

Uitgave  
in de Nederlandse taal

## Mededelingen en bekendmakingen

<u>Nummer</u>	Inhoud	Bladzijde
	I <i>Mededelingen</i>	
	<b>Commissie</b>	
2004/C 101/01	Wisselkoersen van de euro .....	1
2004/C 101/02	Mededeling van de Commissie — Richtsnoeren voor de toepassing van artikel 81 van het EG-Verdrag op overeenkomsten inzake technologieoverdracht <sup>(1)</sup> .....	2
2004/C 101/03	Mededeling van de Commissie betreffende de samenwerking binnen het netwerk van mededingingsautoriteiten <sup>(1)</sup> .....	43
2004/C 101/04	Mededeling van de Commissie betreffende de samenwerking tussen de Commissie en de rechterlijke instanties van de EU-lidstaten bij de toepassing van de artikelen 81 en 82 van het Verdrag <sup>(1)</sup> .....	54
2004/C 101/05	Mededeling van de Commissie betreffende de behandeling van klachten door de Commissie op grond van de artikelen 81 en 82 van het Verdrag <sup>(1)</sup> .....	65
2004/C 101/06	Mededeling van de Commissie over informeel advies betreffende nieuwe vragen met betrekking tot de artikelen 81 en 82 van het EG-Verdrag die in individuele gevallen rijzen (adviesbrieven) <sup>(1)</sup> .....	78
2004/C 101/07	Mededeling van de Commissie — Richtsnoeren betreffende het begrip „beïnvloeding van de handel” in de artikelen 81 en 82 van het Verdrag <sup>(1)</sup> .....	81
2004/C 101/08	Mededeling van de Commissie — Richtsnoeren betreffende de toepassing van artikel 81, lid 3, van het Verdrag <sup>(1)</sup> .....	97

**Bericht aan de lezers** (zie bladzijde 3 van de omslag)



## BERICHT AAN DE LEZERS

### HET PUBLICATIEBLAD VAN DE EUROPESE UNIE IN 20 TALEN

Vanaf **1 mei 2004**, de datum van toetreding tot de Europese Unie van de tien nieuwe lidstaten (Tsjechië, Estland, Cyprus, Letland, Litouwen, Hongarije, Malta, Polen, Slovenië en Slowakije), verschijnt de papieren editie van de L- en de C-reeks van het *Publicatieblad van de Europese Unie* in de 20 officiële talen van de Europese Unie.

De „kleurenband” op de rug van de omslag verdwijnt en de taal wordt op de voorkant aangeduid met de ISO-code: Spaans (ES), Tsjechisch (CS), Deens (DA), Duits (DE), Ests (ET), Grieks (EL), Engels (EN), Frans (FR), Italiaans (IT), Lets (LV), Litouws (LT), Hongaars (HU), Maltees (MT), Nederlands (NL), Pools (PL), Portugees (PT), Slowaaks (SK), Sloveens (SL), Fins (FI) en Zweeds (SV).

De cd-rom-uitgave van de L- en de C-reeks zal eveneens in de 20 talen beschikbaar zijn vanaf het meinummer.

### HET „ACQUIS COMMUNAUTAIRE” IN NEGEN NIEUWE TALEN

De publicatie van het „acquis communautaire” in de nieuwe officiële talen is in voorbereiding. Deze uitgave zal beschikbaar zijn:

— als papieren editie, in de vorm van een abonnement. De volumes worden verstuurd zodra zij beschikbaar zijn. De prijs bedraagt 2 000 EUR.

Elk volume zal ook apart verkrijgbaar zijn vanaf de volledige publicatie van alle volumes;

— als cd-rom-uitgave, vanaf het ogenblik dat alle volumes gepubliceerd zijn als papieren editie. De prijs van de cd-rom is vastgesteld op 1 000 EUR;

— in EUR-Lex.

Het eerste van de iets meer dan 200 volumes (het juiste aantal is nog niet gekend) van het „acquis communautaire” is nu beschikbaar in zeven nieuwe officiële talen. Het eerste volume van de Maltese en de Letlandse serie verschijnt in de nabije toekomst.

Voor meer informatie, gelieve contact op te nemen met een van onze verkoopkantoren (zie de laatste bladzijde van de omslag).

## I

(Mededelingen)

## COMMISSIE

Wisselkoersen van de euro <sup>(1)</sup>

26 april 2004

(2004/C 101/01)

1 euro =

Munteenheid		Koers	Munteenheid		Koers
USD	US-dollar	1,1851	LVL	Letlandse lat	0,647
JPY	Japanse yen	128,93	MTL	Maltese lira	0,4245
DKK	Deense kroon	7,4407	PLN	Poolse zloty	4,7688
GBP	Pond sterling	0,66365	ROL	Roemeense leu	40 360
SEK	Zweedse kroon	9,1083	SIT	Sloveense tolar	238,4
CHF	Zwitserse frank	1,5566	SKK	Slovaakse koruna	40,045
ISK	IJslandse kroon	87,30	TRL	Turkse lira	1 631 428
NOK	Noorse kroon	8,2415	AUD	Australische dollar	1,6144
BGN	Bulgaarse lev	1,9463	CAD	Canadese dollar	1,6043
CYP	Cypriotische pond	0,5865	HKD	Hongkongse dollar	9,2424
CZK	Tsjechische koruna	32,36	NZD	Nieuw-Zeelandse dollar	1,8825
EEK	Estlandse kroon	15,6466	SGD	Singaporese dollar	2,0119
HUF	Hongaarse forint	249,85	KRW	Zuid-Koreaanse won	1 368,85
LTL	Litouwse litas	3,4527	ZAR	Zuid-Afrikaanse rand	7,9935

(1) Bron: door de Europese Centrale Bank gepubliceerde referentiekosten.

## MEDEDELING VAN DE COMMISSIE

## Richtsnoeren voor de toepassing van artikel 81 van het EG-Verdrag op overeenkomsten inzake technologieoverdracht

(2004/C 101/02)

(Voor de EER relevante tekst)

## I. INLEIDING

1. In deze richtsnoeren worden de beginselen uiteengezet voor de toetsing van overeenkomsten inzake technologieoverdracht aan artikel 81 van het Verdrag. Overeenkomsten inzake technologieoverdracht hebben betrekking op het in licentie geven van technologie, waarbij de licentiegever de licentienemer machtigt om de in licentie gegeven technologie te exploiteren voor de productie van goederen of diensten, overeenkomstig de definitie in artikel 1, lid 1, onder b) van Verordening (EG) nr. 773/2004 van de Commissie betreffende de toepassing van artikel 81, lid 3, van het Verdrag op groepen overeenkomsten inzake technologieoverdracht (de GVTO) <sup>(1)</sup>.
2. Het doel van de richtsnoeren is aanwijzingen te geven voor de toepassing van de GVTO, alsmede voor de toepassing van artikel 81 op overeenkomsten inzake technologieoverdracht die buiten het toepassingsgebied van de GVTO vallen. De GVTO en de richtsnoeren doen geen afbreuk aan de eventuele gelijktijdige toepassing van artikel 82 van het Verdrag op licentieovereenkomsten <sup>(2)</sup>.
3. De in deze richtsnoeren gegeven regels moeten worden toegepast met inachtneming van de specifieke omstandigheden van elk geval. Dit sluit een mechanische toepassing uit. Elk geval moet worden beoordeeld op grond van de feitelijke omstandigheden en de richtsnoeren moeten op redelijke en soepele wijze worden toegepast. De gegeven voorbeelden dienen slechts ter illustratie en zijn niet exhaustief bedoeld. De Commissie zal in het kader van het nieuwe handhavingssysteem dat bij Verordening nr. 1/2003 <sup>(3)</sup> is ingevoerd, toezien op het functioneren van de GVTO en de richtsnoeren om na te gaan of wijzigingen noodzakelijk zijn.
4. Deze richtsnoeren doen geen afbreuk aan de interpretatie die mogelijk door het Hof van Justitie en het Gerecht van eerste aanleg aan artikel 81 en de GVTO wordt gegeven.

## II. ALGEMENE BEGINSELEN

## 1. Artikel 81 en intellectuele-eigendomsrechten

5. Het doel van artikel 81 in zijn geheel is de bescherming van de mededinging op de markt met het oog op de bevordering van de welvaart van de consument en een doeltreffende besteding van middelen. Artikel 81, lid 1, verbiedt alle overeenkomsten en onderling afgestemde feitelijke gedragingen tussen ondernemingen, alsmede besluiten van ondernemersverenigingen <sup>(4)</sup> die de handel tussen lidstaten ongunstig kunnen beïnvloeden <sup>(5)</sup> en die ertoe strekken of ten gevolge hebben dat de mededinging wordt verhinderd, beperkt of vervalst <sup>(6)</sup>. Bij wijze van uitzondering op deze regel bepaalt artikel 81, lid 3, dat het verbod van artikel 81, lid 1, buiten toepassing kan worden verklaard voor overeenkomsten tussen ondernemingen die bijdragen tot de verbetering van de productie of van de verdeling der producten of tot verbetering van de technische of economische vooruitgang, mits een billijk aandeel in de daaruit voortvloeiende voordelen de gebruikers ten goede komt, en zonder nochtans aan de betrokken ondernemingen beperkingen op te leggen welke voor het bereiken van deze doelstellingen niet onmisbaar zijn of hen de mogelijkheid te geven voor een wezenlijk deel van de betrokken producten de mededinging uit te schakelen.

6. De wetgeving inzake intellectuele eigendom kent exclusieve rechten toe aan de houders van octrooien, auteursrechten, modelrechten, merken en andere wettelijk beschermde rechten. De eigenaar van intellectuele eigendom is krachtens de wetgeving inzake intellectuele eigendom gerechtigd ongeoorloofd gebruik van zijn intellectuele eigendom te voorkomen en deze te exploiteren, onder meer door haar in licentie te geven aan derden. Wanneer een product waarin een intellectuele-eigendomsrecht is verwerkt, door de houder of met zijn toestemming eenmaal binnen de EER op de markt is gebracht, is het intellectuele-eigendomsrecht uitgeput, dit wil zeggen dat de houder het niet langer kan gebruiken om zeggenschap te houden over de verkoop van het product <sup>(7)</sup> (beginsel van communautaire uitputting). De houder heeft krachtens de wetgeving inzake intellectuele eigendom niet het recht om verkopen door licentienemers of afnemers van producten waarin de in licentie gegeven technologie is verwerkt, te verhinderen <sup>(8)</sup>. Het beginsel van communautaire uitputting strookt met de wezenlijke functie van intellectuele-eigendomsrechten, die erin bestaat de houder het recht toe te kennen om anderen te beletten zijn intellectuele eigendom zonder zijn toestemming te exploiteren.
7. Het feit dat de wetgeving inzake intellectuele eigendom exclusieve exploitatierechten verleent, betekent niet dat intellectuele-eigendomsrechten geheel buiten de werkingssfeer van het mededingingsrecht vallen. De artikelen 81 en 82 zijn met name van toepassing op overeenkomsten waarbij een rechthebbende aan een andere onderneming een licentie geeft om zijn intellectuele-eigendomsrechten te exploiteren <sup>(9)</sup>. Het betekent evenmin dat er noodzakelijkerwijs een conflict is tussen intellectuele-eigendomsrechten en de communautaire mededingingsregels. Beide groepen rechtsregels hebben immers hetzelfde fundamentele doel, namelijk de bescherming van de welvaart van de consument en een doeltreffende besteding van middelen. Innovatie is een wezenlijk en dynamisch bestanddeel van een open en concurrerende markteconomie. Intellectuele-eigendomsrechten bevorderen een dynamische mededinging doordat zij ondernemingen aanmoedigen om te investeren in de ontwikkeling van nieuwe of betere producten en processen. Dat doet ook een vrije mededinging, omdat zij ondernemingen onder druk zet om te innoveren. Zowel intellectuele-eigendomsrechten als vrije mededinging zijn derhalve noodzakelijk om innovatie te bevorderen en een concurrerende exploitatie daarvan te waarborgen.

8. Bij de toetsing van licentieovereenkomsten aan artikel 81 mag niet uit het oog worden verloren dat voor de totstandkoming van intellectuele-eigendomsrechten vaak aanzienlijke investeringen vereist zijn en grote risico's moeten worden genomen. Om een dynamische mededinging niet te beperken en de prikkel tot innovatie te handhaven mag de innovator dan ook niet te veel worden beperkt in de exploitatie van intellectuele-eigendomsrechten die waardevol blijken te zijn. Daarom moet een innovator gewoonlijk het recht hebben om voor succesvolle projecten een vergoeding te vragen die toereikend is om investeringsprijkkels te handhaven, waarbij met mislukte projecten rekening wordt gehouden. Het in licentie geven van technologie kan ook inhouden dat de licentienemer aanzienlijke niet-recupereerbare investeringen moet doen in de in licentie gegeven technologie en de productiemiddelen die nodig zijn om deze te exploiteren. Artikel 81 kan niet worden toegepast zonder rekening te houden met dergelijke voorafgaande investeringen van de partijen en de risico's die daarmee verband houden. Het risico dat de partijen nemen en de niet-recupereerbare investering die moet worden vastgelegd kunnen er bijgevolg toe leiden dat de overeenkomst, naargelang van het geval, buiten het toepassingsgebied van artikel 81, lid 1, valt of aan de voorwaarden van artikel 81, lid 3, voldoet gedurende de tijd die nodig is om de investering terug te verdienen.
9. Bij de toetsing van licentieovereenkomsten aan artikel 81 is het bestaande analytische kader soepel genoeg om afdoende rekening te houden met de dynamische aspecten van het in licentie geven van technologie. Er is geen vermoeden dat intellectuele-eigendomsrechten en licentieovereenkomsten op zichzelf aanleiding zouden geven tot bezwaren uit mededingingsoogpunt. De meeste licentieovereenkomsten zijn niet concurrentiebeperkend en brengen concurrentiebevorderende efficiëntieverbeteringen teweeg. Het in licentie geven als zodanig is concurrentiebevorderend omdat het leidt tot de verspreiding van technologie en aanzet tot innovatie. Bovendien kunnen zelfs concurrentiebeperkende licentieovereenkomsten dikwijls concurrentiebevorderende efficiëntieverbeteringen teweegbrengen, die in het licht van artikel 81, lid 3, dienen te worden onderzocht en moeten worden afgewogen tegen de negatieve effecten voor de mededinging<sup>(10)</sup>. Verreweg de meeste licentieovereenkomsten zijn derhalve verenigbaar met artikel 81.
- 2. Het algemene kader voor de toepassing van artikel 81**
10. Artikel 81, lid 1 verbiedt overeenkomsten die ertoe strekken of ten gevolge hebben dat de mededinging wordt beperkt. Deze bepaling is zowel van toepassing op beperkingen van de mededinging tussen de partijen bij een overeenkomst als op beperkingen van de mededinging tussen een van de partijen en derden.
11. Of een licentieovereenkomst de mededinging beperkt, moet worden beoordeeld binnen het feitelijke kader waarin de mededinging zich zou afspelen zonder de overeenkomst met zijn vermeende beperkingen<sup>(11)</sup>. Bij het maken van deze beoordeling moet rekening worden gehouden met de waarschijnlijke invloed van de overeenkomst op de *intertechnologiemededinging* (d.w.z. de mededinging tussen ondernemingen die concurrerende technologieën gebruiken) en op de *intratechnologiemededinging* (d.w.z. de mededinging tussen ondernemingen die dezelfde technologie gebruiken)<sup>(12)</sup>. Artikel 81, lid 1 verbiedt zowel beperking van de *intertechnologiemededinging* als van de *intratechnologiemededinging*. Er moet derhalve worden nagegaan in welke mate de overeenkomst deze twee aspecten van de mededinging op de markt beïnvloedt of zou kunnen beïnvloeden.
12. De volgende twee vragen kunnen hierbij een nuttige leidraad bieden. De eerste vraag heeft betrekking op de invloed van de overeenkomst op *intertechnologiemededinging*, de tweede vraag betreft de invloed van de overeenkomst op *intratechnologiemededinging*. Aangezien beperkingen beide vormen van mededinging tegelijkertijd kunnen beïnvloeden, kan het noodzakelijk zijn een beperking in het licht van beide vragen te onderzoeken alvorens kan worden vastgesteld of de mededinging wordt beperkt in de zin van artikel 81, lid 1:
- a) Beperkt de licentieovereenkomst de daadwerkelijke of potentiële concurrentie die zonder de desbetreffende overeenkomst zou hebben bestaan? Indien dat het geval is, valt de overeenkomst mogelijk onder het verbod van artikel 81, lid 1. Om dit te kunnen beoordelen moet rekening worden gehouden met de mededinging tussen de partijen onderling en die tussen de partijen en derden. Wanneer bijvoorbeeld twee ondernemingen die in verschillende lidstaten gevestigd zijn, elkaar wederzijds licenties verlenen voor concurrerende technologieën en de verbintenis aangaan geen producten te verkopen op elkaars thuismarkten, wordt de (potentiële) mededinging die vóór de overeenkomst bestond, beperkt. Ook wanneer een licentiegever aan zijn licentienemers de verplichting oplegt geen concurrerende technologieën te gebruiken en die verplichting de technologieën van derden uitsluit van de markt, wordt de daadwerkelijke of potentiële mededinging die zonder de overeenkomst zou hebben bestaan, beperkt.
- b) Beperkt de overeenkomst de feitelijke of potentiële mededinging die zonder de contractuele beperking(en) zou hebben bestaan? Indien dat het geval is, valt de overeenkomst mogelijk onder het verbod van artikel 81, lid 1. Wanneer een licentiegever bijvoorbeeld zijn licentienemers verbiedt om met elkaar te concurreren, wordt de (potentiële) mededinging die zonder de beperkingen tussen de licentienemers had kunnen bestaan, beperkt. Dergelijke beperkingen omvatten verticale prijsbinding evenals beperkingen van het verkoopgebied of de klantenkring tussen licentienemers. In sommige gevallen is het evenwel mogelijk dat bepaalde beperkingen niet onder artikel 81, lid 1 vallen, namelijk wanneer de beperking objectief noodzakelijk is voor het sluiten van een overeenkomst van een dergelijk type of karakter<sup>(13)</sup>. Deze uitsluiting van de toepassing van artikel 81, lid 1 kan slechts plaatsvinden op basis van objectieve factoren die losstaan van de partijen zelf, en niet op grond van de subjectieve meningen en kenmerken van de partijen. De vraag is niet of de partijen in hun specifieke situatie er niet mee hadden ingestemd een minder beperkende overeenkomst te sluiten, maar of, gezien de aard van de overeenkomst en de kenmerken van de markt, een minder beperkende overeenkomst niet zou zijn gesloten door ondernemingen in een soortgelijke situatie. Zo kunnen bijvoorbeeld territoriale beperkingen in een overeenkomst tussen niet-concurrenten gedurende enige tijd buiten het toepassingsgebied van artikel 81, lid 1, vallen indien die beperkingen objectief gezien noodzakelijk zijn wil een licentienemer een nieuwe markt kunnen betreden. Evenzo is een aan alle licentienemers opgelegd verbod om aan bepaalde categorieën eindgebruikers te verkopen doorgaans niet concurrentiebeperkend indien een dergelijke beperking, om redenen van veiligheid of

gezondheid gezien de gevaarlijke aard van het betrokken product, objectief gezien noodzakelijk is. De bewering dat de leverancier zonder de overeenkomst zou zijn overgegaan tot verticale integratie is niet voldoende. Besluiten om al dan niet tot verticale integratie over te gaan, hangen af van een brede waaier van complexe economische factoren, waaronder een aantal interne overwegingen binnen de betrokken onderneming.

13. Bij de toepassing van het in het voorgaande punt uiteengezette analytische kader moet rekening worden gehouden met het feit dat artikel 81, lid 1, een onderscheid maakt tussen overeenkomsten die een beperking van de mededinging tot doel hebben en overeenkomsten die een mededingingsbeperking als gevolg hebben. Een overeenkomst of contractuele beperking valt slechts onder het verbod van artikel 81, lid 1, indien zij tot doel of als gevolg heeft de intertechnologiemededinging en/of de intratechnologiemededinging te beperken.
14. Beperkend door hun doel zijn mededingingsbeperkingen die door hun aard beperkend zijn. Dit zijn mededingingsbeperkingen waarvan het, in het licht van de door de communautaire mededingingsregels nagestreefde doelstellingen, dermate waarschijnlijk is dat zij negatieve effecten voor de mededinging hebben dat het voor de toepassing van artikel 81, lid 1, niet noodzakelijk is aan te tonen dat er daadwerkelijke gevolgen zijn op de markt (<sup>14</sup>). Bovendien is het in geval van beperkingen door hun doel onwaarschijnlijk dat aan de voorwaarden van artikel 81, lid 3, is voldaan. De afweging of een overeenkomst al dan niet ten doel heeft de mededinging te beperken, geschiedt op basis van een aantal factoren. Deze factoren omvatten met name de inhoud van de overeenkomst en de objectieve oogmerken ervan. Het kan tevens noodzakelijk zijn rekening te houden met de context waarin de overeenkomst wordt toegepast of bedoeld is om te worden toegepast, of met de feitelijke gedragingen van de partijen op de markt (<sup>15</sup>). Met andere woorden, het kan noodzakelijk zijn de feiten die aan de overeenkomst ten grondslag liggen en de specifieke omstandigheden waaronder zij ten uitvoer wordt gelegd te onderzoeken alvorens kan worden vastgesteld of een bepaalde beperking al dan niet een „hardcore”-beperking van de mededinging vormt. De wijze waarop een overeenkomst daadwerkelijk ten uitvoer wordt gelegd kan een beperking door het doel ervan aan het licht brengen, zelfs wanneer de formele overeenkomst geen uitdrukkelijke bepaling in die zin bevat. Het bewijs van de subjectieve intentie van de partijen om de mededinging te beperken is een relevante factor maar geen noodzakelijke voorwaarde. Voor licentieovereenkomsten gaat de Commissie ervan uit dat de beperkingen die zijn opgenomen in de lijst van meest ingrijpende beperkingen van de mededinging in artikel 4 van de GVTO, beperkend zijn door hun doel zelf.
15. Wanneer een overeenkomst niet mededingingsbeperkend door haar doel is, dient te worden onderzocht of zij mededingingsbeperkende effecten heeft. Daarbij moet rekening worden gehouden met zowel daadwerkelijke als potentiële gevolgen (<sup>16</sup>). Met andere woorden, de overeenkomst moet *waarschijnlijk* concurrentiebeperkende gevolgen hebben. Om beperking van de mededinging ten gevolge te hebben moet een licentieovereenkomst in zoverre de daadwerkelijke of potentiële mededinging ongunstig kunnen beïnvloeden dat zij met een behoorlijke mate van waarschijnlijkheid op de relevante markt negatieve gevolgen doet verwachten op het punt van prijzen, productie, innovatie of de verscheidenheid of kwaliteit van de goederen en diensten. Dergelijke ongunstige effecten dienen merkbaar te zijn (<sup>17</sup>). Merkbare concurrentieverstorende effecten zullen zich waarschijnlijk voordoen wanneer tenminste één van de partijen in zekere mate marktmacht heeft of verkrijgt en de overeenkomst bijdraagt tot het tot stand brengen, handhaven of versterken van die marktmacht dan wel de partijen in staat stelt van die marktmacht gebruik te maken. Marktmacht is het vermogen om gedurende een niet-onaanzienlijke periode een prijsniveau in stand te houden dat boven het niveau van concurrerende prijzen ligt c.q. om een productie in stand te houden die qua omvang, productkwaliteit en -diversiteit of qua innovatie beneden het concurrerende niveau ligt. De omvang van de marktmacht die normaal gesproken is vereist om te besluiten tot een inbreuk op artikel 81, lid 1, is geringer dan de omvang van de marktmacht welke is vereist om te besluiten tot een machtspositie in de zin van artikel 82.
16. Om beperkingen te analyseren die mededingingsbeperkingen als gevolg hebben is het in de regel nodig de relevante markten af te bakenen. Doorgaans dient ook een onderzoek en beoordeling plaats te vinden van onder meer de aard van de betrokken producten en technologieën, de marktpositie van de partijen, de marktpositie van de concurrenten, de marktpositie van de afnemers, de aanwezigheid van potentiële concurrenten en de hoogte van de toetredingsdrempels. In sommige gevallen kan het evenwel mogelijk zijn rechtstreeks mededingingsbeperkende effecten aan te tonen door de marktgedragingen van de partijen bij de overeenkomst te analyseren. Het kan bijvoorbeeld mogelijk zijn aan te tonen dat een overeenkomst heeft geleid tot prijsstijgingen.
17. Licentieovereenkomsten hebben evenwel ook een aanzienlijk concurrentiebevorderend potentieel. Verreweg de meeste licentieovereenkomsten zijn zelfs concurrentiebevorderend. Licentieovereenkomsten kunnen innovatie in de hand werken doordat zij innovatoren de mogelijkheid bieden een rendement te halen waardoor zij althans gedeeltelijk hun onderzoeks- en ontwikkelingskosten kunnen dekken. Licentieovereenkomsten leiden ook tot een verspreiding van technologieën, hetgeen een waarde kan creëren doordat de productiekosten van de licentienemer worden verminderd of doordat hij in staat wordt gesteld nieuwe of verbeterde producten te produceren. Efficiëntieverbeteringen bij de licentienemer zijn dikwijls het resultaat van een combinatie van de technologie van de licentiegever en de productiemiddelen en technologieën van de licentienemer. Dit samenvoegen van complementaire productiemiddelen en technologieën kan leiden tot een configuratie van kosten en productie die anders niet had kunnen worden bereikt. Zo kan bijvoorbeeld de combinatie van een verbeterde technologie van de licentiegever met doeltreffendere productie- of distributiemethoden van de licentienemer de productiekosten verminderen of leiden tot de vervaardiging van een product van hogere kwaliteit. Licentiëring kan ook concurrentiebevorderend werken doordat het de belemmeringen voor de ontwikkeling en exploitatie van de eigen technologie van de licentienemer wegneemt. Met name in sectoren waar veel octrooien worden verleend heeft licentiëring dikwijls tot doel om vrijheid van ontwerp tot stand te brengen doordat het risico van inbreukvorderingen door de licentiegever wordt weggenomen. Wanneer de licentiegever ermee instemt zijn intellectuele-eigendomsrechten niet te gebruiken om de verkoop van producten door de licentienemer tegen te houden, neemt de overeenkomst een belemmering weg voor de verkoop van het product door de licentienemer, en bevordert zij aldus de mededinging in algemene zin.

18. Wanneer een licentieovereenkomst onder artikel 81, lid 1 valt, moeten de concurrentiebevorderende effecten van de overeenkomst in het kader van artikel 81, lid 3, worden afgewogen tegen de beperkende effecten. Wanneer aan elk van de vier voorwaarden van artikel 81, lid 3, is voldaan, is de beperkende licentieovereenkomst geldig en afdwingbaar, zonder dat daartoe een voorafgaande beslissing vereist is <sup>(18)</sup>. „Hardcore”-beperkingen van de mededinging voldoen slechts in zeer uitzonderlijke gevallen aan de voorwaarden van artikel 81, lid 3. Dergelijke overeenkomsten voldoen over het algemeen niet aan (minstens) een van de eerste twee voorwaarden van artikel 81, lid 3. Zij creëren in de regel geen objectieve economische voordelen of voordelen voor de consument. Daarenboven voldoen dit soort overeenkomsten over het algemeen niet aan de onmisbaarheidstoets waarvan sprake is in de derde voorwaarde. Indien de partijen bijvoorbeeld de prijs vaststellen waartegen de op basis van de licentie vervaardigde producten moeten worden verkocht, zal dit in de regel leiden tot een geringere productie en een ondoeltreffende besteding van middelen, en uiteindelijk tot hogere prijzen voor de consument. De prijsbeperking is evenmin onmisbaar om de eventuele efficiëntieverbeteringen te bereiken die zouden voortvloeien uit het feit dat beide concurrenten over de twee technologieën beschikken.

### 3. Bepaling van de markt

19. De benadering van de Commissie ten aanzien van de definitie van de markt is terug te vinden in haar richtsnoeren inzake de bepaling van de relevante markt <sup>(19)</sup>. Hier wordt alleen ingegaan op die aspecten van de bepaling van de markt die van specifiek belang zijn bij het in licentie geven van technologie.
20. Technologie is een input, die verwerkt wordt in een product dan wel een productieproces. Het in licentie geven van technologie kan derhalve een invloed hebben op zowel inputmarkten als outputmarkten. Bijvoorbeeld, een overeenkomst tussen twee partijen die concurrerende producten verkopen en die elkaar wederzijds technologieën in licentie geven in verband met de productie van die producten, kan de mededinging op de betrokken productmarkt beperken. Zij kan tevens de concurrentie beperken op de technologiemarkt en mogelijk ook op andere inputmarkten. Voor de beoordeling van de mededingingseffecten van licentieovereenkomsten kan het derhalve noodzakelijk zijn zowel relevante markten voor goederen en diensten (productmarkten) als technologiemarkten af te bakenen <sup>(20)</sup>. De term „productmarkt”, zoals gebruikt in artikel 3 van de GVTO, verwijst naar de relevante markten van goederen en diensten, met zowel een geografische als een productdimensie. Zoals duidelijk blijkt uit artikel 1, lid 1, onder j), van de GVTO wordt de term enkel gebruikt om de relevante markten van goederen en diensten te onderscheiden van de relevante technologiemarkten.
21. De GVTO en de onderhavige richtsnoeren betreffen de effecten op zowel de productmarkten voor eindproducten als de productmarkten voor halffabrikaten. De relevante productmarkt omvat producten die op grond van hun kenmerken, hun prijzen en het gebruik waarvoor zij zijn bestemd, door de kopers worden beschouwd als onderling verwisselbaar met, of substitueerbaar voor de contractproducten waarin de in licentie gegeven technologie is verwerkt.
22. Technologiemarkten betreffen de in licentie gegeven technologie en haar substituten, d.w.z. andere technologieën die op grond van hun kenmerken, hun royalty's en het gebruik waarvoor zij zijn bestemd, door de licentienemers als onderling verwisselbaar met, of substitueerbaar voor de in licentie gegeven technologie worden beschouwd. De methode voor het afbakenen van technologiemarkten is gebaseerd op dezelfde beginselen als die welke bij de afbakening van productmarkten worden gehanteerd. Uitgaand van de technologie die door de licentiegever op de markt wordt gebracht, moet worden nagegaan op welke andere technologieën de licentienemers zouden kunnen overschakelen bij een kleine maar duurzame stijging van de betrokken prijzen, d.w.z. de royalty's. Een andere benadering bestaat erin de markt voor producten waarin de in licentie gegeven technologie is verwerkt, in ogenschouw te nemen (zie punt 23).
23. Wanneer de relevante markten eenmaal zijn afgebakend, kunnen marktaandelen worden toegekend aan de diverse bronnen van concurrentie op de markt en worden gebruikt als een aanwijzing voor de relatieve sterkte van de marktdeelnemers. Bij technologiemarkten is een mogelijke werkwijze de marktaandelen te berekenen op basis van het aandeel van elke technologie in de totale licentieopbrengsten uit royalty's, hetgeen het aandeel van de betrokken technologie vertegenwoordigt op de markt waarop concurrerende technologieën in licentie worden gegeven. Dit zal echter dikwijls een louter theoretische veeleer dan praktische werkwijze zijn gezien het gebrek aan duidelijke informatie over royalty's enz. Een andere aanpak — en deze wordt in artikel 3, lid 3, van de GVTO toegepast — bestaat erin de marktaandelen op de technologiemarkt te berekenen aan de hand van de omzet van producten waarin de in licentie gegeven technologie is verwerkt, op de downstreamproductmarkten (zie punt 70). Bij deze benadering wordt rekening gehouden met alle verkopen op de relevante productmarkt, ongeacht of in het product een in licentie gegeven technologie is verwerkt. In het geval van technologiemarkten is de benadering van artikel 3, lid 3 waarbij rekening wordt gehouden met technologieën die (alleen) intern worden gebruikt, gerechtvaardigd. Deze aanpak geeft immers in het algemeen goed de sterkte van de technologie aan. Om te beginnen wordt rekening gehouden met eventuele potentiële concurrentie van ondernemingen die produceren op basis van een eigen technologie en die deze technologie wellicht in licentie zouden beginnen te geven bij een kleine maar duurzame stijging van de prijzen voor licenties. Zelfs indien het onwaarschijnlijk is dat andere technologiebezitters zouden beginnen te licentiëren, moet daarenboven worden vastgesteld dat de licentiegever niet noodzakelijk marktmacht heeft op de technologiemarkt, zelfs indien hij een groot aandeel heeft in de totale opbrengsten van licenties. Indien de downstreamproductmarkt concurrerend is, kan concurrentie op dat niveau de licentiegever daadwerkelijk aan banden leggen. Een verhoging van de royalty's upstream heeft invloed op de kosten van de licentienemer, maakt hem minder concurrerend en doet hem omzet verliezen. Als men uitgaat van het aandeel van de technologie op de productmarkt, wordt ook hiermee rekening gehouden en deze aanpak is derhalve normaliter een goede indicator voor de marktmacht van de licentiegever. Bij de beoordeling van individuele gevallen die buiten de vrijstelling van de GVTO vallen, kan het eventueel noodzakelijk zijn, indien dit praktisch mogelijk is, om beide werkwijzen toe te passen om de marktmacht van de licentiegever nauwkeuriger te bepalen.

24. Daarenboven moet er, afgezien van de vrijstelling van de GVTO, eveneens rekening mee worden gehouden dat een marktaandeel wellicht niet altijd een goede indicator is van de relatieve sterkte van beschikbare technologieën. De Commissie zal daarom onder meer tevens rekening houden met het aantal beschikbare onafhankelijke technologieën naast de technologieën die eigendom zijn van de partijen bij de overeenkomst, die de in licentie gegeven technologie tegen vergelijkbare kosten voor de gebruiker kunnen vervangen (zie punt 131).
25. Sommige licentieovereenkomsten kunnen invloed hebben op innovatiemarkten. Bij het onderzoeken van dergelijke effecten zal de Commissie zich echter doorgaans beperken tot een onderzoek van de invloed van de overeenkomst op de concurrentie binnen de bestaande product- en technologiemarkten (21). De mededinging op dergelijke markten kan worden beïnvloed door overeenkomsten die de invoering vertragen van verbeterde of nieuwe producten die mettertijd de bestaande producten zullen vervangen. In dergelijke gevallen is innovatie een bron van potentiële concurrentie waarmee rekening moet worden gehouden bij de beoordeling van de invloed van de overeenkomst op de product- en technologiemarkten. In een beperkt aantal gevallen kan het echter nuttig en nodig zijn ook de innovatiemarkten af te bakenen. Dit is met name het geval wanneer de overeenkomst gevolgen heeft voor innovatie die gericht is op de totstandbrenging van nieuwe producten en wanneer in een vroeg stadium O&O-pools kunnen worden onderkend (22). In dergelijke gevallen kan worden nagegaan of na de overeenkomst een voldoende aantal concurrerende O&O-pools zal overblijven voor een daadwerkelijke mededinging op het gebied van innovatie.
- #### 4. Het onderscheid tussen concurrenten en niet-concurrenten
26. Over het algemeen vormen overeenkomsten tussen concurrenten een groter risico voor de mededinging dan overeenkomsten tussen niet-concurrenten. De mededinging tussen ondernemingen die dezelfde technologie gebruiken (intra-technologieconcurrentie tussen licentienemers) vormt evenwel een belangrijke aanvulling op de mededinging tussen ondernemingen die concurrerende technologieën gebruiken (inter-technologieconcurrentie). Zo kan intra-technologieconcurrentie bijvoorbeeld leiden tot lagere prijzen voor de producten waarin de betrokken technologie is verwerkt, hetgeen niet alleen de consumenten van die producten rechtstreeks en onmiddellijk voordeel kan opleveren, maar ook de concurrentie tussen ondernemingen die concurrerende technologieën gebruiken verder kan aanwakkeren. In een licentiëringcontext moet er tevens rekening mee worden gehouden dat licentienemers hun eigen product verkopen. Zij zijn geen wederverkopers van een product dat door een andere onderneming is geleverd. Er is dus wellicht meer ruimte voor productdifferentiatie en mededinging gebaseerd op kwaliteit tussen licentienemers dan in het geval van verticale overeenkomsten voor de wederverkoop van producten.
27. Om de concurrentieverhouding tussen de partijen te bepalen, moet worden nagegaan of zij zonder de overeenkomst daadwerkelijke of potentiële concurrenten zouden zijn geweest. Indien de partijen zonder de overeenkomst op geen van de relevante markten waarop de overeenkomst van invloed is daadwerkelijke of potentiële concurrenten zouden zijn geweest, worden zij geacht niet-concurrenten te zijn.
28. Wanneer de licentiegever en de licentienemer beiden actief zijn op dezelfde productmarkt of dezelfde technologiemarkt zonder dat een of beide partijen inbreuk kan maken op de intellectuele-eigendomsrechten van de andere partij, zijn zij *daadwerkelijke concurrenten* op de betrokken markt. De partijen worden geacht daadwerkelijke concurrenten op de technologiemarkt te zijn indien de licentienemer zijn technologie reeds in licentie geeft en de licentiegever de technologiemarkt betreedt door de licentienemer een licentie te verlenen voor een concurrerende technologie.
29. De partijen worden geacht *potentiële concurrenten* op de productmarkt te zijn, indien zij zonder de overeenkomst en zonder inbreuk te maken op de intellectuele-eigendomsrechten van de andere partij, waarschijnlijk de vereiste extra investeringen hadden verricht om bij een kleine maar duurzame stijging van de productprijzen de relevante markt te betreden. Om een realistische concurrentiefactor te zijn is het noodzakelijk dat toetreding waarschijnlijk binnen een korte periode plaatsvindt. Normalgesproken is een periode van één à twee jaar passend. In individuele gevallen kunnen evenwel langere perioden in aanmerking worden genomen. De periode die reeds op de markt aanwezige ondernemingen nodig hebben om hun capaciteit aan te passen kan als maatstaf worden gebruikt om deze periode te bepalen. Zo zullen de partijen doorgaans als potentiële concurrenten op de productmarkt worden beschouwd wanneer de licentienemer op de ene geografische markt produceert op basis van zijn eigen technologie en op een andere geografische markt begint te produceren op basis van een in licentie gegeven concurrerende technologie. In een dergelijk geval zou de licentienemer waarschijnlijk de tweede geografische markt kunnen betreden op basis van zijn eigen technologie, tenzij dat wordt verhinderd door objectieve factoren, zoals het bestaan van blokkeringsoctrooien (zie punt 32).
30. De partijen worden geacht *potentiële concurrenten* op de technologiemarkt te zijn, indien zij beschikken over eigen substitueerbare technologieën maar in het specifieke geval de licentienemer zijn eigen technologie niet in licentie geeft, terwijl hij dat waarschijnlijk wel zou doen bij een kleine maar duurzame stijging van de technologieprijzen. Voor de toepassing van de GVTO wordt potentiële concurrentie op de technologiemarkt evenwel niet in aanmerking genomen (zie punt 66).



31. Soms kunnen de partijen na de sluiting van de overeenkomst concurrenten worden omdat de licentienemer een concurrerende technologie ontwikkelt en begint te exploiteren. In dergelijke gevallen moet er rekening mee worden gehouden dat de partijen ten tijde van de sluiting van de overeenkomst niet-concurrenten waren en dat de overeenkomst onder die omstandigheden werd gesloten. De Commissie zal haar aandacht derhalve voornamelijk richten op de invloed van de overeenkomst op de mogelijkheden van de licentienemer om zijn eigen (concurrerende) technologie te exploiteren. Met name zal de lijst van „hardcore”-beperkingen die op overeenkomsten tussen concurrenten van toepassing is, niet op dergelijke overeenkomsten worden toegepast tenzij de overeenkomst later, nadat de partijen concurrenten zijn geworden, op een wezenlijk punt wordt gewijzigd (zie artikel 4, lid 3, van de GVTO). De ondernemingen die partij zijn bij een overeenkomst kunnen eveneens concurrenten worden na de sluiting van de overeenkomst wanneer de licentienemer reeds vóór het verwerven van de licentie op de productmarkt actief was en wanneer de licentiegever later de productmarkt betreedt, hetzij op basis van de in licentie gegeven technologie of van een nieuwe technologie. Ook in dit geval blijft de „hardcore”-lijst die voor overeenkomsten tussen niet-concurrenten geldt, op de overeenkomst van toepassing tenzij deze later op een wezenlijk punt wordt gewijzigd (zie artikel 4, lid 3, van de GVTO).
32. Indien de partijen technologieën bezitten die in één richting of in twee richtingen een blokkeringspositie behelzen, worden de partijen geacht niet-concurrenten te zijn op de technologiemarkt. Van een blokkeringspositie in één richting is sprake wanneer een technologie niet kan worden geëxploiteerd zonder inbreuk te maken op een andere technologie. Dit is bijvoorbeeld het geval wanneer een octrooi betrekking heeft op de verbetering van een technologie die onder een andere octrooi valt. In dat geval veronderstelt de exploitatie van het verbeteringsoctrooi dat de houder een licentie verkrijgt op het basisoctrooi. Er is sprake van een blokkeringspositie in twee richtingen wanneer geen van beide technologieën kan worden geëxploiteerd zonder inbreuk te maken op de andere en wanneer de houders derhalve van elkaar een licentie of een gebruiksrecht moeten verkrijgen. Bij de vaststelling of er een blokkeringspositie bestaat, zal de Commissie zich baseren op objectieve factoren en niet op het subjectieve standpunt van de partijen. Bijzonder overtuigend bewijsmateriaal van het bestaan van een blokkeringspositie is vereist wanneer de partijen er een gemeenschappelijk belang bij zouden hebben om aanspraak te maken op het bestaan van een blokkeringspositie om als niet-concurrenten te worden aangemerkt, bijvoorbeeld wanneer de beweerde blokkeringspositie in twee richtingen technologieën betreft die uit technisch oogpunt substitueerbaar zijn. Relevant bewijsmateriaal omvat rechterlijke beslissingen, met inbegrip van gerechtelijke bevelen en rapporten van onafhankelijke deskundigen. In het laatste geval zal de Commissie met name zorgvuldig nagaan hoe de deskundige is gekozen. Ook ander overtuigend bewijsmateriaal, zoals door de partijen aangevoerd deskundigenbewijs dat zij goede en geldige redenen hebben of hadden om te geloven dat er sprake is of was van een blokkeringspositie, kan evenwel van belang zijn om het bestaan van een blokkeringspositie te staven.
33. In sommige gevallen kan wellicht ook worden geconcludeerd dat, hoewel de licentiegever en de licentienemer concurrerende producten vervaardigen, zij niet-concurrenten zijn op de relevante productmarkt en op de relevante technologiemarkt, omdat de in licentie gegeven technologie een zo drastische innovatie inhoudt dat de technologie van de licentienemer achterhaald en niet meer concurrerend is. In dergelijke gevallen schept de technologie van de licentiegever een nieuwe markt of stoot zij de technologie van de licentienemer uit de markt. Vaak is het evenwel niet mogelijk tot deze conclusie te komen op het ogenblik waarop de overeenkomst wordt gesloten. Gewoonlijk wordt pas wanneer de technologie of de producten waarin zij verwerkt is reeds enige tijd ter beschikking van de consument staan, duidelijk dat de oude technologie achterhaald en niet meer concurrerend is geworden. Toen bijvoorbeeld de cd-technologie werd ontwikkeld en de eerste spelers en schijfjes op de markt werden gebracht, was het niet duidelijk dat deze nieuwe technologie de lp-technologie zou vervangen. Dit is pas enkele jaren later duidelijk geworden. Bijgevolg zullen de partijen worden beschouwd als concurrenten indien het op het ogenblik van het sluiten van de overeenkomst niet duidelijk is dat de technologie van de licentienemer achterhaald en niet meer concurrerend is. Aangezien zowel artikel 81, lid 1, als artikel 81, lid 3, moeten worden toegepast met inachtneming van de feitelijke omstandigheden waarin de overeenkomst ten uitvoer wordt gelegd, hebben wezenlijke wijzigingen in de feitelijke omstandigheden gevolgen voor de beoordeling. De classificatie van de verhouding tussen de partijen zal dan ook worden gewijzigd in een verhouding tussen niet-concurrenten indien later blijkt dat de technologie van de licentienemer achterhaald raakt en niet meer concurrerend is op de markt.

