkomsten, besluiten en onderling afgestemde feitelijke gedragingen tussen lijnvaartondernemingen (consortia), PB L 79 van 25.3.2009, blz. 1; Verordening (EG) nr. 823/2000 van de Commissie van 29 april 2000 houdende toepassing van artikel 81, lid 3, van het EG-Verdrag op bepaalde groepen overeenkomsten, besluiten en onderling afgestemde feitelijke gedragingen tussen lijnvaartondernemingen (consortia), PB L 100 van 20.4.2000, blz. 24; Richtsnoeren betreffende de toepassing van artikel 81 van het EG-Verdrag op zeevervoerdiensten, PB C 245 van 26.9.2008, blz. 2.

<sup>(4)</sup> Verordening (EU) nr. 267/2010 van de Commissie van 24 maart 2010 betreffende de toepassing van artikel 101, lid 3, van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie op bepaalde groepen van overeenkomsten, besluiten en onderling afgestemde feitelijke gedragingen in de verzekeringssector, PB L 83 van 31.3.2010, blz. 1.

<sup>(5)</sup> PB C 101 van 27.4.2004, blz. 97.

<sup>(6)</sup> Artikel 101, lid 1, verbiedt zowel daadwerkelijke als potentiële mededingingsversturende effecten, zie bijvoorbeeld zaak C-7/95 P, John Deere, Jurispr. 1998, blz. I-3111, punt 77; zaak C-238/05, Asnef-Equifax, Jurispr. 2006, blz. I-11125, punt 50.

<sup>(7)</sup> Zie gevoegde zaken C-501/06 P e.a., GlaxoSmithKline, Jurispr. 2009, blz. I-9291, punt 95.

<sup>(8)</sup> Zie zaak T-65/98, Van den Bergh Foods, Jurispr. 2003, blz. II-4653, punt 107; zaak T-112/99, Métropole télévision (M6) e.a., Jurispr. 2001, blz. II-2459, punt 74; zaak T-328/03, O2, Jurispr. 2006, blz. II-1231, punten 69 e.a., waar het Gerecht van eerste aanleg (thans het Gerecht) verklaarde dat slechts binnen het strikte kader van artikel 101, lid 3, de positieve en negatieve gevolgen van een beperking voor de mededinging tegen elkaar kunnen worden afgewogen.

zich ertoe beperkt ondernemingen tot autonome mededingingsversturende gedragingen aan te zetten of deze te vergemakkelijken <sup>(1)</sup>. Met andere woorden, het feit dat overheidsinstanties een horizontale samenwerkingsovereenkomst aanmoedigen, betekent niet dat deze volgens artikel 101 is toegestaan <sup>(2)</sup>. Artikel 101 is alleen niet van toepassing, indien een mededingingsversturende gedraging bij een nationale wettelijke regeling aan de ondernemingen wordt voorgeschreven, of indien deze wettelijke regeling een rechtskader creëert dat zelf iedere mogelijkheid van concurrerend gedrag voor deze ondernemingen uitsluit <sup>(3)</sup>. In een dergelijke situatie valt de beperking van de mededinging niet aan de autonome gedraging van de ondernemingen toe te rekenen, zoals artikel 101 impliciet voorschrijft, en zijn de ondernemingen beschermd tegen alle gevolgen van een inbreuk tegen dat artikel <sup>(4)</sup>. Elke zaak moet overeenkomstig de in deze richtsnoeren uiteengezette algemene beginselen op basis van de concrete feiten worden beoordeeld.

#### 1.2.1. Artikel 101, lid 1

23. Op grond van artikel 101, lid 1, zijn alle overeenkomsten die ertoe strekken of ten gevolge hebben dat de mededinging wordt beperkt <sup>(5)</sup>, verboden.

##### i) Mededingingsbeperkende strekking

24. Van mededingingsbeperkende strekking is sprake bij beperkingen welke naar hun aard de mededinging kunnen beperken in de zin van artikel 101, lid 1 <sup>(6)</sup>. Het is niet nodig de daadwerkelijke of potentiële mededingingsbeperkende gevolgen van een overeenkomst op de markt te onderzoeken, zodra eenmaal is gebleken dat deze een mededingingsbeperkende strekking heeft <sup>(7)</sup>.

25. Volgens vaste rechtspraak van het Hof van Justitie van de Europese Unie moet bij de beoordeling van de mededingingsbeperkende strekking van een overeenkomst gelet worden op de bewoordingen en oogmerken ervan, alsmede op de economische en juridische context van de overeenkomst. Bovendien kan de Commissie, ook al vormt het voornemen van partijen geen noodzakelijk element om uit te maken of een overeenkomst een mededingingsbeperkende strekking heeft, met dit voornemen rekening houden bij haar beoordeling <sup>(8)</sup>. Verdere aanwijzingen betreffende het begrip mededingingsbeperkende strekking zijn te vinden in de algemene richtsnoeren.

##### ii) Mededingingsbeperkende gevolgen

26. Wanneer een horizontale samenwerkingsovereenkomst geen mededingingsbeperkende strekking heeft, dient te worden onderzocht of zij mededingingsbeperkende gevolgen heeft. Daarbij dient rekening te worden gehouden met zowel daadwerkelijke als potentiële gevolgen. De overeenkomst moet met andere woorden ten minste waarschijnlijke mededingingsbeperkende gevolgen hebben.

27. Een overeenkomst heeft een mededingingsbeperkend gevolg in de zin van artikel 101, lid 1, als zij een merkbaar ongunstige uitwerking heeft of kan hebben op ten minste één van de concurrentieparameters op de markt, zoals prijs, producthoeveelheden, productkwaliteit, productdiversiteit of innovatie. Overeenkomsten kunnen dergelijke gevolgen hebben door de concurrentie tussen de partijen bij een overeenkomst of tussen de partijen en derden merkbaar te beperken. Dat betekent dat de overeenkomst de beslissingsautonomie van de partijen moet beperken <sup>(9)</sup>, hetzij doordat zij verplichtingen behelst die het marktgedrag van minstens één van de partijen reguleren, hetzij doordat zij het marktgedrag van minstens één van de partijen beïnvloedt door een verandering te veroorzaken in de prikkels die deze ondervindt.

<sup>(1)</sup> Zie het arrest van 14 oktober 2010 in zaak C-280/08 P, Deutsche Telekom, nog niet gepubliceerd in de Jurisprudentie, punt 82 en de aldaar aangehaalde rechtspraak.

<sup>(2)</sup> Zie zaak C-198/01, CIF, Jurispr. 2003, blz. I-8055, punten 56-58; gevoegde zaken T-217/03 en T-245/03, Frans rundvlees, Jurispr. 2006, blz. II-4987, punt 92; zaak T-7/92, Asia Motor France II, Jurispr. 1993, blz. II-669, punt 71; en zaak T-148/89, Tréfilunion, Jurispr. 1995, blz. II-1063, punt 118.

<sup>(3)</sup> Zie zaak C-280/08 P, Deutsche Telekom, punten 80 en 81. Deze mogelijkheid werd strikt uitgelegd; zie bijvoorbeeld gevoegde zaken 209/78 e.a., Van Landewyck, Jurispr. 1980, blz. 3125, punten 130-134; gevoegde zaken 240/82 e.a., Stichting Sigarettenindustrie, Jurispr. 1985, blz. 3831, punten 27-29; en gevoegde zaken C-359/95 P en C-379/95 P, Ladbroke Racing, Jurispr. 1997, blz. I-6265, punten 33 e.v.

<sup>(4)</sup> Ten minste tot een besluit wordt vastgesteld om de nationale wet buiten toepassing te verklaren en dat besluit definitief is geworden, zie zaak C-198/01, CIF, punten 54 e.v.

<sup>(5)</sup> In deze richtsnoeren wordt onder het begrip „beperking van de mededinging” mede de verhindering en vervalsing van de mededinging verstaan.

<sup>(6)</sup> Zie bijvoorbeeld zaak C-209/07, BIDS, Jurispr. 2008, blz. I-8637, punt 17.

<sup>(7)</sup> Zie bijvoorbeeld gevoegde zaken C-501/06 P e.a., GlaxoSmithKline, punt 55, zaak C-209/07, BIDS, punt 16; zaak C-8/08, T-Mobile Netherlands, Jurispr. 2009, blz. I-4529, punt 29 e.v.; en zaak C-7/95 P, John Deere, punt 77.

<sup>(8)</sup> Zie bijvoorbeeld gevoegde zaken C-501/06 P e.a., GlaxoSmithKline, punt 58; zaak C-209/07, BIDS, punt 15 e.v.

<sup>(9)</sup> Zie zaak C-7/95 P, John Deere, punt 88; zaak C-238/05, Asnef-Equifax, punt 51.



28. Mededingingsbeperkende gevolgen op de relevante markt kunnen zich voordoen wanneer met een redelijke mate van waarschijnlijkheid kan worden verwacht dat de partijen op basis van de overeenkomst in staat zouden zijn op winstgevende wijze hun prijzen te verhogen of producthoeveelheden, productkwaliteit, productdiversiteit of innovatie te verminderen. Dit zal van verschillende factoren afhangen, zoals de aard en de inhoud van de overeenkomst, de mate waarin de partijen afzonderlijk of gezamenlijk een bepaalde mate van marktmacht hebben of verwerven en de mate waarin de overeenkomst bijdraagt tot de totstandkoming, het behoud of de versterking van deze marktmacht of de partijen in staat stelt deze marktmacht te gebruiken.
29. Om te beoordelen of een horizontale samenwerkingsovereenkomst mededingingsbeperkende gevolgen heeft in de zin van artikel 101, lid 1, moet de vergelijking worden gemaakt met de feitelijke economische en juridische context waarin de mededinging zou plaatsvinden als de overeenkomst met al haar vermeende beperkingen (d.w.z. de bestaande overeenkomst (indien reeds gesloten) of de geplande overeenkomst (indien nog niet gesloten) op het tijdstip van de beoordeling) niet bestond. Om daadwerkelijke of potentiële mededingingsbeperkende gevolgen aan te tonen, moet derhalve de concurrentie tussen de partijen en de concurrentie van derden in aanmerking worden genomen, in het bijzonder de daadwerkelijke of potentiële concurrentie die zonder de overeenkomst zou hebben bestaan. Bij deze vergelijking wordt geen rekening gehouden met mogelijke efficiëntieverbeteringen als gevolg van de overeenkomst, daar deze alleen in het kader van artikel 101, lid 3, in aanmerking zullen worden genomen.
30. Derhalve zullen horizontale samenwerkingsovereenkomsten tussen concurrenten die het project of de activiteit waarop de samenwerking betrekking heeft, niet op basis van objectieve factoren zelfstandig kunnen uitvoeren, wegens bijvoorbeeld de beperkte technische mogelijkheden van de partijen, normaal geen mededingingsbeperkende gevolgen in de zin van artikel 101, lid 1, hebben, tenzij de partijen het project met minder beperkende middelen hadden kunnen uitvoeren <sup>(1)</sup>.
31. Algemene toelichting over het begrip mededingingsbeperkende gevolgen is te vinden in de algemene richtsnoeren. Deze richtsnoeren geven aanvullende specifieke aanwijzingen voor de beoordeling van horizontale samenwerkingsovereenkomsten vanuit mededingingsoogpunt.

#### ***Aard en inhoud van de overeenkomst***

32. De aard en de inhoud van de overeenkomst houden verband met factoren zoals het gebied en het doel van de samenwerking, de concurrentieverhouding tussen de partijen en de mate waarin zij hun activiteiten bundelen. Deze factoren bepalen welke potentiële concurrentiebezwaren een horizontale samenwerkingsovereenkomst met zich kan brengen.
33. Horizontale samenwerkingsovereenkomsten kunnen de concurrentie op verschillende manieren beperken. De overeenkomst kan:
- exclusief zijn, in die zin dat zij de mogelijkheid van de partijen beperkt om als onafhankelijke economische marktdeelnemers of als partijen bij andere, concurrerende overeenkomsten, met elkaar of met derden te concurreren;
  - de partijen verplichten bepaalde activa in te brengen, waardoor hun beslissingsautonomie merkbaar wordt verminderd; of
  - de financiële belangen van de partijen zodanig beïnvloeden dat hun beslissingsautonomie merkbaar wordt beperkt. Zowel het financiële belang in de overeenkomst als de financiële belangen in andere partijen bij de overeenkomst zijn relevant voor de beoordeling.
34. Dergelijke overeenkomsten kunnen de concurrentie tussen de partijen bij de overeenkomst doen verdwijnen. Ook concurrenten kunnen de vermindering van concurrentiedruk als gevolg van de overeenkomst in hun voordeel gebruiken en het winstgevend achten hun prijzen te verhogen. De vermindering van de concurrentiedruk kan aldus tot prijsstijgingen op de relevante markt voeren. Voor de beoordeling van de overeenkomst uit mededingingsoogpunt is het relevant vast te stellen of de partijen bij de overeenkomst grote marktaandelen hebben, of zij naaste concurrenten zijn, of de afnemers beperkte mogelijkheden hebben om van leverancier te veranderen, of het onwaarschijnlijk is dat concurrenten hun aanbod verhogen indien de prijzen zouden stijgen, en of een van de partijen bij de overeenkomst een grote speler is in de concurrentiestrijd.

<sup>(1)</sup> Zie ook punt 18 van de algemene richtsnoeren.

35. Een horizontale samenwerkingsovereenkomst kan ook:
- leiden tot de openbaarmaking van strategische informatie, waarbij de kans op coördinatie tussen de partijen groter wordt, binnen of buiten het gebied waarop wordt samengewerkt;
  - aanzienlijke gemeenschappelijke kosten (d.w.z. het gedeelte van de variabele kosten dat beide partijen gemeen hebben) tot stand brengen, zodat de partijen de marktprijzen en de productie gemakkelijker kunnen coördineren.
36. Het hebben van aanzienlijke gemeenschappelijke kosten als gevolg van een horizontale samenwerkingsovereenkomst kan de partijen alleen in staat stellen de marktprijzen en de productie gemakkelijker te coördineren indien de partijen marktmacht hebben en de marktkenmerken een dergelijke coördinatie bevorderen, het samenwerkingsgebied een groot percentage van de variabele kosten van de partijen op de betrokken markt uitmaakt en de partijen hun activiteiten op het samenwerkingsgebied in ruime mate samenvoegen. Dit is bijvoorbeeld het geval wanneer zij een belangrijk halffabricaat gezamenlijk fabriceren of aankopen of een groot percentage van hun totale productie van een eindproduct gezamenlijk fabriceren of distribueren.
37. Derhalve kan een horizontale overeenkomst de beslissingsautonomie van de partijen verminderen, waardoor het waarschijnlijker wordt dat zij hun gedragingen zullen coördineren om tot een heimelijke verstandhouding te komen, maar zij kan de coördinatie ook gemakkelijker, stabielere of efficiënter maken voor de partijen die hun gedrag reeds voorheen coördineerden, doordat zij de coördinatie steviger maakt of het hen mogelijk maakt nog hogere prijzen vast te stellen.
38. Bepaalde horizontale samenwerkingsovereenkomsten, bijvoorbeeld productie- en standaardiseringsovereenkomsten, kunnen ook concurrentiebeperkende uitsluitingseffecten hebben.

#### ***Marktmacht en andere kenmerken van de markt***

39. Marktmacht is het vermogen om voor een bepaalde periode prijzen op winstgevende wijze boven het concurrerende niveau te handhaven dan wel de productie, op het stuk van producthoeveelheden, productkwaliteit, productdiversiteit of innovatie, voor een bepaalde periode op winstgevende wijze onder het concurrerende niveau te handhaven.
40. Op markten met vaste kosten moeten ondernemingen hun prijzen boven hun variabele productiekosten vaststellen om een concurrerend rendement op hun investering te garanderen. Het feit dat ondernemingen hun prijzen boven hun variabele kosten vaststellen, is derhalve op zich nog geen teken dat de mededinging op de markt niet behoorlijk functioneert en dat ondernemingen marktmacht bezitten die hen in staat stelt hun prijzen boven het concurrerende peil vast te stellen. Pas wanneer de druk van concurrenten om prijzen, producthoeveelheden, productkwaliteit, productdiversiteit en innovatie op een concurrerend niveau te houden ontoereikend is, bezitten ondernemingen marktmacht in samenhang met artikel 101, lid 1.
41. De totstandbrenging, het behoud of de versterking van marktmacht kan het gevolg zijn van superioriteit op het gebied van vaardigheden, vooruitziendheid of innovatie. Marktmacht kan ook resulteren uit een verminderde concurrentie tussen de partijen bij de overeenkomst of een van de partijen en derden, bijvoorbeeld omdat de overeenkomst leidt tot een mededingingsbeperkende afscherming van de markt tegen concurrenten doordat zij de kosten voor de concurrenten doet stijgen en hun vermogen om daadwerkelijk met de partijen bij de overeenkomst te concurreren beperkt.
42. Marktmacht is een kwestie van gradatie. De omvang van de marktmacht die is vereist om in het geval van overeenkomsten die een mededingingsbeperkend gevolg hebben, te besluiten tot een inbreuk op artikel 101, lid 1, is geringer dan de omvang van de marktmacht welke is vereist om te besluiten tot een machtspositie in de zin van artikel 102, waarvoor een aanzienlijke mate van marktmacht is vereist.
43. Het uitgangspunt voor het onderzoek van marktmacht is de positie van de partijen op de markten die door de samenwerking worden beïnvloed. Om dit onderzoek te kunnen uitvoeren, moet(en) de relevante markt(en) worden bepaald aan de hand van de methode die in de Bekendmaking marktbeoordeling is beschreven. Wanneer het om specifieke soorten markten gaat, zoals inkoop- of technologiemarkten, bieden deze richtsnoeren bijkomende aanwijzingen.

44. Wanneer de partijen samen een klein gezamenlijk marktaandeel hebben, is een mededingingsbeperkend gevolg van de horizontale samenwerkingsovereenkomst in de zin van artikel 101, lid 1, onwaarschijnlijk en is doorgaans geen verder onderzoek vereist. Wat als een „klein gezamenlijk marktaandeel” wordt beschouwd, hangt af van de soort overeenkomst ter zake en kan worden afgeleid uit de in de verschillende hoofdstukken van deze richtsnoeren aangegeven drempels voor „veilige zones”, en meer algemeen, in de bekendmaking van de Commissie inzake overeenkomsten van geringe betekenis die de mededinging niet merkbaar beperken in de zin van artikel 81, lid 1, van het Verdrag tot oprichting van de Europese Gemeenschap (de minimis) <sup>(1)</sup> („de minimis-bekendmaking”). Indien één van niet meer dan twee partijen slechts een onbeduidend marktaandeel heeft en niet over aanzienlijke middelen beschikt, kan zelfs een groot gezamenlijk marktaandeel doorgaans niet worden beschouwd als een aanwijzing voor het bestaan van waarschijnlijke mededingingsbeperkende gevolgen voor de markt <sup>(2)</sup>. Gezien de diversiteit van de vormen van horizontale samenwerkingsovereenkomsten en de uiteenlopende gevolgen die deze kunnen hebben in verschillende marktomstandigheden, is het onmogelijk een algemene marktaandeeldrempel aan te geven waarboven mag worden aangenomen dat er voldoende marktmacht is om mededingingsbeperkende gevolgen te bewerkstelligen.
45. Afhankelijk van de marktpositie van de partijen en de marktconcentratie dienen ook andere factoren zoals de stabiliteit van de marktaandelen over langere tijd, de bestaande belemmeringen voor nieuwkomers en de waarschijnlijkheid dat zij de markt betreden en de tegenmacht van kopers/leveranciers in aanmerking te worden genomen.
46. Normaliter baseert de Commissie zich in haar mededingingsrechtelijke analyse op de actuele marktaandelen <sup>(3)</sup>. Er kan evenwel ook rekening gehouden worden met redelijk zekere toekomstige veranderingen, bijvoorbeeld het feit dat ondernemingen de relevante markt zullen verlaten of betreden, of er hun activiteiten zullen uitbreiden. Historische gegevens kunnen worden gebruikt indien de marktaandelen aan sterke fluctuaties onderhevig zijn geweest, bijvoorbeeld wanneer de markt wordt gekenmerkt door grote, onregelmatige bestellingen. Veranderingen in historische marktaandelen kunnen nuttige informatie verschaffen over de werking van de concurrentie en, doordat bijvoorbeeld blijkt welke ondernemingen marktaandelen hebben gewonnen of verloren, over het te verwachten toekomstige belang van de verschillende concurrenten. In ieder geval interpreteert de Commissie de marktaandelen in het licht van de vermoedelijke marktomstandigheden, bijvoorbeeld indien de markt zeer dynamisch van aard is en indien de marktstructuur fluctueert als gevolg van innovatie of groei.
47. Wanneer toetreding tot de markt voldoende vlot gaat, wordt gewoonlijk niet verwacht dat een horizontale samenwerkingsovereenkomst mededingingsbeperkende gevolgen zal hebben. Wil toetreding geacht worden voldoende concurrentiedruk op de partijen bij een horizontale samenwerkingsovereenkomst te leggen, dan moet worden aangetoond dat de toetreding waarschijnlijk, tijdig en in voldoende mate zal plaatsvinden om de eventuele mededingingsbeperkende gevolgen van de overeenkomst te voorkomen of te neutraliseren. Bij de analyse van de toetredingskansen moet rekening worden gehouden met de invloed van bestaande horizontale samenwerkingsovereenkomsten. De waarschijnlijke of mogelijke beëindiging van een horizontale samenwerkingsovereenkomst kan een invloed hebben op de waarschijnlijkheid van een toetreding tot de markt.

### 1.2.2. Artikel 101, lid 3

48. De toetsing van de mededingingsbeperkende strekking of gevolgen aan artikel 101, lid 1, is slechts één zijde van het onderzoek. De andere zijde, die in artikel 101, lid 3, is weergegeven, is het onderzoek naar de concurrentiebevorderende gevolgen van beperkende overeenkomsten. De algemene aanpak voor de toepassing van artikel 101, lid 3, is beschreven in de algemene richtsnoeren. Wanneer in een bepaalde zaak een beperking van de mededinging in de zin van artikel 101, lid 1, is bewezen, kan artikel 101, lid 3, als verweer worden ingeroepen. Volgens artikel 2 van Verordening (EG) nr. 1/2003 van de Raad van 16 december 2002 betreffende de uitvoering van de mededingingsregels van de artikelen 81 en 82 van het Verdrag <sup>(4)</sup> rust de bewijslast op grond van artikel 101, lid 3, op de onderneming of ondernemingen die zich op die bepaling beroept dan wel beroepen. Derhalve moet de Commissie op grond van de door de onderneming(en) verstrekte feitelijke argumenten en bewijsstukken kunnen vaststellen dat het voldoende waarschijnlijk is dat met de betrokken overeenkomst al dan niet concurrentiebevorderende voordelen kunnen worden gerealiseerd <sup>(5)</sup>.

<sup>(1)</sup> PB C 368 van 22.12.2001, blz. 13.

<sup>(2)</sup> Indien er meer dan twee partijen zijn, moet het gezamenlijke marktaandeel van alle samenwerkende concurrenten aanmerkelijk groter zijn dan het marktaandeel van de grootste individuele partner.

<sup>(3)</sup> Voor de berekening van marktaandelen, zie ook de Bekendmaking marktbeoordeling, punten 54-55.

<sup>(4)</sup> PB L 1 van 4.1.2003, blz. 1.

<sup>(5)</sup> Zie bijvoorbeeld gevoegde zaken C-501/06 P e.a., GlaxoSmithKline, punten 93-95.

49. Voor de toepassing van de uitzonderingsregeling van artikel 101, lid 3, gelden vier cumulatieve voorwaarden, twee positieve en twee negatieve:
- de overeenkomst moet bijdragen tot verbetering van de productie of van de distributie van de producten of tot verbetering van de technische of economische vooruitgang, d.w.z. leiden tot efficiëntieverbeteringen;
  - de beperkingen moeten onmisbaar zijn voor het bereiken van deze doelstellingen, bijvoorbeeld efficiëntieverbeteringen;
  - een billijk aandeel in de daaruit voortvloeiende voordelen moet de gebruikers ten goede komen, d.w.z. de door de onmisbare beperkingen bereikte efficiëntieverbeteringen, met inbegrip van kwalitatieve efficiëntieverbeteringen, moeten in voldoende mate worden doorgegeven aan de gebruikers, zodat zij ten minste gecompenseerd worden voor de beperkende effecten van de overeenkomst; het is derhalve niet voldoende wanneer alleen de partijen bij de overeenkomst profiteren van de efficiëntieverbeteringen; voor de toepassing van deze richtsnoeren omvat het begrip „gebruikers” de - potentiële en/of daadwerkelijke - afnemers van de partijen bij de overeenkomst <sup>(1)</sup>; en
  - de overeenkomst mag de partijen niet de mogelijkheid geven, voor een wezenlijk deel van de betrokken producten, de mededinging uit te schakelen.
50. Op het gebied van horizontale samenwerkingsovereenkomsten bestaan er groepsvrijstellingsverordeningen op basis van artikel 101, lid 3, voor onderzoeks- en ontwikkelingsovereenkomsten <sup>(2)</sup> en specialisatieovereenkomsten (met inbegrip van overeenkomsten betreffende gezamenlijke productie) <sup>(3)</sup>. Die groepsvrijstellingsverordeningen zijn gebaseerd op de veronderstelling dat de bundeling van complementaire vaardigheden of activa tot aanzienlijke efficiëntieverbeteringen kan leiden bij onderzoeks- en ontwikkelingsovereenkomsten en specialisatieovereenkomsten. Dat kan ook het geval zijn voor andere soorten horizontale samenwerkingsovereenkomsten. Bij het onderzoek van de efficiëntievoordelen van een bepaalde overeenkomst op grond van artikel 101, lid 3, gaat het er derhalve vooral om vast te stellen welke complementaire vaardigheden en activa elke partij bijdraagt aan de overeenkomst en na te gaan of de daaruit voortvloeiende efficiëntieverbeteringen voldoen aan de voorwaarden van artikel 101, lid 3.
51. Horizontale samenwerkingsovereenkomsten kunnen op verschillende manieren tot complementariteit leiden. Door een onderzoeks- en ontwikkelingsovereenkomst kunnen verschillende onderzoekscapaciteiten worden gebundeld waardoor de partijen betere producten goedkoper kunnen produceren en de periode tot de marktintroductie kunnen verkorten. Met een productieovereenkomst kunnen de partijen schaal- of toepassingsvoordelen behalen die zij elk afzonderlijk niet zouden kunnen behalen.
52. Horizontale samenwerkingsovereenkomsten die niet leiden tot het bundelen van complementaire vaardigheden of activa, zullen waarschijnlijk minder efficiëntievoordelen opleveren die ten goede komen aan de gebruikers. Met dergelijke overeenkomsten kan wel het meermaals moeten maken van bepaalde kosten worden verminderd, bijvoorbeeld omdat bepaalde vaste kosten kunnen worden voorkomen. Bij een besparing op de vaste kosten is de waarschijnlijkheid dat deze leiden tot voordelen voor de gebruikers over het algemeen evenwel kleiner dan bij besparingen op, bijvoorbeeld, variabele of marginale kosten.
53. De algemene richtsnoeren geven nadere toelichting over de toepassing van de criteria van artikel 101, lid 3, door de Commissie.

### 1.3. Structuur van deze richtsnoeren

54. In hoofdstuk 2 worden eerst een aantal algemene beginselen voor de beoordeling van informatie-uitwisseling toegelicht, die ook van toepassing zijn op alle soorten horizontale samenwerkingsovereenkomsten waarbij informatie wordt uitgewisseld. In de daaropvolgende hoofdstukken wordt telkens één specifieke soort horizontale samenwerkingsovereenkomst behandeld. In elk hoofdstuk wordt het in punt 1.2 beschreven analytische kader gevolgd en worden de algemene beginselen inzake de uitwisseling van informatie op elk van de betrokken soorten samenwerking toegepast.

<sup>(1)</sup> Meer bijzonderheden over het begrip gebruikers zijn te vinden in punt 84 van de algemene richtsnoeren.

<sup>(2)</sup> De groepsvrijstellingsverordening inzake O&O.

<sup>(3)</sup> De groepsvrijstellingsverordening inzake specialisatie.

## 2. ALGEMENE BEGINSELEN INZAKE DE BEOORDELING VAN INFORMATIE-UITWISSELING VANUIT HET OOGPUNT VAN DE MEDEDINGING

### 2.1. Definitie en toepassingsgebied

55. Doel van dit hoofdstuk is richtsnoeren te geven voor de beoordeling van informatie-uitwisseling vanuit het oogpunt van de mededinging. De uitwisseling van informatie kan in verschillende vormen plaatsvinden. Ten eerste kunnen gegevens rechtstreeks tussen concurrenten worden uitgewisseld. Ten tweede kunnen gegevens indirect worden uitgewisseld via een gemeenschappelijke instantie (zoals een brancheorganisatie) of een derde partij, zoals een organisatie voor marktonderzoek, of via de leveranciers of afnemers van de partijen.
56. Uitwisseling van informatie vindt plaats in verschillende situaties. Er zijn overeenkomsten, besluiten van een ondernemersvereniging of onderling afgestemde feitelijke gedragingen uit hoofde waarvan informatie wordt uitgewisseld, waarbij de voornaamste economische functie in de uitwisseling van de informatie zelf besloten ligt. Daarnaast kan informatie-uitwisseling plaatsvinden in het kader van een ander soort horizontale samenwerkingsovereenkomst (bijvoorbeeld de uitwisseling van kosteninformatie tussen partijen bij een productieovereenkomst). De beoordeling van informatie-uitwisselingen van dit laatste type dient in samenhang met een beoordeling van de horizontale samenwerkingsovereenkomst zelf te geschieden.
57. De uitwisseling van informatie is een gemeenschappelijk kenmerk van vele concurrerende markten en kan verschillende soorten efficiëntieverbeteringen opleveren. Informatieasymmetrie <sup>(1)</sup> kan erdoor worden verholpen, zodat de markten efficiënter worden. Bovendien kunnen ondernemingen hun interne efficiëntie verbeteren door hun beste praktijken met elkaar te vergelijken. De uitwisseling van informatie kan ondernemingen ook helpen op hun kosten te besparen, bijvoorbeeld door hun voorraden af te bouwen, doordat bederfelijke producten sneller aan gebruikers kunnen worden geleverd of door in te spelen op een onstabiele vraag, enz. Bovendien kan de uitwisseling van informatie rechtstreeks ten goede komen aan de gebruikers doordat hun zoekkosten verminderd en hun keuzemogelijkheden vergroot worden.
58. De uitwisseling van marktinformatie kan echter ook tot een beperking van de mededinging leiden, vooral wanneer ondernemingen kennis kunnen krijgen van de marktstrategieën van hun concurrenten <sup>(2)</sup>. Welk effect informatie-uitwisseling op de mededinging heeft, hangt af van de kenmerken van de markt waarop de uitwisseling plaatsvindt (zoals de concentratie, transparantie, stabiliteit, symmetrie, complexiteit van de markt enz.) evenals van het soort informatie dat wordt uitgewisseld, omdat hierdoor de relevante marktomgeving zodanig kan worden veranderd dat deze zich leent voor coördinatie.
59. Bovendien kan de uitwisseling van gegevens tussen concurrenten onderling een overeenkomst, een onderling afgestemde feitelijke gedraging, of een besluit van een ondernemersvereniging vormen met het doel met name prijzen of hoeveelheden vast te stellen. Dit soort informatie-uitwisselingen zal in de regel als een kartel worden beschouwd en beboet. Informatie-uitwisseling kan tevens de tenuitvoerlegging van een kartel vergemakkelijken doordat ondernemingen in staat worden gesteld te controleren of de deelnemers zich aan de overeengekomen voorwaarden houden. Deze vormen van informatie-uitwisseling worden als onderdeel van het kartel onderzocht.

#### ***Onderling afgestemde feitelijke gedraging***

60. De uitwisseling van informatie kan uitsluitend aan artikel 101 worden getoetst indien zij een overeenkomst, een onderling afgestemde feitelijke gedraging of een besluit van een ondernemersvereniging vormt of daarvan deel uitmaakt. Het bestaan van een overeenkomst, onderling afgestemde feitelijke gedraging of besluit van een ondernemersvereniging betekent niet noodzakelijk dat er sprake is van een beperking van de mededinging in de zin van artikel 101, lid 1. Overeenkomstig de rechtspraak van het Hof van Justitie van de Europese Unie wordt met het begrip „onderling afgestemde feitelijke gedraging” een vorm van coördinatie tussen ondernemingen bedoeld die, zonder dat het tot een eigenlijke overeenkomst komt, de risico's van onderlinge concurrentie welbewust vervangt door een feitelijke samenwerking <sup>(3)</sup>. De criteria coördinatie en samenwerking, die voorwaarden zijn voor onderling afgestemde feitelijke gedragingen, houden allerminst in dat er een echt „plan” moet zijn opgesteld, maar dienen te worden verstaan in het licht van de in de Verdragsbepalingen inzake de mededinging

<sup>(1)</sup> De economische theorie inzake informatieasymmetrie betreft het onderzoek van besluiten waarbij de ene partij over meer informatie beschikt dan de andere.

<sup>(2)</sup> Zie zaak C-7/95 P, John Deere, punt 88.

<sup>(3)</sup> Zie bijvoorbeeld zaak C-8/08, T-Mobile Nederland, punt 26; gevoegde zaken C-89/85 e.a., Houtslip, Jurispr. 1993, blz. 1307, punt 63.

besloten voorstelling, dat iedere ondernemer zelfstandig moet bepalen welk beleid hij op de interne markt zal voeren en welke condities hij zijn klanten zal bieden <sup>(1)</sup>.

61. Dit betekent niet dat een onderneming haar beleid niet op een verstandige wijze aan het daadwerkelijke of te verwachten marktgedrag van haar concurrenten zou mogen aanpassen. Daarentegen staat deze eis echter wel onverbiddeijk in de weg aan enigerlei al dan niet rechtstreeks contact tussen concurrenten, dat tot doel of ten gevolge heeft dat mededingingsvoorwaarden ontstaan die, gelet op de aard van de producten of verleende diensten, de grootte en het aantal van de ondernemingen en de omvang van de betrokken markt, niet met de normaal te achten voorwaarden van die markt overeenkomen <sup>(2)</sup>. Elk al dan niet rechtstreeks contact tussen concurrenten is verboden, wanneer dat contact tot doel of ten gevolge heeft dat daardoor hetzij het marktgedrag van een bestaande of potentiële concurrent wordt beïnvloed, hetzij die concurrent op de hoogte wordt gebracht van het eigen aangenomen of voorgenomen marktgedrag, waardoor een heimelijke verstandhouding op de markt in de hand wordt gewerkt <sup>(3)</sup>. Uitwisseling van informatie kan derhalve een onderling afgestemde feitelijke gedraging opleveren, indien de strategische onzekerheid <sup>(4)</sup> op de markt erdoor wordt verminderd en een heimelijke verstandhouding aldus in de hand wordt gewerkt, d.w.z. indien de uitgewisselde gegevens van strategisch belang zijn. Bijgevolg komt het uitwisselen van strategische gegevens tussen concurrenten neer op onderlinge afstemming, omdat het de onafhankelijkheid van het marktgedrag van concurrenten beperkt en de stimulansen om te concurreren vermindert.
62. Zelfs wanneer slechts één onderneming strategische informatie doorgeeft aan een of meer concurrenten die dat aanvaarden, kan dit neerkomen op een onderling afgestemde feitelijke gedraging <sup>(5)</sup>. Het doorgeven van informatie kan bijvoorbeeld gebeuren via de post, e-mails, telefoongesprekken, bijeenkomsten enz. Daarbij doet het niet ter zake of slechts één onderneming eenzijdig haar concurrenten in kennis stelt van haar voorgenomen marktgedrag dan wel of alle deelnemende ondernemingen elkaar informeren over hun respectieve overwegingen en voornemens. Wanneer slechts één onderneming aan haar concurrenten strategische informatie doorgeeft over haar commerciële beleidsvoornemens, vermindert dat voor alle betrokken concurrenten de strategische onzekerheid over de toekomstige marktwerking en neemt het risico op een verzwakte mededinging en op collusie toe <sup>(6)</sup>. Zo zal bijvoorbeeld het loutere bijwonen van een bijeenkomst <sup>(7)</sup> waarop een onderneming haar voorgenomen prijsbeleid onthult aan haar concurrenten, waarschijnlijk onder het verbod van artikel 101, lid 1, vallen, zelfs zonder dat uitdrukkelijk is overeengekomen de prijzen te verhogen <sup>(8)</sup>. Wanneer een onderneming van een concurrent strategische informatie ontvangt (in een bijeenkomst, per post of via elektronische weg), wordt zij geacht deze informatie te hebben aanvaard en haar marktgedrag dienovereenkomstig te hebben aangepast, tenzij zij ondubbelzinnig te kennen heeft gegeven dat zij dergelijke gegevens niet wenst te ontvangen <sup>(9)</sup>.
63. Wanneer een onderneming eenzijdig een echt publieke aankondiging doet, bijvoorbeeld via een krant, vormt dit in de regel geen onderling afgestemde feitelijke gedraging in de zin van artikel 101, lid 1 <sup>(10)</sup>. Afhankelijk van de achterliggende feiten in de concrete zaak kan evenwel niet de mogelijkheid worden uitgesloten dat toch wordt vastgesteld dat er sprake is van een onderling afgestemde feitelijke gedraging, bijvoorbeeld wanneer een dergelijke aankondiging gevolgd wordt door publieke aankondigingen van andere concurrenten, niet in de laatste plaats omdat strategische antwoorden van concurrenten op elkaars publieke aankondigingen (bijvoorbeeld met correcties op hun eigen eerdere aankondigingen om die af te stemmen op die van hun concurrenten) een strategie zouden kunnen blijken te zijn om tot overeenstemming te komen over coördinatievoorwaarden.

<sup>(1)</sup> Zie zaak C-7/95 P, John Deere, punt 86.

<sup>(2)</sup> Zie zaak C-7/95 P, John Deere, punt 87.

<sup>(3)</sup> Gevoegde zaken 40/73 e.a., Suiker Unie, Jurispr. 1975, blz. 1663, punt 173 e.v.

<sup>(4)</sup> Strategische onzekerheid op de markt is een gevolg van de grote diversiteit van mogelijke heimelijke verstandhoudingen en van het feit dat ondernemingen geen volledige kijk hebben op de acties van hun concurrenten en van nieuwkomers in heden en verleden.

<sup>(5)</sup> Zie bijvoorbeeld gevoegde zaken T-25/95 e.a., Cimenteries CBR e.a., Jurispr. 2000, blz. II-491, punt 1849: „[...] het begrip onderling afgestemde feitelijke gedraging [onderstelt] inderdaad het bestaan van wederkerige contacten [...]. Aan deze voorwaarde wordt voldaan, wanneer een concurrent is verzocht om zijn voornemens of toekomstig marktgedrag aan een andere concurrent mee te delen, of wanneer deze laatste dat heeft aanvaard.”

<sup>(6)</sup> Zie de conclusie van advocaat-generaal Kokott in zaak C-8/08, T-Mobile Nederland, Jurispr. 2009, blz. I-4529, punt 54.

<sup>(7)</sup> Zie zaak C-8/08, T-Mobile Netherlands, punt 59: „Het is echter niet uitgesloten dat, afhankelijk van de structuur van de markt, een eenmalig contact zoals dat in het hoofdgeding, in beginsel kan volstaan opdat de betrokken ondernemingen hun marktgedrag afstemmen en zo komen tot een feitelijke samenwerking die in de plaats komt van de mededinging en van de risico's die deze meebrengt.”

<sup>(8)</sup> Zie gevoegde zaken T-202/98 enz., Tate & Lyle / Commissie, Jurispr. 2001, blz. II-2035, punt 54.

<sup>(9)</sup> Zie Zaak C-199/92 P, Hüls, Jurispr. 1999, blz. I-4287, punt 162; zaak C-49/92 P, Anic Partecipazioni, Jurispr. 1999, blz. I-4125, punt 121.

<sup>(10)</sup> Dit geldt evenwel niet voor gevallen waarin dergelijke aankondigingen een uitnodiging tot collusie inhouden.

## 2.2. Beoordeling op grond van artikel 101, lid 1

### 2.2.1. Voornaamste mededingingsbezwaren <sup>(1)</sup>

64. Wanneer eenmaal vaststaat dat er sprake is van een overeenkomst, een onderling afgestemde feitelijke gedraging of een besluit van een ondernemersvereniging, moet worden nagegaan wat de belangrijkste mededingingsbezwaren zijn met betrekking tot informatie-uitwisseling.

#### **Heimelijke verstandhouding**

65. Doordat de uitwisseling van strategische informatie de transparantie op de markt kunstmatig vergroot, kan zij de coördinatie (d.w.z. afstemming) van het concurrentiegedrag van ondernemingen in de hand werken en uiteindelijk een beperking van de mededinging tot gevolg hebben. Dit kan zich op verschillende manieren voordoen.
66. Ten eerste kunnen ondernemingen door de uitwisseling van informatie overeenstemming bereiken over coördinatie van hun marktgedrag, wat tot een heimelijke verstandhouding op de markt kan leiden. De uitwisseling van informatie kan onderling samenhangende verwachtingen doen ontstaan betreffende de onzekerheden op de markt. Op basis daarvan kunnen ondernemingen vervolgens afspraken maken over de coördinatie van hun concurrentiegedrag, zonder dat deze coördinatie noodzakelijkerwijs expliciet wordt vastgelegd in een overeenkomst. Vooral de uitwisseling van informatie over voorgenomen toekomstig gedrag biedt ondernemingen de mogelijkheid dergelijke afspraken te maken.
67. Ten tweede kan de uitwisseling van informatie mededingingsbeperkende gevolgen hebben doordat de interne stabiliteit van een heimelijke verstandhouding op de markt wordt versterkt. Dit hangt met name samen met het feit dat de ondernemingen in staat worden gesteld controle uit te oefenen op afwijkend gedrag. De informatie-uitwisseling kan de transparantie van de markt immers zodanig vergroten dat de bij de afspraken betrokken ondernemingen afdoende kunnen controleren of andere ondernemingen van de heimelijke verstandhouding afwijken, en dus ook weten wanneer zij vergeldingsmaatregelen moeten nemen. Zowel de uitwisseling van actuele als van historische gegevens kan een dergelijk controlemechanisme vormen. Dit kan ofwel ondernemingen in staat stellen een heimelijke verstandhouding te bereiken op markten waarop dit anders niet mogelijk zou zijn, of het kan de stabiliteit van een heimelijke verstandhouding die reeds op de markt bestaat, versterken (zie voorbeeld 3 in punt 107).
68. In de derde plaats kan de uitwisseling van informatie een beperking van de mededinging tot gevolg hebben doordat de externe stabiliteit van een heimelijke verstandhouding op de markt wordt versterkt. Dankzij de uitwisseling van informatie die de markttransparantie vergroot kunnen de bij de afspraken betrokken ondernemingen nagaan waar en wanneer andere ondernemingen de markt proberen te betreden, waardoor zij gericht tegen de nieuwkomer kunnen optreden. Dit kan logischerwijs uitmonden in de in de punten 69, 70 en 71 besproken concurrentieverstorende afscherming. Zowel de uitwisseling van actuele als van historische gegevens kan een dergelijk controlemechanisme vormen.

