

Publicatieblad

ISSN 0378-7079

C 266

45e jaargang

31 oktober 2002

van de Europese Gemeenschappen

Uitgave
in de Nederlandse taal

Mededelingen en bekendmakingen

Nummer

Inhoud

Bladzijde

I *Mededelingen*

EUROPESE ECONOMISCHE RUIMTE

Toezichthoudende Autoriteit van de EVA

2002/C 266/01

Richtsnoeren inzake de toepasselijkheid van artikel 53 van de EER-overeenkomst op horizontale samenwerkingsovereenkomsten

1

NL

2

I

(Mededelingen)

EUROPESE ECONOMISCHE RUIMTE

TOEZICHTHOUDENDE AUTORITEIT VAN DE EVA

**RICHTSNOEREN INZAKE DE TOEPASSELIJKHEID VAN ARTIKEL 53
VAN DE EER-OVEREENKOMST OP HORIZONTALE
SAMENWERKINGSOVEREENKOMSTEN**

(2002/C 266/01)

- A. Deze kennisgeving wordt gedaan overeenkomstig de bepalingen van de Overeenkomst betreffende de Europese Economische Ruimte (hierna: „EER-Overeenkomst”) en de Overeenkomst tussen de EVA-staten betreffende de oprichting van een Toezichthoudende Autoriteit en een Hof van Justitie (hierna: „Toezichtovereenkomst”).
- B. De Europese Commissie heeft een mededeling bekendgemaakt onder de titel „Richtsnoeren inzake de toepasselijkheid van artikel 81 van het EG-Verdrag op horizontale samenwerkingsovereenkomsten”⁽¹⁾. In dit niet-bindende besluit worden de beginselen uiteengezet die de Europese Commissie volgt bij de beoordeling van horizontale overeenkomsten op grond van artikel 81 van het EG-Verdrag.
- C. De Toezichthoudende Autoriteit van de EVA beschouwt het genoemde besluit als relevant voor de EER. Teneinde gelijke mededingingsvoorwaarden te handhaven en te zorgen voor een eenvormige toepassing van de mededingingsregels van de EER in de gehele Europese Economische Ruimte, keurt de Toezichthoudende Autoriteit van de EVA deze mededeling goed overeenkomstig de haar in artikel 5, lid 2, onder b), van de Toezichtovereenkomst verleende bevoegdheid. Zij is voornemens de in deze kennisgeving neergelegde beginselen en regels te volgen wanneer zij de mededingingsregels van de EER toepast op een bepaald geval.

1. INLEIDING**1.1. Doel**

1. In deze richtsnoeren worden de beginselen vastgelegd voor de beoordeling van horizontale samenwerkingsovereenkomsten op grond van artikel 53 van de EER-Overeenkomst⁽²⁾. Een samenwerking is „horizontaal”

van aard indien een overeenkomst wordt gesloten of aan onderling afgestemde feitelijke gedragingen wordt deelgenomen tussen ondernemingen die op hetzelfde niveau of dezelfde niveaus van de markt werkzaam zijn. In de meeste gevallen komt horizontale samenwerking neer op samenwerking tussen concurrenten. Dit kan bijvoorbeeld het geval zijn op gebieden zoals onderzoek en ontwikkeling (hierna: „O & O”), productie, aankoop of verkoop.

⁽¹⁾ PB C 3 van 6.1.2001, blz. 2.

⁽²⁾ De Toezichthoudende Autoriteit van de EVA en de Europese Commissie zijn samen bevoegd om onder artikel 53 van de EER-Overeenkomst vallende individuele zaken te behandelen overeenkomstig de regels vervat in artikel 56 van de EER-Overeenkomst. Elke zaak kan slechts door één autoriteit worden behandeld.

2. Horizontale samenwerking kan 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 aanleiding geeft tot negatieve markteffecten met betrekking tot prijzen, productie, innovatie of de diversiteit en kwaliteit van de producten.

3. Aan de andere kant kan horizontale samenwerking aanzienlijke economische voordelen opleveren. Ondernemingen moeten inspelen op de toenemende concurrentiedruk en op een markt die snel verandert ten gevolge van de mondialisering, de snelheid van de technologische vooruitgang en de toenemende dynamisering van de markten in het algemeen. Samenwerking kan een middel zijn om risico's te delen, kosten te besparen, knowhow gezamenlijk te benutten en sneller te innoveren. In het bijzonder voor kleine en middelgrote ondernemingen is samenwerking een belangrijk middel om zich aan de veranderende marktomstandigheden aan te passen.
4. De Toezichthoudende Autoriteit van de EVA erkent de economische voordelen die uit samenwerking kunnen voortvloeien, maar moet erop toezien dat een daadwerkelijke mededinging wordt gehandhaafd. Artikel 53 vormt het rechtskader voor een evenwichtige beoordeling, waarbij zowel met de concurrentieverstorende effecten als met de economische voordelen rekening wordt gehouden.
5. In het verleden gaven twee bekendmakingen en twee groepsvrijstellingen van de Toezichthoudende Autoriteit van de EVA aanwijzingen voor de beoordeling van horizontale samenwerking op grond van artikel 53. Het voordien in punt 6 van bijlage XIV bij de EER-Overeenkomst vermelde besluit (Verordening (EEG) nr. 417/85⁽³⁾), als laatstelijk gewijzigd bij Verordening (EG) nr. 2236/97⁽⁴⁾ en het voordien in punt 7 van bijlage XIV bij de EER-Overeenkomst vermelde besluit (Verordening (EEG) nr. 418/85⁽⁵⁾), als laatstelijk gewijzigd bij Verordening (EG) nr. 2236/97 bevatten vrijstellingen voor bepaalde vormen van, onderscheidenlijk, specialisatieovereenkomsten en onderzoek- en ontwikkelingsovereenkomsten. Deze beide groepsvrijstellingen zijn vervangen door het thans in punt 6 van bijlage XIV bij de EER-Overeenkomst vermelde besluit (Verordening (EG) nr. 2658/2000⁽⁶⁾) betreffende de toepassing van artikel 53, lid 3, van de EER-Overeenkomst op groepen specialisatieovereenkomsten (hierna: „groepsvrijstelling inzake specialisatie”) en het thans in punt 7 van bijlage XIV bij de EER-Overeenkomst vermelde besluit

(Verordening (EG) nr. 2659/2000⁽⁷⁾) betreffende de toepassing van artikel 53, lid 3, van de EER-Overeenkomst op groepen onderzoek- en ontwikkelingsovereenkomsten (hierna: „groepsvrijstelling O & O”). Deze beide bekendmakingen verstrekten richtsnoeren voor bepaalde soorten samenwerkingsovereenkomsten die buiten de toepassing van artikel 53 vallen⁽⁸⁾ en voor de beoordeling van gemeenschappelijke ondernemingen met het karakter van een samenwerkingsverband⁽⁹⁾.

6. De veranderende marktomstandigheden hebben aanleiding gegeven tot een steeds grotere diversiteit en een steeds intensiever gebruik van horizontale samenwerking. Meer volledige en actuele richtsnoeren zijn nodig om een grotere duidelijkheid en doorzichtigheid te scheppen betreffende de toepasselijkheid van artikel 53 op dit gebied. Bij de beoordeling moet grotere klemtoon worden gelegd op economische criteria, hetgeen beter aansluit bij de recente ontwikkelingen in het handhavingsbeleid en in de rechtspraak van het Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen en het Gerecht van eerste aanleg⁽¹⁰⁾.
7. Deze richtsnoeren hebben ten doel een analytisch raam te bieden voor de meest gangbare vormen van horizontale samenwerking. Dit raam is in de eerste plaats gebaseerd op criteria aan de hand waarvan de economische context van een samenwerkingsovereenkomst 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 samenwerking waarschijnlijk voor de markt zal hebben, en derhalve voor de beoordeling ervan op grond van artikel 53. Wegens de grote diversiteit van de types en combinaties van horizontale samenwerking en de marktomstandigheden waarin deze functioneren, is het onmogelijk specifieke antwoorden te formuleren voor alle mogelijke scenario's. Het onderhavige analytische raam op grond van economische criteria zal de ondernemingen niettemin een houvast bieden bij de beoordeling van de verenigbaarheid van een bepaalde samenwerkingsovereenkomst met artikel 53.
8. De onderhavige richtsnoeren vervangen niet alleen de in punt 5 genoemde bekendmakingen, maar hebben tevens betrekking op een ruimere reeks van de meest gangbare typen horizontale overeenkomsten. Zij vormen ook een aanvulling op de groepsvrijstelling O & O en de groepsvrijstelling inzake specialisatie.

⁽³⁾ PB L 53 van 22.2.1985, blz. 1.

⁽⁴⁾ PB L 306 van 11.11.1997, blz. 12.

⁽⁵⁾ PB L 53 van 22.2.1985, blz. 5.

⁽⁶⁾ PB L 304 van 5.12.2000, blz. 3, zoals opgenomen in de EER-Overeenkomst bij besluit nr. 113/2000 van het Gemengd Comité van de EER van 22 december 2000 (PB L 52 van 22.2.2001, blz. 38, en EER-Supplement bij het PB, nr. 9 van 22.2.2001, blz. 5), in werking getreden per 1.1.2001.

⁽⁷⁾ PB L 304 van 5.12.2000, blz. 7, zoals opgenomen in de EER-Overeenkomst bij besluit nr. 113/2000 van het Gemengd Comité van de EER van 22 december 2000 (PB L 52 van 22.2.2001, blz. 38, en EER-Supplement bij het PB, nr. 9 van 22.2.2001, blz. 5), in werking getreden per 1.1.2001.

⁽⁸⁾ PB L 153 van 18.6.1994, blz. 25, en EER-Supplement bij het PB, nr. 15 van 18.6.1994, blz. 24.

⁽⁹⁾ PB L 186 van 21.7.1994, blz. 58, en EER-Supplement bij het PB, nr. 22 van 21.7.1994, blz. 4.

⁽¹⁰⁾ Arresten van het Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen en het Gerecht van eerste aanleg zijn relevant voor de beschikkingenpraktijk van de Autoriteit op grond van het bepaalde in artikel 6 van de EER-Overeenkomst en artikel 3 van de Toezichtovereenkomst.

1.2. Toepassingsgebied van de richtsnoeren

9. Deze richtsnoeren hebben betrekking op overeenkomsten of onderling afgestemde feitelijke gedragingen, hierna: „overeenkomsten” genoemd, tussen twee of meer ondernemingen die op hetzelfde niveau of dezelfde niveaus van de markt werkzaam zijn, bv. op hetzelfde niveau van productie of distributie. In dit verband ligt de klemtoon op samenwerking tussen concurrenten. Onder „concurrenten” worden in deze richtsnoeren zowel daadwerkelijke ⁽¹¹⁾ als potentiële ⁽¹²⁾ concurrenten verstaan.
10. Deze richtsnoeren zijn niet gericht op alle mogelijke horizontale overeenkomsten. Zij hebben uitsluitend betrekking op vormen van samenwerking die kunnen leiden tot een grotere efficiëntie, d.w.z. overeenkomsten

inzake O & O, productie, aankoop, commercialisering, standaardisering en milieuaspecten. Andere soorten horizontale afspraken tussen concurrenten, bv. inzake de uitwisseling van informatie of inzake minderheidsparticipaties, dienen afzonderlijk te worden behandeld.

11. Overeenkomsten die worden gesloten tussen ondernemingen die werkzaam zijn in een verschillend stadium van de distributieketen, d.w.z. verticale overeenkomsten, zijn in beginsel uitgesloten van de werkingssfeer van deze richtsnoeren en worden behandeld in het in punt 2 van bijlage XIV bij de EER-Overeenkomst vermelde besluit (Verordening (EG) nr. 2790/1999 ⁽¹³⁾) betreffende de toepassing van artikel 53, lid 3, van de EER-Overeenkomst op groepen verticale overeenkomsten en onderling afgestemde feitelijke gedragingen (hierna: „groepsvrijstelling inzake verticale beperkingen”) en de richtsnoeren van de Autoriteit inzake verticale beperkingen ⁽¹⁴⁾. Voorzover verticale overeenkomsten, d.w.z. distributieovereenkomsten, evenwel worden gesloten tussen concurrenten kunnen de gevolgen van de overeenkomst op de markt en de potentiële mededingingsproblemen vergelijkbaar zijn met die bij horizontale overeenkomsten. Derhalve moeten die overeenkomsten worden beoordeeld volgens de beginselen die zijn beschreven in deze richtsnoeren. Dit sluit niet uit dat de richtsnoeren inzake verticale beperkingen eveneens worden toegepast op deze overeenkomsten teneinde de in deze overeenkomsten vervatte verticale beperkingen te beoordelen ⁽¹⁵⁾.
12. Overeenkomsten kunnen betrekking hebben op samenwerking in verschillende stadia tegelijk, bv. O & O en de productie van de resultaten daarvan. Behalve wanneer deze overeenkomsten vallen onder artikel 57 van de EER-Overeenkomst betreffende de controle op concentraties van ondernemingen, vallen zij onder de toepassing van de onderhavige richtsnoeren. Het zwaartepunt van de samenwerking bepaalt welk onderdeel van deze richtsnoeren op de betrokken overeenkomst van toepassing is. Bij de bepaling van het zwaartepunt van de samenwerking wordt met name met twee factoren rekening gehouden: in de eerste plaats het uitgangspunt van de samenwerking, en in de tweede plaats de mate van integratie van de verschillende functies die worden gecombineerd. Een samenwerking die zowel betrekking heeft op O & O als op de gezamenlijke productie van de resultaten daarvan zou bijgevolg in de regel onder de in het onderdeel „Onderzoek- en ontwikkelingsovereenkomsten” beschreven regels vallen, aangezien de gezamenlijke productie slechts zal plaatsvinden indien de gezamenlijke O & O resultaten afwerpt. Dit houdt in dat de resultaten van de gezamenlijke O & O bepalend zijn voor de productie. De O & O-overeenkomst kan derhalve

⁽¹¹⁾ Een onderneming wordt als een daadwerkelijke concurrent beschouwd, ofwel indien zij actief is op dezelfde relevante markt, ofwel indien zij zonder de overeenkomst kan overschakelen op de productie van de relevante producten en deze op korte termijn op de markt kan brengen zonder aanzienlijke bijkomende kosten te maken of risico's te lopen in antwoord op geringe en duurzame wijzigingen van de betrokken prijzen (onmiddellijke substitueerbaarheid aan de aanbodzijde). Dezelfde redenering kan leiden tot het samenvoegen van verschillende geografische gebieden. Wanneer substitueerbaarheid aan de aanbodzijde evenwel een aanzienlijke aanpassing van de bestaande materiële en immateriële activa, bijkomende investeringen, strategische beslissingen of tijd zou vergen, zal een onderneming niet worden beschouwd als een concurrent, maar als een potentiële concurrent (zie hieronder). Zie de bekendmaking van de Toezichthoudende Autoriteit van de EVA inzake de bepaling van de relevante markt voor het mededingingsrecht in de EER (PB L 200 van 16.7.1998, blz. 48, en EER-Supplement bij het PB, nr. 28 van 16.7.1998, blz. 3).

⁽¹²⁾ Een onderneming wordt als een potentiële concurrent beschouwd indien er bewijzen voorhanden zijn dat deze onderneming zonder de overeenkomst in staat zou zijn de vereiste extra investeringen te doen of andere noodzakelijke overschakelingskosten te maken om de relevante markt te kunnen betreden — en dat waarschijnlijk ook werkelijk zou doen —, in antwoord op geringe en duurzame wijzigingen van de betrokken prijzen. Deze beoordeling moet gebaseerd zijn op realistische gronden; de louter theoretische mogelijkheid om de markt te betreden is niet voldoende (zie de bekendmaking van de Toezichthoudende Autoriteit van de EVA inzake de bepaling van de relevante markt voor het mededingingsrecht in de EER, punt 24); zie ook het Dertiende Verslag van de Europese Commissie over het mededingingsbeleid, punt 55, en Beschikking 90/410/EEG van de Europese Commissie in zaak-Elopak/Metal Box-Odin (PB L 209 van 8.8.1990, blz. 15). Het betreden van de markt moet zodanig snel kunnen gebeuren dat de dreiging van een potentiële intrede druk uitoefent op het gedrag van de marktdeelnemers. Doorgaans betekent dit dat de intrede binnen een korte termijn moet plaatsvinden. In de richtsnoeren van de Toezichthoudende Autoriteit van de EVA inzake verticale beperkingen (Besluit nr. 250/01/COL van de Autoriteit van 25 juli 2001, nog niet bekendgemaakt, punt 26) wordt een periode van maximaal 1 jaar voldoende geacht voor de toepassing van de groepsvrijstelling inzake verticale beperkingen (zie noot 14). In specifieke gevallen kunnen evenwel langere termijnen in aanmerking worden genomen. De termijn die reeds op de markt actieve ondernemingen nodig hebben om hun capaciteit aan te passen, kan dienen als maatstaf om de lengte van de termijn vast te stellen.

⁽¹³⁾ PB L 336 van 29.12.1999, blz. 21.

⁽¹⁴⁾ Besluit nr. 250/01/COL van de Autoriteit van 25 juli 2001 (nog niet bekendgemaakt).

⁽¹⁵⁾ De afbakening tussen horizontale en verticale overeenkomsten wordt verder ontwikkeld in de hoofdstukken inzake inkoopovereenkomsten (hoofdstuk 4) en commercialiseringsovereenkomsten (hoofdstuk 5). Zie ook de richtsnoeren inzake verticale beperkingen, punten 26 en 29.

als het uitgangspunt van de samenwerking worden beschouwd. Indien de overeenkomst een volledige integratie op het gebied van de productie en slechts een gedeeltelijke integratie van sommige O & O-activiteiten inhield, zou de beoordeling heel anders zijn. In dat geval zouden de mogelijke concurrentievervalsende effecten en economische voordelen van de samenwerking grotendeels verband houden met de gezamenlijke productie en zou de overeenkomst derhalve worden getoetst aan de in het onderdeel „Productieovereenkomsten” beschreven beginselen. Gecomplieerdere overeenkomsten zoals strategische allianties, waarbij diverse vormen van samenwerking op vele verschillende gebieden en met behulp van verschillende samenwerkingsinstrumenten worden georganiseerd, vallen niet onder de richtsnoeren. Elk samenwerkingssterrein binnen de alliantie kan afzonderlijk worden getoetst aan het desbetreffende hoofdstuk van de richtsnoeren. Gecomplieerde overeenkomsten moeten evenwel ook in hun geheel worden beoordeeld. Wegens de diversiteit van de gebieden waarop binnen een alliantie kan worden samengewerkt, is het onmogelijk algemene richtsnoeren te geven voor die algemene beoordeling. Allianties of andere vormen van samenwerking waarbij in eerste instantie intenties worden geformuleerd, kunnen onmogelijk worden getoetst aan de mededingingsregels zolang de precieze werkingssfeer ervan niet duidelijk wordt.

13. De in de onderhavige richtsnoeren vastgelegde criteria gelden voor samenwerking met betrekking tot zowel goederen als diensten die onder de toepassing van de EER-Overeenkomst vallen⁽¹⁶⁾, hierna gezamenlijk aangeduid als „producten”. De richtsnoeren zijn evenwel niet van toepassing wanneer er sectorspecifieke regels gelden, zoals het geval is op het gebied van vervoer en verzekeringen⁽¹⁷⁾. Operaties die onder de toepassing

van artikel 57 van de EER-Overeenkomst vallen, blijven eveneens buiten de werkingssfeer van deze richtsnoeren.

14. Artikel 53 is slechts van toepassing op die horizontale samenwerkingsovereenkomsten die de handel tussen de overeenkomstsluitende partijen bij de EER-Overeenkomst ongunstig kunnen beïnvloeden. In deze richtsnoeren wordt niet ingegaan op de analyse van de waarschijnlijkheid dat een bepaalde overeenkomst de handel ongunstig zal beïnvloeden. Bij het vaststellen van de navolgende beginselen inzake de toepasselijkheid van artikel 53 is derhalve uitgegaan van de veronderstelling dat de handel tussen de overeenkomstsluitende partijen bij de EER-Overeenkomst ongunstig wordt beïnvloed. In de praktijk dient dit echter van geval tot geval te worden onderzocht.
15. Artikel 53 is niet van toepassing op overeenkomsten van geringe betekenis omdat deze in hun doel of gevolgen de mededinging niet merkbaar kunnen beperken. Deze richtsnoeren laten de toepassing van de huidige of een eventuele toekomstige de-minimis-bekendmaking onverlet⁽¹⁸⁾.
16. De beoordeling op grond van artikel 53 zoals beschreven in deze richtsnoeren laat de eventuele parallelle toepassing van artikel 54 van de EER-Overeenkomst op horizontale samenwerkingsovereenkomsten onverlet. Voorts laten deze richtsnoeren de eventueel door het EVA-Hof, het Gerecht van eerste aanleg en het Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen met betrekking tot de toepassing van artikel 81 van het EG-Verdrag en artikel 53, lid 1, van de EER-Overeenkomst op horizontale samenwerkingsovereenkomsten gegeven uitlegging onverlet.

⁽¹⁶⁾ Op te merken valt dat de EER-Overeenkomst een beperktere werkingssfeer heeft dan het EG-Verdrag, bv. wegens het ontbreken van een douane-unie en de beperkte toepassing op bepaalde producten op grond van artikel 8 van de EER-Overeenkomst.