### III. TOEPASSING VAN DE GROEPSVRIJSTELLINGSVERORDENING

#### 1. De gevolgen van de groepsvrijstellingsverordening

34. Overeenkomsten inzake technologieoverdracht die voldoen aan de in de GVTO gestelde voorwaarden, krijgen als groep ontheffing van het verbod van artikel 81, lid 1. Groepsgewijs vrijgestelde overeenkomsten zijn geldig in rechte en afdwingbaar. Dergelijke overeenkomsten kunnen alleen voor de toekomst worden verboden, en alleen na een intrekking van de groepsvrijstelling door de Commissie of door een mededingingsautoriteit van een lidstaat. Groepsgewijs vrijgestelde overeenkomsten kunnen door een nationale rechter in het kader van een geschil tussen particulieren niet op grond van artikel 81 ongeldig worden verklaard.
35. De groepsgewijze vrijstelling van categorieën overeenkomsten inzake technologieoverdracht is gebaseerd op het vermoeden dat dergelijke overeenkomsten — in zoverre zij onder artikel 81, lid 1, vallen — voldoen aan de vier voorwaarden van artikel 81, lid 3. Vermoed wordt derhalve dat de overeenkomsten economische verbeteringen opleveren, dat de in de overeenkomsten opgenomen beperkingen onmisbaar zijn voor het bereiken van die verbeteringen, dat een billijk aandeel in de efficiëntieverbeteringen de gebruikers op de betrokken markten ten

goede zal komen en dat de overeenkomsten aan de betrokken ondernemingen niet de mogelijkheid zullen geven, voor een wezenlijk deel van de betrokken producten de mededinging uit te schakelen. De in de GVTO vervatte marktaandeeldrempels (artikel 3), lijst van „hardcore”-beperkingen (artikel 4) en uitgesloten beperkingen (artikel 5) beogen te garanderen dat alleen beperkende overeenkomsten die redelijkerwijs geacht mogen worden aan de vier voorwaarden van artikel 81, lid 3, te voldoen, onder de groepsvrijstelling vallen.

36. Zoals in deel IV wordt besproken vallen veel licentieovereenkomsten buiten de toepassing van artikel 81, lid 1, ofwel omdat zij de mededinging in het geheel niet beperken, ofwel omdat deze beperking van de mededinging niet merkbaar is<sup>(23)</sup>. Voor zover dergelijke overeenkomsten hoe dan ook onder de toepassing van de GVTO zouden vallen, is het niet nodig vast te stellen of zij onder het verbod van artikel 81, lid 1, vallen<sup>(24)</sup>.
37. Buiten het toepassingsgebied van de groepsvrijstelling is het relevant te onderzoeken of de overeenkomst in het concrete geval onder het verbod van artikel 81, lid 1, valt, en zo ja, of aan de voorwaarden van artikel 81, lid 3, is voldaan. Er bestaat geen vermoeden dat overeenkomsten inzake technologieoverdracht die buiten de groepsvrijstelling vallen, onder het verbod van artikel 81, lid 1 vallen of onverenigbaar zijn met artikel 81, lid 3. Met name vormt het loutere feit dat de marktaandelen van de partijen boven de in artikel 3 van de GVTO gestelde marktaandeeldrempels liggen geen voldoende grond om te concluderen dat de overeenkomst onder het verbod van artikel 81, lid 1 valt. Een individuele beoordeling van de waarschijnlijke gevolgen van de overeenkomst is vereist. Alleen wanneer de overeenkomsten „hardcore”-beperkingen bevatten, kan normaliter aangenomen worden dat zij verboden zijn krachtens artikel 81.

## 2. Toepassingsgebied en geldigheidsduur van de groepsvrijstellingsverordening

### 2.1. Overeenkomsten tussen twee partijen

38. Overeenkomstig artikel 2, eerste alinea, van de GVTO heeft de verordening betrekking op overeenkomsten inzake technologieoverdracht „tussen twee ondernemingen”. Overeenkomsten inzake technologieoverdracht tussen meer dan twee ondernemingen vallen niet onder de GVTO<sup>(25)</sup>. Doorslaggevend voor het onderscheid tussen overeenkomsten tussen twee ondernemingen en multilaterale overeenkomsten is of de betrokken overeenkomst gesloten is tussen meer dan twee ondernemingen.
39. Overeenkomsten die gesloten zijn tussen twee ondernemingen vallen onder de toepassing van de GVTO, zelfs indien de overeenkomst voorwaarden bevat voor meer dan één handelsniveau. Zo is de GVTO bijvoorbeeld van toepassing op een licentieovereenkomst die niet alleen betrekking heeft op het productiestadium maar ook op het distributiestadium en die voorschrijft welke verplichtingen de licentienemer moet of mag opleggen aan wederverkopers van de producten die in licentie worden geproduceerd<sup>(26)</sup>.
40. Licentieovereenkomsten die worden gesloten tussen meer dan twee ondernemingen, geven vaak aanleiding tot dezelfde problemen als licentieovereenkomsten van dezelfde

aard die tussen twee ondernemingen worden gesloten. Bij de individuele beoordeling van licentieovereenkomsten die van dezelfde aard zijn als die welke onder de groepsvrijstelling vallen maar die zijn gesloten tussen meer dan twee ondernemingen, zal de Commissie naar analogie die in de GVTO vervatte beginselen toepassen.

### 2.2. Overeenkomsten betreffende de productie van contractproducten

41. Uit artikel 2 volgt dat licentieovereenkomsten slechts onder de GVTO vallen indien zij betrekking hebben op „de productie van contractproducten”, d.w.z. producten waarin de in licentie gegeven technologie is verwerkt of die ermee zijn vervaardigd. Met andere woorden, onder de GVTO te vallen moet de licentie de licentienemer toestaan de in licentie gegeven technologie voor de productie van goederen of diensten te exploiteren (zie overweging 7 van de GVTO). De GVTO is niet van toepassing op technologiepools. Het begrip technologiepools slaat op overeenkomsten waarbij twee of meer partijen overeenkomen hun respectieve technologieën bijeen te brengen in een pool en deze als een pakket in licentie te geven. Het begrip technologiepools dekt tevens regelingen waarbij twee of meer ondernemingen overeenkomen een licentie te geven aan een derde en deze machtigen het technologiepakket verder in licentie te geven. Technologiepools worden onder IV.4 besproken.
42. De GVTO is van toepassing op licentieovereenkomsten voor de productie van contractproducten waarbij de licentienemer ook wordt gemachtigd om aan derden (sublicentienemers) licenties te verlenen voor in licentie gegeven technologie, mits de productie van contractproducten evenwel het primaire voorwerp van de overeenkomst is. Daarentegen is de GVTO niet van toepassing op overeenkomsten die sublicentiëring als primair voorwerp hebben. De Commissie zal evenwel naar analogie de beginselen van de GVTO en deze richtsnoeren toepassen op dergelijke „hoofdlicentieovereenkomsten” tussen de licentiegever en de licentienemer. De overeenkomsten tussen de licentienemer en de sublicentienemers vallen onder de GVTO.
43. De term „contractproducten” omvat goederen en diensten die zijn geproduceerd met gebruikmaking van de in licentie gegeven technologie. Dit is zowel het geval wanneer de in licentie gegeven technologie wordt gebruikt in het productieproces als wanneer deze in het product zelf is verwerkt. In deze richtsnoeren worden met de term „producten waarin de in licentie gegeven technologie is verwerkt” beide situaties bedoeld. De GVTO is van toepassing in alle gevallen waarin technologie in licentie wordt gegeven met het oog op de productie van goederen of diensten. Het is in dit verband voldoende indien de licentiegever toezegt zijn intellectuele-eigendomsrechten niet tegen de licentienemer uit te oefenen. De essentie van een zuivere octrooilicentie is immers het recht om binnen de werkingssfeer van het exclusieve recht op het octrooi te opereren. Hieruit volgt dat de GVTO ook van toepassing is op zogenaamde overeenkomsten inzake de niet-uitoefening van rechten en schikkingen waarbij de licentiegever de licentienemer toestaat binnen de werkingssfeer van het octrooi te produceren.

44. De GVTO heeft tevens betrekking op „toelevering” waarbij de licentiegever technologie in licentie geeft aan de licentienemer, die zich ertoe verbindt op grond daarvan bepaalde producten exclusief voor de licentiegever te produceren. Toelevering kan ook behelzen dat de licentiegever apparatuur ter beschikking stelt die moet worden gebruikt bij de productie van de goederen en diensten die onder de overeenkomst vallen. Wil het laatstgenoemde soort toeleveringscontract onder de GVTO vallen, dan moet de in licentie gegeven technologie en niet de ter beschikking gestelde apparatuur het primaire voorwerp van de overeenkomst vormen. Toelevering valt tevens onder de bekendmaking van de Commissie betreffende de beoordeling van toeleveringsovereenkomsten in het licht van artikel 81, lid 1, van het Verdrag <sup>(27)</sup>. Volgens deze bekendmaking, die nog steeds van toepassing is, vallen toeleveringsovereenkomsten waarbij de toeleverancier zich ertoe verbindt bepaalde producten uitsluitend voor de opdrachtgever te produceren in de regel niet onder artikel 81, lid 1. Andere aan de toeleverancier opgelegde beperkingen, zoals het verbod op het verrichten of exploiteren van eigen onderzoek en ontwikkeling, kunnen echter wel onder het verbod van artikel 81 vallen <sup>(28)</sup>.
45. De GVTO is eveneens van toepassing op overeenkomsten waarbij de licentienemer ontwikkelingswerkzaamheden moet verrichten alvorens een product of procédé tot stand te brengen dat klaar is voor commerciële exploitatie, in zoverre een contractproduct is bepaald. Ook al zijn dergelijke verdere werkzaamheden en investeringen noodzakelijk, toch is het voorwerp van de overeenkomst de productie van een bepaald contractproduct. Anderzijds zijn de GVTO en de richtsnoeren niet van toepassing op overeenkomsten waarbij een technologie in licentie wordt gegeven om de licentienemer in staat te stellen op verschillende gebieden verder onderzoek en ontwikkeling te verrichten. Zo zijn de GVTO en de richtsnoeren bijvoorbeeld niet van toepassing op de licentiëring van een technologisch onderzoeksinstrument dat in het kader van verder onderzoekswerk wordt gebruikt. Het kader van de GVTO en de richtsnoeren is gebaseerd op de veronderstelling dat er een rechtstreekse band bestaat tussen de in licentie gegeven technologie en een bepaald contractproduct. Wanneer een dergelijke band niet bestaat zijn onderzoek en ontwikkeling het voornaamste voorwerp van de overeenkomst, en niet het op de markt brengen van een bepaald product; in dat geval is het analytische kader van de GVTO en de richtsnoeren wellicht niet geschikt. Om dezelfde redenen hebben de GVTO en de richtsnoeren geen betrekking op toelevering op het gebied van onderzoek en ontwikkeling, waarbij de licentienemer zich ertoe verbindt verder onderzoek en ontwikkeling te verrichten op het gebied dat door de in licentie gegeven technologie wordt bestreken en het verbeterde technologiepakket aan de licentiegever terug te geven. Het voorwerp van dergelijke overeenkomsten is in hoofdzaak de levering van diensten op het gebied van onderzoek en ontwikkeling met het doel de technologie te verbeteren, en niet de productie van goederen en diensten op basis van de in licentie gegeven technologie.
- 2.3. Het begrip overeenkomsten inzake technologieoverdracht**
46. De GVTO en deze richtsnoeren hebben betrekking op overeenkomsten voor de overdracht van technologie. Volgens artikel 1, lid 1, onder b) en h), van de GVTO omvat het begrip „technologie” octrooien en octrooiaanvragen, gebruiksmodellen en aanvragen van gebruiksmodellen, rechten inzake tekeningen en modellen, kwekersrechten, topografieën van halfgeleiderproducten, aanvullende beschermingscertificaten voor geneesmiddelen of andere producten waarvoor dergelijke aanvullende beschermingscertificaten kunnen worden verkregen, auteursrechten op software en knowhow. De in licentie gegeven technologie moet de licentienemer in staat stellen om, met of zonder andere input, de contractproducten te produceren.
47. Knowhow wordt in artikel 1, lid 1, onder i), gedefinieerd als een geheel van niet-geoctrooide praktische kennis die voortvloeit uit ervaring en onderzoek en die geheim, wezenlijk en bepaald is. „Geheim” betekent dat de knowhow niet algemeen bekend of gemakkelijk verkrijgbaar is. „Wezenlijk” betekent dat de knowhow informatie omvat die belangrijk en nuttig is voor de productie van de producten die onder de licentieovereenkomst vallen, of voor de toepassing van het procédé waarop de licentieovereenkomst betrekking heeft. Met andere woorden, de informatie moet in belangrijke mate bijdragen tot of bevorderlijk zijn voor de productie van de contractproducten. Wanneer de in licentie gegeven knowhow veeleer betrekking heeft op een product dan op een procédé, houdt deze voorwaarde in dat de knowhow nuttig is voor de productie van het contractproduct. Aan deze voorwaarde is niet voldaan wanneer het contractproduct op basis van vrij beschikbare technologie kan worden geproduceerd. Deze voorwaarde betekent echter niet dat het contractproduct een grotere waarde moet hebben dan de producten die met vrij beschikbare technologie worden vervaardigd. In het geval van procestechnologie houdt deze voorwaarde in dat de knowhow nuttig is in zoverre bij de sluiting van de overeenkomst redelijkerwijs kan worden verwacht dat deze in staat is de concurrentiepositie van de licentienemer aanzienlijk te verbeteren, bijvoorbeeld door zijn productiekosten te verminderen. „Bepaald” betekent dat kan worden nagegaan of de in licentie gegeven knowhow aan de criteria van geheimzinnigheid en wezenlijkheid voldoet. Aan deze voorwaarde wordt voldaan wanneer de in licentie gegeven knowhow in een handleiding of in enig ander schriftelijk document wordt beschreven. In sommige gevallen is dit evenwel redelijkerwijs niet mogelijk. De in licentie gegeven knowhow kan uit praktische kennis bestaan waarover de werknemers van de licentiegever beschikken. De werknemers van de licentiegever kunnen bijvoorbeeld over geheime en wezenlijke kennis beschikken inzake een bepaald productieproces die in de vorm van een opleiding aan de werknemers van de licentienemer wordt overgedragen. In dergelijke gevallen is het voldoende in de overeenkomst de algemene aard van de knowhow te beschrijven en de werknemers te registreren die bij deze overdracht aan de licentienemer zullen worden betrokken of betrokken zijn geweest.
48. Het begrip „overdracht” houdt in dat de technologie moet overgaan van de ene onderneming naar de andere. Een dergelijke overdracht vindt normaliter plaats in de vorm van een licentie, waarbij de licentiegever aan de licentienemer het recht verleent om zijn technologie te gebruiken tegen betaling van royalty's. Het kan ook in de vorm van een sublicentie, waarbij een licentienemer, die daarvoor de toestemming van de licentiegever heeft, licenties verleent aan derden (sublicentienemers) voor de exploitatie van de technologie.

49. De GVTO is alleen van toepassing op overeenkomsten die als hun primaire voorwerp de overdracht van in die verordening gedefinieerde technologie hebben, en niet de aankoop van goederen en diensten of de licentiëring van andere soorten intellectuele eigendom. Overeenkomsten die bepalingen bevatten betreffende de aan- en verkoop van producten vallen slechts onder de GVTO voorzover die bepalingen niet het primaire voorwerp van de overeenkomst vormen en rechtstreeks verbonden zijn met de toepassing van de in licentie gegeven technologie. Dit zal doorgaans het geval zijn wanneer de verplicht aan te kopen producten bestaan uit apparatuur of inputs voor procédés die specifiek bestemd zijn om de in licentie gegeven technologie efficiënt te exploiteren. Indien het product daarentegen een gewone grondstof is voor de vervaardiging van het eindproduct, moet zorgvuldig worden nagegaan of de in licentie gegeven technologie het primaire voorwerp van de overeenkomst vormt. Ingeval bijvoorbeeld de licentienemer reeds met behulp van een andere technologie een eindproduct vervaardigt, moet de licentie leiden tot een significante verbetering van het productieproces van de licentienemer, die de waarde van het van de licentiegever betrokken product overtreft. Het vereiste dat de gekoppelde producten verband moeten houden met de licentiëring van de technologie brengt mee dat de GVTO niet van toepassing is op de aankoop van producten die geen verband houden met de producten waarin de in licentie gegeven technologie wordt verwerkt. Dit is bijvoorbeeld het geval wanneer het gekoppelde product niet bestemd is om met het in licentie vervaardigde product te worden gebruikt, maar verband houdt met een activiteit op een afzonderlijke productmarkt.
50. De GVTO is slechts van toepassing op de licentiëring van andere soorten intellectuele eigendom, zoals merken en auteursrechten op andere werken dan software, voorzover die rechtstreeks verband houden met de exploitatie van de in licentie gegeven technologie en niet het primaire voorwerp van de overeenkomst vormen. Deze voorwaarde zorgt ervoor dat de groepsvrijstelling slechts geldt voor overeenkomsten betreffende andere soorten intellectuele-eigendomsrechten voorzover die andere intellectuele-eigendomsrechten dienen om de licentienemer in staat te stellen de in licentie gegeven technologie beter te exploiteren. De licentiegever kan bijvoorbeeld de licentienemer machtigen om zijn merk te gebruiken voor de producten waarin de in licentie gegeven technologie is verwerkt. De merklicentie maakt het de licentienemer wellicht mogelijk de in licentie gegeven technologie beter te exploiteren doordat de consumenten gemakkelijker een rechtstreeks verband kunnen leggen tussen het product en de kenmerken die het ontleent aan de in licentie gegeven technologie. Een verplichting voor de licentienemer om het merk van de licentiegever te gebruiken kan eveneens de verspreiding van de technologie bevorderen doordat de licentiegever zich beter kan bekendmaken als de bron van de technologie waarop de producten zijn gebaseerd. Wanneer de waarde van de in licentie gegeven technologie voor de licentienemer echter beperkt is omdat hij reeds een identieke of zeer vergelijkbare technologie gebruikt, en het belangrijkste voorwerp van de overeenkomst het merk is, is de GVTO niet van toepassing<sup>(29)</sup>.
51. De licentiëring van een auteursrecht met het oog op de verveelvoudiging en verspreiding van het beschermde werk, d.w.z. de productie van kopieën voor wederverkoop, wordt geacht vergelijkbaar te zijn met de licentiëring van technologie. Aangezien dergelijke licentieovereenkomsten betrekking hebben op de productie en verkoop van producten op grond van een intellectuele-eigendomsrecht, worden zij geacht van gelijke aard te zijn als overeenkomsten inzake technologieoverdracht en roepen zij normaliter soortgelijke problemen op. Hoewel de GVTO geen betrekking heeft op andere vormen van auteursrecht dan het auteursrecht inzake software, zal de Commissie als algemene regel de in de GVTO en onderhavige richtsnoeren neergelegde beginselen hantieren bij de toetsing van dit soort licentiëring.
52. De licentiëring van rechten op uitvoeringen en andere aan het auteursrecht verwante rechten daarentegen wordt geacht bijzondere kwesties met zich mee te brengen en het kan niet toepasselijk zijn dit soort licenties te beoordelen op basis van de beginselen die in deze richtsnoeren worden ontwikkeld. In het geval van de diverse rechten die betrekking hebben op uitvoeringen, wordt de waarde gecreëerd niet door de verveelvoudiging en verkoop van kopieën van een product maar door elke individuele uitvoering van het beschermde werk. Dit soort exploitatie kan diverse vormen aannemen, waaronder uitvoering, vertoning of verhuring van beschermd materiaal zoals films, muziek of sportgebeurtenissen. Bij de toepassing van artikel 81 moet rekening worden gehouden met de specifieke kenmerken van het werk en de wijze waarop het wordt geëxploiteerd<sup>(30)</sup>. Beperkingen inzake wederverkoop geven wellicht in mindere mate aanleiding tot mededingingsbezwaren, terwijl zich wel bijzondere problemen kunnen voordoen wanneer licentiegevers hun licentienemers ertoe verplichten de door één licentiegever verkregen gunstiger voorwaarden tot elk van de licentiegevers uit te breiden. De Commissie zal de GVTO en deze richtsnoeren derhalve niet naar analogie toepassen op de licentiëring van deze andere rechten.
53. De Commissie zal de in de GVTO en deze richtsnoeren ontwikkelde beginselen evenmin uitbreiden tot merklicenties. Merklicenties worden vaak verleend in het kader van de distributie en wederverkoop van goederen en diensten, en leunen over het algemeen nauwer aan bij distributieovereenkomsten dan bij technologieovereenkomsten. Wanneer een merklicentie rechtstreeks verband houdt met het gebruik, de verkoop of wederverkoop van goederen en diensten en niet het primaire voorwerp van de overeenkomst vormt, valt de licentieovereenkomst onder de toepassing van Verordening (EG) nr. 2790/1999 van de Commissie betreffende de toepassing van artikel 81, lid 3, van het Verdrag op groepen verticale overeenkomsten en onderling afgestemde feitelijke gedragingen<sup>(31)</sup>.

#### 2.4. Duur van de vrijstelling

54. Afhankelijk van de duur van de GVTO geldt de groepsvrijstelling zolang het in licentie gegeven eigendomsrecht niet is vervallen, verstreken of nietigverklaard. In het geval van knowhow geldt de groepsvrijstelling zolang de in licentie gegeven knowhow geheim blijft, behalve wanneer de knowhow algemeen bekend raakt door toedoen van de licentienemer, in welk geval de vrijstelling geldt voor de duur van de overeenkomst (zie artikel 2 van de GVTO).

55. De groepsvrijstelling geldt voor elk in licentie gegeven eigendomsrecht dat onder de overeenkomst valt, en vervalt op het ogenblik van het verstrijken, de nietigverklaring of de algemene bekendwording van het laatste intellectuele-eigendomsrecht dat als „technologie” wordt beschouwd in de zin van de GVTO (zie punt 46).
- 2.5. Relatie met andere groepsvrijstellingsverordeningen**
56. De GVTO heeft betrekking op overeenkomsten tussen twee ondernemingen betreffende het in licentie geven van technologie met het oog op de productie van contractproducten. Technologie kan evenwel ook een onderdeel vormen van andere soorten overeenkomsten. Daarenboven worden de producten waarin de in licentie gegeven technologie verwerkt is vervolgens op de markt verkocht. Bijgevolg moet de relatie worden onderzocht tussen de GVTO en Verordening (EG) nr. 2658/2000 van de Commissie betreffende de toepassing van artikel 81, lid 3, van het Verdrag op groepen specialisatieovereenkomsten<sup>(32)</sup>, Verordening (EG) nr. 2659/2000 van de Commissie betreffende de toepassing van artikel 81, lid 3, van het Verdrag op groepen onderzoeks- en ontwikkelingsovereenkomsten<sup>(33)</sup> en Verordening (EG) nr. 2790/1999 betreffende de toepassing van artikel 81, lid 3, van het Verdrag op groepen verticale overeenkomsten en onderling afgestemde feitelijke gedragingen<sup>(34)</sup>.
- 2.5.1. De groepsvrijstellingsverordeningen inzake specialisatie- en O&O-overeenkomsten*
57. Volgens artikel 1, lid 1, onder c), van Verordening (EG) nr. 2658/2000 inzake specialisatieovereenkomsten heeft die verordening onder meer betrekking op overeenkomsten betreffende gezamenlijke productie, waarbij twee of meer ondernemingen zich ertoe verbinden bepaalde producten gezamenlijk te produceren. De verordening is ook van toepassing op bepalingen betreffende de verkoop of het gebruik van intellectuele-eigendomsrechten, voorzover die niet het voornaamste voorwerp van de overeenkomst vormen, maar rechtstreeks daarmee verband houden en voor de tenuitvoerlegging ervan noodzakelijk zijn.
58. Wanneer ondernemingen een productie joint venture oprichten en aan deze gemeenschappelijke onderneming een licentie geven om technologie te exploiteren die wordt gebruikt bij de productie van de producten die door de gemeenschappelijke onderneming worden vervaardigd, valt die licentie onder Verordening (EG) nr. 2658/2000 en niet onder de GVTO. Licenties in het kader van een productie joint venture dienen derhalve normaliter te worden getoetst aan Verordening (EG) nr. 2658/2000. Wanneer de joint venture echter aan derden licenties op de technologie verleent, heeft deze activiteit geen verband met de productie door de joint venture zelf en valt zij derhalve niet onder die verordening. Dergelijke licentieregelingen, waarbij de technologieën van de partijen worden bijeengebracht, zijn technologiepools, waarop onder IV.4 nader wordt ingegaan.
59. Verordening (EG) nr. 2659/2000 inzake onderzoeks- en ontwikkelingsovereenkomsten heeft betrekking op overeenkomsten waarbij twee of meer ondernemingen overeenkomen gemeenschappelijk onderzoek en ontwikkeling te verrichten en gemeenschappelijk de resultaten daarvan te exploiteren. Volgens artikel 2, punt 11, geschieden onderzoek en ontwikkeling, en de exploitatie van de resultaten ervan, gemeenschappelijk wanneer de daarmee verbonden taken door een gemeenschappelijke werkgroep, een gemeenschappelijke organisatie of gemeenschappelijke ondernemingen worden verricht, gemeenschappelijk aan een derde partij worden toevertrouwd, of onder de partij volgens specialisatie bij onderzoek, ontwikkeling, productie en distributie (met inbegrip van licentiëring) worden verdeeld.
60. Daaruit volgt dat Verordening (EG) nr. 2659/2000 van toepassing is op licentiëring tussen de partijen en op licentiëring door de partijen aan een gemeenschappelijke eenheid in het kader van een onderzoeks- en ontwikkelingsovereenkomst. In het kader van een dergelijke overeenkomst kunnen de partijen tevens de voorwaarden vaststellen voor het in licentie geven van de vruchten van de onderzoeks- en ontwikkelingsovereenkomst aan derden. Aangezien derden-licentienemers evenwel geen partijen zijn bij de onderzoeks- en ontwikkelingsovereenkomst, valt een individuele licentieovereenkomst die met derden wordt gesloten niet onder Verordening (EG) nr. 2659/2000. Voor dergelijke licentieovereenkomsten geldt een groepsvrijstelling uit hoofde van de GVTO indien zij aan de voorwaarden van die verordening voldoen.
- 2.5.2. De groepsvrijstellingsverordening inzake verticale overeenkomsten*
61. Verordening (EG) nr. 2790/1999 van de Commissie inzake verticale overeenkomsten heeft betrekking op overeenkomsten die worden gesloten tussen twee of meer, met het oog op de toepassing van de overeenkomst elk in een verschillend stadium van de productie- of distributieketen werkzame ondernemingen en die betrekking hebben op de voorwaarden waaronder de partijen bepaalde goederen of diensten kunnen kopen, verkopen of doorverkopen. Zij is dus van toepassing op leverings- en distributieovereenkomsten<sup>(35)</sup>.
62. Aangezien de GVTO alleen betrekking heeft op overeenkomsten tussen twee partijen en een licentienemer die producten verkoopt waarin de in licentie gegeven technologie is verwerkt een leverancier is in de zin van Verordening (EG) nr. 2790/1999, bestaat er een nauw verband tussen deze twee groepsvrijstellingsverordeningen. De overeenkomst tussen de licentiegever en de licentienemer valt onder de GVTO, terwijl overeenkomsten tussen een licentienemer en zijn afnemers onderworpen zijn aan Verordening (EG) nr. 2790/1999 en de richtsnoeren inzake verticale beperkingen<sup>(36)</sup>.
63. De GVTO verleent ook een groepsvrijstelling voor overeenkomsten tussen de licentiegever en de licentienemer wanneer de overeenkomst aan de licentienemer verplichtingen oplegt met betrekking tot de wijze waarop hij de producten waarin de in licentie gegeven technologie is verwerkt moet verkopen. Met name kan de licentienemer ertoe verplicht worden een bepaald type distributiesysteem op te zetten, zoals exclusieve of selectieve distributie. Om in aanmerking te komen voor een groepsvrijstelling moeten de distributieovereenkomsten die voor het nakomen van die verplichtingen worden gesloten

evenwel in overeenstemming zijn met Verordening (EG) nr. 2790/1999. De licentiegever kan de licentienemer bijvoorbeeld verplichten een systeem op te zetten dat gebaseerd is op exclusieve distributie volgens bepaalde regels. Uit artikel 4, onder b), van Verordening (EG) nr. 2790/1999 kan evenwel worden afgeleid dat passieve verkoop in het gebied van andere exclusieve distributeurs geoorloofd moet zijn.

64. Voorts moet het de distributeurs in principe vrij staan zowel actief als passief te verkopen in gebieden die bestreken worden door de distributiesystemen van andere licentienemers die op basis van de in licentie gegeven technologie hun eigen producten vervaardigen. Dit komt doordat, voor de toepassing van Verordening (EG) nr. 2790/1999, elke licentienemer een afzonderlijke leverancier is. De redenen die aan de door die verordening verleende groepsvrijstelling ten grondslag liggen, kunnen echter eveneens gelden wanneer de producten waarin de in licentie gegeven technologie verwerkt is door de licentienemers verkocht worden onder een gemeenschappelijke merknaam, die aan de licentiegever toebehoort. Wanneer de producten waarin de in licentie gegeven technologie verwerkt is onder een gemeenschappelijke merknaam verkocht worden, kunnen dezelfde doelmatigheidsgronden een reden zijn om dezelfde soorten beperkingen toe te passen tussen distributiesystemen van licentienemers onderling als binnen een enkel verticaal distributiesysteem. In dergelijke gevallen is het onwaarschijnlijk dat de Commissie beperkingen zou aanvechten wanneer naar analogie aan de vereisten van Verordening (EG) nr. 2790/1999 is voldaan. Wil er sprake zijn van verkoop onder een gemeenschappelijke merknaam, dan moeten de producten worden verkocht en op de markt gebracht onder eenzelfde merknaam die bepalend is voor het uitdrukken van kwaliteit en het overbrengen van andere relevante informatie aan de consument. Het is niet voldoende dat het product naast de merknamen van de licentienemers ook die van de licentiegever draagt, die hem identificeert als de bron van de in licentie gegeven technologie.
- 3. De door de groepsvrijstellingsverordening geboden veilige haven**
65. Krachtens artikel 3 van de GVTO geldt de groepsvrijstelling voor beperkende overeenkomsten slechts beneden bepaalde marktaandeeldrempels, die de werkingssfeer van de groepsvrijstelling beperken tot overeenkomsten die, hoewel zij soms de mededinging beperken, over het algemeen geacht mogen worden te voldoen aan de voorwaarden van artikel 81, lid 3. Buiten de veilige haven die door de marktaandeeldrempels wordt geschapen, is individuele beoordeling van overeenkomsten vereist. Het feit dat marktaandelen de drempels overschrijden doet geen vermoeden ontstaan dat de overeenkomst onder het verbod van artikel 81, lid 1 valt of dat de overeenkomst niet aan de voorwaarden van artikel 81, lid 3 voldoet. Indien er geen sprake is van „hardcore”-beperkingen moet een marktonderzoek worden uitgevoerd.
66. Welke marktaandeeldrempel in verband met de door de GVTO geboden veilige haven van toepassing is, hangt af van de vraag of de overeenkomst is gesloten tussen concurrenten of niet-concurrenten. Voor de toepassing van de GVTO zijn ondernemingen concurrenten op de relevante technologiemarkt wanneer zij concurrerende technologieën in licentie geven. Potentiële concurrentie op de technologiemarkt wordt niet in aanmerking genomen voor de toepassing van de marktaandeeldrempels of van de „hardcore”-beperkingen. Buiten de veilige haven van de GVTO wordt met potentiële mededinging op de technologiemarkt rekening gehouden, maar dit leidt niet tot de toepassing van de lijst van „hardcore”-beperkingen voor overeenkomsten tussen concurrenten (zie ook punt 31).
67. Ondernemingen zijn concurrenten op de betrokken productmarkt wanneer zij beide actief zijn op dezelfde product- en geografische markt(en) waarop de producten waarin de in licentie gegeven technologie is verwerkt, worden verkocht (daadwerkelijke concurrenten). Zij worden eveneens als concurrenten beschouwd wanneer het waarschijnlijk is dat zij, op grond van realistische verwachtingen, de noodzakelijke bijkomende investeringen zouden doen of andere noodzakelijke overschakelingskosten zouden maken om bij een kleine maar duurzame stijging van de betrokken prijzen binnen een redelijk korte termijn<sup>(37)</sup> de relevante product- en geografische markt(en) te betreden (potentiële concurrenten).
68. Uit de punten 66 en 67 volgt dat twee ondernemingen geen concurrenten zijn in de zin van de GVTO wanneer de licentiegever noch een feitelijke noch een potentiële leverancier van producten is op de relevante markt en de licentienemer — die reeds aanwezig is op de productmarkt — geen licenties verleent op een concurrerende technologie, zelfs indien hij een concurrerende technologie bezit en op basis daarvan produceert. De partijen worden evenwel concurrenten indien de licentienemer op een later tijdstip zijn technologie in licentie begint te geven of indien de licentiegever een daadwerkelijke of potentiële leverancier van producten op de relevante markt wordt. In dat geval blijft de „hardcore”-lijst die geldt voor overeenkomsten tussen niet-concurrenten, op de overeenkomst van toepassing tenzij deze vervolgens op een wezenlijk punt wordt gewijzigd (zie artikel 4, lid 3 van de GVTO en punt 31).
69. In het geval van overeenkomsten tussen concurrenten is de marktaandeeldrempel 20 % en in het geval van overeenkomsten tussen niet-concurrenten is die 30 % (zie artikel 3, leden 1 en 2 van de GVTO). Wanneer de ondernemingen die partij zijn bij de licentieovereenkomst geen concurrenten zijn, valt de overeenkomst onder de groepsvrijstelling voor zover het marktaandeel van geen van de partijen op de betrokken relevante technologie- en productmarkten groter is dan 30 %. Indien de ondernemingen die partij zijn bij de licentieovereenkomst concurrenten zijn, valt de overeenkomst onder de groepsvrijstelling voor zover het gezamenlijke marktaandeel van de partijen op de relevante technologie- en productmarkten niet groter is dan 20 %. De marktaandeeldrempels gelden zowel voor de technologiemarkten als voor de markten van producten waarin de in licentie gegeven technologie is verwerkt. Indien de toepasselijke marktaandeeldrempel op een van de betrokken relevante markten wordt overschreden, is de groepsvrijstelling voor de overeenkomst niet van toepassing op die relevante markt. Indien de licentieovereenkomst bijvoorbeeld betrekking heeft op twee afzonderlijke productmarkten of twee afzonderlijke geografische markten, is het mogelijk dat de groepsvrijstelling op een van de markten van toepassing is en niet op de andere.

70. Voor technologiemarkten dient het marktaandeel van de licentiegever, overeenkomstig artikel 3, lid 3 van de GVTO, te worden berekend op basis van de verkopen door de licentiegever en al zijn licentienemers van producten waarin de in licentie gegeven technologie is verwerkt, en wel voor elke relevante markt afzonderlijk<sup>(38)</sup>. Wanneer de partijen concurrenten zijn op de technologiemarkt, moet de verkoop van producten waarin de eigen technologie van de licentienemer is verwerkt worden opgeteld bij de verkoop van producten waarin de in licentie gegeven technologie is verwerkt. In het geval van nieuwe technologieën die nog geen verkoop hebben opgeleverd, wordt een marktaandeel van 0 % toegekend. Wanneer met de verkoop wordt begonnen, begint de technologie een marktaandeel op te bouwen.
71. Voor productmarkten dient het marktaandeel van de licentienemer te worden berekend op basis van de verkoop, door de licentienemer, van producten waarin de technologie van de licentiegever is verwerkt en van concurrerende producten, d.w.z. de totale omzet van de licentienemer op de betrokken productmarkt. Wanneer de licentiegever tevens een leverancier van producten is op de relevante markt, moet de omzet van de licentiegever op de betrokken productmarkt eveneens in aanmerking worden genomen. Bij de berekening van de marktaandelen op productmarkten wordt evenwel met de omzet van andere licentienemers geen rekening gehouden bij de berekening van het marktaandeel van de licentienemer en/of de licentiegever.
72. De marktaandelen dienen te worden berekend aan de hand van gegevens betreffende de waarde van de verkopen voorzover die beschikbaar zijn. Die gegevens geven normaliter een nauwkeurigere indicatie van de sterkte van een technologie dan gegevens betreffende het verkochte volume. Wanneer gegevens betreffende de waarde van de verkopen echter niet beschikbaar zijn, kan gebruik worden gemaakt van ramingen die op andere betrouwbare marktinformatie, waaronder gegevens betreffende de omvang van de verkopen op de markt, gebaseerd zijn.
73. De hierboven uiteengezette beginselen kunnen worden geïllustreerd aan de hand van de volgende voorbeelden:

#### Licentiëring tussen niet-concurrenten

##### Voorbeeld 1

Onderneming A is gespecialiseerd in de ontwikkeling van biotechnologische producten en technieken en heeft een nieuw product, Xeran, ontwikkeld. Zij houdt zich niet zelf bezig met de productie van Xeran, waarvoor zij noch de productie- noch de distributiefaciliteiten heeft. Onderneming B is een van de producenten van concurrerende producten, die worden vervaardigd op basis van vrij toegankelijke, niet-beschermdere technologieën. In jaar 1 verkocht B voor 25 miljoen EUR aan producten die op basis van vrij toegankelijke technologie waren vervaardigd. In jaar 2 verleent A een licentie aan B voor de productie van Xeran. In dat jaar verkoopt B voor 15 miljoen EUR producten op basis van vrij toegankelijke technologieën en voor 15 miljoen EUR Xeran. In jaar 3 en de daaropvolgende jaren produceert en verkoopt B alleen Xeran, voor een bedrag van 40 miljoen EUR per jaar. Daarnaast verleent A in jaar 2 tevens een licentie aan C. C was niet eerder actief op die productmarkt. C produceert en verkoopt uitsluitend Xeran, voor 10 miljoen EUR in jaar 2 en voor 15 miljoen EUR in jaar 3 en de daaropvolgende jaren. Het is vastgesteld dat de totale markt voor Xeran en vervangproducten, waarop B en C actief zijn, een waarde van 200 miljoen EUR per jaar vertegenwoordigt.

In jaar 2, het jaar waarin de licentieovereenkomst wordt gesloten, bedraagt het marktaandeel van A op de technologiemarkt 0 %, aangezien dit marktaandeel moet worden berekend op basis van de totale verkoop van Xeran in het voorafgaande jaar. In jaar 3 bedraagt het marktaandeel van A op de technologiemarkt 12,5 %, hetgeen de waarde vertegenwoordigt van de in het voorafgaande jaar 2 door B en C geproduceerde Xeran. In jaar 4 en in de daaropvolgende jaren bedraagt het marktaandeel van A op de technologiemarkt 27,5 %, hetgeen de waarde vertegenwoordigt van de in het voorafgaande jaar door B en C geproduceerde Xeran.

In jaar 2 bedraagt het marktaandeel van B op de productmarkt 12,5 %, hetgeen de 25 miljoen EUR omzet van B in jaar 1 vertegenwoordigt. In jaar 3 bedraagt het marktaandeel van B 15 %, omdat haar omzet is gestegen tot 30 miljoen EUR in jaar 2. In jaar 4 en in de daaropvolgende jaren bedraagt het marktaandeel van B 20 %, met een jaaromzet van 40 miljoen EUR. Het marktaandeel van C op de productmarkt bedraagt 0 % in jaar 1 en 2, 5 % in jaar 3 en 7,5 % in de daaropvolgende jaren.

Aangezien het licentieovereenkomsten tussen niet-concurrenten betreft en de individuele marktaandelen van A, B en C elk jaar minder dan 30 % bedragen, vallen de overeenkomsten binnen de door de GVTO geboden veilige haven.

**Voorbeeld 2**

De situatie is dezelfde als in voorbeeld 1, maar B en C zijn nu actief op verschillende geografische markten. Het is vastgesteld dat de totale markt voor Xeran en vervangproducten een waarde vertegenwoordigt van 100 miljoen EUR per jaar op elke geografische markt.

In dit geval moet het marktaandeel van A op de technologiemarkt worden berekend voor elk van de twee geografische markten. Op de markt waarop B actief is, hangt het marktaandeel van A af van de omzet die B behaalt met Xeran. Aangezien de totale markt in dit voorbeeld bij hypothese 100 miljoen EUR bedraagt, d.w.z. dat hij half zo groot is als in voorbeeld 1, bedraagt het marktaandeel van A 0 % in jaar 2, 15 % in jaar 3 en 40 % in de daaropvolgende jaren. Het marktaandeel van B bedraagt 25 % in jaar 2, 30 % in jaar 3 en 40 % daarna. In jaar 2 en 3 bedraagt het marktaandeel van zowel A als B minder dan de 30 %-drempel. De drempel wordt echter overschreden vanaf jaar 4 en dit betekent dat, krachtens artikel 8, lid 2, van de GVTO, de licentieovereenkomst tussen A en B na jaar 6 niet meer in aanmerking komt voor de vrijstelling en individueel moet worden beoordeeld.

Op de markt waarop C actief is, hangt het marktaandeel van A af van de omzet die C behaalt met Xeran. Het marktaandeel van A op de technologiemarkt, op basis van de omzet van C in het voorafgaande jaar, bedraagt derhalve 0 % in jaar 2, 10 % in jaar 3 en 15 % in de daaropvolgende jaren. Het marktaandeel van C op de productmarkt is hetzelfde: 0 % in jaar 2, 10 % in jaar 3 en 15 % in de daaropvolgende jaren. De licentieovereenkomst tussen A en C valt derhalve gedurende de gehele periode binnen de veilige haven.

*Licentiëring tussen concurrenten***Voorbeeld 3**

De ondernemingen A en B zijn actief op dezelfde relevante product- en geografische markt voor een bepaald chemisch product. Zij bezitten elk ook een octrooi op verschillende technologieën die worden gebruikt voor de vervaardiging van dat product. In jaar 1 ondertekenen A en B een wederkerige licentieovereenkomst, waarbij zij elkaar een licentie verlenen voor het gebruik van hun respectieve technologieën. In jaar 1 produceren A en B uitsluitend op basis van hun eigen technologie en verkoopt A voor 15 miljoen EUR van het product en B voor 20 miljoen EUR. Vanaf jaar 2 gebruiken zij beide hun eigen en elkaars technologie. Vanaf dat jaar verkoopt A voor 10 miljoen EUR van het product op basis van haar eigen technologie en voor 10 miljoen EUR op basis van de technologie van B. B verkoopt vanaf jaar 2 voor 15 miljoen EUR van het product op basis van haar eigen technologie en voor 10 miljoen EUR op basis van de technologie van A. Het is vastgesteld dat de totale markt voor het product en zijn vervangproducten een waarde van 100 miljoen EUR per jaar vertegenwoordigt.

Om de licentieovereenkomst in het kader van de GVTO te beoordelen, moeten de marktaandelen van A en B, zowel op de technologiemarkt als op de productmarkt, worden berekend. Het marktaandeel van A op de technologiemarkt hangt af van de hoeveelheid van het product die in het voorgaande jaar is verkocht en die door zowel A als B is geproduceerd op basis van de technologie van A. In jaar 2 bedraagt het marktaandeel van A op de technologiemarkt derhalve 15 %, hetgeen overeenkomt met haar eigen productie en verkoop van 15 miljoen EUR in jaar 1. Vanaf jaar 3 bedraagt het marktaandeel van A op de technologiemarkt 20 %, hetgeen overeenkomt met de omzet van 20 miljoen EUR die werd behaald met de verkoop van het product dat op basis van de technologie van A is geproduceerd en verkocht door A en door B (10 miljoen EUR elk). Op dezelfde wijze berekend, bedraagt het marktaandeel van B op de technologiemarkt in jaar 2 20 % en in de daaropvolgende jaren 25 %.

De marktaandelen van A en B op de productmarkt hangen af van hun respectieve omzet van het product in het voorafgaande jaar, ongeacht de gebruikte technologie. Het marktaandeel van A op de productmarkt bedraagt 15 % in jaar 2 en 20 % in de daaropvolgende jaren. Het marktaandeel van B op de productmarkt bedraagt 20 % in jaar 2 en 25 % in de daaropvolgende jaren.

Aangezien het een overeenkomst tussen concurrenten betreft, moet hun gezamenlijke marktaandeel, zowel op de technologiemarkt als op de productmarkt, beneden de marktaandeeldrempel van 20 % blijven om in aanmerking te komen voor de veilige haven. Het is duidelijk dat dat hier niet het geval is. Het gezamenlijke marktaandeel op de technologiemarkt en op de productmarkt bedraagt 35 % in jaar 2 en 45 % in de daaropvolgende jaren. Deze overeenkomst tussen concurrenten zal derhalve individueel moeten worden beoordeeld.

**4. „Hardcore”-beperkingen van de mededinging in het kader van de groepsvrijstellingsverordening****4.1. Algemene beginselen**

74. Artikel 4 van de GVTO bevat een lijst van meest ingrijpende beperkingen („hardcore”-beperkingen) van de mededinging. De classificering van een beperking als een „hardcore”-beperking van de mededinging is gebaseerd op de aard van de beperking en op de ervaring, die leert dat dergelijke beperkingen bijna altijd concurrentieverstorend zijn. In overeenstemming met de jurisprudentie van de communautaire rechtscollèges<sup>(39)</sup> kan een dergelijke beperking blijken uit het klaarblijkelijke doel van de overeenkomst of uit de omstandigheden van het individuele geval (zie punt 14).