#### **Concurrentieverstorende afscherming**

69. Naast het in de hand werken van collusie kan een uitwisseling van informatie ook leiden tot concurrentieverstorende markt afscherming <sup>(2)</sup>.
70. Een exclusieve uitwisseling van informatie zou tot concurrentieverstorende afscherming kunnen leiden op dezelfde markt als die waarop de uitwisseling plaatsvindt. Dit kan het geval zijn wanneer concurrenten die niet aan een uitwisseling van commercieel gevoelige informatie deelnemen daardoor een aanzienlijk concurrentienadeel oplopen ten opzichte van de ondernemingen die wel aan het uitwisselingsstelsel deelnemen. Deze vorm van markt afscherming is alleen mogelijk indien de betrokken informatie voor de mededinging van groot strategisch belang is en een aanzienlijk deel van de relevante markt bestrijkt.
71. Het valt niet uit te sluiten dat de uitwisseling van informatie eveneens kan leiden tot concurrentieverstorende uitsluiting van derden op een verwante markt. Zo kunnen partijen – bijvoorbeeld verticaal geïntegreerde ondernemingen – die in een upstream-markt informatie uitwisselen, als zij door die uitwisseling van informatie voldoende marktmacht verwerven, wellicht de prijs van een zeer belangrijk productonderdeel voor een downstream-markt verhogen. Zo zouden zij de kosten van hun downstream-concurrenten kunnen verhogen, wat tot concurrentieverstorende afscherming op de downstream-markt zou kunnen leiden.

<sup>(1)</sup> Met de term „voornaamste mededingingsbezwaren” wordt aangegeven dat de daaropvolgende beschrijving van mededingingsbezwaren niet exclusief of uitputtend is.

<sup>(2)</sup> Wat betreft de problemen in verband met markt afscherming waartoe verticale overeenkomsten aanleiding kunnen geven, zie de punten 100 e.v. van de richtsnoeren inzake verticale beperkingen.

### 2.2.2. Mededingingsbeperkende strekking

72. Uitwisseling van informatie die tot doel heeft de mededinging op de markt te beperken, zal worden geacht een mededingingsbeperkende strekking te hebben. Bij de beoordeling of een uitwisseling van informatie een mededingingsbeperkende strekking heeft, zal de Commissie bijzondere aandacht besteden aan de juridische en economische context waarin de informatie-uitwisseling plaatsvindt <sup>(1)</sup>. Daarbij zal de Commissie er rekening mee houden of de informatie-uitwisseling op zichzelf eventueel kan leiden tot een beperking van de mededinging <sup>(2)</sup>.
73. Vooral bij de uitwisseling van informatie over specifieke voornemens van ondernemingen met betrekking tot hun toekomstig gedrag op het gebied van prijzen of hoeveelheden <sup>(3)</sup> is de kans bijzonder groot dat een heimelijke verstandhouding ontstaat. Wanneer concurrenten elkaar in kennis stellen van hun voorgenomen gedrag kunnen zij een hoger gemeenschappelijk prijsniveau tot stand brengen zonder het risico te lopen marktaandeel te verliezen of gedurende de periode van aanpassing aan de nieuwe prijzen een prijsoorlog te ontketenen (zie voorbeeld 1 in punt 105). Bovendien is het bij de uitwisseling van informatie over voorgenomen gedrag minder waarschijnlijk dat een concurrentiebevorderend doel wordt beoogd dan bij de uitwisseling van actuele gegevens.
74. De uitwisseling tussen concurrenten van individuele gegevens inzake voorgenomen toekomstige prijzen of hoeveelheden dient derhalve te worden beschouwd als mededingingsbeperkende strekking <sup>(4)</sup> <sup>(5)</sup>. Daarenboven zouden particuliere uitwisselingen van individuele voornemens met betrekking tot toekomstige prijzen of hoeveelheden tussen concurrenten in de regel als kartels worden beschouwd en beboet, omdat deze over het algemeen het vaststellen van prijzen of hoeveelheden beogen. Informatie-uitwisselingen die tot kartelvorming leiden, maken niet alleen inbreuk op artikel 101, lid 1, maar voldoen hoogstwaarschijnlijk ook niet aan de voorwaarden van artikel 101, lid 3.

### 2.2.3. Mededingingsbeperkende gevolgen

75. Wat de vermoedelijke gevolgen van een informatie-uitwisseling voor de mededinging zijn, moet per geval worden onderzocht, aangezien de uitkomst van de beoordeling afhangt van een combinatie van uiteenlopende factoren die eigen zijn aan de zaak. Bij de beoordeling van de mededingingsbeperkende gevolgen moeten de waarschijnlijke gevolgen van de informatie-uitwisseling worden vergeleken met de concurrentiesituatie die zonder deze specifieke informatie-uitwisseling zou hebben bestaan <sup>(6)</sup>. De uitwisseling van informatie heeft mededingingsbeperkende gevolgen in de zin van artikel 101, lid 1, wanneer deze naar alle waarschijnlijkheid een merkbaar negatieve invloed zal hebben op een (of meer) van de concurrentieparameters zoals prijs, producthoeveelheden, productkwaliteit, productdiversiteit en innovatie. Of een uitwisseling van informatie mededingingsbeperkende gevolgen heeft, hangt zowel af van de economische situatie op de relevante markten als van de kenmerken van de uitgewisselde informatie.
76. Bepaalde marktvoorwaarden kunnen coördinatie vergemakkelijken en de interne of externe handhaving ervan vereenvoudigen <sup>(7)</sup>. Op dergelijke markten leidt de uitwisseling van informatie mogelijk

<sup>(1)</sup> Zie bijvoorbeeld gevoegde zaken C-501/06 P e.a., GlaxoSmithKline, punt 58; Zaak C-209/07, BIDS, punten 15 en volgende.

<sup>(2)</sup> Zie ook de algemene richtsnoeren, punt 22.

<sup>(3)</sup> Informatie over voorgenomen toekomstige hoeveelheden zou bijvoorbeeld kunnen slaan op voorgenomen toekomstige verkopen, marktaandelen, grondgebieden of klantenbestanden.

<sup>(4)</sup> Het begrip „voorgenomen toekomstige prijzen” wordt in voorbeeld 1 geïllustreerd. In specifieke situaties waarin ondernemingen zich ertoe verbinden in de toekomst te verkopen tegen de prijzen die zij eerder aan het publiek hebben aangekondigd (d.w.z. dat zij deze niet kunnen aanpassen), zouden deze publieke aankondigingen van individuele toekomstige prijzen of hoeveelheden niet worden beschouwd als voornemens en derhalve ook niet als mededingingsbeperkende strekking. Dit kan onder meer het geval zijn op grond van de frequente interacties en de specifieke aard van de relatie die een onderneming met haar klanten heeft, bijvoorbeeld omdat het van wezenlijk belang is dat de klanten vooraf de toekomstige prijzen kennen of omdat zij reeds van tevoren tegen deze prijzen kunnen intekenen. De reden hiervoor is dat in dergelijke situaties de informatie-uitwisseling een duurder middel zou zijn om op de markt een feitelijke verstandhouding tot stand te brengen dan het uitwisselen van gegevens over toekomstige prijzen en waarschijnlijk eerder zou plaatsvinden om concurrentiebevorderende redenen. Dit betekent echter niet dat het vaststellen van vaste prijzen voor de klanten in het algemeen per definitie concurrentiebevorderend is. Integendeel, het zou de mogelijkheid beperken om van een feitelijke verstandhouding af te wijken en deze op die manier stabiel te maken.

<sup>(5)</sup> Dit doet geen afbreuk aan het feit dat publieke aankondigingen van voorgenomen individuele prijzen kunnen leiden tot efficiëntieverbeteringen en dat de partijen bij een dergelijk informatie-uitwisseling mogelijk in aanmerking komen voor artikel 101, lid 3.

<sup>(6)</sup> Zaak C-7/95 P, John Deere, punt 76.

<sup>(7)</sup> De uitwisseling van informatie kan de mededinging beperken op een wijze die vergelijkbaar is met een fusie, indien de coördinatie op de markt er doeltreffender, stabielere of waarschijnlijker door wordt; zie zaak C-413/06 P, Sony, Jurispr. 2008, blz. I-4951, punt 123, waarin het Hof van Justitie de criteria onderschreef die door het Gerecht waren vastgesteld in zaak T-342/99, Airtours, Jurispr. 2002, blz. II-2585, punt 62.



tot een ernstiger beperking van de mededinging dan op markten waarop andere voorwaarden gelden. Maar ook indien de marktvoorwaarden van dien aard zijn dat coördinatie vóór de uitwisseling moeilijk kan worden gehandhaafd, kunnen zij door de uitwisseling van informatie zodanig worden gewijzigd dat coördinatie wel mogelijk wordt – bijvoorbeeld doordat de transparantie op de markt wordt vergroot, de complexiteit van de markt wordt verminderd, instabiliteit wordt tegengegaan of asymmetrie wordt opgeheven. Daarom is het van belang de mededingingsbeperkende gevolgen van de informatie-uitwisseling zowel in de context van de oorspronkelijke marktvoorwaarden te beoordelen als in het licht van de wijze waarop de informatie-uitwisseling deze voorwaarden wijzigt. Hierbij dienen tevens de bijzondere kenmerken van het betrokken systeem te worden beoordeeld, waaronder het doel ervan, de voorwaarden voor toegang tot en deelname in het systeem. Voorts moeten de frequentie van de uitwisseling en het soort informatie dat is uitgewisseld, worden onderzocht (bijvoorbeeld of het openbare of vertrouwelijke, geaggregeerde of gedetailleerde, historische of actuele informatie betreft), alsmede het belang ervan voor de vaststelling van prijzen, hoeveelheden of voorwaarden van dienstverlening <sup>(1)</sup>. Bij deze beoordeling zijn de volgende factoren relevant.

i) Marktkenmerken

77. Ondernemingen zullen gemakkelijker tot een heimelijke verstandhouding komen op markten die voldoende transparant, geconcentreerd, niet-complex, stabiel en symmetrisch zijn. Op dit soort markten is het voor ondernemingen eenvoudig tot overeenstemming te komen over de coördinatievoorwaarden en afwijkingen vast te stellen en te bestraffen. Uitwisseling van informatie kan ondernemingen echter ook in staat stellen een heimelijke verstandhouding te bereiken in andere marktsituaties, waarin dit zonder informatie-uitwisseling niet mogelijk zou zijn. Daarbij kan informatie-uitwisseling het bereiken van een heimelijke verstandhouding vergemakkelijken doordat zij de transparantie op de markt vergroot, de complexiteit van de markt vermindert, de instabiliteit tegengaat of de asymmetrie opheft. In dit verband hangt het effect van informatie-uitwisseling op de mededinging niet alleen af van de oorspronkelijke kenmerken van de markt waarin zij plaatsvindt (zoals de concentratiegraad, transparantie, stabiliteit, complexiteit, enz.), maar ook van de wijze waarop het soort uitgewisselde informatie deze kenmerken kan veranderen <sup>(2)</sup>.
78. Een heimelijke verstandhouding zal vaker voorkomen in transparante markten. Transparantie kan heimelijke afspraken in de hand werken doordat ondernemingen in staat worden gesteld overeenstemming te bereiken over de coördinatievoorwaarden en/of doordat de interne en externe stabiliteit van collusie worden vergroot. De uitwisseling van informatie kan de transparantie vergroten en daarmee de onzekerheid verminderen over de strategische variabelen van mededinging (zoals prijzen, output, vraag, kosten, enz.). Hoe lager het bestaande transparantieniveau op de markt, des te groter kan de bijdrage van informatie-uitwisseling tot het bereiken van heimelijke verstandhouding zijn. Informatie-uitwisseling die slechts in geringe mate bijdraagt tot markttransparantie zal minder gauw mededingingsbeperkende gevolgen hebben dan een uitwisseling van informatie waarbij de transparantie aanzienlijk wordt vergroot. Het is derhalve de combinatie van het bestaande transparantieniveau en de mate waarin dit niveau door de informatie-uitwisseling wordt gewijzigd, die bepaalt in hoeverre de informatie-uitwisseling mededingingsbeperkende gevolgen zal hebben. Het bestaande transparantieniveau hangt onder meer samen met het aantal marktdeelnemers en de aard van de transacties, variërend van openbare transacties tot vertrouwelijke bilaterale onderhandelingen tussen kopers en verkopers. Om te kunnen beoordelen of het transparantieniveau in de markt is gewijzigd, is het noodzakelijk om na te gaan in hoeverre de beschikbare informatie door ondernemingen kan worden gebruikt om de activiteiten van hun concurrenten te bepalen.
79. Hechte oligopolies kunnen een heimelijke verstandhouding op de markt bevorderen omdat het voor een gering aantal ondernemingen gemakkelijker is om overeenstemming te bereiken over de coördinatievoorwaarden en om controle uit te oefenen op afwijkend gedrag. Een heimelijke verstandhouding kan met minder ondernemingen wellicht ook beter worden gehandhaafd. Wanneer een groter aantal ondernemingen hun gedrag coördineren, zijn de voordelen van afwijkend gedrag groter omdat met lagere prijzen een groter marktaandeel kan worden verkregen. Tegelijkertijd zijn de voordelen die uit de heimelijke verstandhouding voortvloeien minder groot omdat de voordelen ervan door meer partijen moet worden gedeeld. Bij hechte oligopolies is de kans groter dat informatie-uitwisseling mededingingsbeperkende gevolgen zal hebben dan bij minder hechte oligopolies, en op zeer gefragmenteerde markten zijn dergelijke mededingingsbeperkende gevolgen zelfs niet waarschijnlijk. Door de transparantie te verhogen of de marktsituatie anderszins zo te wijzigen dat coördinatie wordt vergemakkelijkt, kan de uitwisseling van informatie ertoe leiden dat meer ondernemingen hun gedrag coördineren en elkaar controleren dan zonder informatie-uitwisseling mogelijk zou zijn geweest.

<sup>(1)</sup> Zaak C-238/05, Asnef-Equifax, punt 54.

<sup>(2)</sup> De bespreking in de punten 78 tot en met 85 bevat geen volledige lijst van relevante marktkenmerken. Er kunnen andere marktkenmerken zijn die voor het organiseren van bepaalde vormen van informatie-uitwisseling belangrijk zijn.

80. Het zal voor ondernemingen doorgaans moeilijk zijn om in een complexe marktomgeving een heimelijke verstandhouding tot stand te brengen. Tot op zekere hoogte kan informatie-uitwisseling een dergelijke omgeving evenwel minder complex maken. In een complexe marktomgeving is gewoonlijk meer uitwisseling van informatie nodig om overeenstemming te bereiken over coördinatievoorwaarden en om controle uit te oefenen op afwijkend gedrag. Het is bijvoorbeeld gemakkelijker een heimelijke verstandhouding te bereiken met betrekking tot de prijs van één enkel homogeen product dan voor honderden prijzen in een markt met veel gedifferentieerde producten. Toch is het mogelijk dat ondernemingen, om de problemen te vermijden die het streven naar een heimelijke verstandhouding met betrekking tot een groot aantal prijzen met zich brengt, informatie uitwisselen om eenvoudige prijszettingregels in te voeren (bijvoorbeeld prijspunten).
81. Heimelijke verstandhouding komt vaker voor wanneer de vraag- en aanbodsituatie betrekkelijk stabiel is <sup>(1)</sup>. In een instabiele omgeving zal het voor een onderneming waarschijnlijk moeilijk zijn vast te stellen of de daling van haar afzet het gevolg is van een algemeen laag vraagniveau of dat deze wordt veroorzaakt door de bijzonder lage prijzen van een concurrent, en daarom is een heimelijke verstandhouding moeilijk te handhaven. In dit verband kunnen een volatiele vraag, een sterke interne groei van bepaalde ondernemingen op de markt, of het feit dat geregeld nieuwe ondernemingen tot de markt toetreden, erop wijzen dat de bestaande situatie niet zo stabiel is dat coördinatie voor de hand ligt <sup>(2)</sup>. De uitwisseling van informatie kan in bepaalde situaties ten doel hebben de stabiliteit op de markt te vergroten, wat misschien een heimelijke verstandhouding op de markt mogelijk maakt. Bovendien kan coördinatie op markten waarop innovatie een belangrijke rol speelt moeilijker zijn omdat met name belangrijke innovaties een onderneming in staat kunnen stellen een aanzienlijk voordeel te behalen ten opzichte van haar concurrenten. Een heimelijke verstandhouding kan slechts duurzaam zijn indien de resultaten die ervan worden verwacht niet in gevaar kunnen worden gebracht door de reacties van buitenstaanders, zoals huidige en toekomstige concurrenten die niet aan de coördinatie deelnemen, en van klanten. Het bestaan van toetredingsdrempels vergroot in dit verband de kans dat een duurzame heimelijke verstandhouding op de markt haalbaar is.
82. Een heimelijke verstandhouding zal zich eerder voordoen bij symmetrische marktstructuren. Wanneer ondernemingen homogeen zijn wat hun kosten, vraag, marktaandeel, productassortiment, capaciteiten, enz. betreft, zullen zij gemakkelijker overeenstemming kunnen bereiken over coördinatievoorwaarden, omdat hun drijfveren gelijklopend zijn. De uitwisseling van informatie kan onder bepaalde omstandigheden echter ook in meer heterogene marktstructuren een heimelijke verstandhouding doen ontstaan. De uitwisseling van informatie kan ondernemingen bewustmaken van hun verschillen en hen helpen manieren te vinden om met het oog op coördinatie een oplossing te vinden voor hun heterogeniteit.
83. De stabiliteit van een heimelijke verstandhouding hangt tevens af van de vraag in hoeverre ondernemingen hun toekomstige winst mede in rekening brengen. Hoe hoger ondernemingen de winst die zij thans via prijsconcurrentie behalen, waarden in vergelijking met alle toekomstige winst die zij in het kader van de heimelijke verstandhouding tegemoet kunnen zien, des te kleiner is de kans dat zij tot een heimelijke verstandhouding zullen komen.
84. Evenzo zal een heimelijke verstandhouding zich eerder voordoen tussen ondernemingen die gedurende lange tijd op dezelfde markt zullen blijven opereren, omdat zij meer belang hebben bij coördinatie. Wanneer in een dergelijke scenario een onderneming weet dat zij langdurig met de andere ondernemingen te maken zal hebben, zal zij eerder geneigd zijn een heimelijke verstandhouding tot stand te brengen, omdat de winst die jaar na jaar uit deze verstandhouding zal voortvloeien meer waard zal zijn dan de winst op korte termijn welke zij met afwijkend gedrag zou kunnen hebben behaald voordat de andere ondernemingen de afwijking vaststellen en tegenmaatregelen nemen.
85. Wil een heimelijke verstandhouding duurzaam zijn, dan moet in het algemeen de dreiging van snelle en doortastende tegenmaatregelen voldoende geloofwaardig zijn. Een heimelijke verstandhouding is niet houdbaar op een markt waarin de gevolgen van afwijkend gedrag niet voldoende ernstig zijn om alle coördinerende ondernemingen ervan te overtuigen dat het in hun eigen belang is de verstandhouding na te leven. Zo kan het op een markt die wordt gekenmerkt door incidentele, omvangrijke orders, moeilijk zijn een voldoende krachtig disciplineringsmechanisme vast te stellen, aangezien de winst die afwijkend gedrag op het juiste ogenblik oplevert, wellicht groot, zeker en onmiddellijk is, terwijl het verlies dat het gevolg is van een bestraffing, waarschijnlijk gering en onzeker is, en zich pas na een zekere tijd zou laten gevoelen. De geloofwaardigheid van het disciplineringsmechanisme hangt mede af van de mate waarin de andere bij de coördinatie betrokken ondernemingen een prikkel

<sup>(1)</sup> Zie zaak T-35/92, John Deere, Jurispr. 1994, blz. II-957, punt 78.

<sup>(2)</sup> Zie beschikking van de Commissie in zaken IV/31.370 en 31446, UK Agricultural Tractor Registration Exchange, PB L 68 van 13.3.1992, blz. 19, overweging 51, en zaak T-35/92, John Deere, punt 78. Het is niet noodzakelijk dat er sprake is van volledige stabiliteit of dat hevige concurrentie uitgesloten is.

hebben om tegenmaatregelen te nemen. Of die prikkel er is, wordt bepaald door een afweging tussen het kortetermijnverlies dat zij zullen lijden door een prijzenoorlog te ontketenen, en de langetermijnwinst die zij eventueel zullen boeken als zij de heimelijke verstandhouding kunnen herstellen. Zo zullen ondernemingen wellicht gemakkelijker tegenmaatregelen kunnen nemen als er tussen hen ook verticale commerciële betrekkingen bestaan waarvan zij bij afwijkingen gebruik kunnen maken om te dreigen met sancties.

## ii) Kenmerken van de informatie-uitwisseling

### *Strategische informatie*

86. De uitwisseling tussen concurrenten van strategische gegevens, d.w.z. gegevens die de strategische onzekerheid op de markt verminderen, zal eerder onder artikel 101 vallen dan de uitwisseling van andere soorten informatie. Het uitwisselen van strategische gegevens kan mededingingsbeperkende gevolgen hebben aangezien de besluitvormingsautonomie van de partijen wordt aangetast doordat hun prikkels om te concurreren afnemen. Strategische informatie kan betrekking hebben op prijzen (bijvoorbeeld actuele prijzen, kortingen, prijsverhogingen, prijsverlagingen, rabatten), klantenbestanden, productiekosten, hoeveelheden, omzet, verkopen, capaciteit, kwaliteit, marketingplannen, risico's, programma's, investeringen, technologieën, alsmede O&O-programma's en de resultaten daarvan. Over het algemeen is informatie inzake prijzen en hoeveelheden strategisch het belangrijkste, gevolgd door informatie over kosten en vraag. Indien ondernemingen op het gebied van O&O concurreren, zijn wellicht de technologische gegevens het meest strategisch voor de mededinging. Het strategisch niet van de gegevens hangt tevens af van de mate van aggregatie, de ouderdom ervan, de marktcontext en de frequentie van de uitwisseling.

### *Dekking van de markt*

87. Een uitwisseling van informatie zal vermoedelijk slechts mededingingsbeperkende gevolgen hebben wanneer de aan de uitwisseling deelnemende ondernemingen een groot deel van de relevante markt bestrijken. Anders zouden de concurrenten die niet aan de uitwisseling van informatie deelnemen het eventuele concurrentieverstorende gedrag van de betrokken ondernemingen kunnen beteugelen. Zo zouden ondernemingen die niet aan het informatie-uitwisselingssysteem deelnemen de externe stabiliteit van een heimelijke verstandhouding in gevaar kunnen brengen door onder het gecoördineerde prijsniveau te verkopen.
88. Wat een „voldoende groot deel van de markt” is, kan niet in algemene termen worden vastgesteld en zal afhangen van de specifieke omstandigheden van elk geval en van het soort informatie-uitwisseling. Wanneer een uitwisseling van informatie echter plaatsvindt in het kader van een ander soort horizontale samenwerkingsovereenkomst en niet verder gaat dan hetgeen voor de tenuitvoerlegging ervan noodzakelijk is, zal een marktdekking die niet hoger is dan de marktaandeeldrempels welke in het desbetreffende hoofdstuk van deze richtsnoeren, de desbetreffende groepsvrijstellingsverordening <sup>(1)</sup> of de „de minimis”-mededeling voor het desbetreffende type overeenkomst worden genoemd, doorgaans niet zo groot zijn dat de informatie-uitwisseling mededingingsbeperkende gevolgen heeft.

### *Geaggregeerde/geïndividualiseerde gegevens*

89. De uitwisseling van echt geaggregeerde gegevens, dat wil zeggen gegevens waaruit zeer moeilijk informatie op het niveau van de individuele onderneming kan worden afgeleid, leidt veel minder snel tot een beperking van de mededinging dan de uitwisseling van gegevens op ondernemingsniveau. Het verzamelen en publiceren van geaggregeerde marktgegevens (zoals verkoopgegevens, gegevens over capaciteiten of gegevens over kosten van inputs en onderdelen) door een handelsorganisatie of marktonderzoekbureau kan zowel leveranciers als consumenten ten goede komen doordat dit hen in staat stelt een duidelijker beeld van de economische situatie in de sector te krijgen. Dat verzamelen en publiceren kan marktdeelnemers in staat stellen beter geïnformeerd individuele keuzes te maken om hun strategie efficiënt aan de marktomstandigheden aan te passen. Meer in het algemeen zal de uitwisseling van geaggregeerde gegevens niet snel mededingingsbeperkende gevolgen hebben, tenzij dit in een hecht monopolie gebeurt. De uitwisseling van geïndividualiseerde gegevens daarentegen vergemakkelijkt het bereiken van overeenstemming op de markt evenals het treffen van vergeldingsmaatregelen, want zij stelt de coördinerende ondernemingen in staat een onderneming met afwijkend gedrag of een nieuwkomer te identificeren. Toch valt niet uit te sluiten dat zelfs de uitwisseling van

<sup>(1)</sup> Uitwisseling van informatie in het kader van een O&O-overeenkomst valt, voor zover deze niet verder gaat dan voor de uitvoering van die overeenkomst nodig is, binnen de veilige zone van 25 % waarvan sprake is in de groepsvrijstellingsverordening inzake O&O. In het kader van de groepsvrijstellingsverordening voor specialisatie is de veilige zone 20 %.

geaggregeerde gegevens een heimelijke verstandhouding kan vergemakkelijken in markten met bijzondere kenmerken. Met name kunnen leden van een zeer hecht en stabiel oligopolie die geaggregeerde gegevens uitwisselen en een marktprijs onder een bepaalde peil aantreffen, automatisch veronderstellen dat een van de deelnemende ondernemingen zich aan de heimelijke verstandhouding heeft onttrokken en vergeldingsacties op de gehele markt nemen. Met andere woorden, ondernemingen die een heimelijke afspraak stabiel willen houden, hoeven niet steeds te weten wie zich aan afwijkend gedrag heeft bezondigd; soms is het voldoende te weten dat „iemand” dat heeft gedaan.

#### ***Ouderdom van de gegevens***

90. De uitwisseling van historische gegevens zal vermoedelijk niet tot een heimelijke verstandhouding leiden omdat het onwaarschijnlijk is dat het toekomstige gedrag van de concurrenten hieruit kan worden afgeleid of dat deze aanleiding zal geven tot het bereiken van overeenstemming op de markt <sup>(1)</sup>. Het uitwisselen van historische gegevens zal bovendien waarschijnlijk niet dienstig zijn voor het beteugelen van afwijkend gedrag, want hoe ouder de gegevens zijn, des te minder geschikt zij zijn voor de tijdige opsporing van afwijkend gedrag, waardoor ook de geloofwaardige dreiging van onmiddellijke vergelding verloren gaat <sup>(2)</sup>. Er is geen vaste grens van waaraf gegevens historisch worden, d.w.z. oud genoeg om geen mededingingsrisico meer in te houden. Of gegevens echt historisch zijn, hangt af van de bijzondere kenmerken van de relevante markt, met name de frequentie van prijsonderhandelingen in de sector. Zo kunnen gegevens bijvoorbeeld als historisch worden beschouwd wanneer zij veel ouder zijn dan de gemiddelde looptijd van contracten in de betrokken sector, voor zover die iets zeggen over de prijsonderhandelingen. Voorts hangt de grens van waaraf gegevens historisch worden ook af van het soort gegevens, de aggregatie, de frequentie van de uitwisseling en de kenmerken van de relevante markt (bijvoorbeeld de stabiliteit en transparantie daarvan).

#### ***Frequentie van de informatie-uitwisseling***

91. Een frequente uitwisseling van informatie die zowel het ontwikkelen van een gemeenschappelijke kijk op de markt als het opsporen van afwijkend gedrag vergemakkelijkt, verhoogt het risico op een heimelijke verstandhouding. In niet zo stabiele markten zal informatie waarschijnlijk frequenter moeten worden uitgewisseld om tot een heimelijke verstandhouding te komen dan in stabiele markten. In markten met langlopende contracten (waar dus niet regelmatig over prijzen wordt onderhandeld) zou normaal gezien met een minder frequente uitwisseling van informatie een heimelijke verstandhouding kunnen worden bereikt. Niet frequente uitwisselingen zouden daarentegen doorgaans niet voldoende zijn om tot een heimelijke verstandhouding te komen in markten met kortlopende contracten en bijgevolg frequente prijsonderhandelingen <sup>(3)</sup>. De frequente waarmee gegevens moeten worden uitgewisseld om het ontstaan van een heimelijke verstandhouding te vergemakkelijken, hangt echter mede af van de aard, de ouderdom en de aggregatie van de gegevens <sup>(4)</sup>.

#### ***Openbare/niet-openbare gegevens***

92. Over het algemeen zal de uitwisseling van echt openbare informatie meestal geen inbreuk op artikel 101 vormen <sup>(5)</sup>. Echt openbare informatie is informatie die in het algemeen voor alle concurrenten en afnemers even gemakkelijk toegankelijk is (wat de kosten van toegang betreft). Informatie is pas echt openbaar indien het verkrijgen ervan voor afnemers en ondernemingen die niet bij het uitwisselingssysteem zijn aangesloten, niet duurder is dan voor de ondernemingen die de informatie uitwisselen. Daarom zullen concurrenten er doorgaans niet voor kiezen informatie uit te wisselen die zij even gemakkelijk op de markt kunnen verzamelen en is het dus in de praktijk niet waarschijnlijk

<sup>(1)</sup> Het verzamelen van historische gegevens kan ook een middel zijn om als brancheorganisatie een bijdrage te leveren aan een evaluatie van het overheidsbeleid.

<sup>(2)</sup> In eerdere zaken heeft de Commissie bijvoorbeeld de uitwisseling van individuele gegevens die meer dan een jaar oud waren als historisch bestempeld en als niet-mededingingsbeperkend in de zin van artikel 101, lid 1, terwijl informatie van minder dan een jaar oud als recent is beschouwd; Beschikking van de Commissie in zaak IV/31.370, UK Agricultural Tractor Registration Exchange, reeds aangehaald in voetnoot 71, overweging 50; Beschikking van de Commissie in zaak IV/36.069, Wirtschaftsvereinigung Stahl, PB L 1 van 3.1.1998, blz. 10, overweging 17.

<sup>(3)</sup> Aan de andere kant maken langlopende contracten het wellicht minder waarschijnlijk dat snel genoeg vergeldingsmaatregelen worden genomen.

<sup>(4)</sup> Afhankelijk van de structuur van de markt en de algemene context van de uitwisseling valt evenwel niet uit te sluiten dat een eenmalige informatie-uitwisseling voldoende kan zijn om de betrokken ondernemingen in staat te stellen hun marktgedrag af te stemmen en aldus de concurrentie en de risico's die concurrentie met zich brengt, met succes te vervangen door feitelijke samenwerking; zie zaak C-8/08, T-Mobile Nederland, voetnoot 59.

<sup>(5)</sup> Gevoegde zaken T-191/98 e.a., Atlantic Container Line (TACA), Jurispr. 2003, blz. II-3275, punt 1154. Dit geldt wellicht niet wanneer de informatie in het kader van een kartel wordt uitgewisseld.

dat echt openbare informatie wordt uitgewisseld. Integendeel, zelfs indien de onder concurrenten uitgewisselde gegevens vrij beschikbaar zijn, zijn zij niet echt openbaar indien de kosten voor het verzamelen van de gegevens zo hoog zijn dat zij andere ondernemingen en kopers ervan weerhouden deze gegevens te bemachtigen <sup>(1)</sup>. Dat de mogelijkheid bestaat om de informatie op de markt te verwerven, bijvoorbeeld door deze van klanten te betrekken, betekent niet noodzakelijkerwijs dat het marktgegevens betreft die vrij toegankelijk zijn voor concurrenten <sup>(2)</sup>.

93. Zelfs indien gegevens openbaar toegankelijk zijn (zoals door regelgevers gepubliceerde informatie), dan kan een extra informatie-uitwisseling door concurrenten toch mededingingsbeperkende gevolgen hebben indien de strategische onzekerheid op de markt daardoor verder wordt verminderd. In dit geval kan het deze extra informatie zijn die de marktbalans kan laten doorslaan naar heimelijke verstandhouding.

#### **Openbare/niet-openbare informatie-uitwisseling**

94. Een informatie-uitwisseling is echt openbaar indien de uitgewisselde gegevens voor alle concurrenten en kopers onder dezelfde voorwaarden (in termen van kosten) toegankelijk zijn <sup>(3)</sup>. Het feit dat informatie openbaar wordt uitgewisseld zal de kans op een heimelijke verstandhouding op de markt wellicht zodanig verkleinen dat concurrenten die niet aan de coördinatie deelnemen, potentiële concurrenten en afnemers in staat zijn de potentieel mededingingsbeperkende gevolgen te beteugelen <sup>(4)</sup>. Toch valt niet geheel uit te sluiten dat zelfs een echt openbare uitwisseling van informatie een heimelijke verstandhouding op de markt kan bevorderen.

### **2.3. Beoordeling op grond van artikel 101, lid 3**

#### **2.3.1. Efficiëntieverbeteringen <sup>(5)</sup>**

95. De uitwisseling van informatie kan tot efficiëntieverbeteringen leiden. Zo kan informatie over de kosten van concurrenten ondernemingen helpen efficiënter te opereren wanneer zij hun eigen prestaties vergelijken met de beste praktijken in de sector en dienovereenkomstig interne stimuleringsmaatregelen ontwikkelen.
96. Bovendien kan de uitwisseling van informatie ondernemingen in bepaalde situaties helpen hun productie te richten op markten met een grote vraag (op grond van vraaginformatie) of toe te wijzen aan ondernemingen met lage kosten (op grond van kosteninformatie). Of dergelijke efficiëntieverbeteringen daadwerkelijk worden bereikt hangt af van marktkenmerken zoals de omstandigheid dat er wordt geconcurrerd op prijzen of hoeveelheden en de aard van de onzekerheden op de markt. Met sommige vormen van informatie-uitwisseling kunnen aanzienlijke kostenbesparingen worden gemaakt, bijvoorbeeld doordat onnodige voorraden worden afgebouwd, of doordat bederfelijke producten sneller worden geleverd in gebieden met een grote vraag en de levering van deze producten wordt beperkt in gebieden met een geringe vraag (zie voorbeeld 6 in punt 110).
97. De uitwisseling van consumentengegevens tussen ondernemingen in markten met asymmetrische informatie over consumenten kan eveneens tot efficiëntieverbeteringen leiden. Zo kan bijvoorbeeld de registratie van consumentengedrag in het verleden op het gebied van ongefallen of wanbetaling, voor consumenten een stimulans vormen om hun risicogedrag te beperken. Tevens kan hierdoor worden nagegaan welke consumenten een lager risico dragen en daarom in aanmerking zouden moeten komen voor lagere prijzen. In dit verband kan de uitwisseling van informatie tevens de „lock-in” van consumenten reduceren, waardoor de mededinging wordt bevorderd. Dit komt doordat informatie over het algemeen specifiek is voor een bepaalde relatie, en de consumenten de met deze informatie verbonden voordelen zouden verliezen wanneer zij op een andere onderneming overschakelen. Voorbeelden van dergelijke efficiëntieverbeteringen doen zich voor in de bank- en verzekeringssector, waar dikwijls informatie wordt uitgewisseld over wanbetaling door en de risicokenmerken van consumenten.

<sup>(1)</sup> Het feit dat de partijen bij de uitwisseling de gegevens vooraf aan het publiek hebben medegedeeld (bijvoorbeeld via een krant of hun website), betekent overigens niet dat een daarop volgende niet-publieke uitwisseling geen inbreuk zou maken op artikel 101.

<sup>(2)</sup> Zie gevoegde zaken T-202/98 enz., Tate & Lyle, punt 60.

<sup>(3)</sup> Dit sluit niet uit dat een database tegen een lagere prijs kan worden opengesteld voor kopers die er zelf gegevens voor hebben aangebracht, aangezien zij daarvoor normaal gezien ook kosten hebben gemaakt.

<sup>(4)</sup> Een onderzoek naar toetredingsbarrières en het bestaan van een tegenwicht vormende „kopersmacht” op de markt zou relevant zijn om vast te stellen of buitenstaanders, die niet bij de informatie-uitwisseling betrokken waren, het verwachte resultaat van de coördinatie in gevaar zouden kunnen brengen. De grotere transparantie voor consumenten kan echter de mogelijkheid van een feitelijke verstandhouding zowel vergroten als verkleinen, omdat die er door een grotere prijselasticiteit van de vraag voor zorgt dat afwijkend gedrag meer loont maar dat de vergelding tegelijk ook harder zal zijn.

<sup>(5)</sup> De bespreking van de potentiële efficiëntieverbeteringen die informatie-uitwisseling kan meebrengen, beoogt exclusief noch uitputtend te zijn.

98. De uitwisseling van informatie over vroegere en huidige marktaandeelen kan in sommige gevallen voor zowel ondernemingen als consumenten gunstig zijn doordat ondernemingen deze informatie tegenover consumenten kunnen gebruiken als bewijs van kwaliteit van hun producten. Wanneer de informatie over productkwaliteit onvolledig is gebruiken consumenten dikwijls indirecte middelen om informatie in te winnen over de relatieve producteigenschappen zoals prijs en marktaandeelen (consumenten gebruiken bijvoorbeeld bestsellerslijsten om hun volgende boek te kiezen).
99. De uitwisseling van informatie die echt openbaar is kan voor consumenten eveneens voordelig zijn doordat zij hierdoor met kennis van zaken een keuze kunnen maken (en hun zoekkosten verminderen). Consumenten zullen in dit verband het meest gebaat zijn met de openbare uitwisseling van actuele gegevens, die het meest relevant zijn voor hun aankoopbeslissingen. Op vergelijkbare wijze kan de openbare uitwisseling van informatie over actuele inputprijzen de zoekkosten voor ondernemingen verlagen, wat de consumenten normaal gezien ten goede zou moeten komen via lagere eindprijzen. Dit soort directe voordelen voor de consument zal minder gemakkelijk voortvloeien uit informatie-uitwisseling over toekomstige prijsvoornemens, aangezien ondernemingen de prijsvoornemens die zij bekendmaken wellicht al herzien nog voordat de consumenten daadwerkelijk aankopen doen op basis van die informatie. Consumenten kunnen zich bij het plannen van hun aankopen over het algemeen niet baseren op aangekondigde voornemens van ondernemingen. Tot op zekere hoogte kunnen ondernemingen er wel toe worden gedwongen aangekondigde voornemens niet te wijzigen voordat zij in de praktijk worden gebracht, bijvoorbeeld wanneer zij geregelde contacten onderhouden met de consumenten en de consumenten de prijzen vooraf moeten kennen of wanneer zij reeds vooraf kunnen intekenen. In die omstandigheden kan de uitwisseling van informatie over de toekomst de afnemers helpen om hun uitgaven te plannen.
100. De uitwisseling van actuele en historische gegevens zal eerder tot efficiëntieverbeteringen leiden dan de uitwisseling van informatie over toekomstige voornemens. In bepaalde omstandigheden kan het bekendmaken van toekomstige voornemens echter ook efficiëntievoordelen met zich brengen. Zo zouden ondernemingen die al in een vroeg stadium weten wie een bepaalde O&O-wedloop zal winnen, kunnen vermijden dure onderzoeken meermaals te verrichten en middelen te verspillen die niet kunnen worden terugverdiend <sup>(1)</sup>.

### 2.3.2. Onmisbaarheid

101. Beperkingen die verder gaan dan wat noodzakelijk is om de efficiëntieverbeteringen te bereiken welke dankzij de uitwisseling van informatie tot stand worden gebracht, voldoen niet aan de voorwaarden van artikel 101, lid 3. Om aan de voorwaarde van onmisbaarheid te voldoen, zullen de partijen moeten aantonen dat de aan betrokken gegevens gezien hun onderwerp, aggregatie, ouderdom, vertrouwelijkheid alsmede de frequentie en omvang van de uitwisseling ervan slechts minimale risico's verbonden zijn die voor het bereiken van de gestelde efficiëntieverbeteringen onmisbaar zijn. Bovendien mag de uitwisseling geen informatie betreffen die verder gaat dan de variabelen die van belang zijn om de efficiëntieverbeteringen tot stand te brengen. Voor benchmarking bijvoorbeeld zal een uitwisseling van geïndividualiseerde gegevens over het algemeen niet onmisbaar zijn omdat in een sectorclassificatie opgenomen geaggregeerde informatie eveneens de gestelde efficiëntieverbeteringen kan opleveren, terwijl het risico van een heimelijke verstandhouding minder groot is (zie voorbeeld 4 in punt 108). Ten slotte is het over het algemeen onwaarschijnlijk dat de uitwisseling van geïndividualiseerde gegevens over voornemens voor de toekomst onmisbaar is, met name wanneer deze betrekking hebben op prijzen en volumes.
102. Evenzo zal ook de uitwisseling van informatie in het kader van horizontale samenwerkingsovereenkomsten eerder voldoen aan de voorwaarden van artikel 101, lid 3, indien zij niet verder gaat dan wat noodzakelijk is om het economisch doel van de overeenkomst te bereiken (zoals de uitwisseling van de technologie die nodig is voor een O&O-overeenkomst of van kostengegevens in het kader van een productieovereenkomst).