⁽¹⁷⁾ Punt 10 van bijlage XIV bij de EER-Overeenkomst en hoofdstuk VI van Protocol 4 bij de Toezichtovereenkomst (Verordening (EEG) nr. 1017/68 van de Raad, PB L 175 van 23.7.1968, blz. 1) (vervoer per spoor en over de binnenwateren); punt 11 van bijlage XIV bij de EER-Overeenkomst en hoofdstuk IX van Protocol 4 bij de Toezichtovereenkomst (Verordening (EEG) nr. 4056/86 van de Raad, PB L 378 van 31.12.1986, blz. 4) (zeevervoer); hoofdstuk XI van Protocol 4 bij de Toezichtovereenkomst (Verordening (EEG) nr. 3975/87 van de Raad, PB L 374 van 31.12.1987, blz. 1) (luchtvervoer); punt 11 b) van bijlage XIV bij de EER-Overeenkomst en hoofdstuk IX van Protocol 4 bij de Toezichtovereenkomst (Verordening (EEG) nr. 1617/93 van de Commissie, PB L 155 van 26.6.1993, blz. 18) (groepsvrijstelling betreffende de gezamenlijke planning en coördinatie van de dienstregelingen, de gemeenschappelijke exploitatie, het overleg over passagiers- en vrachtvervoertarieven bij geregelde luchtdiensten en de toekenning van landings- en starttijden op luchthavens); punt 11 c) van bijlage XIV bij de EER-Overeenkomst (Verordening (EG) nr. 823/2000 van de Commissie, PB L 100 van 20.4.2000, blz. 24) (groepsvrijstelling betreffende bepaalde overeenkomsten tussen lijnvaartondernemingen); punt 15 a) van bijlage XIV bij de EER-Overeenkomst (Verordening (EEG) nr. 3932/92 van de Commissie, PB L 398 van 31.12.1992, blz. 7) (groepsvrijstelling betreffende bepaalde overeenkomsten in de verzekeringssector).

1.3. Basisbeginselen voor de beoordeling op grond van artikel 53

1.3.1. Artikel 53, lid 1

17. Artikel 53, lid 1, is van toepassing op horizontale samenwerkingsovereenkomsten die ertoe strekken of ten gevolge hebben dat de mededinging wordt verhinderd, beperkt of vervalst, hierna: „mededingingsbeperkingen” genoemd.
18. In sommige gevallen wijst de aard van de samenwerking er van meet af aan op, dat artikel 53, lid 1, van toepassing is. Dit is het geval voor overeenkomsten die ten doel hebben de mededinging te beperken door het vaststellen van prijzen of productiequota of door het verdelen van markten of klanten. Deze overeenkomsten

⁽¹⁸⁾ Zie de bekendmaking inzake overeenkomsten van geringe betekenis die niet onder artikel 53, lid 1, van de EER-Overeenkomst vallen, PB L 200 van 16.7.1998, blz. 55, en EER-Supplement bij het PB, nr. 28 van 16.7.1998, blz. 13.

worden geacht een negatieve uitwerking op de markt te hebben. Daarom behoeven de daadwerkelijke gevolgen ervan voor de mededinging en de markt niet te worden onderzocht om vast te stellen dat zij onder de toepassing van artikel 53, lid 1, vallen.

19. Vele horizontale samenwerkingsovereenkomsten zijn evenwel niet gericht op een mededingingsbeperking. Daarom is een analyse van de gevolgen van de overeenkomst noodzakelijk. Voor dit onderzoek volstaat het niet dat de overeenkomst de mededinging tussen de partijen beperkt. Het moet tevens waarschijnlijk zijn dat zij de mededinging op de markt op zodanige wijze zal beïnvloeden dat negatieve markteffecten op het gebied van prijzen, productie, innovatie dan wel de diversiteit of kwaliteit van goederen en diensten te verwachten zijn.
20. Of de overeenkomst tot dergelijke negatieve markteffecten aanleiding kan geven, hangt af van de economische context, waarbij niet alleen rekening dient te worden gehouden met de aard van de overeenkomst maar ook met de gezamenlijke marktmacht van de partijen, die — samen met andere structurele factoren — bepaalt of de samenwerking de mededinging in haar geheel in een zo betekenisvolle mate zal kunnen beperken.

Aard van de overeenkomst

21. De aard van de overeenkomst houdt 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 geven een aanwijzing omtrent de waarschijnlijkheid dat de partijen hun gedrag op de markt zullen coördineren.
22. Met bepaalde soorten overeenkomsten, bijvoorbeeld de meeste O & O-overeenkomsten of samenwerking inzake de vaststelling van normen of het verbeteren van de milieubescherming, is de kans dat zij beperkingen op het gebied van prijzen of productie inhouden, minder groot. Voorzover deze types overeenkomsten al negatieve effecten hebben, zullen deze waarschijnlijk betrekking hebben op innovatie of de diversiteit van de producten. Zij kunnen tevens tot uitsluitingsproblemen aanleiding geven.
23. Andere vormen van samenwerking, zoals overeenkomsten op het gebied van de productie of aankoop, leiden doorgaans tot een zekere mate van gemeenschappelijke (totale) kosten. Wanneer dit in hoge mate het geval is, zullen de partijen waarschijnlijk gemakkelijker de marktprijzen en de productie kunnen coördineren. Een aanzienlijke mate van gemeenschappelijke kosten is slechts onder bepaalde voorwaarden te bereiken: om te beginnen moet het samenwerkingsgebied, bv. productie

en aankoop, een groot percentage van de totale kosten op de betrokken markt uitmaken. Voorts moeten de partijen hun activiteiten op het samenwerkingsgebied in ruime mate samenvoegen. Dit is bijvoorbeeld het geval wanneer zij een belangrijk halffabrikaat of een groot percentage van hun totale productie van een eindproduct gezamenlijk fabriceren of aankopen.

Overeenkomsten die niet onder artikel 53, lid 1, vallen

24. Sommige overeenkomsten vallen door hun aard zelf niet onder de toepassing van artikel 53, lid 1. Dit is doorgaans het geval bij vormen van samenwerking die geen coördinatie van het concurrentiegedrag van de partijen op de markt meebrengen, zoals
- samenwerking tussen niet-concurrenten,
 - samenwerking tussen concurrerende ondernemingen die het project of de activiteit waarop de samenwerking betrekking heeft niet zelfstandig kunnen uitvoeren,
 - samenwerking met betrekking tot een activiteit die de relevante mededingingsparameters niet beïnvloedt.

Deze soorten samenwerking zouden slechts onder artikel 53, lid 1, vallen, indien er ondernemingen met een aanzienlijke marktmacht⁽¹⁹⁾ bij betrokken zijn, en zij waarschijnlijk tot uitsluitingsproblemen ten aanzien van derden zouden leiden.

Overeenkomsten die bijna altijd onder artikel 53, lid 1, vallen

25. Van een andere soort overeenkomsten mag van meet af aan worden aangenomen dat zij in de regel onder de toepassing van artikel 53, lid 1, vallen. Het gaat om samenwerkingsovereenkomsten die ten doel hebben de mededinging te beperken door het vaststellen van prijzen of productiequota of door het verdelen van markten, klanten of leveranciers. Er wordt aangenomen dat deze beperkingen de meest schadelijke zijn, omdat zij de uitkomst van het concurrentieproces rechtstreeks beïnvloeden. Prijsvaststelling en productiebeperking hebben als rechtstreeks gevolg dat de afnemers hogere prijzen betalen of niet de gewenste hoeveelheden ontvangen. De verdeling van markten of afnemers beperkt de keuze waarover de afnemers beschikken en leidt derhalve eveneens tot hogere prijzen of een beperkte productie. Er kan derhalve worden aangenomen dat deze beperkingen

⁽¹⁹⁾ Ondernemingen kunnen aanzienlijke marktmacht bezitten zonder dat er een machtspositie is, hetgeen het criterium is voor de toepassing van artikel 54.

negatieve markteffecten hebben. Zij zijn derhalve bijna steeds verboden ⁽²⁰⁾.

Overeenkomsten die onder artikel 53, lid 1, kunnen vallen

26. Overeenkomsten die niet tot een van de bovengenoemde categorieën behoren, dienen nader te worden onderzocht om uit te maken of zij onder artikel 53, lid 1, vallen. Bij dit onderzoek dienen ook criteria in verband met de markt aan de orde te komen, zoals de marktpositie van de partijen en andere structurele factoren.

Marktmacht en marktstructuur

27. Het uitgangspunt voor het onderzoek is de positie van de partijen op de markten die door de samenwerking worden beïnvloed. Dit bepaalt of het al dan niet waarschijnlijk is dat zij door de samenwerking hun marktmacht zullen behouden of vergroten, met andere woorden of zij in staat zullen zijn negatieve gevolgen voor de markt teweeg te brengen met betrekking tot prijzen, productie, innovatie of de variëteit of kwaliteit van goederen en diensten. Om dit onderzoek te kunnen uitvoeren, moet respectievelijk moeten de relevante markt of markten worden bepaald aan de hand van de methode die in de bekendmaking van de Autoriteit inzake de bepaling van de relevante markt ⁽²¹⁾ is beschreven. Wanneer het om specifieke soorten markten gaat, zoals aankoop- of technologiemarkten, bieden deze richtsnoeren bijkomende aanwijzingen.

28. Wanneer de partijen samen een klein gecombineerd marktaandeel hebben ⁽²²⁾, is een mededingingsbeper-

kend effect van de samenwerking onwaarschijnlijk en is doorgaans geen verder onderzoek vereist. 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 mededingingsbeperkende gevolgen voor de markt ⁽²³⁾. Gezien de diversiteit van de vormen van samenwerking en de uiteenlopende gevolgen die deze kunnen hebben in verschillende marktomstandigheden, is het onmogelijk een algemene marktaandeldrempel aan te geven waarboven mag worden aangenomen dat er voldoende marktmacht is om mededingingsbeperkende gevolgen te bewerkstelligen.

29. Behalve met de marktpositie van de partijen en de optelling van de marktaandelen dient eventueel rekening te worden gehouden met de concentratie op de markt, d.w.z. het aantal concurrenten en hun positie, als een bijkomende factor bij de beoordeling van de invloed van de samenwerking op de mededinging op de markt. De Herfindahl-Hirshman Index, hierna „HHI” genoemd, waarbij de kwadraten van de individuele marktaandelen van alle concurrenten worden opgeteld ⁽²⁴⁾, kan als een indicator worden gehanteerd: met een HHI beneden 1 000 kan de marktconcentratie gering worden genoemd, tussen 1 000 en 1 800 middelmatig en boven 1 800 sterk. Een andere mogelijke indicator zou de concentratiegraad van de toonaangevende bedrijven kunnen zijn, waarbij de individuele marktaandelen van de toonaangevende concurrenten bij elkaar worden opgeteld ⁽²⁵⁾.

30. 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 en waarschijnlijkheid voor het betreden van de markt, de tegenmacht van kopers/leveranciers of de aard van de producten (bv. homogeniteit, rijpheid van de markt) in aanmerking te worden genomen. Wanneer een invloed op de concurrentie op het gebied van innovatie waarschijnlijk is en niet afdoende kan worden beoordeeld op grond van de bestaande markten, moet wellicht ook rekening worden gehouden met specifieke factoren om deze invloeden te analyseren (zie hoofdstuk 2, O & O-overeenkomsten).

⁽²⁰⁾ Dit geldt evenwel bij uitzondering niet voor een productie-GO. Het is inherent aan de werking van een dergelijke gemeenschappelijke onderneming dat beslissingen over de productie gezamenlijk door de partijen worden genomen. Indien de GO de gemeenschappelijk geproduceerde goederen ook op de markt brengt, moeten beslissingen over de prijzen gezamenlijk door de partijen bij de overeenkomst worden genomen. In dat geval leidt het opnemen van bepalingen inzake prijzen en productiehoeveelheden er niet automatisch toe dat de overeenkomst onder artikel 53, lid 1, valt. De bepalingen inzake prijzen of productiehoeveelheden zullen samen met de andere gevolgen van de gemeenschappelijke onderneming voor de markt moeten worden beoordeeld om te bepalen of artikel 53, lid 1, van toepassing is (zie punt 90).

⁽²¹⁾ Zie de bekendmaking van de Toezichthoudende Autoriteit van de EVA inzake de bepaling van de relevante markt voor het mededingingsrecht in de EER, PB L 200 van 16.7.1998, blz. 48, en EER-Supplement bij het PB, nr. 28 van 16.7.1998, blz. 3.

⁽²²⁾ Marktaandelen dienen normaal te worden berekend op grond van de waarde van de verkopen op de markt (zie artikel 6 van de groepsvrijstelling O & O en artikel 6 van de groepsvrijstelling inzake specialisatie). Bij het bepalen van het marktaandeel van de partijen op een bepaalde markt moet rekening worden gehouden met de ondernemingen die met de partijen verbonden zijn (zie artikel 2, punt 2, van de groepsvrijstelling O & O en artikel 2, punt 2, van de groepsvrijstelling inzake specialisatie).

⁽²³⁾ 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.

⁽²⁴⁾ Een markt die bestaat uit vier ondernemingen met marktaandelen van 30 %, 25 %, 25 % en 20 %, heeft een HHI van 2 550 (900+625+625+400) vóór de samenwerking. Indien de eerstgenoemde twee ondernemingen zouden gaan samenwerken, zou de HHI stijgen tot 4 050 (3 025+625+400) ná de operatie. De HHI na de samenwerking is relevant voor de beoordeling van de mogelijke markteffecten van een samenwerking.

⁽²⁵⁾ Bv. is de topdrie-concentratiegraad CR3, de som van de marktaandelen van de grootste drie concurrenten op de markt.

1.3.2. Artikel 53, lid 3

31. Overeenkomsten die onder artikel 53, lid 1, vallen, kunnen worden vrijgesteld mits aan de voorwaarden van artikel 53, lid 3, is voldaan. Dit is het geval indien de overeenkomst:
- bijdraagt tot verbetering van de productie of van de verdeling der producten of tot verbetering van de technische of economische vooruitgang,
 - daarbij een billijk aandeel in de daaruit voortvloeiende voordelen de gebruikers ten goede komt,
 - zonder nochtans aan de betrokken ondernemingen:
 - beperkingen op te leggen welke voor het bereiken van deze doelstellingen niet onmisbaar zijn,
 - de mogelijkheid te geven, voor een wezenlijk deel van de betrokken producten de mededinging uit te schakelen.

Economische voordelen

32. De eerste voorwaarde vereist dat de overeenkomst bijdraagt tot de verbetering van de productie of van de verdeling der producten of tot verbetering van de technische of economische vooruitgang. Aangezien deze voordelen betrekking hebben op statische of dynamische efficiëntieverbetering kunnen zij „economische voordelen” worden genoemd. De economische voordelen kunnen opwegen tegen de mededingingsbeperkende gevolgen. Zo kan een samenwerking bijvoorbeeld ondernemingen in staat stellen goederen of diensten tegen lagere prijzen aan te bieden, een betere kwaliteit te bieden of innovatie sneller in te voeren. De meeste efficiëntieverbeteringen komen voort uit de bundeling en integratie van verschillende vaardigheden of hulpmiddelen. De partijen moeten aantonen dat de efficiëntieverbeteringen waarschijnlijk door de samenwerking zullen worden bewerkstelligd en niet kunnen worden bereikt met minder beperkende middelen (zie ook hieronder). Elke bewering dat de efficiëntie zal worden verbeterd, moet worden gestaafd. Speculaties of algemene verklaringen over kostenbesparingen zijn niet voldoende.
33. De Autoriteit houdt geen rekening met kostenbesparingen die het gevolg zijn van een productiebeperking, een verdeling van de markt of van de loutere uitoefening van marktmacht.

Een billijk aandeel voor de gebruikers

34. Economische voordelen moeten niet alleen de partijen bij de overeenkomst maar ook de gebruiker ten goede komen. In het algemeen is de overdracht van de voordelen naar de gebruikers afhankelijk van de intensi-

teit van de concurrentie op de relevante markt. De concurrentiedruk zal er doorgaans voor zorgen dat kostenbesparingen door lagere prijzen worden doorgegeven of dat de ondernemingen worden gestimuleerd om nieuwe producten zo snel mogelijk op de markt te brengen. Indien er op de markt voldoende concurrentie overblijft die de partijen bij de overeenkomst daadwerkelijk aan banden legt, zal het concurrentieproces er derhalve doorgaans voor zorgen dat een billijk aandeel van de economische voordelen de gebruikers ten goede komt.

Onmisbaarheid

35. De beperking van de mededinging moet noodzakelijk zijn om de economische voordelen te bereiken. Indien er minder beperkende middelen bestaan om vergelijkbare voordelen te behalen, kan men zich niet op de betrokken efficiëntieverbetering beroepen om de mededingingsbeperkingen te rechtvaardigen. Of bepaalde beperkingen al dan niet noodzakelijk zijn, hangt af van de marktomstandigheden en de duur van de overeenkomst. Exclusiviteitsovereenkomsten, bijvoorbeeld, kunnen verhinderen dat een van de partners zich als „free rider” gaat gedragen en kunnen derhalve aanvaardbaar zijn. Onder bepaalde omstandigheden is het echter mogelijk dat zij niet noodzakelijk zijn en een mededingingsbeperkend effect versterken.

Geen uitschakeling van de mededinging

36. Het laatste criterium betreffende de uitschakeling van de mededinging voor een aanzienlijk deel van de betrokken producten heeft te maken met het vraagstuk van machtsposities. Indien een onderneming ten gevolge van een horizontale overeenkomst een machtspositie heeft of verwerft, kan een overeenkomst die mededingingsbeperkende gevolgen heeft in de zin van artikel 53 in beginsel niet worden vrijgesteld.

De groepsvrijstellingen voor O & O en specialisatie

37. Onder bepaalde voorwaarden mag bij specifieke categorieën overeenkomsten worden aangenomen dat aan de criteria van artikel 53, lid 3, is voldaan. Dit geldt met name voor O & O- en productieovereenkomsten, waarbij de bundeling van complementaire vaardigheden of activa tot aanzienlijke efficiëntieverbeteringen kan leiden. Deze richtsnoeren dienen te worden beschouwd als een aanvulling op de groepsvrijstelling O & O en de groepsvrijstelling inzake specialisatie. Deze groepsvrijstellingen stellen de meeste gangbare soorten van overeenkomsten op het gebied van productie/specialisatie vrij tot een marktaandeeldrempel van 20 % en op het gebied van O & O tot een marktaandeeldrempel van

25 %, mits de overeenkomsten de toepassingsvoorwaarden van de groepsvrijstelling vervullen en geen hard-corebeperkingen (black clauses) bevatten, die een vrijstelling onmogelijk maken. De groepsvrijstellingen voorzien niet in een scheidbaarheid voor hard-corebeperkingen. Indien de overeenkomst één of meer hard-corebeperkingen bevat, gaat het voordeel van de groepsvrijstellingen voor de gehele overeenkomst verloren.

1.4. **Structuur van de volgende hoofdstukken inzake types van samenwerking**

38. De richtsnoeren zijn onderverdeeld in hoofdstukken betreffende bepaalde types van overeenkomsten. Elk hoofdstuk is opgebouwd volgens het in punt 1.3 beschreven analytische kader. Indien nodig, worden specifieke aanwijzingen gegeven betreffende de bepaling van de relevante markten (bv. op het gebied van O & O of met betrekking tot aankoopmarkten).

2. **ONDERZOEK- EN ONTWIKKELINGSOVEREENKOMSTEN**

2.1. **Definitie**

39. 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 of samenwerking op het gebied van het onderzoek, de ontwikkeling en het in de handel brengen van volledig 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 daarmee verband houdende overeenkomsten betreffende de productie of het in de handel brengen van de O & O-resultaten, op voorwaarde dat het zwaartepunt van de samenwerking O & O betreft, met uitzondering van concentraties en gemeenschappelijke ondernemingen die onder toepassing van artikel 57 van de EER-Overeenkomst vallen.
40. O & O-samenwerking kan vermijden dat nodeloos dubbele kosten worden gemaakt, een aanzienlijke kruisbestuiving van ideeën en ervaringen meebrengen en aldus de ontwikkeling van producten en technologieën versnellen. In het algemeen strekt O & O-samenwerking tot een verhoging van de totale O & O-activiteiten.
41. Kleine en middelgrote ondernemingen (hierna: „KMO's”) vormen een dynamische en heterogene categorie die met vele uitdagingen te kampen heeft, inclusief de steeds hogere eisen van grotere ondernemingen voor wie zij vaak als toeleverancier werken. In O & O-intensieve sectoren streven snelgroeiende KMO's, vaak groeiende

drijvende genoemd, ernaar om marktleider te worden in evenzeer snel groeiende marktsegmenten. Om aan die uitdagingen het hoofd te bieden en concurrerend te blijven moeten KMO's voortdurend innoveren. Door middel van samenwerking op O & O-gebied zal de totale O & O-activiteit van KMO's waarschijnlijk toenemen en zullen zij in staat zijn sterkere spelers op de markt heviger te beconcurreren.

42. Onder bepaalde omstandigheden kunnen O & O-overeenkomsten evenwel mededingingsproblemen veroorzaken en onder meer een beperkende invloed uitoefenen op prijzen, productie, innovatie of de veelheid of kwaliteit van producten.

2.2. **Relevante markten**

43. De definitie van de relevante markt voor de beoordeling van de gevolgen van een O & O-overeenkomst is gebaseerd op het onderkennen van producten, technologieën of O & O-activiteiten die 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 het geval bij O & O die gericht is 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 volledig nieuw product dat een eigen nieuwe markt schept (bv. een nieuw vaccin voor een voordien ongeneeslijke ziekte). In een dergelijk geval zijn bestaande markten slechts relevant indien zij enigszins verband houden met de innovatie in kwestie. Derhalve, en voorzover mogelijk, moeten de gevolgen van de samenwerking inzake innovatie worden beoordeeld. In de meeste gevallen gaat het evenwel waarschijnlijk om situaties die tussen deze twee extremen in liggen, meer bepaald situaties waarin innovatie producten (of technologieën) tot stand kan brengen die metertijd bestaande producten (of technologieën) vervangen (bv. cd's die platen vervangen). Een grondig onderzoek van die situaties kan een studie vergen van de bestaande markten en van de gevolgen van de overeenkomst inzake innovatie.