75. Wanneer een overeenkomst inzake technologieoverdracht een „hardcore”-beperking van de mededinging bevat, valt de overeenkomst krachtens artikel 4, leden 1 en 2, van de GVTO buiten de werkingssfeer van de groepsvrijstelling. Voor de toepassing van de GVTO kunnen „hardcore”-beperkingen niet van de rest van de overeenkomst worden gescheiden. Voorts is de Commissie van mening dat „hardcore”-beperkingen bij een individuele beoordeling slechts in uitzonderlijke omstandigheden zullen voldoen aan de vier voorwaarden van artikel 81, lid 3 (zie punt 18).
76. Artikel 4 van de GVTO maakt onderscheid tussen overeenkomsten tussen concurrenten en overeenkomsten tussen niet-concurrenten.
- 4.2. Overeenkomsten tussen concurrenten**
77. Artikel 4, lid 1, bevat een lijst van de „hardcore”-beperkingen bij het verlenen van licenties tussen concurrenten. Volgens deze bepaling is de GVTO niet van toepassing op overeenkomsten die, op zich of in combinatie met andere factoren waarover de partijen controle hebben, direct of indirect tot doel hebben:
- a) de mogelijkheden van een van de partijen tot het vaststellen van haar prijzen bij verkoop van producten aan derden te beperken;
  - b) de productie te beperken, met uitzondering van beperkingen van de productie van contractproducten die aan de licentienemer worden opgelegd in een niet-wederkerige overeenkomst of die aan slechts één van de licentienemers worden opgelegd in een wederkerige overeenkomst;
  - c) markten of klanten toe te wijzen, met uitzondering van:
    - i) de verplichting die aan de licentienemer of licentienemers wordt opgelegd om met de in licentie gegeven technologie uitsluitend binnen één of meer technische gebruiksgebieden of één of meer productmarkten te produceren;
    - ii) de verplichting die in een niet-wederkerige overeenkomst aan de licentiegever en/of licentienemer wordt opgelegd om met de in licentie gegeven technologie niet binnen één of meer technische gebruiksgebieden, één of meer productmarkten of één of meer exclusieve gebieden die aan de andere partij zijn voorbehouden, te produceren;
    - iii) de verplichting die aan de licentiegever wordt opgelegd om de technologie niet aan een andere licentienemer in een specifiek gebied in licentie te geven;
    - iv) de beperking, in een niet-wederkerige overeenkomst, van actieve en/of passieve verkoop door de licentienemer en/of de licentiegever in het exclusieve gebied of aan de exclusieve klantenkring die aan de andere partij is voorbehouden;
  - v) de beperking, in een niet-wederkerige overeenkomst, van actieve verkoop door de licentienemer in het exclusieve gebied of aan de exclusieve klantenkring die door de licentiegever is toegewezen aan een andere licentienemer, mits laatstgenoemde ten tijde van het sluiten van zijn licentieovereenkomst geen concurrerende onderneming van de licentiegever was;
  - vi) de verplichting die aan de licentienemer wordt opgelegd om de contractproducten uitsluitend te produceren voor eigen gebruik, mits de licentienemer niet wordt beperkt met betrekking tot de actieve of passieve verkoop van de contractproducten als reserveonderdelen voor zijn eigen producten;
  - vii) de verplichting die in een niet-wederkerige overeenkomst aan de licentienemer wordt opgelegd om de contractproducten uitsluitend te produceren voor een specifieke afnemer, indien de licentie is verleend om die afnemer een alternatieve voorzieningsbron te bieden;
  - d) de mogelijkheden van de licentienemer tot het exploiteren van zijn eigen technologie te beperken of de mogelijkheden van een van de partijen bij de overeenkomst tot het verrichten van onderzoek en ontwikkeling te beperken, tenzij die laatste beperking onmisbaar is om te voorkomen dat de in licentie gegeven knowhow aan derden wordt bekendgemaakt.
78. Voor een aantal „hardcore”-beperkingen maakt de GVTO een onderscheid tussen wederkerige en niet-wederkerige overeenkomsten. De „hardcore”-lijst is strikter voor wederkerige overeenkomsten dan voor niet-wederkerige overeenkomsten tussen concurrenten. Wederkerige overeenkomsten zijn overeenkomsten waarbij wederzijdse licenties worden verleend en de in licentie gegeven technologieën concurrerende technologieën zijn of gebruikt kunnen worden voor de productie van concurrerende producten. Niet-wederkerige overeenkomsten zijn overeenkomsten waarbij slechts één van de partijen haar technologie aan de andere partij in licentie geeft of waarbij, in het geval van wederzijdse licenties, de in licentie gegeven technologieën geen concurrerende technologieën zijn en niet kunnen worden gebruikt voor de productie van concurrerende producten. Een overeenkomst is niet wederkerig louter omdat zij een „grant-back”-verplichting bevat of omdat de licentienemer de door hem aangebrachte verbeteringen in de in licentie gegeven technologie weer aan de licentiegever in licentie geeft. Ingeval een niet-wederkerige overeenkomst op een later tijdstip een wederkerige overeenkomst wordt doordat een tweede licentieovereenkomst tussen dezelfde partijen wordt gesloten, zullen zij eventueel de eerste licentieovereenkomst moeten herzien om te voorkomen dat deze een „hardcore”-beperking bevat. Bij de beoordeling van het individuele geval zal de Commissie rekening houden met de tijd die tussen de sluiting van de eerste en de tweede licentieovereenkomst is verstreken.

79. De „hardcore”-beperking van de mededinging waarvan sprake is in artikel 4, lid 1, onder a), betreft overeenkomsten tussen concurrenten die ten doel hebben prijzen vast te stellen voor de verkoop van hun producten aan derden, met inbegrip van de producten waarin de in licentie gegeven technologie is verwerkt. Prijsafspraken tussen concurrenten vormen door hun doel zelf een beperking van de mededinging. Prijsafspraken kunnen bijvoorbeeld de vorm aannemen van een rechtstreekse overeenkomst over de exacte prijs die moet worden gerekend of over een prijslijst met maximum toegestane kortingen. Of de overeenkomst vaste, minimum-, maximum- of aanbevolen prijzen betreft, speelt geen rol. Prijsafspraken kunnen ook indirect tot stand komen door het gebruik van prikkels om afwijkingen van een overeengekomen prijsniveau te ontmoedigen, bijvoorbeeld door te bepalen dat het tarief van royalty's zal stijgen indien de productprijzen beneden een bepaald niveau dalen. Een aan de licentienemer opgelegde verplichting om een bepaalde minimum royalty te betalen vormt op zich echter geen prijsafpraak.
80. Wanneer royalty's worden berekend op basis van de individuele omzet van de betrokken producten, heeft het bedrag van de royalty's een rechtstreekse invloed op de marginale kosten van het product en dus ook op de productprijzen<sup>(40)</sup>. Concurrenten kunnen derhalve wederzijdse licenties met wederkerige „running” royalty's (royalty's, berekend op basis van de individuele verkoop van producten) gebruiken om de prijzen op downstream-productmarkten te coördineren<sup>(41)</sup>. De Commissie zal wederzijdse licenties met wederkerige „running” royalty's slechts als een prijsafpraak beschouwen indien de overeenkomst geen enkel concurrentiebevorderend doel heeft en derhalve geen bonafide licentieovereenkomst is. In dergelijke gevallen, waarin de overeenkomst geen enkele waarde schept en derhalve geen geldige commerciële rechtvaardiging heeft, is het een pseudo-licentie en houdt zij kartelvorming in.
81. De „hardcore”-beperking waarvan sprake in artikel 4, lid 1, onder a), heeft eveneens betrekking op overeenkomsten waarbij de royalty's worden berekend op basis van de totale omzet van alle producten, ongeacht of de in licentie gegeven technologie is gebruikt. Dergelijke overeenkomsten vallen eveneens onder artikel 4, lid 1, onder d), volgens hetwelk de licentienemer niet mag worden beperkt in de mogelijkheid om zijn eigen technologie te gebruiken (zie punt 95). Dergelijke overeenkomsten beperken over het algemeen de mededinging, aangezien de overeenkomst de kosten van het gebruik van de eigen concurrerende technologie van de licentienemer verhoogt en de mededinging die zonder de overeenkomst bestond beperkt<sup>(42)</sup>. Dit geldt zowel voor wederkerige als voor niet-wederkerige overeenkomsten. Uitzonderlijk kan een overeenkomst waarbij de royalty's worden berekend op basis van de totale omzet van alle producten in een individueel geval toch voldoen aan de voorwaarden van artikel 81, lid 3, wanneer op basis van objectieve factoren kan worden vastgesteld dat de beperking onmisbaar is voor het tot stand brengen van concurrentiebevorderende licentiëring. Dit kan het geval zijn wanneer het zonder de beperking onmogelijk of bijzonder moeilijk zou zijn de door de licentienemer te betalen royalty's te berekenen en te controleren, bijvoorbeeld omdat de technologie van de licentiegever geen zichtbare sporen nalaat in het eindproduct en er geen andere, praktisch toepasbare controlemethodes voorhanden zijn.
82. De „hardcore”-beperking van de mededinging waarvan sprake is in artikel 4, lid 1, onder b), betreft wederzijdse productiebeperkingen die aan de partijen worden opgelegd. Een productiebeperking is een beperking van de hoeveelheid die een partij mag produceren en verkopen. Artikel 4, lid 1, onder b) heeft geen betrekking op productiebeperkingen die een licentienemer in een niet-wederkerige overeenkomst worden opgelegd, of productiebeperkingen die aan één van de licentienemers in een wederkerige overeenkomst worden opgelegd, mits de productiebeperking slechts betrekking heeft op producten die met de in licentie gegeven technologie zijn geproduceerd. Artikel 4, lid 1, onder b) merkt derhalve wederkerige productiebeperkingen die aan de partijen, en productiebeperkingen die aan de licentiegever worden opgelegd wat zijn eigen technologie betreft, als „hardcore”-beperkingen aan. Wanneer concurrenten instemmen met wederzijdse beperkingen van de productie, is het doel en het waarschijnlijke gevolg van de overeenkomst dat de productie in de markt wordt verminderd. Hetzelfde geldt voor overeenkomsten die de prikkel voor de partijen om de productie te verhogen verminderen, bijvoorbeeld doordat aan de ene partij de verplichting wordt opgelegd aan de andere partij een vergoeding te betalen indien een bepaald productieniveau wordt overschreden.
83. De gunstigere behandeling van niet-wederkerige hoeveelhedsbeperkingen is gebaseerd op de overweging dat een eenzijdige beperking niet noodzakelijkerwijs tot een lagere productie op de markt leidt terwijl ook het risico dat de overeenkomst geen bonafide licentieovereenkomst is geringer is wanneer de beperking niet wederkerig is. Wanneer een licentienemer bereid is een eenzijdige beperking te aanvaarden, is het waarschijnlijk dat de overeenkomst leidt tot een echte integratie van complementaire technologieën of tot een efficiëntieverbeterende integratie van de superieure technologie van de licentiegever met de productiemiddelen van de licentienemer. In een wederkerige overeenkomst is het waarschijnlijk dat een productiebeperking die aan één van de licentienemers wordt opgelegd de hogere waarde weerspiegelt van de door een van de partijen in licentie gegeven technologie, en concurrentiebevorderende licentiëring wellicht aanmoedigt.
84. De „hardcore”-beperking van de mededinging waarvan sprake is in artikel 4, lid 1, onder c), betreft de toewijzing van markten en klanten. Overeenkomsten waarbij concurrenten markten en klanten verdelen hebben de beperking van de mededinging ten doel. Het is een „hardcore”-beperking wanneer concurrenten in een wederkerige overeenkomst overeenkomen om niet in bepaalde gebieden te produceren of niet actief en/of passief in bepaalde gebieden of aan bepaalde klanten, welke aan de andere partij zijn voorbehouden, te verkopen.
85. Artikel 4, lid 1, onder c), is van toepassing, ongeacht of de licentienemer zijn eigen technologie mag blijven gebruiken. Wanneer de licentienemer zijn apparatuur eenmaal heeft aangepast voor het gebruik van de technologie van de licentiegever met het oog op de productie van een bepaald product, zal het wellicht veel geld kosten om een afzonderlijke productielijn te handhaven waarbij van een andere technologie gebruik wordt gemaakt om klanten te bedienen die onder de beperkingen vallen. Gelet op het concurrentiebeperkende potentieel van de beperking zal de licentienemer bovendien waarschijnlijk niet sterk geneigd zijn om op basis van zijn eigen technologie te produceren. Het is bovendien zeer onwaarschijnlijk dat dergelijke beperkingen noodzakelijk zijn voor concurrentiebevorderende licentiëring.

86. Krachtens artikel 4, lid 1, onder c), punt ii), is het geen „hardcore”-beperking wanneer de licentiegever de licentienemer in een niet-wederkerige overeenkomst een exclusieve licentie verleent om op basis van de in licentie gegeven technologie in een specifiek gebied te produceren, en hij er aldus mee instemt de contractproducten niet zelf in dat gebied te produceren of deze vanuit dat gebied te leveren. Deze exclusieve licenties zijn vrijgesteld, ongeacht de omvang van het gebied. Indien de licentie voor de gehele wereld geldt houdt de exclusiviteit in dat de licentiegever ervan afziet de markt te betreden of daarop aanwezig te blijven. De groepsvrijstelling is eveneens van toepassing wanneer de licentie beperkt is tot een of meer technische gebruiksgebieden of een of meer productmarkten. Het doel van de overeenkomsten die onder artikel 4, lid 1, onder c), punt ii), vallen kan zijn de licentienemer te stimuleren om in de in licentie gegeven technologie te investeren en deze verder te ontwikkelen. Het doel van de overeenkomst is derhalve niet noodzakelijkerwijs een verdeling van de markten.
87. Krachtens artikel 4, lid 1, onder c), punt iv), en om dezelfde reden is de groepsvrijstelling eveneens van toepassing op niet-wederkerige overeenkomsten waarbij de partijen afspreken niet actief of passief te verkopen<sup>(43)</sup> in een exclusief gebied of aan een exclusieve klantenkring die aan de andere partij zijn voorbehouden.
88. Krachtens artikel 4, lid 1, onder c), punt iii), is er evenmin sprake van een „hardcore”-beperking wanneer de licentiegever de licentienemer aanwijst als zijn enige licentienemer in een specifiek gebied, hetgeen impliceert dat derden geen licentie zullen verkrijgen om op basis van de technologie van de licentiegever in het betrokken gebruiksgebied te produceren. Bij dergelijke „sole licences” is de groepsvrijstelling van toepassing, ongeacht of de overeenkomst wederkerig is of niet, aangezien de overeenkomst de mogelijkheden van de partijen om hun eigen technologie in de betrokken gebieden volledig te exploiteren, niet aantast.
89. Bij artikel 4, lid 1, onder c), punt v), zijn van de „hardcore”-lijst uitgesloten, en wordt derhalve, mits de markt-aanderempel in acht wordt genomen, vrijstelling verleend voor beperkingen, in een niet-wederkerige overeenkomst, van de actieve verkoop door een licentienemer in het gebied of aan de klantenkring die door de licentiegever aan een andere licentienemer zijn toegewezen. Voorwaarde is evenwel dat de beschermde licentienemer geen concurrent was van de licentiegever toen de overeenkomst werd gesloten. Het is niet gerechtvaardigd om dergelijke beperkingen als „hardcore”-beperkingen aan te merken. Deze beperkingen zullen, doordat zij de licentiegever in staat stellen een licentienemer die nog niet op de markt aanwezig was te beschermen tegen de actieve verkoop door licentienemers die concurrenten van de licentiegever zijn en die daarom reeds op de markt aanwezig zijn, de licentienemer waarschijnlijk aanmoedigen de in licentie gegeven technologie efficiënter te exploiteren. Kommen de licentienemers evenwel onderling overeen om niet actief of passief in bepaalde gebieden of aan bepaalde klantenkringen te verkopen, dan behelst de overeenkomst een kartel van de licentienemers. Aangezien dergelijke overeenkomsten geen technologieoverdracht met zich brengen, vallen zij buiten het toepassingsgebied van de GVTO.
90. Krachtens artikel 4, lid 1, onder c), punt i), zijn in overeenkomsten tussen concurrenten opgenomen beperkingen die inhouden dat een licentie slechts op één of meer productmarkten of in één of meer technische gebruiksgebieden<sup>(44)</sup> mag worden geëxploiteerd, geen „hardcore”-beperkingen. Deze beperkingen zijn, tot een markaanderempel van 20 %, vrijgesteld ongeacht of de overeenkomst wederkerig is of niet. Een voorwaarde voor de toepassing van de groepsvrijstelling is echter wel dat de beperkingen ten aanzien van het gebruiksgebied niet verder gaan dan het toepassingsgebied van de in licentie gegeven technologieën. Een andere voorwaarde is dat aan de licentienemers geen beperkingen mogen worden opgelegd ten aanzien van het gebruik van hun eigen technologie (zie artikel 4, lid 1, onder d)). Worden licentienemers beperkt in het gebruik van hun eigen technologie, dan komt de overeenkomst neer op marktverdeling.
91. De groepsvrijstelling is van toepassing ongeacht of de beperking van het gebruiksgebied symmetrisch of asymmetrisch is. Een asymmetrische beperking van het gebruiksgebied in een wederkerige licentieovereenkomst houdt in dat beide partijen de respectievelijke technologieën die zij in licentie nemen slechts mogen gebruiken binnen verschillende gebruiksgebieden. Zolang de partijen geen beperkingen worden opgelegd ten aanzien van de exploitatie van hun eigen technologieën wordt er niet van uitgegaan dat de overeenkomst de partijen ertoe zal brengen het gebruiksgebied waarvoor de aan de andere partij verleende licentie geldt, te verlaten of niet te betreden. Zelfs indien de licentienemers hun apparatuur aanpassen om de in licentie gegeven technologie te exploiteren in het gebruiksgebied waarvoor de licentie geldt, heeft dit niet noodzakelijkerwijs gevolgen voor de productiemiddelen die worden gebruikt om buiten het toepassingsgebied van de licentie te produceren. Het is in dit verband van belang dat de beperking slechts betrekking heeft op onderscheiden productmarkten of gebruiksgebieden en niet op klanten, hetzij per gebied hetzij per klantenkring toegewezen, die producten kopen die in dezelfde productmarkt of in hetzelfde technische gebruiksgebied vallen. Het gevaar van marktverdeling wordt in het laatstgenoemde geval aanmerkelijk groter geacht (zie punt 85). Bovendien kunnen beperkingen ten aanzien van het gebruiksgebied noodzakelijk zijn om concurrentiebevorderende licentiëring te stimuleren (zie punt 182).
92. Artikel 4, lid 1, onder c), punt vi), voorziet in een andere uitzondering, namelijk beperkingen tot eigen gebruik; het betreft de bepaling dat de licentienemer de producten waarin de in licentie gegeven technologie is verwerkt alleen voor eigen gebruik mag produceren. Wanneer bijvoorbeeld het contractproduct een bestanddeel is, kan de licentienemer worden verplicht dat bestanddeel alleen te produceren voor verwerking in zijn eigen producten en het niet aan andere producenten te verkopen. De licentienemer moet echter de bestanddelen kunnen verkopen als reserveonderdelen voor zijn eigen producten en moet dus kunnen leveren aan derden die klantenservice verlenen met betrekking tot die producten. Beperkingen tot eigen gebruik, zoals hier bedoeld, kunnen noodzakelijk zijn om de verspreiding van technologie, inzonderheid onder concurrenten, aan te moedigen en vallen onder de groepsvrijstelling. Deze beperkingen worden besproken onder IV.2.5.

93. Tenslotte is krachtens artikel 4, lid 1, onder c), punt vii), van de „hardcore“-lijst uitgesloten, de verplichting die in een niet-wederkerige overeenkomst aan de licentienemer wordt opgelegd om de contractproducten uitsluitend voor een specifieke afnemer te produceren om die afnemer een alternatieve voorzieningsbron te bieden. Voorwaarde voor de toepassing van artikel 4, lid 1, onder c), punt vii), is derhalve dat de licentie beperkt is tot het creëren van een alternatieve voorzieningsbron voor die specifieke afnemer. Het is echter geen voorwaarde dat slechts één dergelijke licentie wordt verleend. Artikel 4, lid 1, onder c), punt vii), is eveneens van toepassing op situaties waarbij aan meer dan één onderneming licentie wordt verleend om aan dezelfde afnemer te leveren. De mogelijkheid dat dergelijke overeenkomsten tot marktverdeling leiden is beperkt wanneer de licentie uitsluitend wordt verleend om aan een specifieke afnemer te leveren. Met name kan er in een dergelijk geval niet van worden uitgegaan dat de overeenkomst de licentienemer ertoe zal brengen de exploitatie van zijn eigen technologie te staken.
94. De „hardcore“-beperking van de mededinging waarvan sprake is in artikel 4, lid 1, onder d), betreft in de eerste plaats beperkingen ten aanzien van de mogelijkheden van een van de partijen tot het verrichten van onderzoek en ontwikkeling. Het moet beide partijen vrij staan onafhankelijk onderzoek en ontwikkeling te verrichten. Deze regel geldt ongeacht of de beperking betrekking heeft op een gebied dat onder de licentie valt dan wel op andere gebieden. Het loutere feit dat de partijen overeenkomen elkaar toekomstige verbeteringen van hun respectievelijke technologieën ter beschikking te stellen houdt als zodanig geen beperking van onafhankelijk onderzoek en ontwikkeling in. De gevolgen van dergelijke overeenkomsten voor de mededinging moeten in het licht van de omstandigheden van het individuele geval worden beoordeeld. Artikel 4, lid 1, onder d) geldt evenmin voor beperkingen om onderzoek en ontwikkeling met derden te verrichten die aan een partij worden opgelegd om de knowhow van de licentiegever tegen openbaarmaking te beschermen. Om onder de uitzondering te vallen, dienen de beperkingen opgelegd om de knowhow van de licentiegever tegen openbaarmaking te beschermen, noodzakelijk en evenredig te zijn om een dergelijke bescherming te waarborgen. Wanneer de overeenkomst bijvoorbeeld bepaalt dat specifieke werknemers van de licentienemer moeten worden opgeleid in en verantwoordelijk zijn voor het gebruik van de in licentie gegeven knowhow, is het wellicht voldoende om de licentienemer te verplichten deze werknemers niet toe te staan om bij onderzoek en ontwikkeling met derde partijen betrokken te zijn. Andere voorzorgsmaatregelen kunnen eveneens passend zijn.
95. Krachtens artikel 4, lid 1, onder d), mag de licentienemer ook geen beperking worden opgelegd in het gebruik van zijn eigen concurrerende technologie, voor zover hij daarbij geen gebruik maakt van de technologie die hij van de licentiegever in licentie neemt. Met betrekking tot zijn eigen technologie mag de licentienemer niet onderworpen zijn aan beperkingen met betrekking tot de plaats waar hij produceert of verkoopt, de hoeveelheid die hij produceert of verkoopt en de prijs waartegen hij verkoopt. Hij mag evenmin verplicht zijn royalty's te

betalen voor producten die zijn vervaardigd op basis van zijn eigen technologie (zie punt 81). Bovendien mag aan de licentienemer geen beperking worden opgelegd met betrekking tot het in licentie geven van zijn eigen technologie aan derden. Wanneer aan de licentienemer beperkingen worden opgelegd met betrekking tot het gebruik van zijn eigen technologie of met betrekking tot het verrichten van onderzoek en ontwikkeling, wordt het concurrentievermogen van de technologie van de licentienemer verzwakt. Dit leidt tot een vermindering van de concurrentie op de bestaande technologie- en productmarkten en tot een vermindering van de prikkel voor de licentienemer om te investeren in de ontwikkeling en verbetering van zijn technologie.

#### 4.3. Overeenkomsten tussen niet-concurrenten

96. Artikel 4, lid 2, bevat een lijst van de „hardcore“-beperkingen bij het verlenen van licenties tussen niet-concurrenten. Volgens deze bepaling is de GVTO niet van toepassing op overeenkomsten die, op zich of in combinatie met andere factoren waarover de partijen controle hebben, direct of indirect tot doel hebben:
- a) de mogelijkheden van een van de partijen tot het vaststellen van haar prijzen bij verkoop van producten aan derden te beperken, onverminderd de mogelijkheid om een maximumprijs op te leggen of een verkoopprijs aan te raden mits dit niet ten gevolge van door een van de partijen uitgeoefende druk of gegeven prikkels hetzelfde effect heeft als een vaste prijs of minimumprijs;
  - b) het gebied waarin of de klanten aan wie de licentienemer de contractproducten passief mag verkopen te beperken, met uitzondering van:
    - i) de beperking van passieve verkoop in een exclusief gebied of aan een exclusieve klantenkring, voorbehouden aan de licentiegever;
    - ii) de beperking van passieve verkoop in een exclusief gebied of aan een exclusieve klantenkring, door de licentiegever toegewezen aan een andere licentienemer gedurende de eerste twee jaar waarin deze andere licentienemer de contractproducten in dat gebied of aan die klantenkring verkoopt;
    - iii) de verplichting de contractproducten uitsluitend te produceren voor eigen gebruik, mits de licentienemer geen beperkingen wordt opgelegd ten aanzien van de actieve en passieve verkoop van de contractproducten als reserveonderdelen voor zijn eigen producten;
    - iv) de verplichting de contractproducten uitsluitend te produceren voor een specifieke afnemer, indien de licentie is verleend om die afnemer een alternatieve voorzieningsbron te bieden;

- v) de beperking van de verkoop aan eindgebruikers door een op groothandelniveau werkzame licentienemer;
- vi) de beperking van de verkoop aan niet-erkende distributeurs door de leden van een selectief distributiestelsel;
- c) de actieve of passieve verkoop aan eindgebruikers door een licentienemer die lid is van een selectief distributiestelsel en die op detailhandelniveau werkzaam is, te beperken, onverminderd de mogelijkheid een lid van het stelsel te verbieden vanuit een niet-erkende plaats van vestiging werkzaam te zijn.
97. De „hardcore”-beperking van de mededinging waarvan sprake in artikel 4, lid 2, onder a), betreft het vaststellen van prijzen voor de verkoop van producten aan derden. Meer in het bijzonder heeft deze bepaling betrekking op beperkingen die direct of indirect ten doel hebben een vaste of minimumprijs dan wel een vast of minimumprijsniveau vast te stellen, dat door de licentiegever of de licentienemer bij de verkoop van producten aan derden in acht moet worden genomen. In het geval van overeenkomsten die rechtstreeks de verkoopprijs vaststellen, is de beperking duidelijk. Het vaststellen van verkoopprijzen kan echter ook met indirecte middelen worden bereikt. Voorbeelden daarvan zijn overeenkomsten die de winstmarge vastleggen, het maximumniveau van kortingen bepalen, de verkoopprijs koppelen aan die van de concurrenten, en verder ook bedreigingen, intimidaties, waarschuwingen, sancties of het beëindigen van contracten in verband met de inachtneming van een bepaald prijsniveau. Directe of indirecte maatregelen om tot prijsafspraken te komen kunnen doeltreffender worden gemaakt wanneer zij gecombineerd worden met maatregelen om verkopen onder de prijs op te sporen, zoals de toepassing van een controlesysteem op de prijzen of het opleggen van de verplichting aan licentienemers om prijsafwijkingen te melden. Directe of indirecte prijsbinding kan eveneens doeltreffender worden gemaakt wanneer zij gecombineerd wordt met maatregelen die voor de licentienemer de prikkel verminderen om zijn verkoopprijs te verlagen, bijvoorbeeld wanneer de licentiegever de licentienemer verplicht een beding van „meest begunstigde klant” toe te passen, d.w.z. een verplichting om aan een afnemer dezelfde gunstigere voorwaarden aan te bieden die aan een andere afnemer worden aangeboden. Dezelfde maatregelen kunnen worden gebruikt om maximum- of aanbevolen prijzen te laten fungeren als vaste of minimumprijzen. Het verstrekken van een lijst met aanbevolen prijzen of het opleggen van een maximumprijs aan de licentienemer door de licentiegever wordt echter op zich niet beschouwd als een maatregel die tot vaste of minimumprijzen leidt.
98. Artikel 4, lid 2, onder b), rekent tot „hardcore”-beperkingen van de mededinging overeenkomsten of onderling afgestemde feitelijke gedragingen die direct of indirect tot doel hebben de passieve verkoop door de licentienemer van producten waarin de in licentie gegeven technologie is verwerkt, te beperken<sup>(45)</sup>. Aan de licentienemer opgelegde passieve verkoopbeperkingen kunnen het resultaat zijn van rechtstreekse verplichtingen, zoals de verplichting om niet aan bepaalde afnemers of aan afnemers in bepaalde gebieden te verkopen, of de verplichting om de orders van deze afnemers op andere licentienemers over te dragen. Zij kunnen tevens voortvloeien uit indirecte maatregelen om de licentienemer ertoe te brengen van dergelijke verkoop af te zien, zoals financiële prikkels en de invoering van een controlesysteem om de daadwerkelijke bestemming van de in licentie gegeven producten na te gaan. Hoeveelheidsbeperkingen kunnen een indirect middel zijn om passieve verkoop te beperken. De Commissie zal er niet van uitgaan dat hoeveelheidsbeperkingen als zodanig daartoe leiden. De zaken liggen echter anders wanneer hoeveelheidsbeperkingen worden gebruikt om een achterliggende overeenkomst tot verdeling van de markt ten uitvoer te leggen. Periodieke aanpassingen van de hoeveelheden om uitsluitend de lokale vraag te dekken, de combinatie van hoeveelheidsbeperkingen en een verplichting om minimumhoeveelheden in een gebied te verkopen, minimum royaltyverplichtingen gekoppeld aan verkoop in het gebied, gedifferentieerde royaltytarieven naargelang van de bestemming van de producten en systemen van controle op de bestemming van de producten die door de individuele licentienemers worden verkocht, zijn aanwijzingen voor het bestaan van een dergelijke overeenkomst. Op de algemene „hardcore”-beperking inzake passieve verkoop door licentienemers bestaan een aantal uitzonderingen, die in het onderstaande worden besproken.
99. Artikel 4, lid 2, onder b), heeft geen betrekking op verkoopbeperkingen die aan de licentiegever worden opgelegd. Alle verkoopbeperkingen voor de licentiegever beneden een marktaandeeldrempel van 30 % vallen onder de groepsvrijstelling. Hetzelfde geldt voor alle beperkingen met betrekking tot de actieve verkoop door de licentienemers, met uitzondering van hetgeen over actieve verkoop wordt opgemerkt in de punten 105 en 106. De groepsvrijstelling voor beperkingen op actieve verkoop berust op de veronderstelling dat dergelijke beperkingen bevorderlijk zijn voor de investeringen, niet-prijsconcurrentie en voor verbeteringen in de kwaliteit van de diensten geboden door de licentienemers, doordat zij „free rider”- en „hold-up”-problemen kunnen oplossen. In geval van beperkingen ten aanzien van de actieve verkoop tussen gebieden of klantenkringen van licentienemers, geldt niet als voorwaarde dat aan de licentienemer een exclusief verkoopgebied of een exclusieve klantenkring is toegewezen. De groepsvrijstelling is ook van toepassing op beperkingen op de actieve verkoop wanneer een specifiek verkoopgebied of een specifieke klantenkring aan meer dan één licentienemer is toegewezen. Het is waarschijnlijk dat investeringen in efficiëntieverbeteringen worden bevorderd wanneer een licentienemer ervan verzekerd is dat hij slechts concurrentie op het punt van de actieve verkoop te duchten heeft van een beperkt aantal licentienemers in het verkoopgebied en niet tevens van licentienemers van buiten dat gebied.
100. Beperkingen op de actieve en passieve verkoop door licentienemers in een exclusief verkoopgebied of aan een exclusieve klantenkring die aan de licentiegever is voorbehouden, vormen geen „hardcore”-beperking van de mededinging (zie artikel 4, lid 2, onder b), punt i)). Integendeel, zij vallen onder de groepsvrijstelling. Aangenomen wordt dat dergelijke beperkingen, ook als zij de mededinging inperken, tot aan de marktaandeeldrempel bevorderlijk zijn voor een concurrentiebevorderende verspreiding van de technologie en voor de integratie van die technologie in de productiemiddelen van de licentienemer. Dat een verkoopgebied of klantenkring aan een licentiegever is voorbehouden houdt niet in dat de licentiegever met de in licentie gegeven technologie daadwerkelijk in het desbetreffende gebied of voor de desbetreffende klantenkring produceert. Een verkoopgebied of klantenkring kan tevens aan de licentiegever zijn voorbehouden voor latere exploitatie.

101. Beperkingen op de passieve verkoop door licentienemers in een exclusief verkoopgebied of aan een exclusieve klantenkring die aan een andere licentienemer zijn toegevoegd vallen gedurende twee jaar vanaf de datum waarop de beschermde licentienemer de producten waarin de in licentie gegeven technologie is verwerkt voor het eerst in zijn exclusieve verkoopgebied of in zijn exclusieve klantenkring in de handel brengt, onder de groepsvrijstelling (zie artikel 4, lid 2, onder b), punt ii)). Licentienemers moeten vaak aanzienlijk investeren in productiemiddelen en promotieactiviteiten om een nieuw verkoopgebied te betreden en te ontwikkelen. De risico's voor een nieuwe licentienemer zijn derhalve meestal vrij groot, met name omdat de promotieuitgaven en de investeringen in productiemiddelen die vereist zijn om op grond van een bepaalde technologie te gaan produceren, vaak niet-recupereerbare kosten zijn, d.w.z. dat ze verloren zijn indien de licentienemer de markt verlaat. In dergelijke omstandigheden zouden de licentienemers waarschijnlijk de licentieovereenkomst niet sluiten zonder een bescherming gedurende een zekere periode tegen passieve (en actieve) verkoop in hun verkoopgebied door andere licentienemers. Daarom vallen beperkingen op de passieve verkoop in het exclusieve verkoopgebied van een licentienemer door andere licentienemers in de regel buiten de werkingssfeer van artikel 81, lid 1 gedurende een periode van twee jaar vanaf de datum waarop het product waarin de in licentie gegeven technologie is verwerkt, voor het eerst door de betrokken licentienemer op de markt is gebracht. Vallen deze beperkingen evenwel in individuele gevallen onder artikel 81, lid 1, dan is de groepsvrijstelling hierop van toepassing. Na het verstrijken van deze periode van twee jaar vallen beperkingen op de passieve verkoop tussen licentienemers onder de „hardcore”-beperkingen. Deze beperkingen vallen meestal onder het verbod van artikel 81, lid 1, zonder doorgaans aan de voorwaarden van artikel 81, lid 3, te voldoen. Met name zullen beperkingen op de passieve verkoop waarschijnlijk niet onmisbaar zijn voor het bereiken van de efficiëntieverbeteringen <sup>(46)</sup>.
102. Artikel 4, lid 2, onder b), punt iii), kent het voordeel van de groepsvrijstelling toe voor een beperking waarbij de licentienemer ertoe wordt verplicht producten waarin de in licentie gegeven technologie is verwerkt uitsluitend voor zijn eigen gebruik te produceren. Wanneer het contractproduct een bestanddeel is, kan de licentienemer aldus verplicht worden dat product uitsluitend te gebruiken voor verwerking in zijn eigen producten en kan hem een verbod worden opgelegd het te verkopen aan andere producenten. De licentienemer moet de producten echter wel actief en passief kunnen verkopen als reserveonderdelen voor zijn eigen producten en moet derhalve kunnen leveren aan derden die klantenservice verlenen met betrekking tot die producten. Beperkingen tot eigen gebruik worden ook besproken onder IV.2.5.
103. Evenals het geval is bij overeenkomsten tussen concurrenten (zie punt 93) is de groepsvrijstelling van toepassing op overeenkomsten waarbij de licentienemer wordt verplicht de contractproducten uitsluitend voor een specifieke afnemer te produceren om hem een alternatieve voorzieningsbron te bieden (zie artikel 4, lid 2, onder b), punt iv). Bij overeenkomsten tussen niet-concurrenten vallen dergelijke beperkingen meestal niet onder het verbod van artikel 81, lid 1.
104. Artikel 4, lid 2, onder b), punt v), kent het voordeel van de groepsvrijstelling toe voor een verplichting die aan de licentienemer wordt opgelegd om niet te verkopen aan eindgebruikers en dus alleen aan detailhandelaars te verkopen. Door een dergelijke verplichting kan de licentiegever de groothandelsdistributie toewijzen aan de licentienemer; deze verplichting valt normaliter buiten de werkingssfeer van artikel 81, lid 1 <sup>(47)</sup>.
105. Artikel 4, lid 2, onder b), punt vi), ten slotte kent het voordeel van de groepsvrijstelling toe voor een verbod dat aan de licentienemer wordt opgelegd om aan niet-erkende distributeurs te verkopen. Deze uitzondering maakt het de licentiegever mogelijk aan de licentienemers een verplichting op te leggen om deel uit te maken van een selectief distributiestelsel. In dat geval moet het de licentienemers volgens artikel 4, lid 2, onder c), evenwel vrij staan zowel actief als passief aan eindgebruikers te verkopen, onverminderd de mogelijkheid om de verkoop van de licentienemer te beperken tot het groothandelniveau, zoals bepaald in artikel 4, lid 2, onder b), punt v) (zie het vorige punt).
106. Er wordt aan herinnerd (zie punt 39) dat de groepsvrijstelling ook licentieovereenkomsten omvat waarbij de licentiegever verplichtingen vaststelt die de licentienemer aan zijn afnemers, met inbegrip van zijn distributeurs, moet of mag opleggen. Deze verplichtingen moeten evenwel in overeenstemming zijn met de mededingingsregels welke van toepassing zijn op leverings- en distributieovereenkomsten. Aangezien de GVTO zich beperkt tot overeenkomsten tussen twee partijen vallen overeenkomsten tussen de licentienemer en zijn afnemers waarin dergelijke verplichtingen zijn opgenomen niet onder de GVTO. Voor dergelijke overeenkomsten geldt een groepsvrijstelling indien zij voldoen aan Verordening EG nr. 2790/1999 (zie 2.5.2.).

## 5. Uitgesloten beperkingen

107. Artikel 5 van de GVTO vermeldt vier soorten beperkingen waarvoor de groepsvrijstelling niet geldt en waarvoor dus een individuele beoordeling van hun concurrentiebeperkende en concurrentiebevorderende effecten vereist is. Uit artikel 5 volgt dat het voorkomen in een licentieovereenkomst van een van de in dat artikel genoemde beperkingen niet aan de toepassing van de groepsvrijstelling op de rest van de overeenkomst in de weg staat. De groepsvrijstelling is alleen op de desbetreffende bepaling zelf niet van toepassing, hetgeen meebrengt dat een individuele beoordeling vereist is. De scheidbaarheidsregel is derhalve van toepassing op de in artikel 5 genoemde beperkingen.
108. Artikel 5, lid 1, bepaalt dat de groepsvrijstelling niet geldt voor de volgende drie verplichtingen:
- a) elke directe of indirecte verplichting van de licentienemer om aan de licentiegever of aan een door de licentiegever aangewezen derde een exclusieve licentie te verlenen op zijn eigen scheidbare verbeteringen aan of zijn eigen nieuwe toepassingen van de in licentie gegeven technologie;

- b) elke directe of indirecte verplichting van de licentienemer om aan de licentiegever of aan een door de licentiegever aangewezen derde geheel of gedeeltelijk de rechten op zijn eigen scheidbare verbeteringen aan of zijn eigen nieuwe toepassingen van de in licentie gegeven technologie over te dragen;
- c) elke directe of indirecte verplichting van de licentienemer om de geldigheid van intellectuele-eigendomsrechten die de licentiegever op de gemeenschappelijke markt bezit niet aan te vechten. De GVTO voorziet evenwel in de mogelijkheid voor de licentiegever de licentieovereenkomst te beëindigen indien de licentienemer de geldigheid van de in licentie gegeven technologie aanvecht.

Het doel van artikel 5, lid 1, onder a), b) en c), is te voorkomen dat een groepsvrijstelling wordt verleend voor overeenkomsten die voor licentienemers de prikkel tot innovatie verminderen.

109. Artikel 5, lid 1, onder a) en b), betreft exclusieve „grant back”-verplichtingen of overdrachten aan de licentiegever van scheidbare verbeteringen van de in licentie gegeven technologie. Een verbetering is scheidbaar wanneer zij kan worden geëxploiteerd zonder inbreuk te maken op de in licentie gegeven technologie. Een verplichting om de licentiegever een exclusieve licentie te verlenen op scheidbare verbeteringen van de in licentie gegeven technologie of om dergelijke verbeteringen aan hem over te dragen zal voor de licentienemer waarschijnlijk de prikkel tot innovatie verminderen, aangezien dit hem hindert bij de exploitatie van zijn verbeteringen, onder meer door ze in licentie te geven aan derden. Dit is zowel het geval wanneer de scheidbare verbetering dezelfde toepassing betreft als de in licentie gegeven technologie, als wanneer de licentienemer nieuwe toepassingen voor de in licentie gegeven technologie ontwikkelt. Krachtens artikel 5, lid 1, onder a) en b), geldt de groepsvrijstelling niet voor dergelijke verplichtingen. De groepsvrijstelling geldt daarentegen wel voor niet-exclusieve „grant back”-verplichtingen met betrekking tot scheidbare verbeteringen. Dit is zelfs het geval wanneer de „grant back”-verplichting niet wederkerig is, d.w.z. dat zij alleen geldt voor de licentienemer, en wanneer de licentiegever krachtens de overeenkomst gerechtigd is de scheidbare verbeteringen aan andere licentienemers door te geven. Een niet-wederkerige „grant back”-verplichting kan de innovatie en de verspreiding van nieuwe technologieën bevorderen doordat zij de licentiegever de mogelijkheid biedt vrij te bepalen of en in welke mate hij zijn eigen verbeteringen aan zijn licentienemers doorgeeft. Een doorgeefbeding kan eveneens de verspreiding van de technologie bevorderen omdat elke licentienemer bij het aangaan van de overeenkomst weet dat hij op gelijke voet staat met andere licentienemers met betrekking tot de technologie op basis waarvan hij produceert. Exclusieve „grant backs” en de verplichting om niet-scheidbare verbeteringen over te dragen houden geen beperking van de mededinging in in de zin van artikel 81, lid 1, omdat niet-scheidbare verbeteringen zonder toestemming van de licentiegever niet door de licentienemer kunnen worden geëxploiteerd.
110. De toepassing van artikel 5, lid 1, onder a) en b), hangt niet af van de vraag of de licentiegever al dan niet een vergoeding betaalt in ruil voor de verwerving van de

verbetering of voor het verkrijgen van een exclusieve licentie. Of er betaald wordt, en hoeveel, kan echter wel een relevante factor zijn in het kader van een individuele beoordeling op grond van artikel 81. Wanneer exclusieve „grant backs” plaatsvinden tegen betaling, is het minder waarschijnlijk dat de verplichting de licentienemer ontmoedigt om te innoveren. Bij de beoordeling van exclusieve „grant backs” buiten de werkingssfeer van de groepsvrijstelling is de marktpositie van de licentiegever op de technologiemarkt eveneens een relevante factor. Hoe sterker de positie van de licentiegever, hoe waarschijnlijker het is dat „grant back”-verplichtingen de concurrentie op het stuk van innovatie zullen beperken. Hoe sterker de positie van de technologie van de licentiegever, hoe waarschijnlijker het is dat de licentienemer een belangrijke bron van innovatie en toekomstige mededinging zal zijn. Voorts kan de negatieve invloed van „grant back”-verplichtingen toenemen in geval van parallelle netwerken van licentieovereenkomsten die dergelijke verplichtingen bevatten. Wanneer de beschikbare technologieën in handen zijn van een beperkt aantal licentiegevers die exclusieve „grant back”-verplichtingen opleggen aan de licentienemers, is het risico op concurrentieverstorende effecten groter dan wanneer er een aantal technologieën voorhanden zijn waarvan slechts enkele op exclusieve „grant back”-voorwaarden in licentie worden gegeven.