### 2.3.3. Doorgifte aan consumenten

103. Efficiëntieverbeteringen die door middel van onmisbare beperkingen tot stand zijn gebracht, moeten aan de consumenten worden doorgegeven in een mate die opweegt tegen de mededingingsbeperkende gevolgen van informatie-uitwisseling. Hoe geringer de marktmacht van de partijen die bij de informatie-uitwisseling betrokken zijn, des te waarschijnlijker is het dat de efficiëntieverbeteringen worden doorgegeven aan de consumenten in een mate die opweegt tegen de mededingingsbeperkende gevolgen.

<sup>(1)</sup> Dergelijke efficiëntieverbeteringen moeten worden afgewogen tegen de mogelijke negatieve effecten van bijvoorbeeld een beperking van de mededinging op een markt die innovatie stimuleert.

#### 2.3.4. Geen uitschakeling van de mededinging

104. Aan de voorwaarden van artikel 101, lid 3, kan niet worden voldaan indien de aan de informatie-uitwisseling deelnemende ondernemingen de mogelijkheid wordt gegeven voor een wezenlijk deel van de betrokken producten de mededinging uit te schakelen.

#### 2.4. Voorbeelden

105. Uitwisseling van voorgenomen toekomstige prijzen met mededingingsbeperkende strekking

##### Voorbeeld 1

**Situatie:** Een brancheorganisatie van busbedrijven in land X verspreidt geïndividualiseerde informatie over voorgenomen toekomstige prijzen uitsluitend onder haar leden. De informatie bevat verscheidene elementen, zoals het voorgenomen tarief en de route waarop dat tarief van toepassing is, de mogelijke beperkingen ten aanzien van dit tarief – bijvoorbeeld welke consumenten voor dit tarief in aanmerking komen, of vooruitbetaling dan wel een minimumverblijf vereist is, de periode waarin tickets kunnen worden verkocht tegen het betrokken tarief (begin- en einddatum), en de periode waarin met het ticket tegen het betrokken tarief kan worden gereisd (eerste en laatste reisdatum).

**Analyse:** Deze uitwisseling van informatie, die voortvloeit uit een besluit van een ondernemersvereniging, betreft de prijsvoornemens van concurrenten. Deze informatie-uitwisseling is een zeer efficiënt middel om tot een heimelijke verstandhouding te komen en heeft derhalve een mededingingsbeperkende strekking. Immers, de ondernemingen kunnen hun eigen voorgenomen prijzen, zoals bekendgemaakt binnen de vereniging, te allen tijde wijzigen wanneer zij vaststellen dat hun concurrenten van plan zijn hogere prijzen te berekenen. Hierdoor kunnen ondernemingen een hoger gemeenschappelijk prijsniveau bereiken zonder de kosten van het verlies van marktaandeel te hoeven dragen. Onderneming A kan bijvoorbeeld vandaag een prijsverhoging bekendmaken op de route van stad 1 naar stad 2, met ingang van de volgende maand. Omdat deze informatie voor alle busbedrijven toegankelijk is, kan onderneming A vervolgens de reactie van haar concurrenten op deze bekendmaking afwachten. Indien een concurrent op dezelfde route, bijvoorbeeld onderneming B, dezelfde prijsverhoging doorvoert, dan zal onderneming A haar bekendmaking niet wijzigen en zal deze later waarschijnlijk van kracht worden. Zou onderneming B echter geen prijsverhoging doorvoeren, dan zou onderneming A haar tarief toch nog kunnen herzien. Deze aanpassing zou zich herhalen totdat de ondernemingen gezamenlijk, tegen de regels van vrije concurrentie in, een hoger prijsniveau zouden vaststellen. Het is onwaarschijnlijk dat deze informatie-uitwisseling aan de voorwaarden van artikel 101, lid 3, voldoet. De informatie-uitwisseling blijft beperkt tot concurrenten, en komt derhalve de klanten van de busbedrijven niet rechtstreeks ten goede.

106. Uitwisseling van actuele prijzen met voldoende efficiëntieverbeteringen voor consumenten

##### Voorbeeld 2

**Situatie:** Een nationaal bureau voor toerisme en de busbedrijven in het kleine land X komen overeen informatie te verspreiden over actuele prijzen van bustickets via een vrij toegankelijke website (in tegenstelling tot voorbeeld 1 in punt 105 kunnen consumenten reeds tickets kopen voor de prijzen en voorwaarden waarop de uitwisseling van informatie betrekking heeft; het betreft dus geen voorgenomen toekomstige prijzen, doch actuele prijzen voor huidige en toekomstige diensten). De informatie bevat verschillende elementen, zoals het tarief en de route waarop dit tarief van toepassing is, de eventuele beperkingen ten aanzien van dit tarief zoals welke consumenten voor dit tarief in aanmerking komen, of vooruitbetaling dan wel een minimumverblijf vereist is, en de periode waarin het ticket met het desbetreffende tarief voor reizen kan worden gebruikt (eerste en laatste reisdatum). Busreizen in land X behoren niet tot dezelfde relevante markt als treinen en vliegreizen. Aangenomen wordt dat de relevante markt geconcentreerd, stabiel en niet bijzonder complex is en dat de prijzenstructuur transparant wordt door de informatie-uitwisseling.

**Analyse:** Deze uitwisseling van informatie heeft geen mededingingsbeperkende strekking. De ondernemingen wisselen actuele prijzen uit en geen voorgenomen toekomstige prijzen omdat zij daadwerkelijk reeds tickets voor deze prijzen verkopen (in tegenstelling tot de situatie in voorbeeld 1 in punt 105). Daarom is het minder waarschijnlijk dat deze uitwisseling van informatie een geschikt instrument is om een richtpunt voor coördinatie vast te stellen. Niettemin vormt deze uitwisseling van informatie, in het licht van de marktstructuur en het strategische karakter van de gegevens, vermoedelijk wel een doeltreffend mechanisme om te controleren of wordt afgeweken van een heimelijke verstandhouding, die in de gegeven marktsituatie zeer wel zou kunnen ontstaan. Derhalve

zou deze informatie-uitwisseling aanleiding kunnen geven tot mededingingsbeperkende gevolgen in de zin van artikel 101, lid 1. Hoewel de mededinging in zekere mate beperkt zou kunnen worden door de mogelijkheid om toezicht te houden op afwijkend gedrag, valt te verwachten dat de efficiëntieverbeteringen als gevolg van de informatie-uitwisseling aan de consumenten worden doorgegeven in een mate die, zowel qua waarschijnlijkheid als qua omvang, opweegt tegen de mededingingsbeperkende gevolgen. In tegenstelling tot voorbeeld 1 in punt 105 is de informatie-uitwisseling openbaar en kunnen consumenten werkelijk tickets kopen voor de uitgewisselde prijzen en voorwaarden. Daarom is het waarschijnlijk dat deze informatie-uitwisseling de gebruikers rechtstreeks ten goede komt doordat hun zoekkosten worden verminderd en hun keuzemogelijkheden worden uitgebreid, waardoor ook de prijsconcurrentie wordt bevorderd. Er kan daarom worden aangenomen dat aan de voorwaarden van artikel 101, lid 3, is voldaan.

107. Actuele prijzen worden uit de uitgewisselde informatie afgeleid

Voorbeeld 3

**Situatie:** De luxehotels in de hoofdstad van land A werken binnen een hecht, niet-complex en stabiel oligopolie met een grotendeels homogene kostenstructuur, en vormen een afzonderlijke relevante markt, buiten de gewone hotelmarkt. Zij wisselen rechtstreeks individuele informatie uit over hun actuele bezettingsgraad en ontvangsten. In dit geval kunnen de partijen hun werkelijke actuele prijzen rechtstreeks afleiden uit de uitgewisselde informatie.

**Analyse:** Zolang het geen verkapte wijze van uitwisseling van informatie over toekomstige voornemens is, zou deze uitwisseling van informatie geen mededingingsbeperkende strekking hebben, omdat de hotels actuele gegevens uitwisselen en geen informatie over voorgenomen toekomstige prijzen of volumes. De informatie-uitwisseling zou echter wel mededingingsbeperkende gevolgen hebben in de zin van artikel 101, lid 1, omdat kennis van de werkelijke actuele prijzen vermoedelijk tot coördinatie (d.w.z. afstemming) van het concurrentiegedrag van de ondernemingen zou leiden. De uitgewisselde informatie zou naar alle waarschijnlijkheid gebruikt worden om afwijkingen van de heimelijke verstandhouding te beteugelen. De uitwisseling van informatie vergroot de transparantie op de markt omdat, ook al publiceren hotels gewoonlijk hun prijzen, zij tevens verschillende kortingen aanbieden op basis van onderhandelingen, voor vroege boekingen, voor boekingen door groepen enz. Derhalve is de extra informatie die op niet-openbare wijze tussen de hotels wordt uitgewisseld commercieel gevoelig, d.w.z. strategisch bruikbaar. Te verwachten valt dat deze informatie-uitwisseling een heimelijke verstandhouding in de hand zal werken omdat de betrokken partijen een hecht, niet-complex en stabiel oligopolie vormen met een langdurige concurrentierelatie (regelmatige interactie). Bovendien is de kostenstructuur van de hotels grotendeels homogeen. Ten slotte kunnen noch consumenten, noch nieuwkomers het mededingingsverstoring gedrag van de gevestigde ondernemingen aan banden leggen omdat de consumenten weinig kopersmacht hebben en de toetredingsdrempels hoog zijn. Het is onwaarschijnlijk dat de partijen in dit geval zouden kunnen aantonen dat de eventuele efficiëntieverbeteringen ten gevolge van de informatie-uitwisseling aan de gebruikers worden doorgegeven in een mate die zou opwegen tegen de mededingingsbeperkende gevolgen van de uitwisseling. Het is derhalve niet waarschijnlijk dat aan de voorwaarden van artikel 101, lid 3, wordt voldaan.

108. Benchmarkingvoordelen – aan de criteria van artikel 101, lid 3, wordt niet voldaan

Voorbeeld 4

**Situatie:** Drie grote ondernemingen met een gezamenlijk marktaandeel van 80 % in een stabiele, niet-complexe, geconcentreerde markt met hoge toetredingsdrempels wisselen geregeld op niet-openbare basis rechtstreeks informatie uit over een belangrijk deel van hun individuele kosten. De ondernemingen stellen dat zij dit doen om hun resultaten te vergelijken met die van hun concurrenten en aldus efficiënter te kunnen opereren.

**Analyse:** Deze uitwisseling van informatie heeft in beginsel geen mededingingsbeperkende strekking. Daarom dienen de gevolgen ervan voor de markt te worden beoordeeld. Gezien de marktstructuur, het feit dat de uitgewisselde informatie een groot deel van de variabele kosten van de ondernemingen betreft, de geïndividualiseerde vorm waarin de gegevens worden gepresenteerd en het grote deel van de relevante markt dat wordt bestreken, valt te verwachten dat de informatie-uitwisseling een heimelijke verstandhouding bevordert en daardoor mededingingsbeperkende gevolgen heeft in de zin van artikel 101, lid 1. Het is onwaarschijnlijk dat aan de criteria van artikel 101, lid 3, is voldaan omdat er minder beperkende manieren zijn om de gestelde efficiëntieverbeteringen



te bereiken, bijvoorbeeld door de gegevens door een derde te laten verzamelen en deze in geanonimiseerde en geaggregeerde vorm op te nemen in een of andere sectorclassificatie. Ten slotte zou in dit geval, aangezien de partijen een zeer hecht, niet-complex en stabiel oligopolie vormen, zelfs de uitwisseling van geaggregeerde gegevens een heimelijke verstandhouding op de markt in de hand kunnen werken. Dit zou echter zeer onwaarschijnlijk zijn indien de informatie-uitwisseling plaatsvond in een niet-transparante, gefragmenteerde, onstabiele en complexe markt.

#### 109. Echt openbare informatie

##### Voorbeeld 5

**Situatie:** De vier ondernemingen die alle tankstations in het grote land A bezitten wisselen telefonisch actuele benzineprijzen uit. Zij betogen dat deze informatie-uitwisseling geen mededingingsbeperkende gevolgen kan hebben omdat de informatie openbaar is; deze wordt immers bij elk tankstation op grote borden getoond.

**Analyse:** De telefonisch uitgewisselde prijsgegevens zijn niet echt openbaar, want dezelfde informatie op andere wijze verkrijgen zou veel tijd en transportkosten vergen. Men zou vaak grote afstanden moeten afleggen om de prijzen te verzamelen die op de borden bij tankstations over het hele land vermeld staan. De kosten hiervoor zijn potentieel zo hoog dat de informatie in de praktijk slechts via uitwisseling kan worden verkregen. Bovendien vindt de informatie-uitwisseling stelselmatig plaats en bestrijkt zij de gehele relevante markt, die een hecht, niet-complex en stabiel oligopolie vormt. De informatie-uitwisseling zal derhalve waarschijnlijk een klimaat van wederzijdse zekerheid creëren ten aanzien van het prijsbeleid van de concurrenten en zo vermoedelijk een heimelijke verstandhouding in de hand werken. Het is derhalve waarschijnlijk dat deze informatie-uitwisseling mededingingsbeperkende gevolgen zal hebben in de zin van artikel 101, lid 1.

#### 110. Beter voldoen aan de vraag als efficiëntieverbetering

##### Voorbeeld 6

**Situatie:** Er zijn op de relevante markt vijf producenten van vers wortelsap in flessen. De vraag naar dit product is heel onstabiel en wisselt in de loop van de tijd en van plaats tot plaats. Het sap moet binnen een dag na de productiedatum verkocht en geconsumeerd worden. De producenten komen overeen een onafhankelijk bureau voor marktonderzoek op te richten dat dagelijks actuele informatie verzamelt over onverkocht sap in elk verkooppunt, die het de week nadien op zijn website plaatst in een per verkooppunt geaggregeerde vorm. Dankzij de gepubliceerde statistieken kunnen producenten en afnemers de vraag beter voorspellen en het product beter positioneren. Voordat de uitwisseling van informatie werd ingevoerd rapporteerden de afnemers dat grote hoeveelheden sap verloren gingen, zodat zij de hoeveelheid sap die zij van de producenten aankochten, moesten verminderen, d.w.z. de markt functioneerde niet efficiënt. Bijgevolg werd in bepaalde perioden en gebieden dikwijls onvoldoende in de vraag voorzien. Dankzij het informatie-uitwisselingsstelsel, waardoor te grote dan wel te geringe leveringen beter kunnen worden voorspeld, komt het thans veel minder vaak voor dat niet in de vraag van de consumenten wordt voorzien, en neemt de op de hele markt verkochte hoeveelheid sap toe.

**Analyse:** Hoewel de markt sterk geconcentreerd is en de uitgewisselde gegevens recent en van strategisch belang zijn, is het niet zeer waarschijnlijk dat deze uitwisseling een heimelijke verstandhouding in de hand zou werken, omdat een dergelijke verstandhouding op een zo onstabiele markt niet voor de hand ligt. Deze informatie-uitwisseling draagt wel enig risico op mededingingsbeperkende gevolgen in zich, maar de eventuele mededingingsbeperkingen worden naar alle waarschijnlijkheid gecompenseerd door efficiëntieverbeteringen als gevolg van een toename van de levering op plaatsen met een grote vraag en een verminderde levering op plaatsen met een geringe vraag. De informatie wordt in openbare, geaggregeerde vorm uitgewisseld waardoor de mededingingsrisico's minder groot zijn dan indien deze informatie niet openbaar en geïndividualiseerd zou zijn. De uitwisseling van informatie gaat derhalve in dit geval niet verder dan hetgeen noodzakelijk is om het marktfalen op te heffen. Deze informatie-uitwisseling zal derhalve vermoedelijk voldoen aan de criteria van artikel 101, lid 3.

### 3. ONDERZOEKS- EN ONTWIKKELINGSOVEREENKOMSTEN

#### 3.1. Definitie

111. O&O-overeenkomsten kunnen naar vorm en toepassingsgebied verschillen. Zij kunnen voorzien in de uitbesteding van bepaalde O&O-activiteiten, de gemeenschappelijke verbetering van bestaande technologieën en samenwerking op het gebied van het onderzoek, de ontwikkeling en het in de handel brengen van geheel nieuwe producten. Zij kunnen de vorm aannemen van een samenwerkingsovereenkomst of van een onderneming waarover de zeggenschap gezamenlijk wordt uitgeoefend. Dit hoofdstuk is van toepassing op alle vormen van O&O-overeenkomsten, waaronder ook daarmee verband houdende overeenkomsten betreffende de productie of het in de handel brengen van de O&O-resultaten.

#### 3.2. Relevante markten

112. De afbakening van de relevante markt voor de beoordeling van de gevolgen van een O&O-overeenkomst gebeurt door na te gaan welke producten, technologieën of O&O-activiteiten de grootste concurrentiedruk zullen uitoefenen op de partijen. Enerzijds kan innovatie leiden tot producten (of technologieën) die concurreren op een bestaande product- (of technologie-)markt. Dit is bijvoorbeeld het geval bij O&O-activiteiten die zijn gericht op geringe verbeteringen of wijzigingen, zoals nieuwe modellen van bepaalde producten. De mogelijke effecten betreffen hier de markt van bestaande producten. Anderzijds kan innovatie leiden tot een geheel nieuw product dat een eigen nieuwe productmarkt schept (bijvoorbeeld een nieuw vaccin voor een eerder ongeneeslijke ziekte). In veel gevallen gaat het evenwel om situaties die tussen deze twee extremen in liggen, meer bepaald situaties waarin innovatie producten (of technologieën) tot stand kan brengen die mettertijd bestaande producten (of technologieën) vervangen (bijvoorbeeld cd's die platen vervangen). Bij een grondig onderzoek van die situaties moet wellicht aandacht worden besteed aan zowel de bestaande markten als de gevolgen van de overeenkomst inzake innovatie.

##### ***Bestaande productmarkten***

113. Wanneer de samenwerking O&O betreft die gericht is op de verbetering van bestaande producten, vormen die bestaande producten en hun naaste vervangproducten de voor de samenwerking relevante markt <sup>(1)</sup>.
114. Wanneer de O&O-inspanningen gericht zijn op een aanzienlijke wijziging van bestaande producten of op een nieuw product dat een bestaand product vervangt, kan de substitutie met de bestaande producten onvolledig zijn of slechts op lange termijn spelen. Hieruit kan de conclusie worden getrokken dat de oude producten en de potentieel opkomende nieuwe producten niet tot dezelfde relevante markt behoren <sup>(2)</sup>. De markt van bestaande producten kan niettemin een betrokken markt zijn voor zover het poolen van O&O-activiteiten waarschijnlijk zal leiden tot een coördinatie van het gedrag van de partijen als aanbieders van bestaande producten, bijvoorbeeld door de uitwisseling van uit mededingingsoogpunt gevoelige informatie over de markt van bestaande producten.
115. Wanneer de O&O-activiteiten een belangrijke component van een eindproduct betreffen, is het mogelijk dat niet alleen de markt van deze component, maar ook de bestaande markt van het eindproduct relevant is voor de beoordeling. Wanneer bijvoorbeeld autofabrikanten samenwerken in O&O-activiteiten die verband houden met een nieuw motortype, kan deze O&O-samenwerking gevolgen hebben voor de automarkt. De eindproductenmarkt is evenwel slechts relevant voor de beoordeling indien de component waarop de O&O is gericht, technisch of economisch een wezenlijk onderdeel van deze eindproducten is en de partijen bij de O&O-overeenkomst marktmacht bezitten met betrekking tot de eindproducten.

##### ***Bestaande technologiemarkten***

116. O&O-samenwerking kan niet alleen betrekking hebben op producten, maar ook op technologie. Wanneer intellectuele eigendomsrechten los van de producten waarmee zij verband houden op de markt worden gebracht, dient de relevante technologiemarkt eveneens te worden afgebakend. Technologiemarkten bestaan uit de intellectuele eigendom die in licentie is gegeven en de naaste substitutietechnologieën, dat wil zeggen andere technologieën die de afnemers als vervanging zouden kunnen gebruiken.

<sup>(1)</sup> Zie voor de marktbepalings de bekendmaking inzake marktbepalings.

<sup>(2)</sup> Zie ook de richtsnoeren van de Commissie voor de toepassing van artikel 81 van het EG-Verdrag op overeenkomsten inzake technologieoverdracht, PB C 101 van 27.4.2004, blz. 2 („richtsnoeren technologieoverdracht”), punt 33.

117. Bij het afbakenen van technologiemarkten wordt uitgegaan van dezelfde beginselen als bij de bepaling van de productmarkt <sup>(1)</sup>. Uitgaande van de technologie die door de partijen wordt verkocht, moet worden vastgesteld op welke andere technologieën de gebruikers zouden kunnen overschakelen bij een kleine doch duurzame stijging van de desbetreffende prijzen. Wanneer die technologieën eenmaal geïdentificeerd zijn, kunnen de marktaandelen worden berekend door de inkomsten van de partijen uit licenties te delen door de totale inkomsten uit licenties van alle licentiegevers.
118. De positie van de partijen op de markt van bestaande technologie is een relevant beoordelingscriterium wanneer O&O-samenwerking betrekking heeft op een aanzienlijke verbetering van een bestaande technologie of op een nieuwe technologie die waarschijnlijk de bestaande zal vervangen. Het marktaandeel van de partijen kan evenwel slechts als uitgangspunt voor deze analyse worden genomen. In technologiemarkten moet bijzondere aandacht worden besteed aan potentiële concurrentie. Indien ondernemingen die hun technologie vooralsnog niet in licentie geven potentiële nieuwkomers zijn op de technologiemarkt, kunnen zij de mogelijkheid van de partijen om de prijs van hun technologie op rendabele wijze te verhogen, beperken. Met dit aspect van de analyse kan ook rechtstreeks rekening worden gehouden bij de berekening van marktaandelen door die te baseren op de verkoop van de producten met de in licentie gegeven technologie op downstream gelegen productmarkten (zie de punten 123 tot en met 126).

#### ***Mededinging op het gebied van innovatie (O&O-activiteiten)***

119. Het is mogelijk dat O&O-samenwerking geen - of niet uitsluitend - gevolgen heeft voor de mededinging op bestaande markten, maar ook voor de mededinging op innovatiegebied en op nieuwe productmarkten. Dit is het geval wanneer de O&O-samenwerking betrekking heeft op de ontwikkeling van nieuwe producten of technologie die – indien zij succesvol zijn – ooit de bestaande kunnen vervangen, of die worden ontwikkeld met het oog op een nieuw gebruik en derhalve geen bestaande producten zullen vervangen maar een geheel nieuwe vraag zullen scheppen. De gevolgen voor de mededinging op innovatiegebied zijn in dergelijke gevallen belangrijk, maar kunnen in sommige gevallen niet voldoende worden beoordeeld op grond van een analyse van de daadwerkelijke of potentiële mededinging op bestaande product- of technologiemarkten. In dit opzicht kunnen twee scenario's worden onderscheiden, afhankelijk van de aard van het innovatieproces in een bepaalde bedrijfstak.
120. In het eerste scenario, dat zich bijvoorbeeld in de farmaceutische industrie voordoet, is het innovatieproces op dusdanige wijze gestructureerd dat in een vroeg stadium concurrerende O&O-pools kunnen worden onderkend. Onder concurrerende O&O-pools wordt verstaan elke O&O-samenwerking met het oog op de ontwikkeling van een nieuw product of een nieuwe technologie en de alternatieven voor die O&O-arbeid, dat wil zeggen O&O-activiteiten met het oog op de ontwikkeling van producten of technologie die, binnen een vergelijkbaar tijdschema, een alternatief vormen voor de producten en technologie die het voorwerp van de samenwerking zijn. In dat geval kan worden onderzocht of er na de overeenkomst een voldoende aantal O&O-pools overblijven. Het uitgangspunt van de analyse ligt in de O&O-activiteiten van de partijen. Vervolgens moet worden nagegaan of er geloofwaardige concurrerende O&O-pools zijn. Teneinde de geloofwaardigheid van concurrerende pools te beoordelen, moet met de volgende aspecten rekening worden gehouden: de aard, de reikwijdte en de omvang van potentiële andere O&O-activiteiten, de toegang die deze hebben tot financiële middelen en personeel, knowhow en octrooien of andere specifieke activa, alsook het tijdschema en de mogelijkheid om eventuele resultaten te exploiteren. Een O&O-pool is niet geloofwaardig als concurrent indien die bijvoorbeeld qua toegang tot hulpmiddelen of tijdschema niet kan worden beschouwd als bijna gelijkwaardig met de O&O-activiteit van de partijen.
121. Naast de rechtstreekse gevolgen op het gebied van innovatie zelf, kan de samenwerking ook gevolgen hebben voor de nieuwe productmarkt. Het is vaak moeilijk om de gevolgen voor een dergelijke markt rechtstreeks te analyseren, omdat die markt per definitie nog niet bestaat. De analyse van dergelijke markten zal daarom vaak impliciet worden opgenomen in de analyse van de mededinging op het gebied van innovatie. Soms moet wellicht echter rechtstreeks worden onderzocht welk effect bepaalde aspecten van de overeenkomst die verder reiken dan de O&O-fase, op een dergelijke markt hebben. Een O&O-overeenkomst die tevens gezamenlijke productie en commercialisering op de nieuwe productmarkt inhoudt, kan bijvoorbeeld anders worden beoordeeld dan een zuivere O&O-overeenkomst.
122. In het tweede scenario zijn de innovatieactiviteiten in een bedrijfstak onvoldoende duidelijk gestructureerd om O&O-pools te kunnen onderkennen. In dit geval zou de Commissie, behoudens uitzonderlijke omstandigheden, niet trachten de gevolgen van een bepaalde O&O-samenwerking op het gebied van innovatie zelf te beoordelen, maar zou zij zich beperken tot de product- en/of technologiemarkten die met de betrokken O&O-samenwerking verband houden.

<sup>(1)</sup> Zie de Bekendmaking marktbeoordeling. Zie ook de richtsnoeren technologieoverdracht, punten 19 en volgende.

### **Berekening van marktaandelen**

123. Bij de berekening van de marktaandelen moet, zowel in het kader van de groepsvrijstellingsverordening inzake O&O als in het kader van deze richtsnoeren, het onderscheid tussen bestaande markten en concurrentie inzake innovatie tot uiting komen. Bij het begin van een O&O-samenwerking is het referentiepunt de bestaande markt voor producten die kunnen worden verbeterd, gesubstitueerd of vervangen door de producten die in ontwikkeling zijn. Wanneer de O&O-overeenkomst uitsluitend beoogt bestaande producten te verbeteren of te verfijnen, omvat deze markt de producten waarop de O&O rechtstreeks betrekking heeft. De marktaandelen kunnen in dat geval worden berekend op grond van de waarde van de verkopen van de bestaande producten.
124. Indien de O&O-activiteiten erop zijn gericht een bestaand product te vervangen, zal het nieuwe product – in het geval van welslagen – een substituut worden voor de bestaande producten. Om de concurrentiepositie van de partijen te beoordelen, kunnen de marktaandelen ook worden berekend op basis van de waarde van de verkopen van de bestaande producten. De groepsvrijstellingsverordening inzake O&O baseert de vrijstelling van deze situaties bijgevolg op het marktaandeel op „de relevante markt voor de producten die door de contractproducten kunnen worden verbeterd, gesubstitueerd of vervangen” <sup>(1)</sup>. Om onder de groepsvrijstellingsverordening inzake O&O te vallen, mag dit marktaandeel niet meer bedragen dan 25 % <sup>(2)</sup>.
125. Bij technologiemarkten is een mogelijke werkwijze de marktaandelen te berekenen op basis van het aandeel van elke technologie in de totale licentie-inkomsten uit royalty's, hetgeen het aandeel van een technologie vertegenwoordigt op de markt waarop concurrerende technologieën in licentie worden gegeven. Dit is wegens een gebrek aan duidelijke informatie betreffende royalty's en het gebruik van onderlinge licentieverlening vrij van royalty's echter vaak een louter theoretische en niet erg praktische werkwijze. Een alternatieve werkwijze is de marktaandelen op de technologiemarkt te berekenen op basis van de verkoop op downstream-productmarkten van goederen of diensten waarin de in licentie gegeven technologie is verwerkt. Bij deze werkwijze wordt de totale verkoop op de relevante productmarkt in aanmerking genomen, ongeacht of het product betrekking heeft op een technologie die in licentie wordt gegeven <sup>(3)</sup>. Ook op deze markt mag het aandeel niet meer bedragen dan 25 % (ongeacht de wijze van berekening), willen de voordelen van de groepsvrijstellingsverordening inzake O&O van toepassing zijn.
126. Indien de O&O-activiteiten ten doel hebben een product te ontwikkelen dat een volledig nieuwe vraag in het leven zal roepen, kunnen de marktaandelen niet worden berekend op grond van de verkopen. Alleen een analyse van de gevolgen van de overeenkomst voor de mededinging op het stuk van innovatie is mogelijk. Bijgevolg behandelt de groepsvrijstellingsverordening inzake O&O deze overeenkomsten als overeenkomsten tussen niet-concurrenten en stelt zij deze ongeacht het marktaandeel vrij voor de duur van de gezamenlijke O&O en een extra periode van zeven jaar nadat het product voor het eerst op de markt is gebracht <sup>(4)</sup>. De vrijstelling kan evenwel worden ingetrokken indien de overeenkomst de daadwerkelijke mededinging inzake innovatie uitschakelt <sup>(5)</sup>. Na de periode van zeven jaar kunnen marktaandelen worden berekend op grond van de waarde van de verkopen en is de marktaandeedrempel van 25 % van toepassing <sup>(6)</sup>.

### **3.3. Beoordeling op grond van artikel 101, lid 1**

#### **3.3.1. Voornaamste mededingingsbezwaren**

127. O&O-samenwerking kan de mededinging op verschillende manieren beperken. In de eerste plaats kan zij de innovatie beperken of afremmen, waardoor er minder of slechtere producten later op de markt worden gebracht dan anders het geval zou zijn. In de tweede plaats kan de O&O-samenwerking op product- of technologiemarkten de mededinging tussen de partijen die buiten de overeenkomst vallen aanzienlijk verminderen, of maakt zij mededingingsbeperkende coördinatie op deze markten waarschijnlijker, waardoor zij tot hogere prijzen leidt. Een afschermingsprobleem kan slechts ontstaan bij een samenwerking waarbij minstens één marktdeelnemer betrokken is die aanzienlijke marktmacht heeft (hetgeen niet noodzakelijkerwijze neerkomt op een machtspositie) ten aanzien van wezenlijke technologie en de exclusieve exploitatie van de resultaten.

<sup>(1)</sup> Artikel 1, lid 1, onder u), van de groepsvrijstellingsverordening inzake O&O.

<sup>(2)</sup> Zie artikel 4, lid 2, van de groepsvrijstellingsverordening inzake O&O.

<sup>(3)</sup> Zie ook de richtsnoeren technologieoverdracht, punt 23.

<sup>(4)</sup> Zie artikel 4, lid 1, van de groepsvrijstellingsverordening inzake O&O.

<sup>(5)</sup> Zie de overwegingen 19, 20 en 21 van de groepsvrijstellingsverordening inzake O&O.

<sup>(6)</sup> Zie artikel 4, lid 3, van de groepsvrijstellingsverordening inzake O&O.

### 3.3.2. Mededingingsbeperkende strekking

128. O&O-overeenkomsten hebben een mededingingsbeperkende strekking indien zij niet werkelijk betrekking hebben op gemeenschappelijk O&O, maar worden gebruikt als middel om een verkapt kartel op te zetten en dus over te gaan tot verboden prijsvaststelling, productiebeperking of marktverdeling. Een O&O-overeenkomst die er tevens op gericht is de eventuele toekomstige resultaten gezamenlijk te exploiteren, beperkt echter niet noodzakelijkerwijze de mededinging.

### 3.3.3. Mededingingsbeperkende gevolgen

129. De meeste O&O-overeenkomsten vallen niet binnen de werkingssfeer van artikel 101, lid 1. Dit geldt in de eerste plaats voor een groot aantal overeenkomsten die betrekking hebben op O&O-samenwerking in een nogal vroeg stadium dat ver verwijderd is van de exploitatie van de eventuele resultaten.
130. Bovendien beperkt de O&O-samenwerking tussen ondernemingen die elkaar niet beconcurreren in het algemeen de mededinging niet <sup>(1)</sup>. De concurrentieverhouding tussen de partijen moet worden onderzocht in de context van bestaande markten en/of innovatiemarkten waarop de samenwerking gevolgen heeft. Indien de partijen om objectieve redenen niet in staat zijn de noodzakelijke O&O-activiteiten onafhankelijk uit te voeren, bijvoorbeeld vanwege de beperkte technische capaciteit, zal de O&O-overeenkomst over het algemeen geen mededingingsbeperkende gevolgen hebben. Dit kan bijvoorbeeld het geval zijn bij ondernemingen die complementaire vaardigheden, technologieën en andere middelen samenbrengen. De potentiële mededinging moet op een realistische grondslag worden beoordeeld. Partijen kunnen bijvoorbeeld niet als potentiële concurrenten worden aangemerkt alleen omdat de samenwerking hen in staat stelt de O&O-activiteiten uit te voeren. Doorslaggevend is de vraag of elke partij afzonderlijk over de noodzakelijke middelen beschikt op het gebied van activa, knowhow en andere hulpmiddelen.
131. De uitbesteding van O&O-activiteiten die voorheen in de onderneming zelf werden verricht, is een bijzondere vorm van O&O-samenwerking. In een dergelijk scenario vinden de O&O-activiteiten vaak plaats in gespecialiseerde ondernemingen, onderzoeksinstituten of academische instellingen die zich niet bezighouden met de exploitatie van de resultaten. Gewoonlijk worden dergelijke overeenkomsten gecombineerd met een overdracht van knowhow en/of een exclusieve leveringsclausule met betrekking tot de mogelijke resultaten, die, aangezien de samenwerkende partijen in een dergelijk scenario complementair zijn, geen mededingingsbeperkende gevolgen hebben in de zin van artikel 101, lid 1.
132. O&O-samenwerking die geen betrekking heeft op de gezamenlijke exploitatie van de eventuele resultaten door middel van licenties, productie en/of marktintroductie, heeft zelden mededingingsbeperkende gevolgen in de zin van artikel 101, lid 1. Deze zuivere O&O-overeenkomsten kunnen slechts aanleiding geven tot mededingingsproblemen indien de mededinging met betrekking tot innovatie aanzienlijk wordt beperkt, waardoor slechts een beperkt aantal geloofwaardige concurrerende O&O-pools overblijven.
133. O&O-overeenkomsten zullen normaal gezien enkel mededingingsbeperkende gevolgen hebben indien de bij de samenwerking betrokken partijen marktmacht hebben op de bestaande markten en/of wanneer de mededinging op het gebied van innovatie aanzienlijk wordt beperkt.
134. Er is geen absolute drempelwaarde waarboven kan worden aangenomen dat een O&O-overeenkomst marktmacht doet ontstaan of in stand houdt en daardoor wellicht mededingingsbeperkende gevolgen zal hebben in de zin van artikel 101, lid 1. Voor O&O-overeenkomsten tussen concurrenten geldt evenwel een groepsvrijstelling voor zover hun gezamenlijke marktaandeel niet meer bedraagt dan 25 % en aan de andere voorwaarden voor de toepassing van de groepsvrijstellingsverordening inzake O&O is voldaan.
135. Overeenkomsten die buiten de werkingssfeer van de groepsvrijstellingsverordening inzake O&O vallen doordat het gezamenlijke marktaandeel van de partijen meer bedraagt dan 25 %, geven niet noodzakelijk aanleiding tot mededingingsbeperkende gevolgen. Naarmate de gezamenlijke positie van de

<sup>(1)</sup> Een O&O-samenwerking tussen ondernemingen die elkaar niet beconcurreren, kan evenwel afschermende gevolgen hebben in de zin van artikel 101, lid 1, indien de samenwerking betrekking heeft op een exclusieve exploitatie van resultaten en gesloten is tussen ondernemingen waarvan één onderneming een aanzienlijke mate van marktmacht heeft (hetgeen niet noodzakelijkerwijze neerkomt op een machtspositie) met betrekking tot een wezenlijke technologie.

partijen op bestaande markten sterker is en/of de beperking van de mededinging op het gebied van innovatie toeneemt, is het echter wel waarschijnlijker dat de O&O-overeenkomst mededingingsbeperkende gevolgen heeft <sup>(1)</sup>).

136. Wanneer de O&O-activiteiten gericht zijn op de verbetering of verfijning van bestaande producten of technologieën, betreffen de mogelijke gevolgen de relevante markt of markten voor deze bestaande producten of technologieën. Gevolgen voor prijzen, productie, productkwaliteit, productdiversiteit of innovatie op bestaande markten zijn evenwel slechts waarschijnlijk ingeval de partijen samen een sterke positie hebben, de toegang tot die markten moeilijk is en slechts weinig andere innovatie-activiteiten worden verricht. Wanneer de O&O-activiteiten voorts slechts betrekking hebben op een relatief onbeduidende component van een eindproduct, zijn de eventuele gevolgen voor de mededinging op de markt van het eindproduct, als die er zijn, zeer gering.
137. In het algemeen moet een onderscheid worden gemaakt tussen zuivere O&O-overeenkomsten en overeenkomsten die voorzien in een ruimere samenwerking die verschillende fasen van de exploitatie van de resultaten omvat (licentieverlening, productie en marktintroductie). Zoals in punt 132 is uiteengezet, leiden zuivere O&O-overeenkomsten slechts zelden tot mededingingsbeperkende gevolgen in de zin van artikel 101, lid 1. Dit geldt met name voor O&O-activiteiten die zijn gericht op een beperkte verbetering van bestaande producten of technologieën. Omvat de O&O-samenwerking in een dergelijk scenario een gezamenlijke exploitatie die beperkt is tot licentieverlening aan derden, dan zal er waarschijnlijk geen sprake zijn van beperkende gevolgen, zoals marktafsluiting. Omvat de samenwerking evenwel de gezamenlijke productie en/of marktintroductie van licht verbeterde producten of technologieën, dan moeten de gevolgen van de samenwerking op de mededinging nader worden onderzocht. De kans op mededingingsbeperkende gevolgen in de vorm van hogere prijzen of beperkte productie op bestaande markten is groter wanneer bij de samenwerking belangrijke concurrenten betrokken zijn.
138. Ingeval de O&O-activiteiten zijn gericht op een volledig nieuw product of een volledig nieuwe technologie waardoor een aparte nieuwe markt tot stand komt, zijn gevolgen voor de prijs en de productie op bestaande markten vrij onwaarschijnlijk. Bij de beoordeling moet worden gekeken naar potentiële beperkingen van de innovatie met betrekking tot bijvoorbeeld de kwaliteit en de diversiteit van potentiële toekomstige producten of technologieën of het innovatietempo. Die beperkende effecten kunnen zich voordoen wanneer twee of meer van de weinige ondernemingen die betrokken zijn bij de ontwikkeling van een dergelijk nieuw product beginnen samen te werken in een fase waarin ieder van hen op onafhankelijke wijze al dicht bij de uitbrenging van het product is gekomen. Dergelijke effecten zijn meestal het rechtstreekse gevolg van de overeenkomst tussen de partijen. Innovatie kan zelfs door een zuivere O&O-overeenkomst worden beperkt. In het algemeen geeft O&O-samenwerking op het gebied van volledig nieuwe producten echter geen aanleiding tot mededingingsbeperkende gevolgen, tenzij er slechts een beperkt aantal geloofwaardige alternatieve O&O-pools bestaan. Hierin komt geen grote wijziging ingeval de samenwerking betrekking heeft op de gemeenschappelijke exploitatie van de resultaten of zelfs op het gemeenschappelijk op de markt brengen. In deze gevallen geeft gemeenschappelijke exploitatie slechts aanleiding tot mededingingsbeperkende gevolgen wanneer er sprake is van afsluiting van wezenlijke technologieën. Dergelijke problemen zouden zich echter niet voordoen wanneer de partijen licenties verlenen die derden in staat stellen daadwerkelijk te concurreren.
139. Vele O&O-overeenkomsten houden het midden tussen de twee in de punten 137 en 138 beschreven situaties. Derhalve kunnen zij gevolgen hebben op het gebied van innovatie en ook repercussies hebben op bestaande markten. Om die reden kunnen de bestaande markt en de gevolgen op innovatiegebied relevant zijn voor de beoordeling met betrekking tot de gezamenlijke posities van de partijen, de concentratiegraad, het aantal spelers/innovatoren en de toegangsvoorwaarden op de markt. In sommige gevallen kunnen er mededingingsbeperkende gevolgen zijn in de vorm van hogere prijzen of beperkte productie, innovatie, productkwaliteit of -diversiteit op bestaande markten, alsook in de vorm van een negatieve beïnvloeding van de innovatie door afremming van de ontwikkeling. Indien bijvoorbeeld belangrijke concurrenten op een bestaande technologiemarkt samenwerken bij de ontwikkeling van een nieuwe technologie die ooit bestaande producten kan vervangen, kan deze samenwerking mogelijk de ontwikkeling van de nieuwe technologie vertragen indien de partijen een aanzienlijke marktmacht hebben op de bestaande markt en tevens een sterke positie op het betrokken O&O-gebied innemen. Vergelijkbare gevolgen zijn mogelijk ingeval de grootste speler op een bestaande markt samenwerkt met een veel kleinere speler of zelfs met een potentiële concurrent die op het punt staat een nieuw product of een nieuwe technologie op de markt te brengen, waardoor de positie van de gevestigde onderneming mogelijk wordt bedreigd.