Bestaande markten

a) *Productmarkten*

44. Wanneer de samenwerking O & O betreft die gericht is op de verbetering van bestaande producten, wordt de voor de samenwerking relevante markt gevormd door die bestaande producten en hun naaste vervangproducten ⁽²⁶⁾.

⁽²⁶⁾ Voor de marktbeoordeling, zie de bekendmaking van de Toezicht houdende Autoriteit van de EVA inzake de bepaling van de relevante markt.

45. Wanneer de O & O-inspanningen gericht zijn op een aanzienlijke wijziging van een bestaand product of zelfs op een nieuw product dat een bestaand product vervangt, kan de substitutie met het bestaande product onvolledig zijn of slechts op lange termijn spelen. Derhalve is het onwaarschijnlijk dat de oude producten en de potentiële opkomende nieuwe producten tot dezelfde relevante markt behoren. De markt van bestaande producten kan niettemin een betrokken markt zijn voorzover het poolen van O & O-activiteiten waarschijnlijk zal leiden tot een coördinatie van het gedrag van de partijen als aanbieders van bestaande producten. Macht op de bestaande markt kan echter slechts worden benut voorzover de partijen samen een sterke positie bezitten met betrekking tot de bestaande productmarkt en de O & O-activiteiten.

46. Indien de O & O-activiteiten een belangrijke component van een eindproduct betreffen is het mogelijk dat niet alleen de markt van deze component relevant is voor de beoordeling, maar ook de bestaande markt van het eindproduct. Wanneer automobielproducenten bijvoorbeeld 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 belangrijke concurrenten zijn met betrekking tot de eindproducten.

b) *Technologiemarkten*

47. 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.

48. De methode ter bepaling van technologiemarkten volgt dezelfde beginselen als die welke worden gevolgd bij de bepaling van de productmarkt⁽²⁷⁾. 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 maar 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 verkopers van substitutietechnologieën.

49. De positie van de partijen in de markt van bestaande technologie is een relevant beoordelingscriterium wanneer O & O-samenwerking betrekking heeft op de aanzienlijke verbetering van bestaande technologie of op een nieuwe technologie die waarschijnlijk de bestaande zal vervangen. Het marktaandeel van de partijen kan echter slechts als een uitgangspunt voor deze analyse worden genomen. In technologiemarkten moet bijzondere aandacht worden besteed aan potentiële concurrentie. Indien ondernemingen die momenteel hun technologie niet in licentie geven, potentiële nieuwkomers zijn op de technologiemarkt, zouden zij waarschijnlijk de mogelijkheid van de partijen om de prijs voor hun technologie te verhogen kunnen beperken (zie voorbeeld 3 hieronder).

Mededinging inzake innovatie (O & O-activiteiten)

50. Het is mogelijk dat O & O-samenwerking geen — of niet uitsluitend — gevolgen sorteert voor de mededinging op bestaande markten maar ook voor de mededinging op innovatiegebied. Dit is het geval wanneer de 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 volledig 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 producttechnologiemarkten. In dit opzicht kunnen twee scenario's worden onderscheiden, afhankelijk van de aard van het innovatieproces in een bepaalde bedrijfstak.

51. In het eerste scenario, dat bijvoorbeeld geldt in de farmaceutische industrie, is het innovatieproces op dusdanige wijze gestructureerd dat in een vroeg stadium O & O-pools kunnen worden onderkend. O & O-pools zijn O & O-inspanningen die gericht zijn op een bepaald nieuw product of een bepaalde nieuwe technologie en de O & O-activiteiten welke die O & O-inspanningen kunnen vervangen, d.w.z. O & O-activiteiten die gericht zijn op de ontwikkeling van producten of technologie die de producten en technologie die het voorwerp van de samenwerking zijn, kunnen vervangen en die een vergelijkbare toegang tot middelen hebben en volgens een gelijkaardig tijdschema verlopen. In dit geval kan worden onderzocht of er na de overeenkomst een

⁽²⁷⁾ Zie de bekendmaking van de Toezichthoudende Autoriteit van de EVA inzake de bepaling van de relevante markt; zie tevens, bijvoorbeeld, Beschikking 94/811/EG van de Europese Commissie van 8 juni 1994 in zaak nr. IV/M269 — Shell/Montecatini, PB L 332 van 22.12.1994, blz. 48.

voldoende aantal O & O-pools overblijven. Het uitgangspunt van de analyse ligt in de O & O-activiteiten van de partijen. Vervolgens moeten geloofwaardige concurrerende O & O-pools worden onderkend. 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, hun toegang tot financiële en menselijke hulpbronnen, knowhow en octrooien of andere specifieke activa, alsmede hun tijdsverloop en de mogelijkheid eventuele resultaten te exploiteren. Een O & O-pool is niet geloofwaardig als concurrent indien hij bijvoorbeeld uit het oogpunt van de toegang tot hulpmiddelen of het tijdschema niet kan worden beschouwd als een naaste vervanging voor de O & O-activiteit van de partijen.

52. 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 Toezichthoudende Autoriteit van de EVA, behoudens uitzonderlijke omstandigheden, niet trachten de gevolgen van een bepaalde O & O-samenwerking voor innovatieactiviteiten te beoordelen, maar zou zij zich beperken tot de product- en/of technologiemarkten die met de betrokken O & O-samenwerking verband houden.

Berekening van de marktaandelen

53. Bij de berekening van de marktaandelen moet, zowel in het kader van de groepsvrijstelling 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 samenwerking is het referentiepunt de markt voor producten die kunnen worden verbeterd of vervangen door de producten die in ontwikkeling zijn. Indien de O & O-overeenkomst uitsluitend beoogt bestaande producten te verbeteren of te verfijnen, omvat deze markt de producten die rechtstreeks voortvloeien uit de O & O. De marktaandelen kunnen in dat geval worden berekend op grond van de waarde van de totale verkoop van bestaande producten. Indien de O & O erop gericht is 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 eveneens worden berekend op grond van de waarde van de totale verkoop van bestaande producten. De groepsvrijstelling 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 of vervangen. Voor een automatische vrijstelling mag dit marktaandeel niet meer bedragen dan 25 %⁽²⁸⁾.

54. Indien de O & O ten doel heeft 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 inzake innovatie is mogelijk. Bijgevolg stelt de groepsvrijstelling O & O deze overeenkomsten ongeacht het marktaandeel vrij voor een periode van zeven jaar nadat het product voor het eerst op de markt is gebracht⁽²⁹⁾. Het voordeel van de groepsvrijstelling kan evenwel worden ingetrokken indien de overeenkomst de daadwerkelijke mededinging inzake innovatie zou uitschakelen⁽³⁰⁾. 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⁽³¹⁾.

2.3. Beoordeling op grond van artikel 53, lid 1

2.3.1. Aard van de overeenkomst

2.3.1.1. Overeenkomsten die niet onder artikel 53, lid 1, vallen

55. De meeste O & O-overeenkomsten vallen niet binnen de werkingssfeer van artikel 53, lid 1. Dit geldt in de eerste plaats voor overeenkomsten die betrekking hebben op O & O-samenwerking in een voornamelijk theoretisch stadium dat ver verwijderd is van de exploitatie van de eventuele resultaten.
56. Bovendien beperkt O & O-samenwerking tussen ondernemingen die elkaar niet beconcurreren, in het algemeen de mededinging niet⁽³²⁾. 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 niet in staat zijn de noodzakelijke O & O onafhankelijk uit te voeren is er geen mededinging die kan worden beperkt. Dit geldt bijvoorbeeld voor ondernemingen die aanvullende bekwaamheden, technologieën en andere middelen samenbrengen. De potentiële mededinging moet op een realistische grondslag worden beoordeeld. Partijen kunnen bijvoorbeeld niet als potentiële concurrenten worden aangemerkt omdat de samenwerking hen in staat stelt 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.

⁽²⁹⁾ Artikel 4, lid 1, van de groepsvrijstelling O & O.

⁽³⁰⁾ Artikel 7, onder e), van de groepsvrijstelling O & O.

⁽³¹⁾ Artikel 4, lid 3, van de groepsvrijstelling O & O.

⁽³²⁾ Een O & O-samenwerking tussen ondernemingen die elkaar niet beconcurreren, kan evenwel afscherpende gevolgen hebben in de zin van artikel 53, lid 1, indien de samenwerking betrekking heeft op een exclusieve exploitatie van resultaten en gesloten is tussen ondernemingen waarvan één aanzienlijke marktmacht heeft met betrekking tot wezenlijke technologie.

⁽²⁸⁾ Artikel 4, lid 2, van de groepsvrijstelling O & O.

57. O & O-samenwerking door middel van de uitbesteding van O & O-activiteiten die voorheen in de onderneming werden verricht, vindt 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. Aangezien de samenwerkende partijen in deze scenario's complementair zijn, is artikel 53, lid 1, niet van toepassing.
58. O & O-samenwerking die geen betrekking heeft op de gezamenlijke exploitatie van de eventuele resultaten door middel van licenties, productie of het op de markt brengen van die resultaten, valt zelden in het toepassingsgebied van artikel 53, lid 1. Deze „zuivere” O & O-overeenkomsten kunnen slechts aanleiding geven tot mededingingsproblemen indien de daadwerkelijke mededinging met betrekking tot de innovatie aanzienlijk wordt beperkt.
- 2.3.1.2. Overeenkomsten die bijna altijd onder artikel 53, lid 1, vallen
59. Indien het werkelijke doel van de overeenkomst niet O & O is, maar de totstandbrenging van een verkapt kartel, d.w.z. een verboden prijsvaststelling, productiebeperking of marktverdeling, valt deze overeenkomst onder artikel 53, lid 1. Een O & O-overeenkomst die er tevens op gericht is de eventuele toekomstige resultaten gezamenlijk te exploiteren, beperkt echter niet noodzakelijkerwijze de mededinging.
- 2.3.1.3. Overeenkomsten die onder artikel 53, lid 1, kunnen vallen
60. O & O-overeenkomsten die niet van meet af aan kunnen worden aangemerkt als overeenkomsten die de mededinging kennelijk niet beperken, kunnen onder artikel 53, lid 1, vallen⁽³³⁾ en moeten in hun economische context worden onderzocht. Dit geldt voor O & O-samenwerking die is opgezet in een fase die zich dicht bij de markt bevindt, en tussen ondernemingen is overeengekomen die concurrenten zijn op bestaande product- en technologiemarkten of innovatiemarkten.
- 2.3.2. *Marktmacht en marktstructuur*
61. O & O-samenwerking kan in drie opzichten negatieve gevolgen voor de markt hebben: in de eerste plaats kan de innovatie worden beperkt, in de tweede plaats kan die samenwerking tot de coördinatie van het gedrag van
- de partijen op bestaande markten leiden, en in de derde plaats kunnen afschermingsproblemen rijzen inzake de exploitatie van de eventuele resultaten. Deze categorieën negatieve gevolgen zullen zich waarschijnlijk slechts voordoen wanneer de partijen bij de samenwerking een aanzienlijke macht hebben op de bestaande markten en/of de mededinging met betrekking tot de innovatie aanzienlijk is beperkt. Zonder marktmacht is er geen stimulans om het gedrag te coördineren op bestaande markten of om innovatie te beperken of af te remmen. Een afschermingsprobleem kan slechts ontstaan bij een samenwerking waarbij minstens één marktdeelnemer is betrokken die aanzienlijke marktmacht heeft ten aanzien van wezenlijke technologie en de exclusieve exploitatie van de resultaten.
62. Er is geen absoluut marktaandeel vanwaaraf een O & O-overeenkomst een bepaalde marktmacht in het leven roept en dus onder artikel 53, lid 1, valt. Maar voor O & O-overeenkomsten geldt een vrijstelling, voorzover zij gesloten zijn tussen partijen met een gezamenlijk marktaandeel dat niet meer dan 25 % bedraagt en aan de andere voorwaarden voor de toepassing van de groepsvrijstelling O & O is voldaan. Daarom moet voor de meeste O & O-overeenkomsten slechts worden nagegaan wat de mededingingsbeperkende gevolgen zijn indien het gezamenlijke marktaandeel van de partijen meer dan 25 % bedraagt.
63. Overeenkomsten die buiten de toepassing van de groepsvrijstelling vallen wegens een sterkere marktpositie van de partijen, beperken niet noodzakelijkerwijze de mededinging. Naarmate de gecombineerde positie van de partijen op bestaande markten sterker is en/of de beperking van de mededinging inzake innovatie toeneemt, is het waarschijnlijker dat artikel 53, lid 1, van toepassing is en dat de beoordeling van de samenwerking een uitvoeriger onderzoek vergt.
64. Wanneer de O & O is gericht op de verbetering of de verfijning van bestaande producten of technologieën, betreffen de mogelijke gevolgen de relevante markt of markten van deze bestaande producten of technologieën. Gevolgen voor prijzen, productie en/of innovatie op bestaande markten zijn evenwel slechts waarschijnlijk ingeval de partijen samen een sterke positie bezitten, de toegang tot die markten moeilijk is en slechts weinig andere innovatieactiviteiten worden verricht. Wanneer de O & O slechts betrekking heeft op een relatief onbeduidende component van een eindproduct, zijn de (eventuele) gevolgen voor de mededinging op de markt van het eindproduct zeer gering. In het algemeen moet een onderscheid worden gemaakt tussen zuivere O & O-overeenkomsten en ruimere samenwerking die verschillende fases van de exploitatie van de resultaten omvat (licentieverlening, productie en het op de markt brengen). Zoals gezegd, vallen zuivere O & O-overeenkomsten zelden onder artikel 53, lid 1. Dit geldt inzonderheid voor O & O die gericht zijn op een beperkte verbetering van bestaande producten of technologieën. Omvat de O & O-samenwerking in een

⁽³³⁾ Overeenkomstig artikel 4, lid 2, punt iii), van hoofdstuk II van Protocol 4 bij de Toezichtovereenkomst kunnen overeenkomsten die uitsluitend gemeenschappelijk onderzoek en ontwikkeling betreffen bij de Toezichthoudende Autoriteit van de EVA worden aangemeld. De aanmelding is evenwel niet verplichtend.

dergelijk scenario een gezamenlijke exploitatie die beperkt is tot licentieverlening, dan is het onwaarschijnlijk dat zij beperkende effecten, zoals afscherming, tot gevolg zal hebben. Omvat de samenwerking evenwel de gezamenlijke productie en/of het op de markt brengen van licht verbeterde producten of technologieën, dan moet zij nader worden onderzocht. In de eerste plaats zijn negatieve gevolgen voor de prijzen en de productie op de bestaande markten waarschijnlijker wanneer bij de samenwerking belangrijke concurrenten betrokken zijn. In de tweede plaats kan de samenwerking nauwer aansluiten bij een productieovereenkomst voorzover de O & O-activiteiten in feite niet het zwaartepunt van de samenwerking zijn.

65. Ingeval de O & O gericht is op een volledig nieuw product of technologie dat of die een eigen nieuwe markt tot stand brengt, zijn gevolgen voor de prijs en de productie op bestaande markten eerder onwaarschijnlijk. Het onderzoek moet gericht zijn op potentiële beperkingen van de innovatie die bijvoorbeeld betrekking hebben op de kwaliteit en de verscheidenheid van potentiële toekomstige producten of technologieën of de voortgang van de innovatie. Die beperkende gevolgen 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 dichtbij de uitbrenging van het product is gekomen. In een dergelijke situatie kan de innovatie door een zuivere O & O-overeenkomst zelfs worden beperkt. In het algemeen is O & O-samenwerking op het gebied van volledig nieuwe producten concurrentiebevorderend. Hierin komt geen grote wijziging ingeval de samenwerking betrekking heeft op de gemeenschappelijke exploitatie van de resultaten of zelfs op het gemeenschappelijk vermarkten ervan. De kwestie van de gemeenschappelijke exploitatie is in deze gevallen slechts relevant voorzover de toegang tot wezenlijke technologieën wordt afgeschermd. Dergelijke problemen zouden niet rijzen wanneer de partijen licenties verlenen aan derden.
66. De meeste O & O-overeenkomsten houden het midden tussen de twee hierboven beschreven situaties. Derhalve kunnen zij gevolgen hebben voor de innovatie en repercussies hebben op bestaande markten. Om die reden kunnen de bestaande markt en de gevolgen voor de innovatie relevant zijn voor de beoordeling van de gecombineerde posities van de partijen, de concentratiëratio's, het aantal spelers/innovatoren en de toegangsvoorwaarden op de markt. In sommige gevallen kan er sprake zijn van beperkende gevolgen voor de prijzen en de productie op bestaande markten en kan de innovatie negatief worden beïnvloed doordat de ontwikkeling wordt afgeremd. Ingeval belangrijke concurrenten op een bestaande technologiemarkt samenwerken bij de ontwikkeling van een nieuwe technologie die ooit bestaande producten kan vervangen, kan deze samenwerking mogelijkwijze beperkende gevolgen sorteren

indien de partijen een aanzienlijke marktmacht hebben op de bestaande markt (hetgeen hen ertoe zou aanzetten om van hun positie gebruik te maken) en tevens een sterke positie innemen op het betrokken O & O-gebied. Vergelijkbare gevolgen zijn mogelijk ingeval de grootste speler op een bestaande markt samenwerkt met een veel kleinere speler of met een potentiële concurrent die op het punt staat op de markt te komen met een nieuw product of een nieuwe technologie, waardoor de positie van de gevestigde onderneming in gevaar kan komen.

67. Bepaalde overeenkomsten kunnen buiten het toepassingsgebied van de groepsvrijstelling vallen ongeacht de marktmacht van de partijen. Dit geldt bijvoorbeeld voor overeenkomsten die de toegang van een partij tot de resultaten van het werk beperken, omdat deze in het algemeen niet bijdragen tot de technische of economische vooruitgang door de verspreiding te verhogen van technische kennis onder partijen⁽³⁴⁾. In de groepsvrijstelling is voorzien 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 O & O-resultaten⁽³⁵⁾. Niettemin dient te worden opgemerkt dat overeenkomsten die exclusieve toegangsrechten bevatten, aan de criteria voor vrijstelling op grond van artikel 53, lid 3, kunnen voldoen indien zij onder artikel 53, lid 1, vallen, inzonderheid wanneer de exclusieve toegangsrechten economisch onmisbaar zijn in het licht van 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.

2.4. Beoordeling op grond van artikel 53, lid 3

2.4.1. Economische voordelen

68. De meeste O & O-overeenkomsten brengen, ongeacht of zij gepaard gaan met een gemeenschappelijke exploitatie van de potentiële resultaten, economische voordelen teweeg door kostenbesparingen en een kruisbestuiving van ideeën en ervaring, en leiden dus tot een snellere ontwikkeling van verbeterde of nieuwe producten en technologieën. Onder die omstandigheden lijkt het redelijk een vrijstelling te verlenen voor alle overeenkomsten die slechts leiden tot een beperking van de mededinging beneden een marktaandeeldrempel waaronder, met het oog op de toepassing van artikel 53, lid 3, mag worden aangenomen dat de positieve gevolgen van O & O-overeenkomsten in het algemeen zullen opwegen tegen de negatieve gevolgen voor de mededinging. De groepsvrijstelling O & O stelt daarom alle O & O-overeenkomsten vrij, die aan bepaalde voorwaarden voldoen (zie artikel 3) en die geen hard-corebeperkingen bevatten

⁽³⁴⁾ Zie artikel 3, lid 2, van de groepsvrijstelling O & O.

⁽³⁵⁾ Zie artikel 3, lid 2, van de groepsvrijstelling O & O.

(zie artikel 5), mits het gezamenlijke marktaandeel van de partijen op de betrokken bestaande markt of markten niet meer dan 25 % bedraagt.

69. Wanneer de samenwerking een aanzienlijke marktmacht tot stand brengt of verhoogt, moeten de partijen aantonen dat de O & O-samenwerking aanzienlijke voordelen zal meebrengen, ertoe zal leiden dat nieuwe producten/technologieën sneller op de markt zullen worden gebracht of meer efficiëntie op een ander gebied zal opleveren.

2.4.2. Onmisbaarheid

70. Een O & O-overeenkomst kan niet worden vrijgesteld indien zij beperkingen oplegt die niet onmisbaar zijn voor de bewerkstelling van de bovengenoemde voordelen. De afzonderlijke clausules die in artikel 5 van de groepsvrijstelling zijn genoemd, maken een vrijstelling meestal onmogelijk, zelfs na onderzoek van de overeenkomst, en kunnen derhalve worden beschouwd als een goed voorbeeld van beperkingen die niet onmisbaar zijn voor de samenwerking.

2.4.3. Geen uitschakeling van de mededinging

71. Er kan geen vrijstelling worden verleend wanneer de partijen de mogelijkheid krijgen de mededinging voor een wezenlijk deel van de betrokken producten (of technologieën) uit te schakelen. Wanneer een onderneming ten gevolge van een O & O-overeenkomst een machtspositie bezit of verwerft, hetzij op een bestaande markt, hetzij inzake innovatie, kan voor een dergelijke overeenkomst die mededingingsbeperkende gevolgen in de zin van artikel 53 heeft, in beginsel geen vrijstelling worden verleend. Voor innovatie is dit bijvoorbeeld het geval wanneer de overeenkomst de enige twee bestaande onderzoekspolen samenbrengt.