111. In het geval van wederzijdse licenties tussen concurrenten is het gevaar voor negatieve effecten op de innovatie groter wanneer een „grant back”-verplichting voor beide partijen gecombineerd wordt met een verplichting voor beide partijen om verbeteringen van de eigen technologie met de tegenpartij te delen. Het delen van alle verbeteringen onder concurrenten kan het beide onmogelijk maken een concurrentievoordeel op de ander te behalen (zie ook punt 208). Het is evenwel onwaarschijnlijk dat het de partijen onmogelijk wordt gemaakt om een concurrentievoordeel op de ander te behalen wanneer het doel van de licentie is hen in staat te stellen hun respectievelijke technologieën te ontwikkelen, en wanneer de licentie niet als gevolg heeft dat zij bij het ontwerp van hun producten van dezelfde technologische basis gebruik maken. Dit is het geval wanneer de licentie veeleer bedoeld is om vrijheid van ontwerp tot stand te brengen dan om de technologische basis van de licentienemer te verbeteren.
112. De in artikel 5, lid 1, onder c), genoemde uitgesloten beperking betreft niet-aanvechtingsbedingen, d.w.z. verplichtingen om de geldigheid van het intellectuele-eigendomsrecht van de licentiegever niet aan te vechten. De reden waarom dergelijke beperkingen van de werkingssfeer van de groepsvrijstelling worden uitgesloten, is het feit dat licentienemers normaliter in de beste positie verkeren om te beoordelen of een intellectuele eigendomsrecht al dan niet ongeldig is. In het belang van een onvervalste mededinging en in overeenstemming met de beginselen die aan de bescherming van intellectuele eigendom ten grondslag liggen, dienen ongeldige intellectuele-eigendomsrechten te worden geëlimineerd. Ongeldige intellectuele eigendom remt de innovatie, veeleer dan die te bevorderen. Artikel 81, lid 1, is bijna steeds van toepassing op niet-aanvechtingsbedingen wanneer de in licentie gegeven technologie waardevol is en derhalve een concurrentienadeel in het leven roept voor onder-

nemingen die er geen gebruik van kunnen maken of die er alleen tegen betaling van royalty's gebruik van kunnen maken<sup>(48)</sup>. In dergelijke gevallen zal waarschijnlijk niet voldaan zijn aan de voorwaarden van artikel 81, lid 3<sup>(49)</sup>. De Commissie staat echter positief tegenover niet-aanvechttingsbedingen met betrekking tot knowhow waarbij het, wanneer de in licentie gegeven knowhow eenmaal bekend is gemaakt, doorgaans onmogelijk of zeer moeilijk is om de in licentie gegeven knowhow te recupereren. In dergelijke gevallen bevordert een aan de licentienemer opgelegde verplichting om de in licentie gegeven knowhow niet aan te verspreiden de verspreiding van nieuwe technologie, met name doordat zwakkere licentiegevers in staat worden gesteld sterkere licentienemers licenties te verlenen zonder dat zij het risico lopen dat de knowhow wordt aangevochten wanneer deze eenmaal door de licentienemer is geabsorbeerd.

113. De GVTO dekt de mogelijkheid voor de licentiegever om de licentieovereenkomst te beëindigen wanneer de in licentie gegeven technologie wordt aangevochten. De licentiegever is derhalve niet verplicht zaken te blijven doen met een licentienemer die het voorwerp zelf van de licentieovereenkomst aanvecht, hetgeen meebrengt dat elk verder gebruik van de aangevochten technologie door de licentienemer na de beëindiging van de overeenkomst op diens eigen risico gebeurt. Artikel 5, lid 1, onder c), zorgt er evenwel voor dat de GVTO niet van toepassing is op contractuele bepalingen die de licentienemer verbieden de in licentie gegeven technologie aan te vechten, waardoor de licentiegever de licentienemer wegens contractbreuk zou kunnen vervolgen, hetgeen een extra ontmoedigende factor voor de licentienemer zou zijn om de geldigheid van de technologie van de licentiegever aan te vechten. Deze bepaling zorgt er dus voor dat de licentienemer zich in dezelfde positie bevindt als derden.
114. Artikel 5, lid 2, sluit, ingeval van overeenkomsten tussen niet-concurrenten, elke directe of indirecte verplichting die de mogelijkheden van de licentienemer om zijn eigen technologie te exploiteren of de mogelijkheden van de partijen bij de overeenkomst om onderzoek en ontwikkeling te verrichten beperkt van de toepassing van de groepsvrijstelling uit, tenzij die laatste beperking noodzakelijk is om te voorkomen dat de in licentie gegeven knowhow aan derden wordt bekendgemaakt. Het voorwerp van deze voorwaarde is identiek met dat van artikel 4, lid 1, onder d), van de „hardcore”-lijst betreffende overeenkomsten tussen concurrenten, welke bepaling in de punten 94 en 95 is besproken. Bij overeenkomsten tussen niet-concurrenten mag evenwel niet worden aangenomen dat dergelijke beperkingen over het algemeen negatieve effecten hebben voor de mededinging of dat in het algemeen aan de voorwaarden van artikel 81, lid 3, niet is voldaan<sup>(50)</sup>. Een individuele beoordeling is vereist.
115. Bij overeenkomsten tussen niet-concurrenten bezit de licentienemer doorgaans geen concurrerende technologie. Er kunnen echter gevallen zijn waarin de partijen voor de toepassing van de groepsvrijstelling als niet-concurrenten worden beschouwd terwijl de licentienemer toch een concurrerende technologie bezit. Dit is het geval wanneer de licentienemer een technologie bezit maar deze niet in licentie geeft en de licentiegever geen daadwerkelijke of potentiële concurrent is op de productmarkt. Voor de toepassing van de groepsvrijstelling zijn de partijen in dat geval noch op de technologiemarkt noch op de productmarkt concurrenten<sup>(51)</sup>. In dergelijke gevallen is het van belang ervoor te zorgen dat de licentienemer niet wordt beperkt in zijn mogelijkheden om zijn eigen technologie te exploiteren en verder te ontwikkelen. Die technologie zorgt voor concurrentiedruk op de markt, die in stand moet worden gehouden. In een dergelijk geval worden beperkingen op de exploitatie van zijn eigen technologie door de licentienemer of op onderzoek en ontwikkeling doorgaans geacht de concurrentie te beperken en niet te voldoen aan de voorwaarden van artikel 81, lid 3. Bijvoorbeeld, een aan de licentienemer opgelegde verplichting om niet alleen royalty's te betalen op basis van de door hem met de in licentie gegeven technologie geproduceerde producten maar ook op basis van de producten die hij met zijn eigen technologie produceert, zal in de regel de mogelijkheden van de licentienemer om zijn eigen technologie te exploiteren, beperken en is dan ook van het toepassingsgebied van de groepsvrijstelling uitgesloten.
116. In gevallen waarin de licentienemer geen concurrerende technologie bezit en niet reeds bezig is met de ontwikkeling van een dergelijke technologie, kan het beperken van de mogelijkheden van de partijen tot het verrichten van onafhankelijk onderzoek en ontwikkeling concurrentiebeperkend zijn wanneer er slechts enkele technologieën beschikbaar zijn. In dat geval kunnen de partijen een belangrijke (potentiële) bron van innovatie zijn op de markt. Dit is inzonderheid het geval wanneer de partijen over de nodige productiemiddelen en vaardigheden beschikken om verder onderzoek en ontwikkeling te verrichten. In dat geval is het onwaarschijnlijk dat aan de voorwaarden van artikel 81, lid 3, is voldaan. In andere gevallen, waarin er meer technologieën beschikbaar zijn en waarin de partijen geen bijzondere productiemiddelen of vaardigheden bezitten, zal een beperking op onderzoek en ontwikkeling waarschijnlijk ofwel buiten de toepassing van artikel 81, lid 1, vallen omdat zij geen merkbare concurrentiebeperkende effecten heeft, ofwel voldoen aan de voorwaarden van artikel 81, lid 3. De beperking kan de verspreiding van nieuwe technologie bevorderen doordat zij de licentiegever garandeert dat de licentie geen nieuwe concurrent in het leven roept en doordat de licentienemer wordt aangespoord zich te concentreren op de exploitatie en ontwikkeling van de in licentie gegeven technologie. Bovendien is artikel 81, lid 1, alleen van toepassing wanneer de overeenkomst de prikkel voor de licentienemer om zijn eigen technologie te verbeteren en te exploiteren, vermindert. Dit geldt bijvoorbeeld doorgaans niet indien de licentiegever het recht heeft de licentieovereenkomst te beëindigen wanneer de licentienemer op basis van zijn eigen concurrerende technologie begint te produceren. Dit recht tast de prikkel voor de licentienemer om te innoveren niet aan, omdat de overeenkomst alleen kan worden beëindigd wanneer een commercieel levensvatbare technologie is ontwikkeld en de op basis daarvan vervaardigde producten klaar zijn om in de handel te worden gebracht.



## 6. Intrekking en niet-toepassing van de groepsvrijstellingsverordening

### 6.1. Intrekkingprocedure

117. Krachtens artikel 6 van de GVTO kunnen de Commissie en de mededingingsautoriteiten van de lidstaten het voordeel van de groepsvrijstelling intrekken ten aanzien van individuele overeenkomsten die niet voldoen aan de voorwaarden van artikel 81, lid 3. De bevoegdheid van de mededingingsautoriteiten van de lidstaten om het voordeel van de groepsvrijstelling in te trekken is beperkt tot gevallen waarin de relevante geografische markt niet ruimer is dan het grondgebied van de betrokken lidstaat.

118. De vier voorwaarden van artikel 81, lid 3, gelden cumulatief en moeten alle vier vervuld zijn voor de toepassing van de vrijstelling<sup>(52)</sup>. De groepsvrijstelling kan dan ook worden ingetrokken wanneer een bepaalde overeenkomst niet voldoet aan een of meer van de vier voorwaarden.

119. Wanneer de intrekkingprocedure wordt toegepast, rust op de intrekking autoriteit de last om te bewijzen dat de overeenkomst onder de toepassing van artikel 81, lid 1, valt en niet aan alle vier de voorwaarden van artikel 81, lid 3, voldoet. Aangezien de intrekking impliceert dat de overeenkomst de mededinging beperkt in de zin van artikel 81, lid 1, en niet aan de voorwaarden van artikel 81, lid 3, voldoet, gaat de intrekking noodzakelijkerwijs gepaard met een negatieve beschikking op basis van de artikelen 5, 7 of 9 van Verordening (EG) nr. 1/2003.

120. Krachtens artikel 6 kan intrekking met name plaatsvinden in de volgende omstandigheden:

- 1) wanneer technologieën van derden de toegang tot de markt bemoeilijken, bijvoorbeeld door het cumulatieve effect van parallelle netwerken van gelijksoortige beperkende overeenkomsten die de licentienemers het gebruik van technologieën van derden verbieden;
- 2) wanneer de toegang van potentiële licentienemers tot de markt wordt beperkt, bijvoorbeeld door het cumulatieve effect van parallelle netwerken van gelijksoortige beperkende overeenkomsten die de licentiegevers verbieden om licenties te verlenen aan andere licentienemers;
- 3) wanneer de partijen zonder enige objectieve, geldige reden de in licentie gegeven technologie niet exploiteren.

121. De artikelen 4 en 5 van de GVTO, die respectievelijk een lijst bevatten van „hardcore”-beperkingen van de mededinging en uitgesloten beperkingen, beogen te garanderen dat overeenkomsten waarvoor de groepsvrijstelling geldt de prikkel tot innovatie niet verminderen, de verspreiding van technologie niet vertragen en de mededinging tussen licentiegever en licentienemer of tussen licentienemers onderling niet onnodig beperken. De lijsten met „hardcore”-beperkingen en uitgesloten beperkingen houden

echter geen rekening met alle mogelijke gevolgen van licentieovereenkomsten. Met name houdt de groepsvrijstelling geen rekening met enig cumulatief effect van gelijksoortige beperkingen in netwerken van licentieovereenkomsten. Licentieovereenkomsten kunnen leiden tot de uitsluiting van derden, zowel op het niveau van de licentiegever als van de licentienemer. De uitsluiting van andere licentiegevers kan het gevolg zijn van het cumulatieve effect van netwerken van licentieovereenkomsten die de licentienemers verbieden om concurrerende technologieën te exploiteren, hetgeen leidt tot de uitsluiting van andere (potentiële) licentiegevers. De kans op een dergelijke marktafscherming is groot wanneer de meeste ondernemingen op de markt die (met succes) een concurrerende licentie zouden kunnen nemen, daarvan worden weerhouden door beperkende overeenkomsten en wanneer voor potentiële licentienemers de drempel om de markt te betreden vrij hoog is. De uitsluiting van andere licentienemers kan het gevolg zijn van het cumulatieve effect van licentieovereenkomsten die de licentiegevers verbieden licentie te verlenen aan andere licentienemers, waardoor potentiële licentienemers de toegang tot de noodzakelijke technologie wordt ontzegd. Het vraagstuk van marktafscherming wordt grondiger behandeld onder IV.2.7. Bovendien zal de Commissie doorgaans het voordeel van de groepsvrijstelling intrekken wanneer een aanzienlijk aantal licentiegevers van concurrerende technologieën hun licentienemers in individuele overeenkomsten verplichten de gunstigere voorwaarden die zij met andere licentiegevers zijn overeengekomen tot hen uit te breiden.

122. De Commissie zal het voordeel van de groepsvrijstelling waarschijnlijk ook intrekken wanneer de partijen nalaten de in licentie gegeven technologie te exploiteren, tenzij zij daarvoor een objectieve reden hebben. Wanneer de partijen de in licentie gegeven technologie niet exploiteren, vindt er immers geen concurrentiebevorderende activiteit plaats, in welk geval de wezenlijke reden voor de toekenning van de groepsvrijstelling verdwijnt. Exploitatie behoeft evenwel niet de vorm van een integratie van productiemiddelen aan te nemen. Exploitatie vindt ook plaats wanneer de licentie de licentienemer vrijheid van ontwerp toekent door hem in staat te stellen zijn eigen technologie te exploiteren zonder het risico van inbreukvorderingen door de licentiegever. Bij licenties tussen concurrenten kan het feit dat de partijen de in licentie gegeven technologie niet exploiteren een aanwijzing zijn dat de regeling een vermoed kartel is. Daarom zal de Commissie gevallen van niet-exploitatie zeer grondig onderzoeken.

### 6.2. Buitentoe passingverklaring van de groepsvrijstellingsverordening

123. Artikel 7 van de GVTO biedt de Commissie de mogelijkheid om bij verordening parallelle netwerken van gelijksoortige overeenkomsten die meer dan 50 % van een relevante markt bestrijken, uit te sluiten van de werksfeer van de GVTO. Een dergelijke maatregel is niet gericht tot individuele ondernemingen, maar geldt voor alle ondernemingen die betrokken zijn bij overeenkomsten van het type zoals omschreven in de verordening waarbij de GVTO buiten toepassing wordt verklaard.

124. Terwijl de intrekking van het voordeel van de GVTO door de Commissie op grond van artikel 6 meebrengt dat een beschikking op grond van de artikelen 7 of 9 van Verordening (EG) nr. 1/2003 moet worden genomen, heeft een buitentoepassingverklaring door de Commissie op grond van artikel 7 van de GVTO uitsluitend ten gevolge dat ten aanzien van de betrokken beperkingen en markten het voordeel van de toepassing van de GVTO wegvalt en dat artikel 81, lid 1 en lid 3, opnieuw onverkort van toepassing worden. Na de vaststelling van een verordening waarbij de GVTO voor een bepaalde markt buiten toepassing wordt verklaard ten aanzien van overeenkomsten waarin bepaalde beperkingen zijn opgenomen, moet worden teruggegrepen op de criteria die zijn ontwikkeld in de desbetreffende jurisprudentie van de Europese rechterlijke instanties en in de mededelingen en eerdere beschikkingen van de Commissie, als richtsnoer voor de toepassing van artikel 81 op individuele overeenkomsten. Indien nodig zal de Commissie een beschikking geven in een individuele zaak, aan de hand waarvan alle ondernemingen die op de betrokken markt werkzaam zijn kunnen weten waar ze aan toe zijn.
125. Bij de berekening van de marktdekkingsgraad van 50 % moet rekening worden gehouden met elk individueel netwerk van licentieovereenkomsten die beperkingen of combinaties van beperkingen bevatten welke soortgelijke effecten hebben op de markt.
126. Artikel 7 houdt voor de Commissie niet de verplichting in om op te treden wanneer de 50 % marktdekkingsgraad is overschreden. In het algemeen is buitentoepassingverklaring van de GVTO passend wanneer het waarschijnlijk is dat de toegang tot de relevante markt of de mededinging daarop merkbaar wordt beperkt. Bij het afwegen van de wenselijkheid om artikel 7 toe te passen zal de Commissie nagaan of een individuele intrekking eventueel een meer geschikte oplossing zou zijn. Dit kan met name afhangen van het aantal concurrerende ondernemingen dat bijdraagt aan het cumulatieve effect op de markt of van het aantal geografische markten binnen de Gemeenschap waarop de gevolgen zich doen gevoelen.
127. Elke verordening die krachtens artikel 7 wordt vastgesteld, moet duidelijk haar reikwijdte omschrijven. Dit betekent in de eerste plaats dat de Commissie de relevante product- en geografische markt(en) moet omschrijven en in de tweede plaats dat zij moet aangeven voor welk type licentiebeperkingen de GVTO niet langer van toepassing zal zijn. Wat dit laatste aspect betreft, kan de Commissie de werkingssfeer van haar verordening aanpassen naargelang van het concurrentieprobleem dat zij wil aanpakken. Wanneer bijvoorbeeld alle parallelle netwerken van niet-concurrentieafspraken in aanmerking worden genomen voor de vaststelling van de 50 % marktdekkingsgraad, kan de Commissie toch de reikwijdte van de verordening tot buitentoepassingverklaring beperken tot niet-concurrentiebedingen van meer dan een bepaalde duur. Zo kunnen overeenkomsten van kortere duur of van minder beperkende aard ongemoeid worden gelaten wegens de geringere mate van marktafscherming die zij teweegbrengen. Eventueel kan de Commissie ook aangeven welk marktaandeelniveau in de specifieke marktcontext kan worden beschouwd als te gering om te kunnen spreken van een significante bijdrage van een individuele onderneming tot het cumulatieve effect. Wanneer het marktaandeel van de producten waarin de technologie van een individuele licentiegever is verwerkt niet groter is dan 5 %, wordt de overeenkomst of het netwerk van overeenkomsten die betrekking hebben op die technologie in het algemeen niet geacht in aanzienlijke mate bij te dragen tot een cumulatief marktafschermingseffect<sup>(53)</sup>.
128. De overgangsperiode van niet minder dan zes maanden die de Commissie krachtens artikel 7, lid 2, moet vaststellen, is bedoeld om de betrokken ondernemingen in staat te stellen hun overeenkomsten aan te passen om rekening te houden met de verordening waarbij de GVTO buiten toepassing wordt verklaard.
129. Een verordening waarbij de GVTO buiten toepassing wordt verklaard, laat de geldigheid van de groepsvrijstelling voor de betrokken overeenkomsten in de periode die voorafgaat aan haar inwerkingtreding, onverlet.

#### IV. DE TOEPASSING VAN ARTIKEL 81, LEDEN 1 EN 3, BUITEN HET TOEPASSINGSGBIED VAN DE GROEPSVRIJSTELLINGSVERORDENING

##### 1. Het algemene kader van de analyse

130. Overeenkomsten die buiten de toepassing van de groepsvrijstelling vallen, bijvoorbeeld omdat de marktaandreedrempels zijn overschreden of omdat er meer dan twee partijen bij de overeenkomst betrokken zijn, worden individueel getoetst. Overeenkomsten die de mededinging niet beperken in de zin van artikel 81, lid 1, of die voldoen aan de voorwaarden van artikel 81, lid 3, zijn geldig en afdwingbaar. Er wordt op gewezen dat er geen vermoeden van onwettigheid bestaat ten aanzien van overeenkomsten die buiten de werkingssfeer van de groepsvrijstelling vallen, voorzover zij geen „hardcore”-beperkingen van de mededinging bevatten. Met name is er geen vermoeden dat artikel 81, lid 1 van toepassing is op grond van het loutere feit dat de marktaandreedrempels zijn overschreden. Een individuele toetsing, op basis van de in deze richtsnoeren beschreven beginselen is vereist.
131. Om, afgezien van de toepassing van de GVTO, de voorspelbaarheid te bevorderen en uitvoerig onderzoek te beperken tot gevallen die waarschijnlijk aanleiding geven tot reële mededingingsbezwaren, is de Commissie van mening dat, de „hardcore”-beperkingen buiten beschouwing gelaten, inbreuk op artikel 81 onwaarschijnlijk is indien er, naast de technologieën die onder het gezag staan van de partijen bij de overeenkomst, vier of meer onafhankelijke technologieën zijn die de in licentie gegeven technologie tegen vergelijkbare kosten voor de gebruiker, kunnen vervangen. Wanneer wordt beoordeeld of de technologieën voldoende substitueerbaar zijn moet het relatieve commerciële gewicht van de betrokken technologieën in aanmerking worden genomen. De concurrentiedruk die van een technologie uitgaat is beperkt indien deze technologie geen commercieel levensvatbaar alternatief voor de in licentie gegeven technologie vormt. Indien consumenten bijvoorbeeld als gevolg van netwerk-effecten op de markt, een sterke voorkeur hebben voor producten waarin de in licentie gegeven technologie is

verwerkt, is het mogelijk dat andere technologieën die reeds op de markt zijn of waarschijnlijk binnen een redelijke termijn op de markt komen, geen daadwerkelijk alternatief vormen en derhalve slechts een beperkte concurrentiedruk uitoefenen. Het feit dat een overeenkomst buiten de in dit punt beschreven veilige haven valt houdt niet in dat de overeenkomst onder het verbod van artikel 81, lid 1 valt en, indien dit geval is, dat niet aan de voorwaarden van artikel 81, lid 3 is voldaan. Deze bijkomende veilige haven doet slechts een negatief vermoeden ontstaan dat de overeenkomst niet onder het verbod van artikel 81 valt, zoals dat ook geldt voor de door de GVTO met behulp van het marktaandeel geboden veilige haven. Buiten de veilige haven is de afzonderlijke beoordeling van de overeenkomst op basis van de in deze richtsnoeren ontwikkelde beginselen noodzakelijk.

### 1.1. Relevante factoren

132. Bij de toepassing van artikel 81, lid 1, op individuele gevallen moet rekening worden gehouden met de wijze waarop de mededinging op de betrokken markt functioneert. In dat verband zijn met name de volgende factoren relevant:

- a) de aard van de overeenkomst;
- b) de marktpositie van de partijen;
- c) de marktpositie van de concurrenten;
- d) de marktpositie van de afnemers van de in licentie vervaardigde producten;
- e) belemmeringen voor het betreden van de markt;
- f) de rijpheid van de markt; en
- g) andere factoren.

Het belang van elke factor afzonderlijk kan van geval tot geval verschillen en hangt af van alle andere factoren. Zo is bijvoorbeeld een groot marktaandeel van de partijen doorgaans een goede maatstaf voor hun marktmacht, maar indien er weinig belemmeringen zijn om de markt te betreden is het wellicht geen aanwijzing voor het bestaan van marktmacht. Er kunnen dan ook geen vaste regels worden gegeven voor het belang van de factoren afzonderlijk.

133. Overeenkomsten inzake technologieoverdracht kunnen vele vormen aannemen. Het is dan ook van belang de *aard van de overeenkomst*, voor wat betreft de concurrentieverhouding tussen de partijen en de beperkingen die deze meebrengt, te onderzoeken. Daarbij mag men, voor wat de beperkingen betreft, zich niet beperken tot het onderzoek van de uitdrukkelijke bewoordingen van de overeenkomst. Het bestaan van impliciete beperkingen kan worden afgeleid uit de manier waarop de overeenkomst door de partijen is toegepast en uit de prikkels die er op hen worden uitgeoefend.

134. De *marktpositie van de partijen* geeft een aanwijzing voor de mate van marktmacht die de licentiegever, de licentie-

nemer of beiden eventueel bezitten. Hoe groter het marktaandeel, hoe groter de marktmacht wellicht zal zijn. Dit is met name het geval wanneer het marktaandeel een gevolg is van kostenvoordelen of andere concurrentievoordelen ten opzichte van de concurrenten. Deze concurrentievoordelen kunnen bijvoorbeeld voortvloeien uit het feit dat men de eerste speler is op een markt, uit het bezit van essentiële octrooien of uit het feit dat men beschikt over een superieure technologie.

135. Bij het analyseren van de concurrentieverhouding tussen de partijen is het soms nodig verder te gaan dan de analyse die is beschreven onder II.3 betreffende de omschrijving van de markt en onder II.4 betreffende het onderscheid tussen concurrenten en niet-concurrenten. Zelfs indien de licentiegever geen daadwerkelijke of potentiële leverancier is op de productmarkt en de licentienemer geen daadwerkelijke of potentiële concurrent is op de technologiemarkt, is het voor de analyse relevant of de licentienemer een concurrerende technologie bezit die niet in licentie wordt gegeven. Indien de licentienemer een sterke positie bekleedt op de productmarkt, kan een overeenkomst waarbij hem een exclusieve licentie op een concurrerende technologie wordt verleend de mededinging in aanzienlijke mate beperken in vergelijking met een situatie waarin de licentiegever geen exclusieve licentie verleent of een licentie verleent aan andere ondernemingen.

136. Marktaandelen en mogelijke concurrentievoordelen en -nadelen worden eveneens gebruikt om de *marktpositie van de concurrenten* te bepalen. Hoe sterker en hoe talrijker de daadwerkelijke concurrenten zijn, hoe kleiner het risico dat de partijen individueel in staat zullen zijn marktmacht uit te oefenen. Indien het aantal concurrenten echter vrij klein is en hun marktpositie (omvang, kosten, O&O-potentieel, enz.) gelijkwaardig is, kan deze marktstructuur het risico op collusie vergroten.

137. De *marktpositie van de afnemers* geeft een indicatie of een of meer afnemers al dan niet beschikken over kopersmacht. De belangrijkste maatstaf voor kopersmacht is het marktaandeel van de afnemer op de kopersmarkt. Dit aandeel geeft aan hoe belangrijk zijn vraag is voor potentiële leveranciers. Andere aanwijzingen hebben te maken met de positie van de afnemer op zijn wederverkoopmarkt, waarbij kenmerken zoals een ruime geografische spreiding van zijn verkooppunten en zijn merk-imago bij de eindgebruikers een rol spelen. In bepaalde omstandigheden kan kopersmacht voorkomen dat de licentiegever en/of de licentienemer marktmacht uitoefenen; zo kan kopersmacht soms een concurrentieprobleem oplossen dat anders zou zijn ontstaan. Dit is met name het geval wanneer sterke afnemers de capaciteit en de prikkels hebben om nieuwe bevoorradingsbronnen op de markt te brengen bij een kleine maar duurzame stijging van de betrokken prijzen. Wanneer de sterke afnemers zich ertoe beperken gunstige voorwaarden van de leveranciers te verkrijgen of alle prijsstijgingen aan hun klanten door te geven, is de positie van de afnemers niet van dien aard dat zij de uitoefening van marktmacht door de licentienemer op de productmarkt verhindert en lost zij derhalve het concurrentieprobleem op die markt niet op <sup>(54)</sup>.

138. *Belemmeringen voor het betreden van de markt* worden afgenomen aan de mate waarin gevestigde ondernemingen hun prijs boven het concurrerende niveau kunnen verhogen zonder nieuwkomers op de markt aan te trekken. Indien er geen belemmeringen zijn voor het betreden van de markt, zou een gemakkelijke en snelle toetreding tot de markt prijsverhogingen onrendabel maken. Wanneer het waarschijnlijk is dat daadwerkelijk binnen een of twee jaar nieuwkomers hun intrede maken op de markt — hetgeen de uitoefening van marktmacht zou voorkomen of bemoeilijken — kan worden gesteld dat de toetredingsdrempels over het algemeen laag zullen zijn. De toetredingsdrempels kunnen het gevolg zijn van een hele reeks factoren, zoals schaalvoordelen en meerproductvoordelen, overheidsvoorschriften, met name wanneer die exclusieve rechten in het leven roepen, overheidssteun, invoertarieven, intellectuele-eigendomsrechten, het bezit van grondstoffen wanneer de voorraden bijvoorbeeld wegens natuurlijke beperkingen gelimiteerd zijn, het beschikken over essentiële faciliteiten, het voordeel om de eerste speler op een markt te zijn geweest of merktrouw van de consumenten die is opgebouwd door langdurige en uitgebreide reclame. Beperkende overeenkomsten tussen ondernemingen kunnen eveneens leiden tot een toetredingsdrempel, doordat zij de toegang bemoeilijken en (potentiële) concurrenten uitsluiten. Toetredingsdrempels kunnen zich voordoen in alle stadia van onderzoek en ontwikkeling, productie en distributie. Of sommige van de genoemde factoren dienen te worden beschouwd als toetredingsdrempels, hangt vooral af van de vraag of zij niet-recupereerbare kosten met zich brengen. Niet-recupereerbare kosten zijn kosten die moeten worden gemaakt om de markt te betreden of er actief op te zijn maar die niet kunnen worden gerecupereerd wanneer men de markt verlaat. Hoe groter de niet-recupereerbare kosten, hoe ernstiger potentiële nieuwkomers de risico's van het betreden van de markt moeten afwegen en hoe geloofwaardiger de gevestigde ondernemingen kunnen dreigen dat zij nieuwe concurrentie zullen bestrijden, aangezien de niet-recupereerbare kosten het voor de gevestigde ondernemingen duur maken om de markt te verlaten. In het algemeen zijn niet-recupereerbare kosten noodzakelijk bij het betreden van de markt, soms in mindere, soms in meerdere mate. Daarom is daadwerkelijke concurrentie in het algemeen doeltreffender en zal zij bij de beoordeling meer gewicht in de schaal leggen dan potentiële concurrentie.
139. Een *rijpe markt* is een markt die al enige tijd bestaat, waarop de gebruikte technologie algemeen bekend en wijdverspreid is en niet sterk verandert en waarop de vraag vrij stabiel is of terugloopt. Op een dergelijke markt is het waarschijnlijker dat beperkingen van de mededinging negatieve effecten hebben dan op meer dynamische markten.
140. Bij de beoordeling van sommige beperkingen moeten wellicht *andere factoren* in aanmerking worden genomen, zoals cumulatieve effecten, d.w.z. de dekking van de markt door gelijksoortige overeenkomsten, de looptijd van de overeenkomsten, het regelgevingskader en gedragingen die wijzen op collusie of deze kunnen vergemakkelijken, zoals prijsleiderschap, vooraf aangekondigde prijsstijgingen en overleg over de „juiste” prijs, prijsstarheid als reactie op overcapaciteit, prijsdiscriminatie en het bestaan van collusie in het verleden.
- 1.2. Negatieve effecten van beperkende licentieovereenkomsten**
141. De negatieve effecten voor de mededinging op de markt die kunnen voortvloeien uit beperkende overeenkomsten inzake technologieoverdracht, omvatten:
- 1) vermindering van de intertechnologieconcurrentie tussen de ondernemingen die actief zijn op een technologiemarkt of op een markt van producten waarin de betrokken technologieën zijn verwerkt, met inbegrip van het vergemakkelijken van collusie, zowel uitdrukkelijk als stilzwijgend;
  - 2) uitsluiting van concurrenten door het verhogen van hun kosten, het beperken van hun toegang tot essentiële inputs of het op andere wijze verhogen van de toetredingsdrempels; en
  - 3) vermindering van de intratechnologieconcurrentie tussen ondernemingen die producten vervaardigen op basis van dezelfde technologie.
142. Overeenkomsten inzake technologieoverdracht kunnen de intertechnologieconcurrentie verminderen, d.w.z. de concurrentie tussen ondernemingen die licenties verlenen of produceren op basis van verwisselbare technologieën. Dit is met name het geval wanneer wederkerige verplichtingen worden opgelegd. Wanneer bijvoorbeeld concurrenten concurrerende technologieën aan elkaar overdragen en daarbij wederzijds de verplichting opleggen elkaar toekomstige verbeteringen van hun respectievelijke technologieën ter beschikking te stellen, en deze overeenkomst ertoe leidt dat geen van beide concurrenten een technologische voorsprong op de ander kan behalen, wordt de concurrentie op het stuk van innovatie tussen de partijen beperkt (zie ook punt 208).
143. Licenties tussen concurrenten kunnen tevens collusie vergemakkelijken. De kans op collusie is met name groot in geconcentreerde markten. Voor collusie moeten de betrokken ondernemingen dezelfde kijk hebben op wat hun gemeenschappelijk belang is en hoe de coördinatie-mechanismen functioneren. Wil collusie succes hebben, dan moeten de ondernemingen ook in staat zijn elkaars marktgedrag te controleren en dienen er doeltreffende afschrikingsmechanismen te zijn om afwijkingen van de gemeenschappelijke gedragslijn op de markt te ontmoedigen, terwijl de toetredingsdrempels hoog genoeg moeten zijn om de toegang of expansie van derden te beperken. Overeenkomsten kunnen collusie vergemakkelijken door de transparantie op de markt te vergroten, bepaald gedrag te controleren en de toetredingsdrempels te verhogen. Collusie kan voorts in uitzonderlijke gevallen worden vergemakkelijkt door licentieovereenkomsten die leiden tot een hoge mate van gemeenschappelijke kosten, omdat ondernemingen die vergelijkbare kosten hebben waarschijnlijk ook soortgelijke ideeën hebben over de wijze waarop coördinatie moet worden aangepakt <sup>(55)</sup>.

144. Licentieovereenkomsten kunnen de intertechnologieconcurrentie ook negatief beïnvloeden door het opwerpen van belemmeringen voor het betreden van de markt en voor de groeiomgankelijkheden van concurrenten. Dergelijke marktafschermingseffecten kunnen voortvloeien uit beperkingen die de licentienemers beletten om licenties te nemen bij derden of die hen ontmoedigen om dat te doen. Derden kunnen bijvoorbeeld worden uitgesloten wanneer gevestigde licentiegevers aan de licentienemers niet-concurrentiebedingen opleggen die zo ver gaan dat er voor derden een ontoereikend aantal licentienemers overblijft en wanneer het betreden van de markt op het niveau van de licentienemers moeilijk is. Leveranciers van concurrerende technologieën kunnen voorts worden uitgesloten wanneer een licentiegever met een voldoende mate van marktmacht verschillende bestanddelen van een technologie samenvoegt en deze als een pakket in licentie geeft, terwijl slechts een deel van het pakket noodzakelijk is voor de vervaardiging van een bepaald product.
145. Licentieovereenkomsten kunnen ook de intratechnologieconcurrentie beperken, d.w.z. de concurrentie tussen ondernemingen die produceren op basis van dezelfde technologie. Een overeenkomst die aan de licentienemers territoriale beperkingen oplegt en hen verbiedt om in elkaars gebied te verkopen, vermindert de onderlinge concurrentie tussen hen. Licentieovereenkomsten kunnen voorts de intratechnologieconcurrentie beperken door collusie tussen licentienemers te vergemakkelijken. Daarenboven kunnen licentieovereenkomsten die de intratechnologieconcurrentie verminderen collusie tussen de bezitters van concurrerende technologieën vergemakkelijken of de intertechnologieconcurrentie verminderen door het opwerpen van belemmeringen voor het betreden van de markt.
- 1.3. Positieve effecten van beperkende licentieovereenkomsten en het toetsingskader voor de analyse van dergelijke effecten**
146. Zelfs beperkende licentieovereenkomsten hebben meestal ook concurrentiebevorderende effecten in de vorm van efficiëntieverbeteringen die mogelijk opwegen tegen de concurrentieverstorende effecten. Deze afweging vindt plaats in het kader van artikel 81, lid 3, dat voorziet in een uitzondering op het verbod van artikel 81, lid 1. Om voor deze uitzondering in aanmerking te komen moet de licentieovereenkomst objectieve economische voordelen opleveren, moeten de beperkingen van de mededinging onmisbaar zijn om die efficiëntieverbeteringen te bereiken, moet een billijk aandeel in de efficiëntieverbeteringen de gebruikers ten goede komen en mag de overeenkomst de partijen niet de mogelijkheid geven voor een wezenlijk deel van de betrokken producten de mededinging uit te schakelen.
147. De toetsing van beperkende overeenkomsten aan artikel 81, lid 3, vindt plaats in samenhang met de feitelijke omstandigheden waarin zij zich afspelen<sup>(56)</sup>, en op basis van de op een bepaald tijdstip bestaande feiten. Deze toets is gevoelig voor substantiële veranderingen in de feiten. De uitzonderingsregeling van artikel 81, lid 3, is van toepassing zolang voldaan is aan de vier voorwaarden, en houdt op van toepassing te zijn wanneer zulks niet langer het geval is<sup>(57)</sup>. Bij de toepassing van artikel 81, lid 3, overeenkomstig deze beginselen is het evenwel noodzakelijk rekening te houden met de initiële niet-recupereerbare investeringen die de partijen hebben gedaan, evenals met de tijd die nodig is en de beperkingen die vereist zijn om een efficiëntieverbeterende investering vast te leggen en terug te verdienen. Artikel 81 kan niet worden toegepast zonder rekening te houden met een dergelijke voorafgaande investering en de risico's die daarmee verband houden. Het risico dat de partijen nemen en de niet-recupereerbare investering die moet worden vastgelegd om de overeenkomst ten uitvoer te leggen, kunnen er bijgevolg toe leiden dat de overeenkomst, naargelang van het geval, buiten het toepassingsgebied van artikel 81, lid 1, valt of aan de voorwaarden van artikel 81, lid 3, voldoet gedurende de tijd die nodig is om de investering terug te verdienen.
148. De eerste voorwaarde van artikel 81, lid 3 vereist een toetsing van de objectieve voordelen die de overeenkomst oplevert in de vorm van efficiëntieverbeteringen. In dit verband bieden licentieovereenkomsten met name de mogelijkheid om complementaire technologieën en andere productiemiddelen bijeen te brengen, waardoor nieuwe of verbeterde producten op de markt kunnen worden gebracht of bestaande producten tegen lagere kosten kunnen worden vervaardigd. „Hardcore“-kartels buiten beschouwing gelaten, vindt licentiëring vaak plaats omdat het voor de licentiegever doeltreffender is de technologie in licentie te geven dan ze zelf te exploiteren. Dit kan met name het geval zijn wanneer de licentienemer reeds toegang heeft tot de nodige productiemiddelen. De overeenkomst geeft de licentienemer toegang tot een technologie die met deze productiemiddelen kan worden gecombineerd en die hem aldus in staat stelt nieuwe of verbeterde technologieën te exploiteren. Een ander voorbeeld van potentieel efficiëntievergrotende licentiëring is het geval waarin de licentienemer reeds een technologie bezit en de combinatie van deze technologie met die van de licentiegever leidt tot synergieën. Wanneer de twee technologieën worden gecombineerd, kan de licentienemer wellicht tot een configuratie van kosten en productie komen die anders niet haalbaar zou zijn. Licentieovereenkomsten kunnen voorts net als verticale distributieovereenkomsten aanleiding geven tot efficiëntieverbeteringen in het distributiestadium. Dergelijke efficiëntieverbeteringen kunnen de vorm aannemen van kostenbesparingen of van het verstrekken van waardevolle diensten aan gebruikers. De positieve effecten van verticale overeenkomsten worden beschreven in de richtsnoeren inzake verticale beperkingen<sup>(58)</sup>. Een ander voorbeeld van mogelijke efficiëntieverbeteringen zijn overeenkomsten waarbij bezitters van technologieën een technologiepakket samenstellen om aan derden in licentie te geven. Dergelijke „pooling“-regelingen kunnen met name de transactiekosten verminderen doordat de licentienemers geen afzonderlijke licentieovereenkomsten met elke licentiegever behoeven te sluiten. Concurrentiebevorderende licentiëring kan ook plaatsvinden om de vrijheid van ontwerp te waarborgen. In sectoren waar sprake is van grote aantallen intellectuele-eigendomsrechten en waar de afzonderlijke producten mogelijk inbreuk maken op een aantal bestaande en toekomstige eigendomsrechten, bevorderen licentieovereenkomsten waarbij de partijen afspreken hun eigendomsrechten niet tegen elkaar uit te oefenen dikwijls de concurrentie omdat zij de partijen in staat stellen hun respectievelijke technologieën te ontwikkelen zonder het risico te lopen dat naderhand inbreukvorderingen worden ingediend.
149. Bij het toetsen van de onmisbaarheid waarvan sprake in artikel 81, lid 3, zal de Commissie met name nagaan of een bepaalde beperking het mogelijk maakt de betrokken activiteit doeltreffender uit te voeren dan het geval zou zijn geweest zonder de betrokken beperking. Bij het uitvoeren van deze beoordeling moeten de marktvoorwaarden en de zakelijke realiteit waarmee de partijen bij de

overeenkomst te maken hebben, in aanmerking worden genomen. Ondernemingen die de toepassing inroepen van artikel 81, lid 3, zijn niet verplicht louter hypothetische of theoretische alternatieven te onderzoeken. Zij moeten enkel uiteenzetten en aantonen waarom kennelijk realistische en minder beperkende alternatieven aanzienlijk minder efficiënt zouden zijn. Indien de toepassing van een schijnbaar zakelijk, realistisch en minder beperkend alternatief zou leiden tot een aanzienlijk verlies van efficiëntie, wordt de betrokken beperking als onmisbaar beschouwd. In sommige gevallen is het wellicht ook noodzakelijk na te gaan of de overeenkomst als zodanig onmisbaar is voor het bereiken van de efficiëntieverbeteringen. Dit kan bijvoorbeeld het geval zijn bij technologiepools waarin ook complementaire maar niet-essentiële technologieën zijn opgenomen<sup>(59)</sup>, in welk geval moet worden onderzocht in welke mate die opneming aanleiding geeft tot specifieke efficiëntieverbeteringen dan wel of de pool zonder een noemenswaardig verlies van efficiëntie kan worden beperkt tot technologieën waarvoor er geen vervangingstechnologie bestaat. Bij een gewone licentieverlening tussen twee partijen is het in het algemeen niet noodzakelijk meer te doen dan een onderzoek van de onmisbaarheid van de individuele beperkingen. Normaliter is er geen minder beperkend alternatief voor de licentieovereenkomst als zodanig.

150. De voorwaarde dat een billijk aandeel in de voordelen de gebruikers ten goede moet komen, houdt in dat de gebruikers van de in licentie vervaardigde producten op zijn minst compensatie moeten krijgen voor de negatieve effecten van de overeenkomst<sup>(60)</sup>. Dit betekent dat de efficiëntieverbeteringen ten volle moeten opwegen tegen de vermoedelijke negatieve effecten van de overeenkomst op de prijzen, de productie en andere relevante factoren. Dit kan gebeuren door een wijziging van de kostenstructuur van de betrokken ondernemingen, hetgeen hen een prikkel geeft om de prijzen te verlagen, of door de gebruikers nieuwe of verbeterde producten aan te bieden, als compensatie voor een mogelijke prijsstijging<sup>(61)</sup>.
151. De laatste voorwaarde van artikel 81, lid 3, volgens welke de overeenkomst de partijen niet de mogelijkheid mag geven voor een wezenlijk deel van de betrokken producten de mededinging uit te schakelen, veronderstelt dat wordt nagegaan hoe groot de resterende concurrentiedruk op de markt is en wat de invloed van de overeenkomst op de bestaande bronnen van mededinging is. Bij de toepassing van de laatste voorwaarde van artikel 81, lid 3, moet aandacht worden besteed aan de relatie tussen artikel 81, lid 3, en artikel 82. Volgens vaste rechtspraak staat de toepassing van artikel 81, lid 3, niet aan de toepassing van artikel 82 van het Verdrag in de weg<sup>(62)</sup>. Aangezien de artikelen 81 en 82 allebei beogen een daadwerkelijke mededinging op de markt te handhaven, veronderstelt een consequente rechtstoepassing daarenboven dat artikel 81, lid 3, zodanig wordt uitgelegd dat elke toepassing van de uitzonderingsregel op beperkende overeenkomsten die een misbruik van een machtspositie inhouden, uitgesloten is<sup>(63)</sup>.
152. Het feit dat de overeenkomst één dimensie van de mededinging aanzienlijk beperkt, betekent niet noodzakelijk dat de mededinging wordt uitgeschakeld in de zin van

artikel 81, lid 3. Een technologiepool bijvoorbeeld kan leiden tot een industriernorm, waardoor een situatie ontstaat waarbij er weinig mededinging is op het stuk van technologische procédés of uitvoering. Wanneer de belangrijkste marktdeelnemers eenmaal een bepaald procédé of een bepaalde uitvoering in gebruik hebben genomen, kunnen netwerkeffecten ervoor zorgen dat alternatieve procédés of uitvoeringen zeer moeilijk kunnen overleven. Dit betekent echter niet dat de totstandkoming van een feitelijke industriernorm altijd leidt tot uitschakeling van de mededinging in de zin van de laatste voorwaarde van artikel 81, lid 3. Binnen de norm kunnen leveranciers concurreren op prijs, kwaliteit en productkenmerken. Wil de overeenkomst echter in aanmerking komen voor de toepassing van artikel 81, lid 3, dan moet worden gegarandeerd dat zij de mededinging niet onnodig beperkt en toekomstige innovatie niet al te zeer afremt.