<sup>(1)</sup> Dit sluit niet uit dat er sprake kan zijn van efficiëntiewinst, zoals onder meer geregeld het geval is bij O&O die door de overheid medegefinancierd is.

140. Bepaalde overeenkomsten vallen ongeacht de marktmacht van de partijen buiten het toepassingsgebied van de groepsvrijstellingsverordening inzake O&O. Dit geldt bijvoorbeeld voor overeenkomsten die de toegang van een partij tot de resultaten van een O&O-samenwerking onnodig beperken <sup>(1)</sup>. De groepsvrijstellingsverordening inzake O&O voorziet in een specifieke uitzondering op deze algemene regel voor academische instellingen, onderzoeksinstituten of gespecialiseerde ondernemingen die O&O als een dienstverlening aanbieden en die zich niet bezighouden met de industriële exploitatie van de resultaten van O&O <sup>(2)</sup>. Niettemin kunnen overeenkomsten die buiten de werkingssfeer van de groepsvrijstellingsverordening inzake O&O vallen en exclusieve toegangsrechten ten behoeve van exploitatie toekennen en die onder artikel 101, lid 1, vallen, toch aan de criteria van artikel 101, lid 3, voldoen, met name wanneer de exclusieve toegangsrechten economisch onmisbaar zijn gelet op de situatie op de markt, de risico's en de omvang van de investeringen die nodig zijn om de resultaten van het onderzoek en de ontwikkeling te exploiteren.

### 3.4. Beoordeling op grond van artikel 101, lid 3

#### 3.4.1. Efficiëntieverbeteringen

141. Vele O&O-overeenkomsten brengen, ongeacht of zij gepaard gaan met een gemeenschappelijke exploitatie van de potentiële resultaten, efficiëntieverbeteringen teweeg doordat zij complementaire vaardigheden en activa bundelen, hetgeen resulteert in een snellere ontwikkeling en marktintroductie van verbeterde of nieuwe producten en technologieën. O&O-overeenkomsten kunnen ook leiden tot een ruimere verspreiding van kennis, hetgeen verdere innovatie kan stimuleren. Tevens kunnen O&O-overeenkomsten resulteren in kostenverlagingen.

#### 3.4.2. Onmisbaarheid

142. Beperkingen die verder gaan dan hetgeen noodzakelijk is om de via een O&O-overeenkomst bereikte efficiëntieverbeteringen te behalen, voldoen niet aan de criteria van artikel 101, lid 3. Met name de in artikel 5 van de groepsvrijstellingsverordening inzake O&O genoemde beperkingen kunnen inhouden dat het minder waarschijnlijk is dat na een individuele beoordeling wordt vastgesteld dat aan de criteria van artikel 101, lid 3, is voldaan. Daarom zullen de partijen bij een O&O-overeenkomst over het algemeen moeten aantonen dat die beperkingen onmisbaar zijn voor de samenwerking.

#### 3.4.3. Doorgifte aan consumenten

143. De door onmisbare beperkingen bereikte efficiëntieverbeteringen moeten in voldoende mate aan de gebruikers worden doorgegeven om de mededingingsbeperkende gevolgen van de O&O-overeenkomst te compenseren. Zo moet bijvoorbeeld het op de markt brengen van nieuwe of verbeterde producten opwegen tegen mogelijke prijsverhogingen of andere mededingingsbeperkende gevolgen. Over het algemeen zal een O&O-overeenkomst voor meer efficiëntieverbeteringen ten voordele van gebruikers zorgen naarmate de O&O-overeenkomst de combinatie van complementaire vaardigheden en activa als gevolg heeft. De partijen bij een overeenkomst kunnen bijvoorbeeld verschillende onderzoekcapaciteiten hebben. Als anderzijds de vaardigheden en activa van de partijen heel gelijksoortig zijn, kan het belangrijkste gevolg van de O&O-overeenkomst zijn dat een of meer partijen de O&O-activiteiten geheel of gedeeltelijk beëindigen. Dit zou (vaste) kosten voor de partijen bij de overeenkomst doen wegvallen, maar wellicht geen voordelen opleveren die aan de consumenten worden doorgegeven. Hoe groter de marktmacht van de partijen is, des te minder waarschijnlijk het overigens is dat zij de efficiëntieverbeteringen aan de gebruikers zullen doorgeven in een mate die de mededingingsbeperkende gevolgen compenseert.

#### 3.4.4. Geen uitschakeling van de mededinging

144. Aan de criteria van artikel 101, lid 3, kan niet worden voldaan indien de partijen de mogelijkheid krijgen de mededinging voor een wezenlijk deel van de betrokken producten (of technologieën) uit te schakelen.

#### 3.4.5. Tijdstip van de beoordeling

145. De toetsing van mededingingsbeperkende overeenkomsten op grond van artikel 101, lid 3, vindt plaats in de concrete context van de overeenkomst en op basis van de feiten zoals die zich op een bepaald moment voordoen. De beoordeling kan wijzigen bij substantiële veranderingen in de feiten. De uitzonderingsregeling van artikel 101, lid 3, is van toepassing zolang aan de vier voorwaarden van artikel 101, lid 3, is voldaan, en vervalt wanneer dat niet langer het geval is. Bij de toepassing van

<sup>(1)</sup> Zie artikel 3, lid 2, van de groepsvrijstellingsverordening inzake O&O.

<sup>(2)</sup> Zie artikel 3, lid 2, van de groepsvrijstellingsverordening inzake O&O.

artikel 101, lid 3, overeenkomstig deze beginselen moet rekening worden gehouden met de aanvankelijke verzonken investeringen die de partijen hebben gedaan, de tijd die nodig is en de beperkingen die noodzakelijk zijn om een efficiëntieverbeterende investering te doen en terug te verdienen. Artikel 101 kan niet worden toegepast zonder naar behoren rekening te houden met een dergelijke voorafgaande investering. Het risico dat de partijen nemen en de verzonken investering die gedaan moet worden om de overeenkomst ten uitvoer te leggen, kunnen er bijgevolg toe leiden dat de overeenkomst gedurende de tijd die nodig is om de investering terug te verdienen, buiten de toepassing van artikel 101, lid 1, valt c.q. aan de voorwaarden van artikel 101, lid 3, voldoet. Indien de uitvinding die voortvloeit uit de investering enige exclusiviteit zou genieten die overeenkomstig de regels inzake de bescherming van intellectuele-eigendomsrechten werd verleend aan de partijen, zal de terugverdienperiode van een dergelijke investering wellicht niet langer zijn dan de exclusiviteitsperiode die overeenkomstig deze regels werd vastgelegd.

146. In sommige gevallen is de mededingingsbeperkende overeenkomst een onomkeerbaar feit. Zodra deze overeenkomst ten uitvoer is gelegd, kan de vroegere situatie niet meer worden hersteld. In dergelijke gevallen dient de beoordeling uitsluitend plaats te vinden op basis van de feiten zoals die zich voordoen op het tijdstip van de tenuitvoerlegging. Zo kan het bijvoorbeeld in het geval van een O&O-overeenkomst waarbij elke partij ermee instemt haar eigen onderzoekproject op te geven en haar capaciteit te poolen met die van een andere partij, uit objectief oogpunt technisch en economisch onmogelijk zijn het project nieuw leven in te blazen nadat dit eerst is afgeblazen. De beoordeling van de positieve en negatieve mededingingseffecten van de overeenkomst om de individuele onderzoekprojecten op te geven, moet daarom worden gemaakt op het ogenblik waarop de tenuitvoerlegging ervan plaatsvindt. Wanneer op dat moment de overeenkomst verenigbaar is met artikel 101 – bijvoorbeeld omdat een voldoende aantal derden concurrerende O&O-projecten hebben – blijft de overeenkomst van de partijen om hun individuele projecten op te geven verenigbaar met artikel 101, zelfs indien de projecten van derden nadien op niets uitlopen. Het verbod van artikel 101 kan echter gelden voor andere onderdelen van de overeenkomst ten aanzien waarvan het probleem van de onomkeerbaarheid zich niet voordoet. Wanneer bijvoorbeeld de overeenkomst naast gemeenschappelijke O&O-activiteiten ook voorziet in gezamenlijke exploitatie, kan dit deel van de overeenkomst onder artikel 101 vallen, wanneer als gevolg van latere marktontwikkelingen de overeenkomst mededingingsbeperkend wordt en, mede gelet op de eerder gemaakte verzonken kosten, niet (langer) voldoet aan de voorwaarden van artikel 101, lid 3.

### 3.5. Voorbeelden

147. Invloed van gemeenschappelijke O&O-activiteiten op innovatiemarkten of nieuwe productmarkten

#### Voorbeeld 1

**Situatie:** A en B zijn twee belangrijke fabrikanten van bestaande elektronische componenten op de Uniemarkt. Beide ondernemingen hebben een marktaandeel van 30 %. Zij hebben elk aanzienlijke investeringen verricht in onderzoek en ontwikkeling ten behoeve van de ontwikkeling van geminiaturiseerde elektronische componenten en hebben de eerste prototypes ontwikkeld. Nu komen zij overeen deze O&O-activiteiten samen te brengen in een gemeenschappelijke onderneming met het oog op de voltooiing van de O&O-activiteiten en de productie van de componenten, welke zullen worden teruggekocht aan de moedermaatschappijen, die deze afzonderlijk op de markt zullen brengen. De rest van de markt bestaat uit kleine ondernemingen die niet over voldoende middelen beschikken om de noodzakelijke investeringen te verrichten.

**Analyse:** Geminiaturiseerde elektronische componenten die waarschijnlijk op sommige gebieden zullen concurreren met bestaande componenten, zijn in wezen een nieuwe technologie en derhalve moet een analyse worden gemaakt van de onderzoekspools die gericht zijn op deze toekomstige markt. Indien de gemeenschappelijke onderneming aan de slag gaat, wordt slechts één weg gevolgd om te komen tot de noodzakelijke fabricagetechnologie, terwijl het waarschijnlijk lijkt dat A en B elk afzonderlijk een eigen product op de markt zouden kunnen brengen. De overeenkomst beperkt derhalve de productdiversiteit. De gezamenlijke productie zal waarschijnlijk ook rechtstreeks de mededinging tussen de partijen bij de overeenkomst beperken en ertoe leiden dat zij het productniveau, de kwaliteit of andere belangrijke concurrentieparameters overeenkomen. Hoewel de partijen de producten onafhankelijk van elkaar op de markt zouden brengen, zou dit de mededinging beperken. De partijen zouden bijvoorbeeld de productie van de gemeenschappelijke onderneming kunnen beperken in vergelijking met wat zij op de markt zouden hebben gebracht indien zij elk voor zich over hun productie zouden hebben beslist. De gemeenschappelijke onderneming zou ook een hoge verkoopprijs kunnen doorberekenen aan de partijen, waardoor de productiekosten voor de partijen zouden toenemen, hetgeen vervolgens tot hogere downstream-prijzen zou



kunnen leiden. De partijen hebben een groot gezamenlijk marktaandeel op de bestaande downstream-markt en de rest van de markt is versnipperd. Deze situatie zal zich waarschijnlijk nog scherper aftekenen op de nieuwe downstream-productmarkten, aangezien de kleinere concurrenten niet kunnen investeren in de nieuwe componenten. Om die reden is het waarschijnlijk dat de gezamenlijke productie de mededinging zal beperken. Bovendien zal de markt voor geminiaturiseerde elektronische componenten zich in de toekomst waarschijnlijk ontwikkelen tot een duopolie met een hoge mate van kostendeling en een mogelijke uitwisseling tussen de partijen van commercieel gevoelige informatie. Bovendien wordt ook het risico op concurrentiebeperkende coördinatie groter, waardoor een heimelijke verstandhouding op deze markt kan ontstaan. Hierdoor is het waarschijnlijk dat de O&O-overeenkomst mededingingsbeperkende gevolgen heeft in de zin van artikel 101, lid 1. Hoewel de overeenkomst enerzijds zou kunnen zorgen voor efficiëntieverbeteringen doordat een nieuwe techniek sneller op de markt komt, zouden de partijen anderzijds op O&O-gebied geen concurrentie ondervinden en zouden zij derhalve veel minder gestimuleerd zijn om de nieuwe technologie snel te ontwikkelen. Hoewel sommige van deze bezwaren kunnen worden verholpen indien de partijen zich ertoe zouden verbinden de belangrijkste knowhow voor de fabricage van de geminiaturiseerde componenten tegen redelijke voorwaarden in licentie te geven aan derden, lijkt het onwaarschijnlijk dat hiermee alle bedenkingen zouden zijn weggenomen en dat aan de voorwaarden van artikel 101, lid 3, zou zijn voldaan.

#### Voorbeeld 2

**Situatie:** Onderneming A, een klein researchbedrijf dat niet over een eigen verkooporganisatie beschikt, heeft een farmaceutisch middel ontdekt en daarop een octrooi verworven. Het middel is gebaseerd op een nieuwe technologie die de behandeling van een bepaalde ziekte radicaal verandert. Onderneming A sluit een O&O-overeenkomst met een grote geneesmiddelenproducent, onderneming B, die producten vervaardigt die tot dusver voor de behandeling van de ziekte zijn gebruikt. Onderneming B beschikt niet over een vergelijkbare expertise en een vergelijkbaar O&O-programma en zou die expertise ook niet binnen een dienstig tijdsbestek kunnen ontwikkelen. Op de markt van de bestaande producten heeft onderneming B een marktaandeel van ongeveer 75 % in alle lidstaten, maar de octrooien verstrijken binnen vijf jaar. Er bestaan twee andere onderzoekpools met andere ondernemingen, die zich ongeveer in dezelfde ontwikkelingsfase bevinden en dezelfde nieuwe basistechnologie gebruiken. Onderneming B verstrekt aanzienlijke financiële middelen en knowhow voor de productontwikkeling en voor de toekomstige toegang tot de markt. Onderneming B krijgt een licentie voor de exclusieve productie en distributie van de uit het onderzoek voortvloeiende producten gedurende de looptijd van het octrooi. Er wordt aangenomen dat het product binnen vijf tot zeven jaar op de markt kan worden gebracht.

**Analyse:** Het product zal waarschijnlijk tot een nieuwe relevante markt behoren. De partijen brengen complementaire middelen en vaardigheden in de samenwerking in en de waarschijnlijkheid dat het product op de markt wordt gebracht neemt wezenlijk toe. Hoewel onderneming B waarschijnlijk een aanzienlijke marktmacht heeft op de bestaande markt, zal deze macht binnenkort afnemen. De overeenkomst zal voor onderneming B niet leiden tot een verlies op het gebied van O&O, aangezien onderneming B op dit gebied geen expertise heeft, en het bestaan van andere onderzoekpools zal waarschijnlijk verhinderen dat de O&O-inspanningen worden verminderd. De exploitatierechten gedurende de resterende octrooiperiode zijn vermoedelijk noodzakelijk om onderneming B in staat te stellen de aanzienlijke investeringen te verrichten. Bovendien beschikt onderneming A zelf niet over een commerciële structuur. De overeenkomst zal daarom waarschijnlijk geen mededingingsbeperkende gevolgen hebben in de zin van artikel 101, lid 1. Zelfs wanneer er dergelijke gevolgen zouden zijn, is het waarschijnlijk dat de voorwaarden van artikel 101, lid 3, zijn vervuld.

#### 148. Gevaar van marktafsluiting

#### Voorbeeld 3

**Situatie:** Onderneming A, een klein researchbedrijf dat niet over een eigen verkooporganisatie beschikt, heeft een nieuwe technologie ontdekt en daarop een octrooi verworven. De markt voor een bepaald product waarop producent onderneming B een wereldwijde monopoliepositie heeft doordat er geen ondernemingen zijn die kunnen concurreren met de huidige technologie van B, zal hierdoor radicaal worden veranderd. Er bestaan twee andere onderzoekpools met andere ondernemingen, die zich ongeveer in dezelfde ontwikkelingsfase bevinden en dezelfde nieuwe

basistechnologie gebruiken. Onderneming B verstrekt aanzienlijke financiële middelen en knowhow voor de productontwikkeling en voor de toekomstige toegang tot de markt. Onderneming B krijgt een licentie voor het exclusieve gebruik van de technologie gedurende de looptijd van het octrooi en verbindt zich ertoe enkel de ontwikkeling van de technologie van onderneming A te financieren.

**Analyse:** Het product zal waarschijnlijk tot een nieuwe relevante markt behoren. De partijen brengen complementaire middelen en vaardigheden in de samenwerking in en de waarschijnlijkheid dat het product op de markt wordt gebracht neemt wezenlijk toe. Doordat onderneming B zich echter vastlegt op de technologie van onderneming A, zullen de twee concurrerende onderzoekspools vermoedelijk afzien van hun projecten, aangezien het wellicht moeilijk zal zijn om financiering te blijven vinden wanneer zij de meest waarschijnlijke potentiële afnemer van de technologie kwijt zijn. In een dergelijke situatie zal geen enkele potentiële concurrent de monopoliepositie van onderneming B in de toekomst in gevaar kunnen brengen. Het afschermingseffect van de overeenkomst zou dan waarschijnlijk geacht worden mededingingsbeperkende gevolgen te hebben in de zin van artikel 101, lid 1. Om een beroep te kunnen doen op artikel 101, lid 3, zouden de partijen moeten aantonen dat de verleende exclusiviteit onmisbaar is voor het op de markt brengen van de nieuwe technologie.

#### Voorbeeld 4

**Situatie:** Onderneming A heeft marktmacht op de markt waarvan zijn succesgeneesmiddel deel uitmaakt. Een kleine onderneming B die gespecialiseerd is in farmaceutisch O&O en in de productie van werkzame farmaceutische bestanddelen, heeft een nieuw procedé ontdekt waarmee het werkzame bestanddeel van het succesgeneesmiddel van onderneming A op meer economische wijze kan worden geproduceerd. Onderneming B heeft daarvoor een octrooiaanvraag ingediend en ontwikkelt het procedé verder ten behoeve van industriële productie. Het octrooi op het werkzame bestanddeel van het succesgeneesmiddel vervalt over ruim drie jaar; daarna blijven er nog een aantal octrooien op productieprocessen met betrekking tot het medicijn bestaan. Onderneming B is van oordeel dat haar nieuwe procedé geen inbreuk maakt op de bestaande octrooien van onderneming A met betrekking tot het productieproces en de productie van een niet-inbreukmakende versie van het succesgeneesmiddel mogelijk maakt zodra het octrooi op het werkzame bestanddeel daarvan is verstrekt. Onderneming B zou het geneesmiddel zelf kunnen produceren en/of het procedé in licentie kunnen geven aan belangstellende derden, bijvoorbeeld producenten van generieke geneesmiddelen of onderneming A. Vóór het beëindigen van zijn onderzoek en ontwikkeling op dit gebied sluit onderneming B een overeenkomst met onderneming A, op grond waarvan onderneming A een financiële bijdrage levert aan het O&O-project dat door onderneming B wordt uitgevoerd, op voorwaarde dat zij een exclusieve licentie verkrijgt op alle octrooien van onderneming B in verband met het O&O-project. Er bestaan twee andere onafhankelijke onderzoekspools die bezig zijn met de ontwikkeling van een niet-inbreukmakend procedé voor de productie van het succesgeneesmiddel, maar het is nog niet duidelijk of zij het stadium van industriële productie zullen bereiken.

**Analyse:** Alleen aan de hand van het procedé waarop de octrooiaanvraag van onderneming B betrekking heeft, is de productie van een nieuw product niet mogelijk. Het houdt alleen een verbetering van een bestaand productieproces in. Onderneming A heeft marktmacht op de bestaande markt waarvan haar succesgeneesmiddel deel uitmaakt. Als er daadwerkelijk generieke concurrenten de markt zouden betreden, zou dit deze marktmacht aanzienlijk verminderen, maar de exclusieve licentie maakt het door onderneming B ontwikkelde procedé ontoegankelijk voor derden en zal aldus het verschijnen van generieke alternatieven op de markt vertragen (niet in de laatste plaats omdat het product nog beschermd wordt door een aantal octrooien op de productieprocessen). De exclusieve licentie beperkt bijgevolg de mededinging in de zin van artikel 101, lid 1. Aangezien onderneming A en onderneming B potentiële concurrenten zijn, is de groepsvrijstellingsverordening inzake O&O niet van toepassing. Het marktaandeel van onderneming A op de markt waarvan haar succesgeneesmiddel deel uitmaakt, bedraagt immers meer dan 25 %. De kosten die onderneming A bespaart dankzij het nieuwe productieprocedé, zijn niet toereikend om de beperking van de mededinging te compenseren. Een exclusieve licentie is hoe dan ook niet onmisbaar om de besparingen in het productieproces te realiseren. De overeenkomst zal daarom waarschijnlijk niet voldoen aan de criteria van artikel 101, lid 3.

#### 149. Invloed van O&O-samenwerking op dynamische product- en technologiemarkten en op het milieu

##### Voorbeeld 5

**Situatie:** Twee engineeringbedrijven die auto-onderdelen vervaardigen komen overeen om een gemeenschappelijke onderneming op te richten waarin hun O&O-inspanningen die erop gericht

zijn de productie en de prestaties van een bestaand onderdeel te verbeteren, worden ondergebracht. De productie van dit onderdeel zou tevens een gunstige uitwerking hebben op het milieu. Voertuigen zouden minder brandstof verbruiken en daardoor minder CO<sub>2</sub> uitstoten. De ondernemingen brengen tevens hun bestaande activiteiten inzake het in licentie geven van technologieën op dit gebied in, maar blijven de onderdelen afzonderlijk fabriceren en verkopen. De twee ondernemingen hebben in Europa marktaandelen van respectievelijk 15 % en 20 % op de OEM-productmarkt (Original Equipment Manufacturer market – markt voor originele onderdelen). Er zijn twee andere grote concurrenten en een aantal grote automobiefabrikanten voeren verschillende eigen onderzoeksprogramma's uit. Op de wereldmarkt voor het in licentie geven van de technologie voor deze producten hebben de partijen marktaandelen van respectievelijk 20 % en 25 % in termen van gegenereerde inkomsten. Bovendien bestaan er twee andere belangrijke technologieën. De levenscyclus van het onderdeel bedraagt twee tot drie jaar. Over de laatste vijf jaar heeft een van de grote ondernemingen elk jaar een nieuwe of een verbeterde versie op de markt gebracht.

**Analyse:** Daar de O&O-inspanningen van geen van de ondernemingen op een volledig nieuw product gericht is, zijn het de markten voor de bestaande onderdelen en voor het in licentie geven van relevante technologie die moeten worden onderzocht. Het gezamenlijke marktaandeel van de partijen op de OEM-markt (35 %) en in het bijzonder op de technologiemarkt (45 %), is hoog. De partijen zullen de onderdelen echter afzonderlijk blijven vervaardigen en verkopen. Voorts zijn er verschillende concurrerende technologieën die regelmatig worden verbeterd. Daarenboven zijn de autofabrikanten, die thans hun technologie niet in licentie geven, eveneens potentiële betreders van de technologiemarkt, waardoor de mogelijkheid van de partijen om de prijzen op rendabele wijze te verhogen, wordt ingeperkt. Voor zover de gemeenschappelijke onderneming mededingingsbeperkende gevolgen heeft in de zin van artikel 101, lid 1, voldoet die waarschijnlijk aan de criteria van artikel 101, lid 3. Bij de toetsing aan artikel 101, lid 3, dient er rekening mee te worden gehouden dat een lager brandstofverbruik de gebruikers ten goede zal komen.

#### 4. PRODUCTIEOVEREENKOMSTEN

##### 4.1. Definitie en toepassingsgebied

150. Productieovereenkomsten kunnen naar vorm en toepassingsgebied verschillen. Zij kunnen erin voorzien dat de productie door één enkele partij of door twee of meer partijen wordt uitgevoerd. Ondernemingen kunnen gezamenlijk produceren via een gemeenschappelijke onderneming, d.w.z. een onderneming waarover gezamenlijke zeggenschap wordt uitgeoefend en die één of meer productiefaciliteiten exploiteert, of via lossere samenwerkingsvormen op productiegebied zoals onderaannemingsovereenkomsten waarbij één partij (de „opdrachtgever”) een andere partij (de „toeleverancier”) met de productie belast.
151. Er bestaan verschillende soorten onderaannemingsovereenkomsten. Horizontale onderaannemingsovereenkomsten worden gesloten tussen ondernemingen die op dezelfde productmarkt actief zijn, ongeacht of zij daadwerkelijke of potentiële concurrenten zijn. Verticale onderaannemingsovereenkomsten worden gesloten tussen ondernemingen die werkzaam zijn op verschillende marktniveaus.
152. Horizontale onderaannemingsovereenkomsten omvatten eenzijdige en wederkerige specialisatieovereenkomsten en onderaannemingsovereenkomsten waarmee een verhoging van de productie wordt beoogd. Eenzijdige specialisatieovereenkomsten zijn overeenkomsten tussen twee partijen die actief zijn op dezelfde productmarkt of -markten, waarbij één partij zich ertoe verbindt de vervaardiging van bepaalde producten volledig of gedeeltelijk te beëindigen dan wel niet tot vervaardiging van die producten over te gaan maar die te kopen bij de andere partij, die zich ertoe verbindt deze producten te vervaardigen en te leveren. Wederkerige specialisatieovereenkomsten zijn overeenkomsten tussen twee of meer partijen die actief zijn op dezelfde productmarkt of -markten, waarbij twee of meer partijen zich op basis van wederkerigheid ertoe verbinden de vervaardiging van bepaalde, doch verschillende, producten volledig of gedeeltelijk te beëindigen dan wel niet tot vervaardiging daarvan over te gaan maar die van de andere partijen te kopen, die zich ertoe verbinden deze te vervaardigen en te leveren. In het geval van onderaannemingsovereenkomsten waarmee een verhoging van de productie wordt beoogd, belast de opdrachtgever de toeleverancier met de vervaardiging van goederen, zonder dat de opdrachtgever gelijktijdig de eigen productie van de goederen beëindigt of beperkt.
153. Deze richtsnoeren zijn van toepassing op alle vormen van overeenkomsten betreffende gezamenlijke productie en horizontale onderaannemingsovereenkomsten. Onder bepaalde voorwaarden kunnen gezamenlijke productieovereenkomsten en zowel eenzijdige als wederkerige specialisatieovereenkomsten onder de groepsvrijstellingsverordening inzake specialisatie vallen.

154. Verticale onderaannemingsovereenkomsten vallen niet onder deze richtsnoeren. Zij vallen binnen de werkingssfeer van de richtsnoeren inzake verticale beperkingen en kunnen onder bepaalde voorwaarden in aanmerking komen voor toepassing van de groepsvrijstellingsverordening inzake verticale beperkingen. Voorts kunnen zij onder de Bekendmaking van de Commissie betreffende de beoordeling van toeleveringsovereenkomsten in het licht van artikel 85, lid 1, van het EEG-Verdrag <sup>(1)</sup> („de toeleveringsbekendmaking”) vallen.

#### 4.2. Relevante markten

155. Teneinde de concurrentieverhouding tussen de samenwerkende partijen te beoordelen, moeten eerst de relevante markt of markten worden afgebakend waarop de samenwerking op productiegebied rechtstreeks betrekking heeft, meer bepaald de markten waartoe de krachtens de productieovereenkomst vervaardigde producten behoren.
156. Een productieovereenkomst kan ook spillover-effecten hebben op naburige markten van die waarop de samenwerking rechtstreeks betrekking heeft, bijvoorbeeld de upstream- of downstream-markt (de „spillover-markten”) <sup>(2)</sup>. De spillover-markten zijn waarschijnlijk relevant wanneer de markten onderling afhankelijk zijn en de partijen een sterke positie innemen op de spillover-markt.

#### 4.3. Beoordeling op grond van artikel 101, lid 1

##### 4.3.1. Voornaamste mededingingsbezwaren

157. Productieovereenkomsten kunnen leiden tot een rechtstreekse beperking van de mededinging tussen de partijen. Productieovereenkomsten, en in het bijzonder gemeenschappelijke productieondernemingen, kunnen de partijen ertoe aanzetten directe afspraken te maken over het productieniveau en de kwaliteit, de prijs waartegen de gemeenschappelijke onderneming de producten verkoopt, of andere belangrijke parameters voor concurrentie. Dit kan de mededinging beperken, zelfs als de partijen de producten onafhankelijk van elkaar op de markt brengen.
158. Productieovereenkomsten kunnen ook als gevolg hebben dat de partijen hun concurrentiegedrag als leveranciers op elkaar afstemmen, hetgeen leidt tot hogere prijzen en een beperktere producthoeveelheid, productkwaliteit, productdiversiteit, of innovatie, met andere woorden tot een heimelijke verstandhouding. Voor zover de partijen marktmacht bezitten en de markt kenmerken vertoont die tot een dergelijke coördinatie aanzetten, kan dit zich voordoen, met name wanneer op grond van de productieovereenkomst de gemeenschappelijke kosten van de partijen (d.w.z. het deel van de variabele kosten dat de partijen delen) zo groot worden dat de partijen tot een heimelijke verstandhouding kunnen komen, of wanneer de overeenkomst een uitwisseling van commercieel gevoelige informatie inhoudt die tot een heimelijke verstandhouding kan leiden.
159. Productieovereenkomsten kunnen bovendien leiden tot mededingingsbeperkende uitsluiting van derden op een verbonden markt (bijvoorbeeld de downstream-markt die voor zijn input afhankelijk is van de markt waarop de productieovereenkomst wordt toegepast). Zo kunnen bijvoorbeeld partijen die kiezen voor gezamenlijke productie in een upstream-markt, wanneer zij voldoende marktmacht verwerven, wellicht de prijs van een belangrijk onderdeel op een downstream-markt verhogen. Zo kunnen zij de gezamenlijke productie gebruiken om de kosten voor hun downstream-concurrenten op te drijven en hen uiteindelijk uit de markt te verdringen. Dit zou op zijn beurt de marktmacht van de partijen op de downstream-markt verhogen, waardoor zij in staat worden gesteld de prijzen boven het concurrerend niveau te handhaven of anderszins de consumenten te benadelen. Dergelijke mededingingsproblemen kunnen zich voordoen ongeacht of de partijen bij de overeenkomst concurrenten zijn op de markt waarop de samenwerking betrekking heeft. Dit soort afscherming zal evenwel slechts mededingingsbeperkende gevolgen hebben indien ten minste een van de partijen een sterke positie heeft op de markt waarop het risico op marktafscherming wordt vastgesteld.

##### 4.3.2. Mededingingsbeperkende strekking

160. Over het algemeen hebben overeenkomsten waarbij prijzen worden vastgesteld, de productie wordt beperkt of de markten of afnemers worden verdeeld, een mededingingsbeperkende strekking. In de context van productieovereenkomsten geldt dit evenwel niet in twee gevallen:

<sup>(1)</sup> PB C 1 van 3.1.1979, blz. 2.

<sup>(2)</sup> Zoals ook genoemd in artikel 2, lid 4, van de concentratieverordening.

- wanneer de partijen de productie vastleggen waarop de productieovereenkomst rechtstreeks betrekking heeft (bijvoorbeeld de capaciteit en het productievolume van een gemeenschappelijke onderneming, of de hoeveelheid producten welke zullen worden uitbesteed), mits de overige concurrentieparameters niet worden uitgeschakeld; of
- wanneer in een productieovereenkomst, die eveneens de gezamenlijke distributie van de gefabriceerde producten regelt, is voorzien in de gezamenlijke vaststelling van de verkoopprijzen van die producten, en alleen die producten, mits deze beperking noodzakelijk is voor de gezamenlijke productie, met name omdat de partijen anders helemaal geen stimulans zouden hebben om de productieovereenkomst aan te gaan.

161. In beide gevallen moet worden beoordeeld of de overeenkomst aanleiding kan geven tot mededingingsbeperkende gevolgen in de zin van artikel 101, lid 1. In beide bovenstaande scenario's wordt de overeenkomst over de productie of de prijzen niet afzonderlijk beoordeeld, doch in het licht van alle gevolgen die de productieovereenkomst in haar geheel heeft op de markt.

#### 4.3.3. Mededingingsbeperkende gevolgen

162. Of de mededingingsbezwaren waartoe productieovereenkomsten mogelijk aanleiding kunnen geven zich in een bepaald geval ook echt zullen voordoen, hangt af van de kenmerken van de markt waarop de overeenkomst wordt gesloten, alsook van de aard en de marktdekking van de samenwerking en het product waarop de samenwerking betrekking heeft. Deze variabelen bepalen de vermoedelijke gevolgen van een productieovereenkomst voor de mededinging en bijgevolg ook de toepasselijkheid van artikel 101, lid 1.
163. Of een productieovereenkomst vermoedelijk mededingingsbeperkende gevolgen heeft, hangt af van de situatie die zonder de overeenkomst met haar vermeende beperkingen zou bestaan. Bij productieovereenkomsten tussen ondernemingen die concurreren op markten waarop de samenwerking plaatsvindt, zijn mededingingsbeperkende gevolgen derhalve onwaarschijnlijk indien de samenwerking een nieuwe markt in het leven roept, d.w.z. wanneer de partijen dankzij de overeenkomst een nieuw product of een nieuwe dienst op de markt kunnen brengen, hetgeen zij anders, om objectieve redenen, bijvoorbeeld wegens de beperkte technische capaciteit van de partijen, niet hadden gekund.
164. In sommige bedrijfstakken waarin productie de economische hoofdactiviteit is, kan zelfs een zuivere productieovereenkomst op zichzelf reeds belangrijke vormen van mededinging uitschakelen en aldus de mededinging tussen de partijen bij de overeenkomst rechtstreeks beperken.
165. Daarnaast kan een productieovereenkomst tot een heimelijke verstandhouding of concurrentiebeperkende afscherming leiden doordat de marktmacht van de ondernemingen en hun gemeenschappelijke kosten toenemen en/of er commercieel gevoelige informatie wordt uitgewisseld. Aan de andere kant is een rechtstreekse beperking van de mededinging tussen de partijen, een heimelijke verstandhouding of concurrentieverstorende afscherming onwaarschijnlijk wanneer de partijen bij de overeenkomst geen marktmacht bezitten op de markt waarop de mededingingsbezwaren worden beoordeeld. Alleen met marktmacht kunnen de partijen op rendabele wijze de prijzen boven het concurrerende niveau handhaven, of de productie, productkwaliteit of -diversiteit op rendabele wijze onder het concurrerende niveau handhaven.
166. Wanneer een onderneming met marktmacht op een markt samenwerkt met een potentiële toetreders, bijvoorbeeld met een aanbieder van hetzelfde product in een naburige geografische markt of productmarkt, kan de overeenkomst mogelijk de marktmacht van de gevestigde onderneming vergroten. Dit kan mededingingsbeperkende gevolgen hebben indien de werkelijke concurrentie op de markt van de gevestigde onderneming al zwak is en de dreiging van toetreding een grote bron van concurrentiedruk is.
167. Productieovereenkomsten die commercialiseringstaken omvatten zoals de gezamenlijke distributie en/of het gezamenlijk op de markt brengen, houden een groter risico op mededingingsbeperkende gevolgen in dan een overeenkomst die uitsluitend gezamenlijke productie betreft. Gezamenlijke commercialisering brengt de samenwerking dichter bij de gebruiker en behelst doorgaans de gezamenlijke vaststelling van prijzen en verkoopvolumes, d.w.z. gedragingen die de hoogste risico's inhouden voor de mededinging. Niettemin hebben overeenkomsten betreffende de gezamenlijke distributie van producten die gezamenlijk zijn geproduceerd, over het algemeen minder vaak mededingingsbeperkende gevolgen dan op zichzelf staande overeenkomsten inzake gezamenlijke distributie. Een overeenkomst inzake gezamenlijke distributie die noodzakelijk is, wil de gezamenlijke productieovereenkomst überhaupt worden gesloten, zal eveneens minder vaak aanleiding geven tot beperking van de mededinging dan indien zij niet noodzakelijk was voor de gezamenlijke productie.

**Marktmacht**

168. Een productieovereenkomst heeft waarschijnlijk geen mededingingsbeperkende gevolgen indien de partijen bij de overeenkomst geen marktmacht bezitten op de markt waarop een beperking van de mededinging wordt beoordeeld. Het uitgangspunt voor de analyse van marktmacht is het marktaandeel van de partijen. Daarna volgen doorgaans de concentratiegraad, het aantal marktdeelnemers en andere dynamische factoren zoals potentiële toetreding en veranderende marktaandelen.
169. Onder een bepaalde marktaandeedrempel is het onwaarschijnlijk dat een onderneming marktmacht heeft. Daarom vallen eenzijdige of wederkerige specialisatieovereenkomsten en overeenkomsten betreffende gezamenlijke productie die bepaalde geïntegreerde commercialiseringstaken omvatten, zoals gezamenlijke distributie, onder de groepsvrijstellingsverordening inzake specialisatie, voor zover zij worden gesloten tussen partijen met een gezamenlijk marktaandeel van hoogstens 20 % op de relevante markt of markten, en op voorwaarde dat aan de andere voorwaarden voor de toepassing van de groepsvrijstellingsverordening inzake specialisatie is voldaan. Ook bij horizontale onderaannemingsovereenkomsten waarmee een verhoging van de productie wordt beoogd, is het in de meeste gevallen onwaarschijnlijk dat er marktmacht zou bestaan wanneer de partijen bij de overeenkomst een gezamenlijk marktaandeel van minder dan 20 % hebben. Bij een gezamenlijk marktaandeel van de partijen van minder dan 20 % is het in elk geval waarschijnlijk dat aan de voorwaarden van artikel 101, lid 3, is voldaan.
170. Indien het gezamenlijke marktaandeel van de partijen evenwel meer dan 20 % bedraagt, moeten de mededingingsbeperkende gevolgen worden onderzocht, aangezien de overeenkomst dan niet valt binnen de werkingssfeer van de groepsvrijstellingsverordening inzake specialisatie of binnen de in veilige zone voor horizontale toeleveringsovereenkomsten met het oog op uitbreiding van de productie als bedoeld in punt 169, derde en vierde zin. Een lichtjes hoger marktaandeel dan in de groepsvrijstelling of de in punt 169, derde en vierde zin, bedoelde veilige zone wordt toegestaan, wijst niet noodzakelijkerwijze op een sterk geconcentreerde markt, hetgeen een belangrijke factor van de beoordeling vormt. Op een markt met een matige concentratiegraad mag het gezamenlijke marktaandeel van de partijen iets meer dan 20 % bedragen. Over het algemeen zal een productieovereenkomst op een geconcentreerde markt vaker mededingingsbeperkende gevolgen hebben dan op een markt die niet geconcentreerd is. Op dezelfde wijze kan een productieovereenkomst op een geconcentreerde markt het risico op een heimelijke verstandhouding verhogen, zelfs indien de partijen slechts een matig gezamenlijk marktaandeel hebben.
171. Zelfs wanneer de marktaandelen van de partijen bij de overeenkomst en de marktconcentratie hoog zijn, kan het risico op mededingingsbeperkende gevolgen laag zijn wanneer de markt dynamisch is, d.w.z. wanneer hij gemakkelijk toegankelijk is en er snel fluctuerende marktposities zijn.
172. Bij het onderzoek van de marktmacht van partijen bij een productieovereenkomst zijn het aantal en de intensiteit van de banden (bijvoorbeeld andere samenwerkingsovereenkomsten) tussen de concurrenten op de markt relevant voor de beoordeling.
173. Voor de beoordeling van de overeenkomst uit mededingingsoogpunt is het relevant vast te stellen of de partijen bij de overeenkomst grote marktaandelen hebben, of zij naaste concurrenten zijn, of de afnemers beperkte mogelijkheden hebben om van leverancier te veranderen, of het onwaarschijnlijk is dat concurrenten hun aanbod verhogen indien prijzen zouden stijgen, en of een van de partijen bij de overeenkomst een sterke concurrentiepositie heeft.

**Rechtstreekse beperking van mededinging tussen de partijen**

174. De mededinging tussen de partijen bij een productieovereenkomst kan op verschillende manieren rechtstreeks worden beperkt. Bij een gemeenschappelijke productieonderneming kunnen de partijen bijvoorbeeld de productie van de gemeenschappelijke onderneming beperken in vergelijking met wat de partijen op de markt zouden hebben gebracht indien zij elk afzonderlijk over hun productievolume zouden hebben beslist. Indien de voornaamste kenmerken worden vastgelegd in de productieovereenkomst, zou dit ook kunnen leiden tot een uitschakeling van de belangrijkste vormen van mededinging tussen de partijen en uiteindelijk tot mededingingsbeperkende gevolgen. Een ander voorbeeld is een gemeenschappelijke onderneming die een hoge interne verrekenprijs aan de partijen in rekening brengt, waardoor de productiekosten voor de partijen toenemen, hetgeen vervolgens tot hogere downstream-prijzen zou kunnen leiden. Concurrenten kunnen het in hun voordeel achten te reageren door hun prijzen te verhogen, waardoor zij mede een prijsverhoging veroorzaken op de relevante markt.