Tijdstip van de beoordeling en duur van de vrijstelling

72. O & O-overeenkomsten die de gezamenlijke productie en het op de markt brengen van nieuwe producten/technologieën behelzen, vergen een bijzondere aandacht wat het tijdstip van de beoordeling betreft.
73. Bij de aanvang van een O & O-samenwerking zijn het welzijn ervan, de toekomstige positie van de partijen op de markt en de evolutie van de toekomstige product- en technologiemarkten vaak niet bekend. Derhalve is de beoordeling op het tijdstip waarop de samenwerking tot stand komt, beperkt tot de (op dat tijdstip) bestaande product- of technologiemarkten en/of innovatiemarkten zoals in dit hoofdstuk beschreven. Wanneer uit dit onderzoek blijkt dat de uitschakeling van de mededinging onwaarschijnlijk is, kan de O & O-overeenkomst voor de vrijstelling in aanmerking komen. Zij wordt doorgaans toegekend voor de duur van de O & O-fase

en, indien de samenwerking eveneens betrekking heeft op de gemeenschappelijke productie en het op de markt brengen van de resultaten, voor een bijkomende periode teneinde rekening te houden met de eventuele uitbrenging en marktintroductie van de resultaten van de samenwerking. Deze verlenging van de vrijstelling is gerechtvaardigd omdat de eerste ondernemingen die op de markt komen met een nieuw product of een nieuwe technologie, aanvankelijk vaak zeer hoge marktaandelen hebben en omdat succesvolle O & O vaak wordt beloond door een bescherming van de ermee verband houdende intellectuele-eigendomsrechten. Een sterke marktpositie die kan worden toegeschreven aan dit „voordeel van de pionier”, kan niet worden uitgelegd als een uitschakeling van de mededinging. De groepsvrijstelling (ex ante) voor O & O-overeenkomsten geldt derhalve voor een bijkomende periode van zeven jaar (d.w.z. na de O & O-fasen), ongeacht of de partijen met hun nieuwe producten/technologieën in deze periode een hoog marktaandeel verwerven. Dit geldt tevens voor de individuele beoordeling van zaken die buiten de groepsvrijstelling vallen, op voorwaarde dat ten aanzien van de andere aspecten van de overeenkomst aan de criteria van artikel 53, lid 3, is voldaan. Dit sluit niet uit dat een periode van meer dan zeven jaar eveneens aan de criteria van artikel 53, lid 3, voldoet indien kan worden bewezen dat deze periode het noodzakelijke minimum is om een voldoende rendement op de betrokken investering te garanderen.

74. Indien een O & O-samenwerking na het verstrijken van die periode opnieuw wordt beoordeeld, bijvoorbeeld ingevolge een klacht, moet het onderzoek gebaseerd zijn op de (dan) bestaande marktsituatie. De groepsvrijstelling blijft van toepassing wanneer het aandeel van de partijen op de (op dat tijdstip) relevante markt niet meer dan 25 % bedraagt. Evenzo blijft artikel 53, lid 3, van toepassing op O & O-overeenkomsten die buiten de groepsvrijstelling vallen, op voorwaarde dat aan de vrijstellingscriteria is voldaan.

2.5. Voorbeelden

75. Voorbeeld 1

Situatie: Op de EER-markt zijn er twee belangrijke fabrikanten van bestaande elektronische onderdelen: A (30 %) en B (30 %). Zij hebben elk aanzienlijke investeringen verricht in onderzoek en ontwikkeling die noodzakelijk zijn voor de ontwikkeling van elektronische miniatuuronderdelen en hebben eerst de prototypes ontwikkeld. Zij komen overeen deze O & O-inspanningen samen te brengen in een gemeenschappelijke onderneming met het oog op de voltooiing van de O & O 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: Elektronische miniatuuronderdelen die waarschijnlijk op sommige gebieden zullen concurreren met bestaande onderdelen, zijn voornamelijk een nieuwe technologie en de onderzoekspolen die gericht zijn op deze toekomstige markt moeten worden onderzocht. Indien de gemeenschappelijke onderneming haar opdracht volbrengt, bestaat er slechts één toegang tot de noodzakelijke fabricagetechnologie, terwijl het waarschijnlijk lijkt dat A en B de markt afzonderlijk zouden kunnen bereiken met verschillende producten. Hoewel de onderneming voordelen kan inhouden omdat een nieuwe techniek sneller op de markt komt, kan zij tevens de verscheidenheid beperken en gemeenschappelijke kosten bij de partijen tot stand brengen. Bovendien dient er mee rekening te worden gehouden dat de partijen de mogelijkheid krijgen hun sterke positie op de bestaande markt uit te buiten. Aangezien zij op O & O-gebied geen concurrentie ondervinden, is de aansporing om sneller nieuwe technologieën te ontwikkelen sterk verminderd. Hoewel sommige van deze bezorgdheden kunnen worden verholpen door van de partijen te eisen dat zij wezenlijke knowhow voor de fabricage van de miniatuuronderdelen in licentie geven aan derden tegen redelijke voorwaarden, kan het onmogelijk blijken voor alle bezwaren een oplossing te vinden en aan de voorwaarde voor een vrijstelling te voldoen.

76. Voorbeeld 2

Situatie: Een kleine onderzoekonderneming A die 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 B. B vervaardigt de producten die tot dusver voor de behandeling van de ziekte zijn gebruikt. Onderneming B heeft geen gelijkaardig O & O-programma. Onderneming B heeft een marktaandeel van ongeveer 75 % op de markt van de bestaande producten in alle EER-staten, maar de octrooien verstrijken binnen een periode van vijf jaar. Er bestaan twee andere onderzoekspools 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 de partijen gezamenlijk erin zullen slagen het product binnen vijf tot zeven jaar op de markt te brengen.

Analyse: Het product zal waarschijnlijk tot een nieuwe relevante markt behoren. De partijen brengen aanvullende middelen en bekwaamheden 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 en zal het bestaan van andere onderzoekspools waarschijnlijk verhinderen dat de O & O-inspanningen worden verminderd. De exploitatierechten gedurende de resterende octrooiperiode zijn waarschijnlijk noodzakelijk om onderneming B in staat te stellen de aanzienlijke investeringen te verrichten. Bovendien beschikt onderneming A niet over een commerciële structuur. Om die reden is het onwaarschijnlijk dat de overeenkomst de mededinging zal beperken.

77. Voorbeeld 3

Situatie: Twee engineeringbedrijven die auto-onderdelen fabriceren 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. Zij brengen tevens hun bestaande activiteiten inzake het in licentie geven van technologieën op dit gebied in, maar blijven de onderdelen afzonderlijk fabriceren. De twee ondernemingen hebben in de EER marktaandeel van respectievelijk 15 % en 20 % op de desbetreffende productmarkt. Er zijn twee andere grote concurrenten en grote automobielproducenten voeren verschillende eigen onderzoekprogramma's uit. Op de wereldmarkt voor het in licentie geven van de technologie voor deze producten, hebben zij marktaandeel van respectievelijk 20 % en 25 % in termen van gegenereerde inkomsten. Bovendien bestaan er twee andere belangrijke technologieën. De levenscyclus van het onderdeel als product 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 zijn, moeten de markten voor de bestaande onderdelen en voor het in licentie geven van relevante technologie worden onderzocht. Hoewel hun bestaande O & O-programma's elkaar in het algemeen overlappen, kan de door de samenwerking beperkte verdubbeling van die activiteiten hen in staat stellen meer uit te geven aan O & O dan elk afzonderlijk. Er bestaan verschillende andere technologieën en het gecombineerde marktaandeel van de partijen op de betrokken onderdelenmarkt is niet zo groot dat zij een machtspositie zouden innemen. Hoewel hun marktaandeel van 45 % op de technologiemarkt zeer groot is, zijn er concurrerende technologieën. Daarenboven zijn de automobielproducenten, die thans hun technologie niet in licentie geven, eveneens potentiële betreders van de markt, waardoor de mogelijkheid van de partijen de prijzen te verhogen wordt ingeperkt. De hierboven beschreven gemeenschappelijke onderneming zal waarschijnlijk voor een vrijstelling in aanmerking komen.

3. PRODUCTIEOVEREENKOMSTEN (WAARONDER SPECIALISATIEOVEREENKOMSTEN)

3.1. Definitie

78. Productieovereenkomsten kunnen verschillen in vorm en draagwijdte. Zij kunnen de vorm aannemen van een gemeenschappelijke productie door een gemeenschappelijke onderneming⁽³⁶⁾, meer bepaald een onderneming waarover gezamenlijke zeggenschap wordt uitgeoefend en die één of meer productiefaciliteiten exploiteert of haar activiteiten via specialisatie- of toeleveringsovereenkomsten uitoefent waarbij één partij ermee instemt een bepaald product te produceren.
79. In het algemeen kunnen drie categorieën productieovereenkomsten worden onderscheiden: gezamenlijke productieovereenkomsten waarbij de partijen overeenkomen bepaalde producten gezamenlijk te produceren, (eenzijdige of wederkerige) specialisatieovereenkomsten waarbij de partijen overeenkomen eenzijdig of wederzijds de productie van een product te beëindigen en het product bij de andere partij te betrekken, en toeleveringsovereenkomsten waarbij één partij (de „opdrachtgever”) een andere partij (de „toeleverancier”) met de productie van een product belast.
80. Toeleveringsovereenkomsten zijn verticale overeenkomsten. Derhalve vallen zij, voorzover zij beperkingen van de mededinging bevatten, onder de groepsvrijstelling en de richtsnoeren inzake verticale beperkingen. Er zijn evenwel twee uitzonderingen op deze regel: toeleveringsovereenkomsten tussen concurrenten⁽³⁷⁾ en toeleveringsovereenkomsten tussen niet-concurrenten waarbij knowhow wordt overgedragen aan de opdrachtgever⁽³⁸⁾.

⁽³⁶⁾ Zoals gezegd hebben deze richtsnoeren geen betrekking op gemeenschappelijke ondernemingen die onder artikel 57 van de EER-Overeenkomst vallen. Gemeenschappelijke ondernemingen die duurzaam alle functies van een zelfstandige economische eenheid vervullen maar geen EER- of communautaire dimensie hebben, worden doorgaans door de mededingingsautoriteiten van de EER-staten behandeld. De toepassing van hoofdstuk II van Protocol 4 bij de Toezichtovereenkomst komt slechts aan de orde wanneer een dergelijke volwaardige gemeenschappelijke onderneming tot een beperking van de mededinging zou leiden doordat de moederondernemingen hun gedrag buiten de gemeenschappelijke onderneming op elkaar afstemmen („spill-overeffect”). Terzake heeft de Europese Commissie verklaard dat zij de beoordeling van dergelijke operaties zoveel mogelijk aan de EU-lidstaten wil overlaten (zie verklaring voor de notulen van de Raad betreffende Verordening (EG) nr. 1310/97, punt 4). De Toezichthoudende Autoriteit van de EVA zal een vergelijkbaar beginsel toepassen ten aanzien van de EVA-staten.

⁽³⁷⁾ Artikel 2, lid 4, van de groepsvrijstelling inzake verticale beperkingen.

⁽³⁸⁾ Artikel 2, lid 3, van de groepsvrijstelling inzake verticale beperkingen. Zie tevens punt 33 van de richtsnoeren inzake verticale beperkingen waarin is bepaald dat de toeleveringsovereenkomsten tussen niet-concurrenten op grond waarvan de koper aan de leverancier alleen specificaties verstrekt die de te leveren goederen of diensten beschrijven, onder de groepsvrijstelling inzake verticale beperkingen vallen.

81. Toeleveringsovereenkomsten tussen concurrenten vallen onder deze richtsnoeren⁽³⁹⁾. Richtsnoeren inzake de beoordeling van toeleveringsovereenkomsten tussen niet-concurrenten waarbij een overdracht van knowhow aan de toeleverancier is gemoeid, worden verstrekt in een afzonderlijke bekendmaking⁽⁴⁰⁾.

3.2. Relevante markten

82. Teneinde de concurrentieverhouding tussen de samenwerkende partijen te beoordelen, moet eerst de relevante geografische en productmarkt of -markten waarop de samenwerking rechtstreeks betrekking heeft (meer bepaald de markt of markten waartoe de producten behoren waarop de overeenkomst betrekking heeft), worden afgebakend. In de tweede plaats kan een productieovereenkomst op een bepaalde markt gevolgen hebben voor het concurrentiegedrag van de partijen op een downstream- of upstream-markt of op een aangrenzende markt die nauw verbonden is met de markt waarop de samenwerking rechtstreeks betrekking heeft⁽⁴¹⁾ (de „spill-overmarkten”). Spill-overeffecten komen evenwel slechts voor, ingeval de samenwerking op een markt noodzakelijkerwijze tot de coördinatie van het concurrentiegedrag op een andere markt leidt, meer bepaald wanneer de markten onderling afhankelijk en met elkaar verbonden zijn en de partijen een sterke positie op de spill-overmarkt innemen.

3.3. Beoordeling op grond van artikel 53, lid 1

3.3.1. Aard van de overeenkomst

83. De coördinatie van het concurrentiegedrag van de partijen als aanbieders is de voornaamste bron van mededingingsproblemen die eventueel kunnen rijzen bij productieovereenkomsten. Dit type mededingingsproblemen ontstaat wanneer de samenwerkende partijen daadwerkelijke of potentiële concurrenten zijn op minstens één van die relevante markt of markten, d.w.z. op de markten waarop de samenwerking rechtstreeks betrekking heeft en/of op mogelijke spill-overmarkten.

⁽³⁹⁾ Indien in een toeleveringsovereenkomst tussen concurrenten is bepaald dat de opdrachtgever de productie van het product waarop de overeenkomst betrekking heeft zal stopzetten, behelst de overeenkomst een eenzijdige specialisatie die onder bepaalde voorwaarden in het toepassingsgebied van de groepsvrijstelling inzake specialisatie valt.

⁽⁴⁰⁾ Mededeling van de Toezichthoudende Autoriteit van de EVA betreffende de beoordeling van toeleveringsovereenkomsten in het licht van artikel 53, lid 1, van de EER-Overeenkomst, PB L 153 van 18.6.1994, blz. 30, en EER-Supplement bij het PB, nr. 15 van 18.6.1994, blz. 29.

⁽⁴¹⁾ Zoals genoemd in artikel 2, lid 4, van het in punt 1 van bijlage XIV bij de EER-Overeenkomst vermelde besluit (Verordening (EEG) nr. 4064/89, PB L 395 van 30.12.1989, blz. 1, gerechtigd in PB L 257 van 21.9.1990, blz. 13, als laatstelijk gewijzigd bij Verordening (EG) nr. 1310/97, PB L 180 van 9.7.1997, blz. 1) (de concentratieverordening).

84. Het feit dat partijen concurrenten zijn, leidt niet automatisch tot de coördinatie van hun gedrag. Bovendien moeten de partijen doorgaans samenwerken met betrekking tot een aanzienlijk deel van hun activiteiten om een aanzienlijke mate van gemeenschappelijke kosten te bereiken. Hoe meer de kosten gemeenschappelijk zijn, hoe groter de mogelijkheid is om de prijsconcurrentie te beperken, inzonderheid bij homogene producten.
85. Behalve problemen in verband met coördinatie kunnen productieovereenkomsten eveneens leiden tot afschermingsproblemen en andere negatieve gevolgen voor derden. Zij worden niet veroorzaakt door een concurrentieverhouding tussen de partijen, maar door een sterke marktpositie van ten minste één van de partijen (bijvoorbeeld op een upstream-markt van een wezenlijk onderdeel dat de partijen in staat stelt de kosten van hun concurrenten op te drijven in een downstream-markt) in de context van een meer verticale of aanvullende verhouding tussen de samenwerkende partijen. De mogelijkheid van afscherming dient derhalve vooral te worden onderzocht in het geval van gezamenlijke productie van een belangrijk onderdeel en van onderaannemingscontracten (zie hieronder).

3.3.1.1. Overeenkomsten die niet onder artikel 53, lid 1, vallen

86. Tenzij er afschermingsproblemen rijzen, vallen productieovereenkomsten tussen ondernemingen die geen concurrenten van elkaar zijn, doorgaans niet onder artikel 53, lid 1. Dit geldt eveneens voor overeenkomsten waarbij input of onderdelen die tot dusver voor eigen gebruik werden gefabriceerd, voortaan bij wijze van onderaanneming of in het kader van een eenzijdige specialisatieovereenkomst bij een derde worden betrokken, tenzij er aanwijzingen zijn dat de onderneming die tot dusver alleen voor haar eigen verbruik heeft geproduceerd, de markt voor de verkoop aan derden had kunnen betreden zonder merkbare bijkomende kosten of risico's in reactie op kleine, maar permanente wijzigingen van de betrokken marktprijzen.
87. Zelfs productieovereenkomsten tussen concurrenten vallen niet noodzakelijkerwijze onder artikel 53, lid 1. In de eerste plaats kan een samenwerking tussen ondernemingen die elkaar beconcurreren op markten die nauw verbonden zijn met de markt waarop de samenwerking rechtstreeks betrekking heeft, niet worden gedefinieerd als een beperking van de mededinging wanneer de samenwerking de enige commercieel gerechtvaardigde mogelijkheid is om een nieuwe markt te betreden, een nieuw product of een nieuwe dienst uit te brengen of om een specifiek project ten uitvoer te leggen.
88. In de tweede plaats is het hoogst onwaarschijnlijk dat deze samenwerking invloed op het concurrentiegedrag van de partijen als aanbieders zal hebben indien slechts een gering deel van hun totale kosten gemeenschappelijk is. Er mag bijvoorbeeld worden aangenomen dat slechts

een gering deel van de totale kosten gemeenschappelijk is wanneer twee of meer ondernemingen overeenkomen zich op een bepaald gebied te specialiseren of samen een halffabriek te produceren dat slechts een klein gedeelte van de productiekosten van het eindproduct en derhalve van de totale kosten uitmaakt. Hetzelfde geldt voor een onderaannemingscontract tussen concurrenten, waarbij het product dat de ene concurrent bij de andere koopt slechts een klein percentage van de productiekosten van het eindproduct uitmaakt. Dat de totale kosten slechts in geringe mate gemeenschappelijk zijn, mag eveneens worden aangenomen wanneer de partijen gezamenlijk een eindproduct fabriceren waarbij deze gemeenschappelijke productie slechts een gering deel van de totale productie van het eindproduct uitmaakt. Zelfs wanneer een aanzienlijk deel van de productie gemeenschappelijk is, kan het gemeenschappelijke deel van de totale kosten klein of matig zijn wanneer de samenwerking betrekking heeft op heterogene producten die tegen hoge kosten in de handel worden gebracht.

89. In de derde plaats vallen onderaannemingscontracten tussen concurrenten niet onder artikel 53, lid 1, indien zij beperkt blijven tot losse aankopen en verkopen op de vrije markt, zonder verdere verplichtingen en zonder dat deze deel uitmaken van een ruimere commerciële relatie tussen de partijen⁽⁴²⁾.

3.3.1.2. Overeenkomsten die bijna altijd onder artikel 53, lid 1, vallen

90. Overeenkomsten waarbij de prijzen voor leveranties van de partijen op de markt worden vastgesteld, de productie wordt beperkt of de markten of de categorieën afnemers worden verdeeld, strekken tot een beperking van de mededinging en vallen bijna altijd onder artikel 53, lid 1. Dit geldt evenwel niet in twee gevallen:
- 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), of
 - wanneer een gemeenschappelijke productieonderneming die tevens de distributie van de gefabriceerde producten verzorgt, de verkoopprijzen van die producten vaststelt, mits de prijsvaststelling door de gemeenschappelijke onderneming voortvloeit uit de integratie van de verschillende functies⁽⁴³⁾.

⁽⁴²⁾ Zoals elk onderaannemingscontract kan een dergelijke overeenkomst echter wel onder artikel 53, lid 1, vallen, indien zij verticale beperkingen behelst, zoals beperkingen op passieve verkopen, wederverkooopprijzen, onderhoud enz.

⁽⁴³⁾ Een gemeenschappelijke productieonderneming die tevens gezamenlijke distributieactiviteiten verricht, is in de meeste gevallen een gemeenschappelijke onderneming die alle functies vervult.

In beide gevallen zal de overeenkomst inzake de productie of de prijzen niet afzonderlijk worden beoordeeld om na te gaan of artikel 53, lid 1, van toepassing is, doch in het licht van alle gevolgen die de gemeenschappelijke onderneming heeft op de markt.

3.3.1.3. Overeenkomsten die onder artikel 53, lid 1, kunnen vallen

91. Productieovereenkomsten die niet kunnen worden aangemerkt als kennelijk beperkend of niet beperkend op grond van de bovenstaande factoren, kunnen onder artikel 53, lid 1, vallen⁽⁴⁴⁾ en moeten worden onderzocht in hun economische context. Dit geldt voor samenwerkingsovereenkomsten tussen concurrenten die een aanzienlijke mate van gemeenschappelijke kosten tot stand brengen, maar geen hard-corebeperkingen inhouden in de hierboven beschreven zin.

3.3.2. Marktmacht en marktstructuur

92. Het uitgangspunt van het onderzoek is de positie van de partijen op de betrokken markt of markten. De reden hiervoor is dat de partijen bij een productieovereenkomst zonder marktmacht geen prikkel hebben om hun concurrentiegedrag als aanbieders te coördineren. In de tweede plaats zijn er zonder marktmacht van de partijen geen gevolgen voor de mededinging op de markt, zelfs wanneer de partij en hun gedrag zouden coördineren.