## 2. De toepassing van artikel 81 op verschillende soorten licentiebeperkingen

153. In dit deel worden verschillende soorten beperkingen besproken die vaak voorkomen in licentieovereenkomsten. Gezien hun gangbaarheid is het zinvol om inzicht te verschaffen over de manier waarop zij worden beoordeeld wanneer zij niet onder de vrijstelling van de GVTO vallen. De beperkingen die reeds besproken zijn in de vorige delen van deze richtsnoeren, met name onder III.4 en III.5, worden in dit deel slechts kort behandeld.
154. Dit deel heeft betrekking zowel op overeenkomsten tussen niet-concurrenten als op overeenkomsten tussen concurrenten. Wat deze laatste betreft, wordt indien nodig een onderscheid gemaakt tussen wederkerige en niet-wederkerige overeenkomsten. Dat onderscheid behoeft voor overeenkomsten tussen niet-concurrenten niet te worden gemaakt. Wanneer ondernemingen geen feitelijke of potentiële concurrenten zijn op een relevante technologiemarkt of op een markt van producten waarin de in licentie gegeven technologie is verwerkt, is een wederkerige overeenkomst vanuit praktisch oogpunt niet verschillend van twee afzonderlijke licenties. Regelingen waarbij de partijen een technologiepakket samenstellen dat vervolgens aan derden in licentie wordt gegeven, zijn technologiepools die in deel 4 worden besproken.
155. In dit deel wordt niet ingegaan op verplichtingen in licentieovereenkomsten die in de regel niet concurrentiebeperkend zijn in de zin van artikel 81, lid 1. Het gaat onder meer om de volgende verplichtingen:
- verplichtingen tot geheimhouding;
  - verplichtingen voor de licentienemers om geen sublicenties te verlenen;
  - verplichtingen om de in licentie gegeven technologie niet te gebruiken na het verstrijken van de overeenkomst, voorzover de in licentie gegeven technologie geldig en van kracht blijft;
  - verplichtingen om de licentiegever bij te staan bij de handhaving van de in licentie gegeven intellectuele-eigendomsrechten;

- e) verplichtingen om een minimumbedrag aan royalty's te betalen of om een minimum hoeveelheid producten te produceren waarin de in licentie gegeven technologie is verwerkt, en
- f) verplichtingen om het handelsmerk van de licentiegever te gebruiken of om de naam van de licentiegever op het product te vermelden.

## 2.1. Royaltyverplichtingen

156. Het staat de partijen bij een licentieovereenkomst normaliter vrij de royalty's te bepalen die door de licentienemer moeten worden betaald en vast te stellen op welke wijze die betaling moet gebeuren, zonder dat de overeenkomst hierdoor onder artikel 81, lid 1, valt. Dit beginsel geldt zowel voor overeenkomsten tussen concurrenten als voor overeenkomsten tussen niet-concurrenten. Royaltyverplichtingen kunnen bijvoorbeeld de vorm aannemen van een betaling ineens, van een percentage van de verkoopprijs of van een vast bedrag voor elk product waarin de in licentie gegeven technologie is verwerkt. Wanneer de in licentie gegeven technologie te maken heeft met een input die in een eindproduct wordt verwerkt, is het over het algemeen niet concurrentiebeperkend dat de royalty's worden berekend op basis van de prijs van het eindproduct, mits daarin de in licentie gegeven technologie is verwerkt. Bij het in licentie geven van software is het berekenen van royalty's op basis van het aantal gebruikers en per machine in de regel verenigbaar met artikel 81, lid 1.
157. In het geval van overeenkomsten tussen concurrenten wordt eraan herinnerd (zie de punten 80 en 81) dat royaltyverplichtingen in een klein aantal gevallen kunnen neerkomen op prijsbinding, wat een „hardcore”-beperking is overeenkomstig artikel 4, lid 1, onder a). Het is een „hardcore”-beperking ingevolge artikel 4, lid 1, onder a), wanneer concurrenten wederkerige running royalty's verlenen terwijl de overeenkomst een pseudo-licentie is omdat zij geen integratie van complementaire technologieën beoogt noch enig ander concurrentiebevorderend doel heeft. Het is tevens een „hardcore”-beperking op grond van artikel 4, lid 1, onder a) en d), wanneer royalty's zich uitstrekken tot producten die uitsluitend met de eigen technologie van de licentienemer zijn geproduceerd.
158. Andere soorten royaltyregelingen tussen concurrenten zijn tot een marktaandeeldrempel van 20 % vrijgesteld, zelfs indien zij de mededinging beperken. Buiten de veilige haven die de groepsvrijstellingsverordening biedt, kan artikel 81, lid 1, van toepassing zijn wanneer concurrenten wederzijdse licenties verlenen en running royalty's opleggen die duidelijk onevenredig zijn met de marktwaarde van de licentie en wanneer dergelijke royalty's aanzienlijke gevolgen hebben voor de marktprijzen. Om te beoordelen of de royalty's onevenredig zijn is het van belang de royalty's in aanmerking te nemen die door andere licentienemers op de productmarkt voor identieke of vervangstechnologieën worden betaald. In dergelijke gevallen is het niet waarschijnlijk dat aan de voorwaarden van artikel 81, lid 3, is voldaan. Artikel 81, lid 1, kan tevens van toepassing zijn wanneer de wederkerige running royalty's per eenheid stijgen naarmate de productie toeneemt. Indien de partijen een aanzienlijke mate van marktmacht bezitten, kunnen dergelijke royalty's productiebeperking tot gevolg hebben.
159. Ofschoon de groepsvrijstelling slechts van toepassing is zolang de technologie geldig en van kracht is, kunnen de

partijen normaliter overeenkomen de royaltyverplichtingen uit te breiden tot na de geldigheidsduur van de in licentie gegeven intellectuele-eigendomsrechten zonder inbreuk te maken op artikel 81, lid 1. Wanneer deze rechten eenmaal zijn vervallen, kunnen derden de betrokken technologie op wettige wijze exploiteren en concurreren met de partijen bij de overeenkomst. Die daadwerkelijke en potentiële concurrentie zal normaliter voldoende zijn om te garanderen dat de betrokken verplichting geen merkbare concurrentieverstorende effecten heeft.

160. In het geval van overeenkomsten tussen niet-concurrenten dekt de groepsvrijstelling overeenkomsten waarbij de royalty's worden berekend op basis van zowel de producten die met de in licentie gegeven technologie zijn geproduceerd als de producten die met door derden in licentie gegeven technologieën zijn geproduceerd. Dergelijke overeenkomsten kunnen het bepalen van het bedrag van de royalty's vergemakkelijken. Zij kunnen echter eveneens leiden tot marktafsluiting doordat zij de kosten van het gebruik van de input van derden verhogen en bijgevolg soortgelijke effecten kunnen hebben als een niet-concurrentiebeding. Indien royalty's niet alleen worden betaald voor producten die met de in licentie gegeven technologie worden vervaardigd, maar ook voor de producten die met behulp van de technologie van derden zijn vervaardigd, dan verhogen de royalty's ook de kosten van laatstgenoemde producten en verminderen zij de vraag naar de technologie van derden. Buiten de werkingssfeer van de groepsvrijstelling moet dan ook worden nagegaan of de beperking marktafsluitingseffecten heeft. Daartoe dient het onder IV.2.7 beschreven analytische kader te worden gebruikt. Indien er merkbare marktafsluitingseffecten zijn, vallen dergelijke overeenkomsten onder het verbod van artikel 81, lid 1, en is het onwaarschijnlijk dat zij aan de voorwaarden van artikel 81, lid 3, voldoen, tenzij er geen andere praktische manier is om betalingen van royalty's te berekenen en te controleren.

## 2.2. Exclusieve licenties en verkoopbeperkingen

161. Het is binnen dit bestek zinvol om een onderscheid te maken tussen beperkingen ten aanzien van de productie binnen een bepaald grondgebied (exclusieve licenties en „sole licences”) en beperkingen op de verkoop van producten waarin de in licentie gegeven technologie is verwerkt binnen een bepaald grondgebied of ten behoeve van een bepaalde klantenkring (verkoopbeperkingen).

### 2.2.1. Exclusieve licenties en „sole licences”

162. Een licentie wordt als exclusief beschouwd wanneer de licentienemer de enige is die op basis van de in licentie gegeven technologie binnen een bepaald gebied mag produceren. De licentiegever verplicht zich er derhalve toe niet zelf te produceren of anderen een licentie te verlenen om binnen een bepaald gebied te produceren. Dit gebied kan de gehele wereld zijn. Wanneer de licentiegever slechts toezegt niet aan derden een licentie te zullen verlenen om binnen een bepaald gebied te produceren, is er sprake van een „sole licence”. Exclusieve licenties en „sole licences” gaan dikwijls gepaard met verkoopbeperkingen ten aanzien van het gebied waarin de partijen de producten waarin de in licentie gegeven technologie is verwerkt, mogen verkopen.

163. Wederzijdse exclusieve licenties tussen concurrenten vallen onder artikel 4, lid 1, onder c), waarin marktverdeling tussen concurrenten als een „hardcore”-beperking wordt aangemerkt. Wederzijdse „sole licences” tussen concurrenten zijn vrijgesteld tot de marktaandeeldrempel van 20 %. Krachtens een dergelijke overeenkomst verplichten de partijen zich om hun concurrerende technologieën niet aan derden in licentie te geven. Wanneer de partijen een aanzienlijke marktmacht bezitten kunnen dergelijke overeenkomsten collusie in de hand werken doordat zij waarborgen dat de op de in licentie gegeven technologie gebaseerde producten uitsluitend door de partijen worden geproduceerd.
164. Niet-wederzijdse exclusieve licenties tussen concurrenten zijn vrijgesteld tot de marktaandeeldrempel van 20 %. Boven de marktaandeeldrempel moet worden onderzocht wat de vermoedelijke concurrentiebeperkende gevolgen van de exclusieve licentie zijn. Is de exclusieve licentie wereldwijd van toepassing, dan betekent dit dat de licentiegever de markt verlaat. In gevallen waarin de exclusiviteit beperkt blijft tot een specifiek gebied, zoals een lidstaat, dan houdt de overeenkomst in dat de licentiegever ervan afziet in het desbetreffende gebied goederen en diensten te produceren. In het kader van artikel 81, lid 1, moet met name worden nagegaan wat de positie van de licentiegever op de markt is vanuit het oogpunt van de mededinging. Heeft de licentiegever een beperkte positie op de productmarkt of is hij niet in staat de technologie in het gebied van de licentienemer daadwerkelijk te exploiteren, dan is het onwaarschijnlijk dat de overeenkomst onder artikel 81, lid 1 valt. Een speciale situatie doet zich voor wanneer de licentiegever en de licentienemer alleen op de technologiemarkt concurrenten zijn en de licentiegever, bijvoorbeeld een onderzoeksinstelling of een kleine op onderzoek gebaseerde onderneming, niet over de productie- en distributiemiddelen beschikt om producten waarin de in licentie gegeven technologie is verwerkt, daadwerkelijk op de markt te brengen. In dergelijke gevallen is het niet waarschijnlijk dat inbreuk wordt gemaakt op artikel 81, lid 1.
165. Exclusieve licenties tussen niet-concurrenten — in zoverre deze onder het verbod van artikel 81, lid 1, vallen <sup>(64)</sup> — voldoen meestal aan de voorwaarden van artikel 81, lid 3. Het recht om een exclusieve licentie te verlenen is over het algemeen noodzakelijk om de licentienemer in de in licentie gegeven technologie te doen investeren en de producten tijdig op de markt te brengen. Dit geldt met name wanneer een licentienemer grote investeringen moet doen om de in licentie gegeven technologie verder te ontwikkelen. Het nemen van maatregelen tegen deze exclusiviteit wanneer de licentienemer de in licentie gegeven technologie tot een commercieel succes heeft gemaakt zou de licentienemer beletten om van zijn succes te profiteren en zou schadelijk zijn voor de mededinging, de verspreiding van technologie en innovatie. De Commissie zal derhalve slechts bij uitzondering optreden tegen exclusieve licenties in overeenkomsten tussen niet-concurrenten, en wel ongeacht het geografische toepassingsgebied van de licentie.
166. De voornaamste situatie waarin maatregelen nodig kunnen zijn is wanneer een licentienemer met een dominante marktpositie een exclusieve licentie verwerft voor een of meer concurrerende technologieën. Dergelijke overeenkomsten vallen doorgaans onder het verbod van artikel 81, lid 1, en voldoen naar alle waarschijnlijkheid niet aan de voorwaarden van artikel 81, lid 3. Voorwaarde is evenwel dat de technologiemarkt moeilijk toegankelijk is en de in licentie gegeven technologie een werkelijke bron van concurrentie op de markt is. In dergelijke gevallen kan een exclusieve licentie derde licentienemers uitsluiten en de licentienemer in staat stellen zijn marktmacht te behouden.
167. Overeenkomsten waarbij twee of meer partijen elkaar wederzijds licenties verlenen en zich ertoe verbinden geen licenties aan derden te verlenen, geven aanleiding tot bijzondere bezorgdheid wanneer het pakket technologieën dat uit de wederzijdse licenties voortvloeit een feitelijke industrienor­me in het leven roept waartoe derden toegang moeten hebben om daadwerkelijk te kunnen concurreren op de markt. In dergelijke gevallen creëert de overeenkomst een besloten norm waartoe alleen de partijen toegang hebben. De Commissie zal dergelijke overeenkomsten beoordelen op grond van dezelfde beginselen als die welke worden toegepast op technologiepools (zie deel 4). Normaliter zal verlangd worden dat de technologieën die een dergelijke norm ondersteunen op billijke, redelijke en niet-discriminerende voorwaarden aan derden in licentie worden gegeven <sup>(65)</sup>. Wanneer de partijen bij de overeenkomst met derden concurreren op een productmarkt en de overeenkomst betrekking heeft op die productmarkt, zal een besloten norm doorgaans ernstige uitsluitingseffecten hebben. Deze negatieve beïnvloeding van de mededinging kan slechts worden vermeden door ook aan derden licenties te verlenen.
- #### 2.2.2. Verkoopbeperkingen
168. Ook ten aanzien van verkoopbeperkingen moet een belangrijk onderscheid worden gemaakt tussen het verlenen van licenties tussen concurrenten en tussen niet-concurrenten.
169. Beperkingen, in een wederkerige overeenkomst tussen concurrenten, op de actieve en passieve verkoop door één of beide partijen zijn „hardcore”-beperkingen van de mededinging op grond van artikel 4, lid 1, onder c). Verkoopbeperkingen die aan een van de partijen worden opgelegd in een wederkerige overeenkomst tussen concurrenten vallen onder het verbod van artikel 81, lid 1, en voldoen doorgaans niet aan de voorwaarden van artikel 81, lid 3. Dergelijke beperkingen worden in de regel als marktverdeling beschouwd, omdat zij de betrokken partij beletten actief en passief te verkopen in het grondgebied en aan de klantenkring die zij daadwerkelijk bediende of zonder de overeenkomst redelijkerwijs had kunnen bedienen.
170. In het geval van niet-wederkerige overeenkomsten tussen concurrenten is de groepsvrijstelling van toepassing op beperkingen op de actieve en passieve verkoop door de licentiegever of de licentienemer in het exclusieve gebied of aan de exclusieve klantenkring die aan de andere partij is voorbehouden (zie artikel 4, lid 1, onder c), punt iv)). Boven de marktaandeeldrempel van 20 % vallen verkoopbeperkingen tussen de licentiegever en licentienemer on-



der het verbod van artikel 81, lid 1, wanneer één partij of beide partijen een behoorlijke mate van marktmacht bezitten. Dergelijke beperkingen kunnen evenwel onmisbaar zijn voor de verspreiding van waardevolle technologieën en derhalve voldoen aan de voorwaarden van artikel 81, lid 3. Dit kan het geval zijn wanneer de licentiegever een betrekkelijk zwakke marktpositie heeft in het gebied waar hij de technologie zelf exploiteert. In dergelijke gevallen kunnen beperkingen, en met name beperkingen op de actieve verkoop, onmisbaar zijn om de licentiegever ertoe te brengen de licentie te verlenen. Zonder deze beperkingen zou de licentiegever waarschijnlijk te maken krijgen met actieve concurrentie op zijn voornaamste terrein van activiteit. Evenzo kunnen beperkingen op de actieve verkoop door de licentiegever onmisbaar zijn, met name wanneer de licentienemer een betrekkelijk zwakke marktpositie heeft in het aan hem toegewezen gebied en aanzienlijke investeringen moet verrichten om de in licentie gegeven technologie doeltreffend te exploiteren.

171. De groepsvrijstelling dekt tevens beperkingen op actieve verkoop in het gebied of aan de klantenkring die zijn toegewezen aan een andere licentienemer, indien deze geen concurrent van de licentiegever was toen hij de licentieovereenkomst met de licentiegever sloot. Een voorwaarde is echter wel dat de overeenkomst tussen de partijen in kwestie niet wederkerig is. Boven de marktaandere drempel vallen dergelijke beperkingen ten aanzien van de actieve verkoop doorgaans onder het verbod van artikel 81, lid 1, wanneer de partijen een aanzienlijke mate van marktmacht hebben. De beperking zal echter doorgaans onmisbaar zijn in de zin van artikel 81, lid 3, gedurende de periode die de beschermde licentienemer nodig heeft om een nieuwe markt te betreden en een marktaanwezigheid te verwerven in het toegewezen gebied of ten aanzien van de toegewezen klantenkring. Deze bescherming tegen actieve verkoop stelt de licentienemer in staat om de asymmetrische situatie waarmee hij wordt geconfronteerd omdat een aantal licentienemers concurrenten zijn van de licentiegever en derhalve reeds op de markt aanwezig zijn, te overwinnen. Beperkingen op passieve verkoop door licentienemers in een gebied of aan een klantenkring die aan een andere licentienemer zijn toegewezen, vormen „hardcore”-beperkingen ingevolge artikel 4, lid 1, onder c) van de GVTO.

172. Bij overeenkomsten tussen niet-concurrenten geldt een vrijstelling voor verkoopbeperkingen tussen de licentiegever en een licentienemer zolang de marktaandeeldrempel van 30 % niet is overschreden. Boven de marktaandeeldrempel kunnen beperkingen op actieve en passieve verkoop door licentienemers in verkoopgebieden of klantenkringen die aan de licentiegever zijn voorbehouden buiten artikel 81, lid 1, vallen wanneer aan de hand van objectieve factoren kan worden vastgesteld dat er zonder de verkoopbeperkingen geen licentiëring zou plaatsvinden. Van een technologiebezitter mag redelijkerwijs niet worden verwacht dat hij op basis van zijn eigen technologie rechtstreekse concurrentie met zichzelf in het leven roept. In andere gevallen kunnen verkoopbeperkingen ten aanzien van de licentienemer onder het verbod van artikel 81, lid 1 vallen, zowel wanneer de licentiegever individueel een behoorlijke mate van marktmacht bezit als wanneer er sprake is van een cumulatief effect van

gelijsoortige overeenkomsten die zijn gesloten door licentiegevers die tezamen een sterke positie op de markt bekleden.

173. Verkoopbeperkingen die aan de licentiegever worden opgelegd, zullen — voor zover zij onder het verbod van artikel 81, lid 1, vallen — doorgaans voldoen aan de voorwaarden van artikel 81, lid 3, tenzij er geen reële alternatieven voor de technologie van de licentiegever op de markt zijn of tenzij de licentienemer die alternatieven van derde partijen onder licentie heeft. Dergelijke beperkingen, en met name beperkingen op de actieve verkoop, zullen doorgaans onmisbaar zijn in de zin van artikel 81, lid 3, om de licentienemer ertoe te brengen te investeren in de productie, het op de markt brengen en de verkoop van de producten waarin de in licentie gegeven technologie is verwerkt. De prikkel tot investeren zou waarschijnlijk sterk verminderen indien de licentienemer te maken zou krijgen met rechtstreekse concurrentie van de licentiegever, wiens productiekosten niet worden bezwaard door royaltybetalingen, hetgeen mogelijk kan leiden tot een suboptimaal investeringsniveau.

174. Wat verkoopbeperkingen tussen licentienemers onderling in overeenkomsten tussen niet-concurrenten betreft, verleent de GVTO een groepsvrijstelling voor beperkingen op de actieve verkoop tussen verkoopgebieden of klantenkringen. Boven de marktaandere drempel verminderen beperkingen op de actieve verkoop tussen de verkoopgebieden en klantenkringen van de licentienemers de intratechnologieconcurrentie en vallen zij doorgaans onder het verbod van artikel 81, lid 1, wanneer de individuele licentienemer een aanzienlijke mate van marktmacht bezit. Dergelijke beperkingen kunnen evenwel voldoen aan de voorwaarden van artikel 81, lid 3, wanneer zij noodzakelijk zijn om „free riding” te voorkomen en om de licentienemer ertoe te brengen binnen zijn verkoopgebied de investeringen te doen die noodzakelijk zijn voor een doeltreffende exploitatie van de in licentie gegeven technologie, en de verkoop van de in licentie vervaardigde producten te bevorderen. Beperkingen op de passieve verkoop vallen onder de „hardcore”-lijst van artikel 4, lid 2, onder b) (zie punt 101) wanneer zij langer van toepassing zijn dan twee jaar na de datum waarop de licentienemer die van de beperkingen profiteert het product waarin de in licentie gegeven technologie is verwerkt in zijn exclusieve verkoopgebied op de markt brengt. Passieve verkoopbeperkingen die deze periode van twee jaar overschrijden voldoen doorgaans niet aan de voorwaarden van artikel 81, lid 3.

### 2.3. Productiebeperkingen

175. Wederkerige productiebeperkingen in licentieovereenkomsten tussen concurrenten vormen een „hardcore”-beperking in de zin van artikel 4, lid 1, onder b), van de GVTO (zie punt 82). Genoemde bepaling is niet van toepassing op productiebeperkingen die aan de licentienemer wordt opgelegd in een niet-wederkerige overeenkomst of aan een van de licentienemers in een wederkerige overeenkomst. Dergelijke beperkingen zijn vrijgesteld tot de marktaandeeldrempel van 20 %. Boven de marktaandeeldrempel kunnen productiebeperkingen die aan de licentienemer worden opgelegd de mededinging beperken wanneer de partijen een aanzienlijke mate van marktmacht hebben. Artikel 81, lid

3, zal echter doorgaans van toepassing zijn in gevallen waarin de technologie van de licentiegever aanzienlijk beter is dan die van de licentienemer en de productiebeperking de productie van de licentienemer vóór het sluiten van de overeenkomst ruim overschrijdt. In dat geval is het effect van de productiebeperking gering, zelfs op markten met een groeiende vraag. Bij de toepassing van artikel 81, lid 3, moet er tevens rekening mee worden gehouden dat dergelijke beperkingen noodzakelijk kunnen zijn om de licentiegever ertoe te brengen zijn technologie te verspreiden, en wel op een zo ruim mogelijke schaal. Een licentiegever zou bijvoorbeeld terughoudend kunnen zijn om licenties te verlenen aan zijn concurrenten indien hij de licentie niet kan beperken tot een bepaalde productvestiging met een welomschreven capaciteit (een „site-licentie”). Wanneer de licentieovereenkomst een werkelijke integratie van complementaire productiemiddelen tot gevolg heeft, is het derhalve mogelijk dat de productiebeperkingen die aan de licentienemer worden opgelegd voldoen aan de voorwaarden van artikel 81, lid 3. Dit is echter doorgaans niet het geval wanneer de partijen een aanzienlijke marktmacht bezitten.

176. Productiebeperkingen in licentieovereenkomsten tussen niet-concurrenten vallen onder de groepsvrijstelling zolang de markaandeeldrempel van 30 % niet is overschreden. Het belangrijkste risico op concurrentievervalsingen dat uit productiebeperkingen opgelegd aan licentienemers in overeenkomsten tussen niet-concurrenten voortvloeit, is een vermindering van de intratechnologieconcurrentie tussen licentienemers. De omvang van dergelijke concurrentievervalsende effecten hangt af van de marktpositie van de licentiegever en de licentienemers en van de mate waarin de licentienemer, als gevolg van de productiebeperking, niet in staat is om aan de vraag naar producten waarin de in licentie gegeven technologie is verwerkt, te voldoen.
177. Wanneer productiebeperkingen gecombineerd worden met exclusieve verkoopgebieden of exclusieve klantenkringen, nemen de beperkende effecten toe. De combinatie van de twee soorten beperkingen maakt het waarschijnlijker dat de overeenkomst tot verdeling van de markten leidt.
178. Productiebeperkingen die aan de licentienemers worden opgelegd in overeenkomsten tussen niet-concurrenten kunnen ook concurrentiebevorderende effecten hebben doordat zij de verspreiding van technologie in de hand werken. Als leverancier van technologie dient de licentiegever normaliter vrij te kunnen bepalen welk productievolume door de licentienemer met de in licentie gegeven technologie mag worden geproduceerd. Indien het de licentiegever niet vrij stond de productie van de licentienemer te bepalen, zou een aantal licentieovereenkomsten wellicht helemaal niet worden gesloten, hetgeen een negatieve invloed zou hebben op de verspreiding van nieuwe technologie. Dit zal met name het geval zijn wanneer de licentiegever tevens een producent is, aangezien de productie van de licentienemers in dat geval uiteindelijk terecht kan komen in het gebied waar de licentiegever voornamelijk actief is en zij dus rechtstreekse gevolgen kan hebben voor die activiteiten. Het is daarentegen minder waarschijnlijk dat productiebeperkingen noodzakelijk zijn om de verspreiding van de technologie van de licentiegever te bevorderen wanneer deze gecombineerd worden met verkoopbeperkingen waarbij aan de licentienemer een verbod wordt opgelegd om te verkopen in een gebied of aan een klantenkring die is voorbehouden aan de licentiegever.

#### 2.4. Beperkingen van het gebruiksgebied

179. Bij een beperking van het gebruiksgebied wordt de licentie ofwel beperkt tot een of meer technische toepassingsgebieden, ofwel tot een of meer productmarkten. In veel gevallen kan dezelfde technologie worden gebruikt om verschillende producten te maken of kan ze worden verwerkt in producten die tot verschillende productmarkten behoren. Een nieuwe giettechnologie kan bijvoorbeeld worden gebruikt om plastic flessen en plastic glazen te maken, waarbij elk product tot een afzonderlijke productmarkt behoort. Eén enkele productmarkt kan evenwel verscheidene technische gebruiksgebieden omvatten. Zo kan nieuwe technologie op het gebied van motoren zowel in vier- als in zescilindermotoren worden gebruikt. Evenzo kan een technologie voor de vervaardiging van chipsets worden gebruikt om chipsets te maken met maximaal vier of meer dan vier CVE's. Een licentie waarbij het gebruik van de in licentie gegeven technologie wordt beperkt tot de productie van bijvoorbeeld viercilindermotoren en chipsets met maximaal vier CVE's vormt een beperking van het technische gebruiksgebied.
180. Aangezien beperkingen van het gebruiksgebied zijn vrijgesteld en bepaalde beperkingen van de klantenkring „hardcore”-beperkingen zijn overeenkomstig artikel 4, lid 1, onder c) en artikel 4, lid 2, onder b), van de GVTO, is het van belang om een onderscheid te maken tussen deze twee categorieën beperkingen. Een beperking van de klantenkring veronderstelt dat er bepaalde klantenkringen worden afgebakend en dat aan de partijen beperkingen worden opgelegd met betrekking tot de verkoop aan de aldus afgebakende groepen. Het feit dat een beperking van het technische gebruiksgebied mogelijk overeenkomt met een bepaalde klantenkring in een productmarkt betekent niet dat de beperking moet worden aangemerkt als een beperking van de klantenkring. Bijvoorbeeld, het feit dat bepaalde afnemers voornamelijk of uitsluitend chipsets kopen met meer dan vier CVE's betekent niet dat een licentie die beperkt is tot chipsets met maximaal vier CVE's een beperking van de klantenkring inhoudt. Het gebruiksgebied moet evenwel objectief worden gedefinieerd aan de hand van welbepaalde en betekenisvolle technische kenmerken van het product onder licentie.
181. Een beperking van het gebruiksgebied beperkt de exploitatie van de in licentie gegeven technologie door de licentienemer tot een of meer welbepaalde gebruiksgebieden zonder de mogelijkheden van de licentiegever om de in licentie gegeven technologie te exploiteren, aan banden te leggen. Daarenboven kunnen deze gebruiksgebieden, evenals verkoopgebieden, op grond van een exclusieve licentie of „sole licence” aan de licentienemer worden toegewezen. Beperkingen van het gebruiksgebied in combinatie met een exclusieve licentie of „sole licence” beperken dan ook de mogelijkheden van de licentiegever om zijn eigen technologie te exploiteren door hem te beletten deze zelf te exploiteren, inclusief via aan anderen verleende licenties. In geval van een „sole licence” is alleen het verlenen van licenties aan derden aan beperkingen onderworpen. Beperkingen van het gebruiksgebied in combinatie met exclusieve licenties en „sole licences” worden op dezelfde wijze behandeld als de exclusieve licenties en „sole licences” in deel 2.2.1. Met name voor licentiëring tussen concurrenten houdt dit in dat wederzijdse exclusieve licenties een „hardcore”-beperking zijn overeenkomstig artikel 4, lid 1, onder c).

182. Beperkingen van het gebruiksgebied kunnen een concurrentiebevorderend effect hebben doordat zij de licentiegever aanmoedigen zijn technologie in licentie te geven voor toepassingen die buiten zijn voornaamste aandachtsgebied vallen. Indien de licentiegever de licentienemers niet zou kunnen verhinderen om actief te worden in gebieden waarin hij de technologie zelf exploiteert of in gebieden waar de waarde van de technologie nog niet is vastgesteld, zou dit waarschijnlijk voor hem een reden zijn om geen licentie te verlenen of om een hogere royalty te bedingen. Verder moet er rekening mee worden gehouden dat in sommige sectoren licenties dikwijls worden gebruikt om de vrijheid van ontwerp te waarborgen doordat inbreukvorderingen worden vermeden. Binnen de werkingssfeer van de licentie kan de licentienemer zijn eigen technologie ontwikkelen zonder inbreukvorderingen door de licentiegever te hoeven vrezen.
183. Beperkingen van het gebruiksgebied die aan licentienemers worden opgelegd in overeenkomsten tussen feitelijke of potentiële concurrenten zijn vrijgesteld beneden de marktaandeeldrempel van 20 %. Het belangrijkste bezwaar van dergelijke beperkingen uit mededingingsoogpunt is het risico dat de licentienemer ophoudt een bron van concurrentie te zijn buiten het gebruiksgebied van de in licentie gegeven technologie. Dit risico is het grootst bij wederzijdse licenties tussen concurrenten waarbij de overeenkomst asymmetrische beperkingen van het gebruiksgebied omvat. Een beperking van een gebruiksgebied is asymmetrisch wanneer de ene partij de in licentie gegeven technologie binnen een productmarkt of technisch gebruiksgebied mag exploiteren en de andere partij de andere in licentie gegeven technologie mag gebruiken in een andere productmarkt of een ander technisch gebruiksgebied. Er kunnen met name mededingingsbezwaren rijzen wanneer de productiefaciliteit van de licentienemer, die is aangepast voor het gebruik van de in licentie gegeven technologie, ook wordt gebruikt voor het vervaardigen, met zijn eigen technologie, van producten buiten het gebruiksgebied waarvoor de licentie geldt. Indien de overeenkomst er waarschijnlijk toe leidt dat de licentienemer zijn productie vermindert buiten het gebruiksgebied waarvoor de licentie geldt, valt zij doorgaans onder artikel 81, lid 1. Symmetrische beperkingen van het gebruiksgebied, d.w.z. overeenkomsten waarbij de partijen elkaars technologie in hetzelfde gebruiksgebied/dezelfde gebruiksgebieden mogen exploiteren, vallen doorgaans niet onder artikel 81, lid 1. Deze overeenkomsten zullen de mededinging die zonder de overeenkomst zou bestaan, vermoedelijk niet beperken. Verder is het onwaarschijnlijk dat artikel 81, lid 1, van toepassing is op overeenkomsten die de licentienemer enkel in staat stellen zijn eigen technologie te ontwikkelen en te exploiteren binnen het toepassingsgebied van de licentie, zonder inbreukvorderingen van de licentiegever te hoeven vrezen. In dergelijke gevallen vormen beperkingen van het gebruiksgebied als zodanig geen beperking van de mededinging welke zonder de overeenkomst bestond. Zonder de overeenkomst zou de licentienemer ook het risico lopen van inbreukvorderingen buiten het gebruiksgebied waarvoor de licentie geldt. Indien de licentienemer evenwel zonder zakelijke rechtvaardiging zijn activiteiten in het gebied buiten het gebruiksgebied waarop de licentie van toepassing is beëindigt of vermindert, kan dit een aanwijzing zijn voor een onderliggende marktverdelingsregeling die een hardcore-beperking vormt ingevolge artikel 4, lid 1, onder c) van de GVTO.
184. Beperkingen van het gebruiksgebied die aan licentienemers en licentiegevers worden opgelegd in overeenkomsten tussen niet-concurrenten vallen onder de groepsvrijstelling be-

neden een marktaandeeldrempel van 30 %. Beperkingen van het gebruiksgebied in overeenkomsten tussen niet-concurrenten, waarbij de licentiegever een of meer productmarkten of technische gebruiksgebieden voor zichzelf reserveert, zijn over het algemeen ofwel niet-concurrentiebeperkend, ofwel efficiëntiebevorderend. Zij bevorderen de verspreiding van nieuwe technologie door de licentiegever een prikkel te geven om licenties te verlenen voor exploitatie in gebieden waarin hij de technologie niet zelf wil exploiteren. Indien de licentiegever de licentienemers niet zou kunnen verhinderen actief te worden in gebieden waarin hij de technologie zelf exploiteert, zou dit voor hem waarschijnlijk een reden zijn om geen licenties te verlenen.

185. In overeenkomsten tussen niet-concurrenten heeft de licentiegever normaliter ook het recht om aan verschillende licentienemers „sole licences” of exclusieve licenties te verlenen die beperkt zijn tot één of meer gebruiksgebieden. Dergelijke beperkingen verminderen de intratechnologieconcurrentie tussen licentienemers op dezelfde wijze als exclusieve licenties, en worden op dezelfde wijze onderzocht (zie deel 2.2.1.).

## 2.5. Beperkingen tot eigen gebruik

186. Een beperking tot eigen gebruik kan worden gedefinieerd als een verplichting die aan de licentienemer wordt opgelegd, om zijn productie van het in licentie vervaardigde product te beperken tot de hoeveelheden die vereist zijn voor de vervaardiging van zijn eigen producten en voor onderhoud en reparatie van zijn eigen producten. Dit soort beperking van het gebruik neemt met andere woorden de vorm aan van een verplichting voor de licentienemer om de producten waarin de in licentie gegeven technologie is verwerkt uitsluitend te gebruiken voor verwerking in zijn eigen productie; zij geldt niet voor de verkoop van het in licentie vervaardigde product voor verwerking in de producten van andere producenten. Beperkingen tot eigen gebruik vallen onder de groepsvrijstelling zolang de respectieve marktaandeeldrempels van 20 % en 30 % niet worden overschreden. Buiten de werkingssfeer van de groepsvrijstelling moet worden nagegaan wat de concurrentiebevorderende en concurrentieverstorende effecten van de beperking zijn. In dit verband moeten overeenkomsten tussen concurrenten worden onderscheiden van overeenkomsten tussen niet-concurrenten.
187. Bij licentieovereenkomsten tussen concurrenten verhindert een beperking die aan de licentienemer de verplichting oplegt producten in licentie alleen te vervaardigen voor verwerking in zijn eigen producten, dat hij een leverancier van bestanddelen aan andere producenten wordt. Indien de licentienemer vóór het sluiten van de overeenkomst geen daadwerkelijke of potentiële leverancier van bestanddelen aan andere producenten was, verandert de beperking tot eigen gebruik niets ten opzichte van de reeds bestaande toestand. In dat geval wordt de beperking op dezelfde wijze beoordeeld als bij overeenkomsten tussen niet-concurrenten. Indien de licentienemer daarentegen een daadwerkelijke of potentiële leverancier van onderdelen is, moet worden onderzocht wat het effect van de overeenkomst op deze activiteit is. Indien de licentienemer, door zijn productiefaciliteiten af te stemmen op het gebruik van de technologie van de licentiegever, ophoudt zijn eigen technologie op zelfstandige basis te gebruiken en aldus een leverancier van onderdelen te zijn, beperkt de overeenkomst de mededinging die vóór de overeenkomst bestond. Dit kan op de markt ernstige negatieve effecten hebben wanneer de licentiegever een aanzienlijke mate van marktmacht op de markt voor bestanddelen heeft.

188. Bij licentieovereenkomsten tussen niet-concurrenten zijn er twee belangrijke risico's voor de concurrentie verbonden aan beperkingen tot eigen gebruik: a) een beperking van de intratechnologieconcurrentie op de markt voor de levering van inputs, en b) de uitsluiting van arbitrage tussen licentienemers, hetgeen het de licentiegever gemakkelijker maakt discriminerende royalty's op te leggen aan licentienemers.
189. Beperkingen tot eigen gebruik kunnen echter ook concurrentiebevorderende licenties in de hand werken. Indien de licentiegever een leverancier van bestanddelen is, kan de beperking noodzakelijk zijn om te komen tot verspreiding van de technologie tussen niet-concurrenten. Zonder de beperking zal de licentiegever eventueel geen licentie verlenen of uitsluitend tegen hogere royalty's, omdat hij anders rechtstreekse concurrentie voor zichzelf op de bestanddelenmarkt in het leven zou roepen. In dergelijke gevallen is een beperking tot eigen gebruik gewoonlijk niet concurrentiebeperkend of valt zij onder artikel 81, lid 3. Een voorwaarde is evenwel dat de licentienemer niet wordt beperkt in de verkoop van het in licentie gegeven product als reserveonderdelen voor zijn eigen producten. De licentienemer moet klantenservice na verkoop voor zijn eigen producten kunnen aanbieden, ook via onafhankelijke serviceorganisaties die onderhoud en reparaties verrichten voor de door hem geproduceerde producten.
190. Wanneer de licentiegever geen leverancier van bestanddelen is op de relevante markt, is de bovengenoemde reden voor het opleggen van beperkingen tot eigen gebruik niet voorhanden. In dat geval kan een beperking tot eigen gebruik in principe de verspreiding van de technologie bevorderen doordat zij voorkomt dat de licentienemers verkopen aan producenten die met de licentiegever concurreren op andere markten. Het opleggen van een beperking aan de licentienemer om niet te verkopen aan bepaalde klantenkringen die aan de licentiegever zijn voorbehouden, vormt echter doorgaans een minder beperkend alternatief. Bijgevolg is in dergelijke gevallen een beperking tot eigen gebruik doorgaans niet noodzakelijk voor de verspreiding van de technologie.

## 2.6. Koppelverkoop en bundeling

191. In het kader van de licentiëring van technologie vindt koppelverkoop plaats wanneer de licentiegever het verlenen van een licentie op de ene technologie (het „koppelende” product) afhankelijk maakt van de bereidheid van de licentienemer om ook een licentie te nemen op een andere technologie of om een product te kopen van de licentiegever of van iemand die door hem is aangewezen (het „gekoppelde” product). Bundeling vindt plaats wanneer twee technologieën of een technologie en een product uitsluitend samen, als een bundel, worden verkocht. In beide gevallen geldt evenwel als voorwaarde dat de betrokken producten en technologieën onderscheiden zijn in die zin dat er een onderscheiden vraag bestaat naar elk van de producten en technologieën die deel uitmaken van het gekoppelde of gebundelde product. Dit is normaliter niet het geval wanneer de technologieën of producten noodzakelijkerwijs zodanig met elkaar verweven zijn dat de in licentie gegeven technologie niet kan worden geëxploiteerd zonder het gekoppelde product, of dat beide onderdelen van de bundel niet afzonderlijk kunnen worden geëxploiteerd. In het vervolg verwijst de term „koppeling” zowel naar het begrip „koppeling” als naar het begrip „bundeling”.
192. Artikel 3 van de GVTO, dat de toepassing van de groepsvrijstelling afhankelijk maakt van marktaandeeldrempels, waarborgt dat koppelverkoop en bundeling niet onder de groepsvrijstelling vallen boven de marktaandeeldrempels van 20 % bij overeenkomsten tussen concurrenten en 30 % bij over-

eenkomsten tussen niet-concurrenten. De marktaandeeldrempels gelden voor elke relevante technologie- of productmarkt, waarop de licentieovereenkomst betrekking heeft, met inbegrip van de markt voor het gekoppelde product. Boven de marktaandeeldrempels moeten de concurrentieverstorende en concurrentiebevorderende effecten van koppelverkoop tegen elkaar worden afgewogen.

193. Het belangrijkste beperkende effect van koppelverkoop is uitsluiting van concurrerende leveranciers van het gekoppelde product. Koppelverkoop kan de licentiegever tevens in staat stellen marktmacht op de markt voor het koppelende product te behouden, doordat nieuwkomers kunnen worden gedwongen verschillende markten tegelijkertijd te betreden en aldus de toetredingsdrempels worden verhoogd. Bovendien kan koppelverkoop de licentiegever in staat stellen de royalty's te verhogen, met name wanneer het koppelende en het gekoppelde product gedeeltelijk substitueerbaar zijn en de twee producten niet in vaste verhoudingen worden gebruikt. Koppelverkoop verhindert dat de licentienemer bij een verhoging van de royalty's voor het koppelende product overschakelt op vervangingsproducten. Deze concurrentiebezwaren gelden ongeacht of de partijen bij de overeenkomst concurrenten zijn of niet. Het risico op concurrentieverstorende effecten van koppelverkoop is slechts groot wanneer de licentiegever een aanzienlijke mate van marktmacht bezit op de markt voor het koppelende product, zodat hij de concurrentie met betrekking tot het gekoppelde product kan beperken. Zonder marktmacht op de markt voor het koppelende product kan de licentiegever zijn technologie niet gebruiken voor het concurrentieverstorende doel om leveranciers van de markt voor het gekoppelde product uit te sluiten. Net zoals bij niet-concurrentiebedingen moet de koppeling daarenboven een bepaald percentage van de markt voor het gekoppelde product bestrijken; zoniet dan zullen zich geen merkbare marktafsluitingseffecten voordoen. Wanneer de licentiegever op de markt voor het gekoppelde product meer marktmacht bezit dan op de markt voor het koppelende product, wordt de beperking beschouwd als een niet-concurrentiebeding of als een afnamequotering, op grond van het feit dat een eventueel concurrentieprobleem zijn oorsprong vindt op de markt voor het „gekoppelde” product en niet op de markt voor het „koppelende” product<sup>(66)</sup>.
194. Koppelverkoop kan ook leiden tot efficiëntieverbeteringen. Dit is bijvoorbeeld het geval wanneer het gekoppelde product noodzakelijk is voor een uit technisch oogpunt bevredigende exploitatie van de in licentie gegeven technologie of om te kunnen garanderen dat de in licentie vervaardigde producten voldoen aan de kwaliteitsnormen die door de licentiegever en andere licentienemers in acht worden genomen. In dergelijke gevallen is koppelverkoop normalerwijs ofwel niet-concurrentiebevrijdend, ofwel gedekt door artikel 81, lid 3. Indien de licentienemers het handelsmerk of de merknaam van de licentiegever gebruiken of indien het anderszins voor de consument duidelijk is dat er een verband is tussen het product waarin de in licentie gegeven technologie is verwerkt en de licentiegever, heeft de licentiegever er een gewettigd belang bij dat wordt gegarandeerd dat de kwaliteit van de producten van dien aard is dat de waarde van zijn technologie of zijn reputatie als marktdeelnemer er niet door wordt ondermijnd. Bovendien is het, wanneer het de consumenten bekend is dat de licentienemers (en de licentiegever) op basis van dezelfde technologie produceren, onwaarschijnlijk dat licentienemers bereid zouden zijn een licentie te nemen tenzij de technologie door alle betrokkenen op bevredigende wijze wordt geëxploiteerd.

195. Koppelverkoop zal waarschijnlijk ook concurrentiebevorderend zijn wanneer het gekoppelde product de licentienemer in staat stelt om de in licentie gegeven technologie op aanzienlijk efficiëntere wijze te exploiteren. Wanneer de licentiegever bijvoorbeeld een bepaalde procestechnologie in licentie geeft, kunnen de partijen eveneens overeenkomen dat de licentienemer bij de licentiegever een katalysator koopt die is ontwikkeld voor gebruik met de in licentie gegeven technologie en die het mogelijk maakt die technologie efficiënter te exploiteren dan met andere katalysatoren het geval zou zijn. Wanneer in dergelijke gevallen de beperking onder het verbod van artikel 81, lid 1, valt, zal waarschijnlijk voldaan zijn aan de voorwaarden van artikel 81, lid 3, zelfs boven de marktaandeeldrempels.