### ***Heimelijke verstandhouding***

175. De waarschijnlijkheid dat er een heimelijke verstandhouding tot stand komt, hangt af van de marktmacht van de partijen en van de kenmerken van de relevante markt. Een heimelijke verstandhouding kan met name (doch niet alleen) voortvloeien uit het delen van kosten of uit een uitwisseling van informatie in het kader van de productieovereenkomst.
176. Een productieovereenkomst tussen partijen met marktmacht kan mededingingsbeperkende gevolgen hebben indien die hun gedeelde kosten (d.w.z. het deel van de variabele kosten dat door de partijen gezamenlijk wordt gedragen) op een zodanig hoog niveau brengt dat collusie mogelijk wordt. Daarbij zijn de variabele kosten van het product waarmee de partijen bij de productieovereenkomst met elkaar concurreren, relevant.
177. Een productieovereenkomst zal waarschijnlijk sneller tot een heimelijke verstandhouding leiden wanneer de partijen reeds vóór de sluiting van de overeenkomst een groot gedeelte van de variabele kosten gemeenschappelijk hebben, zodat de bijkomende toename (d.w.z. de productiekosten van het product waarop de overeenkomst betrekking heeft) de balans kan doen doorslaan naar een feitelijke onderlinge afstemming. Wanneer de toename van de gedeelde kosten groot is, kan het risico op een heimelijke verstandhouding ook groot zijn, zelfs indien het oorspronkelijke niveau van kostendeling laag is.
178. Kostendeling verhoogt slechts het risico op een heimelijke verstandhouding indien de productiekosten een groot deel van de betrokken variabele kosten vormen. Dit is bijvoorbeeld niet het geval wanneer de samenwerking betrekking heeft op producten waarvan het in de handel brengen hoge kosten meebrengt. Een voorbeeld zijn nieuwe of heterogene producten waarvan de marketing- en transportkosten hoog zijn.
179. Een ander geval waarin kostendeling kan leiden tot een heimelijke verstandhouding, is de situatie waarin de partijen besluiten tot de gezamenlijke productie van een tussenproduct dat een groot deel vertegenwoordigt van de variabele kosten van het eindproduct waarmee de partijen downstream concurreren. De partijen zouden van de productieovereenkomst gebruik kunnen maken om de prijs van deze belangrijke gemeenschappelijke input voor hun producten op de downstream-markt te verhogen. Dit zou de mededinging op de downstream-markt verzwakken en waarschijnlijk tot hogere eindprijzen leiden. De winst zou van de downstream- naar de upstream-markt verschuiven, en dan onder de partijen verdeeld worden via de gemeenschappelijke onderneming.
180. Op dezelfde wijze verhoogt kostendeling de mededingingsbeperkende risico's van een horizontale onderaannemingsovereenkomsten indien de input die de opdrachtgever koopt van de onderaannemer een groot deel uitmaakt van de variabele kosten van het eindproduct waarmee de partijen concurreren.
181. Eventuele negatieve effecten ten gevolge van de uitwisseling van informatie worden niet afzonderlijk onderzocht, maar in het kader van de algemene effecten van de overeenkomst. Een productieovereenkomst kan mededingingsbeperkende gevolgen hebben wanneer zij leidt tot de uitwisseling van strategische commerciële informatie die aanleiding kan geven tot een heimelijke verstandhouding of concurrentieverstorende afscherming. De waarschijnlijkheid dat de informatie-uitwisseling in de context van een productieovereenkomst leidt tot een beperking van de mededinging, moet worden beoordeeld overeenkomstig de aanwijzingen die worden gegeven in hoofdstuk 2.
182. Indien de informatie-uitwisseling zich beperkt tot het uitwisselen van gegevens die nodig zijn voor de gezamenlijke productie van de goederen waarop de productieovereenkomst betrekking heeft, zou de overeenkomst, zelfs wanneer de informatie-uitwisseling mededingingsbeperkende gevolgen heeft in de zin van artikel 101, lid 1, waarschijnlijk gemakkelijker voldoen aan de criteria van artikel 101, lid 3, dan wanneer de uitwisseling verder zou gaan dan wat noodzakelijk is voor de gezamenlijke productie. In dit geval zullen de efficiëntieverbeteringen door gezamenlijke productie waarschijnlijk opwegen tegen de mededingingsbeperkende gevolgen van de coördinatie van het gedrag van de partijen. Omgekeerd zal bij een productieovereenkomst waarbij informatie wordt uitgewisseld die niet noodzakelijk is voor de gezamenlijke productie, bijvoorbeeld de uitwisseling van informatie betreffende prijzen en verkoop, minder vaak aan de voorwaarden van artikel 101, lid 3, voldaan zijn.

#### **4.4. Beoordeling op grond van artikel 101, lid 3**

##### ***4.4.1. Efficiëntieverbeteringen***

183. Productieovereenkomsten kunnen positieve gevolgen hebben voor de mededinging indien zij efficiëntieverbeteringen opleveren in de vorm van kostenbesparingen of betere productietechnieken. Door gezamenlijk te produceren kunnen ondernemingen kosten besparen die anders tweemaal gemaakt

zouden worden. De ondernemingen kunnen ook goedkoper produceren wanneer zij door de samenwerking de productie kunnen verhogen en de marginale kosten dus dalen, d.w.z. door schaalvoordelen. Door gezamenlijk te produceren en daarbij hun complementaire vaardigheden en knowhow te combineren, kunnen ondernemingen ook de productkwaliteit verbeteren. Samenwerking kan ondernemingen ook in staat stellen de productdiversiteit te vergroten, hetgeen zij anders niet zouden kunnen betalen of bereiken. Indien gezamenlijke productie de partijen in staat stelt het aantal verschillende producttypes te verhogen, kan dit ook kosten besparen doordat het product meer toepassingen vindt.

#### 4.4.2. Onmisbaarheid

184. Beperkingen die verder gaan dan nodig is om de efficiëntieverbeteringen te behalen die uit een productieovereenkomst voortvloeien, voldoen niet aan de criteria van artikel 101, lid 3. Beperkingen die door een productieovereenkomst aan partijen worden opgelegd met betrekking tot hun concurrentiegedrag in het kader van productie buiten het samenwerkingsgebied, worden doorgaans bijvoorbeeld niet als onmisbaar beschouwd. Zo ook wordt gezamenlijke prijsstelling niet onmisbaar geacht indien de productieovereenkomst geen gezamenlijke commercialisering omvat.

#### 4.4.3. Doorgifte aan consumenten

185. De door onmisbare beperkingen bereikte efficiëntieverbeteringen moeten in voldoende mate aan de gebruikers worden doorgegeven in de vorm van lagere prijzen of betere productkwaliteit of –diversiteit, om de mededingingsbeperkende gevolgen te compenseren. Efficiëntieverbeteringen die slechts aan de partijen ten goede komen of kostenbesparingen ten gevolge van een beperking van de productie of een verdeling van de markt, volstaan niet om aan de criteria van artikel 101, lid 3, te voldoen. Wanneer de partijen bij de productieovereenkomst kunnen besparen op hun variabele kosten, zullen zij waarschijnlijk meer geneigd zijn die door te geven aan consumenten, dan in het geval van besparingen op hun vaste kosten. Hoe groter de marktmacht van de partijen is, des te minder waarschijnlijk het bovendien wordt dat zij de efficiëntieverbeteringen in voldoende mate aan de consumenten doorgeven om op te wegen tegen de mededingingsbeperkende gevolgen.

#### 4.4.4. Geen uitschakeling van de mededinging

186. Aan de criteria van artikel 101, lid 3, kan niet worden voldaan indien de partijen de mogelijkheid hebben de mededinging voor een wezenlijk deel van de betrokken producten uit te schakelen. Dit moet worden onderzocht voor de relevante markt waartoe de onder de samenwerking vallende producten behoren, en voor mogelijke spillover-markten.

### 4.5. Voorbeelden

187. Kostendeling en heimelijke verstandhouding

#### Voorbeeld 1

**Situatie:** Ondernemingen A en B, twee aanbieders van een product X, besluiten hun huidige en verouderde productie-eenheden te sluiten en een grotere, moderne en meer efficiënte fabriek te bouwen die beheerd wordt door een gemeenschappelijke onderneming en die een hogere capaciteit zal hebben dan de capaciteit van de oude fabrieken van ondernemingen A en B samen. Er zijn geen soortgelijke investeringen gepland door concurrenten, die de volle capaciteit van hun faciliteiten benutten. A en B hebben een marktaandeel van respectievelijk 20 % en 25 %. Hun producten zijn elkaars naaste vervangproducten in een specifiek, geconcentreerd marktsegment. De markt is transparant en stagneert min of meer, er zijn geen nieuwe toetredingen en de marktaandelen zijn al geruime tijd stabiel gebleven. De productiekosten vormen een groot deel van de variabele kosten van onderneming A en onderneming B voor product X. De commercialisering is in vergelijking met de productie een minder belangrijke economische activiteit, uit een oogpunt van zowel kosten als strategisch belang: de marketingkosten zijn laag aangezien product X een homogeen en gevestigd product is en de transportkosten zijn uit mededingingsoogpunt geen belangrijke factor.

**Analyse:** Als ondernemingen A en B hun variabele kosten volledig of voor een groot deel zouden delen, zou deze productieovereenkomst kunnen leiden tot een rechtstreekse beperking van de mededinging tussen partijen doordat belangrijke aspecten van mededinging tussen ondernemingen A en B direct worden uitgeschakeld. Dit kan de partijen ertoe aanzetten de productie van de gemeenschappelijke onderneming te beperken in vergelijking met wat de partijen op de markt zouden hebben gebracht indien zij elk afzonderlijk over hun productievolume zouden hebben beslist. Aangezien de concurrenten hun capaciteit niet meteen kunnen uitbreiden, zou deze beperking van de productie tot hogere prijzen kunnen leiden.



Zelfs als ondernemingen A en B hun variabele kosten niet voor het grootste deel doch slechts in significante mate zouden delen, zou de productieovereenkomst tot een heimelijke verstandhouding tussen onderneming A en onderneming B kunnen leiden en de mededinging tussen beide indirect kunnen uitschakelen. Hoe waarschijnlijk dit is, hangt niet alleen af van de (in dit geval hoge) mate waarin de partijen kosten delen, maar ook van de kenmerken van de relevante markt, zoals bijvoorbeeld de transparantie, stabiliteit en concentratiegraad.

In beide hierboven beschreven gevallen zal de gemeenschappelijke productieonderneming van ondernemingen A en B, gelet op de marktconfiguratie in dit voorbeeld, waarschijnlijk leiden tot mededingingsbeperkende gevolgen in de zin van artikel 101, lid 1, op de markt voor product X.

De vervanging van de twee kleinere oude productie-eenheden door een grotere, moderne en meer efficiënte fabriek kan leiden tot een uitbreiding van de productie van de gemeenschappelijke onderneming, tegen een lagere prijs, ten voordele van de consumenten. De productieovereenkomst kan evenwel enkel aan de criteria van artikel 101, lid 3, voldoen indien de partijen afdoende bewijzen hebben geleverd dat de efficiëntieverbeteringen in voldoende mate worden doorgegeven aan de consumenten om op te wegen tegen de mededingingsbeperkende gevolgen.

#### 188. Banden tussen concurrenten en heimelijke verstandhouding

##### Voorbeeld 2

**Situatie:** Twee aanbieders, ondernemingen A en B, richten een gemeenschappelijke productieonderneming op met betrekking tot product Y. Ondernemingen A en B hebben elk een aandeel van 15 % op de markt voor Y. Er zijn drie andere marktpartijen: onderneming C met een marktaandeel van 30 %, onderneming D met 25 % en onderneming E met 15 %. Onderneming B beschikt reeds over een gemeenschappelijke productiefabriek met onderneming D.

**Analyse:** De markt wordt gekenmerkt door een zeer klein aantal marktpartijen en vrij symmetrische structuren. Samenwerking tussen ondernemingen A en B zou voor een nieuwe band zorgen op de markt, hetgeen de marktconcentratie de facto zou verhogen, aangezien ook onderneming D aan ondernemingen A en B zou worden gekoppeld. Wellicht verhoogt deze samenwerking het risico op een heimelijke verstandhouding en bijgevolg waarschijnlijk op mededingingsbeperkende gevolgen in de zin van artikel 101, lid 1. Aan de criteria van artikel 101, lid 3, kan enkel worden voldaan in het geval van aanzienlijke efficiëntieverbeteringen die in voldoende mate worden doorgegeven aan de consumenten om op te wegen tegen de mededingingsbeperkende gevolgen.

#### 189. Concurrentieverstorende afscherming op een downstream-markt

##### Voorbeeld 3

**Situatie:** Ondernemingen A en B richten een gemeenschappelijke productieonderneming op voor het tussenproduct X, die de productie van X volledig voor haar rekening neemt. De productiekosten van X maken 70 % uit van de variabele kosten van het eindproduct Y waarmee ondernemingen A en B downstream concurreren. Ondernemingen A en B hebben elk een aandeel van 20 % op de markt voor Y, er is beperkte toetreding en de marktaandelen zijn geruime tijd stabiel gebleven. Ondernemingen A en B voorzien in hun eigen behoefte aan X en hebben daarenboven beide een marktaandeel van 40 % op de commerciële markt voor X. De belemmeringen voor het betreden van de markt voor X zijn groot en de bestaande producenten benutten vrijwel de volledige capaciteit. Op de markt voor Y zijn er twee belangrijke andere aanbieders, met elk een marktaandeel van 15 %, en een aantal kleinere concurrenten. De overeenkomst levert schaalvoordelen op.

**Analyse:** Via de gemeenschappelijke productieonderneming zouden ondernemingen A en B de levering van de essentiële input X aan hun concurrenten op de markt voor Y verregaand kunnen controleren. Dit zou ondernemingen A en B in staat stellen de kosten van hun concurrenten te verhogen door de prijs van X kunstmatig te verhogen, of door de productie te verminderen. Dit zou de concurrenten van ondernemingen A en B van de markt voor Y kunnen uitsluiten. Vanwege de waarschijnlijke concurrentieverstorende afscherming op de downstream-markt, heeft deze overeenkomst wellicht mededingingsbeperkende gevolgen in de zin van artikel 101, lid 1. De schaalvoordelen die de gemeenschappelijke productieonderneming oplevert, zullen waarschijnlijk niet opwegen tegen de mededingingsbeperkende gevolgen en deze overeenkomst zal bijgevolg wellicht niet aan de criteria van artikel 101, lid 3, voldoen.

## 190. Specialisatieovereenkomst als verdeling van de markt

## Voorbeeld 4

**Situatie:** Ondernemingen A en B vervaardigen beide de producten X en Y. Het marktaandeel van ondernemingen A is voor X 30 % en voor Y 10 %. Het marktaandeel van onderneming B is voor X 10 % en voor Y 30 %. Om schaalvoordelen te behalen, sluiten zij een wederkerige specialisatieovereenkomst volgens welke onderneming A uitsluitend X en onderneming B uitsluitend Y zal produceren. Ondernemingen A en B leveren de goederen niet aan elkaar, zodat onderneming A uitsluitend X verkoopt en onderneming B uitsluitend Y verkoopt. De partijen stellen dat zij door zich op deze wijze te specialiseren, door de schaalvoordelen kosten besparen, en dat door zich slechts op één product te richten, hun productietechnieken zullen verbeteren, hetgeen tot producten van hogere kwaliteit zal leiden.

**Analyse:** Wat de gevolgen voor de mededinging op de markt betreft, komt deze specialisatieovereenkomst in de buurt van een hardcore kartel waarbij de partijen de markt onderling verdelen. Derhalve is er sprake van een mededingingsbeperkende strekking. Aangezien de gestelde efficiëntieverbeteringen in de vorm van schaalvoordelen en betere productietechnieken uitsluitend te maken hebben met de marktverdeling, wegen zij waarschijnlijk niet op tegen de beperkende gevolgen, en voldoet de overeenkomst derhalve niet aan de criteria van artikel 101, lid 3. In ieder geval zouden ondernemingen A of B, indien zij denken dat het efficiënter zou zijn zich op slechts één product toe te spitsen, de eenzijdige beslissing kunnen nemen om alleen X of Y te produceren, zonder tegelijkertijd overeen te komen dat de andere onderneming zich op de vervaardiging van het andere product concentreert.

De analyse zou anders zijn wanneer ondernemingen A en B het product waarop zij zich toespitsen aan elkaar leveren, zodat zij beide X en Y blijven verkopen. In dat geval zouden ondernemingen A en B elkaar nog steeds op beide markten kunnen beconcurreren op prijsgebied, in het bijzonder wanneer de productiekosten (die door de productieovereenkomst gemeenschappelijk worden) geen groot deel vormen van de variabele kosten van hun producten. De relevante kosten in deze context zijn de kosten voor de commercialisering. Derhalve zal de specialisatieovereenkomst waarschijnlijk geen aanleiding geven tot mededingingsbeperkingen indien X en Y voornamelijk heterogene producten zijn met heel hoge marketing- en distributiekosten (bijvoorbeeld 65-70 % of meer van de totale kosten). In dat geval zou het risico op een heimelijke verstandhouding niet groot zijn en wordt er mogelijk aan de criteria van artikel 101, lid 3, voldaan, voor zover de efficiëntieverbeteringen in voldoende mate worden doorgegeven aan de consumenten om op te wegen tegen de mededingingsbeperkende gevolgen van de overeenkomst.

## 191. Potentiële concurrenten

## Voorbeeld 5

**Situatie:** Onderneming A vervaardigt het eindproduct X en onderneming B vervaardigt het eindproduct Y. X en Y vormen twee afzonderlijke productmarkten, waarop onderneming A en onderneming B respectievelijk veel marktmacht hebben. Beide ondernemingen gebruiken Z als input voor de productie van X en Y en vervaardigen Z uitsluitend voor eigen gebruik. X is een product met geringe toegevoegde waarde en Z is een essentiële input voor X (X is een vrij eenvoudige verwerking van Z). Y is een product met een hoge toegevoegde waarde waarvoor Z slechts een deel van de input uitmaakt (Z vormt een klein deel van de variabele kosten van Y). Ondernemingen A en B komen overeen Z gezamenlijk te produceren, hetgeen bescheiden schaalvoordelen oplevert.

**Analyse:** Onderneming A en B zijn geen daadwerkelijke concurrenten met betrekking tot X, Y of Z. Aangezien X echter een eenvoudige verwerking is van de input Z, zou onderneming B waarschijnlijk gemakkelijk de markt voor X kunnen betreden, en aldus onderneming A op die markt kunnen beconcurreren. De gezamenlijke productieovereenkomst met betrekking tot Z kan ertoe leiden dat onderneming B minder geneigd is om de markt te betreden. De gezamenlijke productie kan immers worden gebruikt voor secundaire betalingen en maakt de kans kleiner dat onderneming B product X begint te verkopen (daar onderneming A waarschijnlijk controle heeft over de hoeveelheid Z die onderneming B koopt van de gemeenschappelijke onderneming). Of onderneming B zonder de overeenkomst de markt voor X zou betreden, is evenwel afhankelijk van het te verwachten rendement bij toetreding. Daar X een product is met geringe toegevoegde waarde, is het misschien niet rendabel deze markt te betreden en is toetreding door onderneming B daarom wellicht ook zonder overeenkomst niet erg waarschijnlijk. Aangezien ondernemingen A en B al marktmacht bezitten, heeft de overeenkomst waarschijnlijk mededingingsbeperkende gevolgen in de zin van artikel 101, lid 1, indien de overeenkomst de toetreding van B tot de markt van A, dus tot de markt voor X,

daadwerkelijk minder waarschijnlijk maakt. De efficiëntieverbeteringen in de vorm van schaalvoordelen uit de overeenkomst zijn gering en zullen derhalve waarschijnlijk niet opwegen tegen de mededingingsbeperkende gevolgen.

#### 192. Informatie-uitwisseling in een productieovereenkomst

##### Voorbeeld 6

**Situatie:** De ondernemingen A en B met een grote marktmacht besluiten gezamenlijk te produceren met het oog op meer efficiëntie. In het kader van deze overeenkomst wisselen zij in het geheim informatie uit over hun toekomstige prijzen. De overeenkomst heeft geen betrekking op gezamenlijke distributie.

**Analyse:** Deze informatie-uitwisseling leidt waarschijnlijk tot een heimelijke verstandhouding en het gaat hier dus allicht om een mededingingsbeperkende strekking in de zin van artikel 101, lid 1. Meer dan waarschijnlijk is niet aan de criteria van artikel 101, lid 3, voldaan omdat de uitwisseling van informatie over de toekomstige prijzen van partijen niet onmisbaar is voor de gezamenlijke productie en om de overeenkomstige kostenbesparingen te bereiken.

#### 193. Productieruil en informatie-uitwisseling

##### Voorbeeld 7

**Situatie:** Zowel onderneming A als onderneming B produceren een chemische grondstof Z. Z is een homogeen product dat wordt vervaardigd overeenkomstig een Europese norm die geen productvarianten toelaat. De productiekosten zijn een belangrijke kostenfactor voor Z. Op de Uniemarkt voor Z heeft onderneming A een marktaandeel van 20 % en onderneming B een marktaandeel van 25 %. Er zijn vier andere fabrikanten op de markt voor Z, met marktaandelen van respectievelijk 20 %, 15 %, 10 % en 10 %. De fabriek van onderneming A is gevestigd in lidstaat X in Noord-Europa en de fabriek van onderneming B is gevestigd in lidstaat Y in Zuid-Europa. Hoewel het merendeel van de afnemers van onderneming A gevestigd is in Noord-Europa, heeft onderneming A ook een aantal klanten in Zuid-Europa. De meeste afnemers van onderneming B zijn gevestigd in Zuid-Europa, maar zij heeft ook een aantal klanten in Noord-Europa. Op dit moment levert onderneming A aan de Zuid-Europese afnemers Z dat wordt vervaardigd in zijn fabriek in lidstaat X en per vrachtwagen naar Zuid-Europa wordt vervoerd. Onderneming B levert aan de Noord-Europese afnemers Z dat wordt vervaardigd in lidstaat Y en per vrachtwagen naar Noord-Europa wordt vervoerd. De transportkosten zijn vrij hoog, maar niet in die mate dat de leveringen van onderneming A naar Zuid-Europa en de leveringen van onderneming B naar Noord-Europa niet rendabel zouden zijn. De transportkosten van X naar Zuid-Europa zijn lager dan die van Y naar Noord-Europa.

Ondernemingen A en B besluiten dat het efficiënter zou zijn dat onderneming A stopt met Z te vervoeren van lidstaat X naar Zuid-Europa en dat onderneming B stopt met Z te vervoeren van lidstaat Y naar Noord-Europa, maar zij willen graag hun afnemers behouden. Daartoe zijn ondernemingen A en B voornemens een ruilovereenkomst te sluiten op grond waarvan zij een overeengekomen jaarlijkse hoeveelheid Z kunnen kopen van de fabriek van de andere partij, met als doel het gekochte Z te verkopen aan klanten die dichterbij de fabriek van de andere partij gevestigd zijn. Om een aankoopprijs te berekenen die niet voordeliger is voor de ene partij dan voor de andere en die terdege rekening houdt met de verschillende productiekosten en besparingen op transportkosten van de partijen, en om ervoor te zorgen dat beide partijen een passende winst kunnen behalen, komen zij overeen hun belangrijkste kosten met betrekking tot Z aan elkaar bekend te maken (d.w.z. productiekosten en transportkosten).

**Analyse:** Het feit dat ondernemingen A en B, die concurrenten zijn, delen van hun productie ruilen, levert op zichzelf geen mededingingsbezwaren op. De beoogde ruilovereenkomst tussen ondernemingen A en B voorziet met betrekking tot Z evenwel in de uitwisseling van informatie over productie- en transportkosten van de beide partijen. Bovendien hebben ondernemingen A en B voor een homogeen basisproduct een sterke gezamenlijke marktpositie in een vrij geconcentreerde markt. Daarom is het, als gevolg van de uitvoerige informatie-uitwisseling over een belangrijke parameter inzake mededinging met betrekking tot Z, waarschijnlijk dat de ruilovereenkomst tussen ondernemingen A en B mededingingsbeperkende gevolgen heeft in de zin van artikel 101, lid 1, aangezien die tot een heimelijke verstandhouding kan leiden. Hoewel de overeenkomst aanleiding geeft tot aanzienlijke efficiëntieverbeteringen in de vorm van kostenbesparingen voor de partijen, zijn de

bependingen van de mededinging die worden veroorzaakt door de overeenkomst niet onmisbaar voor het bereiken daarvan. De partijen zouden dergelijke kostenbesparingen ook kunnen realiseren door een prijsformule overeen te komen waarbij zij hun productie- en transportkosten niet bekendmaken. Derhalve voldoet de ruilvereenkomst in haar huidige vorm niet aan de criteria van artikel 101, lid 3.

## 5. INKOOPOVEREENKOMSTEN

### 5.1. Definitie

194. In dit hoofdstuk komen voornamelijk overeenkomsten betreffende de gemeenschappelijke inkoop van producten aan de orde. De gemeenschappelijke inkoop kan worden verricht door een onderneming onder gezamenlijke zeggenschap, door een onderneming waarin vele andere ondernemingen een niet-zeggenschapsdeelneming hebben of op basis van een contractuele regeling of een nog lossere samenwerkingvorm (hierna gezamenlijk „collectieve inkoopregelingen” genoemd). Collectieve inkoopregelingen hebben doorgaans de totstandbrenging van kopersmacht ten doel, hetgeen kan leiden tot lagere prijzen of een betere kwaliteit van producten of diensten voor de consument. Kopersmacht kan evenwel, onder bepaalde omstandigheden, ook aanleiding geven tot mededingingsbezwaren.
195. Collectieve inkoopregelingen kunnen zowel horizontale als verticale overeenkomsten impliceren. In dergelijke gevallen is een analyse in twee stappen noodzakelijk. Eerst moeten de horizontale overeenkomsten tussen de bij de collectieve inkoop betrokken ondernemingen worden beoordeeld volgens de in deze richtsnoeren beschreven beginselen. Indien deze beoordeling leidt tot de conclusie dat de collectieve inkoopregeling geen aanleiding geeft tot mededingingsbezwaren, moeten de desbetreffende verticale overeenkomsten aan een nader onderzoek worden onderworpen. Deze laatste beoordeling moet geschieden volgens de regels van de groepsvrijstellingsverordening inzake verticale beperkingen en de richtsnoeren inzake verticale beperkingen.
196. Een gebruikelijke vorm van een collectieve inkoopregeling is een „inkoopverband”, d.w.z. een vereniging van ondernemingen die door een groep detailhandelaren wordt gevormd met het oog op de gezamenlijke inkoop van producten. Horizontale overeenkomsten tussen de leden van het verband of besluiten van het verband dienen eerst als een horizontale samenwerkingsovereenkomst aan deze richtsnoeren te worden getoetst. Alleen wanneer die beoordeling geen mededingingsbezwaren aan het licht brengt, is het relevant de desbetreffende verticale overeenkomsten tussen het verband en een individueel lid ervan alsmede tussen het verband en leveranciers te toetsen. Op deze overeenkomsten is – onder bepaalde voorwaarden – de groepsvrijstellingsverordening inzake verticale beperkingen van toepassing. Verticale overeenkomsten die niet onder die groepsvrijstellingsverordening vallen, zijn niet per definitie onrechtmatig maar moeten individueel worden getoetst.

### 5.2. Relevante markten

197. Er zijn twee markten waarvoor collectieve inkoopregelingen gevolgen kunnen hebben: ten eerste de markt of markten waarop de collectieve inkoopregeling rechtstreeks betrekking heeft, dat wil zeggen de relevante inkoopmarkt of –markten; ten tweede de afzetmarkt of –markten, dat wil zeggen de markt of markten downstream waarop de partijen bij de collectieve inkoopregeling als verkopers optreden.
198. De methode ter bepaling van de relevante inkoopmarkten volgt de beginselen die worden aangegeven in de Bekendmaking marktbeoordeling en gaat uit van het begrip substitueerbaarheid om te bepalen of er sprake is van concurrentiedruk. Het enige verschil met de definitie van „afzetmarkten” is dat de substitueerbaarheid moet worden gedefinieerd uit het oogpunt van het aanbod en niet uit het oogpunt van de vraag. Met andere woorden: de alternatieven van de aanbieders zijn van doorslaggevend belang wanneer het erom gaat de concurrentiedruk voor inkopers vast te stellen. Die alternatieven zouden bijvoorbeeld kunnen worden geanalyseerd door de reactie van de aanbieders op een geringe doch duurzame prijsvermindering te onderzoeken. Wanneer de markt eenmaal is afgebakend, kan het marktaandeel worden berekend als het percentage dat de aankopen van de partijen vertegenwoordigen in de totale verkopen van het ingekochte product of de ingekochte producten op de relevante markt.
199. Indien de partijen daarnaast op een of meer afzetmarkten concurreren, zijn deze markten eveneens relevant voor de beoordeling. De afzetmarkten moeten worden bepaald aan de hand van de in de Bekendmaking marktbeoordeling beschreven methode.

### 5.3. Beoordeling op grond van artikel 101, lid 1

#### 5.3.1. Voornaamste mededingingsbezwaren

200. Collectieve inkoopregelingen kunnen mededingingsbeperkende gevolgen hebben voor de inkoopmarkt of -markten en/of voor de downstream-afzetmarkt of -markten, bijvoorbeeld hogere prijzen, een geringere productie, productkwaliteit, productdiversiteit of innovatie, een verdeling van de markt of een concurrentieverstorende uitsluiting van andere potentiële inkopers.
201. Indien downstream-concurrenten een significant deel van hun producten gezamenlijk inkopen, kan dit voor hen de prikkel om op prijs te concurreren op de afzetmarkt of -markten aanzienlijk verminderen. Als de partijen een aanzienlijke marktmacht bezitten (wat niet noodzakelijk een machtspositie impliceert) op de afzetmarkt of -markten, zullen de lagere inkooprijzen die door de collectieve inkoopregeling worden bereikt waarschijnlijk niet worden doorgegeven aan de consumenten.
202. Indien de partijen een aanzienlijke marktmacht bezitten op de inkoopmarkt (kopersmacht), bestaat het risico dat zij de leveranciers ertoe dwingen het assortiment of de kwaliteit van de producten die zij aanbieden te beperken, hetgeen mededingingsbeperkende gevolgen kan hebben, bijvoorbeeld kwaliteitsvermindering, terugschroeven van innovatie-inspanningen of uiteindelijk een suboptimaal aanbod.
203. Kopersmacht van de partijen bij de collectieve inkoopregeling kan worden gebruikt om concurrerende kopers van de markt te weren door hun toegang tot efficiënte leveranciers te beperken. Dit is het meest waarschijnlijk indien er slechts een beperkt aantal leveranciers is en er drempels moeten worden overwonnen om aan de aanbodzijde de upstream-markt te betreden.
204. In het algemeen zullen collectieve inkoopregelingen evenwel minder gemakkelijk aanleiding geven tot mededingingsbezwaren wanneer de partijen geen marktmacht bezitten op de afzetmarkt of -markten.

#### 5.3.2. Mededingingsbeperkende strekking

205. Collectieve inkoopregelingen hebben een mededingingsbeperkende strekking indien zij niet echt betrekking hebben op gemeenschappelijke inkoop, maar worden gebruikt als middel om een verkapt kartel op te zetten en aldus aan verboden prijsvaststelling, productiebeperking of marktverdeling te doen.
206. Overeenkomsten waarbij inkooprijzen worden vastgesteld, strekken er waarschijnlijk toe de mededinging te beperken in de zin van artikel 101, lid 1 <sup>(1)</sup>. Dit geldt evenwel niet wanneer de partijen bij een collectieve inkoopregeling in onderling overleg de inkooprijzen bepalen die het collectieve inkoopverband aan zijn leveranciers mag betalen voor de producten waarop het leveringscontract betrekking heeft. In dat geval moet worden onderzocht of de overeenkomst mededingingsbeperkende gevolgen kan hebben in de zin van artikel 101, lid 1. In beide situaties wordt de overeenkomst inzake inkooprijzen niet op zichzelf beoordeeld, maar met inachtneming van alle gevolgen van de inkoopovereenkomst op de markt.

#### 5.3.3. Mededingingsbeperkende gevolgen

207. Collectieve inkoopregelingen die niet een mededingingsbeperkende strekking hebben, moeten in hun juridische en economische context worden onderzocht op hun daadwerkelijke en potentiële gevolgen voor de mededinging. Bij de analyse van de mededingingsbeperkende gevolgen van een collectieve inkoopregeling moet gekeken worden naar de negatieve effecten op zowel de inkoop- als de afzetmarkten.

#### **Marktmacht**

208. Er bestaat geen absolute drempel waarboven kan worden vermoed dat de partijen bij een collectieve inkoopregeling marktmacht hebben zodat de collectieve inkoopregeling waarschijnlijk aanleiding zal geven tot mededingingsbeperkende gevolgen in de zin van artikel 101, lid 1. In de meeste gevallen is het echter onwaarschijnlijk dat er sprake zou zijn van marktmacht wanneer het gezamenlijke marktaandeel van de partijen bij de collectieve inkoopregeling minder dan 15 % bedraagt, zowel op de inkoopmarkt of -markten als op de afzetmarkt of -markten. Indien het gezamenlijke marktaandeel van de partijen op zowel de inkoop- als de afzetmarkt of -markten niet meer dan 15 % bedraagt, is het in elk geval waarschijnlijk dat aan de voorwaarden van artikel 101, lid 3, is voldaan.

<sup>(1)</sup> Zie artikel 101, lid 1, onder a); gevoegde zaken T-217/03 en T-245/03, Frans rundvlees, punt 83 e.v.; zaak C-8/08, T-Mobile Nederland, punt 37.

209. Een marktaandeel boven een deze drempel op een van beide markten of beide markten wijst er niet automatisch op dat de collectieve inkoopregeling waarschijnlijk mededingingsbeperkende gevolgen zal hebben. Een collectieve inkoopregeling die niet binnen deze „veilige zone” valt, vereist een grondige analyse van de gevolgen ervan voor de markt, waarbij – zij het niet uitsluitend – rekening wordt gehouden met factoren zoals de marktconcentratie en een mogelijke tegenmacht van sterke aanbieders.
210. Kopersmacht kan onder bepaalde omstandigheden mededingingsbeperkende gevolgen hebben. Van concurrentieverstorende kopersmacht zal wellicht sprake zijn wanneer een collectieve inkoopregeling betrekking heeft op een zo groot gedeelte van het totale volume van een inkoopmarkt dat de toegang tot de markt kan worden afgeschermd voor concurrerende kopers. Een grote kopersmacht kan indirect gevolgen hebben voor de productie, de kwaliteit en de diversiteit van producten op de afzetmarkt.
211. Bij het onderzoek of de partijen bij een collectieve inkoopregeling kopersmacht bezitten, zijn het aantal en de intensiteit van de relaties (bijvoorbeeld andere inkoopovereenkomsten) tussen de concurrenten op de markt van belang voor de beoordeling.
212. Gaat het echter om een samenwerking tussen concurrerende afnemers die niet op dezelfde relevante afzetmarkt werkzaam zijn (bijvoorbeeld kleinhandelaren die op verschillende geografische markten actief zijn en niet als potentiële concurrenten kunnen worden beschouwd), dan zal de collectieve inkoopregeling waarschijnlijk geen concurrentiebeperkende gevolgen hebben, tenzij de partijen op de inkoopmarkten een positie innemen die gemakkelijk kan worden gebruikt om de concurrentiepositie van andere marktdeelnemers op hun respectieve afzetmarkten te schaden.

#### ***Heimelijke verstandhouding***

213. Collectieve inkoopregelingen kunnen leiden tot een heimelijke verstandhouding indien zij coördinatie van de gedragingen van de partijen op de afzetmarkt vergemakkelijken. Dit kan het geval zijn wanneer de partijen door de gezamenlijke inkoop in hoge mate kosten gaan delen, voor zover de partijen marktmacht bezitten en de markt kenmerken vertoont die aanzetten tot coördinatie.
214. Beperkende gevolgen voor de mededinging zijn waarschijnlijker indien de partijen bij de collectieve inkoopregeling een aanzienlijk deel van hun variabele kosten op de relevante downstream-markt delen. Dit is bijvoorbeeld het geval wanneer kleinhandelaren die op dezelfde relevante kleinhandelsmarkt of -markten actief zijn, gezamenlijk een aanzienlijke hoeveelheid inkopen van de producten die zij daarna te koop aanbieden. Dit kan eveneens het geval zijn wanneer concurrerende fabrikanten en verkopers van een eindproduct een groot deel van hun input gezamenlijk inkopen.
215. Voor de uitvoering van een collectieve inkoopregeling kan het nodig zijn commercieel gevoelige informatie, bijvoorbeeld over inkooprijzen en -volumes, uit te wisselen. De uitwisseling van dergelijke informatie kan coördinatie met het oog op de vaststelling van verkoopprijzen en productievolumes gemakkelijker maken en zo leiden tot een heimelijke verstandhouding op de afzetmarkten. De spillover-effecten van de uitwisseling van commercieel gevoelige informatie kunnen bijvoorbeeld tot een minimum worden beperkt wanneer de gegevens worden verzameld door een collectief inkoopverband dat de informatie niet doorgeeft aan de partijen.
216. Eventuele negatieve effecten ten gevolge van de uitwisseling van informatie worden niet afzonderlijk onderzocht, maar samen met de algemene effecten van de overeenkomst. Of de uitwisseling van informatie in het kader van een collectieve inkoopregeling waarschijnlijk mededingingsbeperkende gevolgen zal hebben, dient te worden beoordeeld aan de hand van de in hoofdstuk 2 gegeven aanwijzingen. Als de uitwisseling van informatie niet verder gaat dan het delen van gegevens die noodzakelijk zijn voor de gezamenlijke inkoop van de producten waarop de collectieve inkoopregeling betrekking heeft, zal de overeenkomst – zelfs indien de uitwisseling van informatie mededingingsbeperkende gevolgen zou hebben in de zin van artikel 101, lid 1 – waarschijnlijk toch eerder aan de criteria van artikel 101, lid 3, voldoen dan wanneer de uitwisseling verder gaat dan nodig is voor de gezamenlijke inkoop.

#### **5.4. Beoordeling op grond van artikel 101, lid 3**

##### ***5.4.1. Efficiëntieverbeteringen***

217. Collectieve inkoopregelingen kunnen leiden tot aanzienlijke efficiëntieverbeteringen. Met name kunnen zij leiden tot kostenbesparingen, bijvoorbeeld in de vorm van lagere inkooprijzen of geringere transactie-, transport- en opslagkosten, waardoor schaalvoordelen mogelijk worden. Daarenboven kunnen collectieve inkoopregelingen tot kwalitatieve efficiëntieverbeteringen leiden doordat zij leveranciers ertoe aansporen te innoveren en nieuwe of verbeterde producten op de markt te brengen.

#### 5.4.2. Onmisbaarheid

218. Beperkingen die verder gaan dan nodig is om de efficiëntieverbeteringen te behalen die uit een inkoopovereenkomst voortvloeien, voldoen niet aan de criteria van artikel 101, lid 3. Een verplichting om uitsluitend via de samenwerking in te kopen kan in sommige gevallen onmisbaar zijn om het voor het behalen van schaalvoordelen vereiste volume te bereiken. Een dergelijke verplichting moet echter per geval in de concrete context worden beoordeeld.

#### 5.4.3. Doorgifte aan consumenten

219. De door onmisbare beperkingen bereikte efficiëntieverbeteringen – bijvoorbeeld kostenbesparingen of kwalitatieve verbeteringen in de vorm van de introductie van nieuwe of verbeterde producten op de markt – moeten in voldoende mate aan de gebruikers worden doorgegeven om de mededingingsbeperkende gevolgen van de collectieve inkoopregeling te compenseren. Kostenbesparingen of andere efficiëntieverbeteringen die alleen de partijen bij de collectieve inkoopregeling ten goede komen, zijn derhalve niet voldoende. De kostenbesparingen moeten worden doorgegeven aan de gebruikers, d.w.z. de afnemers van de partijen. Deze doorgifte kan bijvoorbeeld geschieden in de vorm van lagere prijzen op de afzetmarkten. Lagere inkooprijzen die louter het gevolg zijn van de uitoefening van kopersmacht, zullen waarschijnlijk niet aan de gebruikers worden doorgegeven indien de gezamenlijke inkopers marktmacht hebben op de afzetmarkten, en voldoen derhalve niet aan de criteria van artikel 101, lid 3. Hoe groter de marktmacht van de partijen op de afzetmarkt of -markten is, des te minder waarschijnlijk het overigens is dat zij efficiëntievoordelen aan de gebruikers zullen doorgeven in een mate die de mededingingsbeperkende gevolgen compenseert.

#### 5.4.4. Geen uitschakeling van de mededinging

220. Aan de criteria van artikel 101, lid 3, kan niet worden voldaan indien de partijen in de gelegenheid worden gesteld de mededinging voor een wezenlijk deel van de betrokken producten uit te schakelen. Hierbij moeten zowel de inkoop- als de afzetmarkten worden onderzocht.

### 5.5. Voorbeelden

221. Collectieve inkoop door kleine ondernemingen met een bescheiden gezamenlijk marktaandeel

#### Voorbeeld 1

**Situatie:** 150 kleine detailhandelaren sluiten een overeenkomst tot oprichting van een gemeenschappelijke inkooporganisatie. Zij verplichten zich ertoe een minimumhoeveelheid via de organisatie af te nemen, welke ongeveer 50 % van de totale kosten van iedere detailhandelaar vertegenwoordigt. De detailhandelaren kunnen van de organisatie meer dan de minimumhoeveelheid betrekken en mogen ook buiten het samenwerkingsverband inkopen. Zij hebben een gezamenlijk marktaandeel van 23 % op zowel de inkoop- als de afzetmarkt. Onderneming A en onderneming B zijn hun twee grote concurrenten, waarbij onderneming A een aandeel van 25 % en onderneming B een aandeel van 35 % op zowel de inkoop- als de afzetmarkt heeft. Er zijn geen belemmeringen die de overige kleinere concurrenten zouden verhinderen eveneens een inkoopverband op te zetten. De 150 detailhandelaren behalen aanzienlijke kostenbesparingen door gezamenlijk in te kopen via de inkooporganisatie.

**Analyse:** De detailhandelaren hebben slechts een bescheiden positie op de inkoop- en de afzetmarkt. Voorts vloeien uit de samenwerking tot op zekere hoogte schaalvoordelen voort. Hoewel de detailhandelaren in hoge mate kosten delen, is de kans dat zij op de afzetmarkt marktmacht verwerven gering door de aanwezigheid van ondernemingen A en B, die beide afzonderlijk groter zijn dan de collectieve inkooporganisatie. Bijgevolg zullen de detailhandelaren waarschijnlijk hun gedrag niet coördineren en ook niet tot een heimelijke verstandhouding komen. De oprichting van de collectieve inkooporganisatie zal dus vermoedelijk geen mededingingsbeperkende gevolgen hebben in de zin van artikel 101, lid 1.