93. Er bestaat geen absolute marktaandeeldrempel die aangeeft dat een productieovereenkomst een bepaalde mate van marktmacht in het leven roept en dus onder artikel 53, lid 1, valt. Voor overeenkomsten betreffende eenzijdige of wederzijdse specialisatie en betreffende gemeenschappelijke productie geldt evenwel een groepsvrijstelling, voorzover deze worden gesloten tussen partijen met een gecombineerd marktaandeel van hoogstens 20 % op de relevante markt of markten en aan de andere voorwaarden voor de toepassing van de groepsvrijstelling inzake specialisatie is voldaan. Bij overeenkomsten die onder de groepsvrijstelling inzake specialisatie vallen, dient bijgevolg slechts te worden nagegaan of zij mededingingsbeperkende gevolgen hebben ingeval het gezamenlijke marktaandeel van de partijen meer dan 20 % bedraagt.

94. Overeenkomsten die niet onder de groepsvrijstelling inzake specialisatie vallen, vergen een nadere analyse. Het uitgangspunt is de marktpositie van de partijen, doorgaans gevolgd door de concentratiegraad, het aantal marktdeelnemers en de andere factoren die in hoofdstuk 1 zijn beschreven.

95. De analyse zal gewoonlijk slechts betrekking hebben op de relevante markt of markten waarop de samenwerking rechtstreeks betrekking heeft. Onder bepaalde omstandigheden, bijvoorbeeld wanneer de partijen een zeer sterke gecombineerde positie innemen op upstream- of downstream-markten of op markten die anderszins nauw verbonden zijn met de rechtstreeks bij de samenwerking betrokken markten, kan het noodzakelijk zijn ook deze spill-overmarkten te analyseren. Dit geldt met name voor samenwerking op upstream-markten tussen ondernemingen die ook een sterke gecombineerde marktpositie op downstream-markten bekleden. Ook moet wellicht worden nagegaan of zich geen afscheringsproblemen voordoen, wanneer de partijen afzonderlijk een sterke positie hebben als leverancier dan wel afnemer van bepaalde grondstoffen.

Marktpositie van de partijen, concentratiegraad, aantal marktdeelnemers en andere structurele factoren

96. Wanneer het gecombineerde marktaandeel van de partijen groter is dan 20 %, moeten de waarschijnlijke gevolgen van de productieovereenkomst voor de markt worden beoordeeld. In dit verband zullen zowel de concentratiegraad op de markt als de marktaandelen een belangrijke factor vormen. Hoe hoger het gecombineerde marktaandeel van de partijen is, des te hoger de concentratiegraad op de betrokken markt zal zijn. Een licht hoger marktaandeel dan in de groepsvrijstelling inzake specialisatie wordt toegestaan, wijst echter niet noodzakelijkerwijze op een hogere concentratiegraad. Zo kan er een gecombineerd marktaandeel van de partijen zijn van iets meer dan 20 % op een markt met een matige concentratiegraad (HHI lager dan 1 800⁽⁴⁵⁾). In een dergelijk scenario zijn mededingingsbeperkende gevolgen onwaarschijnlijk. Op een meer geconcentreerde markt kan een marktaandeel van meer dan 20 % echter, samen met andere elementen, leiden tot een beperking van de mededinging (zie ook voorbeeld 1 hieronder). Het beeld kan zich echter wijzigen wanneer de markt zeer dynamisch is, met vaak nieuwe marktdeelnemers en fluctuerende marktposities.

97. Bij gezamenlijke productie kunnen netwerkeffecten, d.w.z. banden tussen een aanzienlijk aantal concurrenten, ook een belangrijke rol spelen. In een geconcentreerde markt kan het ontstaan van een nieuwe band de balans doen doorslaan en samenspraak in deze markt waarschijnlijk maken, ook wanneer de partijen een aanzienlijk, maar nog steeds matig gecombineerd marktaandeel hebben (zie voorbeeld 2 hierna).

98. Onder specifieke omstandigheden kan samenwerking tussen potentiële concurrenten eveneens tot bezwaren uit het oogpunt van de mededinging aanleiding geven.

⁽⁴⁴⁾ Overeenkomstig artikel 4, lid 2, punt 3, van hoofdstuk II van Protocol 4 bij de Toezichtovereenkomst kunnen overeenkomsten die uitsluitend gemeenschappelijk onderzoek en ontwikkeling betreffen bij de Toezichthoudende Autoriteit van de EVA worden aangemeld. De aanmelding is evenwel niet verplichtend.

⁽⁴⁵⁾ Zie punt 29.

Dit geldt echter slechts voor gevallen waarin een sterke marktpartij in een bepaalde markt samenwerkt met een realistische potentiële toetreders, bijvoorbeeld met een sterke aanbieder van hetzelfde product of dezelfde dienst in een naburige geografische markt. De vermindering van potentiële concurrentie leidt tot specifieke problemen wanneer de werkelijke concurrentie reeds zwak is en de dreiging van toetreding tot de markt een belangrijke bron van concurrentie is.

Samenwerking op upstream-markten

99. De gezamenlijke productie van een belangrijke component of een ander onderdeel van het eindproduct van de partijen kan onder bepaalde omstandigheden de volgende negatieve gevolgen voor de markt hebben:

- uitsluitingsproblemen (zie voorbeeld 3): indien de partijen een sterke positie op de relevante componentenmarkt bezitten (anders dan voor eigen gebruik) en omschakeling tussen productie voor eigen gebruik en productie voor derden niet zou plaatsvinden bij een kleine, doch permanente relatieve prijsstijging voor het betrokken product;
- spill-overeffecten (zie voorbeeld 4): indien de component een belangrijk deel van de kosten uitmaakt en de partijen een sterke positie op de downstreammarkt voor het eindproduct innemen.

Onderaannemingscontracten tussen concurrenten

100. Soortgelijke problemen kunnen zich voordoen indien een onderneming een belangrijk onderdeel of andere componenten voor haar eindproduct in onderaanneming betreft bij een concurrent. Dit kan tevens leiden tot:

- afschermingsproblemen: indien de partijen een sterke positie bekleden als leveranciers dan wel afnemers op de relevante componentenmarkt (anders dan voor eigen gebruik). Onderaanneming kan er in dergelijke gevallen toe leiden dat andere concurrenten niet in staat zijn de betrokken input tegen een concurrerende prijs aan te kopen of dat andere leveranciers niet in staat zijn de betrokken component tegen normale mededingingsvoorwaarden te leveren, indien zij een groot deel van hun vraag zien wegvallen;
- spill-overeffecten: indien de component een belangrijk deel van de kosten uitmaakt en de partijen een sterke positie innemen op de downstreammarkt voor het eindproduct.

Specialisatieovereenkomsten

101. Wederzijdse specialisatieovereenkomsten met marktaandelen die de grens van de groepsvrijstelling overschrijden, zullen vrijwel altijd onder artikel 53, lid 1, vallen en zullen zorgvuldig moeten worden onderzocht in verband met het risico van marktverdeling (zie voorbeeld 5).

3.4. Beoordeling op grond van artikel 53, lid 3

3.4.1. Economische voordelen

102. De meeste soorten productieovereenkomsten mogen geacht worden enig economisch voordeel op te leveren in de vorm van schaal- of toepassingsvoordelen of betere productietechnieken, tenzij zij een instrument zijn voor het vaststellen van de prijzen, het beperken van de productie of het verdelen van markten of klanten. Onder die omstandigheden is het redelijk een vrijstelling te verlenen voor productieovereenkomsten die resulteren in een beperking van de mededinging tot een marktaandeeldrempel, waaronder met het oog op de toepassing van artikel 53, lid 3, in het algemeen mag worden aangenomen dat de positieve gevolgen van productieovereenkomsten zwaarder zullen wegen dan de eventuele negatieve gevolgen voor de mededinging. Voor overeenkomsten betreffende eenzijdige of wederzijdse specialisatie en betreffende gemeenschappelijke productie is daarom een groepsvrijstelling verleend (groepsvrijstelling inzake specialisatie), voorzover deze geen hardcorebeperkingen bevatten (zie artikel 5) en worden gesloten tussen partijen met een gecombineerd marktaandeel van hoogstens 20 % op de relevante markt of markten.

103. Met betrekking tot overeenkomsten die niet onder de groepsvrijstelling vallen, moeten de partijen verbeteringen van de productie of andere efficiëntieverbeteringen aantonen. Efficiëntievoordelen die slechts aan de partijen ten goede komen of kostenbesparingen die het gevolg zijn van een beperking van de productie of een verdeling van de markt, kunnen niet in aanmerking worden genomen.

3.4.2. Onmisbaarheid

104. Beperkingen die verder gaan dan hetgeen noodzakelijk is om de reeds genoemde economische voordelen te verwezenlijken, zullen niet worden aanvaard. Zo mogen de partijen niet worden beperkt in hun concurrentiegedrag betreffende de productie buiten het samenwerkingsverband.

3.4.3. Geen uitschakeling van de mededinging

105. Vrijstelling is niet mogelijk indien de partijen in de gelegenheid worden gesteld de mededinging voor een

wezenlijk deel van de betrokken producten uit te schakelen. Wanneer een onderneming ten gevolge van een productieovereenkomst een machtspositie heeft of verwerft, kan de betrokken overeenkomst, voorzover zij mededingingsbepurende gevolgen heeft in de zin van artikel 53, in beginsel niet worden vrijgesteld. Dit moet worden onderzocht voor de relevante markt waartoe de onder de samenwerking vallende producten behoren, en voor mogelijke spill-overmarkten.

3.5. Voorbeelden

Gezamenlijke productie

106. De volgende twee voorbeelden zijn hypothetische gevallen die mededingingsproblemen veroorzaken op de relevante markt waartoe de gezamenlijk vervaardigde producten behoren.

107. Voorbeeld 1

Situatie: Twee aanbieders, A en B, van het chemische basisproduct X besluiten een nieuwe productie-installatie te bouwen, die onder zeggenschap van een gemeenschappelijke onderneming zal staan. De fabriek zal ongeveer 50 % van hun totale productie verzorgen. X is een homogeen product en is niet substitueerbaar met andere producten, d.w.z. het product vormt een relevante markt op zich. De markt stagneert. De partijen zullen hun totale productie niet aanzienlijk uitbreiden, maar zullen twee oude fabrieken sluiten en de capaciteit verleggen naar de nieuwe fabriek. A en B hebben elk een marktaandeel van 20 %. Er zijn drie andere belangrijke aanbieders met elk 10 tot 15 % marktaandeel en diverse kleinere marktpartijen.

Analyse: Het is waarschijnlijk dat deze gemeenschappelijke onderneming invloed zal hebben op het concurrentiegedrag van de partijen, omdat coördinatie hun een aanzienlijke marktmacht, of eventueel zelfs een machtspositie zou opleveren. Ernstige mededingingsbepurende gevolgen op de markt zijn waarschijnlijk. Grote doelmatigheidsvoordelen, die zwaarder zouden wegen dan deze gevolgen, zijn onwaarschijnlijk in een dergelijk scenario, waarbij een aanzienlijke uitbreiding van de productie niet valt te verwachten.

108. Voorbeeld 2

Situatie: Twee aanbieders, A en B, richten een gemeenschappelijk productiebedrijf op voor dezelfde relevante markt als in voorbeeld 1. De gemeenschappelijke onderneming vervaardigt eveneens 50 % van de totale productie van de partijen. A en B hebben elk een marktaandeel van 15 %. Er zijn drie andere marktpartijen: C met een marktaandeel van 30 %, D met 25 % en E met 15 %. B beschikt reeds over een gemeenschappelijk productiebedrijf met E.

Analyse: Hier wordt de markt gekenmerkt door een zeer klein aantal marktpartijen en vrij symmetrische structuren. De gemeenschappelijke onderneming schept een extra band tussen de marktdeelnemers. Een defacto-coördinatie tussen A en B zou de concentratie verder verhogen en E voorts aan A en B koppelen. Het is aannemelijk dat deze samenwerking ernstige mededingingsbepurende gevolgen zal hebben, waarbij — evenals in voorbeeld 1 — geen grote efficiëntievoordelen kunnen worden verwacht.

109. Voorbeeld 3 heeft eveneens betrekking op de markt waartoe de gezamenlijk vervaardigde producten behoren, maar toont het belang van andere criteria dan het marktaandeel aan (hier: omschakeling tussen productie voor eigen gebruik en productie voor derden).

110. Voorbeeld 3

Situatie: A en B richten een gemeenschappelijk productiebedrijf voor het tussenproduct X op door middel van de herstructurering van bestaande fabrieken. De gemeenschappelijke onderneming verkoopt X uitsluitend aan A en B. De onderneming verzorgt 40 % van de totale X-productie van A en 50 % van de totale X-productie van B. A en B zijn de enige afnemers van de X-productie en leveren ook aan derden. Het aandeel van A in de totale productie van X in de sector is 10 %, het aandeel van B bedraagt 20 % en het aandeel van de gemeenschappelijke onderneming 14 %. Op de open markt hebben A en B evenwel een marktaandeel van 25 %, respectievelijk 35 %.

Analyse: Ondanks de sterke positie van de partijen op de vrije markt zal de samenwerking de daadwerkelijke mededinging op de markt voor X wellicht niet uitschakelen, indien de kosten van omschakeling tussen eigen gebruik en verkoop aan derden gering zijn.

Maar slechts een zeer snelle omschakeling zou een compensatie kunnen vormen voor het hoge marktaandeel van 60 %. Indien dit niet mogelijk is, zou deze samenwerking op productiegebied aanleiding geven tot ernstige bezwaren uit het oogpunt van de mededinging waarvoor zelfs de aanzienlijke economische voordelen geen rechtvaardiging kunnen vormen.

111. Voorbeeld 4 heeft betrekking op samenwerking bij de vervaardiging van een belangrijk tussenproduct, waarbij spill-overeffecten optreden op een downstreammarkt.

112. Voorbeeld 4

Situatie: A en B richten een gemeenschappelijk productiebedrijf voor het tussenproduct X op. Zij zullen hun eigen fabrieken, die voorheen X produceerden, sluiten en de gemeenschappelijke onderneming zal in hun

gehele behoefte aan X voorzien. Het tussenproduct beslaat 50 % van de totale kosten van het eindproduct Y. A en B hebben elk een aandeel van 20 % op de markt voor Y. Er zijn twee belangrijke andere aanbieders van Y, met elk een marktaandeel van 15 %, en een aantal kleinere concurrenten.

Analyse: Hier zijn de kosten voor de partijen in hoge mate gelijk en zouden de partijen marktmacht verwerven door de coördinatie van hun gedrag op de markt voor Y. Hierbij doen zich bezwaren uit het oogpunt van de mededinging voor, en de beoordeling is vrijwel identiek aan voorbeeld 1, hoewel de samenwerking hier plaatsvindt op een upstream-markt.

Wederkerige specialisatie

113. Voorbeeld 5

Situatie: A en B vervaardigen en leveren beide de homogene producten X en Y, die tot verschillende markten behoren. Het marktaandeel van A is voor X 28 % en voor Y 10 %. Het aandeel van B is voor X 10 % en voor Y 30 %. Vanwege de schaalvoordelen sluiten zij een wederkerige specialisatieovereenkomst, volgens welke A in de toekomst uitsluitend X zal produceren en B uitsluitend Y zal produceren. De partijen komen onderlinge leveringen overeen, zodat zij beide als aanbieders op de markten aanwezig blijven. Door het homogene karakter van de producten zijn de distributiekosten laag. Er zijn andere fabrikanten die X en Y leveren met marktaandelen van ongeveer 15 % elk, terwijl de overige aanbieders marktaandelen van 5 tot 10 % hebben.

Analyse: De kosten van de partijen komen in zeer hoge mate overeen, waarbij uitsluitend de relatief geringe distributiekosten gescheiden blijven. Er blijft derhalve zeer weinig ruimte over voor concurrentie. De partijen zouden marktmacht verwerven middels de coördinatie van hun gedrag op de markten voor X en Y. Voorts is het waarschijnlijk dat de hoeveelheden Y die A aan de markt levert en de hoeveelheden X die B aan de markt levert, op termijn zullen afnemen. Dit geval geeft aanleiding tot bezwaren uit het oogpunt van de mededinging, die waarschijnlijk niet kunnen worden gecompenseerd door de schaalvoordelen.

Het scenario kan anders zijn wanneer X en Y heterogene producten zijn, waarbij een zeer groot deel van de kosten naar marketing en distributie gaan (bv. 65 tot 70 % van de totale kosten). Indien de marktaannemers bovendien een compleet assortiment van de gedifferentieerde producten moeten kunnen aanbieden om succesvol te kunnen concurreren, zou het onwaarschijnlijk zijn dat één of meer partijen zich zouden terugtrekken als aanbieders van X en/of Y. In dit scenario zou aan de criteria voor vrijstelling kunnen zijn voldaan (mits de besparingen aanzienlijk zijn), ondanks de hoge marktaandelen.

Onderaanneming tussen concurrenten

114. Voorbeeld 6

Situatie: A en B zijn concurrenten op de markt voor eindproduct X. A heeft een marktaandeel van 15 % en B één van 20 %. Beide vervaardigen zij tevens het halffabrikaat Y, dat een component is bij de productie van X, maar dat eveneens bij de vervaardiging van andere producten wordt gebruikt. Het vertegenwoordigt 10 % van de kosten van X. A produceert Y alleen voor intern gebruik, terwijl B Y ook verkoopt aan derde afnemers. Het marktaandeel van B op de markt voor Y bedraagt 10 %. A en B sluiten een onderaannemingscontract, krachtens hetwelk A zich voor 60 % van zijn behoeften aan Y bij B zal bevoorraden. A zal 40 % van zijn behoeften zelf blijven produceren, om de knowhow die vereist is voor de productie van Y niet te verliezen.

Analyse: Aangezien A Y steeds uitsluitend voor intern gebruik heeft geproduceerd, dient eerst te worden nagegaan of A een realistische potentiële nieuwkomer is op de commerciële markt voor de verkoop van Y aan derden. Indien dat niet het geval is, beperkt de overeenkomst de mededinging met betrekking tot Y niet. Spill-overeffecten op de markt voor X zijn eveneens onwaarschijnlijk, gezien de geringe mate waarin de door de overeenkomst gecreëerde kosten gemeenschappelijk zijn.

Indien A werkelijk zou worden beschouwd als een potentiële nieuwkomer op de commerciële markt voor de verkoop van Y aan derden, zou de marktpositie van B op de markt voor Y in aanmerking moeten worden genomen. Aangezien het marktaandeel van B vrij gering is, zou de conclusie van de analyse dezelfde blijven.

4. INKOOPOVEREENKOMSTEN

4.1. Definitie

115. In dit hoofdstuk komen voornamelijk overeenkomsten betreffende de gemeenschappelijke inkoop van producten aan de orde. De gemeenschappelijke inkoop kan worden verricht door een onderneming die onder de gezamenlijke zeggenschap van een aantal ondernemingen staat, of door een onderneming waarin vele ondernemingen een deelneming van geringe omvang hebben, of door middel van een contractuele afspraak of een zelfs lossere samenwerkingsvorm.

116. Inkoopovereenkomsten worden dikwijls door kleine en middelgrote ondernemingen gesloten om tot soortgelijke hoeveelheden en kortingen te komen als hun grotere concurrenten. Deze overeenkomsten zijn derhalve doorgaans concurrentiebevorderend. Zelfs indien hierbij in enige mate een machtspositie op de markt ontstaat, kan dit door schaalvergroting worden gecompenseerd mits de partijen werkelijk de ingekochte hoeveelheden bundelen.

117. Gemeenschappelijke inkoop kan zowel horizontale als verticale overeenkomsten impliceren. In dergelijke gevallen is een analyse in twee stappen noodzakelijk. Eerst moeten de horizontale overeenkomsten worden beoordeeld volgens de beginselen welke zijn beschreven in de onderhavige richtsnoeren. Wanneer deze beoordeling tot de conclusie leidt dat een samenwerking tussen concurrenten op inkoopgebied aanvaardbaar is, is een bijkomende beoordeling noodzakelijk om de verticale overeenkomsten met de leveranciers of de individuele verkopers te onderzoeken. Deze laatste beoordeling moet geschieden volgens de regels van de groepsvrijstelling en de richtsnoeren inzake verticale beperkingen⁽⁴⁶⁾.

118. Een voorbeeld hiervan zou een organisatie zijn die door een groep detailhandelaren voor de gemeenschappelijke inkoop van producten is opgericht. Horizontale overeenkomsten tussen de leden van de organisatie of besluiten van de organisatie dienen eerst als een horizontale overeenkomst aan de onderhavige richtsnoeren te worden getoetst. Alleen als die toetsing positief is, wordt het relevant de verticale overeenkomsten die hieruit ontstaan tussen de organisatie en aangesloten bedrijven of tussen de organisatie en leveranciers, te beoordelen. Deze overeenkomsten vallen — tot op zekere hoogte — onder de toepassing van de groepsvrijstelling inzake verticale beperkingen⁽⁴⁷⁾. Deze overeenkomsten die buiten de werkingssfeer van de groepsvrijstelling voor verticale overeenkomsten vallen, worden niet noodzakelijkerwijze als onwettig beschouwd maar behoeven wellicht een individueel onderzoek.

4.2. Relevante markten

119. Er zijn twee markten waarvoor de gemeenschappelijke inkoop gevolgen kan hebben: ten eerste de markt of markten waarop de samenwerking rechtstreeks betrekking heeft, dat wil zeggen de relevante inkoopmarkt of -markten. Ten tweede de verkoopmarkt of -markten, dat wil zeggen de downstream-markt of -markten waar de deelnemers aan de gezamenlijke inkoopovereenkomst als verkoper optreden.