## 2.7. Niet-concurrentiebedingen

196. Niet-concurrentiebedingen nemen in het kader van de licentiëring van technologie de vorm aan van een verplichting voor de licentienemer om geen technologieën van derden te gebruiken die met de in licentie gegeven technologie concurreren. Een niet-concurrentiebeding dat betrekking heeft op een product of een extra technologie die door de licentiegever wordt geleverd, is reeds besproken in het vorige onderdeel betreffende koppelverkoop.

197. De GVTO verleent vrijstelling voor niet-concurrentiebedingen, zowel in het kader van overeenkomsten tussen concurrenten als in het kader van overeenkomsten tussen niet-concurrenten, tot de marktaandeeldrempels van respectievelijk 20 % en 30 %.

198. Het belangrijkste gevaar voor de mededinging dat niet-concurrentiebedingen opleveren, is de uitsluiting van technologieën van derden. Bij cumulatief gebruik kunnen niet-concurrentiebedingen voorts collusie tussen licentiegevers vergemakkelijken. De uitsluiting van concurrerende technologieën vermindert de concurrentiedruk op de royalty's die worden berekend door de licentiegever en vermindert de concurrentie tussen de gevestigde technologieën doordat de mogelijkheden voor licentienemers om over te schakelen tussen concurrerende technologieën worden beperkt. Aangezien uitsluiting in beide gevallen het hoofdprobleem is, kan in het algemeen dezelfde analyse worden gemaakt in het geval van overeenkomsten tussen concurrenten en overeenkomsten tussen niet-concurrenten. Bij wederzijdse licenties tussen concurrenten waarbij beiden ermee instemmen geen technologieën van derden te gebruiken, kan de overeenkomst evenwel collusie tussen hen op de productmarkt vergemakkelijken, hetgeen de lagere marktaandeeldrempel van 20 % rechtvaardigt.

199. Marktafsluiting kan zich voordoen wanneer een aanzienlijk deel van de potentiële licentienemers reeds gebonden zijn aan één of, in het geval van cumulatieve effecten, meer bronnen van technologie en het hen onmogelijk wordt gemaakt concurrerende technologieën te exploiteren. Marktafsluitingseffecten kunnen het gevolg zijn van overeenkomsten die zijn gesloten door een enkele licentiegever met een aanzienlijke mate van marktmacht, of van een cumulatief effect van overeen-

komsten die door meerdere licentiegevers zijn gesloten, zelfs wanneer elke individuele overeenkomst of elk netwerk van overeenkomsten op zichzelf onder de GVTO valt. In het laatste geval zal een ernstig cumulatief effect zich echter waarschijnlijk niet voordoen zolang minder dan 50 % van de markt gebonden is. Boven is bij die drempel een aanzienlijke mate van marktafsluiting waarschijnlijk, wanneer er relatief hoge toetredingsdrempels voor nieuwe licentienemers bestaan. Indien de toetredingsdrempels laag zijn, kunnen nieuwe licentienemers de markt betreden en commercieel aantrekkelijke technologieën van derden exploiteren; zo kunnen zij een reëel alternatief vormen voor de gevestigde licentienemers. Om te bepalen hoe reëel de toetredings- en groeikansen van derden zijn, moet tevens rekening worden gehouden met de mate waarin de distributeurs door niet-concurrentiebedingen gebonden zijn aan licentienemers. Voor technologieën van derden bestaat slechts een reële toetredingsmogelijkheid indien zij toegang hebben tot de noodzakelijke productiemiddelen en distributiekanalen. Het gemak van de toegang hangt met andere woorden niet alleen af van de beschikbaarheid van licentienemers, maar ook van de mate waarin zij toegang hebben tot distributie. Bij het toetsen van de afschermingseffecten op distributieniveau zal de Commissie het analytische kader toepassen dat is uiteengezet onder IV.2.1 van de richtsnoeren inzake verticale beperkingen <sup>(67)</sup>.

200. Wanneer de licentiegever een aanzienlijke mate van marktmacht bezit, kunnen verplichtingen die aan licentienemers worden opgelegd om de technologie uitsluitend van de licentiegever te betrekken, leiden tot aanzienlijke marktafsluitingseffecten. Hoe sterker de marktpositie van de licentiegever, hoe groter het risico op uitsluiting van concurrerende technologieën. Om tot merkbare marktafsluitingseffecten te leiden, is het niet noodzakelijk dat de niet-concurrentiebedingen betrekking hebben op een groot deel van de markt. Zelfs zonder een groot marktgebied kunnen aanzienlijke marktafsluitingseffecten zich voordoen wanneer de niet-concurrentiebedingen gericht zijn op ondernemingen die het meest in aanmerking komen om concurrerende technologieën in licentie te nemen. Het risico op marktafsluiting is bijzonder groot wanneer er slechts een beperkt aantal potentiële licentienemers zijn en de licentieovereenkomst betrekking heeft op een technologie die door de licentienemers wordt gebruikt om een input voor hun eigen gebruik te maken. In dat geval is de toetredingsdrempel voor een nieuwe licentiegever waarschijnlijk hoog. Marktafsluiting is doorgaans minder waarschijnlijk wanneer de technologie wordt gebruikt om een product te maken dat aan derden wordt verkocht; hoewel in dat geval de beperking tevens productiecapaciteit bindt voor de betrokken input, geldt dit niet voor de vraag naar het product waarin de met in licentie gegeven technologie vervaardigde input is verwerkt. Om in dit laatste geval de markt te betreden, dienen licentiegevers alleen toegang te hebben tot een of meer licentienemer(s) die over de juiste productiecapaciteit beschikken, en tenzij slechts enkele ondernemingen de productiemiddelen bezitten of kunnen verkrijgen die vereist zijn om in licentie te produceren, is het onwaarschijnlijk dat de licentiegever door het opleggen van niet-concurrentiebedingen aan zijn licentienemers concurrenten de toegang tot efficiënte licentienemers zou kunnen ontzeggen.

201. Niet-concurrentiebedingen kunnen ook concurrentiebevorderende effecten hebben. Om te beginnen kunnen dergelijke verplichtingen de verspreiding van technologie bevorderen door het risico op misbruik van de in licentie gegeven technologie, met name knowhow, te verminderen. Indien de licentienemer het recht heeft om concurrerende technologieën van derden in licentie te nemen, bestaat het risico dat specifiek in licentie gegeven knowhow zou worden gebruikt bij de exploitatie van concurrerende technologieën en zo de concurrenten ten goede zou komen. Wanneer een licentienemer ook concurrerende technologieën exploiteert, maakt dit gewoonlijk ook het toezicht op royaltybetalingen moeilijker, hetgeen licentiëring kan ontmoedigen.
202. In de tweede plaats kunnen niet-concurrentiebedingen, eventueel in combinatie met een exclusief gebied, noodzakelijk zijn om de licentienemer te stimuleren om in de in licentie gegeven technologie te investeren en deze doelmatig te exploiteren. Wanneer de overeenkomst onder artikel 81, lid 1, valt vanwege een aanzienlijk markt-afschermingseffect kan het, om gebruik te kunnen maken van artikel 81, lid 3, noodzakelijk zijn om een minder beperkend alternatief te kiezen, zoals bijvoorbeeld het opleggen van minimumverplichtingen op het gebied van productie of royalty's, welke doorgaans minder gemakkelijk tot uitsluiting van concurrerende technologieën zullen leiden.
203. In de derde plaats kunnen, wanneer de licentiegever zich ertoe verbindt aanzienlijke klantgebonden investeringen te doen, bijvoorbeeld in opleiding of in het aanpassen van de in licentie gegeven technologie aan de behoeften van de licentienemer, niet-concurrentiebedingen of anderszins minimumverplichtingen op het stuk van productie of royalty's noodzakelijk zijn om de licentiegever ertoe te brengen de investering te doen en „hold-up” problemen te vermijden. In de regel zal de licentiegever echter voor die investeringen rechtstreeks kunnen doen betalen in de vorm van een bedrag ineens, hetgeen betekent dat minder beperkende alternatieven voorhanden zijn.
- 3. Schikkingen en overeenkomsten inzake de niet-uitoefening van rechten**
204. Het verlenen van licenties kan dienen als middel om geschillen minnelijk te regelen of om te voorkomen dat de ene partij haar intellectuele-eigendomsrechten uitoefent om de andere te verhinderen haar eigen technologie te exploiteren. Het verlenen van licenties, met inbegrip van het wederzijds verlenen van licenties in het kader van schikkingen of overeenkomsten inzake de niet-uitoefening van rechten is als zodanig niet-concurrentiebeperkend, aangezien het de partijen de mogelijkheid biedt om na de overeenkomst hun technologieën te exploiteren. De specifieke bepalingen en voorwaarden van dergelijke overeenkomsten kunnen echter onder artikel 81, lid 1, vallen. Het verlenen van licenties in het kader van schikkingen wordt als andere licentieovereenkomsten behandeld. In het geval van technologieën die vanuit technisch oogpunt vervangingstechnologieën zijn, is het derhalve noodzakelijk om te beoordelen in hoeverre het waarschijnlijk is dat de betrokken technologieën in een of twee richtingen een blokkeringspositie behelzen (zie punt 32). Is dit het geval, dan worden de partijen niet als concurrenten beschouwd.
205. De groepsvrijstelling is van toepassing mits de overeenkomst geen „hardcore”-beperkingen van de mededinging omvat als vermeld in artikel 4 van de GVTO. De „hardcore”-lijst van artikel 4, lid 1, kan met name van toepassing zijn wanneer de partijen wisten dat er geen sprake was van een blokkeringspositie en zij derhalve concurrenten zijn. In dergelijke gevallen vormt de schikking louter een middel om de mededinging die zonder de overeenkomst zou bestaan, te beperken.
206. Wanneer het waarschijnlijk is dat de licentienemer zonder de licentie van de markt zou kunnen worden uitgesloten, is de overeenkomst over het algemeen concurrentiebevorderend. Beperkingen die de intratechnologieconcurrentie tussen de licentiegever en de licentienemer beperken zijn dikwijls verenigbaar met artikel 81 (zie deel 2).
207. Overeenkomsten waarbij de partijen elkaar wederzijds licenties verlenen en beperkingen opleggen met betrekking tot het gebruik van hun technologieën inclusief beperkingen op het in licentie geven ervan aan derden, kunnen onder artikel 81, lid 1 vallen. Wanneer de partijen een aanzienlijke mate van marktmacht bezitten en de overeenkomst beperkingen oplegt die duidelijk verder gaan dan hetgeen nodig is om een blokkeringspositie op te heffen, zal de overeenkomst vermoedelijk onder artikel 81, lid 1 vallen, zelfs indien er waarschijnlijk sprake is van een wederzijdse blokkeringspositie. Artikel 81, lid 1, zal met name naar alle waarschijnlijkheid van toepassing zijn wanneer de partijen markten verdelen of wederkerige running royalty's vaststellen die een aanzienlijke invloed op de marktprijzen hebben.
208. Wanneer de partijen krachtens de overeenkomst gerechtigd zijn elkaars technologie te gebruiken en de overeenkomst ook betrekking heeft op toekomstige ontwikkelingen, moet worden beoordeeld wat de invloed van de overeenkomst is op de prikkel voor de partijen om te innoveren. Wanneer de partijen een behoorlijke mate van marktmacht bezitten zal de overeenkomst waarschijnlijk onder artikel 81, lid 1, vallen wanneer zij de partijen verhindert een concurrentievoorsprong ten opzichte van elkaar te behalen. Overeenkomsten die de mogelijkheden van een partij om een concurrentievoorsprong ten opzichte van de ander te behalen wegnemen of in aanzienlijke mate beperken verminderen de prikkel om te innoveren en hebben daarom een schadelijke invloed op een wezenlijk deel van het mededingingsproces. Daarnaast is het onwaarschijnlijk dat dergelijke overeenkomsten aan de voorwaarden van artikel 81, lid 3, voldoen. Het is met name onwaarschijnlijk dat de beperking als onmisbaar kan worden beschouwd in de zin van de derde voorwaarde van artikel 81, lid 3. Voor het bereiken van het doel van de overeenkomst, namelijk ervoor te zorgen dat de partijen hun eigen technologie kunnen blijven exploiteren zonder geblokkeerd te worden door de andere partij, is het niet vereist dat de partijen overeenkomen toekomstige innovaties met elkaar te delen. Het is echter onwaarschijnlijk dat de partijen worden

verhinderd om een concurrentievoorsprong op de ander te behalen wanneer het doel van de licentie is hen in staat te stellen hun respectievelijke technologieën te ontwikkelen en zij als gevolg van de licentie niet van dezelfde technologische oplossingen gebruikmaken. Deze overeenkomsten brengen slechts vrijheid van ontwerp tot stand door toekomstige inbreukvorderingen van de andere partij uit te sluiten.

209. In het kader van een schikking en een overeenkomst inzake de niet-uitoefening van rechten worden niet-aanvechttingsclausules over het algemeen geacht buiten de toepassing van artikel 81, lid 1, te vallen. Het is eigen aan dergelijke overeenkomsten dat de partijen overeenkomen achteraf niet de intellectuele-eigendomsrechten aan te vechten waarop de overeenkomst betrekking heeft. Het is inderdaad het wezenlijke doel van de overeenkomst bestaande geschillen te beslechten en/of toekomstige geschillen te voorkomen.

#### 4. Technologiepools

210. Technologiepools worden gedefinieerd als regelingen waarbij twee of meer partijen een pakket technologie bijeenbrengen dat niet alleen aan de deelnemers aan de pool, maar ook aan derden in licentie wordt gegeven. Wat hun structuur betreft, kunnen technologiepools de vorm aannemen van gewone overeenkomsten tussen een beperkt aantal partijen, maar ook van ingewikkelde organisatorische regelingen waarbij de organisatie van de licentiëring van de gepoolde technologieën wordt toevertrouwd aan een afzonderlijke entiteit. In beide gevallen kan de pool licentienemers de mogelijkheid bieden op de markt actief te zijn op basis van een enkele licentie.

211. Er is geen noodzakelijk verband tussen technologiepools en normen, maar in sommige gevallen ondersteunen de technologieën in de pool (geheel of gedeeltelijk) een feitelijke of wettelijke industriernorm. Wanneer technologiepools een industriernorm ondersteunen, doen zij dat niet noodzakelijk slechts voor één norm. Verschillende technologiepools kunnen concurrerende normen ondersteunen<sup>(68)</sup>.

212. Overeenkomsten betreffende de oprichting van technologiepools waarin de voorwaarden voor het functioneren ervan worden vastgelegd, vallen, ongeacht het aantal partijen, niet onder de groepsvrijstelling (zie onder III.2.2). Op dergelijke overeenkomsten zijn alleen deze richtsnoeren van toepassing. Poolingovereenkomsten stellen een aantal specifieke vraagstukken aan de orde in verband met de keuze van de erin opgenomen technologieën en het functioneren van de pool, die in het kader van andere soorten licentieovereenkomsten geen rol spelen. De afzonderlijke licenties die door de pool aan derden worden verleend, worden echter behandeld als andere licentieovereenkomsten, waarvoor de groepsvrijstelling geldt wanneer zij voldoen aan de voorwaarden van de GVTO, met inbegrip van de voorschriften van artikel 4 van de GVTO dat de lijst van „hardcore”-beperkingen bevat.

213. Technologiepools kunnen concurrentiebeperkend zijn. De oprichting van een technologiepool houdt noodzakelijk

kerwijs in dat de gepoolde technologieën gezamenlijk worden verkocht, wat in het geval van pools die uitsluitend of in hoofdzaak bestaan uit vervangingstechnologieën neerkomt op een prijsbindingskartel. Behalve dat zij de mededinging tussen de partijen beperken, kunnen technologiepools daarenboven, met name wanneer zij een industriernorm ondersteunen of een feitelijke industriernorm tot stand brengen, ook tot vermindering van innovatie leiden door alternatieve technologieën uit te sluiten. Het bestaan van de norm en de daarmee verbonden technologiepool kan het voor nieuwe en verbeterde technologieën moeilijk maken een plaats op de markt te veroveren.

214. Technologiepools kunnen ook concurrentiebevorderende effecten hebben, met name door het beperken van de transactiekosten en het stellen van een bovengrens aan cumulatieve royalty's om dubbele marginalisatie te voorkomen. De oprichting van een pool maakt „one-stop” licentiëring van de in de pool opgenomen technologieën mogelijk. Dit is met name van belang in sectoren waar intellectuele-eigendomsrechten een grote rol spelen en waar van een aanzienlijk aantal licentiegevers licenties moeten worden verkregen om op de markt actief te kunnen zijn. Wanneer de licentienemers voortdurende service ontvangen met betrekking tot de toepassing van de in licentie gegeven technologie, kan gezamenlijke licentiëring en dienstverlening leiden tot een verdere vermindering van de kosten.

#### 4.1. De aard van de gepoolde technologieën

215. De risico's voor de mededinging en de mogelijkheden tot efficiëntieverbetering die aan technologiepools verbonden zijn, hangen in ruime mate af van de verhouding tussen de gepoolde technologieën onderling en van hun verhouding met technologieën buiten de pool. Daarbij moet een dubbel fundamenteel onderscheid worden gemaakt, namelijk a) tussen complementaire technologieën en vervangingstechnologieën, en b) tussen essentiële en niet-essentiële technologieën.

216. Twee technologieën<sup>(69)</sup> zijn *complementair*, en geen vervangingstechnologieën, wanneer beide technologieën vereist zijn om het product te vervaardigen of het procédé uit te voeren waarop de technologieën betrekking hebben. Omgekeerd zijn twee technologieën substituten voor elkaar wanneer de bezitter ervan met een van de technologieën het product kan vervaardigen of het procédé kan uitvoeren waarop de technologieën betrekking hebben. Een technologie is *essentieel* (en in het omgekeerde geval *niet-essentieel*) indien er binnen of buiten de pool geen substituten voor die technologie zijn en de betrokken technologie een noodzakelijk onderdeel van het pakket technologieën vormt met het oog op de vervaardiging van het product of de producten dan wel de uitvoering van het procédé of de procédés waarop de pool betrekking heeft. Een technologie waarvoor geen substituten bestaan blijft essentieel zolang de technologie onder ten minste één geldig intellectueel eigendomsrecht valt. Technologieën die essentieel zijn, zijn noodzakelijkerwijs ook complementair.

217. Wanneer de technologieën in een pool vervangingstechnologieën zijn, zullen de royalty's waarschijnlijk hoger liggen dan anders het geval zou zijn, omdat de licentienemers geen profijt trekken van de rivaliteit tussen de betrokken technologieën. Wanneer de technologieën in de pool complementair zijn, vermindert de overeenkomst de transactiekosten en kan zij leiden tot lagere royalty's, omdat de partijen een gezamenlijke royalty kunnen vaststellen voor het pakket in plaats dat voor elke licentie afzonderlijk een royalty wordt vastgesteld die geen rekening houdt met de door anderen vastgestelde royalty's.
218. Het onderscheid tussen complementaire en vervangings-technologieën is niet steeds haarscherp te trekken, aangezien technologieën gedeeltelijk substituten en gedeeltelijk complementair kunnen zijn. Wanneer het wegens de efficiëntieverbeteringen die voortvloeien uit de integratie van twee technologieën waarschijnlijk is dat de licentienemers beide technologieën zullen vragen, worden de technologieën als complementair beschouwt, zelfs indien zij gedeeltelijk substituten voor elkaar zijn. In dergelijke gevallen is het waarschijnlijk dat de licentienemers zonder de pool beide technologieën in licentie zouden willen nemen wegens het bijkomende economische voordeel van het gebruik van beide technologieën in plaats van slechts één ervan.
219. De opneming van vervangingstechnologieën in de pool beperkt de intertechnologieconcurrentie en komt neer op collectieve bundeling. Wanneer de pool grotendeels bestaat uit vervangingstechnologieën, behelst de regeling daarenboven prijsbinding tussen concurrenten. In het algemeen is de Commissie van oordeel dat het opnemen van vervangingstechnologieën in de pool een inbreuk vormt op artikel 81, lid 1. De Commissie is tevens van oordeel dat het onwaarschijnlijk is dat aan de voorwaarden van artikel 81, lid 3, zal zijn voldaan wanneer de pools in belangrijke mate vervangingstechnologieën omvatten. Aangezien de betrokken technologieën alternatieven voor elkaar zijn, levert het opnemen van beide technologieën in de pool geen besparing van transactiekosten op. Zonder de pool zouden de licentienemers niet om beide technologieën gevraagd hebben. Het is niet voldoende dat het de partijen vrij blijft staan onafhankelijk licenties te verlenen. Om de pool, die hen in staat stelt gezamenlijk marktmacht uit te oefenen, niet te ondermijnen, zullen de partijen waarschijnlijk niet erg geneigd zijn dat te doen.
220. Wanneer een pool uitsluitend bestaat uit technologieën die essentieel zijn en bijgevolg noodzakelijkerwijs ook complementair, valt de oprichting van de pool als zodanig in het algemeen buiten het toepassingsgebied van artikel 81, lid 1, ongeacht de marktpositie van de partijen. De voorwaarden waarop licenties worden verleend, kunnen evenwel onder artikel 81, lid 1, vallen.
221. Wanneer niet-essentiële maar complementaire octrooien in de pool zijn opgenomen, bestaat er een gevaar voor uitsluiting van technologieën van derden. Wanneer een technologie eenmaal is opgenomen in de pool en als een onderdeel van het pakket in licentie is gegeven, zullen de licentienemers waarschijnlijk niet erg geneigd zijn een licentie te nemen op een concurrerende technologie, aangezien de voor het pakket betaalde royalty reeds een vervangingstechnologie omvat. Het opnemen van technologieën die niet noodzakelijk zijn voor de vervaardiging van het product of de producten of voor de uitvoering van het procédé of de procédés waarop de technologiepool betrekking heeft, dwingt de licentienemers daarenboven te betalen voor een technologie die zij eventueel niet nodig hebben. Het opnemen van complementaire octrooien komt dus neer op collectieve bundeling. Wanneer een pool niet-essentiële technologieën omvat, zal de overeenkomst waarschijnlijk onder artikel 81, lid 1, vallen, indien de pool een belangrijke positie bekleedt op een van de relevante markten.
222. Aangezien vervangings- en complementaire technologieën na de oprichting van de pool kunnen worden ontwikkeld, is de beoordeling van essentialiteit een voortdurend proces. Een technologie kan derhalve na de oprichting van de pool niet essentieel worden als gevolg van de opkomst van nieuwe technologieën van derden. Een manier om ervoor te zorgen dat dergelijke technologieën van derden niet van de markt worden uitgesloten is om technologieën van de pool uit te sluiten die niet essentieel zijn geworden. Er kunnen echter andere manieren zijn om ervoor te zorgen dat de technologieën van derden niet van de markt worden uitgesloten. Bij haar algemene beoordeling van technologiepools die niet-essentiële technologieën omvatten, d.w.z. technologieën waarvoor buiten de pool substituten bestaan of die niet noodzakelijk zijn voor de vervaardiging van een of meer producten waarop de pool betrekking heeft, zal de Commissie in haar gehele beoordeling onder meer rekening houden met de volgende factoren:
- a) zijn er concurrentiebevorderende redenen om de niet-essentiële technologieën op te nemen in de pool?
  - b) blijft het de licentiegevers vrij staan hun respectieve technologieën onafhankelijk in licentie te geven? Wanneer de pool uit een beperkt aantal technologieën bestaat en er buiten de pool vervangingstechnologieën voorhanden zijn, kan het voor licentienemers wellicht wenselijk zijn zelf hun eigen technologiepakket samen te stellen, deels met technologieën die deel uitmaken van de pool en deels met technologieën van derden;



- c) biedt de pool, wanneer de gepoolde technologieën verschillende toepassingen kennen en voor sommige daarvan niet alle gepoolde technologieën noodzakelijk zijn, de technologieën uitsluitend als één pakket of biedt hij verschillende pakketten voor onderscheiden toepassingen? In het laatste geval wordt voorkomen dat technologieën die niet essentieel zijn voor een bepaald product of procédé worden gekoppeld aan essentiële technologieën;
- d) zijn de gepoolde technologieën uitsluitend als een pakket verkrijgbaar of hebben licentienemers de mogelijkheid om een licentie te nemen op slechts een deel van het pakket met een dienovereenkomstige verlaging van royalty's? De mogelijkheid om een licentie te nemen op slechts een deel van het pakket kan het gevaar voor uitsluiting van technologieën van derden die niet tot de pool behoren, verminderen, met name indien de licentienemer een dienovereenkomstige verlaging van royalty's verkrijgt. Dit veronderstelt dat aan elke technologie in de pool een fractie van het totale royaltybedrag is toegewezen. Wanneer de licentieovereenkomsten tussen de pool en individuele licentienemers een relatief lange looptijd hebben en de gepoolde technologie een feitelijke industriennorm vormt, moet er tevens rekening mee worden gehouden dat de pool de toegang tot de markt kan belemmeren voor nieuwe vervangingstechnologieën. Bij de beoordeling van het risico op marktafsluiting dient in dergelijke gevallen rekening te worden gehouden met de vraag of de licentienemers al dan niet met een redelijke opzegtermijn een deel van de licentie kunnen opzeggen en een dienovereenkomstige verlaging van royalty's kunnen verkrijgen.
- 4.2. Beoordeling van individuele beperkingen**
223. In dit deel wordt een aantal beperkingen behandeld die gewoonlijk in de één of andere vorm worden aangetroffen in technologiepools en die in de algemene context van de pool dienen te worden beoordeeld. Er zij aan herinnerd (zie punt 212) dat de GVTO van toepassing is op licentieovereenkomsten die worden gesloten tussen de pool en derden-licentienemers. Hier wordt derhalve alleen ingegaan op de oprichting van de pool en op licentievraagstukken die specifiek zijn voor licentiëring in de context van technologiepools.
224. Bij haar beoordeling zal de Commissie zich in hoofdzaak laten leiden door de volgende principes:
- 1) Hoe sterker de marktpositie van de pool, hoe groter het gevaar voor concurrentieverstorende effecten.
  - 2) Pools met een sterke positie op de markt dienen open en non-discriminatoire te zijn.
  - 3) Pools mogen zonder goede reden technologieën van derden niet uitsluiten van de markt of de oprichting van andere pools niet beperken.
225. Ondernemingen die een technologiepool opzetten die verenigbaar is met artikel 81, en een eventuele industriennorm die deze pool ondersteunt, kunnen doorgaans vrijelijk, door middel van onderhandelingen, de royalty's voor het technologiepakket vaststellen en het aandeel van elke technologie in de royalty's bepalen, hetzij voordat de norm wordt vastgesteld, hetzij erna. Een overeenkomst daarover is een noodzakelijk aspect van de vaststelling van de norm of het opzetten van de pool en kan op zichzelf niet als concurrentiebeperkend worden beschouwd; zij kan onder bepaalde omstandigheden tot efficiëntieverbeteringen leiden. Het kan in sommige gevallen efficiënter zijn indien de royalty's worden bepaald voordat de norm is gekozen en niet achteraf, om te voorkomen dat de keuze van de norm een of meer essentiële technologieën een aanzienlijke mate van marktmacht oplevert. De licentienemers moeten evenwel vrij blijven om de prijs van de in licentie vervaardigde producten te bepalen. Wanneer de selectie van de in de pool op te nemen technologieën geschiedt door een onafhankelijke deskundige, kan dit de concurrentie bevorderen tussen de beschikbare technologische oplossingen.
226. Wanneer de pool een machtspositie bekleedt op de markt, dienen de royalty's en andere licentievoorwaarden fair en niet-discriminerend te zijn en moeten de licenties niet-exclusief zijn. Deze voorwaarden moeten vervuld zijn om te garanderen dat de pool open is en niet leidt tot marktafsluiting en andere concurrentieverstorende effecten op de downstream-markten. Deze voorwaarden sluiten evenwel niet uit dat verschillende royalty's kunnen gelden voor verschillende gebruiksdoeleinden. Het wordt in het algemeen niet als concurrentiebeperkend beschouwd verschillende royaltytarieven toe te passen op verschillende productmarkten, terwijl er binnen productmarkten geen discriminatie mag zijn. Met name mogen licentienemers niet anders worden behandeld naargelang zij al dan niet zelf licentiegevers zijn. De Commissie zal er dan ook rekening mee houden of licentiegevers zelf ook royalty's moeten betalen.
227. Het moet licentiegevers en licentienemers vrij staan concurrerende producten en normen te ontwikkelen en licenties te verlenen en te verkrijgen buiten de pool. Deze eisen zijn noodzakelijk om het risico van uitsluiting van de technologieën van derden te beperken en te garanderen dat de pool de innovatie niet beperkt en de totstandkoming van concurrerende technologische oplossingen niet onmogelijk maakt. Wanneer een pool een (feitelijke) industriennorm ondersteunt en wanneer de partijen onderworpen zijn aan niet-concurrentiebedingen, bestaat met name het risico dat de pool de ontwikkeling van nieuwe en verbeterde technologieën en normen belemmert.

228. „Grant back”-verplichtingen dienen niet-exclusief te zijn en beperkt te blijven tot ontwikkelingen die essentieel of belangrijk zijn voor het gebruik van de gepoolde technologie. Zo kan de pool profiteren van verbeteringen in de gepoolde technologie en deze verbeteringen doorgeven. De partijen zijn gerechtigd er voor te zorgen dat de exploitatie van de gepoolde technologie niet kan worden tegengehouden door licentienemers die essentiële octrooien bezitten of verkrijgen.
229. Een van de problemen die met betrekking tot octrooi-pools zijn vastgesteld, is het gevaar dat zij ongeldige octrooien beschermen. De pooling verhoogt de kosten/risico's om een octrooi met succes aan te vechten, omdat de poging faalt indien één enkel octrooi in de pool geldig is. De bescherming van ongeldige octrooien in de pool kan de licentienemers ertoe verplichten hogere royalty's te betalen en kan tevens de innovatie belemmeren op het gebied dat door een ongeldig octrooi wordt bestreken. Om dit risico te beperken moet het recht om een licentie te beëindigen indien zij wordt aangevochten, worden beperkt tot de technologieën die eigendom zijn van de licentiegever tegen wie de actie gericht is, en mag deze beëindiging niet worden uitgebreid tot de technologieën die eigendom zijn van de overige licentiegevers in de pool.
- #### 4.3. Het institutionele kader voor de pool
230. De wijze waarop een technologiepool wordt opgericht, georganiseerd en geëxploiteerd, kan het risico verminderen dat deze ten doel of ten gevolge heeft de mededinging te beperken en kan de garantie bieden dat de regeling concurrentiebevorderend is.
231. Wanneer deelname aan het proces inzake de totstandbrenging van normen en pools openstaat voor alle belangstellenden die verschillende belangen vertegenwoordigen, is de kans groter dat de technologieën die worden opgenomen in de pool worden gekozen op grond van prijs/kwaliteit overwegingen dan wanneer de pool wordt opgezet door een beperkte groep technologiebezitters. Ook wanneer de bevoegde organen van de pool bestaan uit personen die verschillende belangen vertegenwoordigen, is de kans groter dat de licentievoorwaarden, met inbegrip van de royalty's, open en niet-discriminerend zullen zijn en zullen beantwoorden aan de waarde van de in licentie gegeven technologie, dan wanneer de pool onder het gezag staat van vertegenwoordigers van de licentiegevers.
232. Een andere relevante factor is de mate waarin onafhankelijke deskundigen betrokken zijn bij de oprichting en het functioneren van de pool. Zo is bijvoorbeeld de afweging of een technologie al dan niet essentieel is voor een door een pool ondersteunde norm vaak een complexe aangelegenheid die een bijzondere deskundigheid vereist. Het betrekken van onafhankelijke deskundigen bij de selectie kan van groot belang zijn om ervoor te zorgen dat een verbintenis om alleen essentiële technologieën op te nemen ook in de praktijk wordt waargemaakt.
233. De Commissie zal er rekening mee houden hoe de deskundigen worden gekozen en welke taken zij precies dienen te vervullen. De deskundigen dienen onafhankelijk te zijn van de ondernemingen die de pool hebben gevormd. Indien de deskundigen verbonden zijn met de licentiegevers of anderszins van hen afhankelijk zijn, zal aan het betrekken van een deskundige minder belang worden gehecht. De deskundigen moeten tevens de noodzakelijke technische kennis bezitten om de diverse taken die hen zijn toevertrouwd te vervullen. De taken van onafhankelijke deskundigen kunnen met name betrekking hebben op de beoordeling of technologieën die voor opname in de pool worden voorgesteld geldig zijn en of zij al dan niet essentieel zijn.
234. Voorts is het relevant rekening te houden met de regelingen voor het uitwisselen van gevoelige informatie tussen de partijen. Op oligopolistische markten kan de uitwisseling van gevoelige informatie over onderwerpen zoals prijs en omzet collusie vergemakkelijken<sup>(70)</sup>. In dergelijke gevallen zal de Commissie rekening houden met de mate waarin beschermingsmaatregelen zijn getroffen die ervoor zorgen dat gevoelige informatie niet wordt uitgewisseld. Een onafhankelijke deskundige of licentieringsinstantie kan hierbij een belangrijke rol spelen door ervoor te zorgen dat productie- en omzetgegevens, die wellicht noodzakelijk zijn om de royalty's te berekenen en te controleren, niet worden bekendgemaakt aan ondernemingen die concurreren op de betrokken markten.
235. Tenslotte is het relevant rekening te houden met het systeem van geschillenbeslechting waarin de statuten van de pool voorzien. Hoe meer geschillenbeslechting wordt overgelaten aan instanties of personen die onafhankelijk zijn van de pool en de leden daarvan, hoe waarschijnlijker het is dat de geschillenbeslechting op neutrale wijze zal verlopen.

<sup>(1)</sup> PB L 123 van 27.4.2004. De GVTO vervangt Verordening (EG) 240/96 van 31 januari 1996 inzake de toepassing van artikel 81, lid 3, van het Verdrag op groepen overeenkomsten betreffende technologieoverdracht (PB L 31 van 9.2.1996, blz. 2).

<sup>(2)</sup> Zie arrest van 16.3.2000 in gevoegde zaken C-395/96 P en C-396/96 P, *Compagnie Maritime Belge*, Jurispr. 2000, blz. I-1365, r.o. 130, en punt 106 van de mededeling van de Commissie-richtsnoeren betreffende de toepassing van artikel 81, lid 3, van het Verdrag, nog niet gepubliceerd.

<sup>(3)</sup> Verordening (EG) nr. 1/2003 van de Raad betreffende de uitvoering van de mededingingsregels van de artikelen 81 en 82 van het Verdrag (PB L 1 van 4.1.2003, blz. 1).

<sup>(4)</sup> Hierna worden onder „overeenkomsten” ook steeds onderling afgestemde feitelijke gedragingen en besluiten van ondernemersverenigingen verstaan.

<sup>(5)</sup> Zie de mededeling van de Commissie-richtsnoeren betreffende het begrip „beïnvloeding van de handel” in de artikelen 81 en 82 van het Verdrag, nog niet gepubliceerd.

- (6) Hierna wordt onder „beperking” steeds ook verhindering of vervalsing van de mededinging verstaan.
- (7) Dit beginsel van communautaire uitputting is bijvoorbeeld neergelegd in artikel 7, lid 1, van Richtlijn 89/104/EEG betreffende de aanpassing van het merkenrecht der lidstaten (PB L 40 van 11.2.1989, blz. 1), dat bepaalt dat het merk de houder niet toestaat het gebruik daarvan te verbieden voor waren die onder dit merk door de houder of met zijn toestemming in de Gemeenschap in de handel zijn gebracht.
- (8) De verkoop van kopieën van een beschermd werk leidt evenwel niet tot de uitputting van de uitvoeringsrechten, met inbegrip van de verhuurrechten, op het werk; zie in dit verband het arrest van 17.5.1988 in zaak 158/86, *Warner Brothers and Metronome Video*, Jurispr. 1988, blz. 2605, en het arrest van 22.9.1998 in zaak C-61/97, *Foreningen af danske videogramdistributører*, Jurispr. 1998, blz. I-5171.
- (9) Zie bv. het arrest van 13.7.1966 in de gevoegde zaken 56/64 en 58/64, *Consten and Grundig*, Jurispr. 1966, blz. 429.
- (10) De werkwijze voor de toepassing van artikel 81, lid 3, wordt uiteengezet in de Richtsnoeren van de Commissie betreffende de toepassing van artikel 81, lid 3, van het Verdrag, reeds aangehaald in voetnoot 2.
- (11) Zie zaak nr. 56/65, *Société Technique Minière*, Jurispr. 1966, blz. 337, en zaak C-7/95 P, *John Deere*, Jurispr. 1998, blz. I-3111, r.o. 76.
- (12) Zie in dit verband bijvoorbeeld het arrest in de zaak *Consten en Grundig*, aangehaald in voetnoot 9.
- (13) Zie in dit verband het arrest in de zaak *Société Technique Minière*, aangehaald in voetnoot 11, en in zaak 258/78, *Nungesser*, Jurispr. 1982, blz. 2015.
- (14) Zie in dit verband bv. het arrest van 8.7.1999 in de zaak C-49/92 P, *Anic Partecipazioni*, Jurispr. 1999, blz. I-4125, r.o. 99.
- (15) Zie het arrest van 28.3.1984 in de gevoegde zaken 29/83 en 30/83, *CRAM and Rheinzink*, Jurispr. 1984, blz. 1679, r.o. 26, en het arrest van 8.11.1983 in de gevoegde zaken 96/82 e.a., *ANSEAU-NAVEWA*, Jurispr. 1983, blz. 3369, r.o. 23-25.
- (16) Zie het arrest in de zaak *John Deere*, Jurispr. 1998, aangehaald in voetnoot 11.
- (17) Aanwijzingen omtrent de interpretatie van het begrip „merkbaar” zijn te vinden in de bekendmaking van de Commissie inzake overeenkomsten van geringe betekenis die de mededinging niet merkbaar beperken in de zin van artikel 81, lid 1, van het Verdrag (PB C 368 van 22.12.2001, blz. 13). In die bekendmaking wordt het begrip op negatieve wijze gedefinieerd. Overeenkomsten die buiten de toepassing van de *de minimis*-bekendmaking vallen, hebben niet noodzakelijk merkbare beperkende gevolgen. Een dergelijk geval moet afzonderlijk worden beoordeeld.
- (18) Zie artikel 1, lid 2, van Verordening nr. 1/2003 van de Raad betreffende de uitvoering van de mededingingsregels van de artikelen 81 en 82 van het Verdrag (PB L 1 van 4.1.2003, blz. 1).
- (19) Bekendmaking van de Commissie inzake de bepaling van de relevante markt voor het gemeenschappelijke mededingingsrecht (PB C 372 van 9.12.1997, blz. 5).
- (20) Met betrekking tot dit onderscheid, zie ook de Richtsnoeren van de Commissie inzake de toepasselijkheid van artikel 81 van het EG-Verdrag op horizontale samenwerkingsovereenkomsten (PB C 3 van 6.1.2003, blz. 2, punten 44 tot en met 52).
- (21) Zie in dat verband de punten 50 tot en met 52 van de richtsnoeren inzake horizontale samenwerkingsovereenkomsten, reeds geciteerd in de vorige voetnoot.
- (22) *Idem*, punt 51.
- (23) Zie in dit verband de bekendmaking inzake overeenkomsten van geringe betekenis, reeds geciteerd in voetnoot 17.
- (24) Volgens artikel 3, lid 2, van Verordening nr. 1/2003 kunnen overeenkomsten die de handel tussen lidstaten kunnen beïnvloeden maar die niet verboden zijn door artikel 81, niet worden verboden door het nationale mededingingsrecht.
- (25) Krachtens Verordening nr. 19/65 van de Raad (PB 1965 blz. 533, is de Commissie niet bevoegd om een groeps-vrijstelling te verlenen voor overeenkomsten inzake technologieoverdracht tussen meer dan twee ondernemingen.
- (26) Zie overweging 19 van de GVTO en onder 2.5.
- (27) PB C 1 van 3.1.1979, blz. 2.
- (28) Zie punt 3 van de bekendmaking inzake toelevering.
- (29) Zie in dit verband de beschikking van de Commissie in de zaak *Moosehead/Whitbread* (PB L 100 van 20.4.1990, blz. 32).
- (30) Zie in dit verband het arrest van 6.10.1982 in zaak 262/81, *Coditel (II)*, Jurispr. 1982, blz. 3381.
- (31) PB L 336 van 29.12.1999, blz. 21.
- (32) PB L 304 van 5.12.2000, blz. 3.
- (33) PB L 304 van 5.12.2000, blz. 7.
- (34) Zie voetnoot 31.
- (35) Zie de gids „Concurrentiebeleid in Europa — De concurrentieregels voor leverings- en distributieovereenkomsten”, 2002.
- (36) Zie PB C 291 van 13.10.2000, blz. 1 en voetnoot 31.
- (37) Zie punt 29.

- (<sup>38</sup>) De motivering van deze wijze van berekenen is uiteengezet in punt 23.
- (<sup>39</sup>) Zie bijvoorbeeld de in voetnoot 15 geciteerde jurisprudentie.
- (<sup>40</sup>) Zie in dit verband punt 98 van de Richtsnoeren betreffende de toepassing van artikel 81, lid 3, van het Verdrag, aangehaald in voetnoot 2.
- (<sup>41</sup>) Dit is eveneens het geval wanneer de ene partij een licentie verleent aan de andere en ermee instemt van de licentienemer een materiële input te kopen. De koopprijs kan dezelfde functie hebben als de royalty's.
- (<sup>42</sup>) Zie in dit verband het arrest van 25.2.1986 in zaak 193/83, *Windsurfing International*, Jurispr. 1986, blz. 611, r.o. 67.
- (<sup>43</sup>) Voor een algemene definitie van actieve en passieve verkoop wordt verwezen naar punt 50 van de Richtsnoeren inzake verticale beperkingen, aangehaald in voetnoot 36.
- (<sup>44</sup>) Beperkingen ten aanzien van het gebruiksgebied worden onder IV.2.4. besproken.
- (<sup>45</sup>) Deze „hardcore”-beperking is van toepassing op licentieovereenkomsten betreffende de handel in de Gemeenschap. Voor overeenkomsten inzake de uitvoer naar een derde land of inzake invoer/wederinvoer in de Gemeenschap zie Zaak C-306/96, *Javico*, Jurispr. 1998, blz. I-1983.
- (<sup>46</sup>) Zie in dit verband het arrest in zaak nr. 258/78, *Nungesser*, Jurispr. 1982, r.o. 77, reeds aangehaald in voetnoot 13.
- (<sup>47</sup>) Zie in dit verband het arrest in zaak nr. 26/76, *Metro (I)*, Jurispr. 1977, blz. 1875.
- (<sup>48</sup>) Indien de in licentie gegeven technologie achterhaald is, doet zich geen beperking van de mededinging voor, zie in dit verband het arrest van 27.9.1988 in zaak 65/86, *Bayer v Süllhofer*, Jurispr. 1988, blz. 5249.
- (<sup>49</sup>) Voor niet-aanvechttingsbedingen in het kader van schikkingen, zie punt 209.
- (<sup>50</sup>) Zie punt 14.
- (<sup>51</sup>) Zie de punten 66 en 67.
- (<sup>52</sup>) Zie in dit verband punt 42 van de Richtsnoeren betreffende de toepassing van artikel 81, lid 3, van het Verdrag, reeds aangehaald in voetnoot 2.
- (<sup>53</sup>) Zie in dit verband punt 8 van de mededeling van de Commissie inzake overeenkomsten van geringe betekenis, reeds geciteerd in voetnoot 17.
- (<sup>54</sup>) Zie in dit verband het arrest in zaak T-228/97, *Irish Sugar*, Jurispr. 1999, blz. II-2969, r.o. 101.
- (<sup>55</sup>) Zie in dit verband punt 23 van de Richtsnoeren inzake horizontale samenwerkingsovereenkomsten, reeds geciteerd in voetnoot 20.
- (<sup>56</sup>) Zie het arrest in de gevoegde zaken 25/84 en 26/84, *Ford*, Jurispr. 1985, blz. 2725.
- (<sup>57</sup>) Zie in dit verband bijvoorbeeld de Beschikking van de Commissie in de zaak TPS (PB L 90 van 2.4.1999, blz. 6). Evenzo geldt het verbod van artikel 81, lid 1, enkel zolang de overeenkomst mededingingsbeperking tot doel of ten gevolge heeft.
- (<sup>58</sup>) Reeds geciteerd in voetnoot 36. Zie met name punt 115 e.v.
- (<sup>59</sup>) Wat deze begrippen betreft, zie onder IV.4.1.
- (<sup>60</sup>) Zie punt 85 van de Richtsnoeren betreffende de toepassing van artikel 81, lid 3, van het Verdrag, reeds geciteerd in voetnoot 2.
- (<sup>61</sup>) Idem, punten 98 en 102.
- (<sup>62</sup>) Zie overweging 130 van het in voetnoot 2 geciteerde arrest. Artikel 81, lid 3, staat evenmin aan de toepassing van de verdragsregels inzake het vrije verkeer van goederen, diensten, personen en kapitaal in de weg. Deze bepalingen zijn onder bepaalde omstandigheden van toepassing op overeenkomsten, besluiten en onderling afgestemde feitelijke gedragingen in de zin van artikel 81, lid 1; zie in dat verband het arrest van 19.2.2002 in zaak C-309/99, *Wouters*, Jurispr. 2002, blz. I-1577, r.o. 120.
- (<sup>63</sup>) Zie in dit verband het arrest van 10.7.1990 in zaak T-51/89, *Tetra Pak (I)*, Jurispr. 1990, blz. II-309. Zie tevens punt 106 van de Richtsnoeren betreffende de toepassing van artikel 81, lid 3, van het Verdrag, reeds geciteerd in voetnoot 2.
- (<sup>64</sup>) Zie het arrest in de zaak *Nungesser*, aangehaald in voetnoot 13.
- (<sup>65</sup>) Zie in dit verband de mededeling van de Commissie in de zaak Canon/Kodak (PB C 330 van 1.11.1999, blz. 10), en de zaak IGR Stereo Television, genoemd in het Elfde Verslag over het mededingingsbeleid (1981), punt 94.
- (<sup>66</sup>) Voor het toepasselijke analytische kader, zie deel 2.7 en punt 138 e.v. van de Richtsnoeren inzake verticale beperkingen, reeds geciteerd in voetnoot 36.
- (<sup>67</sup>) Zie voetnoot 36.
- (<sup>68</sup>) Zie in dit verband het persbericht van de Commissie IP/02/1651 betreffende de licentiëring van octrooien voor de derde generatie (3G) mobiele telefoondiensten. Bij die zaak waren vijf technologiepools betrokken, die vijf verschillende technologieën hebben ontwikkeld, die elk zouden kunnen worden gebruikt voor de productie van 3G-apparatuur.
- (<sup>69</sup>) De term „technologie” beperkt zich niet tot octrooien. Zij omvat tevens octrooiaanvragen en andere intellectuele-eigendomsrechten dan octrooien.
- (<sup>70</sup>) Zie in dit verband het arrest in de zaak *John Deere*, reeds geciteerd in voetnoot 11.