222. Kostendeling en marktmacht op de afzetmarkt

#### Voorbeeld 2

**Situatie:** Twee supermarktketens sluiten een overeenkomst betreffende de gezamenlijke inkoop van producten die ongeveer 80 % van hun variabele kosten uitmaken. Op de relevante inkoopmarkten voor de diverse soorten producten hebben de partijen een gezamenlijk marktaandeel dat varieert van 25 % tot 40 %. Op de relevante afzetmarkt hebben zij een gezamenlijk marktaandeel van

60 %. Er zijn vier andere belangrijke detailhandelaren met een marktaandeel van 10 % elk. Dat nieuwkomers de markt betreden is niet erg waarschijnlijk.

**Analyse:** De kans is groot dat deze inkoopovereenkomst de partijen de gelegenheid biedt om hun gedrag op de afzetmarkt te coördineren en dat er zo een heimelijke verstandhouding ontstaat. De partijen hebben marktmacht op de afzetmarkt en de inkoopovereenkomst heeft ten gevolge dat kosten in aanzienlijke mate worden gedeeld. Daarenboven zijn nieuwkomers op de markt niet erg waarschijnlijk. De prikkel voor de partijen om hun gedrag te coördineren zou nog worden versterkt indien hun kostenstructuren vóór het sluiten van de overeenkomst reeds vergelijkbaar waren. En als de partijen vergelijkbare winstmarges hebben, zou dit het risico op een heimelijke verstandhouding nog vergroten. De overeenkomst brengt ook het risico mee dat de partijen de vraag beperken en dat daardoor, wegens de daaruit voortvloeiende beperking van het volume, de verkoopprijzen downstream zouden stijgen. De inkoopovereenkomst zal daarom waarschijnlijk mededingingsbeperkende gevolgen hebben in de zin van artikel 101, lid 1. Ofschoon de overeenkomst, door de aanzienlijke marktmacht van de partijen op de afzetmarkt, meer dan waarschijnlijk tot efficiëntieverbeteringen zal leiden in de vorm van kostenbesparingen, zullen die allicht niet aan de gebruikers worden doorgegeven in een mate die de mededingingsbeperkende gevolgen compenseert. De overeenkomst zal daarom waarschijnlijk niet voldoen aan de criteria van artikel 101, lid 3.

#### 223. Partijen die op verschillende geografische markten actief zijn

##### Voorbeeld 3

**Situatie:** Zes grote detailhandelaren die elk in een andere lidstaat gevestigd zijn, vormen een inkoopverband om verscheidene merkproducten op basis van durumtarwemeel gezamenlijk in te kopen. De partijen mogen andere soortgelijke merkproducten inkopen buiten het samenwerkingsverband om. Voorts bieden vijf van hen vergelijkbare producten onder eigen label aan. De leden van het inkoopverband hebben een gezamenlijk marktaandeel van ongeveer 22 % op de relevante inkoopmarkt, die de gehele Unie bestrijkt. Op de inkoopmarkt zijn drie andere grote spelers van vergelijkbare grootte actief. Elk van de partijen bij het inkoopverband heeft een marktaandeel van 20 % tot 30 % op de nationale afzetmarkten waarop zij actief zijn. Geen van hen is actief in een lidstaat waar een ander lid van het inkoopverband actief is. De partijen zijn geen potentiële nieuwkomers op elkaars markten.

**Analyse:** Het inkoopverband zal kunnen concurreren met andere grote spelers die actief zijn op de inkoopmarkt. De afzetmarkten zijn veel kleiner (in omzet en geografische omvang) dan de inkoopmarkt, die de gehele Unie bestrijkt, en op die markten hebben sommige leden van het inkoopverband mogelijk marktmacht. Hoewel de leden van het inkoopverband een gezamenlijk marktaandeel van meer dan 15 % hebben op de inkoopmarkt, is het niet erg waarschijnlijk dat de partijen hun gedrag gaan coördineren en heimelijke afspraken maken op de afzetmarkten, aangezien zij geen daadwerkelijke of zelfs potentiële concurrenten zijn op de downstream-markten. Het inkoopverband zal daarom waarschijnlijk geen mededingingsbeperkende gevolgen hebben in de zin van artikel 101, lid 1.

#### 224. Informatie-uitwisseling

##### Voorbeeld 4

**Situatie:** Drie concurrerende fabrikanten A, B en C belasten een onafhankelijke collectieve inkooporganisatie met de inkoop van product Z, een halffabricaat dat door de drie partijen wordt gebruikt bij de productie van hun eindproduct X. De kostprijs van Z is geen significante kostenfactor bij de productie van X. De collectieve inkooporganisatie concurreert niet met de partijen op de afzetmarkt voor X. Alle informatie die noodzakelijk is voor de inkoop (bijvoorbeeld kwaliteitsspecificaties, hoeveelheden, leveringstermijnen, maximum verkoopprijzen) wordt alleen meegedeeld aan de collectieve inkooporganisatie en niet aan de andere partijen. De collectieve inkooporganisatie komt de verkoopprijzen overeen met de leveranciers. A, B en C hebben een gezamenlijk marktaandeel van 30 % op zowel de inkoop- als de afzetmarkt. Zij hebben zes concurrenten op de inkoop- en afzetmarkt, waarvan twee een marktaandeel van 20 % hebben.



**Analyse:** Aangezien er geen rechtstreekse informatie-uitwisseling plaatsvindt tussen de partijen, is het niet waarschijnlijk dat het aan de inkooporganisatie verstrekken van informatie die noodzakelijk is voor de inkoop, aanleiding zal geven tot een heimelijke verstandhouding. De informatie-uitwisseling zal daarom waarschijnlijk geen mededingingsbeperkende gevolgen hebben in de zin van artikel 101, lid 1.

## 6. COMMERCIALISERINGSOVEREENKOMSTEN

### 6.1. Definitie

225. Commercialiseringsovereenkomsten hebben betrekking op de samenwerking tussen concurrenten bij de verkoop, de distributie of de afzetbevordering voor hun onderling verwisselbare producten. De werkingssfeer van dit soort overeenkomsten kan sterk variëren, afhankelijk van de commercialiseringsfuncties die binnen de afgesproken samenwerking vallen. Aan het ene uiteinde van het spectrum staan de overeenkomsten inzake gezamenlijke afzet, die tot de gezamenlijke vaststelling van alle met de verkoop van een product verbonden commerciële aspecten, met inbegrip van de prijs, kunnen leiden. Aan het andere uiteinde zijn er meer beperkte overeenkomsten die alleen betrekking hebben op één bepaalde commercialiseringsfunctie, zoals distributie, service of reclame.
226. Een belangrijke categorie binnen de meer beperkte overeenkomsten zijn de distributieovereenkomsten. De groepsvrijstellingsverordening inzake verticale beperkingen en de richtsnoeren inzake verticale beperkingen dekken in de regel distributieovereenkomsten, behalve wanneer de partijen bij de overeenkomst daadwerkelijke of potentiële concurrenten zijn. Indien de partijen concurrenten zijn, dekt de groepsvrijstellingsverordening inzake verticale beperkingen uitsluitend niet-wederkerige verticale overeenkomsten tussen concurrenten, voor zover a) de leverancier een producent en een distributeur van goederen is, terwijl de afnemer een distributeur en niet een concurrerende onderneming op productieniveau is, of b) de leverancier op verschillende handelsniveaus een aanbieder van diensten is, terwijl de afnemer zijn goederen of diensten aanbiedt op detailhandelsniveau en geen concurrerende onderneming is op het handelsniveau waarop hij de contractdiensten koopt <sup>(1)</sup>.
227. Komen de concurrenten overeen hun onderling verwisselbare producten op basis van wederkerigheid te verdelen (met name indien zij dit op verschillende geografische markten doen), dan is het in bepaalde gevallen mogelijk dat deze overeenkomsten strekken tot de opdeling van de markten tussen de partijen of deze tot gevolg hebben, of dat zij tot een heimelijke verstandhouding leiden. Dit kan ook gelden voor niet-wederzijdse overeenkomsten tussen concurrenten. Wederkerige overeenkomsten en niet-wederkerige overeenkomsten tussen concurrenten moeten derhalve eerst worden getoetst aan de in dit hoofdstuk uiteengezette beginselen. Indien deze toetsing tot de conclusie leidt dat een samenwerking tussen concurrenten op distributiegebied in beginsel aanvaardbaar zou zijn, is een bijkomende beoordeling noodzakelijk van de verticale beperkingen die in dergelijke overeenkomsten zijn vervat. Deze tweede fase van de beoordeling moet gebaseerd zijn op de beginselen die in de richtsnoeren inzake verticale beperkingen zijn uiteengezet.
228. Verder moet onderscheid worden gemaakt tussen overeenkomsten waarbij de partijen zich alleen verbinden tot gezamenlijke verkoop en overeenkomsten waarbij de verkoop verband houdt met een andere vorm van samenwerking upstream, zoals gezamenlijke productie of gezamenlijke inkoop. Bij het onderzoek van commercialiseringsovereenkomsten waarbij samenwerking in verschillende stadia wordt gecombineerd, moet worden nagegaan wat het zwaartepunt van de samenwerking is overeenkomstig de punten 13 en 14.

### 6.2. Relevante markten

229. Om de concurrentieverhouding tussen de partijen te beoordelen, moeten de relevante geografische en productmarkt of -markten waarop de samenwerking rechtstreeks betrekking heeft (meer bepaald de markt of markten waartoe de producten waarop de overeenkomst betrekking heeft behoren) worden afgebakend. Aangezien een commercialiseringsovereenkomst op een bepaalde markt ook gevolgen kan hebben voor het concurrentiegedrag van de partijen op een naburige markt die nauw met de markt waarop de samenwerking rechtstreeks betrekking heeft, is verbonden, moet in voorkomend geval ook deze naburige markt worden afgebakend. Die naburige markt kan horizontaal of verticaal verbonden zijn met de markt waarop de samenwerking plaatsvindt.

<sup>(1)</sup> Artikel 2, lid 4, van de groepsvrijstellingsverordening inzake verticale beperkingen.

### 6.3. Beoordeling op grond van artikel 101, lid 1

#### 6.3.1. Voornaamste mededingingsbezwaren

230. Commercialiseringsovereenkomsten kunnen op uiteenlopende wijzen leiden tot een beperking van de mededinging. Ten eerste is prijsvaststelling het meest voor de hand liggende gevolg dat commercialiseringsovereenkomsten kunnen hebben.
231. Ten tweede kunnen commercialiseringsovereenkomsten ook een productiebeperking in de hand werken, daar de partijen door middel van de overeenkomst kunnen beslissen over de hoeveelheid producten die op de markt wordt gebracht, waardoor zij het aanbod kunnen beperken.
232. Ten derde kunnen commercialiseringsovereenkomsten voor de partijen een middel worden om de markten te verdelen of bestellingen dan wel afnemers in onderling overleg toe te wijzen, bijvoorbeeld wanneer de productie-eenheden van de partijen gevestigd zijn in verschillende geografische markten of wanneer het om wederkerige overeenkomsten gaat.
233. Ten slotte kunnen commercialiseringsovereenkomsten tevens leiden tot een uitwisseling van informatie over aspecten die binnen of buiten het bestek van de samenwerking vallen of tot het delen van kosten – met name bij overeenkomsten die geen prijsvaststelling behelzen – hetgeen kan resulteren in een heimelijke verstandhouding.

#### 6.3.2. Mededingingsbeperkende strekking

234. Een van de belangrijkste mededingingsbezwaren die bij commercialiseringsovereenkomsten tussen concurrenten rijzen, is de onderlinge vaststelling van prijzen. Overeenkomsten die alleen de gezamenlijke verkoop regelen, hebben doorgaans tot doel het prijsbeleid van concurrerende fabrikanten of dienstverrichters onderling af te stemmen. Bij dergelijke overeenkomsten wordt niet alleen de prijsconcurrentie tussen de partijen met betrekking tot hun onderling verwisselbare producten uitgeschaald maar kan tevens de totale hoeveelheid goederen worden beperkt die door de partijen in het kader van een systeem van toewijzing van bestellingen moet worden geleverd. Dergelijke overeenkomsten hebben daarom waarschijnlijk een mededingingsbeperkende strekking.
235. Deze beoordeling verandert niet wanneer de overeenkomst niet-exclusief is, d.w.z. wanneer het de partijen vrij staat individueel buiten de overeenkomst om te verkopen, voor zover kan worden geconcludeerd dat de overeenkomst tot een algehele coördinatie van de door de partijen aangerekende prijzen zal leiden.
236. Een ander specifiek bezwaar met betrekking tot distributieafspraken tussen partijen die op verschillende geografische markten actief zijn, is dat zij een middel tot opdeling van de markt kunnen zijn. Indien de partijen gebruik maken van een wederkerige distributieovereenkomst om elkaars producten te verdelen, teneinde bestaande of potentiële onderlinge mededinging uit te schakelen door markten of klanten toe te wijzen, mag ervan worden uitgegaan dat deze overeenkomst een mededingingsbeperkende strekking heeft. Is de overeenkomst niet wederkerig, dan is het risico van marktopdeling minder groot. Er moet evenwel worden nagegaan of de niet-wederkerige overeenkomst niet de basis vormt voor een onderlinge afspraak om elkaars markt niet te betreden.

#### 6.3.3. Mededingingsbeperkende gevolgen

237. Een commercialiseringsovereenkomst zal doorgaans geen aanleiding geven tot mededingingsbezwaren indien zij objectief gezien noodzakelijk is om een onderneming in staat te stellen een markt te betreden die deze alleen of met een kleiner aantal partijen dan bij de samenwerking betrokken zijn, niet had kunnen betreden, bijvoorbeeld wegens de kosten. Een specifieke toepassing van dit principe betreft consortiumovereenkomsten, die het ondernemingen mogelijk maken deel te nemen aan projecten die zij alleen niet hadden kunnen uitvoeren. Aangezien de partijen bij de consortiumovereenkomst dus geen potentiële concurrenten zijn voor de uitvoering van het project, is er geen sprake van beperking van de mededinging in de zin van artikel 101, lid 1.
238. Overigens hebben ook niet alle wederkerige distributieovereenkomsten een mededingingsbeperkende strekking. Naargelang van de feitelijke omstandigheden hebben sommige wederkerige distributieovereenkomsten echter mogelijk wel mededingingsbeperkende gevolgen. Bij de beoordeling van dit soort overeenkomst moet in eerste instantie worden nagegaan of de partijen objectief gezien de betrokken overeenkomst nodig hebben om elkaars markt te betreden. Is dit het geval, dan zal de overeenkomst

geen mededingingsproblemen van horizontale aard veroorzaken. Indien de overeenkomst evenwel voor een van de partijen de mogelijkheid om zelfstandig te beslissen over het betreden van de markt of markten van andere partijen vermindert door de prikkels om dat te doen weg te nemen, is er waarschijnlijk sprake van mededingingsbeperkende gevolgen. Dezelfde redenering kan worden toegepast op niet-wederkerige overeenkomsten, waarbij het risico op mededingingsbeperkende gevolgen echter minder uitgesproken is.

239. Voorts kan de distributieovereenkomst mededingingsbeperkende gevolgen hebben indien zij verticale beperkingen behelst, zoals beperkingen op passieve verkoop, verticale prijsbinding enz.

#### **Marktmacht**

240. Commercialiseringsovereenkomsten tussen concurrenten kunnen slechts mededingingsbeperkende gevolgen hebben indien de partijen een zekere marktmacht bezitten. In de meeste gevallen is het onwaarschijnlijk dat er marktmacht zou bestaan wanneer de partijen bij de overeenkomst een gezamenlijk marktaandeel van ten hoogste 15 % hebben. Bij een gezamenlijk marktaandeel van de partijen van ten hoogste 15 % is het in elk geval waarschijnlijk dat de betrokken overeenkomst aan de voorwaarden van artikel 101, lid 3, voldoet.
241. Wanneer het gezamenlijke marktaandeel van de partijen meer dan 15 % bedraagt, valt de overeenkomst buiten de „veilige zone” van punt 240 en moet worden nagegaan welke gevolgen de overeenkomst inzake gezamenlijke commercialisering waarschijnlijk voor de markt zal hebben.

#### **Heimelijke verstandhouding**

242. Een overeenkomst inzake gezamenlijke commercialisering die geen vaststelling van prijzen behelst, zal waarschijnlijk ook mededingingsbeperkende gevolgen hebben indien de mate waarin de partijen variabele kosten delen, stijgt tot een niveau waarop een heimelijke verstandhouding het logische gevolg is. Dit zal allicht het geval zijn wanneer de partijen reeds vóór het sluiten van de commercialiseringsovereenkomst een aanzienlijk deel van hun variabele kosten deelden, daar de extra gedeelde kosten (te weten de verkoopkosten van het product waarop de overeenkomst betrekking heeft) de balans kunnen doen doorslaan naar een heimelijke verstandhouding. Indien daarentegen de gedeelde kosten sterk toenemen, zal het risico dat het tot een heimelijke verstandhouding komt wellicht groot zijn, zelfs indien het oorspronkelijke niveau van gedeelde kosten laag is.
243. De waarschijnlijkheid dat er een heimelijke verstandhouding tot stand komt, hangt af van de marktmacht van de partijen en van de kenmerken van de relevante markt. Gedeelde kosten kunnen het risico op een heimelijke verstandhouding alleen doen toenemen als de partijen marktmacht hebben en als de verkoopkosten een groot deel van de variabele kosten voor de betrokken producten vertegenwoordigen. Dat is bijvoorbeeld niet het geval bij homogene producten, waarbij de productie de belangrijkste kostenfactor is. Het delen van verkoopkosten doet daarentegen het risico op een heimelijke verstandhouding toenemen als de commercialiseringsovereenkomst betrekking heeft op producten waarvan de verkoop veel kosten meebrengt, bijvoorbeeld hoge distributie- of marketingkosten. Gemeenschappelijke reclame- of promotieovereenkomsten kunnen derhalve eveneens aanleiding geven tot mededingingsbeperkende gevolgen indien die kosten een belangrijke kostenfactor vormen.
244. Gezamenlijke commercialisering brengt doorgaans de uitwisseling van gevoelige commerciële informatie mee, met name over marketingstrategie en prijsstelling. In de meeste commercialiseringsovereenkomsten is met het oog op de uitvoering ervan voorzien in een bepaalde mate van informatie-uitwisseling. Er moet dan ook worden nagegaan of die informatie-uitwisseling aanleiding kan geven tot een heimelijke verstandhouding met betrekking tot de activiteiten van de partijen binnen en buiten het samenwerkingverband. Eventuele negatieve effecten ten gevolge van de uitwisseling van informatie worden niet afzonderlijk onderzocht, maar samen met de algemene effecten van de overeenkomst.
245. Wanneer bijvoorbeeld de partijen bij een overeenkomst voor het gezamenlijk voeren van reclame prijsstellingsinformatie uitwisselen, kan dit leiden tot een heimelijke verstandhouding met betrekking tot de producten waarvoor gezamenlijk reclame wordt gemaakt. De uitwisseling van dergelijke informatie in het kader van een overeenkomst voor het gezamenlijk voeren van reclame gaat hoe dan ook verder dan wat nodig is voor de uitvoering van die overeenkomst. Welke mededingingsbeperkende gevolgen van informatie-uitwisseling in het kader van commercialiseringsovereenkomsten te verwachten zijn, hangt af van de kenmerken van de markt en de uitgewisselde gegevens en dient te worden beoordeeld aan de hand van de in hoofdstuk 2 gegeven aanwijzingen.

#### 6.4. Beoordeling op grond van artikel 101, lid 3

##### 6.4.1. Efficiëntieverbeteringen

246. Commercialiseringsovereenkomsten kunnen leiden tot aanzienlijke efficiëntieverbeteringen. Met welke efficiëntieverbeteringen rekening moet worden gehouden bij de beoordeling of een commercialiseringsovereenkomst voldoet aan de criteria van artikel 101, lid 3, hangt af van de aard van de activiteit en de partijen die deel uitmaken van het samenwerkingsverband. Vaststelling van de prijzen kan over het algemeen niet worden gerechtvaardigd, tenzij deze onmisbaar is voor de integratie van andere marketingfuncties en deze integratie een aanmerkelijke efficiëntieverbetering tot stand zal brengen. Gezamenlijke distributie kan aanzienlijke efficiëntieverbeteringen opleveren door de schaalvoordelen, zeker voor kleinere producenten.
247. Daarenboven mag het bij de efficiëntieverbeteringen niet gaan om besparingen die alleen het gevolg zijn van het wegvallen van kosten die inherent deel uitmaken van de concurrentie, maar moet het gaan om het resultaat zijn van het bijeenbrengen van economische activiteiten. Een verlaging van de vervoerkosten die alleen voortvloeit uit de toewijzing van klanten zonder integratie van het logistieke systeem kan daarom niet worden beschouwd als een efficiëntieverbetering in de zin van artikel 101, lid 3.
248. De efficiëntieverbeteringen moeten worden aangetoond door de partijen bij de overeenkomst. De inbreng door de partijen van voldoende kapitaal, technologie of andere activa kan in dit opzicht een belangrijke factor zijn. Kostenbesparingen dankzij minder duplicatie van middelen en faciliteiten kunnen eveneens worden aanvaard. Wanneer de gezamenlijke commercialisering echter niet meer inhoudt dan een verkoopbureau en er geen investeringen worden gedaan, gaat het waarschijnlijk om een verkapt kartel en zal deze samenwerking als zodanig waarschijnlijk niet aan de voorwaarden van artikel 101, lid 3, voldoen.

##### 6.4.2. Onmisbaarheid

249. Beperkingen die verder gaan dan nodig is om de efficiëntieverbeteringen te behalen die uit een commercialiseringsovereenkomst voortvloeien, voldoen niet aan de criteria van artikel 101, lid 3. Onmisbaarheid is met name van belang voor overeenkomsten die voorzien in de vaststelling van prijzen of de toewijzing van markten, hetgeen slechts in uitzonderlijke gevallen als onmisbaar kan worden beschouwd.

##### 6.4.3. Doorgifte aan consumenten

250. De door onmisbare beperkingen bereikte efficiëntieverbeteringen moeten in voldoende mate aan de gebruikers worden doorgegeven om de mededingingsbeperkende gevolgen van de commercialiseringsovereenkomst te compenseren. Dit kan gebeuren in de vorm van lagere prijzen dan wel een betere kwaliteit of grotere diversiteit van de producten. Hoe groter de marktmacht van de partijen evenwel is, des te minder waarschijnlijk het is dat zij efficiëntievoordelen aan de gebruikers zullen doorgeven in een mate die de mededingingsbeperkende gevolgen compenseert. Indien de partijen een gezamenlijk marktaandeel van minder dan 15 % hebben, is de kans groot dat alle aangetoonde efficiëntieverbeteringen die uit de overeenkomst voortvloeien in voldoende mate aan de gebruikers worden doorgegeven.

##### 6.4.4. Geen uitschakeling van de mededinging

251. Aan de criteria van artikel 101, lid 3, kan niet worden voldaan indien de partijen in de gelegenheid worden gesteld de mededinging voor een wezenlijk deel van de betrokken producten uit te schakelen. Dit moet worden onderzocht voor de relevante markt waartoe de onder de samenwerking vallende producten behoren, en voor eventuele spillover-markten.

#### 6.5. Voorbeelden

252. Gezamenlijke commercialisering die nodig is om een markt te betreden

##### Voorbeeld 1

**Situatie:** Vier ondernemingen die in een grote stad dicht bij de grens van een andere lidstaat wasserijdiensten aanbieden, elk met een marktaandeel van 3 % op de totale wasserijmarkt in die stad, komen overeen een gemeenschappelijke marketingdienst op te richten voor de verkoop van wasserijdiensten aan institutionele klanten (d.w.z. hotels, ziekenhuizen, kantoren), met behoud van hun onafhankelijkheid en de vrijheid om elkaar te beconcurreren voor lokale individuele klanten. Ten aanzien van het nieuwe segment van de vraag dat wordt aangesneden (de institutionele klanten)

kiezen zij een gemeenschappelijke merknaam en hanteren zij een gemeenschappelijke prijs en gemeenschappelijke standaardvoorwaarden, waarin onder meer een maximum leveringstermijn van 24 uur en leveringsschema's zijn opgenomen. Zij zetten een gemeenschappelijke belcentrale op waarnaar institutionele klanten kunnen bellen om te vragen om ophaling of levering. Zij nemen een receptionist (voor de belcentrale) en verscheidene chauffeurs in dienst. Voorts investeren zij in bestelwagens voor de ophaling en levering en in merkpromotie, om hun naambekendheid te vergroten. De overeenkomst zorgt niet voor een algehele verlaging van hun infrastructuurkosten (daar zij elk hun eigen bedrijfsgebouwen behouden en nog met elkaar concurreren voor de individuele lokale klanten), maar verhoogt de schaalvoordelen en stelt hen in staat een meer volledige dienstverlening aan te bieden aan andere soorten klanten, wat onder meer langere openingstijden en het bestrijken van een groter geografisch gebied impliceert. Met het oog op de levensvatbaarheid van het project is het noodzakelijk dat zij alle vier de overeenkomst aangaan. De markt is zeer versnipperd, en geen enkele individuele concurrent heeft een marktaandeel van meer dan 15 %.

**Analyse:** Hoewel het gezamenlijke marktaandeel van de partijen kleiner is dan 15 %, brengt het feit dat de overeenkomst voorziet in de vaststelling van prijzen toch mee dat artikel 101, lid 1, van toepassing kan zijn. Individueel of met minder dan de huidige vier deelnemers zouden de partijen evenwel niet in staat zijn geweest de markt voor wasserijdiensten ten behoeve van institutionele klanten te betreden. Op zichzelf zou de overeenkomst geen aanleiding geven tot mededingingsbezwaren, ondanks het concurrentieverstorende vaststellen van prijzen, omdat dit hier als onmisbaar kan worden beschouwd voor de promotie van het gemeenschappelijke merk en het welslagen van het project.

253. Commercialiseringsovereenkomst met meer partijen dan nodig is om een markt te betreden

Voorbeeld 2

**Situatie:** De feitelijke omstandigheden zijn dezelfde als in voorbeeld 1 in punt 252, met één belangrijk verschil: met het oog op de levensvatbaarheid van het project had de overeenkomst kunnen worden uitgevoerd door slechts drie van de partijen (in plaats van de vier bij de samenwerking betrokken partijen).

**Analyse:** Hoewel het gezamenlijke marktaandeel van de partijen kleiner is dan 15 %, brengt het feit dat de overeenkomst voorziet in de vaststelling van prijzen en door minder dan de vier partijen had kunnen worden uitgevoerd, mee dat artikel 101, lid 1, toch van toepassing is. De overeenkomst moet bijgevolg aan artikel 101, lid 3, worden getoetst. De overeenkomst levert efficiëntieverbeteringen op, aangezien de partijen nu betere dienstverlening op grotere schaal kunnen aanbieden aan een nieuwe categorie klanten (wat zij anders individueel niet hadden kunnen doen). Gelet op het gezamenlijke marktaandeel van de partijen van minder dan 15 % zullen zij de behaalde efficiëntievoordelen waarschijnlijk in voldoende mate doorgeven aan de gebruikers. Voorts moet worden nagegaan of de door de overeenkomst opgelegde beperkingen onmisbaar zijn om de efficiëntieverbeteringen te behalen en of de overeenkomst de mededinging niet uitschakelt. Aangezien de overeenkomst beoogt een meer volledige dienstverlening aan te bieden (onder meer ophaling en aflevering, wat voorheen niet werd aangeboden) aan een nieuwe categorie klanten, onder een enkele merknaam en met gemeenschappelijke standaardvoorwaarden, kan de vaststelling van prijzen worden beschouwd als onmisbaar voor de promotie van het gemeenschappelijke merk en derhalve voor het welslagen van het project en de daaruit voortvloeiende efficiëntieverbeteringen. Gezien de versnippering van de markt zal de overeenkomst overigens de mededinging niet uitschakelen. Het feit dat er vier partijen betrokken zijn bij de overeenkomst (in plaats van de drie die strikt genomen noodzakelijk zijn) zorgt voor een grotere capaciteit en helpt om gelijktijdig aan de vraag van meerdere institutionele klanten te voldoen met inachtneming van de standaardvoorwaarden (d.w.z. de leveringstermijnen). Daardoor is het waarschijnlijk dat de efficiëntieverbeteringen de mededingingsbeperkende gevolgen compenseren die voortvloeien uit de verminderde concurrentie tussen de partijen, en dat de overeenkomst voldoet aan de voorwaarden van artikel 101, lid 3.

254. Gemeenschappelijk internetplatform

Voorbeeld 3

**Situatie:** Een aantal kleine speciaalzaken verspreid over een lidstaat zet gezamenlijk een elektronisch webplatform op voor de promotie, verkoop en thuisbezorging van fruitmanden. Er bestaan verscheidene concurrerende webplatformen. Door middel van een maandelijkse bijdrage delen zij de

exploitatiekosten van het platform en investeren zij samen in merkpromotie. Via de webpagina, waarop een ruime keuze aan verschillende cadeaumannen wordt aangeboden, bestellen (en betalen) de klanten de fruitmand die zij willen laten bezorgen. De bestelling wordt dan toegewezen aan de speciaalzaak die het dichtst bij het leveringsadres is gevestigd. De winkel draagt zelf de kosten van het samenstellen van de fruitmand en het bezorgen ervan bij de klant. Hij krijgt 90 % van de verkoopprijs, die door het webplatform is vastgesteld en die uniform geldt voor alle deelnemende speciaalzaken, terwijl de overige 10 % bestemd is voor collectieve promotie en de exploitatiekosten van het webplatform. Buiten de betaling van de maandelijkse bijdrage gelden voor speciaalzaken willekeurig waar op het nationale grondgebied geen beperkingen om tot het platform toe te treden. Speciaalzaken die hun eigen bedrijfswebsite hebben, mogen daarenboven onder hun eigen naam fruitmanden verkopen via het internet (wat sommige ook doen) en kunnen zo dus nog onderling concurreren buiten de samenwerking via het webplatform om. Klanten die bestellingen plaatsen via het webplatform krijgen de garantie dat nog dezelfde dag wordt bezorgd en kunnen ook een tijdstip van bezorging kiezen dat hen past.

**Analyse:** Hoewel de overeenkomst beperkt is in haar opzet, daar zij alleen betrekking heeft op de gezamenlijke verkoop van een specifiek product via een specifiek verkoopkanaal (het webplatform), heeft zij waarschijnlijk een mededingingsbeperkende strekking, omdat de overeenkomst de vaststelling van prijzen meebrengt. De overeenkomst moet bijgevolg aan artikel 101, lid 3, worden getoetst. De overeenkomst leidt tot efficiëntieverbeteringen zoals een ruimere keuze, een dienstverlening van hogere kwaliteit en een vermindering van onderzoekskosten, die de gebruikers ten goede komen en waarschijnlijk de mededingingsbeperkende gevolgen compenseren die uit de overeenkomst voortvloeien. Aangezien de speciaalzaken die aan de samenwerking deelnemen nog steeds individueel kunnen verkopen en elkaar kunnen beconcurreren, zowel in hun winkel als via het internet, zou de mededingingsbeperkende vaststelling van prijzen kunnen worden beschouwd als onmisbaar voor de promotie van het product (daar de klanten bij aankoop via het webplatform niet weten bij wie zij de fruitmand kopen en niet met allerlei uiteenlopende prijzen te maken willen krijgen) en voor de daaruit voortvloeiende efficiëntieverbeteringen. Bij gebreke van andere beperkingen voldoet de overeenkomst aan de criteria van artikel 101, lid 3. Aangezien er daarenboven andere concurrerende webplatforms bestaan en de partijen onderling blijven concurreren, zowel in hun winkels als via het internet, wordt de mededinging niet uitgeschakeld.

#### 255. Gemeenschappelijke verkooporganisatie

##### Voorbeeld 4

**Situatie:** De ondernemingen A en B, die in verschillende lidstaten gevestigd zijn, produceren fietsbanden. Zij hebben een gezamenlijk marktaandeel van 14 % op de markt voor fietsbanden die de gehele Unie bestrijkt. Zij besluiten een (zij het niet volwaardige) gemeenschappelijke onderneming op te zetten voor de verkoop van fietsbanden aan fietsfabrikanten en komen overeen hun gehele productie via de gemeenschappelijke onderneming te verkopen. De productie- en transportinfrastructuur blijft gescheiden per onderneming. De partijen stellen dat de overeenkomst aanzienlijke efficiëntieverbeteringen meebrengt. Die verbeteringen zouden in hoofdzaak bestaan in toegenomen schaalvoordelen, het feit beter te kunnen voldoen aan de vraag van hun bestaande en potentiële nieuwe klanten en een betere concurrentiepositie ten opzichte van geïmporteerde banden uit derde landen. De gemeenschappelijke onderneming onderhandelt over de prijzen en wijst de orders toe aan de dichtstbijzijnde productie-eenheid, om zo de transportkosten te rationaliseren bij levering aan de klant.

**Analyse:** Ofschoon het gezamenlijke marktaandeel van de partijen minder dan 15 % bedraagt, valt de overeenkomst onder de toepassing van artikel 101, lid 1. Zij strekt ertoe de mededinging te beperken, aangezien zij ertoe leidt dat de gemeenschappelijke onderneming klanten toewijst en de prijzen vaststelt. De gestelde efficiëntieverbeteringen die de overeenkomst zou meebrengen, vloeien niet voort uit de integratie van economische activiteiten of uit gemeenschappelijke investeringen. De gemeenschappelijke onderneming zou slechts een zeer beperkt werkterrein hebben en uitsluitend optreden als draaischijf voor het toewijzen van orders aan de productie-eenheden. Het is dan ook onwaarschijnlijk dat de eventuele efficiëntieverbeteringen in voldoende mate zouden worden doorgegeven aan de gebruikers om de mededingingsbeperkende gevolgen van de overeenkomst te compenseren. In dat geval zou niet aan de voorwaarden van artikel 101, lid 3, zijn voldaan.

## 256. „Niet-afsnoep”-beding in een overeenkomst betreffende het uitbesteden van diensten

## Voorbeeld 5

**Situatie:** De ondernemingen A en B zijn concurrerende leveranciers van schoonmaakdiensten voor bedrijfsgebouwen. Beide ondernemingen hebben een marktaandeel van 15 %. Er zijn verscheidene andere concurrenten met marktaandelen tussen 10 % en 15 %. Onderneming A heeft de (eenzijdige) beslissing genomen zich voortaan uitsluitend te concentreren op grote klanten omdat is gebleken dat het bedienen van grote en kleine klanten een enigszins verschillende organisatie van het werk vereist. Daarom heeft onderneming A besloten geen contracten meer te sluiten met nieuwe kleine klanten. Daarnaast sluiten ondernemingen A en B een uitbestedingsovereenkomst waarbij onderneming B rechtstreeks schoonmaakdiensten verleent aan de bestaande kleine klanten van onderneming A (die ongeveer 1/3 van diens klantenbestand uitmaken). Onderneming A vindt het evenwel belangrijk de klantrelatie met deze kleine klanten niet te verliezen. Onderneming A behoudt derhalve zijn contractuele band met de kleine klanten, maar de eigenlijke verlening van schoonmaakdiensten gebeurt door onderneming B. Voor de uitvoering van de uitbestedingsovereenkomst moet onderneming A onvermijdelijk aan onderneming B de identiteit bekendmaken van onderneming A's kleine klanten waarop de overeenkomst betrekking heeft. Aangezien onderneming A bang is dat onderneming B zou kunnen trachten deze klanten af te snoepen door hun goedkopere rechtstreekse diensten aan te bieden (en zo onderneming A buitenspel te zetten), staat onderneming A erop dat in de uitbestedingsovereenkomst een „niet-afsnoep”-beding wordt opgenomen. Krachtens dit beding mag onderneming B de kleine klanten waarop de uitbestedingsovereenkomst betrekking heeft niet aanspreken om hen rechtstreekse dienstverlening aan te bieden. Daarenboven komen ondernemingen A en B overeen dat onderneming B aan die klanten geen rechtstreekse diensten mag verlenen, zelfs als onderneming B door hen wordt benaderd. Zonder dat „niet-afsnoep”-beding zou A geen uitbestedingsovereenkomst sluiten met onderneming B of een andere onderneming.

**Analyse:** De uitbestedingsovereenkomst schakelt onderneming B uit als een onafhankelijke leverancier van schoonmaakdiensten voor onderneming A's kleine klanten, aangezien die niet langer een rechtstreekse contractuele relatie zullen kunnen aangaan met onderneming B. Die klanten vertegenwoordigen echter slechts 1/3 van onderneming A's klantenbestand, d.w.z. 5 % van de markt. Zij kunnen altijd nog terecht bij de concurrenten van ondernemingen A en B, die 70 % van de markt vertegenwoordigen. De uitbestedingsovereenkomst zal onderneming A derhalve niet in staat stellen om met gunstig gevolg de prijzen te verhogen die aan de desbetreffende klanten worden berekend. Voorts zal de uitbestedingsovereenkomst waarschijnlijk niet leiden tot een heimelijke verstandhouding, aangezien onderneming A en onderneming B slechts een gezamenlijk marktaandeel van 30 % hebben en te maken hebben met verscheidene concurrenten met marktaandelen die vergelijkbaar zijn met het marktaandeel van onderneming A en onderneming B afzonderlijk. Daarenboven beperkt het feit dat het bedienen van grote en kleine klanten enigszins verschillend is het risico dat de uitbestedingsovereenkomst spillover-effecten heeft voor het gedrag van ondernemingen A en B in de concurrentie om grote klanten. De uitbestedingsovereenkomst zal daarom waarschijnlijk geen mededingingsbeperkende gevolgen hebben in de zin van artikel 101, lid 1.

## 7. STANDAARDISERINGSOVEREENKOMSTEN

### 7.1. Definitie

#### *Standaardiseringsovereenkomsten*

257. Standaardiseringsovereenkomsten of overeenkomsten over normen hebben in de eerste plaats ten doel technische of kwaliteitseisen vast te stellen waaraan bestaande of toekomstige producten, productieprocessen, diensten of werkwijzen moeten voldoen <sup>(1)</sup>. Standaardiseringsovereenkomsten kunnen betrekking hebben op uiteenlopende aspecten, bijvoorbeeld standaardisering van verschillende kwaliteitsniveaus of grootten van een bepaald product of technische specificaties op product- of dienstemarkten waarop compatibiliteit en interoperabiliteit met andere producten of systemen van essentieel belang is. De voorwaarden waaraan moet worden voldaan om een bepaald kwaliteitsmerk dan wel goedkeuring door een regulerende instantie te verkrijgen, kunnen eveneens als een norm worden beschouwd. Overeenkomsten die normen vaststellen voor de milieuprestaties van producten of productieprocessen, vallen eveneens onder dit hoofdstuk.

<sup>(1)</sup> Normalisatie kan op verschillende wijzen gebeuren, variërend van de aanneming van nationale normen, waarover eensgezindheid is bereikt, door de Europese of nationale normalisatie-instellingen, tot normen waarover in consortia en fora overeenstemming wordt bereikt, en overeenkomsten tussen individuele ondernemingen.

258. De voorbereiding en uitwerking van technische normen als onderdeel van de uitoefening van het openbaar gezag valt niet binnen het toepassingsgebied van deze richtsnoeren <sup>(1)</sup>. De krachtens Richtlijn 98/34/EG van het Europees Parlement en de Raad van 22 juni 1998 betreffende een informatieprocedure op het gebied van normen en technische voorschriften en regels betreffende de diensten van de informatiemaatschappij <sup>(2)</sup> erkende Europese normalisatie-instellingen vallen onder het mededingingsrecht voor zover zij kunnen worden beschouwd als een onderneming of een ondernemersvereniging in de zin van de artikelen 101 en 102 <sup>(3)</sup>. Normen die verband houden met het verstrekken van professionele diensten, zoals voorschriften inzake de toelating tot een vrij beroep, vallen niet binnen de werkingssfeer van deze richtsnoeren.

### **Standaardvoorwaarden**

259. In sommige bedrijfstakken hanteren de ondernemingen standaardverkoop- of -inkoopvoorwaarden die zijn uitgewerkt door een brancheorganisatie of rechtstreeks door de concurrerende ondernemingen zelf („standaardvoorwaarden”) <sup>(4)</sup>. Dergelijke standaardvoorwaarden vallen onder deze richtsnoeren voor zover zij standaardregels vaststellen voor de verkoop of inkoop van goederen of diensten tussen concurrenten en gebruikers (en niet tussen concurrenten onderling) met betrekking tot onderling verwisselbare producten. Wanneer dergelijke standaardvoorwaarden in een bedrijfstak op grote schaal worden gehanteerd, is het mogelijk dat de inkoop- en verkoopvoorwaarden die in de sector gelden feitelijk op elkaar worden afgestemd <sup>(5)</sup>. Voorbeelden van sectoren waar standaardvoorwaarden een belangrijke rol vervullen zijn de banksector (bijvoorbeeld voorwaarden in verband met bankrekeningen) en de verzekeringssector.
260. Standaardvoorwaarden die door een onderneming individueel zijn uitgewerkt, uitsluitend voor haar eigen gebruik bij het sluiten van contracten met leveranciers of klanten, zijn geen horizontale overeenkomsten en vallen derhalve niet onder deze richtsnoeren.

## **7.2. Relevante markten**

261. Standaardiseringsovereenkomsten kunnen gevolgen hebben op vier mogelijke markten, die zullen worden omschreven overeenkomstig de Bekendmaking marktbepalings. In de eerste plaats kan het vaststellen van normen invloed hebben op de product- of dienstenmarkt of -markten waarop de norm of normen betrekking heeft of hebben. In de tweede plaats, als het vaststellen van normen een technologiekeuze impliceert en de intellectuele-eigendomsrechten afzonderlijk op de markt worden gebracht, los van de producten waarop deze betrekking hebben, kan de norm effecten hebben op de relevante technologiemarkt <sup>(6)</sup>. In de derde plaats kunnen er effecten zijn op de markt voor de vaststelling van normen, indien er verschillende normalisatie-instellingen of standaardiseringsovereenkomsten bestaan. In de vierde plaats kan het vaststellen van normen, in voorkomend geval, effect hebben op een afzonderlijke markt voor proefneming en certificering.
262. Wat standaardvoorwaarden betreft, doen de effecten zich over het algemeen voor op de downstreammarkt waar de ondernemingen die de standaardvoorwaarden toepassen concurreren bij het verkopen van hun product aan hun klanten.