120. De methode ter bepaling van de relevante inkoopmarkten volgt de beginselen die worden aangegeven in de bekendmaking van de Autoriteit inzake de bepaling van de relevante markt en is gebaseerd op het begrip substitueerbaarheid om mededingingsbeperkingen te identificeren. Het enige verschil met de definitie van „verkoopmarkten” is dat de substitueerbaarheid moet worden gedefinieerd uit het oogpunt van het aanbod en niet uit het oogpunt van de vraag. Anders gezegd, de alternatieven van de aanbieders zijn van doorslaggevend belang wanneer het erom gaat de mededingingsbeper-

kingen voor inkopers vast te stellen. Deze zouden bijvoorbeeld kunnen worden geanalyseerd door de reactie van de aanbieders op een geringe, doch blijvende prijsvermindering te onderzoeken. Indien de markt is afgebakend, kan het marktaandeel worden berekend als het percentage dat de aankopen door de betrokken partijen uitmaken van de totale verkopen van het ingekochte product of de ingekochte dienst op de relevante markt.

121. Voorbeeld 1

Een groep automobielproducenten komt onderling overeen product X gezamenlijk in te kopen. Hun totale afname van X belooft 15 eenheden. De totale verkopen van X aan automobielproducenten belooft 50 eenheden. Echter, X wordt ook verkocht aan fabrikanten van andere producten dan auto's. De totale verkopen van X belopen 100 eenheden. Het (inkoop-)marktaandeel van de groep is dus 15 %.

122. Wanneer de partijen daarnaast op een of meer verkoopmarkten concurreren, zijn deze markten eveneens relevant voor de beoordeling. Mededingingsbeperkingen op deze markten ontstaan gemakkelijker wanneer de partijen marktmacht verwerven door de onderlinge afstemming van hun gedragingen en wanneer een aanzienlijk deel van de totale kosten door de partijen gezamenlijk wordt gedragen. Dit is bijvoorbeeld het geval wanneer detailhandelaren die op dezelfde relevante detailhandelsmarkt 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 „inbreng” gezamenlijk inkopen. De afzetmarkten moeten worden bepaald door toepassing van de methode zoals beschreven in de bekendmaking van de Autoriteit inzake de bepaling van de relevante markt.

4.3. Beoordeling op grond van artikel 53, lid 1

4.3.1. Aard van de overeenkomst

4.3.1.1. Overeenkomsten die niet onder artikel 53, lid 1, vallen

123. Inkoopovereenkomsten zullen, uit de aard der zaak, worden gesloten tussen ondernemingen die op zijn minst op de inkoopmarkten concurreren. Gaat het echter om een samenwerking tussen concurrerende afnemers die niet op dezelfde relevante downstream-markt werkzaam zijn (bijvoorbeeld detailhandelaren die op verschillende geografische markten actief zijn en die niet als realistische potentiële concurrenten kunnen worden beschouwd), dan zal artikel 53, lid 1, slechts zelden van toepassing zijn, tenzij de partijen een zeer sterke positie op de inkoopmarkten bezitten die kan worden gebruikt om de concurrentiepositie van andere marktdeelnemers op hun respectieve afzetmarkten te schaden.

⁽⁴⁶⁾ Zie de richtsnoeren inzake verticale beperkingen, punt 29.

⁽⁴⁷⁾ Artikel 2, lid 2, van de groepsvrijstelling inzake verticale beperkingen.

4.3.1.2. Overeenkomsten die bijna altijd onder artikel 53, lid 1, vallen

124. Inkoopovereenkomsten vallen alleen onder artikel 53, lid 1, wegens hun aard, wanneer de samenwerking niet werkelijk betrekking heeft op gemeenschappelijke inkoop, maar wordt gebruikt als middel om een verkapt kartel op te zetten en een aldus verboden prijsvaststelling, productiebeperking of toewijzing van markten door te zetten.

4.3.1.3. Overeenkomsten die onder artikel 53, lid 1, kunnen vallen

125. De meeste inkoopovereenkomsten moeten in hun juridische en economische context worden bestudeerd. In dit onderzoek dienen zowel de inkoop- als de afzetmarkten te worden betrokken.

4.3.2. Marktmacht en marktstructuur

126. Het uitgangspunt voor de analyse is het onderzoek van de afnemersmacht van de partijen. Het bestaan van afnemersmacht mag worden aangenomen wanneer een inkoopovereenkomst een voldoende groot aandeel van de totale omvang van een inkoopmarkt bestrijkt om de prijzen onder het concurrerende niveau te drukken of de toegang tot de markt voor concurrerende kopers af te sluiten. Een hoge afnemersmacht tegenover de aanbieders op een markt kan tot efficiëntieverlies, zoals kwaliteitsvermindering, het afnemen van innovatie-inspanningen, of uiteindelijk tot een suboptimaal aanbod leiden. De voornaamste bezwaren bij afnemersmacht zijn dat de lagere prijzen misschien niet aan de klanten downstream worden doorgegeven en dat die macht tot hogere kosten voor de concurrenten van de inkopers op de afzetmarkten kan leiden, omdat de aanbieders zullen trachten de prijsverlagingen voor de ene groep klanten te compenseren door prijsverhogingen voor andere klanten of concurrenten die minder toegang tot efficiënte aanbieders hebben. De inkoopmarkten en de afzetmarkten worden dan ook gekenmerkt door onderlinge afhankelijkheid zoals hieronder is beschreven.

Onderlinge verwevenheid tussen inkoopmarkten en afzetmarkten

127. De samenwerking van concurrerende inkopers kan de mededinging aanzienlijk beperken door de totstandbrenging van afnemersmacht. Weliswaar kan de totstandbrenging van afnemersmacht tot lagere prijzen voor de consumenten leiden, maar afnemersmacht is niet altijd concurrentiebevorderend en kan onder bepaalde omstandigheden zelfs ernstige nadelige gevolgen voor de mededinging hebben.

128. Ten eerste kunnen lagere inkoopkosten ten gevolge van de uitoefening van afnemersmacht niet als concurrentiebevorderend worden gezien wanneer de inkopers te

zamen macht op de afzetmarkten uitoefenen. In dit geval worden de kostenbesparingen waarschijnlijk niet aan de consumenten doorgegeven. Hoe meer gezamenlijke macht de partijen op de afzetmarkten hebben, hoe groter de stimulans voor de partijen wordt om hun gedrag als verkopers onderling af te stemmen. Dit kan worden vergemakkelijkt doordat zij door de gezamenlijke inkoop een hoge mate van gemeenschappelijke kosten bereiken. Wanneer bijvoorbeeld een groep detailhandelaren een groot deel van de producten gemeenschappelijk inkoopt, zal ook een groot gedeelte van hun totale kosten gemeenschappelijk zijn. De negatieve gevolgen van het gemeenschappelijk inkopen kunnen derhalve in veel opzichten dezelfde zijn als bij gezamenlijke productie.

129. Voorts kan macht op de afzetmarkten worden gecreëerd of versterkt door afnemersmacht die wordt gebruikt om concurrenten uit te sluiten of om hun kosten op te drijven. Aanzienlijke afnemersmacht van één groep afnemers kan concurrerende afnemers uitsluiten doordat hun toegang tot efficiënte aanbieders wordt beperkt. Zij kan tevens hogere kosten voor de concurrenten meebrengen omdat de aanbieders zullen trachten de prijsverlagingen voor de ene groep klanten te compenseren door prijsverhogingen voor andere klanten (bv. kortingsdiscriminatie door de leveranciers van detailhandelaren). Dit is echter alleen mogelijk wanneer de aanbieders op de inkoopmarkten eveneens een zekere mate van marktmacht bezitten. In beide gevallen kan de mededinging op de afzetmarkten door de afnemersmacht nog verder worden beperkt.

130. Er is geen absolute drempelwaarde die aantoont dat samenwerking bij de inkoop een bepaalde mate van marktmacht creëert en derhalve onder de toepassing van artikel 53, lid 1, valt. In de meeste gevallen is het onwaarschijnlijk dat er marktmacht zou bestaan wanneer het gezamenlijke marktaandeel van de partijen bij de overeenkomsten minder dan 15 % bedraagt, zowel op de inkoopmarkt of -markten als op de afzetmarkt of -markten. Bij marktaandelen van een dergelijke omvang is het in elk geval waarschijnlijk dat de betrokken overeenkomst aan de hieronder uiteengezette voorwaarden voor artikel 53, lid 3, voldoet.

131. Een marktaandeel boven deze drempel wijst er niet automatisch op dat de samenwerking negatieve gevolgen voor de markt heeft, maar vereist een diepgaandere studie naar de gevolgen van een gezamenlijke inkoopovereenkomst voor de markt, met inbegrip van factoren zoals de marktconcentratie en een mogelijke tegenmacht van sterke aanbieders. Gemeenschappelijke inkoop door partijen met een gecombineerd marktaandeel dat aanzienlijk meer dan 15 % bedraagt in een geconcentreerde markt, zal waarschijnlijk onder de toepassing van artikel 53, lid 1, vallen en derhalve moeten de partijen aantonen dat de efficiëntieverbetering meer gewicht heeft dan het beperkende effect op de markt.

4.4. Beoordeling op grond van artikel 53, lid 3

4.4.1. Economische voordelen

132. Inkoopovereenkomsten kunnen economische voordelen meebrengen zoals schaalvoordelen bij het plaatsen van bestellingen of bij vervoer, die tegen de mededingingsbeperkende gevolgen kunnen opwegen. Indien de partijen gezamenlijk aanzienlijke afnemersmacht of afzetmacht hebben, moet de kwestie van de efficiëntieverbetering nauwkeurig worden onderzocht. Met kostenbesparingen die uitsluitend door de uitoefening van macht worden veroorzaakt en waarbij de klanten geen voordeel hebben, kan geen rekening worden gehouden.

4.4.2. Onmisbaarheid

133. Inkoopovereenkomsten kunnen niet worden vrijgesteld wanneer zij beperkingen opleggen die niet onmisbaar zijn om de bovengenoemde voordelen te behalen. Een verplichting om uitsluitend via de samenwerking af te nemen, kan in sommige gevallen onmisbaar zijn om het voor het behalen van schaalvoordelen vereiste volume te bereiken. Een dergelijke verplichting moet echter in de context van elk geval apart worden onderzocht.

4.4.3. Geen uitschakeling van de mededinging

134. Vrijstelling is niet mogelijk 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. De gemeenschappelijke marktaandelen van de partijen kunnen als uitgangspunt worden genomen. Vervolgens moet worden nagegaan of deze marktaandelen op een machtspositie duiden en of er verzachtende factoren, zoals bijvoorbeeld de tegenmacht van aanbieders op de inkoopmarkten, of een potentieel voor markttoegang op de afzetmarkten aanwezig zijn. Wanneer een onderneming ten gevolge van een inkoopovereenkomst een machtspositie heeft of verwerft, kan de betrokken overeenkomst, voorzover zij mededingingsbeperkende gevolgen heeft in de zin van artikel 53, in beginsel niet worden vrijgesteld.

4.5. Voorbeelden

135. Voorbeeld 2

Situatie: Twee fabrikanten, A en B, besluiten onderdeel X gezamenlijk in te kopen. Zij zijn concurrenten op hun afzetmarkt. Hun inkopen maken tezamen 35 % uit van de totale afzet van X in de EER, die de relevante geografische markt wordt verondersteld te zijn. Er zijn zes andere fabrikanten (concurrenten van A en B op hun afzetmarkt) die de overige 65 % van de inkoopmarkt

voor hun rekening nemen; één hiervan neemt 25 % voor zijn rekening, terwijl de overige aanmerkelijk kleinere marktaandelen hebben. De aanbodzijde is tamelijk geconcentreerd, met zes aanbieders van component X, waarvan twee met een marktaandeel van elk 30 %, en de overige met een marktaandeel tussen de 10 en 15 % (HHI van 2 300-2 500). Op hun afzetmarkt behalen A en B een gecombineerd marktaandeel van 35 %.

Analyse: Gelet op de marktmacht van de partijen op hun afzetmarkt is het mogelijk dat de voordelen van mogelijke kostenbesparingen niet aan de eindconsumenten worden doorgegeven. Bovendien zouden door de gemeenschappelijke inkoop de kosten van de kleinere concurrenten van de partijen kunnen stijgen omdat de twee aanbieders met marktmacht waarschijnlijk de prijsverlagingen ten gunste van deze groep verhalen door verhoging van de prijzen voor de kleinere klanten. Een toenemende concentratie op de downstream-markt kan hiervan het resultaat zijn. Daarnaast kan de samenwerking nog verdere concentratie aan de aanbodzijde in de hand werken omdat de kleinere aanbieders, die reeds dichtbij of onder de minimum-optimale schaal produceren, uit de markt worden gedrukt indien zij hun prijzen niet verder kunnen verlagen. Een dergelijke ontwikkeling zou waarschijnlijk tot een aanmerkelijke beperking van de mededinging leiden waartegen mogelijke efficiëntieverbeteringen als gevolg van de bundeling van hoeveelheden niet opwegen.

136. Voorbeeld 3

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 voor zijn rekening neemt. De detailhandelaren kunnen van de organisatie meer dan de minimumhoeveelheid betrekken en mogen ook buiten het samenwerkingsverband inkopen. Zij hebben een gezamenlijk marktaandeel van 20 % op zowel de inkoop- als de afzetmarkt. A en B zijn hun twee grote concurrenten, waarbij A een aandeel van 25 % en B een aandeel van 35 % op elk van deze markten heeft. De overige kleinere concurrenten hebben eveneens een inkoopgroep opgezet. De 150 detailhandelaren behalen besparingen door een aanzienlijk deel van hun inkoophoeveelheden en inkooptaken samen te voegen.

Analyse: De detailhandelaren kunnen een hoge mate van gemeenschappelijke kosten bereiken, wanneer zij meer dan de afgesproken minimumhoeveelheid gezamenlijk inkopen. Samen hebben zij echter slechts een matige positie op de inkoop- en de afzetmarkt. Bovendien vloeien uit de samenwerking tot op zekere hoogte schaalvoordelen voort. Deze samenwerking komt derhalve voor vrijstelling in aanmerking.

137. Voorbeeld 4

Situatie: Twee supermarktketens sluiten een overeenkomst betreffende de gezamenlijke inkoop van producten die rond de 50 % van hun totale kosten uitmaken. Op de relevante inkoopmarkten voor de verschillende categorieën producten hebben de partijen marktaandelen tussen de 25 en 40 %, op de relevante afzetmarkt (ervan uitgaande dat er slechts één relevante geografische markt is) komen deze op 40 %. Er zijn vijf andere belangrijke detailhandelaren met marktaandelen tussen 10 en 15 % elk. Marktintrede is weinig waarschijnlijk.

Analyse: Men moet ervan uitgaan dat deze gezamenlijke afnameovereenkomst gevolgen voor het concurrentiegedrag van de partijen heeft, omdat zij door de onderlinge afstemming aanzienlijke marktmacht zouden kunnen verkrijgen. Dit geldt met name wanneer de toegang tot de markt zwak is. De stimulans om gedragingen af te stemmen is groter wanneer de kosten gelijksoortig zijn. Gelijksortige winstmarges van de partijen zouden een extra stimulans betekenen om tot dezelfde prijzen te komen. Zelfs indien de samenwerking tot efficiëntieverbetering zou leiden, zou vrijstelling onwaarschijnlijk zijn gelet op de sterke mate van marktmacht.

138. Voorbeeld 5

Situatie: Vijf kleine samenwerkingsverbanden sluiten een overeenkomst om een gezamenlijke inkooporganisatie te vormen. Zij zijn verplicht een minimumhoeveelheid via de organisatie in te kopen. De partijen kunnen via de organisatie meer dan de minimumhoeveelheid inkopen, maar zij kunnen ook producten uit andere bronnen betrekken. Elk van de partijen heeft een totaal marktaandeel van 5 % van elk van de inkoop- en afzetmarkten, wat een gezamenlijk marktaandeel van 25 % oplevert. Er zijn twee andere belangrijke detailhandelaren met elk een marktaandeel van 20 tot 25 % en een aantal kleinere detailhandelaren met marktaandelen van minder dan 5 %.

Analyse: Door de gemeenschappelijke inkooporganisatie kunnen de partijen waarschijnlijk op zowel de inkoop- als de afzetmarkten een zodanige marktpositie verwerven dat zij met de twee grootste detailhandelaren kunnen concurreren. Bovendien zal de aanwezigheid van deze twee andere marktdeelnemers met een vergelijkbare marktpositie er waarschijnlijk toe leiden dat de efficiëntieverbeteringen van de overeenkomst aan de consumenten worden doorgegeven. In een dergelijk scenario is het waarschijnlijk dat de overeenkomst wordt vrijgesteld.

5. COMMERCIALISERINGSOVEREENKOMSTEN

5.1. Definitie

139. De overeenkomsten die in dit gedeelte worden behandeld hebben betrekking op de samenwerking tussen concu-

renten bij de verkoop, de distributie of de afzetbevordering voor hun producten. De werkingssfeer van deze overeenkomsten kan sterk variëren, afhankelijk van de functies die binnen de afgesproken samenwerking vallen. Aan het ene uiteinde van het spectrum staat de gezamenlijke afzet, die tot de gezamenlijke vaststelling van alle met de verkoop van een product verbonden commerciële aspecten, met inbegrip van de prijs, leidt. Aan het andere uiteinde zijn er meer beperkte overeenkomsten die alleen betrekking hebben op een bepaalde functie in verband met de afzet, zoals distributie, service of reclame.

140. De belangrijkste van deze meer beperkte overeenkomsten zijn de distributieovereenkomsten. Deze overeenkomsten worden over het algemeen bestreken door de groepsvrijstelling en de richtsnoeren inzake verticale beperkingen, tenzij de partijen feitelijke of potentiële concurrenten zijn. In dat geval bestrijkt de groepsvrijstelling alleen niet-wederkerige verticale overeenkomsten tussen concurrenten wanneer: a) de koper, samen met de met hem verbonden ondernemingen, een jaaromzet van niet meer dan 100 miljoen EUR heeft, of b) de leverancier een fabrikant en een verdeler van goederen is en de koper een verdeler is die niet tevens fabrikant is van goederen die concurreren met de goederen die onder de overeenkomst vallen, of c) de aanbieder een dienstenverstrekker op verschillende handelsniveaus is, terwijl de afnemer geen concurrerende diensten verricht op het handelsniveau waarop hij de contractdiensten koopt⁽⁴⁸⁾. Komen de concurrenten onderling overeen dat zij hun producten op basis van wederkerigheid verdelen, dan bestaat in sommige gevallen de mogelijkheid dat de overeenkomsten strekken tot de opdeling van de markten tussen de partijen of deze tot gevolg hebben dat zij tot collusie leiden. Dit geldt ook voor niet-wederzijdse overeenkomsten tussen concurrenten die een bepaalde omvang overtreffen. Deze overeenkomsten moeten derhalve eerst volgens de hieronder beschreven beginselen worden beoordeeld. Wanneer deze beoordeling 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 beoordeling moet gebaseerd zijn op de beginselen die in de richtsnoeren inzake verticale beperkingen zijn uiteengezet.

141. 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 samenwerking. Dit kan bijvoorbeeld het geval zijn bij gezamenlijke productie of gezamenlijke inkoop. Deze overeenkomsten zullen bij de beoordeling van deze soorten samenwerking worden behandeld.

⁽⁴⁸⁾ Artikel 2, lid 4, van de groepsvrijstelling inzake verticale beperkingen.

5.2. Relevante markten

142. Om de concurrentieverhouding tussen de samenwerkende partijen te beoordelen, moet eerst 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. In de tweede plaats kan een commercialiseringsovereenkomst op een bepaalde markt ook gevolgen hebben voor het concurrentiegedrag van de partijen op een aangrenzende markt die nauw met de markt waarop de samenwerking rechtstreeks betrekking heeft, verbonden is.

5.3. Beoordeling op grond van artikel 53, lid 1

5.3.1. Aard van de overeenkomst

5.3.1.1. Overeenkomsten die niet onder artikel 53, lid 1, vallen

143. De commercialiseringsovereenkomsten die in dit hoofdstuk worden behandeld, vallen alleen onder de mededingingsregels indien de partijen bij de overeenkomsten concurrenten zijn. Is het duidelijk dat de partijen niet concurreren ten aanzien van de producten of diensten waarop de overeenkomst betrekking heeft, dan kan de overeenkomst geen mededingingsproblemen van horizontale aard veroorzaken. De overeenkomst kan echter wel onder artikel 53, lid 1, vallen, indien zij verticale beperkingen behelst, zoals beperkingen op passieve verkopen, beperkingen betreffende de wederverkooprijzen enz. Dit geldt eveneens wanneer samenwerking objectief gezien noodzakelijk is om een partij de mogelijkheid te geven een markt te betreden die deze anders, wegens de kosten die zulks met zich meebrengt, niet alleen had kunnen betreden. Dit beginsel kan bijvoorbeeld worden toegepast op consortiumovereenkomsten die het de deelnemende ondernemingen mogelijk maken bij aanbestedingen een geloofwaardige offerte uit te brengen voor projecten die zij alleen niet hadden kunnen voldoen of waarvoor zij alleen geen offerte hadden gedaan. Aangezien zij derhalve geen potentiële concurrenten voor de aanbesteding zijn, is er geen sprake van een mededingingsbeperking.

5.3.1.2. Overeenkomsten die bijna altijd onder artikel 53, lid 1, vallen

144. Het belangrijkste mededingingsbezwaar, wat een commercialiseringsovereenkomst tussen concurrenten betreft, is de onderlinge prijsvaststelling. Overeenkomsten die tot gezamenlijke verkoop beperkt zijn, hebben doorgaans tot doel en als gevolg dat het prijsbeleid van concurrerende fabrikanten onderling wordt afgestemd. In dit geval wordt hierdoor niet alleen de prijsconcurrentie tussen de partijen uitgeschakeld, maar wordt tevens de hoeveelheid goederen die door de deelnemers in

het kader van het systeem voor de toewijzing van bestellingen moet worden geleverd, beperkt. Zij beperken derhalve de mededinging tussen de partijen aan de aanbodzijde alsmede de keuzemogelijkheden van de kopers, en zij vallen dus onder artikel 53, lid 1.