## Mededeling van de Commissie betreffende de samenwerking binnen het netwerk van mededingingsautoriteiten

(2004/C 101/03)

(Voor de EER relevante tekst)

### 1. INLEIDING

1. Bij Verordening (EG) nr. 1/2003 van de Raad van 16 december 2002 betreffende de uitvoering van de mededingingsregels van de artikelen 81 en 82 van het Verdrag (<sup>1</sup>) (hierna de „verordening van de Raad”) wordt een stelsel van parallelle bevoegdheden ingevoerd in het kader waarvan de Commissie en de mededingingsautoriteiten van de lidstaten (hierna de „NMA's”) (<sup>2</sup>) de artikelen 81 en 82 van het EG-Verdrag (hierna het „Verdrag”) kunnen toepassen. De NMA's en de Commissie vormen tezamen een netwerk van openbare autoriteiten: zij handelen in het algemeen belang en werken nauw samen om de mededinging te vrijwaren. Het netwerk is een forum voor discussie en samenwerking met het oog op de toepassing en handhaving van het communautaire mededingingsbeleid. Het biedt een kader voor de samenwerking tussen de Europese mededingingsautoriteiten in zaken waarin de artikelen 81 en 82 van het Verdrag worden toegepast en vormt de grondslag voor de totstandbrenging en handhaving van een gemeenschappelijke mededingingscultuur in Europa. Dit netwerk wordt het „European Competition Network” (ECN) genoemd.
2. De structuur van de NMA's verschilt per lidstaat. In sommige lidstaten is er één instantie die zaken onderzoekt en alle soorten besluiten neemt. In andere lidstaten zijn de taken verdeeld tussen twee lichamen, waarvan er één belast is met het onderzoek van de zaak en het ander, dikwijls een college, verantwoordelijk is voor de besluitvorming in de zaak. En ten slotte in sommige lidstaten kunnen verbodsbeschikkingen en/of beschikkingen waarbij een boete wordt opgelegd, alleen door een rechterlijke instantie worden gegeven: een andere mededingingsautoriteit treedt op als openbare aanklager die de zaak voor die rechterlijke instantie brengt. Voor zover het algemene doeltreffendheidsbeginsel in acht wordt genomen, kunnen de lidstaten op grond van artikel 35 van de verordening van de Raad bepalen welk lichaam of welke lichamen als nationale mededingingsautoriteiten worden aangewezen en hoe de taken tussen hen worden verdeeld. Krachtens de algemene beginselen van het Gemeenschapsrecht zijn de lidstaten gehouden een sanctiestelsel in te voeren dat voorziet in doeltreffende, evenredige en afschrikwekkende sancties voor inbreuken op het Gemeenschapsrecht (<sup>3</sup>). Hoewel de lidstaten verschillende handhavingssystemen hebben, erkennen zij niettemin wederzijds de normen van de regelingen van de andere lidstaten als basis voor samenwerking (<sup>4</sup>).
3. Het netwerk van mededingingsautoriteiten dient voor een efficiënte taakverdeling en een doeltreffende en coherente toepassing van de communautaire mededingingsregels te zorgen. In de verordening van de Raad en de gezamenlijke verklaring van de Raad en de Commissie betreffende de werking van het netwerk van mededingingsautoriteiten

worden de voornaamste beginselen van de werking van het netwerk uiteengezet. De nadere bijzonderheden zijn in deze mededeling te vinden.

4. Raadplegingen en uitwisselingen binnen het netwerk zijn een zaak tussen de openbare handhavingsinstanties en laten eventuele rechten of verplichtingen van ondernemingen die voortvloeien uit het communautaire of nationale recht, onverlet. Elke mededingingsautoriteit is ten volle verantwoordelijk voor de correcte afhandeling van de zaken die het in behandeling heeft.

### 2. TAAKVERDELING

#### 2.1. Toewijzingsbeginselen

5. De verordening van de Raad is gebaseerd op een stelsel van parallelle bevoegdheden waarbij alle mededingingsautoriteiten bevoegd zijn om artikel 81 of 82 van het Verdrag toe te passen en verantwoordelijk zijn voor een doeltreffende taakverdeling ten aanzien van zaken waarvoor een onderzoek noodzakelijk wordt geacht. Tegelijkertijd behoudt elk lid van het netwerk ten volle de discretionaire bevoegdheid om te beslissen een zaak al dan niet te onderzoeken. Op grond van dit stelsel van parallelle bevoegdheden kunnen zaken worden behandeld door:
  - één enkele NMA, eventueel bijgestaan door NMA's van andere lidstaten, of
  - verschillende NMA's die parallel optreden, of
  - de Commissie.
6. In de meeste gevallen zal de autoriteit die een klacht ontvangt of ambtshalve een procedure inleidt (<sup>5</sup>), belast blijven met de zaak. Doorverwijzing van een zaak zal alleen worden overwogen bij het begin van een procedure (zie punt 18) indien ofwel deze autoriteit van mening is niet geschikt te zijn om de zaak te behandelen ofwel indien andere autoriteiten van mening zijn dat ook zij geschikt zijn om de zaak te behandelen (zie hieronder de punten 8 tot 15).
7. Indien doorverwijzing noodzakelijk wordt geacht voor een doeltreffende bescherming van de mededinging en van het communautaire belang, zullen de leden van het netwerk zoveel mogelijk trachten om in zo'n geval de zaak aan één enkele geschikte mededingingsautoriteit toe te wijzen (<sup>6</sup>). De doorverwijzing dient hoe dan ook snel en doeltreffend te verlopen en het lopende onderzoek niet op te houden.

8. Een autoriteit kan geschikt worden geacht een zaak te behandelen indien aan de volgende drie cumulatieve voorwaarden is voldaan:

1. de overeenkomst of gedraging heeft aanzienlijke rechtstreekse feitelijke of vermoedelijke gevolgen voor de mededinging op haar grondgebied, wordt op haar grondgebied ten uitvoer gelegd of heeft zich daar voor het eerst voorgedaan;
2. de autoriteit kan de volledige inbreuk daadwerkelijk beëindigen, d.w.z. zij kan een administratief verbod uitvaardigen dat voldoende effect sorteert om een einde te maken aan de inbreuk en zij kan, zo nodig, de inbreuk naar behoren bestraffen;
3. zij kan, eventueel bijgestaan door andere autoriteiten, het feitenmateriaal verzamelen dat nodig is om de inbreuk te bewijzen.

9. Uit bovengenoemde criteria blijkt dat er een concreet verband moet bestaan tussen de inbreuk en het grondgebied van een lidstaat, wil de mededingingsautoriteit van die lidstaat geschikt worden geacht om een zaak te behandelen. Het valt te verwachten dat de autoriteiten van lidstaten waar de mededinging merkbaar wordt beïnvloed door een inbreuk, geschikt zullen zijn om de zaak te behandelen, mits zij door afzonderlijk dan wel parallel optreden daadwerkelijk een einde kunnen maken aan de inbreuk, tenzij de Commissie terzake beter is toegerust (zie hieronder de punten 14 en 15).

10. Hieruit volgt dat één enkele nationale mededingingsautoriteit gewoonlijk geschikt is om overeenkomsten of gedragingen aan te pakken die met name op haar grondgebied, de mededinging merkbaar beïnvloeden.

Voorbeeld 1: Ondernemingen in lidstaat A zijn betrokken bij prijsafspraken voor producten die hoofdzakelijk in lidstaat A worden verkocht.

De NMA in lidstaat A is geschikt om de zaak te behandelen.

11. Verder kan het optreden van één NMA eveneens passend zijn wanneer een dergelijk optreden volstaat om de volledige inbreuk te beëindigen, ook al kan meer dan één NMA geschikt worden geacht om de zaak te behandelen.

Voorbeeld 2: Twee ondernemingen hebben een gemeenschappelijke onderneming opgericht in lidstaat A. De gemeenschappelijke onderneming verstrekt diensten in de lidstaten A en B en levert problemen op voor de mededinging. Een administratief verbod wordt voldoende geacht om de zaak doeltreffend af te handelen omdat daarmee een eind kan worden gemaakt aan de hele inbreuk. Het feitenmateriaal bevindt zich hoofdzakelijk in het kantoor van de gemeenschappelijke onderneming in lidstaat A.

*De NMA's in de lidstaten A en B zijn beide geschikt om de zaak te behandelen maar een afzonderlijk optreden door de NMA in lidstaat A zal voldoende en doeltreffender zijn dan een afzonderlijk optreden door de NMA in lidstaat B of een parallel optreden door beide NMA's.*

12. Een parallelle behandeling door twee of drie NMA's kan passend zijn wanneer een overeenkomst of gedraging, in hoofdzaak op het grondgebied van deze autoriteiten, de mededinging merkbaar beïnvloedt en het optreden van één enkele NMA niet volstaat om de volledige inbreuk te beëindigen en/of deze naar behoren te bestraffen. [. . .]

Voorbeeld 3: Twee ondernemingen sluiten een overeenkomst inzake de verdeling van de markt, waarbij de activiteiten van de onderneming in lidstaat A beperkt worden tot lidstaat A en de activiteiten van de onderneming in lidstaat B tot lidstaat B.

*De NMA's in de lidstaten A en B zijn de geschikte instanties om de zaak parallel te behandelen, elk voor hun respectieve grondgebied.*

13. De autoriteiten die een zaak in het kader van een parallel optreden behandelen, zullen trachten hun optreden zoveel mogelijk te coördineren. Daartoe kunnen zij het nuttig achten een van hen als leidende autoriteit aan te wijzen en bepaalde taken aan deze autoriteit te delegeren, zoals bijvoorbeeld de coördinatie van onderzoeksmaatregelen, met dien verstande dat elke autoriteit verantwoordelijk blijft voor het verloop van haar eigen procedures.

14. De Commissie is bij uitstek geschikt om een zaak te behandelen wanneer een of meer overeenkomsten of gedragingen, netwerken van soortgelijke overeenkomsten of gedragingen inbegrepen, in meer dan drie lidstaten gevolgen hebben voor de mededinging (grensoverschrijdende markten die meer dan drie lidstaten omvatten of verschillende nationale markten).

Voorbeeld 4: Twee ondernemingen sluiten een overeenkomst inzake de verdeling van de markt of de vaststelling van prijzen voor het hele grondgebied van de Gemeenschap. De Commissie is de aangewezen instantie om de zaak te behandelen.

Voorbeeld 5: Een onderneming die een machtspositie heeft op vier verschillende nationale markten, maakt misbruik van haar positie door getrouwheidskortingen op te leggen aan haar distributeurs op al deze markten. De Commissie is de aangewezen instantie om de zaak te behandelen. Zij zou zich ook tot één nationale markt kunnen beperken teneinde een precedent te scheppen waarna de zaak voor de andere nationale markten zou kunnen worden afgehandeld door de NMA's, vooral wanneer iedere nationale markt een afzonderlijke beoordeling vereist.

15. Bovendien is de Commissie bij uitstek geschikt om een zaak te behandelen wanneer deze nauw verband houdt met andere communautaire bepalingen waarvoor de Commissie uitsluitend bevoegd is, of die door de Commissie doeltreffender kunnen worden toegepast, dan wel wanneer het communautaire belang vereist dat er een besluit van de Commissie wordt vastgesteld teneinde het communautaire mededingingsbeleid verder te ontwikkelen ter ondervanging van nieuwe mededingingsvraagstukken, of om een daadwerkelijke handhaving te waarborgen.

## 2.2. Regelingen voor de samenwerking met het oog op de toewijzing van zaken en het verlenen van bijstand

### 2.2.1. Verstrekken van informatie aan het begin van de procedure (artikel 11 van de verordening van de Raad)

16. Teneinde na te gaan of er meerdere procedures zijn ingeleid en ervoor te zorgen dat zaken worden behandeld door een geschikte mededingingsautoriteit, dienen de leden van het netwerk in een vroeg stadium te worden ingelicht over de zaken die bij de verschillende mededingingsautoriteiten aanhangig zijn (7). Indien een zaak moet worden doorverwezen, is het namelijk in het belang van zowel het netwerk als de betrokken ondernemingen dat de doorverwijzing snel plaatsvindt.

17. De verordening van de Raad voorziet in een regeling waarbij de mededingingsautoriteiten elkaar informeren teneinde ervoor te zorgen dat zaken efficiënt en snel worden doorverwezen. Op grond van artikel 11, lid 3, van de verordening van de Raad zijn de NMA's verplicht, wanneer zij op grond van artikel 81 of artikel 82 van het Verdrag optreden, de Commissie vóór of onverwijld na het begin van de eerste formele onderzoeksmaatregel hiervan in kennis te stellen. In lid 3 wordt voorts bepaald dat de inlichtingen tevens ter beschikking kunnen worden gesteld van de andere NMA's (8). De bedoeling van artikel 11, lid 3, van de verordening van de Raad is om het netwerk in staat te stellen gevallen op te sporen waarin meerdere procedures zijn ingeleid en de problemen in verband met een mogelijke doorverwijzing aan te pakken zodra een autoriteit het onderzoek naar een zaak start. Derhalve dienen de NMA's en de Commissie te worden geïnformeerd voordat of net nadat een stap is genomen die vergelijkbaar is met de onderzoeksmaatregelen waartoe de Commissie kan overgaan overeenkomstig de artikelen 18 tot 21 van de verordening van de Raad. De Commissie heeft krachtens artikel 11, lid 2, van de verordening van de Raad een soortgelijke verplichting aanvaard om de NMA's in te lichten. De leden van het netwerk stellen elkaar op de hoogte van lopende zaken door middel van een standaardformulier dat beperkte informatie over de zaak bevat, zoals de autoriteit die de zaak behandelt, het product, de grondgebieden en de partijen in kwestie, de vermeende inbreuk, de vermoedelijke duur van de inbreuk en de oorsprong van de zaak. Zij stellen elkaar ook op de hoogte wanneer zich veranderingen van betekenis voordoen.

18. Wanneer zich problemen inzake doorverwijzing voordoen, dienen deze onverwijld te worden opgelost, gewoonlijk binnen een periode van twee maanden vanaf de datum waarop de eerste informatie aan het netwerk werd toegezonden overeenkomstig artikel 11 van de verordening van de Raad. Tijdens deze periode zullen de mededingingsautoriteiten trachten tot een akkoord te komen over een mogelijke doorverwijzing en zonodig over een nadere regeling van een parallel optreden.

19. De mededingingsautoriteit of -autoriteiten die aan het einde van de doorverwijzingsperiode met een zaak belast is/zijn, zal/zullen in de regel deze zaak verder behandelen tot het einde van de procedure. Doorverwijzing van een zaak na de eerste toewijzingsperiode van twee maanden dient alleen plaats te vinden indien de feiten die bekend zijn over de zaak, in de loop van de procedure wezenlijk veranderen.

### 2.2.2. Schorsing of beëindiging van de procedure (artikel 13 van de verordening van de Raad)

20. Indien dezelfde overeenkomst of feitelijke gedraging aan verschillende mededingingsautoriteiten is voorgelegd, hetzij omdat zij een klacht hebben ontvangen, hetzij omdat zij op eigen initiatief een procedure hebben ingeleid, biedt artikel 13 van de verordening van de Raad de rechtsgrondslag voor de schorsing van een procedure of de afwijzing van een klacht op grond van het feit dat een andere autoriteit de zaak reeds behandelt of behandeld heeft. De in dit artikel vervatte zinsnede „de zaak behandelt” betekent niet enkel dat er een klacht is ingediend bij een andere autoriteit: het betekent dat de andere autoriteit de zaak uit eigen naam onderzoekt of heeft onderzocht.

21. Artikel 13 van de verordening van de Raad is van toepassing wanneer een andere autoriteit het door de klager naar voren gebrachte mededingingsvraagstuk heeft behandeld of behandelt, zelfs wanneer de onderhavige autoriteit is opgetreden of optreedt op basis van een klacht die door een andere klager is ingediend of naar aanleiding van een ambtshalve ingestelde procedure. Dit betekent dat er een beroep kan worden gedaan op artikel 13 van de verordening van de Raad indien de overeenkomst of feitelijke gedraging dezelfde inbreuk(en) betreft op dezelfde relevante geografische en productmarkten.

22. Een NMA kan haar procedure schorsen of afsluiten maar is hiertoe niet verplicht. Artikel 13 van de verordening van de Raad biedt ruimte om rekening te houden met de specifieke kenmerken van elk afzonderlijk geval. Deze flexibiliteit is van belang: indien een klacht door een autoriteit werd afgewezen na een onderzoek naar de grond van de zaak, zal een andere autoriteit de zaak wellicht niet opnieuw willen onderzoeken. Wanneer anderzijds een klacht om andere redenen werd afgewezen (bijvoorbeeld omdat

de autoriteit niet de nodige bewijzen wist te verzamelen om de inbreuk aan te tonen), zal een andere autoriteit wellicht haar eigen onderzoek willen instellen en de zaak behandelen. Deze flexibiliteit komt ook tot uiting in de mogelijkheid die voor elke NMA openstaat om voor aanhangige zaken haar procedure te sluiten of te schorsen. Een autoriteit zal wellicht niet genegen zijn om een zaak af te sluiten voordat de uitkomst van de procedure van een andere autoriteit duidelijk is. De mogelijkheid om haar procedure te schorsen stelt de autoriteit in staat om op een later tijdstip te besluiten om al dan niet haar procedure af te sluiten. Een dergelijke flexibiliteit komt ook de consistente toepassing van de regels ten goede.

23. Indien een autoriteit de procedure afsluit of schorst omdat een andere autoriteit de zaak behandelt, kan zij, overeenkomstig artikel 12 van de verordening van de Raad, de door de klager verstrekte informatie overdragen aan de autoriteit die de zaak zal behandelen.
24. Artikel 13 van de verordening van de Raad kan ook worden toegepast op een onderdeel van een klacht of van een procedure. Het kan zijn dat een klacht of een ambtshalve ingestelde procedure slechts ten dele een zaak overlapt die reeds door een andere mededingingsautoriteit is of wordt behandeld. In dat geval is de mededingingsautoriteit waarbij de klacht is ingediend, gerechtigd om de klacht ten dele af te wijzen op grond van artikel 13 van de verordening van de Raad en de rest van de klacht op de aangewezen wijze te behandelen. Hetzelfde geldt voor de afsluiting van de procedure.
25. Artikel 13 van de verordening van de Raad is niet de enige rechtsgrondslag voor de schorsing of afsluiting van ambtshalve ingestelde procedures of voor de afwijzing van klachten. De NMA's kunnen dit recht ook ontleen aan hun nationale procesrecht. De Commissie kan een klacht ook afwijzen wegens gebrek aan Gemeenschapsbelang of om andere redenen die met de aard van de klacht verband houden<sup>(9)</sup>.
- 2.2.3. *Uitwisseling en gebruik van vertrouwelijke inlichtingen (artikel 12 van de verordening van de Raad)*
26. Een belangrijk aspect voor de werking van het netwerk is de bevoegdheid van alle mededingingsautoriteiten om informatie uit te wisselen en te gebruiken (met inbegrip van documenten, verklaringen en digitale informatie), die door hen is verzameld met het oog op de toepassing van artikel 81 of 82 van het Verdrag. Deze bevoegdheid is een eerste voorwaarde voor een efficiënte en doelmatige toewijzing en behandeling van zaken.

deze als bewijsmiddel te gebruiken. Dit betekent dat er niet alleen informatie kan worden uitgewisseld tussen een NMA en de Commissie maar ook tussen NMA's onderling. Artikel 12 van de verordening van de Raad heeft voorrang op iedere strijdige wetgeving van een lidstaat. De vraag of de informatie op rechtmatige wijze was verzameld door de toezendende autoriteit, wordt geregeld op grond van de voor die autoriteit geldende wetgeving. Bij de toezending van informatie kan de toezendende autoriteit de ontvangende autoriteit meedelen of de vergaring van informatie werd betwist of nog zou kunnen worden betwist.

28. Aan de uitwisseling en het gebruik van informatie zijn in het bijzonder de volgende waarborgen voor ondernemingen en personen verbonden.
- a) Om te beginnen wordt in artikel 28 van de verordening van de Raad bepaald dat „de Commissie en de mededingingsautoriteiten van de lidstaten, hun functionarissen, personeelsleden en andere onder het toezicht van deze autoriteiten werkende personen [...] geen inlichtingen openbaar maken die zij uit hoofde van” de verordening van de Raad „hebben verkregen of uitgewisseld en die naar hun aard onder de geheimhoudingsplicht vallen”. Het rechtmatige belang van ondernemingen bij de bescherming van hun zakengeheimen mag evenwel niet ten koste gaan van de openbaarmaking van informatie die nodig is om een inbreuk op de artikelen 81 en 82 van het Verdrag aan te tonen. De term „geheimhoudingsplicht” die in artikel 28 van de verordening van de Raad wordt gebruikt is een begrip dat ontleend is aan het Gemeenschapsrecht en dat met name betrekking heeft op zakengeheimen en andere vertrouwelijke inlichtingen. Aldus zal voor de hele Gemeenschap een gemeenschappelijk minimumniveau van bescherming worden gecreëerd.
- b) De tweede waarborg voor ondernemingen heeft betrekking op het gebruik van de inlichtingen die binnen het netwerk zijn uitgewisseld. Krachtens artikel 12, lid 2, van de verordening van de Raad kunnen de aldus uitgewisselde inlichtingen alleen als bewijsmiddel worden gebruikt voor de toepassing van de artikelen 81 en 82 van het Verdrag en met betrekking tot het onderwerp waarvoor zij zijn verzameld<sup>(10)</sup>. Op grond van artikel 12, lid 2, van de verordening van de Raad kunnen de uitgewisselde inlichtingen ook worden gehanteerd voor de parallelle toepassing van nationale mededingingsrecht op dezelfde zaak. Dit is evenwel alleen mogelijk indien de toepassing van het nationale recht niet tot een ander resultaat leidt ten aanzien van de vaststelling van een inbreuk dan krachtens de artikelen 81 en 82 van het Verdrag het geval zou zijn.
- c) De derde waarborg die bij de verordening van de Raad wordt verleend, betreft het opleggen van sancties aan personen op basis van de inlichtingen die krachtens artikel 12, lid 1, zijn uitgewisseld. De verordening van de Raad voorziet alleen in sancties voor onder-



nemingen wegens inbreuken op de artikelen 81 en 82 van het Verdrag. In de wetgeving van sommige lidstaten zijn ook sancties voor natuurlijke personen voorzien in verband met inbreuken op de artikelen 81 en 82 van het Verdrag. Natuurlijke personen genieten gewoonlijk uitgebreidere rechten van verdediging (bijvoorbeeld het zwijgrecht in vergelijking tot ondernemingen die alleen mogen weigeren vragen te beantwoorden wanneer dit zou leiden tot erkenning van een inbreuk<sup>(11)</sup>). Artikel 12, lid 3, van de verordening van de Raad waarborgt dat inlichtingen die van ondernemingen zijn verkregen, niet zodanig kunnen worden aangewend dat de hogere mate van bescherming die natuurlijke personen genieten, wordt omzeild. Met deze bepaling wordt voorkomen dat aan natuurlijke personen sancties worden opgelegd op basis van inlichtingen die krachtens de verordening van de Raad zijn uitgewisseld, indien de wetgevingen van de toezendende en de ontvangende autoriteit niet in sancties van soortgelijke aard voorzien ten aanzien van natuurlijke personen, tenzij de rechten van de betrokken persoon ten aanzien van het verzamelen van bewijsmateriaal door de toezendende autoriteit in dezelfde mate zijn geëerbiedigd als zij door de ontvangende autoriteit worden gewaarborgd. Voor de toepassing van artikel 12, lid 3, van de verordening van de Raad is het niet van belang of de sancties die in het nationale recht worden voorzien onder het administratief recht of het strafrecht vallen. In de verordening van de Raad wordt getracht een onderscheid te maken tussen sancties die gevangenisstraffen behelzen en andere soorten sancties zoals boetes voor natuurlijke personen en andere persoonlijke sancties. Indien het rechtstelsel van zowel de toezendende als de ontvangende autoriteit in sancties van soortgelijke aard voorziet (bijvoorbeeld in beide lidstaten kunnen boetes worden opgelegd aan een personeelslid van een onderneming dat betrokken is geweest bij de inbreuk op artikel 81 of 82 van het Verdrag), kan de informatie die krachtens artikel 12 van de verordening van de Raad is uitgewisseld, door de ontvangende autoriteit worden gebruikt. In dat geval worden de procedurele waarborgen van beide stelsels geacht gelijkwaardig te zijn. Indien daarentegen de beide rechtstelsels niet in sancties van soortgelijke aard voorzien, kan de informatie alleen worden gebruikt indien in het betreffende geval dezelfde mate van bescherming voor de rechten van natuurlijke personen wordt geboden (zie artikel 12, lid 3, van de verordening van de Raad). In dat laatste geval kunnen gevangenisstraffen alleen worden opgelegd indien zowel de toezendende als de ontvangende autoriteit gerechtigd zijn een dergelijke straf op te leggen.

#### 2.2.4. Onderzoeken (artikel 22 van de verordening van de Raad)

29. De verordening van de Raad voorziet in de mogelijkheid voor een NMA om een andere NMA om bijstand te verzoeken bij het verzamelen van inlichtingen in haar naam. Een NMA kan een andere NMA verzoeken in haar naam onderzoeksmaatregelen uit te voeren. Op grond van artikel 12 van de verordening van de Raad kan de NMA die bijstand verleent, de door haar verzamelde inlichtingen toezenden aan de verzoekende NMA. Iedere uitwisseling

tussen NMA's en het gebruik als bewijsmiddel door de verzoekende NMA van dergelijke inlichtingen dient te geschieden overeenkomstig artikel 12 van de verordening van de Raad. Wanneer een NMA namens een andere NMA optreedt, doet zij dit overeenkomstig haar eigen procedurevoorschriften en op grond van haar eigen onderzoeksbevoegdheden.

30. Krachtens artikel 22, lid 2, van de verordening van de Raad kan de Commissie een NMA verzoeken namens haar een inspectie te verrichten. De Commissie kan ofwel een beschikking geven overeenkomstig artikel 20, lid 4, van de verordening van de Raad ofwel gewoon een verzoek doen toekomen aan de NMA. De NMA-functionarissen oefenen hun bevoegdheden uit overeenkomstig hun nationale wetgeving. De ambtenaren van de Commissie kunnen de NMA tijdens de inspectie bijstand verlenen.

### 2.3. Positie van ondernemingen

#### 2.3.1. Algemeen

31. Alle leden van het netwerk zullen trachten de toewijzing van zaken snel en efficiënt te laten verlopen. Aangezien bij de verordening van de Raad een stelsel van parallelle bevoegdheden is ingevoerd, komt de toewijzing van zaken aan leden van het netwerk gewoonweg neer op een taakverdeling waarbij sommige autoriteiten ervan afzien om op te treden. De toewijzing van zaken schept derhalve geen individueel recht voor de ondernemingen die bij een inbreuk betrokken zijn of daardoor getroffen worden, dat hun zaak door een welbepaalde autoriteit zal worden behandeld.
32. Indien een zaak wordt doorverwezen naar een bepaalde mededingingsautoriteit, dan is dat omdat de toepassing van de hierboven uiteengezette toewijzingscriteria tot de conclusie heeft geleid dat deze autoriteit geschikt is om de zaak alleen of door middel van een parallel optreden te behandelen. De mededingingsautoriteit waarnaar de zaak wordt doorverwezen, zou hoe dan ook in staat zijn geweest om ambtshalve een procedure in te leiden tegen de inbreuk.
33. Voorts passen alle mededingingsautoriteiten het communautaire mededingingsrecht toe, en in de verordening van de Raad zijn regelingen voorzien om ervoor te zorgen dat de regels coherent worden toegepast.
34. Indien een zaak binnen het netwerk wordt doorverwezen, worden de betrokken ondernemingen en de klager(s) hiervan zo spoedig mogelijk op de hoogte gesteld door de betrokken mededingingsautoriteiten.

### 2.3.2. Positie van klagers

35. Indien er overeenkomstig artikel 7 van de verordening van de Raad een klacht bij de Commissie wordt ingediend en indien de Commissie de klacht niet onderzoekt of de aangeklaagde overeenkomst of feitelijke gedraging niet verbiedt, heeft de klager recht op een beschikking waarbij zijn klacht wordt afgewezen, onverminderd het bepaalde in artikel 7, lid 3, van de uitvoeringsverordening van de Commissie<sup>(12)</sup>. De rechten van klagers die een klacht indienen bij een NMA, zijn geregeld bij het toepasselijke nationale recht.
36. Voorts biedt artikel 13 van de verordening van de Raad alle NMA's de mogelijkheid om een klacht te schorsen of af te wijzen op grond van het feit dat een andere mededingingsautoriteit dezelfde zaak behandelt of heeft behandeld. Krachtens deze bepaling kan ook de Commissie een klacht afwijzen op grond van het feit dat een mededingingsautoriteit van een lidstaat de zaak behandelt of heeft behandeld. Artikel 12 van de verordening van de Raad staat de uitwisseling van inlichtingen tussen mededingingsautoriteiten binnen het netwerk toe, voor zover de waarborgen die in dat artikel voorzien zijn, in acht worden genomen (zie hierboven punt 28).

### 2.3.3. Positie van degenen die een beroep doen op een clementieregeling

37. De Commissie is van oordeel<sup>(13)</sup> dat het in het belang van de Gemeenschap is om ondernemingen die met haar samenwerken bij het onderzoek naar kartelinbreuken, een gunstige behandeling te verlenen. Een aantal lidstaten heeft eveneens een clementieregeling<sup>(14)</sup> ingevoerd voor kartelonderzoeken. Het doel van deze clementieregelingen is om de opsporing door de mededingingsautoriteiten van kartelafspraken te vergemakkelijken en daardoor tevens de deelname aan onwettige kartels te ontmoedigen.
38. Bij gebrek aan een voor de hele Europese Unie geldend systeem van volledig geharmoniseerde clementieregelingen, mag een verzoek aan een bepaalde autoriteit om toepassing van de clementieregeling niet worden beschouwd als een clementieverzoek aan enige andere autoriteit. Het is derhalve in het belang van de aanvrager om een clementieverzoek in te dienen bij alle mededingingsautoriteiten die bevoegd zijn om artikel 81 van het Verdrag toe te passen op het grondgebied waar de inbreuk van invloed is, en die geschikt kunnen worden bevonden om op te treden tegen de onderhavige inbreuk<sup>(15)</sup>. Aangezien het tijdstip van het beroep op de regeling van groot belang is bij de meeste bestaande clementieregelingen, dienen de aanvragers ook te overwegen of het dienstig is om aanvragen voor toepassing van de clementieregeling bij alle betrokken autoriteiten gelijktijdig in te dienen. Het is aan de aanvrager om de stappen te nemen die hij nodig acht om zijn positie te beschermen met het oog op mogelijke procedures van deze autoriteiten.
39. Net als voor alle gevallen waarin de artikelen 81 en 82 van het Verdrag worden toegepast, dient een NMA die een zaak behandelt welke is ingeleid naar aanleiding van een

beroep op de clementieregeling, de Commissie hiervan in kennis te stellen en de inlichtingen tevens ter beschikking te stellen van de andere leden van het netwerk overeenkomstig artikel 11, lid 3 van de verordening van de Raad (zie punt 16 e.v.). De Commissie heeft krachtens artikel 11, lid 2, van de verordening van de Raad een soortgelijke verplichting aanvaard om de NMA's in te lichten. In dergelijke gevallen zullen de inlichtingen die aan het netwerk zijn verstrekt krachtens artikel 11, niet door de andere leden van het netwerk worden gebruikt als uitgangspunt voor een eigen onderzoek op grond van de mededingingsregels van het Verdrag of, in het geval van de NMA's, op grond van hun nationale mededingingswetgeving of andere wetgeving<sup>(16)</sup>. Dit doet niets af aan de bevoegdheid van de autoriteit om een onderzoek in te stellen op basis van informatie uit andere bronnen of, onder voorbehoud van het bepaalde in de hiernavolgende punten 40 en 41, overeenkomstig artikel 12 van de verordening van de Raad bij enig ander lid van het netwerk, met inbegrip van het lid waarbij het verzoek om toepassing van de clementieregeling werd ingediend, informatie op te vragen, te verkrijgen en te gebruiken.

40. Onder voorbehoud van het bepaalde in punt 41, zal de informatie die vrijwillig is verstrekt door de aanvrager van clementie, alleen met de toestemming van de aanvrager worden toegezonden aan een ander lid van het netwerk overeenkomstig artikel 12 van de verordening van de Raad. Evenzo zal andere informatie die is verkregen tijdens of naar aanleiding van een inspectie of via of naar aanleiding van enig andere onderzoeksmaatregel die hoe dan ook alleen kon worden uitgevoerd dankzij de clementieaanvraag, alleen overeenkomstig artikel 12 van de verordening van de Raad aan een andere autoriteit worden verstrekt indien de aanvrager heeft ingestemd met de overdracht aan die autoriteit van informatie die hij vrijwillig heeft verstrekt in zijn clementieaanvraag. De leden van het netwerk zullen de aanvragers aanmoedigen een dergelijke toestemming te geven, vooral voor de overdracht aan autoriteiten waarbij de aanvrager een beroep op clementie zou kunnen doen. Wanneer de aanvrager eenmaal zijn toestemming heeft gegeven voor de overdracht van informatie aan een andere autoriteit, kan deze toestemming niet meer worden ingetrokken. Deze bepaling doet evenwel niets af aan de verantwoordelijkheid van elke aanvrager om bij elke autoriteit waarvoor zulks dienstig lijkt, een aanvraag voor toepassing van de clementieregeling in te dienen.
41. Niettegenstaande het voorgaande is de toestemming van de aanvrager voor de overdracht van informatie aan een andere autoriteit overeenkomstig artikel 12 van de verordening van de Raad niet vereist in de volgende gevallen:
1. Er is geen toestemming vereist indien de ontvangende autoriteit ook een clementieaanvraag voor dezelfde inbreuk van dezelfde aanvrager heeft ontvangen als de toezendende autoriteit, op voorwaarde dat op het tijdstip van de overdracht van de informatie er voor de aanvrager geen mogelijkheid bestaat om de informatie die hij aan die ontvangende autoriteit heeft voorgelegd, terug te trekken.

2. Er is geen toestemming vereist indien de ontvangende autoriteit een schriftelijke toezegging heeft verstrekt dat noch de informatie die aan haar is toegezonden, noch enig andere informatie die zij zou verkrijgen na de datum en het tijdstip van de toezending zoals genoteerd door de toezendende autoriteit, door haar of door enig andere autoriteit waaraan de informatie vervolgens wordt toegezonden, zal worden gebruikt om sancties op te leggen:

- a) aan de aanvrager voor toepassing van de clementieregeling;
- b) aan ieder ander rechtspersoon of natuurlijke persoon die onder de gunstige behandeling valt die door de toezendende autoriteit wordt geboden naar aanleiding van het beroep dat door de aanvrager is gedaan op de clementieregeling;
- c) aan iedere werknemer of voormalige werknemer van een van de natuurlijke of rechtspersonen die onder a) of b) vallen.

Aan de aanvrager zal een kopie van de schriftelijke verbintenis van de ontvangende autoriteit worden verstrekt.

3. Indien informatie wordt verzameld door een lid van het netwerk overeenkomstig artikel 22, lid 1, van de verordening van de Raad namens en voor rekening van het lid van het netwerk waarbij de clementieaanvraag is ingediend, is geen toestemming vereist voor de overdracht van dergelijke informatie aan, en het gebruik daarvan door, het lid van het netwerk waarbij de aanvraag was ingediend.

42. Informatie aangaande zaken die als het gevolg van een clementieverzoek zijn ingeleid en die aan de Commissie is overgelegd krachtens artikel 11, lid 3, van de verordening van de Raad<sup>(17)</sup>, zal enkel ter beschikking worden gesteld van de NMA's die zich ertoe hebben verbonden de hierboven uiteengezette beginselen in acht te nemen (zie ook punt 72). Dit geldt ook wanneer de zaak door de Commissie is ingeleid ingevolge een bij de Commissie ingediend clementieverzoek. Dit doet niet af aan de bevoegdheid van elke autoriteit om overeenkomstig artikel 12 van de verordening van de Raad informatie te ontvangen, evenwel op voorwaarde dat de bepalingen van de punten 40 en 41 worden gerespecteerd.

### 3. CONSEQUENTE TOEPASSING VAN DE COMMUNAUTAIRE MEDEDINGINGSREGELS<sup>(18)</sup>

#### 3.1. Wijze van samenwerking (artikel 11, leden 4 en 5, van de verordening van de Raad)

43. De verordening van de Raad heeft als doelstelling dat de artikelen 81 en 82 van het Verdrag in de hele Gemeenschap op samenhangende wijze worden toegepast. In dit verband houden de NMA's zich aan de convergentieregel die vervat is in artikel 3, lid 2, van de verordening van de Raad. Overeenkomstig artikel 16, lid 2, kunnen zij, wan-

neer zij artikel 81 of artikel 82 van het Verdrag toepassen op overeenkomsten, besluiten of gedragingen die reeds het voorwerp uitmaken van een beschikking van de Commissie, geen beslissingen nemen die in strijd zijn met de door de Commissie gegeven beschikking. Binnen het netwerk van mededingingsautoriteiten heeft de Commissie, als hoedster van het Verdrag, de uiteindelijke, maar niet uitsluitende verantwoordelijkheid voor de ontwikkeling van beleid en voor de waarborging van een consequente toepassing van het communautaire mededingingsrecht.

44. In artikel 11, lid 4, van de verordening van de Raad wordt bepaald dat de NMA's uiterlijk 30 dagen voor het aannemen uit hoofde van artikel 81 of 82 van het Verdrag van een beslissing tot beëindiging van een inbreuk, een beslissing tot aanvaarding van toezeggingen of een beslissing tot intrekking van een groepsvrijstelling de Commissie daarvan in kennis stellen. Zij dienen de Commissie uiterlijk 30 dagen voor het aannemen van de beslissing, een samenvatting van de zaak, de beoogde beslissing of, bij ontstentenis daarvan, elk ander document waarin het voorgestelde optreden wordt aangegeven, ter beschikking te stellen.

45. Net als bij artikel 11, lid 3, van de verordening van de Raad bestaat er de verplichting om de Commissie in kennis te stellen, maar de NMA die de Commissie in kennis stelt, kan de informatie delen met de andere leden van het netwerk.

46. Wanneer een NMA de Commissie overeenkomstig artikel 11, lid 4, van de verordening van de Raad in kennis gesteld heeft en de termijn van 30 dagen verstreken is, kan de beslissing worden aangenomen voor zover de Commissie geen procedure heeft ingeleid. De Commissie kan schriftelijke opmerkingen over de zaak maken voordat de NMA de beslissing aanneemt. De NMA en de Commissie zullen het nodige in het werk stellen om de consistente toepassing van het Gemeenschapsrecht te verzekeren (zie punt 3).

47. Indien bijzondere omstandigheden vereisen dat er binnen minder dan 30 dagen na de toezending van inlichtingen overeenkomstig artikel 11, lid 4, van de verordening van de Raad een nationale beslissing wordt aangenomen, kan de betrokken NMA de Commissie verzoeken sneller te reageren. De Commissie zal trachten zo snel mogelijk te handelen.

48. Andere soorten beslissingen, bijvoorbeeld beslissingen tot afwijzing van klachten, beslissingen tot afsluiting van een ambtshalve ingestelde procedure of beslissingen waarbij voorlopige maatregelen worden gelast, kunnen vanuit het oogpunt van het mededingingsbeleid eveneens belangrijk zijn; de leden van het netwerk kunnen er daarom belang bij hebben deze aan elkaar ter kennis te brengen en eventueel te bespreken. De NMA's kunnen derhalve, op grond van artikel 11, lid 5, van de verordening van de Raad, de Commissie en aldus het netwerk in kennis stellen van iedere andere zaak waarin het communautaire mededingingsrecht wordt toegepast.

49. Alle leden van het netwerk dienen elkaar in kennis te stellen van de afsluiting van door hen gevoerde procedures die krachtens artikel 11, leden 2 en 3, van de verordening van de Raad aan het netwerk ter kennis zijn gebracht <sup>(19)</sup>.

### 3.2. De inleiding van een procedure door de Commissie krachtens artikel 11, lid 6, van de verordening van de Raad

50. Volgens de jurisprudentie van het Hof van Justitie is het aan de Commissie, die volgens artikel 85, lid 1, van het Verdrag de taak heeft over de toepassing van de in de artikelen 81 en 82 van het Verdrag neergelegde beginselen te waken, om de oriëntatie van het communautaire mededingingsbeleid te bepalen en uit te voeren <sup>(20)</sup>. Zij kan te allen tijde individuele beschikkingen op grond van de artikelen 81 en 82 van het Verdrag geven.

51. In artikel 11, lid 6, van de verordening van de Raad wordt bepaald dat wanneer de Commissie een procedure begint die tot het geven van een beschikking op grond van de verordening moet leiden, dit alle NMA's hun bevoegdheid ontnemt tot toepassing van de artikelen 81 en 82 van het Verdrag. Dit betekent dat wanneer de Commissie eenmaal een procedure heeft ingeleid, de NMA's niet op basis van dezelfde rechtsgrondslag kunnen optreden tegen dezelfde overeenkomst(en) of feitelijke gedraging(en) door dezelfde onderneming(en) op dezelfde relevante geografische en productmarkt.

52. De inleiding van een procedure door de Commissie is een formele handeling <sup>(21)</sup> waarbij de Commissie haar voornemen te kennen geeft om een beschikking krachtens hoofdstuk III van de verordening van de Raad te geven. Dit kan in elk stadium van het onderzoek van de zaak door de Commissie gebeuren. Enkel het feit dat de Commissie een klacht heeft ontvangen, is niet voldoende om de NMA's van hun bevoegdheid te ontheffen.

53. Er kunnen zich twee situaties voordoen. Allereerst, wanneer de Commissie de eerste mededingingsautoriteit is die een procedure inleidt in een zaak die tot het geven van een beschikking op grond van de verordening van de Raad moet leiden, mogen de nationale mededingingsautoriteiten de zaak niet langer behandelen. In artikel 11, lid 6, van de verordening van de Raad wordt bepaald dat wanneer de Commissie eenmaal een procedure begint de NMA's niet langer hun eigen procedure kunnen starten met het oog op de toepassing van de artikelen 81 en 82 van het Verdrag op dezelfde overeenkomst(en) of feitelijke gedraging(en) door dezelfde onderneming(en) op dezelfde geografische en productmarkt.

54. De tweede situatie doet zich voor wanneer een of meer NMA's het netwerk overeenkomstig artikel 11, lid 3, van de verordening van de Raad ter kennis hebben gebracht dat zij een bepaalde zaak in behandeling hebben genomen.