## **7.3. Beoordeling op grond van artikel 101, lid 1**

### **7.3.1. Voornaamste mededingingsbezwaren**

#### **Standaardiseringsovereenkomsten**

263. Standaardiseringsovereenkomsten hebben gewoonlijk aanzienlijke positieve economische gevolgen <sup>(7)</sup>, bijvoorbeeld door het bevorderen van economische interpenetratie binnen de interne markt en het aanmoedigen van de ontwikkeling van nieuwe en betere producten of markten en betere leveringscondities. Normen doen dan ook normaal gesproken de mededinging toenemen en de productie- en

<sup>(1)</sup> Zie zaak C-113/07, SELEX, Jurispr. 2009, blz. I-02207, punt 92.

<sup>(2)</sup> PB L 204 van 21.7.1998, blz. 37.

<sup>(3)</sup> Zie arrest van 12 mei 2010 in zaak T-432/05, EMC Development AB / Commissie, nog niet gepubliceerd in de Jurisprudentie.

<sup>(4)</sup> Dergelijke standaardvoorwaarden kunnen betrekking hebben op een groot deel van de bepalingen van het uiteindelijke contract dan wel slechts op een zeer klein deel ervan.

<sup>(5)</sup> Dit verwijst naar een situatie waarin (wettelijk niet bindende) standaardvoorwaarden in de praktijk worden toegepast door de meeste markspelers en/of voor de meeste aspecten van het product/de dienst, wat aldus leidt tot een beperking of zelfs het ontbreken van keuze voor de consument.

<sup>(6)</sup> Zie hoofdstuk 3 over O&O-overeenkomsten.

<sup>(7)</sup> Zie ook punt 308.



verkoopkosten dalen, en komen aldus de economie in haar geheel ten goede. Normen kunnen zorgen voor de handhaving en verhoging van de kwaliteit, voor meer informatie en voor een betere interoperabiliteit en compatibiliteit (wat een meerwaarde betekent voor de consument).

264. Het vaststellen van normen kan echter, in bepaalde omstandigheden, ook mededingingsbeperkende gevolgen hebben doordat mogelijk de prijsconcurrentie kleiner wordt en de productie, de markten, de innovatie of de technologische ontwikkeling worden afgeremd of beperkt. Dit kan zich in hoofdzaak op drie manieren voordoen, te weten door vermindering van de prijsconcurrentie, door afscherming van de toegang tot innoverende technologieën en door uitsluiting van of discriminatie tegen bepaalde ondernemingen waaraan daadwerkelijke toegang tot de norm wordt ontzegd.
265. Ten eerste zou, indien ondernemingen in het kader van de vaststelling van normen mededingingsversturende besprekingen zouden houden, dit de prijsconcurrentie op de betrokken markten kunnen beperken of uitschakelen, hetgeen een heimelijke verstandhouding op de markt in de hand zou werken <sup>(1)</sup>.
266. Ten tweede kunnen normen die gedetailleerde technische specificaties vaststellen voor een product of dienst een rem vormen op de technische ontwikkeling en innovatie. Terwijl een norm wordt ontwikkeld kunnen alternatieve technologieën concurreren om in de norm te worden opgenomen. Wanneer eenmaal voor een bepaalde technologie is gekozen en de norm is vastgesteld, moeten concurrerende technologieën en ondernemingen een drempel overwinnen om toegang te krijgen tot de markt en bestaat het risico dat zij ervan worden uitgesloten. Daarnaast kunnen normen die vereisen dat een welbepaalde technologie exclusief voor een norm wordt gebruikt of die de ontwikkeling van andere technologieën verhinderen door de leden van de organisatie die de norm vaststelt te verplichten uitsluitend een bepaalde norm te gebruiken, hetzelfde effect hebben. Het risico van beperking van innovatie neemt toe wanneer een of meer ondernemingen zonder gegronde reden van het normalisatieproces worden uitgesloten.
267. In het kader van normen waarbij intellectuele-eigendomsrechten („IE-rechten”) <sup>(2)</sup> zijn betrokken, kunnen theoretisch drie hoofdcategorieën van ondernemingen worden onderscheiden die verschillende belangen hebben bij standaardisering <sup>(3)</sup>. Ten eerste ondernemingen die alleen upstream actief zijn en die alleen technologieën ontwikkelen en verkopen. Hun enige bron van inkomsten zijn licentievergoedingen en hun streven is de royalty's zo hoog mogelijk te leggen. Ten tweede ondernemingen die alleen downstream actief zijn en die alleen producten vervaardigen of diensten aanbieden op basis van technologieën die door anderen zijn ontwikkeld en geen noemenswaardige IE-rechten bezitten. Royalty's zijn voor hen een kostenfactor en geen bron van inkomsten en hun streven is erop gericht de royalty's zo laag mogelijk te houden of te vermijden. Tot slot zijn er verticaal geïntegreerde ondernemingen die zowel technologie ontwikkelen als producten verkopen. Zij hebben gemengde drijfveren. Aan de ene kant kunnen zij licentievergoedingen behalen uit hun IE-rechten. Aan de andere kant is het mogelijk dat zij royalty's moeten betalen aan andere ondernemingen die IE-rechten bezitten die essentieel zijn voor de norm. Zij zouden daarom wederkerige licenties kunnen verlenen op hun eigen essentiële IE-rechten in ruil voor essentiële IE-rechten van andere ondernemingen.
268. Ten derde kan normalisatie concurrentieverstorende resultaten opleveren doordat wordt verhinderd dat bepaalde ondernemingen daadwerkelijke toegang krijgen tot de resultaten van het normalisatieproces (dat wil zeggen de specificatie en/of de essentiële IE-rechten voor de tenuitvoerlegging van de norm). Indien het een onderneming volledig onmogelijk wordt gemaakt om toegang te verkrijgen tot het resultaat van de norm of indien aan deze onderneming slechts toegang wordt verleend op prohibitieve of discriminerende voorwaarden, bestaat het risico van een concurrentieverstorend effect. Bij een systeem waarin potentieel relevante IE-rechten van te voren worden bekendgemaakt neemt de waarschijnlijkheid dat daadwerkelijke toegang tot de norm zal worden verleend vermoedelijk toe, omdat de deelnemers kunnen nagaan op welke technologieën IE-rechten rusten en op welke niet. Hierdoor kunnen de deelnemers rekening houden met het potentiële effect van het resultaat van de norm op de uiteindelijke prijs (bijvoorbeeld een technologie zonder IE-rechten kiezen zal een positief effect op de uiteindelijke prijs hebben) en bij de IE-rechthebbende navragen of deze bereid is zijn IE-rechten in licentie te geven indien zijn technologie in de norm wordt opgenomen.

<sup>(1)</sup> Afhankelijk van de kring deelnemers aan het normalisatieproces kunnen beperkingen zich voordoen aan de aanbodzijde dan wel aan de vraagzijde van de markt voor het gestandaardiseerde product.

<sup>(2)</sup> In het kader van dit hoofdstuk verwijzen IE-rechten met name naar octrooien (niet-gepubliceerde octrooiaanvragen uitgezonderd). Ingeval een ander soort IE-recht in de praktijk de IE-rechthebbende zeggenschap verschaft over het gebruik van de norm, moeten dezelfde beginselen worden toegepast.

<sup>(3)</sup> In de praktijk gebruiken talrijke ondernemingen een mix van deze businessmodellen.

269. De wetgeving inzake de intellectuele eigendom en de mededingingswetgeving hebben dezelfde doelstellingen <sup>(1)</sup>, namelijk het bevorderen van innovatie en het vergroten van de welvaart van de gebruikers. IE-rechten bevorderen dynamische concurrentie door ondernemingen aan te moedigen om in de ontwikkeling van nieuwe of betere producten en processen te investeren. IE-rechten zijn dan ook over het algemeen concurrentiebevorderend. Niettemin zou een deelnemende onderneming die voor de toepassing van de norm essentiële IE-rechten bezit, op grond van haar IE-rechten in de specifieke context van normalisatie tevens zeggenschap over het gebruik van een norm kunnen verkrijgen. Wanneer de norm de toegang tot de markt belemmert, zou de onderneming aldus de product- of dienstenmarkt waarvoor de norm geldt kunnen domineren. Dit zou ondernemingen dan weer de mogelijkheid geven zich op een concurrentieverstorende wijze te gedragen, bijvoorbeeld door gebruikers na de goedkeuring van de norm „uit te persen”, door een weigering de noodzakelijke IE-rechten in licentie te geven dan wel door buitensporige vergoedingen te bedingen in de vorm van overdreven <sup>(2)</sup> royalty's, en aldus daadwerkelijke toegang tot de norm te verhinderen. Hoe dan ook, ook al kan het vaststellen van een norm aan IE-rechthebbenden die IE-rechten bezitten welke voor die norm essentieel zijn, marktmacht verlenen c.q. hun marktmacht vergroten, toch wordt er niet van uitgegaan dat het in bezit hebben of uitoefenen van IE-rechten die essentieel zijn voor een norm gelijkstaat aan het bezit of de uitoefening van marktmacht. Het al dan niet hebben van marktmacht kan alleen per geval worden onderzocht.

### **Standaardvoorwaarden**

270. Standaardvoorwaarden kunnen mededingingsbeperkende gevolgen hebben doordat zij de productkeuze en innovatie beperken. Indien een groot deel van een bedrijfstak de standaardvoorwaarden aanneemt en beslist er niet van af te wijken in individuele gevallen (of er alleen van af te wijken in uitzonderlijke gevallen van sterke kopersmacht), hebben de klanten wellicht geen andere keuze dan de bepalingen van de standaardvoorwaarden te aanvaarden. Het risico van beperking van de keuze en van innovatie doet zich waarschijnlijk echter slechts voor in gevallen waarin de standaardvoorwaarden bepalend zijn voor de inhoud van het eindproduct. Bij klassieke consumptiegoederen hebben de standaardverkoopvoorwaarden doorgaans geen negatieve invloed op de vernieuwing van het bestaande product of op de productkwaliteit en productdiversiteit.

271. Voorts bestaat het gevaar dat standaardvoorwaarden, afhankelijk van hun inhoud, een ongunstige invloed hebben op de handelsvoorwaarden voor het eindproduct. Met name bestaat er een reëel gevaar dat standaardvoorwaarden met betrekking tot de prijs de prijsconcurrentie beperken.

272. Indien de standaardvoorwaarden algemeen gangbaar worden in de sector, kan daarenboven toegang tot die voorwaarden cruciaal zijn om de markt te kunnen betreden. In dergelijke gevallen kan het weigeren van toegang tot de standaardvoorwaarden mogelijk leiden tot een mededingingsverstorende afscherming van de markt. Zolang de standaardvoorwaarden daadwerkelijk kunnen worden gebruikt door eenieder die dat wil, is de kans klein dat deze tot een mededingingsverstorende marktafscherming zullen leiden.

### **7.3.2. Mededingingsbeperkende strekking**

#### **Standaardiseringsovereenkomsten**

273. Overeenkomsten waarin een norm wordt gebruikt als een onderdeel van een ruimere beperkende overeenkomst die beoogt daadwerkelijke of potentiële mededinging uit te sluiten, strekken ertoe de mededinging te beperken. Een overeenkomst waarbij een nationale fabrikantenvereniging een norm zou vaststellen en op derden druk zou uitoefenen om geen producten te verkopen die niet aan deze norm voldoen of waarbij de producenten van het gevestigde product heimelijke afspraken maken om nieuwe technologie van een reeds bestaande norm uit te sluiten <sup>(3)</sup>, zou bijvoorbeeld tot deze categorie behoren.

<sup>(1)</sup> Zie ook de Richtsnoeren technologieoverdracht, punt 7.

<sup>(2)</sup> Hoge royalty's zouden alleen als buitensporig kunnen worden aangemerkt indien aan de voorwaarden voor misbruik van een machtspositie als bedoeld in artikel 102 van het Verdrag en in de rechtspraak van het Hof van Justitie van de Europese Unie is voldaan, zie bijvoorbeeld zaak 27/76, *United Brands*, Jurispr. 1978, blz. 207.

<sup>(3)</sup> Zie bijvoorbeeld de beschikking van de Commissie in zaak nr. IV/35.691, *Voorgeïsoleerde buizen*, OJ L 24 van 30.1.1999, blz. 1, waarin een deel van de inbreuk op artikel 101 bestond in „het gebruiken van normen en standaarden om de invoering van nieuwe technologie die tot prijsvermindering zou leiden, te vertragen of te verhinderen” (overweging 147).

274. Alle overeenkomsten die beogen de mededinging te beperken door voorafgaand aan de vaststelling van een norm de bekendmaking van de meest restrictieve licentievoorwaarden te gebruiken als verkapte manier om gezamenlijk de prijzen vast te stellen van hetzij downstream-producten hetzij vervangende IE-rechten of technologie hebben een mededingingsbeperkende strekking <sup>(1)</sup>.

#### **Standaardvoorwaarden**

275. Overeenkomsten waarin standaardvoorwaarden worden gebruikt als onderdeel van een ruimere beperkende overeenkomst die beoogt daadwerkelijke of potentiële mededinging uit te sluiten, strekken er eveneens toe de mededinging te beperken. Een voorbeeld hiervan is de situatie waarin een brancheorganisatie een nieuwkomer geen toegang geeft tot haar standaardvoorwaarden, waarvan het gebruik van essentieel belang is om de markt te kunnen betreden.
276. Standaardvoorwaarden die bepalingen bevatten welke de aan de klanten berekende prijzen rechtstreeks beïnvloeden (d.w.z. aanbevolen prijzen, kortingen enz.), hebben een mededingingsbeperkende strekking.

#### *7.3.3. Mededingingsbeperkende gevolgen*

#### **Standaardiseringsovereenkomsten**

#### **Overeenkomsten die gewoonlijk de mededinging niet beperken**

277. Standaardiseringsovereenkomsten die niet een mededingingsbeperkende strekking hebben, moeten in hun juridische en economische context worden onderzocht op hun daadwerkelijke en potentiële effect op de mededinging. Wanneer er geen sprake is van marktmacht <sup>(2)</sup>, kan een standaardiseringsovereenkomst geen mededingingsbeperkende gevolgen hebben. Beperkende gevolgen zijn dan ook zeer onwaarschijnlijk in een situatie waarin er sprake is van daadwerkelijke mededinging tussen verscheidene niet-bindende normen.
278. Ten aanzien van de standaardiseringsovereenkomsten die marktmacht kunnen doen ontstaan, wordt in de punten 280 tot en met 286 aangegeven onder welke voorwaarden dit soort overeenkomsten normaal gesproken buiten de werkingssfeer van artikel 101, lid 1, zouden vallen.
279. De niet-naleving van een of alle beginselen die in dit deel worden beschreven leidt niet tot een vermoeden van beperking van de mededinging in de zin van artikel 101, lid 1. Er zal echter zelfbeoordeling voor nodig zijn om vast te stellen of de overeenkomst onder artikel 101, lid 1, valt en zo ja, of aan de voorwaarden van artikel 101, lid 3, is voldaan. In dit verband wordt erkend dat er verschillende modellen voor normalisatie bestaan en dat concurrentie binnen en tussen deze modellen een positief aspect van een markteconomie is. Normalisatie-instanties blijven dan ook geheel vrij om regels en procedures in te voeren die geen inbreuk maken op de mededingingsregels en toch verschillen van de in de punten 280 tot en met 286 beschreven regels en procedures.
280. Wanneer deelname aan de standaardisering **voor eenieder open staat** en de procedure voor de vaststelling van de betrokken norm **transparant** is, zullen standaardiseringsovereenkomsten die **geen verplichting opleggen om zich aan de norm te houden** <sup>(3)</sup> en die **op eerlijke, redelijke en niet-discriminerende voorwaarden toegang verlenen tot de norm**, normaal gesproken niet mededingingsbeperkend zijn in de zin van artikel 101, lid 1.
281. Met name moet, om **onbeperkte deelname** te waarborgen, het reglement van de normalisatie-instantie garanderen dat alle concurrenten op de markt of markten waarvoor de norm gevolgen heeft, kunnen deelnemen aan het proces dat leidt tot de keuze van de norm. De normalisatie-instanties moeten ook hebben voorzien in objectieve en niet-discriminerende procedures voor het toekennen van stemrechten alsook, voor zover relevant, objectieve criteria voor de keuze van de technologie die in de norm worden opgenomen.

<sup>(1)</sup> Dit punt mag geen belemmering vormen voor eenzijdige bekendmaking vooraf van de meest restrictieve licentievoorwaarden zoals beschreven in punt 299. Evenmin mag dit belemmeren dat octrooipools worden opgezet overeenkomstig de beginselen in de Richtsnoeren technologieoverdracht of verhinderen dat wordt besloten IE-rechten die essentieel zijn voor een norm vrij van royalty's in licentie te geven zoals in dit hoofdstuk wordt uiteengezet.

<sup>(2)</sup> Zie naar analogie punt 39 e.v. Zie met betrekking tot marktaandelen ook punt 296.

<sup>(3)</sup> Zie in dit verband ook punt 293.

282. De bevoegde normalisatie-instantie moet, wat **transparantie** betreft, hebben voorzien in procedures aan de hand waarvan de belanghebbenden zich tijdig in iedere fase van de ontwikkeling van de norm kunnen informeren over komende, lopende en voltooide standaardiseringswerkzaamheden.
283. Daarnaast moeten het reglement van de normalisatie-instantie **op eerlijke, redelijke en niet-discriminerende voorwaarden** daadwerkelijke **toegang tot de norm** waarborgen <sup>(1)</sup>.
284. Bij een norm waarmee IE-rechten zijn gemoeid, wordt met **een duidelijk en evenwichtig beleid inzake IE-rechten** <sup>(2)</sup>, **dat is aangepast aan de specifieke sector** en de behoeften van de betrokken normalisatie-instantie, de waarschijnlijkheid vergroot dat aan degenen die de norm zullen toepassen daadwerkelijke toegang wordt verleend tot de door die instantie opgestelde norm of normen.
285. Om daadwerkelijke toegang tot de norm te waarborgen, moeten de IE-voorschriften de verplichting opleggen dat de deelnemende leden (indien zij wensen dat hun IE-rechten in de norm worden opgenomen) onherroepelijk een schriftelijke verbintenis aangaan om hun wezenlijke IE-rechten aan alle derden in licentie te geven op eerlijke, redelijke en niet-discriminerende voorwaarden („**FRAND-verbintenis**”) <sup>(3)</sup>. Deze verbintenis moet vóór de vaststelling van de norm worden aangegaan. Tenzelfder tijd moeten de voorschriften inzake IE-rechten het IE-rechthebbenden mogelijk maken bepaalde technologie uit te sluiten van het normalisatieproces en daarmee ook van de verbintenis om IE-rechten in licentie te geven, mits deze uitsluiting in een vroege fase van de ontwikkeling van de norm plaatsvindt. Om ervoor te zorgen dat de FRAND-verbintenis wordt nagekomen, moet aan alle deelnemende IE-rechthebbenden die een dergelijke verbintenis aangaan ook de verplichting worden opgelegd om te verzekeren dat een onderneming waaraan de IE-rechthebbende zijn IE-rechten overdraagt (inclusief het recht om die IE-rechten in licentie te geven) door die verbintenis gebonden is, bijvoorbeeld via een contractuele bepaling tussen koper en verkoper.
286. Bovendien moeten de IE-voorschriften de verplichting opleggen dat de IE-rechten die noodzakelijk zouden kunnen zijn voor de toepassing van een norm die in ontwikkeling is, door de deelnemende leden **te goeder trouw worden bekendgemaakt**. Dit zou het de sector mogelijk maken met kennis van zaken een technologie te kiezen en het zou daardoor een stap zijn naar de verwezenlijking van daadwerkelijke toegang tot de norm. Een dergelijke verplichting tot bekendmaking zou kunnen worden gebaseerd op permanente informatieverstrekking naarmate de norm verder wordt ontwikkeld en op redelijke inspanningen om na te gaan welke IE-rechten relevant zijn voor de potentiële norm <sup>(4)</sup>. Het volstaat ook wanneer de deelnemer verklaart dat het waarschijnlijk is dat hij IE-aanspraken kan doen gelden voor een bepaalde technologie (zonder aan te geven om welke IE-aanspraken of aanvragen voor IE-rechten het gaat). Omdat de risico's met betrekking tot daadwerkelijke toegang niet dezelfde als bij een normalisatie-instantie met een beleid inzake royaltyvrije normen, zou bekendmaking van de IE-rechten in die context niet relevant zijn.

#### **FRAND-verbintenissen**

287. FRAND-verbintenissen moeten garanderen dat essentiële met IE-rechten beschermde technologie die in een norm is opgenomen voor de gebruikers van die norm toegankelijk is op eerlijke, redelijke en niet-discriminerende voorwaarden. Met name kunnen FRAND-verbintenissen voorkomen dat IE-rechthebbenden de toepassing van een norm moeilijk maken door – nadat de bedrijfstak zichzelf tot de norm heeft verbonden – te weigeren licenties te verlenen, door oneerlijke of onredelijke (met andere woorden buitensporige) vergoedingen te vragen of door discriminerende royaltytarieven te hanteren.
288. Inachtneming van artikel 101 door de normalisatie-instantie impliceert niet noodzakelijkerwijs dat deze instantie verifieert of de licentievoorwaarden van de deelnemers de FRAND-verbintenis in acht nemen. De deelnemers moeten zelf nagaan of de licentievoorwaarden en met name de tarieven die zij in rekening brengen de FRAND-verbintenis in acht nemen. Daarom moeten de deelnemers, alvorens zij besluiten of zij zich voor een bepaald IE-recht de FRAND-verbintenis aangaan, analyseren wat de gevolgen van deze verbintenis zullen zijn, met name ten aanzien van de mogelijkheid die zij hebben om de hoogte van hun tarieven vrijelijk te bepalen.

<sup>(1)</sup> Zo moet bijvoorbeeld daadwerkelijke toegang worden verleend tot de specificatie van de norm.

<sup>(2)</sup> Zoals nader aangeduid in de punten 285 en 286.

<sup>(3)</sup> Er zij op gewezen dat de FRAND-verbintenis ook betrekking kan hebben op licentieverlening zonder royalty's.

<sup>(4)</sup> Om het beoogde resultaat te bereiken hoeft bekendmaking te goeder trouw niet zo ver te gaan dat hierin van de deelnemers wordt verlangd dat zij hun IE-rechten toetsen aan de potentiële norm en een verklaring afgeven waarin zij formeel stellen dat zij geen IE-rechten bezitten die voor de potentiële norm van belang zijn.

289. Om in geval van betwisting uit te maken of de tarieven die in het kader van normalisatie voor toegang tot IE-rechten worden gehanteerd oneerlijk of onredelijk zijn, moet worden nagegaan of er een redelijke verhouding bestaat tussen de vergoeding en de economische waarde van de IE-rechten<sup>(1)</sup>. Bij deze beoordeling kunnen doorgaans verschillende methoden worden toegepast. In principe zijn methoden waarbij wordt uitgegaan van de kosten hiervoor niet erg geschikt, omdat het moeilijk is te bepalen welke kosten aan de ontwikkeling van een bepaald octrooi of een groep van octrooien moeten worden toegeschreven. Het is daarentegen wellicht wel mogelijk de licentievergoeding die door de betrokken onderneming vóór de invoering van de norm in de bedrijfstak (ex ante) in een concurrerende omgeving voor de desbetreffende octrooien werd berekend te vergelijken met het tarief dat na de invoering van de norm (ex post) wordt toegepast. Dit veronderstelt dat de vergelijking op een consistente en betrouwbare wijze kan worden gemaakt<sup>(2)</sup>.
290. Een andere methode zou erin kunnen bestaan een onafhankelijke deskundige een verslag te laten opstellen over het objectieve en fundamentele belang van de desbetreffende IE-rechten voor de norm. In een geval dat zich daartoe leent, zou mogelijk ook kunnen worden verwezen naar bekendmakingen vooraf van de licentievoorwaarden in het kader van het specifieke normalisatieproces. Er zou mogelijk ook kunnen worden teruggegrepen op eerdere eenzijdige bekendmakingen vooraf van de meest restrictieve licentievoorwaarden in het kader van het specifieke normalisatieproces. Dit veronderstelt eveneens dat de vergelijking op een consistente en betrouwbare wijze kan worden gemaakt. De royaltytarieven die in andere vergelijkbare normen voor dezelfde IE-rechten in rekening worden gebracht zijn mogelijk ook een indicatie voor het FRAND-gehalte van de royalty's. In deze richtsnoeren wordt niet getracht een uitputtende lijst te geven van bruikbare methoden om te beoordelen of royalty's buitensporig zijn.
291. Er moet echter op worden gewezen dat deze richtsnoeren op geen enkele wijze de mogelijkheid uitsluiten dat de partijen hun geschillen over de hoogte van de royalty's voor de bevoegde civiele of handelsrechtbanken beslechten.

#### ***Op de gevolgen gebaseerde beoordeling van de standaardiseringsovereenkomsten***

292. Bij de beoordeling van elke standaardiseringsovereenkomst moet rekening worden gehouden met de vermoedelijke gevolgen van de norm voor de betrokken markten. De volgende overwegingen gelden voor alle standaardiseringsovereenkomsten die afwijken van de in de punten 280 tot en met 286 genoemde beginselen.
293. Of standaardiseringsovereenkomsten mededingingsbeperkende gevolgen kunnen hebben, zal wellicht afhankelijk zijn van de mate waarin de leden van een normalisatie-instantie de **vrijheid** behouden **om alternatieve normen of producten te ontwikkelen** die niet aan de overeengekomen norm voldoen<sup>(3)</sup>. Wanneer bijvoorbeeld een standaardiseringsovereenkomst de deelnemers ertoe verplicht uitsluitend producten te vervaardigen die in overeenstemming met de norm zijn, wordt het risico van een waarschijnlijk negatief effect voor de mededinging aanmerkelijk groter en kan dit onder bepaalde omstandigheden tot een mededingingsbeperkende strekking opleveren<sup>(4)</sup>. Evenzo is de kans op mededingingsbezwaren minder groot bij normen die alleen op minder belangrijke aspecten of delen van het eindproduct betrekking hebben dan bij normen met een bredere impact.
294. Bij de beoordeling of de overeenkomst de mededinging beperkt, zal ook naar **de toegang tot de norm** worden gekeken. Wanneer het resultaat van een norm (dat wil zeggen de specificatie van de wijze waarop aan de norm moet worden voldaan en, indien relevant, de essentiële IE-rechten voor de toepassing van de norm) in het geheel niet, of alleen op discriminerende voorwaarden voor leden of derden (dat wil zeggen niet-leden van de bevoegde normalisatie-instantie) toegankelijk is, kan dit resulteren in discriminatie, afscherming of opdeling van de markten, naar gelang van hun geografische toepassingsgebied, en zodoende waarschijnlijk leiden tot een beperking van de mededinging. Wanneer er echter verschillende concurrerende normen bestaan of wanneer er sprake is van daadwerkelijke mededinging tussen de gestandaardiseerde en de niet-gestandaardiseerde oplossing, kan het zijn dat beperking van de toegang geen mededingingsbeperkende gevolgen heeft.

<sup>(1)</sup> Zie zaak 27/76, United Brands, punt 250; zie tevens zaak C-385/07 P, Der Grüne Punkt - Duales System Deutschland GmbH, Jurispr. 2009, blz. I-6155, punt 142.

<sup>(2)</sup> Zie zaak 395/87, Openbaar ministerie / Jean-Louis Tournier, Jurispr. 1989, blz. 2521, punt 38; gevoegde zaken 110/88, 241/88 en 242/88, Francois Lucazeau / SACEM, Jurispr. 1989, blz. 2811, punt 33.

<sup>(3)</sup> Zie de beschikking van de Commissie in zaak IV/29/151, Philips/VCR, PB L 47 van 18.2.1978, blz. 42, punt 23: „(Overwegende) dat aangezien het hierbij normen voor de productie van apparaten en cassetten van het VCR-systeem betreft, daaruit de verplichting voor de betrokken ondernemingen voortvloeit, alleen cassetten en apparaten volgens dit systeem, waarvoor door Philips licenties zijn verleend, te produceren en te verkopen; dat deze ondernemingen daardoor werden verhinderd, gedurende de looptijd van hun verplichting tot de productie of de verkoop van andere videocassetensystemen ... dat hierin een concurrentiebeperking in de zin van artikel 85, lid 1, sub b), was gelegen”.

<sup>(4)</sup> Zie de beschikking van de Commissie in zaak IV/29/151, Philips/VCR, punt 23.

295. Indien **deelname aan het standaardiseringsproces** in die zin open is dat hierdoor alle concurrenten (en/of belanghebbenden) op de markt waarvoor de norm gevolgen heeft kunnen deelnemen aan het kiezen en het uitwerken van de norm, worden de risico's op waarschijnlijke mededingingsbeperkende gevolgen geringer doordat bepaalde ondernemingen niet worden uitgesloten van de mogelijkheid de keuze en het uitwerken van de norm <sup>(1)</sup>. Hoe groter het te verwachten effect van de norm en hoe ruimer de potentiële toepassingsgebieden ervan, des te belangrijker het is gelijke toegang tot het normalisatieproces mogelijk te maken. Indien uit de feiten blijkt dat er concurrentie tussen verscheidene van dergelijke normen en normalisatie-instanties is (en het is niet noodzakelijk dat de gehele sector dezelfde normen toepast) kan het echter zijn dat er geen mededingingsbeperkende gevolgen zijn. Ook indien het niet mogelijk was de norm vast te stellen zonder het aantal deelnemers te beperken, zou de overeenkomst wellicht geen merkbaar mededingingsbeperkend gevolg in de zin van artikel 101, lid 1 <sup>(2)</sup> tot gevolg hebben. In bepaalde omstandigheden kunnen de potentiële negatieve effecten van de beperkte deelname worden weggenomen of op zijn minst vermindert door ervoor te zorgen dat de belanghebbenden over de lopende werkzaamheden **geïnformeerd en geraadpleegd worden** <sup>(3)</sup>. Hoe transparanter de procedure is voor de vaststelling van de norm, des te waarschijnlijker het is dat de goedgekeurde norm rekening houdt met de belangen van alle belanghebbenden.
296. Om na te gaan wat de effecten van een standaardiseringsovereenkomst zullen zijn, moet rekening worden gehouden met **de marktaandelen van de goederen of diensten die op de norm zijn gebaseerd**. Het is wellicht niet altijd mogelijk om in een vroeg stadium met enige zekerheid te beoordelen of een groot deel van de sector de norm in de praktijk zal toepassen dan wel of het alleen een norm zal zijn die door een marginaal deel van de sector wordt gebruikt. In veel gevallen zouden de relevante marktaandelen van de ondernemingen die aan de ontwikkeling van de norm hebben deelgenomen, kunnen worden gebruikt als een hulpmiddel voor de raming van het waarschijnlijke marktaandeel van de norm (gelet op het feit dat in de meeste gevallen de ondernemingen die aan de vaststelling van de norm deelnemen belang hebben bij de toepassing daarvan) <sup>(4)</sup>. Aangezien echter de doeltreffendheid van standaardiseringsovereenkomsten vaak evenredig is met het procentuele deel van de bedrijfstak dat betrokken is bij het vaststellen en/of toepassen van de norm, zal het feit dat de partijen op de markt of markten waarvoor de norm geldt grote marktaandelen hebben, niet noodzakelijk leiden tot de conclusie dat de norm waarschijnlijk mededingingsbeperkende effecten zal hebben.
297. Iedere standaardiseringsovereenkomst die duidelijk een van de deelnemende of potentiële leden **discrimineert** kan mededingingsbeperking in de hand werken. Indien, bijvoorbeeld, een normalisatieinstantie expliciet ondernemingen uitsluit die alleen upstream-activiteiten hebben (dat wil zeggen ondernemingen die niet op de downstream-productiemarkt actief zijn), kan dit tot een uitsluiting van potentieel betere technologieën leiden.
298. Wat standaardiseringsovereenkomsten betreft die **andere soorten modellen voor bekendmaking van IE-rechten** dan de in punt 286 genoemde modellen gebruiken, zal per geval moeten worden nagegaan of het bekendmakingsmodel in kwestie (bijvoorbeeld een model dat bekendmaking van IE-rechten niet verplicht stelt maar alleen stimuleert) de daadwerkelijke toegang tot de norm garandeert. Met andere woorden: er moet worden nagegaan of in een specifieke context het bekendmakingsmodel niet in de praktijk een weloverwogen keuze tussen technologieën en de daarbij behorende IE-rechten verhindert.
299. Tot slot zullen standaardiseringsovereenkomsten die voorzien in **de bekendmaking vooraf van de meest restrictieve licentievoorwaarden** in beginsel niet de mededinging beperken in de zin van artikel 101, lid 1. In dit verband is het belangrijk dat de bij de keuze van een norm betrokken partijen volledig geïnformeerd zijn, niet alleen over de beschikbare technische mogelijkheden en de daarbij behorende IE-rechten maar ook over de vermoedelijke kosten van die IE-rechten. Indien er in de

<sup>(1)</sup> In Beschikking van de Commissie in zaak IV/31.458, *X/Open Group*, PB L 35 van 6.2.1987, blz. 36, was de Commissie van oordeel dat zelfs indien de normen die zijn vastgesteld openbaar zouden worden gemaakt, het beleid gericht op het beperkte lidmaatschap van de groep ertoe leidde dat werd verhinderd dat niet-leden invloed uitoefenen op de resultaten van het werk van de Group en in het bezit komen van de know-how en technische kennis betreffende de normen die de leden waarschijnlijk wel zullen verkrijgen. Bovendien konden niet-leden, in tegenstelling met leden, niet de norm toepassen voordat deze was vastgesteld (zie punt 32). Onder deze omstandigheden werd de overeenkomst daarom beschouwd als een beperking uit hoofde van artikel 101, lid 1.

<sup>(2)</sup> Of, indien de vaststelling van de norm door een inefficiënte werkwijze ernstig vertraagd was, zou elke aanvankelijke beperking gecompenseerd kunnen worden door efficiëntieverbeteringen die aan artikel 101, lid 3, moeten worden getoetst.

<sup>(3)</sup> Zie de beschikking van de Commissie van 14 oktober 2009 in zaak 39416, *Ship Classification*. De beschikking is te vinden op: [http://ec.europa.eu/competition/antitrust/cases/index/by\\_nr\\_78.html#i39\\_416](http://ec.europa.eu/competition/antitrust/cases/index/by_nr_78.html#i39_416).

<sup>(4)</sup> Zie punt 261.

voorschriften van een normalisatie-instantie inzake IE-rechten dan ook voor zou worden gekozen IE-rechthebbenden ertoe te verplichten vóór de vaststelling van de norm individueel hun meest restrictieve licentievoorwaarden bekend te maken, onder meer de maximumtarieven van de royalty's die zij berekenen, zou dit normaal gesproken niet leiden tot een beperking van de mededinging in de zin van artikel 101, lid 1 <sup>(1)</sup>. Een dergelijke eenzijdige bekendmaking vooraf van meest restrictieve licentievoorwaarden zou een manier kunnen zijn om de normalisatie-instantie in staat te stellen een geïnformeerde beslissing te nemen op basis van de voor- en nadelen van verschillende alternatieve technologieën, niet alleen uit een technisch, maar ook uit een financieel oogpunt.

### **Standaardvoorwaarden**

300. De opstelling en het gebruik van standaardvoorwaarden moet worden bekeken in de juiste economische context en tegen de achtergrond van de situatie op de relevante markt om uit te maken of de kans groot is dat de betrokken standaardvoorwaarden mededingingsbeperkende gevolgen zullen hebben.
301. Zolang de deelname aan het eigenlijke opstellen van de standaardvoorwaarden voor de concurrenten op de relevante markt (via de brancheorganisatie dan wel rechtstreeks) **niet beperkt** is, en voor zover de opgestelde standaardvoorwaarden **niet-bindend** en **daadwerkelijk** voor iedereen **toegankelijk** zijn, is het niet waarschijnlijk dat dergelijke overeenkomsten mededingingsbeperkende gevolgen zullen hebben (behoudens het in de punten 303, 304, 305 en 307 gemaakte voorbehoud).
302. Daadwerkelijk toegankelijke en niet-bindende standaardvoorwaarden voor de verkoop van consumptiegoederen of diensten (aangenomen dat zij geen effect hebben op de prijs) hebben derhalve in de regel geen enkel mededingingsbeperkend gevolg, daar zij waarschijnlijk geen negatief effect zullen hebben op de productkwaliteit, productdiversiteit of innovatie. Er zijn echter twee algemene uitzonderingen waarbij een grondiger onderzoek noodzakelijk is.
303. In de eerste plaats zouden standaardvoorwaarden voor de verkoop van consumptiegoederen of diensten waarbij in de standaardvoorwaarden een omschrijving van het aan de klant verkochte product wordt gegeven en waarbij derhalve het gevaar dat de productkeuze wordt beperkt groter is, aanleiding kunnen geven tot mededingingsbeperkende gevolgen in de zin van artikel 101, lid 1, wanneer de gezamenlijke toepassing ervan tot een feitelijke afstemming kan leiden. Dit zou het geval kunnen zijn wanneer het algemeen verspreide gebruik van standaardvoorwaarden in de praktijk leidt tot een vermindering van innovatie en van het productaanbod. Dit kan zich bijvoorbeeld voordoen wanneer standaardvoorwaarden in verzekeringspolissen de keuze van de klant met betrekking tot essentiële elementen van het contract, zoals de gedekte standaardrisico's, beperken. Zelfs als het gebruik van de standaardvoorwaarden niet verplicht is, kunnen deze de prikkels voor concurrenten om te concurreren op het stuk van productdiversificatie wegnemen.
304. Wanneer moet worden nagegaan of er een risico bestaat dat de standaardvoorwaarden waarschijnlijk beperkende effecten zullen hebben door beperking van de productkeuze, moeten factoren zoals de bestaande mededinging op de markt in aanmerking worden genomen. Indien er bijvoorbeeld een groot aantal kleinere concurrenten is, zal het risico van een beperking van de productkeuze kleiner lijken dan wanneer er slechts enkele grotere concurrenten zijn <sup>(2)</sup>. De marktaandelen van de ondernemingen die deelnemen aan het vaststellen van de standaardvoorwaarden zouden een zekere indicatie kunnen vormen van de waarschijnlijkheid dat de standaardvoorwaarden door een groot deel van de markt worden aanvaard of gebruikt. In dit opzicht is het echter niet alleen relevant om te onderzoeken of het waarschijnlijk is dat de opgestelde standaardvoorwaarden door een groot deel van de markt worden gebruikt, maar ook of zij alleen een deel van het product of het gehele product omvatten (hoe minder uitgebreid de standaardvoorwaarden zijn, des te minder waarschijnlijk het is dat zij, over het algemeen, tot een beperking van de productkeuze leiden). In gevallen waarin het zonder de vaststelling van standaardvoorwaarden niet mogelijk zou zijn geweest een bepaald product aan te bieden, zou een mededingingsbeperkend gevolg in de zin van artikel 101, lid 1, overigens niet waarschijnlijk zijn. In dit scenario zal de productkeuze eerder toenemen dan afnemen door de vaststelling van de standaardvoorwaarden.

<sup>(1)</sup> Een eenzijdige bekendmaking vooraf van de meeste restrictieve licentievoorwaarden mag niet dienen als verkapt manier om gezamenlijk de prijzen van de downstream-producten dan wel van vervangende IE-rechten of -technologieën vast te stellen, zulks heeft een mededingingsbeperkende strekking, zoals is punt 274 is uiteengezet.

<sup>(2)</sup> Indien eerdere ervaring met standaardvoorwaarden op de relevante markt aantoonde dat deze geen vermindering van de concurrentie inzake productdifferentiatie in de hand hebben gewerkt, kan dit er ook op duiden dat hetzelfde soort standaardvoorwaarden die voor een naburig product zijn uitgewerkt evenmin een beperkend effect op de mededinging zal hebben.

305. In de tweede plaats, kunnen standaardvoorwaarden, zelfs als deze geen echte omschrijving geven van wat het eindproduct precies moet zijn, om andere redenen toch een beslissend onderdeel vormen van de transactie met de klant. Een voorbeeld is online winkelen, waarbij het vertrouwen van de klant van wezenlijk belang is (bijvoorbeeld bij het gebruik van veilige betaalsystemen, een correcte beschrijving van de producten, duidelijke en transparante regels voor het bepalen van de prijs, soepelheid van de „niet goed, geld terug“-regeling enz.). Aangezien het voor klanten moeilijk is al die elementen te beoordelen, hebben zij meestal een voorkeur voor algemeen verspreide praktijken, en standaardvoorwaarden betreffende deze elementen zouden dan ook een feitelijke norm kunnen worden waaraan ondernemingen zouden moeten voldoen om op de markt te verkopen. Zelfs als de standaardvoorwaarden niet bindend zijn, zouden zij een feitelijke norm worden waarvan de effecten zeer nauw aanleunen bij die van een bindende norm en ook als zodanig moeten worden beoordeeld.
306. Indien het gebruik van standaardvoorwaarden bindend is, moet worden nagegaan wat de impact ervan is op productkwaliteit, productdiversiteit en innovatie (met name wanneer de standaardvoorwaarden bindend zijn voor de gehele markt).
307. Indien de (al dan niet bindende) standaardvoorwaarden bepalingen zouden bevatten die waarschijnlijk een negatief effect hebben op de mededinging op het gebied van prijzen (bijvoorbeeld voorwaarden die het soort kortingen bepalen dat moet worden toegepast), zouden er waarschijnlijk ook mededingingsbeperkende gevolgen zijn in de zin van artikel 101, lid 1.