145. Deze beoordeling verandert niet wanneer de overeenkomst niet-exclusief is. Artikel 53, lid 1, is ook van toepassing wanneer de partijen vrij zijn buiten de overeenkomst te verkopen, voorzover ervan kan worden uitgegaan dat de overeenkomst tot een algehele coördinatie van de door de partijen aangerekende prijzen zal leiden.

5.3.1.3. Overeenkomsten die onder artikel 53, lid 1, kunnen vallen

146. Bij commercialiseringsovereenkomsten die nog net geen gezamenlijke verkooporganisatie zijn, zijn er vooral twee bezwaren. Ten eerste verschaft de gezamenlijke commercialisering duidelijk een gelegenheid voor uitwisseling van gevoelige commerciële informatie, met name over marketingstrategie en prijsvaststelling. Ten tweede kunnen de partijen, naar gelang van de kostenstructuur van de commercialisering, een belangrijk deel van hun eindkosten gemeenschappelijk hebben. Hierdoor zal de feitelijke marge voor prijsconcurrentie op het niveau van de eindverkoop kunnen worden beperkt. Gezamenlijke commercialiseringsovereenkomsten kunnen derhalve onder artikel 53, lid 1, vallen indien zij hetzij de uitwisseling van gevoelige commerciële informatie mogelijk maken, hetzij een aanzienlijk deel van de eindkosten van de partijen beïnvloeden.

147. Een specifiek bezwaar met betrekking tot distributieafspraken tussen concurrenten die op verschillende geografische markten werkzaam zijn, is dat zij rechtstreeks of zijdelings tot marktopdeling kunnen leiden. In het geval van overeenkomsten waarbij de partijen afspreken wederzijds elkaars producten te verdelen, wijzen de partijen bij de overeenkomst markten of klanten toe en schakelen zij de onderlinge mededinging uit. 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. De distributieovereenkomst kan echter wel onder artikel 53, lid 1, vallen, indien zij verticale beperkingen behelst, zoals beperkingen op passieve verkopen, beperkingen betreffende de wederverkooprijzen enz. Indien de overeenkomst objectief gezien niet noodzakelijk is om de partijen de mogelijkheid te geven elkaars markt te betreden, valt zij onder artikel 53, lid 1. Is de overeenkomst niet wederkerig, dan is het risico van marktopdeling minder groot. Daarbij moet wel worden nagegaan of de niet-wederkerige overeenkomst de basis vormt voor een wederkerige afspraak elkaars markt niet te betreden of een middel is om de toegang tot of de concurrentie op de „invoermarkt” onder controle te houden.

5.3.2. Marktmacht en marktstructuur

148. Zoals reeds opgemerkt, valt een overeenkomst inzake de vaststelling van prijzen altijd onder artikel 53, lid 1, ongeacht de marktmacht van de partijen. Zij kunnen echter, onder de hieronder beschreven voorwaarden, voor een vrijstelling op grond van artikel 53, lid 3, in aanmerking komen.
149. Commercialiseringsovereenkomsten tussen concurrenten die geen vaststelling van prijzen omvatten, vallen alleen onder artikel 53, lid 1, wanneer de partijen bij de overeenkomst een zekere mate van marktmacht hebben. In de meeste gevallen is het onwaarschijnlijk dat er marktmacht zou bestaan wanneer de partijen bij de overeenkomst een gezamenlijk marktaandeel van minder dan 15 % hebben. Bij marktaandelen van een dergelijke omvang is het in elk geval waarschijnlijk dat de betrokken overeenkomst aan de hieronder uiteengezette voorwaarden van artikel 53, lid 3, voldoet.
150. Wanneer het gezamenlijke marktaandeel van de partijen meer dan 15 % bedraagt, moet worden nagegaan wat de waarschijnlijke gevolgen van de gezamenlijke commercialiseringsovereenkomst voor de markt zullen zijn. Hierbij zijn de marktconcentratie en de marktaandelen belangrijke factoren. Hoe sterker de markt geconcentreerd is, des te nuttiger is de informatie over prijzen of marktstrategie om onzekerheden te verminderen en des te groter wordt de stimulans voor de partijen om dit soort informatie uit te wisselen⁽⁴⁹⁾.

5.4. Beoordeling op grond van artikel 53, lid 3

5.4.1. Economische voordelen

151. De efficiëntieverbetering die in aanmerking moet worden genomen wanneer moet worden nagegaan of een gemeenschappelijke commercialiseringsovereenkomst kan worden vrijgesteld, is afhankelijk van de aard van de activiteit. 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 aanzienlijke efficiëntieverbetering tot stand zal brengen. Hoe groot de aldus ontstane efficiëntieverbetering is hangt onder andere af van het belang van de gezamenlijke marketingactiviteiten voor

de totale kostenstructuur van het betrokken product. Gezamenlijke distributie zal derhalve eerder voor producenten van consumentengoederen met een groot distributiegebied aanzienlijke efficiëntieverbetering opleveren dan voor producenten van industriële producten die slechts door een beperkt aantal gebruikers worden gekocht.

152. Daarenboven moet het bij de beweerde efficiëntieverbeteringen niet gaan om besparingen die alleen het gevolg zijn van het wegvallen van kosten die inherent deel uitmaken van de concurrentie, maar moeten zij 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 die een overeenkomst voor vrijstelling in aanmerking zou laten komen.
153. Beweerde efficiëntieverbeteringen moeten worden aangetoond. De inbreng door beide partijen van voldoende kapitaal, technologie of andere activa kan een belangrijke factor in dit opzicht zijn. Kostenbesparingen dankzij minder duplicatie van middelen en faciliteiten zou eveneens kunnen worden aanvaard. Wanneer daarentegen de gemeenschappelijke commercialisering niet meer is dan een verkoopbureau en er geen investeringen worden gedaan, gaat het waarschijnlijk om een verkapt kartel en kan dit als zodanig niet aan de voorwaarden van artikel 53, lid 3, voldoen.

5.4.2. Onmisbaarheid

154. Een commercialiseringsovereenkomst kan niet worden vrijgesteld wanneer zij beperkingen oplegt die niet onmisbaar zijn om de bovengenoemde voordelen te behalen. Zoals eerder gezegd, is de kwestie van de onmisbaarheid met name belangrijk voor overeenkomsten betreffende prijsvaststelling of de toewijzing van de markten.

5.4.3. Geen uitschakeling van de mededinging

155. Vrijstelling is niet mogelijk indien de partijen in de gelegenheid worden gesteld de mededinging voor een wezenlijk deel van de betrokken producten uit te schakelen. Bij de bestudering van deze kwestie kunnen de gecombineerde marktaandelen van de partijen als uitgangspunt worden genomen. Vervolgens moet worden nagegaan of deze marktaandelen een machtspositie aangeven en of er verzachtende factoren zijn, zoals bijvoorbeeld het potentieel voor markttoegang. Wanneer een onderneming ten gevolge van een commercialiseringsovereenkomst een machtspositie heeft of verwerft, kan de betrokken overeenkomst, die mededingingsbeperkende gevolgen heeft in de zin van artikel 53, in beginsel niet worden vrijgesteld.

⁽⁴⁹⁾ De uitwisseling van gevoelige en gedetailleerde informatie in een oligopolistische markt zou als zodanig onder de toepassing van artikel 53, lid 1, kunnen vallen. De arresten van het Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen van 28 mei 1998 in de „Tractor”-zaken (C-8/959 P, New Holland Ford en C-7/95 P, John Deere) en van het Gerecht van eerste aanleg van 11 maart 1999 in de „Stalen balken”-zaken (T-134/94, T-136/94, T-137/94, T-138/94, T-141/94, T-145/94, T-147/94, T-148/94, T-151/94, T-156/94 en T-157/94) verschaffen nuttige toelichting in dit opzicht.

5.5. Voorbeelden

156. Voorbeeld 1

Situatie: Vijf kleine levensmiddelenproducenten met elk een marktaandeel van 2 % van de totale markt voor levensmiddelen komen overeen om: hun distributiefaciliteiten samen te brengen; hun producten onder gemeenschappelijke merknaam op de markt te brengen, en hun producten tegen een gemeenschappelijke prijs te verkopen. Hiervoor zijn aanzienlijke investeringen in opslagruimte, vervoer, reclame, marketing en verkoopspersoneel noodzakelijk. Hierdoor wordt hun kostenbasis, die doorgaans 50 % uitmaakt van de prijs waartegen zij verkopen, aanzienlijk verlaagd en krijgen zij een sneller en efficiënter distributiesysteem. De klanten van de levensmiddelenproducenten zijn de grote detailhandelsketens.

De markt wordt door drie grote multinationale levensmiddelen groepen beheerst, die elk een marktaandeel van 20 % hebben. De overige marktaandelen zijn in handen van kleine onafhankelijke producenten. Bij de productassortimenten van de partijen bij deze overeenkomst bestaan er overlappingsen op sommige belangrijke gebieden. Op geen enkele productmarkt bedraagt hun gecombineerde marktaandeel echter meer dan 15 %.

Analyse: De overeenkomst omvat de vaststelling van prijzen en valt derhalve onder artikel 53, lid 1, al kan niet worden gesteld dat de partijen bij de overeenkomst marktmacht hebben. De samenvoeging van marketing en distributie levert echter aanzienlijke efficiëntieverbeteringen op die zowel uit het oogpunt van verbeterde service als ten aanzien van de lagere kosten in het voordeel van de klanten zijn. Het is daarom de vraag of de overeenkomst in aanmerking komt voor vrijstelling op grond van artikel 53, lid 3. Hiertoe moet worden nagegaan of de vaststelling van de prijzen voor de samenvoeging van andere functies onmisbaar is. In dit geval kan de vaststelling van prijzen als noodzakelijk worden beschouwd, daar de klanten — grote detailhandelsketens — niet met een veelvoud van prijzen te maken willen hebben. Daarnaast is deze nodig omdat het doel — een gemeenschappelijk merk — alleen kan worden bereikt wanneer alle aspecten van de afzet, met inbegrip van de prijs, uniform zijn. Aangezien de partijen geen marktmacht hebben en de overeenkomst aanzienlijke efficiëntieverbeteringen oplevert, is zij met artikel 53 verenigbaar.

157. Voorbeeld 2

Situatie: Twee producenten van kogellagers met elk een marktaandeel van 5 % zetten een gemeenschappelijke verkooporganisatie op, die de producten op de markt

zal brengen, de prijzen zal vaststellen en de bestellingen aan de moedermaatschappijen zal doorgeven. Zij behouden zich het recht voor buiten deze structuur om hun producten te verkopen. De klanten krijgen hun producten nog steeds rechtstreeks van de fabrieken van de oprichtende ondernemingen. Deze beweren dat hierdoor efficiëntieverbetering ontstaat, omdat het gemeenschappelijke verkooppersoneel de producten van de partijen op hetzelfde ogenblik aan dezelfde klant kan demonstreren, waardoor een verkwistende parallelverkoop kan worden vermeden. Bovendien zouden via de gemeenschappelijke verkooporganisatie, waar mogelijk, de bestellingen naar de dichtstbijgelegen fabriek worden gezonden en zouden aldus vervoerkosten worden vermeden.

Analyse: De overeenkomst omvat de vaststelling van prijzen en valt derhalve onder artikel 53, lid 1, al kan niet worden gesteld dat de partijen bij de overeenkomst marktmacht hebben. De overeenkomst komt niet voor vrijstelling op grond van artikel 53, lid 3, in aanmerking omdat de vermeende efficiëntieverbeteringen alleen kostenverlagingen zijn die uit de uitschakeling van de mededinging tussen de partijen voortvloeien.

158. Voorbeeld 3

Situatie: Twee producenten van frisdranken hebben activiteiten in twee verschillende EER-staten die naast elkaar liggen. Beiden hebben een marktaandeel van 20 % in hun binnenlandse markt. Zij komen overeen dat zij elkaars product op hun respectieve geografische markt verkopen.

Beide markten worden beheerst door een grote multinationale producent van frisdranken die een marktaandeel van 50 % in elke markt bezit.

Analyse: De overeenkomst valt onder artikel 53, lid 1, indien de partijen als potentiële concurrenten kunnen worden beschouwd. Om deze vraag te kunnen beantwoorden zouden derhalve de belemmeringen voor de toegang tot de respectieve geografische markten moeten worden onderzocht. Wanneer de partijen onafhankelijk elkaars markt kunnen betreden, dan houdt hun overeenkomst uitschakeling van de onderlinge mededinging in. Maar, ofschoon de marktaandelen van de partijen erop wijzen dat zij enige mate van marktmacht zouden kunnen hebben, geeft een analyse van de marktstructuur aan dat dit niet het geval is. Bovendien is de wederzijdse distributieovereenkomst in het voordeel van de klanten omdat zij de keuzemogelijkheden in elke geografische markt vergroot. De overeenkomst zou derhalve voor vrijstelling in aanmerking komen zelfs wanneer deze als mededingingsbeperkend zou worden beschouwd.

6. OVEREENKOMSTEN INZAKE NORMEN

6.1. Definitie

159. Standaardiseringsovereenkomsten hebben in de eerste plaats ten doel technische of kwaliteitseisen vast te stellen waaraan bestaande of toekomstige producten, productieprocessen of -methoden moeten voldoen⁽⁵⁰⁾. Standaardiseringsovereenkomsten kunnen betrekking hebben op uiteenlopende aspecten, bv. standaardisering van verschillende kwaliteitsniveaus of groottes van een bepaald product of technische specificaties op markten waarop compatibiliteit en interoperabiliteit met andere producten of systemen van essentieel belang zijn. De voorwaarden om een bepaald kwaliteitsmerk dan wel goedkeuring door een regulerende instantie te verkrijgen, kunnen eveneens als een norm worden beschouwd.
160. 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.

6.2. Relevante markten

161. Standaardiseringsovereenkomsten hebben gevolgen op drie mogelijke markten, die zullen worden omschreven overeenkomstig de bekendmaking van de Toezichthoudende Autoriteit van de EVA inzake de bepaling van de markt. Allereerst de productmarkt of -markten waarop de norm of normen betrekking heeft of hebben. Normen voor volstrekt nieuwe producten kunnen, wat de bepaling van de markt betreft, tot soortgelijke problemen leiden als die welke door O & O-overeenkomsten worden opgeworpen (zie punt 2.2). In de tweede plaats de dienstenmarkt voor de vaststelling van normen, indien er verschillende normalisatie-instellingen of standaardiseringsovereenkomsten bestaan. In de derde plaats, voorzover van toepassing, de afzonderlijke markt voor proefneming en certificering.

6.3. Beoordeling op grond van artikel 53, lid 1

162. Standaardiseringsovereenkomsten⁽⁵¹⁾ kunnen ofwel worden gesloten tussen particuliere ondernemingen,

ofwel onder de auspiciën worden geplaatst van overheidsinstanties of instanties die belast zijn met de exploitatie van diensten van algemeen economisch belang, zoals de normalisatie-instellingen die erkend zijn overeenkomstig het in punt 1 van hoofdstuk XIX bij bijlage II van de EER-Overeenkomst vermelde besluit (Richtlijn 98/34/EG⁽⁵²⁾). Die instellingen kunnen hun rol slechts spelen mits de EER-staten hun verplichtingen inzake de handhaving van een niet-vervalste mededinging in de EER nakomen.

6.3.1. Aard van de overeenkomst

6.3.1.1. Overeenkomsten die niet onder artikel 53, lid 1, vallen

163. Wanneer de deelneming aan de vaststelling van normen onbeperkt en doorzichtig is, vormen standaardiseringsovereenkomsten zoals hierboven omschreven, die geen verplichting opleggen om aan de normen te voldoen of die een onderdeel vormen van een ruimere overeenkomst die de compatibiliteit van producten moet waarborgen, geen beperking van de mededinging. Dit is in de regel het geval bij normen die zijn vastgesteld door erkende normalisatie-instellingen en die gebaseerd zijn op niet-discriminerende, open en doorzichtige procedures.

164. Er doet zich geen noemenswaardige beperking van de mededinging voor bij normen die slechts gelden voor een verwaarloosbaar deel van de relevante markt, zolang dit zo blijft. Dit is evenmin het geval bij overeenkomsten waarbij KMO's een pool vormen om toegangsformaliteiten en -voorwaarden tot collectieve aanbestedingen te standaardiseren of waarbij aspecten zoals minder belangrijke productkenmerken, formulieren of rapportage worden gestandaardiseerd, welke een onbetekenend effect hebben op de belangrijkste factoren die bepalend zijn voor de mededinging op de relevante markten.

6.3.1.2. Overeenkomsten die bijna altijd onder artikel 53, lid 1, vallen

165. Overeenkomsten waarin een norm wordt gebruikt als een middel om in het kader van een ruimere beperkende overeenkomst daadwerkelijke of potentiële mededinging uit te sluiten, zullen bijna steeds onder het verbod van artikel 53, lid 1, vallen. 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, zou bijvoorbeeld tot deze categorie behoren.

⁽⁵⁰⁾ 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. Ofschoon de EER-regelgeving normen nogal eng definieert, worden in deze richtsnoeren onder normen alle in dit punt bedoelde overeenkomsten verstaan.

⁽⁵¹⁾ Overeenkomstig artikel 4, lid 2, punt iii), van hoofdstuk II van Protocol 4 bij de Toezichtovereenkomst kunnen overeenkomsten die uitsluitend de ontwikkeling of de uniforme toepassing van normen of typen bij de Toezichthoudende Autoriteit van de EVA worden aangemeld. De aanmelding is evenwel niet verplichtend.

⁽⁵²⁾ 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, PB L 204 van 21.7.1998, blz. 37.

6.3.1.3. Overeenkomsten die onder artikel 53, lid 1, kunnen vallen

166. Standaardiseringsovereenkomsten kunnen onder artikel 53, lid 1, vallen wanneer deze aan de partijen de gezamenlijke zeggenschap verlenen over productie en/of innovatie, en aldus de mogelijkheid beperken om onderling op basis van productkenmerken te concurreren en daardoor ook gevolgen hebben voor derden zoals de leveranciers of afnemers van de gestandaardiseerde producten. Bij de beoordeling van elke overeenkomst moet rekening worden gehouden met de aard van de norm en de vermoedelijke gevolgen ervan voor de betrokken markten aan de ene kant, en met de reeks van mogelijke beperkingen die verder gaan dan het primaire doel van standaardisering, zoals hierboven beschreven, aan de andere kant.
167. Of zich bij standaardiseringsovereenkomsten een beperking van de mededinging voordoet, hangt af van de mate waarin het de partijen vrij blijft staan alternatieve normen of producten te blijven ontwikkelen die niet aan de overeengekomen norm beantwoorden. Standaardiseringsovereenkomsten kunnen de mededinging beperken wanneer zij de partijen verhinderen alternatieve normen te blijven ontwikkelen of producten te blijven verkopen, die niet aan de overeengekomen norm beantwoorden. Overeenkomsten die aan bepaalde organen het exclusieve recht verlenen om na te gaan of aan de norm is voldaan, gaan verder dan het primaire doel van standaardisering en kunnen eveneens de mededinging beperken. Overeenkomsten die beperkingen opleggen met betrekking tot de verklaring van conformiteit met de normen, kunnen — behalve wanneer zij door een wettelijke regeling zijn voorgeschreven — eveneens de mededinging beperken.

6.3.2. *Marktmacht en marktstructuur*

168. Dat de partijen op de betrokken markt of markten grote marktaandeelen hebben is niet noodzakelijk van belang bij standaardiseringsovereenkomsten. De doeltreffendheid ervan is vaak evenredig met het deel van de bedrijfstak dat bij het vaststellen en/of toepassen van de norm betrokken is. Aan de andere kant is het mogelijk dat normen die niet voor derden toegankelijk zijn, discriminerende of afschermende gevolgen hebben ten aanzien van derden of marktsegmenten op grond van de omvang van het geografische toepassingsgebied ervan. Bij de beoordeling of de overeenkomst de mededinging beperkt, dient de aandacht derhalve — noodzakelijkerwijs geval per geval — vooral uit te gaan naar het gemak waarmee dergelijke belemmeringen voor het betreden van de markt kunnen worden overwonnen.

6.4. **Beoordeling op grond van artikel 53, lid 3**

6.4.1. *Economische voordelen*

169. De Toezichthoudende Autoriteit van de EVA neemt doorgaans een positieve houding aan ten aanzien van

overeenkomsten die economische interpenetratie binnen de gemeenschappelijke markt bevorderen of de ontwikkeling van nieuwe markten en betere leveringsvoorwaarden aanmoedigen. Om die economische voordelen te realiseren, moet de informatie die vereist is om de norm toe te passen voor eenieder die de markt wil betreden beschikbaar zijn en moet een aanzienlijk deel van de bedrijfstak bij het op een doorzichtige wijze vaststellen van de norm betrokken zijn. De partijen dienen aan te tonen dat eventuele beperkingen bij de vaststelling, of het gebruik van of de toegang tot de norm economische voordelen opleveren.

170. Om technische of economische voordelen op te leveren mogen de normen geen rem op innovatie vormen. Dit zal in de eerste plaats afhangen van de levensduur van de betrokken producten, in samenhang met het ontwikkelingsstadium van de markt (snel groeiend, groeiend, stagnerend ...). De gevolgen voor de innovatie moeten van geval tot geval worden onderzocht. Wanneer een nieuwe norm ertoe kan leiden dat bestaande producten abnormaal snel verouderd zijn, zonder objectieve extra voordelen, kan van de partijen ook worden verlangd dat zij bewijzen dat een collectieve standaardisering voor de consument efficiëntiebevorderend is.

6.4.2. *Onmisbaarheid*

171. Door hun aard zullen normen niet alle mogelijke specificaties of technologieën omvatten. In sommige gevallen kan het in het belang van de consumenten of de economie in haar geheel noodzakelijk zijn slechts één technische oplossing te gebruiken. Deze norm moet evenwel op niet-discriminerende grondslag worden vastgesteld. In het ideale geval zouden normen technologisch neutraal moeten zijn. In ieder geval moet kunnen worden verantwoord waarom aan één norm de voorkeur wordt gegeven boven een andere.
172. Alle concurrenten op de betrokken markt of markten dienen de mogelijkheid te hebben bij de besprekingen te worden betrokken. Daarom moet deelneming aan de vaststelling van normen voor eenieder openstaan, tenzij de partijen kunnen aantonen dat zulks tot een aanzienlijk efficiëntieverlies zou leiden of tenzij er erkende procedures voor collectieve belangenverdediging voorhanden zijn, zoals bij formele normalisatie-instellingen het geval is.

173. In de regel dient een duidelijk onderscheid te worden gemaakt tussen de vaststelling van een norm en, in voorkomend geval, de daarmee gepaard gaande O & O enerzijds, en de commerciële exploitatie van die norm anderzijds. Overeenkomsten inzake normen behoren niet meer te regelen dan noodzakelijk is om het doel ervan te bereiken ongeacht of dit technische compatibiliteit dan wel het garanderen van een bepaald kwaliteitsniveau is. Zo dient bijvoorbeeld zeer duidelijk te worden

aangetoond waarom het voor de te behalen economische voordelen absoluut noodzakelijk is dat een overeenkomst om een norm in te voeren in een bedrijfstak waarin slechts één concurrent een alternatief aanbiedt, aan de partijen bij de overeenkomst de verplichting moet opleggen het alternatief te boycotten.

6.4.3. Geen uitschakeling van de mededinging

174. Er zal uiteraard een punt zijn waarop de vaststelling van een particuliere standaard door een groep ondernemingen die samen een machtspositie op de markt bezitten, waarschijnlijk tot de invoering van een feitelijke norm voor de bedrijfstak zal leiden. De grootste zorg zal dan zijn ervoor te zorgen dat deze normen zo open mogelijk zijn en op duidelijk niet-discriminerende wijze worden toegepast. Om uitschakeling van de mededinging op de relevante markt of markten te voorkomen, moeten derden op eerlijke, redelijke en niet-discriminerende voorwaarden toegang tot de norm kunnen krijgen.
175. Wanneer particuliere organisaties of groepen ondernemingen een norm vaststellen of wanneer hun gedeponeerde technologie een feitelijke norm wordt, wordt de mededinging uitgeschakeld indien derden van de toegang tot deze norm worden uitgesloten.

6.5. Voorbeelden

176. Voorbeeld 1

Situatie: Norm EN 60603-7:1993 beschrijft de vereisten om televisieontvangers aan te sluiten op videobeelden genererende hulptoestellen, zoals videorecorders en videospelletjes. Hoewel de norm wettelijk niet bindend is, passen de fabrikanten van zowel televisieontvangers als videospelletjes de norm toe, aangezien de markt het verlangt.

Analyse: Er is geen inbreuk gemaakt op artikel 53, lid 1. De norm is op nationaal, Europees en internationaal niveau door erkende normalisatie-instellingen vastgesteld volgens open en doorzichtige procedures en is gebaseerd op een nationale consensus die aansluit bij het standpunt van fabrikanten en consumenten. Alle fabrikanten mogen de norm toepassen.

177. Voorbeeld 2

Situatie: Een aantal fabrikanten van videocassettes worden het erover eens een keurmerk of norm te ontwikkelen om aan te geven dat de videocassette aan bepaalde technische minimumspecificaties voldoet. Het staat de fabrikanten vrij videocassettes te vervaardigen die niet aan de norm voldoen en de norm staat vrij ter beschikking van andere producenten.

Analyse: Mits de overeenkomst niet op andere wijze de mededinging beperkt, is er geen inbreuk op artikel 53,

lid 1, gemaakt aangezien de deelneming aan het vaststellen van de norm onbeperkt en doorzichtig is en de standaardiseringsovereenkomst niet de verplichting oplegt aan de norm te voldoen. Indien de partijen zouden overeenkomen nog alleen videocassettes te produceren die aan de nieuwe norm voldoen, zou de overeenkomst de technologische ontwikkeling beperken en de partijen verhinderen andere producten te verkopen, hetgeen een inbreuk op artikel 53, lid 1, zou vormen.

178. Voorbeeld 3

Situatie: Een groep concurrenten die actief zijn op verschillende markten die van elkaar afhankelijk zijn met producten die onderling compatibel moeten zijn, en die samen een marktaandeel van meer dan 80 % hebben op de relevante markten, worden het erover eens gezamenlijk een nieuwe norm te ontwikkelen die zal worden ingevoerd in concurrentie met reeds bestaande normen die door hun concurrenten vrij algemeen worden toegepast. De diverse producten die aan de nieuwe norm voldoen, zullen niet compatibel zijn met de bestaande normen. Wegens de aanzienlijke investeringen die vereist zijn om over te schakelen op de nieuwe norm en de productie volgens die norm in stand te houden, komen de partijen overeen een bepaald volume van hun omzet te reserveren voor producten die aan de nieuwe norm voldoen, teneinde op de markt een „kritische massa” tot stand te brengen. Zij komen tevens overeen elk hun productievolume van producten die niet aan de norm voldoen te bevriezen op het niveau van het vorige jaar.

Analyse: Deze overeenkomst valt wegens de marktmacht van de partijen en de beperkingen op hun productie onder artikel 53, lid 1, en zal waarschijnlijk niet aan de voorwaarden voor een vrijstelling uit hoofde van artikel 53, lid 3, voldoen, tenzij toegang tot de technische informatie op niet-discriminerende grondslag en op redelijke voorwaarden wordt verleend aan andere leveranciers die willen concurreren.

7. OVEREENKOMSTEN INZAKE MILIEU

7.1. Definitie

179. Overeenkomsten inzake milieu⁽⁵³⁾ zijn overeenkomsten waarbij de partijen zich ertoe verbinden de vervuiling te

⁽⁵³⁾ Het begrip „overeenkomst” is hier gebruikt in de betekenis die daaraan gegeven wordt door het Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen en het Gerecht van eerste aanleg in de rechtspraak betreffende artikel 81 van het EG-Verdrag. Deze komt niet noodzakelijk overeen met de definitie van een overeenkomst in documenten betreffende milieuvraagstukken, zoals de mededeling van de Europese Commissie over milieuconvenanten, COM(96) 561 def. van 27.11.1996, voor de EER relevant op grond van punt 1 van artikel 3 van Protocol 31 bij de EER-Overeenkomst.

verminderen, zoals beschreven in de milieuwetgeving, of om andere milieudoelstellingen te bereiken, met name die welke in artikel 73 van de EER-Overeenkomst worden genoemd. Het doel of de overeengekomen maatregelen dienen derhalve rechtstreeks verband te houden met de vermindering van een vervuilingfactor of een categorie afval die met name in de relevante voorschriften is genoemd⁽⁵⁴⁾. Dit sluit overeenkomsten uit waarin vermindering van de vervuiling een neveneffect is van andere maatregelen.

180. Overeenkomsten inzake milieu kunnen normen vaststellen voor de milieuvriendelijkheid van producten (bij de input of de output) of productieprocessen⁽⁵⁵⁾. Andere mogelijke types zijn overeenkomsten tussen partijen op hetzelfde niveau van de handel, waarbij deze streven naar het gezamenlijk bereiken van een milieudoel, zoals de recycling van bepaalde stoffen, de vermindering van uitstoot of de verbetering van de energiezuinigheid.

181. Veelomvattende regelingen voor gehele industrietakken worden in vele EER-staten opgezet om te voldoen aan milieuverplichtingen op het gebied van terugname of recycling. Dergelijke regelingen omvatten doorgaans een complex geheel van overeenkomsten, waarvan sommige horizontaal en andere verticaal van aard zijn. Voorzover deze overeenkomsten verticale afspraken omvatten, vallen zij niet onder deze richtsnoeren.

7.2. Relevante markten

182. De gevolgen moeten worden beoordeeld voor de markten waarop de overeenkomst betrekking heeft, welke worden bepaald aan de hand van de bekendmaking inzake de bepaling van de relevante markt voor het mededingingsrecht in de EER. Wanneer de vervuilingfactor niet zelf een product is, is de relevante markt die van het product waarin de vervuilingfactor vervat is. Wat inzamelings- en/of recyclingovereenkomsten betreft, dienen, behalve de gevolgen ervan voor de markt of markten waarop de partijen actief zijn als producenten of distributeurs, ook de gevolgen voor de markt voor inzamelingsdiensten die mogelijk het betrokken product zouden kunnen ophalen, te worden beoordeeld.

7.3. Beoordeling op grond van artikel 53, lid 1

183. Sommige overeenkomsten inzake milieu kunnen worden aangemoedigd of opgelegd door staatsautoriteiten

⁽⁵⁴⁾ Bv. een nationale overeenkomst waarbij een vervuilingfactor of een categorie afval die met name is genoemd in EER-documenten, geleidelijk wordt geëlimineerd, mag niet worden beschouwd als een collectieve boycot van een product dat in de EER in het vrije verkeer is.

⁽⁵⁵⁾ Voorzover sommige overeenkomsten inzake milieubescherming kunnen worden beschouwd als normalisatie-overeenkomsten, zijn de beginselen voor de beoordeling van overeenkomsten inzake normen erop van toepassing.

op grond van hun prerogatieven als overheid. Deze richtsnoeren gaan niet in op de vraag of een dergelijke overheidsbemoeiing in overeenstemming is met de verplichtingen die krachtens de EER-Overeenkomst op de overeenkomstsluitende partijen rusten. Zij betreffen uitsluitend de beoordeling van de verenigbaarheid van de overeenkomst met artikel 53.

7.3.1. Aard van de overeenkomst

7.3.1.1. Overeenkomsten die niet onder artikel 53, lid 1, vallen

184. Sommige overeenkomsten inzake milieu zullen niet licht onder de toepassing van het verbod van artikel 53, lid 1, vallen, ongeacht het gezamenlijke marktaandeel van de partijen.

185. Dit kan het geval zijn wanneer aan de partijen geen precieze individuele verplichting wordt opgelegd of wanneer zij in het algemeen verplicht zijn bij te dragen tot het bereiken van een milieudoelstelling voor de gehele sector. In dit laatste geval dient de aandacht bij de beoordeling vooral uit te gaan naar de keuzevrijheid die aan de partijen wordt overgelaten met betrekking tot de middelen die uit technisch en economisch oogpunt ter beschikking staan om de overeengekomen milieudoelstelling te bereiken. Hoe ruimer de keuze van middelen is, hoe kleiner de potentiële mededingingsbeperkende gevolgen zullen zijn.

186. Ook overeenkomsten die normen opleggen met betrekking tot de milieuvriendelijkheid van producten of productieprocessen en die geen noemenswaardige invloed hebben op de diversiteit van de producten of de productie op de relevante markt of waarvan het belang marginaal is wat beïnvloeding van aankoopbeslissingen betreft, vallen niet onder artikel 53, lid 1. Wanneer bepaalde categorieën producten verboden worden of geleidelijk van de markt worden geëlimineerd, kunnen de beperkingen niet als merkbaar worden beschouwd voorzover het aandeel ervan op de relevante geografische markt of, in het geval van markten die de gehele EER bestrijken, in alle EER-staten gering is.

187. Overeenkomsten ten slotte die tot het scheppen van werkelijk nieuwe markten leiden, zoals bijvoorbeeld recyclingovereenkomsten, zullen over het algemeen de mededinging niet beperken, op voorwaarde dat en zolang als de partijen niet in staat zijn die activiteit los van alle anderen uit te oefenen, terwijl er geen andere alternatieven en/of concurrenten voorhanden zijn.

7.3.1.2. Overeenkomsten die bijna altijd onder artikel 53, lid 1, vallen

188. Overeenkomsten inzake milieu vallen door hun aard onder de toepassing van artikel 53, lid 1, indien de

samenwerking niet werkelijk gericht is op milieudoelstellingen, doch een instrument is om een verpakt kartel te vormen, met verboden praktijken zoals de vaststelling van prijzen, de beperking van de productie of de verdeling van markten, of indien de samenwerking wordt gebruikt als een onderdeel van een ruimere mededingingsbeperkende overeenkomst die ten doel heeft de daadwerkelijke of potentiële concurrenten uit te schakelen.

7.3.1.3. *Overeenkomsten die onder artikel 53, lid 1, kunnen vallen*

189. Overeenkomsten inzake milieu die op nationaal of EER-niveau een groot deel van een bedrijfstak bestrijken, zullen waarschijnlijk onder de toepassing van artikel 53, lid 1, vallen wanneer zij de mogelijkheid van de partijen merkbaar beperken om de kenmerken van hun producten of de wijze waarop zij deze produceren zelf te bepalen, hetgeen hen in staat stelt elkaars productie of omzet te beïnvloeden. Buiten de beperkingen tussen partijen die eruit voortvloeien, kan een overeenkomst inzake milieubescherming ook de productie van derden — leveranciers zowel als afnemers — beperken of aanzienlijk beïnvloeden.

190. Zo zullen bijvoorbeeld overeenkomsten inzake milieu die een aanzienlijk deel van de omzet van partijen wat de producten en productieprocessen betreft geleidelijk elimineren of althans aanmerkelijk verminderen, wellicht onder artikel 53, lid 1, vallen wanneer de partijen een aanzienlijk marktaandeel hebben. Hetzelfde geldt voor overeenkomsten waarbij de partijen elkaar individuele vervuilingquota opleggen.

191. Ook overeenkomsten waarbij partijen, die aanzienlijke marktaandelen hebben op een wezenlijk deel van het gebied dat onder de EER-Overeenkomst valt, een onderneming aanwijzen als exclusieve verstrekker van inzamelings- en/of recyclingdiensten voor hun producten, kunnen de mededinging merkbaar beperken, voorzover er reeds andere daadwerkelijke of realistische potentiële verstrekkers van dergelijke diensten bestaan.

7.4. **Beoordeling op grond van artikel 53, lid 3**

7.4.1. *Economische voordelen*

192. De Toezichthoudende Autoriteit van de EVA staat positief tegenover het gebruik van overeenkomsten inzake milieu als een beleidsinstrument om de in de artikelen 1 en 73 van de EER-Overeenkomst en in de

actieplannen voor het milieu⁽⁵⁶⁾ neergelegde doelstellingen te bereiken, mits die overeenkomsten met de mededingingsregels verenigbaar zijn⁽⁵⁷⁾.

193. Overeenkomsten inzake milieu die onder artikel 53, lid 1, vallen, kunnen economische voordelen opleveren die, hetzij op individueel of algemeen consumenten-niveau, opwegen tegen de negatieve gevolgen voor de mededinging. Om aan deze voorwaarde te voldoen, moeten er uit de overeenkomst nettovoordelen voortvloeien in termen van verminderde milieuschadelijkheid in vergelijking met een situatie waarin niets wordt ondernomen. Met ander woorden, de verwachte economische voordelen moeten opwegen tegen de kosten⁽⁵⁸⁾.

194. Die kosten omvatten de gevolgen van een verminderde mededinging alsmede de kosten voor de bedrijven om zich aan de regels te conformeren en/of de gevolgen voor derden. De voordelen kunnen worden ingeschat in twee stadia. Wanneer de consumenten individueel binnen een redelijke terugverdientijd een rechtstreeks voordeel aan de overeenkomst ontleen, is het niet nodig de algemene voordelen voor het milieu objectief vast te stellen. Anders zal wellicht een kosten-batenanalyse noodzakelijk zijn om te beoordelen of er op grond van redelijke veronderstellingen voor de consumenten in het algemeen nettovoordelen te verwachten zijn.

7.4.2. *Onmisbaarheid*

195. Hoe objectiever de economische efficiëntie van een overeenkomst inzake milieu wordt aangetoond, hoe gemakkelijker elke bepaling ervan onmisbaar zal worden geacht voor het bereiken van de milieudoelstelling in haar economische context.

⁽⁵⁶⁾ Door de Europese Gemeenschap opgestelde actieplannen op het gebied van milieu zijn voor de EER relevant op grond van punt 1 van artikel 3 van Protocol 31 bij de EER-Overeenkomst.

⁽⁵⁷⁾ Zie de mededeling van de Europese Commissie over milieuconvenanten COM(96) 561 def. van 27.11.1996, punten 27-29, en artikel 3, lid 1, van het derde besluit vermeld in punt 1 van artikel 3 van Protocol 31 bij de EER-Overeenkomst (Besluit nr. 2179/98/EG van het Europees Parlement en de Raad van 24 september 1998 betreffende de herziening van het beleidsplan en actieprogramma van de Europese Gemeenschap inzake het milieu en duurzame ontwikkeling „Op weg naar duurzame ontwikkeling”, PB L 275 van 10.10.1998, blz. 1). De mededeling behelst een „Checklist voor milieuconvenanten”, waarin wordt aangegeven welke elementen in het algemeen in een dergelijke overeenkomst moeten zijn opgenomen. Deze checklist geeft ook nuttige aanwijzingen in het kader van artikel 53 van de EER-Overeenkomst.

⁽⁵⁸⁾ Dit strookt met het vereiste rekening te houden met de potentiële kosten en baten van initiatieven of het uitblijven daarvan, als beschreven in artikel 7, onder d), van het derde besluit vermeld in punt 1 van artikel 3 van Protocol 31 bij de EER-Overeenkomst (Besluit nr. 2179/98/EG van het Europees Parlement en de Raad van 24 september 1998 betreffende de herziening van het beleidsplan en actieprogramma van de Europese Gemeenschap inzake het milieu en duurzame ontwikkeling „Op weg naar duurzame ontwikkeling”, PB L 275 van 10.10.1998, blz. 1).

196. Een objectieve beoordeling van bepalingen die op het eerste gezicht als niet onmisbaar zouden kunnen worden beschouwd, dient te worden gestaafd door een kosten-doelmatigheidsanalyse waaruit, op grond van redelijke veronderstellingen, blijkt dat andere middelen om de verwachte milieuvordelen te bereiken economisch of financieel zwaardere kosten zouden meebrengen. Zo dient bijvoorbeeld duidelijk te worden aangetoond dat een uniforme heffing voor afvalinzameling die wordt opgelegd ongeacht de individuele kosten, voor het functioneren van een inzamelingsstelsel voor de gehele bedrijfstak onmisbaar is.

7.4.3. Geen uitschakeling van de mededinging

197. Hoe groot de milieu- en economische voordelen en hoe sterk de noodzaak van de voorgenoemde bepalingen ook zijn, de overeenkomst mag in geen geval op korte of, in voorkomend geval, op middellange termijn de mededinging uitschakelen inzake product- of procesdifferentiatie, technologische innovatie of toegang tot de markt. Zo dient bijvoorbeeld, indien exclusieve inzamelingsrechten worden verleend aan een ophaal-/recyclingbedrijf dat potentiële concurrenten heeft, bij de vaststelling van de duur van die rechten rekening te worden gehouden met de eventuele komst van een alternatief voor dat bedrijf.

7.5. Voorbeelden

198. Voorbeeld:

Situatie: Bijna alle producenten en importeurs van een bepaald huishoudtoestel (bv. wasmachines) in de EER komen, daartoe gestimuleerd door een overheidsinstantie, overeen in de EER niet langer producten te vervaardigen of in te voeren die niet voldoen aan bepaalde milieucriteria (bv. energiezuinigheid). De partijen hebben een gezamenlijk marktaandeel van 90 % in de EER. De

producten die aldus geleidelijk van de markt worden geëlimineerd, maken een significant 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 (bv. elektriciteitsbedrijven, leveranciers van componenten die in de geëlimineerde producten verwerkt zijn).

Analyse: De overeenkomst verleent de partijen controle over elkaars productie en invoer, betreft een aanzienlijk deel van hun omzet en totale productie, en leidt tot een verlaging van de productie van derden. De keuze van de consument, die gedeeltelijk gericht is op de milieukennissen van het product, wordt beperkt en de prijzen zullen waarschijnlijk stijgen. De overeenkomst valt derhalve onder de toepassing van artikel 53, lid 1. De betrokkenheid van een overheidsinstantie is voor deze beoordeling irrelevant.

Nieuwere producten zijn echter technisch geavanceerder en zullen, door vermindering van het milieuprobleem dat indirect wordt aangepakt (uitstoot bij elektriciteitsopwekking), niet noodzakelijk een ander milieuprobleem (bv. waterverbruik, gebruik van detergent) in het leven roepen of vergroten. De nettobijdrage aan de verbetering van de algemene milieutoestand weegt op tegen de hogere kosten. Voorts zullen de particuliere kopers van duurdere producten ook snel die hogere kosten terugverdienen, aangezien de milieuvriendelijkere producten lagere gebruikskosten hebben. Andere alternatieven voor de overeenkomst blijken minder zeker en minder kostendoelmatig te zijn voor het bereiken van dezelfde nettovoordelen. Economisch gezien staan de partijen uiteenlopende technische middelen ter beschikking om producten te vervaardigen die aan de overeengekomen milieukennissen voldoen, en er zal concurrentie blijven met betrekking tot andere productkennissen. Bijgevolg is aan de voorwaarden voor een onthefing uit hoofde van artikel 53, lid 3, voldaan.