#### 7.4. Beoordeling op grond van artikel 101, lid 3

##### 7.4.1. Efficiëntieverbeteringen

##### **Standaardiseringsovereenkomsten**

308. Standaardiseringsovereenkomsten leiden dikwijls tot aanzienlijke efficiëntieverbeteringen. Normen die voor de gehele Unie gelden, kunnen bijvoorbeeld de marktintegratie bevorderen en het ondernemen mogelijk maken hun producten en diensten in alle lidstaten op de markt te brengen, hetgeen een ruimere keuze voor de consument en lagere prijzen ten gevolge heeft. Normen die technische interoperabiliteit en compatibiliteit bewerkstelligen, moedigen vaak concurrentie op grond van prestaties aan tussen technologieën van verschillende ondernemingen en helpen afhankelijkheid van één bepaalde leverancier te vermijden. Voorts kunnen normen de transactiekosten tussen kopers en verkopers verminderen. Ook kunnen bijvoorbeeld normen inzake kwaliteit, veiligheid en milieuaspecten van een product de keuze voor de consument vergemakkelijken en leiden tot een hogere productkwaliteit. Normen kunnen ook een belangrijke rol spelen bij innovatie. Zij kunnen de tijd verkorten die nodig is om een nieuwe technologie op de markt te brengen en innovatie bevorderen door ondernemingen in de gelegenheid te stellen voort te bouwen op overeengekomen oplossingen.
309. Om die efficiëntieverbeteringen in het geval van standaardiseringsovereenkomsten te realiseren, moet de informatie die vereist is om de norm toe te passen daadwerkelijk beschikbaar zijn voor eenieder die de markt wil betreden<sup>(1)</sup>.
310. De verspreiding van een norm kan worden vergroot door middel van merken of logo's die de inachtneming ervan bevestigen en aldus de klanten zekerheid bieden. Overeenkomsten betreffende proefneming en certificering gaan verder dan het primaire doel van standaardisering en zouden normaal gesproken een afzonderlijke overeenkomst en een afzonderlijke markt vormen.
311. De gevolgen voor innovatie moeten van geval tot geval worden onderzocht. Niettemin worden bijvoorbeeld normen die op horizontaal niveau compatibiliteit tussen verschillende technologieplatformen bewerkstelligen, geacht efficiëntieverbeteringen teweeg te brengen.

##### **Standaardvoorwaarden**

312. Het gebruik van standaardvoorwaarden kan economische voordelen meebrengen, bijvoorbeeld doordat het voor de klanten gemakkelijker wordt de geboden condities te vergelijken en dus naar een andere leverancier over te stappen. Standaardvoorwaarden kunnen ook leiden tot efficiëntieverbeteringen in de vorm van besparingen op de transactiekosten en in sommige sectoren (met name wanneer de contracten juridisch complex zijn) de toegang tot de markt vergemakkelijken. Daarnaast kunnen zij de rechtszekerheid voor de contractpartijen vergroten.
313. Hoe groter het aantal concurrenten op de markt is, des te groter de efficiëntieverbetering zal zijn, doordat de aangeboden voorwaarden gemakkelijker kunnen worden vergeleken.

<sup>(1)</sup> Zie de beschikking van de Commissie in zaak IV/31.458, X/Open Group, punt 42. „De Commissie is van mening dat de bereidheid van de Group om de resultaten van de samenwerking zo snel mogelijk beschikbaar te stellen, een essentieel element is in de beslissing om een ontheffing te verlenen”.



#### 7.4.2. Onmisbaarheid

314. Beperkingen die verder gaan dan nodig is om de efficiëntieverbeteringen te behalen die uit een standaardiseringsovereenkomst of uit standaardvoorwaarden kunnen voortvloeien, voldoen niet aan de criteria van artikel 101, lid 3.

#### **Standaardiseringsovereenkomsten**

315. Bij de beoordeling van elke standaardiseringsovereenkomst moet rekening worden gehouden met de vermoedelijke gevolgen ervan voor de betrokken markt of markten aan de ene kant, en met de reeks van beperkingen die mogelijk verder gaan dan het doel om efficiëntieverbeteringen te bereiken, aan de andere kant <sup>(1)</sup>.
316. Deelname aan de normalisatie moet in de regel voor alle concurrenten op de betrokken markt of markten openstaan, tenzij de partijen kunnen aantonen dat zulks tot een aanzienlijk efficiëntieverlies zou leiden of tenzij er erkende procedures voor collectieve belangenverdediging voorhanden zijn <sup>(2)</sup>.
317. In de regel behoren standaardiseringsovereenkomsten niet meer te regelen dan noodzakelijk is om het doel ervan te bereiken ongeacht of dit technische interoperabiliteit en compatibiliteit dan wel het garanderen van een bepaald kwaliteitsniveau is. In gevallen waarin het gebruik van slechts één technologische oplossing de consumenten of de economie in haar geheel ten goede komt, moet deze norm op niet-discriminerende grondslag worden vastgesteld. Technologieneutrale normen kunnen in bepaalde omstandigheden tot grotere efficiëntieverbeteringen leiden. Vervangende IE-rechten <sup>(3)</sup> opnemen als essentieel onderdeel van de norm en de gebruikers van de norm terzelfder tijd verplichten voor meer IE-rechten te betalen dan technisch noodzakelijk is, zou verder gaan dan wat noodzakelijk is om efficiëntieverbeteringen te bereiken. Evenzo zou opnemng van vervangende IE-rechten als essentieel onderdeel van een norm en beperking van het gebruik van die technologie tot die bepaalde norm (met andere woorden, het exclusieve gebruik ervan) de concurrentie tussen technologieën mogelijk beperken en niet noodzakelijk zijn om de beoogde efficiëntieverbeteringen te bereiken.
318. Beperkingen in standaardiseringsovereenkomsten die een norm bindend maken en in de bedrijfstak verplicht stellen, zijn in principe niet onmisbaar.
319. In diezelfde zin gaan standaardiseringsovereenkomsten die aan bepaalde organen het exclusieve recht verlenen om na te gaan of aan de norm is voldaan, verder dan het primaire doel van standaardisering en kunnen zij eveneens de mededinging beperken. De exclusiviteit kan echter gedurende een bepaalde periode gerechtvaardigd zijn, bijvoorbeeld door de noodzaak aanzienlijke aanloopkosten terug te verdienen <sup>(4)</sup>. De standaardiseringsovereenkomst moet in dit geval voldoende garanties bevatten om mogelijke uit de exclusiviteit voortvloeiende risico's voor de concurrentie te beperken. Dit heeft onder andere betrekking op het certificeringstarief, dat redelijk moet zijn en in verhouding moet staan tot de kosten van het testen van de naleving.

<sup>(1)</sup> In zaak IV/29/151, Philips/VCR, leidde de inachtneming van de VCR-normen tot uitsluiting van andere, mogelijk betere systemen. Deze uitsluiting was gezien het feit dat Philips op de markt boven zijn concurrenten uitsteekt, bijzonder ernstig. „Overwegende dat daardoor tevens aan de deelnemende ondernemingen beperkingen werden opgelegd, die niet onmisbaar waren om bovengenoemde verbeteringen te bereiken; dat de bruikbaarheid van de videocassetten van het VCR-systeem voor de van andere producenten afkomstige apparaten ook verzekerd zou zijn geweest, wanneer deze zich alleen hadden behoeven te verplichten, bij de vervaardiging volgens het VCR-systeem de VCR-normen in acht te nemen” (punt 31).

<sup>(2)</sup> Zie de beschikking van de Commissie in zaak IV/31.458, X/Open Group, punt 45: „De oogmerken van de Group zouden niet kunnen worden verwezenlijkt indien iedere vennootschap die trouw beloofde aan de doelstellingen van de Group het recht zou hebben lid te worden. Dit zou praktische en logistieke moeilijkheden voor het organiseren van het werk in het leven roepen en wellicht verhinderen dat de juiste voorstellen zouden worden gedaan.” Zie ook de beschikking van de Commissie van 14 oktober 2009 in zaak 39416, Ship Classification, punt 36: „in de toezeggingen is een goed evenwicht gevonden tussen enerzijds het behoud van hoogstaande criteria voor lidmaatschap van IACS, en anderzijds het wegnemen van onnodige belemmeringen om lid van IACS te worden. De nieuwe criteria zullen ervoor zorgen dat alleen de technisch competente classificatiebureaus lid van IACS kunnen worden, zodat de efficiëntie en kwaliteit van de IACS-werkzaamheden niet onnodig in gevaar komt door te inschikkelijke vereisten voor deelname aan IACS. Terzelfder tijd zullen de nieuwe criteria niet verhinderen dat classificatiebureaus die technisch competent zijn, lid worden van IACS indien zij dat willen”.

<sup>(3)</sup> Technologie die door gebruikers/licentiehouders wordt beschouwd als onderling verwisselbaar met een andere technologie op grond van de kenmerken van beide technologieën en het beoogde gebruik.

<sup>(4)</sup> Zie in dit verband de beschikking van de Commissie in de zaken IV/34.179, 34202, 216, Nederlandse kranen (SCK en FNK), PB L 312 van 23.12.1995, blz. 79, punt 23: „Het verbod om voor onderaanneming een beroep te doen op niet door de SCK gecertificeerde ondernemingen beperkt de vrijheid van handelen van gecertificeerde ondernemingen. Of het verbod als een verhindering, beperking of vervalsing van de mededinging in de zin van artikel 85, lid 1, kan worden aangemerkt, dient te worden beoordeeld in de juridische en economische context. Indien een dergelijk verbod verbonden zou zijn aan een certificatiesysteem dat volledig open, onafhankelijk en transparant is en dat in de aanvaarding van door andere systemen geboden gelijkwaardige waarborgen voorziet, zou kunnen worden verdedigd dat het verbod geen beperkende uitwerking op de concurrentie teweeg brengt, maar louter op het volledig garanderen van de kwaliteit van de gecertificeerde goederen of diensten gericht is.”

### **Standaardvoorwaarden**

320. Er is in de regel geen goede reden om standaardvoorwaarden bindend te verklaren en het gebruik ervan verplicht te stellen in de bedrijfstak of voor de leden van de brancheorganisatie die de voorwaarden heeft vastgesteld. Het is echter niet uitgesloten dat bindende standaardvoorwaarden in een specifiek geval onmisbaar kunnen zijn om de daaraan verbonden efficiëntieverbeteringen te bereiken.

#### *7.4.3. Doorgifte aan consumenten*

### **Standaardiseringsovereenkomsten**

321. De door onmisbare beperkingen bereikte efficiëntieverbeteringen moeten in voldoende mate aan de gebruikers worden doorgegeven om de mededingingsbeperkende gevolgen van de standaardiseringsovereenkomst of de standaardvoorwaarden te compenseren. Een relevant aspect van het onderzoek of de voordelen voldoende worden doorgegeven aan de gebruikers, is de vraag welke procedures bestaan om te garanderen dat de belangen van de gebruikers van normen en de eindgebruikers worden beschermd. Wanneer normen de technische interoperabiliteit en compatibiliteit of de concurrentie tussen nieuwe en reeds bestaande producten, diensten en procedés vergemakkelijken, mag worden aangenomen dat de norm de gebruikers ten goede zal komen.

### **Standaardvoorwaarden**

322. Zowel het risico op mededingingsbeperkende gevolgen als de waarschijnlijkheid van efficiëntieverbeteringen nemen toe naarmate de marktaandelen van de ondernemingen groter zijn en het gebruik van de standaardvoorwaarden toeneemt. Daarom is het niet mogelijk een algemene „veilige zone” aan te wijzen waarbinnen er geen risico op mededingingsbeperkende gevolgen bestaat of waarbinnen er een vermoeden zou gelden dat efficiëntieverbeteringen in voldoende mate aan de gebruikers worden doorgegeven om de mededingingsbeperkende gevolgen te compenseren.
323. Niettemin komen sommige efficiëntieverbeteringen die uit standaardvoorwaarden voortvloeien, zoals een grotere vergelijkbaarheid van het aanbod op de markt, het gemakkelijker overstappen naar een andere leverancier en rechtszekerheid over de in de standaardvoorwaarden neergelegde bepalingen, de gebruikers steeds ten goede. Ten aanzien van andere mogelijke efficiëntieverbeteringen, zoals lagere transactiekosten, moet per geval en in de relevante economische context worden beoordeeld of het waarschijnlijk is dat deze aan de gebruikers zullen worden doorgegeven.

#### *7.4.4. Geen uitschakeling van de mededinging*

324. Of een standaardiseringsovereenkomst de partijen de mogelijkheid biedt de mededinging uit te schakelen, hangt ervan af welke bronnen van mededinging er zijn op de markt, hoe groot de concurrentiedruk is die zij uitoefenen op de partijen en wat de invloed van de overeenkomst is op die concurrentiedruk. Marktaandelen zijn weliswaar relevant voor deze analyse, maar de omvang van de resterende bronnen van werkelijke mededinging kan niet uitsluitend aan de hand van marktaandelen worden beoordeeld, behalve wanneer een norm een feitelijke industriernorm is geworden<sup>(1)</sup>. In het laatste geval is het mogelijk dat de mededinging wordt uitgeschakeld indien derden daadwerkelijke toegang tot deze norm wordt ontzegd. Standaardvoorwaarden die door een meerderheid in de bedrijfstak worden gehanteerd, kunnen tot een feitelijke industriernorm leiden en roepen derhalve dezelfde mededingingsbezwaren op. Niettemin is het, indien de norm of de standaardvoorwaarden slechts op een beperkt deel van het product of de dienst betrekking hebben, niet waarschijnlijk dat de concurrentie wordt uitgeschakeld.

### **7.5. Voorbeelden**

325. Vaststellen van normen waaraan concurrenten niet kunnen voldoen

#### Voorbeeld 1

**Situatie:** Door een normalisatie instantie worden veiligheidsnormen vastgesteld en bekendgemaakt die in de betrokken bedrijfstak op grote schaal worden gehanteerd. De meeste concurrenten in de bedrijfstak nemen deel aan de vaststelling van de norm. Vóór de goedkeuring van de norm heeft een nieuwkomer een product ontwikkeld dat technisch gelijkwaardig is qua prestaties en functionele eisen, hetgeen wordt erkend door het technisch comité van de normalisatie instantie. De technische specificaties van de veiligheidsnorm zijn echter, zonder objectieve rechtvaardiging, zodanig geformuleerd dat dit product of andere nieuwe producten niet aan de norm kunnen voldoen.

<sup>(1)</sup> Feitelijke standaardisering (of feitelijke norm) verwijst naar een situatie waarin een (wettelijk niet bindende) norm in de praktijk door de meeste marktspelers wordt toegepast.

**Analyse:** Deze standaardiseringsovereenkomst zal waarschijnlijk mededingingsbeperkende gevolgen hebben in de zin van artikel 101, lid 1, en niet voldoen aan de criteria van artikel 101, lid 3. De leden van de normalisatie-instantie hebben zonder objectieve verantwoording de norm op zodanige wijze vastgesteld dat producten van hun concurrenten die gebaseerd zijn op andere technische oplossingen er niet aan kunnen voldoen, ook al leveren zij gelijkwaardige prestaties. Bijgevolg zal deze overeenkomst, die niet op niet-discriminerende grondslag is vastgesteld, leiden tot vermindering of voorkoming van innovatie en productdiversiteit. Het is onwaarschijnlijk dat de wijze waarop de norm is opgesteld tot grotere efficiëntieverbeteringen zal leiden dan een neutrale redactie.

326. Niet-bindende en transparante norm die voor een groot deel van de markt geldt

Voorbeeld 2

**Situatie:** Een aantal fabrikanten van consumentenelektronica met aanzienlijke marktaandeelen komen overeen een nieuwe norm te ontwikkelen voor een product dat de opvolger van de dvd moet worden.

**Analyse:** Voor zover a) de fabrikanten de vrijheid behouden om andere nieuwe producten te vervaardigen die niet aan de nieuwe norm voldoen, b) de deelname aan het vaststellen van de norm niet beperkt is en transparant verloopt, en c) de standaardiseringsovereenkomst niet anderszins de mededinging beperkt, is het niet waarschijnlijk dat inbreuk wordt gepleegd op artikel 101, lid 1. Indien de partijen zouden overeenkomen uitsluitend producten te fabriceren die aan de nieuwe norm voldoen, zou de overeenkomst de technische ontwikkeling afremmen, innovatie tegenhouden en de partijen verhinderen andere producten te verkopen, en daarmee mededingingsbeperkende gevolgen hebben in de zin van artikel 101, lid 1.

327. Standaardiseringsovereenkomst zonder bekendmaking van de IE-rechten

Voorbeeld 3

**Situatie:** Een particuliere normalisatie-instantie die actief is in de ICT-sector (informatie- en communicatietechnologie) heeft een regeling inzake IE-rechten die niet voorschrijft of stimuleert dat IE-rechten die voor de toekomstige norm essentieel zouden kunnen zijn, worden bekendgemaakt. De normalisatie-instantie heeft bewust besloten een dergelijke verplichting niet in de regeling op te nemen, met name omdat in het algemeen alle technologieën die voor de toekomstige norm potentieel relevant zouden kunnen zijn, door talrijke IE-rechten worden beschermd. De normalisatie-instantie was daarom van mening dat verplichte bekendmaking van IE-rechten enerzijds niet het voordeel met zich zou brengen dat de deelnemers een oplossing zonder IE-rechten of met weinig IE-rechten zouden kunnen kiezen, en anderzijds extra kosten met zich zou brengen om te onderzoeken of de IE-rechten voor de toekomstige norm mogelijk van essentieel belang zouden zijn. De regeling inzake IE-rechten van de normalisatie-instantie verlangt echter dat alle deelnemers zich ertoe verbinden voor alle IE-rechten die relevant zijn voor de toekomstige norm een licentie te verlenen onder FRAND-voorwaarden. De regeling inzake IE-rechten maakt uitzonderingen mogelijk ingeval de IE-rechthebbende bepaalde IE-rechten buiten deze verbintenis tot algemene licentieverlening wenst te houden. In deze specifieke sector zijn er verscheidene concurrerende particuliere normalisatie-instanties. Deelname in de normalisatie-instantie staat open voor eenieder die in de sector actief is.

**Analyse:** In veel gevallen zou een verplichting tot bekendmaking van IE-rechten gunstig zijn voor de concurrentie omdat deze bij voorbaat de concurrentie tussen technologieën vergroot. Doorgaans stelt deze verplichting de leden van een normalisatie-instantie in de gelegenheid rekening te houden met de hoeveelheid IE-rechten die relevant zijn voor een bepaalde technologie wanneer zij tussen concurrerende technologieën moeten kiezen (of zelfs, indien mogelijk, een technologie te kiezen waarop geen IE-rechten rusten). De hoeveelheid IE-rechten die op een technologie van toepassing zijn zal dikwijls een rechtstreekse impact hebben op de kosten van toegang tot de norm. In deze specifieke context, echter, lijkt het dat alle beschikbare technologieën door IE-rechten, en zelfs door talrijke IE-rechten, worden beschermd. Daarom zal bekendmaking van IE-rechten niet het positieve effect hebben dat de leden in de gelegenheid worden gesteld bij het kiezen van technologie rekening te houden met de hoeveelheid IE-rechten omdat, ongeacht welke technologie wordt gekozen, verondersteld moet worden dat er op die technologie IE-rechten van toepassing zijn. Het is onwaarschijnlijk dat de bekendmaking van IE-rechten ertoe zou bijdragen dat daadwerkelijke toegang tot de norm wordt gewaarborgd, wat in deze situatie voldoende wordt gewaarborgd door de

algemene verbintenis alle IE-rechten die relevant zijn voor de toekomstige norm onder FRAND-voorwaarden in licentie te geven. Daarentegen kan de verplichting tot bekendmaking van IE-rechten in deze context voor de deelnemers extra kosten met zich brengen. In deze omstandigheden kan de niet-bekendmaking van IE-rechten er ook toe leiden dat de norm sneller wordt vastgesteld, wat belangrijk kan zijn wanneer er verscheidene concurrerende normalisatie-instanties bestaan. Het is dan ook niet waarschijnlijk dat de overeenkomst negatieve gevolgen voor de mededinging zal hebben.

### 328. Normen in de verzekeringssector

#### Voorbeeld 4

**Situatie:** Een groep verzekeringsondernemingen stelt in onderling overleg niet-bindende normen vast voor de installatie van bepaalde veiligheidsvoorzieningen (d.w.z. onderdelen en uitrusting die ontworpen zijn om schade te voorkomen en te verminderen, en systemen die uit deze onderdelen zijn opgebouwd). De door de verzekeringsondernemingen vastgestelde niet-bindende normen a) zijn overeengekomen om te voorzien in een specifieke behoefte en om de verzekeraars te helpen hun risico te beheren en aan het risico aangepaste premies aan te bieden; b) zijn besproken met de installateurs (of hun vertegenwoordigers) en met hun mening is rekening gehouden vóór de definitieve vaststelling van de norm; c) zijn bekendgemaakt door de betrokken brancheorganisatie van de verzekeringssector via een speciale pagina op zijn website, zodat elke installateur of andere belanghebbende deze vlot kan terugvinden.

**Analyse:** De procedure voor het vaststellen van deze normen is transparant en staat open voor deelname van belanghebbenden. Daarenboven is het resultaat voor eenieder die dat wil vlot toegankelijk op redelijke en niet-discriminerende voorwaarden. Voor zover de norm geen negatieve effecten heeft op de downstream-markt (bijvoorbeeld door bepaalde installateurs uit te sluiten door middel van zeer specifieke en ongerechtvaardigde eisen voor installaties, waaraan sommige installateurs niet kunnen voldoen), is het niet erg waarschijnlijk dat de norm mededingingsbeperkende gevolgen zal hebben. Zelfs indien de normen toch mededingingsbeperkende gevolgen zouden hebben, lijkt aan de voorwaarden van artikel 101, lid 3 te zijn voldaan. De normen zouden de verzekeraars helpen om beter in te schatten in hoeverre de betrokken installaties het risico verminderen en schadegevallen voorkomen, zodat zij hun risico kunnen beheren en aan het risico aangepaste premies kunnen aanbieden. Zij zouden, behoudens het voorbehoud met betrekking tot de downstream-markt, ook een voordeel opleveren voor installateurs, doordat dezen voor alle verzekeringsmaatschappijen nog slechts een één stel normen zouden moeten voldoen in plaats van aan elke verzekeringsmaatschappij afzonderlijk bewijzen te moeten leveren. De normen zouden het voor gebruikers ook gemakkelijker moeten maken van verzekeraar te veranderen. Bovendien zouden de normen nuttig kunnen zijn voor kleinere verzekeraars die wellicht niet de capaciteit hebben om zelf installateurs te beoordelen. Wat de overige voorwaarden van artikel 101, lid 3, betreft, gaan de niet-bindende normen zo te zien niet verder dan wat nodig is om de beoogde efficiëntieverbeteringen te bereiken; die voordelen zouden aan de gebruikers worden doorgegeven (sommige voordelen voor de gebruikers vloeien zelfs rechtstreeks uit de normen voort); en de beperkingen zouden niet leiden tot een uitschakeling van de mededinging.

### 329. Milieunormen

#### Voorbeeld 5

**Situatie:** Aangemoedigd door een overheidsinstantie komen bijna alle producenten van wasmachines overeen niet langer producten te vervaardigen die niet voldoen aan bepaalde milieunormen (bijvoorbeeld inzake energie-efficiëntie). De partijen hebben een gezamenlijk marktaandeel van 90 %. De producten die aldus geleidelijk van de markt verdwijnen, maken een groot percentage van de totale omzet uit. Zij zullen worden vervangen door energievriendelijkere, maar ook duurdere producten. Voorts leidt de overeenkomst indirect tot een verlaging van de productie van derden (bijvoorbeeld elektriciteitsbedrijven, leveranciers van componenten die in de betrokken producten zijn verwerkt). Zonder de overeenkomst zouden de partijen hun activiteiten op het gebied van de productie en het op de markt brengen van hun producten niet naar meer milieuvriendelijke producten hebben verlegd.

**Analyse:** De overeenkomst verleent de partijen controle over elkaars productie, betreft een aanzienlijk deel van hun omzet en totale productie en leidt tot een verlaging van de productie van derden. Het productaanbod, dat gedeeltelijk gericht is op de milieukeurmerken van het product, wordt beperkt en de prijzen zullen waarschijnlijk stijgen. De overeenkomst zal daarom

waarschijnlijk mededingingsbeperkende gevolgen hebben in de zin van artikel 101, lid 1. De betrokkenheid van een overheidsinstantie is voor deze beoordeling irrelevant. Nieuwere, milieuvriendelijkere producten zijn echter technisch geavanceerder en leveren kwalitatieve efficiëntieverbeteringen op in de vorm van meer wasprogramma's die door de consument kunnen worden gebruikt. Voorts kunnen de kopers van wasmachines kosten besparen dankzij lagere gebruikskosten wegens een kleiner verbruik van water, elektriciteit en zeep. Deze besparingen worden gerealiseerd op andere markten dan de relevante markt van de overeenkomst. Niettemin mogen deze efficiëntieverbeteringen in aanmerking worden genomen, aangezien de markten waarop de mededingingsbeperkende gevolgen en de efficiëntieverbeteringen zich voordoen verwant zijn, en de groep consumenten die de beperking en de efficiëntieverbeteringen ondervinden in wezen dezelfde is. De efficiëntieverbeteringen compenseren de mededingingsbeperkende kostenverhoging. Andere alternatieven voor de overeenkomst lijken minder zeker en minder kosteneffectief te zijn voor het bereiken van dezelfde netto-voordelen. De partijen kunnen kiezen uit verschillende economisch haalbare technische oplossingen om wasmachines te vervaardigen die aan de overeengekomen milieukennissen voldoen, en er zal concurrentie blijven met betrekking tot andere productkenmerken. Bijgevolg lijkt aan de criteria van artikel 101, lid 3, te zijn voldaan.

### 330. Door de overheid aangemoedigde norm

#### Voorbeeld 6

**Situatie:** Als reactie op de resultaten van onderzoek naar de aanbevolen hoeveelheden vet in bepaalde verwerkte voedingsmiddelen, dat een met overheidsgeld gefinancierde denktank in één lidstaat had verricht, komen verscheidene grote producenten van verwerkte voedingsmiddelen in diezelfde lidstaat na formele besprekingen in een brancheorganisatie overeen voor de betrokken producten aanbevolen vetgehalten vast te stellen. Samen zijn de partijen goed voor 70 % van de omzet van de betrokken producten in de lidstaat. Het initiatief van de partijen zal worden ondersteund door een door de denktank gefinancierde nationale reclamecampagne waarin wordt gewezen op de gevaren van een hoog vetgehalte in verwerkte voedingsmiddelen.

**Analyse:** De genoemde vetgehalten worden slechts aanbevolen en zijn dus vrijblijvend, maar wegens de ruime publiciteit die het gevolg zal zijn van de nationale reclamecampagne, zullen naar alle waarschijnlijkheid alle fabrikanten van verwerkte levensmiddelen in de lidstaat zich aan de aanbevolen vetgehalten houden. Het zal derhalve waarschijnlijk een feitelijk maximumvetgehalte worden voor verwerkte voedingsmiddelen. De keuze van de consument zou daardoor op alle productmarkten kunnen worden beperkt. De partijen zullen evenwel kunnen concurreren op een aantal andere kenmerken van de producten zoals prijs, grootte, kwaliteit, smaak, andere elementen van de voedingswaarde, zoutgehalte, evenwicht tussen de ingrediënten en merknaam. Daarenboven zou de mededinging met betrekking tot het vetgehalte in het productaanbod kunnen toenemen doordat partijen trachten het product met het laagste vetgehalte aan te bieden. De overeenkomst zal daarom waarschijnlijk geen mededingingsbeperkende gevolgen hebben in de zin van artikel 101, lid 1.

### 331. Open norm voor productverpakking

#### Voorbeeld 7

**Situatie:** De grootste fabrikanten van een consumentenproduct in snelle ontwikkeling op een concurrerende markt van een lidstaat – en de fabrikanten en distributeurs in andere lidstaten die het product in de lidstaat verkopen (de „importeurs”) – komen met de grootste leveranciers van verpakkingen overeen een vrijwillig initiatief te ontwikkelen en uit te voeren voor de standaardisering van de grootte en vorm van de verpakking van het product dat in die lidstaat wordt verkocht. Er bestaan momenteel zeer veel uiteenlopende verpakkingsformaten en –materialen in de lidstaten. Dit vloeit voort uit het feit dat de verpakking geen groot deel uitmaakt van de totale productiekosten en dat de kosten van het overstappen naar een andere verpakkingsproducent niet erg hoog zijn. Er is geen enkele huidige of in voorbereiding zijnde Europese norm voor deze verpakkingen. De partijen hebben de overeenkomst vrijwillig gesloten als reactie op door de regering van de lidstaat uitgeoefende druk om aan bepaalde milieudoelstellingen te voldoen. Samen zijn de fabrikanten en importeurs goed voor 85 % van de omzet van het betrokken product in de lidstaat. Het vrijwillige initiatief zal leiden tot de verkoop in de lidstaat van een product van uniform formaat dat minder verpakkingsmateriaal gebruikt, minder plaats inneemt op planken, waaraan lagere vervoer- en verpakkingskosten zijn verbonden en dat dankzij minder verpakkingsafval milieuvriendelijker is.

Door het initiatief worden ook de recyclingkosten van producenten verminderd. De norm specificert niet dat er bepaalde soorten verpakkingsmateriaal moeten worden gebruikt. De specificaties van de norm zijn tussen fabrikanten en importeurs op open en transparante wijze overeengekomen en de ontwerp-specificaties zijn op een website van de sector tijdig gepubliceerd voor een open raadpleging voordat zij worden goedgekeurd. De goedgekeurde definitieve specificaties worden ook bekendgemaakt op een website van de brancheorganisatie van de sector die voor iedere potentiële nieuwe marktdeelnemer vrij toegankelijk is, zelfs wanneer deze niet bij de organisatie is aangesloten.

**Analyse:** Alhoewel de overeenkomst op vrijwillige basis is gesloten, zal de norm waarschijnlijk een feitelijke standaard voor de sector worden omdat de partijen samen een groot deel van de markt voor het product in de lidstaat uitmaken en de regering ook detailhandelaren stimuleert om het verpakkingsafval te verminderen. Op deze wijze zou de overeenkomst in theorie belemmeringen voor de toegang tot de markt kunnen creëren en tot een mededingingsversturende afscherming van de markt van de lidstaat kunnen leiden. Dit zou in het bijzonder een risico zijn voor de importeurs van het product in kwestie die de verpakking van het product zouden moeten veranderen om aan de feitelijke norm te voldoen om in de lidstaat te verkopen indien de grootte van de verpakking die in andere lidstaten wordt gebruikt niet aan de norm voldoet. Niettemin is het in de praktijk onwaarschijnlijk dat er aanzienlijke belemmeringen voor markttoegang en markt afscherming ontstaan omdat: a) de overeenkomst vrijwillig is gesloten, b) de norm met de belangrijkste importeurs op open en transparante wijze is overeengekomen, c) de kosten van overstappen gering zijn en d) de technische details van de norm voor nieuwe marktdeelnemers, importeurs en alle leveranciers van verpakkingen toegankelijk zijn. Met name zullen de importeurs reeds in een vroeg stadium van de ontwikkeling van de norm op de hoogte zijn geweest van mogelijke veranderingen in de verpakkingen en zullen zij via de open raadpleging over de ontwerp-normen de gelegenheid hebben gehad hun mening kenbaar te maken voordat de norm uiteindelijk wordt vastgesteld. De overeenkomst zal daarom mogelijk geen mededingingsbeperkende gevolgen hebben in de zin van artikel 101, lid 1.

In ieder geval is het waarschijnlijk dat in dit geval aan de voorwaarden van artikel 101, lid 3 wordt voldaan: i) de overeenkomst zal zorgen voor kwantitatieve efficiëntieverbeteringen door geringere vervoer- en verpakkingskosten; ii) de huidige concurrentievoorwaarden op de markt zijn van dien aard dat deze kostenverlagingen waarschijnlijk aan de gebruikers worden doorgegeven; iii) de overeenkomst omvat alleen de minimumbeperkingen die noodzakelijk zijn om de verpakkingsnorm te bereiken en het is onwaarschijnlijk dat deze significante afscherming tot gevolg zal hebben; en iv) de concurrentie zal niet worden uitgeschakeld ten aanzien van een aanzienlijk deel van de betrokken producten.

### 332. Gesloten norm voor productverpakking

#### Voorbeeld 8

**Situatie:** Zelfde situatie als in voorbeeld 7 in punt 331, behalve dat de norm wordt overeengekomen tussen in de lidstaat gevestigde fabrikanten van het consumentenproduct in snelle ontwikkeling (die goed zijn voor 65 % van de omzet van het betrokken product in de lidstaat), er geen open raadpleging is geweest over de goedgekeurde specificaties (waarin gedetailleerde normen zijn vervat betreffende het soort verpakkingsmateriaal dat moet worden gebruikt) en de specificaties van de vrijwillige norm niet worden gepubliceerd. Dit heeft voor de producenten in andere lidstaten geleid tot hogere kosten bij verandering van leverancier dan voor binnenlandse producenten.

**Analyse:** Hoewel de overeenkomst op vrijwillige basis is gesloten, is het, zoals in voorbeeld 7 in punt 331, zeer waarschijnlijk dat dit de feitelijke norm voor de sector wordt, aangezien de regering ook detailhandelaren stimuleert om het verpakkingsafval te verminderen en de binnenlandse fabrikanten goed zijn voor 65 % van de omzet van het product in de lidstaat. Het feit dat de relevante producenten in andere lidstaten niet zijn geraadpleegd heeft ertoe geleid dat een norm is goedgekeurd die voor hen in vergelijking met binnenlandse producenten hogere overschakelingskosten met zich meebrengt. De overeenkomst kan derhalve belemmeringen voor de markttoegang creëren en tot mededingingsversturende markt afscherming leiden voor verpakkingsleveranciers, nieuwkomers op de markt en importeurs – die niet alle aan het normalisatieproces hebben deelgenomen – aangezien het mogelijk is dat zij het product opnieuw moeten verpakken om te voldoen aan de feitelijke norm om in de lidstaat te verkopen, indien het verpakkingsformaat dat in andere lidstaten wordt gebruikt niet aan de norm voldoet.

Anders dan in voorbeeld 7 in punt 331, is het standaardiseringsproces niet op een open en transparante wijze uitgevoerd. Met name is nieuwkomers, importeurs en verpakkingsleveranciers niet de gelegenheid geboden hun mening over de voorgestelde norm te geven en hebben zij er

mogelijk zelfs pas in een latere fase kennis van gekregen, wat er mogelijk toe leidt dat zij niet snel en efficiënt van productiemethode of van leverancier kunnen veranderen. Daarnaast is het mogelijk dat de nieuwkomers, importeurs en verpakkingleveranciers niet in staat zijn om te concurreren wanneer de norm niet bekend is of het moeilijk is om eraan te voldoen. Bijzonder belangrijk in dit geval is het feit dat de norm gedetailleerde specificaties bevat van de te gebruiken verpakkingmaterialen waaraan, vanwege de gesloten aard van de raadpleging en van de norm, importeurs en nieuwkomers met moeite zullen kunnen voldoen. Derhalve is er sprake van mededingingsbeperkingen in de zin van artikel 101, lid 1. Het feit dat de overeenkomst is gesloten om onderliggende milieudoelstellingen te bereiken waarover met de regering van de lidstaat overeenstemming was bereikt, doet niets aan deze conclusie af.

Het is niet waarschijnlijk dat in dit geval aan de voorwaarden van artikel 101, lid 3, is voldaan. Alhoewel de overeenkomst zal leiden tot soortgelijke kwantitatieve efficiëntieverbeteringen als die in voorbeeld 7 in punt 331, is het onwaarschijnlijk dat de gesloten en particuliere aard van de standaardiseringsovereenkomst en de niet-bekendmaking van de gedetailleerde norm inzake het soort verpakkingmateriaal dat moet worden gebruikt onmisbaar zijn om de in de overeenkomst beoogde efficiëntieverbeteringen te bereiken.

### 333. Niet-bindende en open standaardvoorwaarden in contracten met eindgebruikers

#### Voorbeeld 9

**Situatie:** Een brancheorganisatie van elektriciteitsdistributeurs stelt niet-bindende standaardvoorwaarden op voor de levering van elektriciteit aan eindgebruikers. Het opstellen van de standaardvoorwaarden gebeurt op transparante en niet-discriminerende wijze. De standaardvoorwaarden regelen kwesties zoals de vermelding van de plaats van verbruik, de locatie van het aansluitpunt en de aansluitspanning, de betrouwbaarheid van de dienstverlening en de procedure voor de verffening van rekeningen tussen de contractpartijen (bijvoorbeeld wat gebeurt er als de klant geen meterstanden doorgeeft aan de leverancier). De standaardvoorwaarden hebben geen betrekking op prijzen, d.w.z. zij bevatten geen aanbevolen prijzen of andere bepalingen in verband met de tarieven. Het staat elke maatschappij die actief is in de sector vrij de standaardvoorwaarden te gebruiken, of niet. Ongeveer 80 % van de contracten die op de relevante markt worden gesloten met eindgebruikers, zijn gebaseerd op deze standaardvoorwaarden.

**Analyse:** Deze standaardvoorwaarden zullen waarschijnlijk geen mededingingsbeperkende gevolgen hebben in de zin van artikel 101, lid 1. Ook al zijn de voorwaarden feitelijk de vaste praktijk in de branche geworden, zij hebben blijkbaar geen negatief effect op prijzen, productkwaliteit of productdiversiteit.

### 334. Standaardvoorwaarden in contracten tussen ondernemingen

#### Voorbeeld 10

**Situatie:** Bouwondernemingen in een bepaalde lidstaat stellen in onderling overleg niet-bindende en open standaardvoorwaarden op die een aannemer kan gebruiken bij het indienen van een offerte voor bouwwerkzaamheden bij een klant. Het gaat om een offerteformulier waaraan de standaardvoorwaarden voor de uitvoering van bouwwerkzaamheden zijn gehecht. Samen vormen deze documenten het aannemingscontract. De bepalingen hebben betrekking op punten zoals totstandkoming van het contract, algemene verplichtingen van de aannemer en de klant, niet-prijsgebonden betalingsvoorwaarden (bijvoorbeeld een bepaling die de aannemer het recht verleent de werkzaamheden op te schorten bij niet-betaling), verzekering, duur, oplevering en gebreken, beperking van de aansprakelijkheid, beëindiging enz.). In tegenstelling tot voorbeeld 9 in punt 333 zouden deze standaardvoorwaarden vaak worden gebruikt tussen ondernemingen waarvan er één upstream en één downstream actief is.

**Analyse:** Deze standaardvoorwaarden zullen waarschijnlijk geen mededingingsbeperkende gevolgen hebben in de zin van artikel 101, lid 1. De keuze van de consument met betrekking tot het eindproduct, te weten het bouwwerk, zou normaal gezien niet noemenswaardig worden beperkt. Andere mededingingsbeperkende gevolgen lijken niet waarschijnlijk. Verscheidene van de bovengenoemde bedingen (oplevering en gebreken, beëindiging enz.) zijn vaak zelfs bij wet geregeld.

335. Standaardvoorwaarden die de vergelijking tussen producten van verschillende ondernemingen vergemakkelijken

Voorbeeld 11

**Situatie:** Een nationale vereniging voor de verzekeringssector verspreidt niet-bindende standaardpolisvoorwaarden voor woningverzekeringscontracten. In deze voorwaarden wordt geen indicatie gegeven betreffende het niveau van de verzekeringspremies, het bedrag van de dekking of van het door de verzekerde te betalen „eigen risico”. Zij schrijven geen brede dekking voor die risico's omvat waaraan een aanzienlijk aantal verzekeringnemers niet gelijktijdig zijn blootgesteld en verplichten de verzekeringnemer niet verschillende risico's bij dezelfde verzekeraar te dekken. Hoewel de meeste verzekeringsmaatschappijen standaardpolisvoorwaarden gebruiken, bevatten niet al hun polissen dezelfde voorwaarden, aangezien die worden aangepast aan de individuele behoeften van iedere klant, en bijgevolg is er geen sprake van een feitelijke standaardisering van de verzekeringsproducten die aan de consument worden aangeboden. De standaardpolisvoorwaarden stellen consumenten en consumentenorganisaties in staat de door de verschillende verzekeraars aangeboden polissen te vergelijken. Een consumentenvereniging is betrokken bij de vaststelling van de standaardpolisvoorwaarden. Deze zijn op niet-discriminerende basis ook beschikbaar voor gebruik door nieuwkomers op de markt.

**Analyse:** Deze standaardpolisvoorwaarden bepalen mede de samenstelling van het uiteindelijke verzekeringsproduct. Indien de marktvoorwaarden en andere factoren erop zouden duiden dat er een risico van beperking van de productdiversiteit zou kunnen zijn doordat de verzekeringsmaatschappijen de standaardpolisvoorwaarden hanteren, is het waarschijnlijk dat die mogelijke beperking gecompenseerd wordt door efficiëntieverbeteringen, zoals het feit dat vergelijking tussen de voorwaarden die door de verzekeringsmaatschappijen worden geboden, wordt vergemakkelijkt. Deze vergelijking maakt het op haar beurt gemakkelijker van verzekeraar te veranderen en bevordert derhalve de mededinging. Bovendien vormen het kunnen veranderen van verzekeraar en het betreden van de markt door concurrenten een voordeel voor de consumenten. Het feit dat de consumentenvereniging aan het proces heeft deelgenomen zou, in sommige gevallen, de waarschijnlijkheid kunnen vergroten dat de efficiëntieverbetering die niet automatisch aan de consumenten ten goede komt, niettemin aan hen wordt doorgegeven. De standaardpolisvoorwaarden zullen voorts waarschijnlijk zorgen voor lagere transactiekosten en het voor verzekeraars gemakkelijker maken andere geografische en/of productmarkten te betreden. Bovendien lijken de beperkingen niet verder te gaan dan nodig is om de beoogde efficiëntieverbeteringen te bereiken en zal de mededinging niet worden uitgeschakeld. Bijgevolg is waarschijnlijk aan de criteria van artikel 101, lid 3, voldaan.