Tijdens de eerste toewijzingsperiode (indicatieve duur van twee maanden, zie hierboven punt 18) kan de Commissie na overleg met de betrokken autoriteiten een procedure inleiden die de gevolgen van artikel 11, lid 6, van de verordening van de Raad teweegbrengt. Na de toewijzingsfase zal de Commissie in principe alleen artikel 11, lid 6, toepassen indien zich een van de volgende situaties voordoet:

- a) leden van het netwerk overwegen in dezelfde zaak onderling strijdige beslissingen;
- b) leden van het netwerk overwegen een beslissing die klaarblijkelijk in strijd is met de vaste jurisprudentie; de criteria die in de arresten van de rechterlijke instanties van de Gemeenschap en in eerdere beschikkingen en verordeningen van de Commissie zijn omschreven, dienen daarbij als maatstaf te worden gebruikt; ten aanzien van de beoordeling van de feiten (bijvoorbeeld definitie van de markt) zal alleen een belangrijk meningsverschil aanleiding geven tot een optreden van de Commissie;
- c) een of meer leden van het netwerk laten de procedures in de zaak onnodig aanslepen;
- d) er is behoefte aan een beschikking van de Commissie om het communautaire mededingingsbeleid verder te ontwikkelen, met name wanneer zich in verschillende lidstaten een vergelijkbaar mededingingsvraagstuk voordoet, of om een doeltreffende handhaving te verzekeren;
- e) de betrokken NMA('s) maakt/maken hiertegen geen bezwaar.

55. Indien een NMA een zaak reeds in behandeling heeft genomen, dan licht de Commissie haar beweegredenen voor de toepassing van artikel 11, lid 6, van de verordening van de Raad schriftelijk toe aan de betrokken NMA, alsmede aan de andere leden van het netwerk <sup>(22)</sup>.

56. De Commissie brengt het netwerk tijdig op de hoogte van haar voornemen om artikel 11, lid 6, van de verordening van de Raad toe te passen, zodat de leden van het netwerk een vergadering van het Adviescomité over de zaak kunnen verzoeken alvorens de Commissie de procedure inleidt.

57. De Commissie zal gewoonlijk niet — en voor zover het communautair belang niet in het geding is — een beschikking geven die strijdig is met een beslissing van een NMA nadat zij naar behoren in kennis is gesteld overeenkomstig artikel 11, leden 3 en 4, van de verordening van de Raad en de Commissie geen gebruik heeft gemaakt van artikel 11, lid 6, van de verordening van de Raad.

#### 4. DE ROL EN DE WERKING VAN HET ADVIESCOMITÉ IN HET NIEUWE STELSEL

58. Het adviescomité is het forum waar deskundigen van de verschillende mededingingsautoriteiten individuele zaken en algemene vraagstukken van het communautaire mededingingsrecht bespreken <sup>(23)</sup>.

##### 4.1. Omvang van de raadpleging

###### 4.1.1. Beschikkingen van de Commissie

59. Het adviescomité wordt geraadpleegd alvorens de Commissie een beschikking geeft overeenkomstig de artikelen 7, 8, 9, 10, 23, 24, lid 2, of 29, lid 1, van de verordening van de Raad. De Commissie moet zoveel mogelijk rekening houden met het door het adviescomité uitgebrachte advies en zij moet het comité op de hoogte brengen van de wijze waarop zij rekening heeft gehouden met zijn advies.

60. Voor beschikkingen waarbij voorlopige maatregelen worden aangenomen, wordt het adviescomité geraadpleegd volgens een snellere en minder omvattende procedure op basis van een korte toelichting en het dispositief van de beschikking.

###### 4.1.2. Beschikkingen van NMA's

61. Het is in het belang van het netwerk dat belangrijke zaken die door de NMA's worden behandeld krachtens de artikelen 81 en 82 van het Verdrag, in het adviescomité kunnen worden besproken. De verordening van de Raad biedt de Commissie de mogelijkheid om een zaak die door een NMA wordt behandeld, op de agenda van het adviescomité te plaatsen. Bespreking kan geschieden op verzoek van de Commissie of van een lidstaat. In beide gevallen zal de Commissie de zaak op de agenda plaatsen na de betrokken NMA(s) hiervan op de hoogte te hebben gebracht. Deze bespreking in het adviescomité zal niet tot een formeel advies leiden.

62. In belangrijke zaken kan het adviescomité ook als forum fungeren voor besprekingen over de toewijzing van zaken. In het bijzonder wanneer de Commissie voornemens is om artikel 11, lid 6, van de verordening van de Raad toe te passen na de eerste toewijzingsperiode, kan de zaak in het adviescomité worden besproken alvorens de Commissie de procedure inleidt. Het adviescomité kan hierover een informele verklaring afleggen.

###### 4.1.3. Uitvoeringsmaatregelen, groepsvrijstellingsverordeningen, richtsnoeren en andere mededelingen (artikel 33 van de verordening van de Raad)

63. Het adviescomité wordt geraadpleegd over ontwerpverordeningen van de Commissie zoals bepaald in de betreffende verordeningen van de Raad.

64. Afgezien van verordeningen kan de Commissie ook mededelingen en richtsnoeren aannemen. Dit zijn flexibeler instrumenten die heel nuttig zijn om het beleid van de Commissie uiteen te zetten en aan te kondigen, en om haar interpretatie van de mededingingsregels toe te lichten. Het adviescomité wordt ook over deze mededelingen en richtsnoeren geraadpleegd.

#### 4.2. Procedure

##### 4.2.1. Normale procedure

65. Bij raadplegingen over ontwerpbeschikkingen van de Commissie vindt de vergadering van het adviescomité ten vroegste plaats 14 dagen na de verzending door de Commissie van de uitnodiging voor de vergadering plaats. Bij de uitnodiging voegt de Commissie een samenvatting van de zaak, een lijst van de belangrijkste documenten, d.w.z. de documenten die nodig zijn voor de beoordeling van de zaak, en een ontwerpbeschikking. Het adviescomité brengt advies uit over de ontwerpbeschikking van de Commissie. Op verzoek van een of meer leden wordt het advies met redenen omkleed.

66. De verordening van de Raad voorziet in de mogelijkheid voor de lidstaten om in te stemmen met een kortere termijn tussen de verzending van de uitnodiging en de vergadering.

##### 4.2.2. Schriftelijke procedure

67. In de verordening van de Raad is de mogelijkheid van een schriftelijke raadplegingsprocedure voorzien. Indien geen van de lidstaten bezwaar maakt, kan de Commissie de lidstaten raadplegen door hen de documenten toe te zenden en een termijn vast te stellen waarbinnen zij hun opmerkingen over het ontwerp kunnen maken. Deze termijn is gewoonlijk ten minste 14 dagen, behalve bij beschikkingen tot vaststelling van voorlopige maatregelen overeenkomstig artikel 8 van de verordening van de Raad. Indien een lidstaat daarom verzoekt zal de Commissie een vergadering beleggen.

#### 4.3. Bekendmaking van het advies van het adviescomité

68. Het adviescomité kan de bekendmaking van zijn advies aanbevelen. In dat geval zal de Commissie het tegelijk met de beschikking bekendmaken, waarbij zij rekening zal houden met het wettige belang van ondernemingen bij de bescherming van hun zakengeheimen.

#### 5. SLOTOPMERKINGEN

69. Deze mededeling laat iedere interpretatie van de toepasselijke Verdragsbepalingen en andere wettelijke bepalingen door het Gerecht van eerste aanleg en het Hof van Justitie onverlet.

70. Deze mededeling zal aan een periodiek onderzoek door de NMA's en de Commissie worden onderworpen. Op basis van de opgedane ervaring zal deze ten laatste aan het einde van het derde jaar na de goedkeuring ervan worden herzien.

71. Deze mededeling komt in de plaats van de mededeling van de Commissie betreffende de samenwerking tussen de Commissie en de mededingingsautoriteiten van de lidstaten bij de behandeling van onder de artikelen 81 en 82 van het EG-Verdrag vallende zaken, die in 1997 is gepubliceerd <sup>(24)</sup>.

## 6. VERKLARING VAN DE ANDERE LEDEN VAN HET NETWERK

72. Ook de mededingingsautoriteiten van de lidstaten die een verklaring in de vorm van de bijlage bij deze mededeling hebben ondertekend, zullen zich aan de in deze medede-

ling vervatte beginselen houden. Hierin nemen zij nota van de beginselen van deze mededeling, met inbegrip van de beginselen betreffende de bescherming van degenen die een beroep doen op een clementieregeling<sup>(25)</sup>, en verklaren zij zich hieraan te zullen houden. Een lijst van deze autoriteiten wordt op de website van de Europese Commissie gepubliceerd en zo nodig bijgewerkt.

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

<sup>(2)</sup> In deze mededeling wordt naar de Europese Commissie en de nationale mededingingsautoriteiten tezamen verwezen als „de mededingingsautoriteiten”.

<sup>(3)</sup> Zie arrest van HvJ in zaak 68/88 — Commissie t. Helleense Republiek, Jurispr. 1989, blz. 2965 (r.o. 23-25).

<sup>(4)</sup> Zie punt 8 van de Gezamenlijke Verklaring van de Raad en de Commissie betreffende de werking van het netwerk van mededingingsautoriteiten, die te vinden is in het register van de Raad op het webadres <http://register.consilium.eu.int> (document nr. 15435/02 ADD 1).

<sup>(5)</sup> In deze mededeling wordt de term „procedure” gebruikt voor onderzoeken en/of officiële procedures met het oog op het geven van een beschikking overeenkomstig de verordening van de Raad, welke, naar gelang het geval, door een NMA of de Commissie worden verricht of ingeleid.

<sup>(6)</sup> Zie overweging 18 van de verordening van de Raad.

<sup>(7)</sup> Voor zaken die aanhangig zijn gemaakt na een clementieverzoek, zie punt 37 e.v.

<sup>(8)</sup> Het voornemen om alle uit hoofde van artikel 11 uitgewisselde gegevens beschikbaar te stellen en gemakkelijk toegankelijk te maken voor alle leden van het netwerk, was evenwel vervat in de Gezamenlijke Verklaring van de Raad en de Commissie betreffende de werking van het netwerk van mededingingsautoriteiten, waarnaar in voetnoot 5 wordt verwezen.

<sup>(9)</sup> Zie de mededeling van de Commissie betreffende de behandeling van klachten.

<sup>(10)</sup> Zie arrest van HvJ in zaak 85/87 — Dow Benelux, Jurispr. 1989, blz. 3137 (r.o. 17-20).

<sup>(11)</sup> Zie arrest van HvJ in zaak 374/87 — Orkem, Jurispr. 1989, blz. 3283, en van het Gerecht in zaak T-112/98 — Mannesmannröhren-Werke AG, Jurispr. 2001, blz. II-729.

<sup>(12)</sup> Verordening (EG) nr. 773/2004 van de Commissie, PB L 123 van 27.4.2004.

<sup>(13)</sup> PB C 45 van 19.2.2002, blz. 3, punt 3.

<sup>(14)</sup> In deze mededeling wordt de term „clementieregeling” gebruikt om alle regelingen aan te duiden (met inbegrip van de regeling van de Commissie) op grond waarvan hetzij volledige immuniteit wordt verleend hetzij een aanzienlijke vermindering van de geldboetes die anders zouden zijn opgelegd aan een karteldeelnemer, in ruil voor de vrijwillige verstrekking van inlichtingen over het kartel, voor of tijdens het stadium van het onderzoek van de zaak, voor zover aan bepaalde criteria wordt voldaan. De term slaat niet op strafverminderingen die om andere redenen worden verleend. De Commissie zal op haar website een lijst publiceren van autoriteiten die een clementieregeling toepassen.

<sup>(15)</sup> Zie hierboven de punten 8 tot 15.

<sup>(16)</sup> Evenzo kan informatie die wordt verstrekt ter verkrijging van bijstand van de ontvangende autoriteit krachtens de artikelen 20 of 21 van de verordening van de Raad of ten einde een inspectie of andere onderzoeksmaatregel te laten uitvoeren krachtens artikel 22 van de verordening van de Raad, alleen worden gebruikt voor de toepassing van genoemde artikelen.

<sup>(17)</sup> Zie punt 17.

<sup>(18)</sup> Op grond van artikel 15 van de verordening van de Raad kunnen de NMA's en de Commissie schriftelijke en, met de toestemming van de rechtelijke instantie, mondelinge opmerkingen maken tijdens procedures tot toepassing van de artikelen 81 en 82 van het Verdrag. Dit is een heel belangrijk instrument om een consistente toepassing van de communautaire regels te verzekeren. Bij de uitoefening van deze bevoegdheid zullen de NMA's en de Commissie nauw samenwerken.

<sup>(19)</sup> Zie punt 24 van de Gezamenlijke Verklaring van de Raad en de Commissie betreffende de werking van het netwerk van mededingingsautoriteiten, waarnaar in voetnoot 5 wordt verwezen.

<sup>(20)</sup> Zie arrest van HvJ in zaak C-344/98 — Masterfoods Ltd, Jurispr. 2000, blz. I-11369.

<sup>(21)</sup> Het Hof van Justitie heeft dit begrip gedefinieerd in zaak 48/72 NV Brasserie de Haecht, Jurispr. 1973, blz. 77: „het inleiden van een procedure in de zin van artikel 9 van Verordening nr. 17 doelt op een gezagshandeling van de Commissie, waaruit haar wil blijkt een beschikking te treffen”.

<sup>(22)</sup> Zie punt 22 van de in voetnoot 3 genoemde gezamenlijke verklaring.

<sup>(23)</sup> Wanneer er horizontale vraagstukken zoals groepsvrijstellingsverordeningen en richtsnoeren worden besproken, kunnen de lidstaten overeenkomstig artikel 14, lid 2, van de verordening van de Raad een extra, voor mededingingszaken bevoegde vertegenwoordiger aanwijzen die niet noodzakelijkerwijs tot de mededingingsautoriteit behoort.

<sup>(24)</sup> PB C 313 van 15.10.1997, blz. 3.

<sup>(25)</sup> Zie punt 37 e.v.

## BIJLAGE

**VERKLARING INZAKE DE MEDEDELING VAN DE COMMISSIE BETREFFENDE DE SAMENWERKING BINNEN HET NETWERK VAN MEDEDINGINGSAUTORITEITEN**

Met het oog op een nauwe samenwerking ter bescherming van de mededinging binnen de Europese Unie in het belang van de consumenten,

1. onderschrijft de ondertekenende mededingingsautoriteit de beginselen die vervat zijn in de mededeling van de Commissie betreffende de samenwerking binnen het netwerk van mededingingsautoriteiten, en
2. verklaart zij zich aan deze beginselen te zullen houden, met inbegrip van de beginselen betreffende de bescherming van degenen die een beroep doen op een clementieregeling, in elk geval waarin zij optreedt of kan optreden en waarop deze beginselen van toepassing zijn.

.....  
(plaats)

.....  
(datum)

\_\_\_\_\_

## Mededeling van de Commissie betreffende de samenwerking tussen de Commissie en de rechterlijke instanties van de EU-lidstaten bij de toepassing van de artikelen 81 en 82 van het Verdrag

(2004/C 101/04)

(Voor de EER relevante tekst)

### I. TOEPASSINGSGBIED VAN DE MEDEDELING

1. Deze mededeling regelt de samenwerking tussen de Commissie en de rechterlijke instanties van de EU-lidstaten, wanneer deze laatste instanties de artikelen 81 en 82 van het Verdrag toepassen. Voor de toepassing van deze mededeling wordt verstaan onder „rechterlijke instanties van de EU-lidstaten” (hierna te noemen: „nationale rechterlijke instanties” of „nationale rechters”) de hoven en rechtbanken van een EU-lidstaat die de artikelen 81 en 82 van het Verdrag kunnen toepassen en bevoegd zijn om op grond van artikel 234 van het Verdrag het Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen om een prejudiciële beslissing te verzoeken <sup>(1)</sup>.

2. De nationale rechterlijke instanties kunnen worden verzocht om de artikelen 81 of 82 van het Verdrag toe te passen in rechtszaken tussen particulieren, bijvoorbeeld in het kader van contractuele vorderingen of vorderingen tot schadevergoeding. Zij kunnen ook optreden als openbare handhavinginstantie of beroepsinstantie. Een nationale rechterlijke instantie kan immers overeenkomstig artikel 35, lid 1, van Verordening (EG) nr. 1/2003 (hierna te noemen: „de verordening”) <sup>(2)</sup> inderdaad worden aangewezen als een mededingingsautoriteit van een lidstaat (hierna te noemen: „de nationale mededingingsautoriteit”). In dat geval valt de samenwerking tussen de nationale rechterlijke instanties en de Commissie niet alleen onder deze mededeling maar ook onder de mededeling betreffende de samenwerking in het netwerk van mededingingsautoriteiten <sup>(3)</sup>.

### II. DE TOEPASSING VAN COMMUNAUTAIRE MEDEDINGINGSREGELS DOOR NATIONALE RECHTERLIJKE INSTANTIES

#### A. DE BEVOEGDHEID VAN NATIONALE RECHTERLIJKE INSTANTIES OM COMMUNAUTAIRE MEDEDINGINGSREGELS TOE TE PASSEN

3. Voorzover nationale rechterlijke instanties bevoegd zijn om een zaak te behandelen <sup>(4)</sup>, kunnen zij de artikelen 81 en 82 van het Verdrag toepassen <sup>(5)</sup>. Bovendien dient in herinnering te worden gebracht dat de artikelen 81 en 82 van het Verdrag bepalingen van openbare orde zijn en voor de vervulling van de aan de Gemeenschap opgedragen taken en in het bijzonder voor de goede werking van de interne markt van wezenlijk belang zijn <sup>(6)</sup>. Indien een nationale rechter ingevolge het nationale recht verplicht is ambtshalve de aan een interne regel van dwingende aard ontleende rechtsgronden in het geding te brengen, die niet door partijen zijn aangevoerd, geldt volgens het Hof van Justitie diezelfde verplichting wanneer het dwingende regels van Gemeenschapsrecht, zoals de communautaire me-

dedingingsregels, betreft. Hetzelfde geldt indien het nationale recht de rechter de mogelijkheid geeft de dwingende rechtsregel ambtshalve toe te passen: de nationale rechter dient de communautaire mededingingsregels toe te passen, zelfs wanneer daarop door de procespartij die bij de toepassing belang heeft, geen beroep is gedaan, indien het nationale recht deze toepassing toelaat. Het Gemeenschapsrecht verplicht de nationale rechter er echter niet toe ambtshalve een rechtsgrond in het geding te brengen ontleend aan schending van Gemeenschapsbepalingen, wanneer hij voor het onderzoek van dat middel de hem passende lijdelijkheid zou moeten verzaken door buiten de rechtsstrijd van partijen te treden en zich te baseren op andere feiten en omstandigheden dan die welke de partij die bij de toepassing belang heeft, aan haar vordering ten grondslag heeft gelegd <sup>(7)</sup>.

4. Afhankelijk van de hem krachtens het nationale recht toevertrouwde taken, kan de nationale rechter worden verzocht om in administratieve, civielrechtelijke en strafrechtelijke procedures de artikelen 81 en 82 van het Verdrag toe te passen <sup>(8)</sup>. Met name wanneer natuurlijke personen of rechtspersonen hem verzoeken hun individuele rechten te beschermen, speelt de nationale rechter een specifieke rol bij de handhaving van de artikelen 81 en 82 van het Verdrag, welke verschilt van de handhaving in het algemeen belang door de Commissie of de nationale mededingingsautoriteiten <sup>(9)</sup>. De nationale rechter kan immers uitvoering geven aan de artikelen 81 of 82 van het Verdrag door de nietigheid van overeenkomsten vast te stellen of schadevergoeding toe te kennen.

5. Nationale rechterlijke instanties kunnen de artikelen 81 en 82 van het Verdrag toepassen, zonder dat parallel daarmee het nationale mededingingsrecht hoeft te worden toegepast. Wanneer nationale rechterlijke instanties evenwel het nationale mededingingsrecht toepassen op overeenkomsten, besluiten van ondernemersverenigingen of onderling afgestemde feitelijke gedragingen welke de handel tussen lidstaten in de zin van artikel 81, lid 1, van het Verdrag ongunstig kunnen beïnvloeden <sup>(10)</sup> dan wel op door artikel 82 van het Verdrag verboden misbruiken, moeten zij tevens de communautaire mededingingsregels toepassen op deze overeenkomsten, besluiten of praktijken <sup>(11)</sup>.

6. De verordening verleent de nationale rechterlijke instanties niet alleen de bevoegdheid om de communautaire mededingingsregels toe te passen. De parallelle toepassing van het nationale mededingingsrecht op overeenkomsten, besluiten van ondernemersverenigingen en onderling afgestemde feitelijke gedragingen welke de handel tussen lidstaten ongunstig beïnvloeden, mag niet leiden tot een resultaat dat verschilt van dat van het communautaire me-



dedingingsrecht. Artikel 3, lid 2, van de verordening bepaalt dat overeenkomsten, besluiten of onderling afgestemde feitelijke gedragingen welke geen inbreuk vormen op artikel 81, lid 1, van het Verdrag, of aan de voorwaarden van artikel 81, lid 3, van het Verdrag voldoen, evenmin mogen worden verboden op grond van het nationale mededingingsrecht<sup>(12)</sup>. Omgekeerd heeft het Hof van Justitie geoordeeld dat overeenkomsten, besluiten of onderling afgestemde feitelijke gedragingen welke in strijd zijn met artikel 81, lid 1, van het Verdrag en niet voldoen aan de voorwaarden van artikel 81, lid 3, van het Verdrag niet kunnen worden toegestaan op grond van het nationale recht<sup>(13)</sup>. Met betrekking tot de parallelle toepassing van het nationale mededingingsrecht en artikel 82 van het Verdrag op eenzijdige gedragingen, voorziet artikel 3 niet in een soortgelijke verplichte convergentie. In geval van tegenstrijdige bepalingen vereist het algemene beginsel van de voorrang van het Gemeenschapsrecht evenwel dat iedere bepaling van een nationale wet die in strijd is met een Gemeenschapsregel, buiten toepassing wordt gelaten, of deze nu van eerdere of latere datum dan laatstgenoemde regel is<sup>(14)</sup>.

7. Naast de toepassing van de artikelen 81 en 82 van het Verdrag, zijn nationale rechterlijke instanties ook bevoegd om besluiten toe te passen die de communautaire instellingen hebben vastgesteld op grond van het Verdrag of op grond van de ter uitvoering van het Verdrag genomen maatregelen, mits deze besluiten rechtstreekse werking hebben. Nationale rechterlijke instanties moeten dus zorgen voor de gedwongen uitvoering van beschikkingen van de Commissie<sup>(15)</sup>, alsmede van verordeningen betreffende de toepassing van artikel 81, lid 3, van het Verdrag op bepaalde groepen overeenkomsten, besluiten of onderling afgestemde feitelijke gedragingen. Bij de toepassing van deze communautaire mededingingsregels handelen de nationale rechterlijke instanties in het kader van het Gemeenschapsrecht en zijn zij bijgevolg gehouden de algemene beginselen van het Gemeenschapsrecht in acht te nemen<sup>(16)</sup>.

8. De toepassing van de artikelen 81 en 82 van het Verdrag door nationale rechterlijke instanties hangt vaak af van ingewikkelde economische en juridische beoordelingen<sup>(17)</sup>. Bij de toepassing van de communautaire mededingingsregels zijn de nationale rechterlijke instanties gebonden door de rechtspraak van de rechterlijke instanties van de Gemeenschap alsmede door de verordeningen van de Commissie betreffende de toepassing van artikel 81, lid 3, van het Verdrag op groepen overeenkomsten, besluiten of onderling afgestemde feitelijke gedragingen<sup>(18)</sup>. Bovendien is de toepassing van de artikelen 81 en 82 van het Verdrag door de Commissie in een specifieke zaak bindend voor de nationale rechterlijke instanties wanneer zij in dezelfde zaak gelijktijdig met of na de Commissie de communautaire mededingingsregels toepassen<sup>(19)</sup>. Tot slot en onverminderd de uiteindelijke uitlegging van het Verdrag door het Hof van Justitie, kunnen de nationale rechterlijke instanties zich laten leiden door de verordeningen en beschikkingen van de Commissie die analoog zijn aan de

zaak die zij behandelen, alsmede door de bekendmakingen, mededelingen en richtsnoeren van de Commissie betreffende de toepassing van de artikelen 81 en 82 van het Verdrag<sup>(20)</sup> en het jaarlijkse verslag over het mededingingsbeleid<sup>(21)</sup>.

#### B. PROCEDURELE ASPECTEN VAN DE TOEPASSING VAN DE COMMUNAUTAIRE MEDEDINGINGSREGELS DOOR NATIONALE RECHTERLIJKE INSTANTIES

9. De procedurele voorwaarden voor de handhaving van de communautaire mededingingsregels door de nationale rechterlijke instanties en de sancties die zij kunnen opleggen in geval van inbreuken op deze regels zijn grotendeels neergelegd in het nationale recht. Tot op zekere hoogte zijn de voorwaarden voor de handhaving van de communautaire mededingingsregels evenwel ook in het Gemeenschapsrecht geregeld. Deze bepalingen van het Gemeenschapsrecht kunnen de nationale rechterlijke instanties de mogelijkheid bieden van bepaalde faciliteiten gebruik te maken, bv. de mogelijkheid om het advies van de Commissie in te winnen met betrekking tot de toepassing van de communautaire mededingingsregels<sup>(22)</sup> of ze kunnen regels creëren die een dwingende impact op bij hen aanhangige procedures hebben, bv. de verplichting om de Commissie en de nationale mededingingsautoriteiten de mogelijkheid te bieden om schriftelijke opmerkingen in te dienen<sup>(23)</sup>. Deze bepalingen van het Gemeenschapsrecht hebben voorrang op die van het nationale recht. Bijgevolg moeten de nationale rechterlijke instanties nationale bepalingen waarvan de toepassing strijdig zou zijn met deze gemeenschapsrechtelijke bepalingen, terzijde schuiven. Indien dergelijke gemeenschapsrechtelijke bepalingen rechtstreeks toepasselijk zijn, zijn ze een rechtstreekse bron van rechten en verplichtingen voor allen die zij betreffen en moeten ze vanaf hun inwerkingtreding hun volle werking op eenvormige wijze in alle lidstaten ontplooiën<sup>(24)</sup>.

10. Bij gebreke van Gemeenschapsbepalingen inzake procedures en sancties op het gebied van de handhaving van de communautaire mededingingsregels door de nationale rechterlijke instanties, passen deze instanties het nationale procesrecht en, voorzover zij daartoe bevoegd zijn, de in het nationale recht vastgestelde sancties toe. De toepassing van deze nationale bepalingen moet evenwel verenigbaar zijn met de algemene beginselen van het Gemeenschapsrecht. In dit verband is het nuttig te herinneren aan de rechtspraak van het Hof van Justitie, volgens welke:

a) wanneer er een inbreuk is op het Gemeenschapsrecht, het nationale recht sancties moet vaststellen die doeltreffend, evenredig en afschrikkend zijn<sup>(25)</sup>;

b) wanneer de inbreuk op het Gemeenschapsrecht een particulier schade berokkent, deze particulier onder bepaalde omstandigheden bij de nationale rechterlijke instantie een vordering tot schadevergoeding moet kunnen indienen<sup>(26)</sup>;

c) de procedureregels en sancties welke de nationale rechterlijke instanties toepassen om het Gemeenschapsrecht te handhaven.

- er niet toe mogen leiden dat deze handhaving uiterst moeilijk of in de praktijk onmogelijk wordt (doeltreffendheidsbeginsel) <sup>(27)</sup>,
- en niet minder gunstig mogen zijn dan de regels die gelden voor de handhaving van gelijkwaardige nationale wetgeving (gelijkwaardigheidsbeginsel) <sup>(28)</sup>.

Op basis van het beginsel van de voorrang van het Gemeenschapsrecht mag de nationale rechter geen nationale bepalingen toepassen die in strijd zijn met deze beginselen.

#### C. GELIJKTijdIGE OF OPEENVOLGENDE TOEPASSING VAN COMMUNAUTAIRE MEDEDINGINGSREGELS DOOR DE COMMISSIE EN DE NATIONALE RECHTERLIJKE INSTANTIES

11. Een nationale rechterlijke instantie kan tegelijk met de Commissie of na de Commissie het communautaire mededingingsrecht toepassen op overeenkomsten, besluiten, onderling afgestemde feitelijke gedragingen of eenzijdige gedragingen <sup>(29)</sup>. In de volgende punten wordt een aantal verplichtingen behandeld die de nationale rechterlijke instanties in deze omstandigheden moet naleven.
12. Wanneer een nationale rechter vóór de Commissie een beslissing neemt, moet hij zien te voorkomen dat deze beslissing in strijd is met een beschikking die de Commissie overweegt te geven <sup>(30)</sup>. Daartoe kan de nationale rechter de Commissie vragen of zij een procedure heeft ingeleid met betrekking tot dezelfde overeenkomsten, besluiten of gedragingen <sup>(31)</sup> en in voorkomend geval wat de stand van de procedure is en hoe waarschijnlijk het is dat in deze zaak een beschikking zal worden gegeven <sup>(32)</sup>. De nationale rechter kan om redenen van rechtszekerheid ook overwegen om de procedure te schorsen totdat de Commissie een beschikking heeft gegeven <sup>(33)</sup>. Van haar kant zal de Commissie zich inspannen om zaken waarvoor zij heeft besloten een procedure in de zin van artikel 2, lid 1, van Verordening (EG) nr. 773/2004 van de Commissie in te leiden en waarvoor bij de nationale rechter een procedure loopt waarvan de behandeling op de bovengenoemde wijze is opgeschort, bij voorrang te behandelen, met name wanneer de afloop van een civielrechtelijk geding daarvan afhangt. Wanneer er echter redelijkerwijs geen twijfel mogelijk is over de beschikking die de Commissie overweegt te geven of wanneer de Commissie reeds een beschikking heeft gegeven in een vergelijkbare zaak, kan de nationale rechter over de bij hem aanhangige zaak beslissen op grond van deze overwogen of eerdere beschikking, zonder dat het nodig is de Commissie om de bovengenoemde inlichtingen te verzoeken of haar beschikking af te wachten.
13. Wanneer de Commissie in een bepaalde zaak vóór de nationale rechter een beschikking geeft, kan deze laatste geen beslissing nemen die indruist tegen die van de Commissie. De bindende kracht van de beschikking van de Commissie laat de uitlegging van het Gemeenschapsrecht door het Hof van Justitie uiteraard onverlet. Indien de nationale rechter twijfelt aan de wettigheid van de beschikking van de Commissie, kan hij zich bijgevolg niet onttrekken aan de bindende kracht van deze beschikking, tenzij het Hof van Justitie een arrest in tegengestelde zin wijst <sup>(34)</sup>. Indien de nationale rechter overweegt een beslissing te nemen die indruist tegen die van de Commissie, moet hij derhalve het Hof van Justitie om een prejudiciële beslissing verzoeken (artikel 234 van het Verdrag). Het Hof zal dan beslissen of de beschikking van de Commissie verenigbaar is met het Gemeenschapsrecht. Indien de beschikking van de Commissie evenwel op grond van artikel 230 van het Verdrag wordt aangevochten voor de rechterlijke instanties van de Gemeenschap en de beslechting van het geding voor de nationale rechter afhangt van de geldigheid van deze beschikking, moet de nationale rechter de procedure schorsen in afwachting van een definitieve uitspraak over het beroep tot nietigverklaring door de rechterlijke instanties van de Gemeenschap, tenzij hij van oordeel is dat het, gelet op de omstandigheden van het geval, gerechtvaardigd is het Hof van Justitie om een prejudiciële beslissing te verzoeken over de geldigheid van deze beschikking <sup>(35)</sup>.
14. Wanneer een nationale rechter de procedure schorst, bv. in afwachting van een beschikking van de Commissie (de in punt 12 van deze mededeling beschreven situatie) of van een definitieve uitspraak van de rechterlijke instanties van de Gemeenschap in het kader van een beroep tot nietigverklaring of in het kader van een prejudiciële procedure (de in punt 13 van deze mededeling beschreven situatie), dient hij te onderzoeken of er voorlopige maatregelen moeten worden getroffen om de belangen van de partijen te beschermen <sup>(36)</sup>.

#### III. DE SAMENWERKING TUSSEN DE COMMISSIE EN DE NATIONALE RECHTERLIJKE INSTANTIES

15. Anders dan het op artikel 234 van het Verdrag gebaseerde samenwerkingsmechanisme tussen de nationale rechterlijke instanties en het Hof van Justitie, voorziet het Verdrag niet uitdrukkelijk in een samenwerking tussen de nationale rechterlijke instanties en de Commissie. In zijn uitlegging van artikel 10 van het Verdrag, op grond van waarvan de lidstaten de vervulling van de taken van de Gemeenschap moeten vergemakkelijken, hebben de rechterlijke instanties van de Gemeenschap geoordeeld dat deze verdragsbepaling verlangt dat de gemeenschapsinstellingen en de lidstaten over en weer loyaal samenwerken om de doelstellingen van het Verdrag te verwezenlijken. Artikel 10 van het Verdrag houdt dus in dat de Commissie de nationale rechterlijke instanties moet bijstaan wanneer zij het Gemeenschapsrecht toepassen <sup>(37)</sup>. Ook kunnen de nationale rechterlijke instanties worden verplicht om de Commissie bij te staan bij de vervulling van haar taken <sup>(38)</sup>.

16. Ook zij herinnerd aan de samenwerking tussen de nationale rechterlijke instanties en de nationale autoriteiten, in het bijzonder de nationale mededingingsautoriteiten, bij de toepassing van de artikelen 81 en 82 van het Verdrag. Hoewel de samenwerking tussen deze nationale autoriteiten in de eerste plaats onder de nationale regelgeving valt, bepaalt artikel 15, lid 3, van de verordening dat de nationale mededingingsautoriteiten voor de nationale rechterlijke instanties van hun lidstaat opmerkingen kunnen indienen. Punt 31 en de punten 33 tot en met 35 van deze mededeling zijn mutatis mutandis van toepassing op deze opmerkingen.

#### A. DE COMMISSIE ALS AMICUS CURIAE

17. Om de nationale rechterlijke instanties bij te staan bij de toepassing van de communautaire mededingingsregels verbindt de Commissie zich ertoe deze instanties te helpen wanneer zij deze hulp nodig achten om over een zaak te kunnen beslissen. Artikel 15 van de verordening vermeldt de meest voorkomende soorten bijstand: het verstrekken van inlichtingen (punten 21 tot en met 26) en adviezen van de Commissie (punten 27 tot en met 30), beide op verzoek van een nationale rechterlijke instantie, en de mogelijkheid voor de Commissie om opmerkingen te maken (punten 31 tot en met 35). Aangezien de verordening voorziet in deze soorten bijstand, kan deze bijstand niet worden beperkt door nationale regels. De lidstaten moeten evenwel — bij gebreke van communautaire procedure-regels ter zake en voorzover dit nodig is om deze vormen van bijstand te vergemakkelijken — passende procedure-regels vaststellen die zowel de nationale rechterlijke instanties als de Commissie in staat stellen om ten volle gebruik te maken van de door de verordening geboden mogelijkheden <sup>(39)</sup>.

18. De nationale rechter kan zijn verzoek om bijstand schriftelijk toezenden aan:

Europese Commissie  
Directoraat-generaal Concurrentie  
B-1049 Brussel

of kan het per e-mail toezenden aan [comp-amicus@cec.eu.int](mailto:comp-amicus@cec.eu.int)

19. Ongeacht de vorm van deze samenwerking met de nationale rechterlijke instanties zal de Commissie de onafhankelijkheid van deze instanties respecteren. De door de Commissie verleende bijstand bindt de nationale rechterlijke instanties bijgevolg niet. De Commissie moet er ook voor zorgen dat zij haar geheimhoudingsplicht in acht neemt en dat haar eigen functioneren en onafhankelijkheid worden gewaarborgd <sup>(40)</sup>. Bij de naleving van haar verplichting op grond van artikel 10 van het Verdrag om de nationale rechterlijke instanties bij te staan bij de toe-

passing van de communautaire mededingingsregels, verbindt de Commissie zich ertoe neutraal en objectief te blijven bij het verlenen van die bijstand. De bijstand van de Commissie aan de nationale rechterlijke instanties maakt namelijk deel uit van haar verplichting om het algemeen belang te verdedigen. Zij is derhalve niet voornemens om de particuliere belangen van de partijen in de bij de nationale rechter aanhangige zaak te dienen. Bijgevolg zal de Commissie geen van de partijen horen over haar bijstand aan de nationale rechter. Indien een van de partijen in de bij de nationale rechter aanhangige zaak contact heeft gezocht met de Commissie met betrekking tot onderwerpen die in dat geschil aan de orde zijn gesteld, zal zij deze rechter daarvan in kennis stellen, ongeacht of die contacten plaatsvonden vóór of na het door deze rechter ingediende verzoek tot samenwerking.

20. De Commissie zal een beknopt overzicht van de samenwerking die er in het kader van deze mededeling met de nationale rechterlijke instanties is geweest, publiceren in haar jaarlijkse verslag over het mededingingsbeleid. Zij kan ook haar adviezen en opmerkingen op haar website bekendmaken.

#### 1. De verplichting van de Commissie om de nationale rechterlijke instanties inlichtingen te verstrekken

21. De verplichting van de Commissie om de nationale rechterlijke instanties bij te staan bij de toepassing van het communautaire mededingingsrecht komt voornamelijk tot uiting in de verplichting voor de Commissie om inlichtingen waarover zij beschikt aan de nationale rechterlijke instanties te verstrekken. De nationale rechterlijke instanties kunnen bv. de overlegging vorderen van stukken die de Commissie in haar bezit heeft of haar verzoeken inlichtingen van procedurele aard te verstrekken teneinde te kunnen vaststellen of een bepaalde zaak in behandeling is bij de Commissie, of de Commissie een procedure heeft ingeleid dan wel of zij reeds een standpunt heeft ingenomen. Een nationale rechter kan de Commissie ook de waarschijnlijke datum van een te geven beschikking vragen, zodat hij kan beoordelen of hij de behandeling van de zaak moet schorsen dan wel voorlopige maatregelen moet treffen <sup>(41)</sup>.

22. Met het oog op de doeltreffendheid van de samenwerking met de nationale rechterlijke instanties zal de Commissie zich inspannen om deze instanties de gevraagde inlichtingen te verstrekken binnen één maand na de datum van ontvangst van het verzoek. Wanneer de Commissie de nationale rechter moet verzoeken om nadere toelichting van diens verzoek of wanneer zij diegenen die rechtstreeks worden geraakt door het doorgeven van de inlichtingen moet raadplegen, gaat deze termijn in op de datum waarop zij de gevraagde inlichtingen ontvangt.

23. De Commissie moet bij de toezending van inlichtingen aan de nationale rechterlijke instanties de waarborgen die op grond van artikel 287 van het Verdrag worden verleend aan natuurlijke personen en rechtspersonen in acht te nemen <sup>(42)</sup>. Artikel 287 van het Verdrag verbiedt leden, ambtenaren en andere personeelsleden van de Commissie inlichtingen die onder de geheimhoudingsplicht vallen openbaar te maken. Deze inlichtingen kunnen zowel betrekking hebben op vertrouwelijke informatie als op zakengeheimen. Zakengeheimen zijn inlichtingen waarvan niet enkel de openbaarmaking aan het publiek, maar ook de enkele overlegging aan een ander rechtssubject dan dat waarvan de inlichting afkomstig is, de belangen van laatstbedoeld subject ernstig kan schaden <sup>(43)</sup>.
24. Uit artikel 10 juncto artikel 287 van het Verdrag volgt geen absoluut verbod voor de Commissie om aan de nationale rechter inlichtingen te verstrekken die onder de geheimhoudingsplicht vallen. In de rechtspraak van de rechterlijke instanties van de Gemeenschap wordt bevestigd dat de verplichting tot loyale samenwerking vereist dat de Commissie de nationale rechter alle door hem gevraagde inlichtingen verstrekt, zelfs inlichtingen die onder de geheimhoudingsplicht vallen. Bij het aanbieden van samenwerking aan de nationale rechter mag de Commissie evenwel in geen geval de in artikel 287 van het Verdrag neergelegde waarborgen verzwakken.
25. Bijgevolg zal de Commissie, vooraleer zij aan een nationale rechter onder het beroepsgeheim vallende inlichtingen verstrekt, deze rechter herinneren aan de krachtens het Gemeenschapsrecht op hem rustende verplichting om de rechten te beschermen die op grond van artikel 287 van het Verdrag worden verleend aan natuurlijke personen en rechtspersonen, en zal zij de rechter vragen of hij de bescherming van vertrouwelijke inlichtingen en zakengeheimen kan en zal garanderen. Indien de nationale rechter deze garantie niet kan bieden, zal de Commissie hem de onder het beroepsgeheim vallende inlichtingen niet verstrekken <sup>(44)</sup>. Alleen wanneer de nationale rechter garandeert dat hij de vertrouwelijke inlichtingen en zakengeheimen zal beschermen, verstrekt de Commissie de gevraagde inlichtingen, waarbij zij aangeeft welke delen onder het beroepsgeheim vallen en welke daar niet onder vallen en bijgevolg openbaar mogen worden gemaakt.
26. Er zijn nog uitzonderingen op het verstrekken van informatie door de Commissie aan de nationale rechterlijke instanties. Met name kan de Commissie weigeren informatie toe te zenden aan de nationale rechterlijke instanties om dwingende redenen in verband met de noodzaak om de belangen van de Gemeenschap te beschermen of te voorkomen dat de Gemeenschap in haar functioneren en onafhankelijkheid wordt belemmerd, in het bijzonder doordat de vervulling van de haar opgedragen taken in gevaar wordt gebracht <sup>(45)</sup>. Bijgevolg zal de Commissie de informatie die vrijwillig werd verstrekt door diegene die een beroep doet op de clementieregeling, niet aan de nationale rechterlijke instantie toezenden zonder toestemming van deze aanvrager.
- ## 2. Verzoek om advies over vragen betreffende de toepassing van communautaire mededingingsregels
27. Wanneer een nationale rechter wordt verzocht om in een bij hem aanhangige zaak de communautaire mededingingsregels toe te passen, kan hij zich in de eerste plaats laten leiden door de rechtspraak van de rechterlijke instanties van de Gemeenschap of door de verordeningen, beschikkingen, bekendmakingen, mededelingen en richtsnoeren van de Commissie betreffende de toepassing van de artikelen 81 en 82 van het Verdrag <sup>(46)</sup>. Wanneer deze instrumenten niet voldoende aanwijzingen bevatten, kan de nationale rechter bij de Commissie advies inwinnen over vragen betreffende de toepassing van de communautaire mededingingsregels. De nationale rechter kan het advies van de Commissie inwinnen over economische, feitelijke en juridische kwesties <sup>(47)</sup>. Een advies van de Commissie over juridische kwesties doet uiteraard geen afbreuk aan de mogelijkheid of de verplichting voor de nationale rechter om het Hof van Justitie overeenkomstig artikel 234 EG te verzoeken om een prejudiciële beslissing over de uitlegging of de geldigheid van het Gemeenschapsrecht.
28. Om de Commissie in staat te stellen de nationale rechter een nuttig advies te verstrekken, kan zij de nationale rechter om aanvullende informatie verzoeken <sup>(48)</sup>. Met het oog op de doeltreffendheid van de samenwerking met de nationale rechter zal de Commissie zich inspannen om deze rechter het gevraagde advies te verstrekken binnen vier maanden na de datum van ontvangst van het verzoek. Wanneer de Commissie met het oog op het opstellen van haar advies de nationale rechter om aanvullende inlichtingen heeft verzocht, gaat deze termijn in op de datum waarop zij deze inlichtingen ontvangt.
29. In haar advies beperkt de Commissie zich ertoe de nationale rechter de gevraagde feitelijke inlichtingen te verstrekken dan wel de gevraagde economische of juridische toelichting, zonder in te gaan op de grond van de bij deze rechter aanhangige zaak. Bovendien is het advies van de Commissie, anders dan de gezaghebbende uitlegging van het Gemeenschapsrecht door de rechterlijke instanties van de Gemeenschap, juridisch niet bindend voor de nationale rechter.
30. Zoals in punt 19 van deze mededeling is vermeld, zal de Commissie de partijen niet horen voordat zij haar advies voor de nationale rechter opstelt. Deze rechter zal het advies van de Commissie behandelen overeenkomstig de relevante nationale procedureregels, die de algemene beginselen van het Gemeenschapsrecht moeten eerbiedigen.

### 3. Het maken van opmerkingen door de Commissie voor de nationale rechterlijke instanties

31. Overeenkomstig artikel 15, lid 3, van de verordening kunnen de nationale mededingingsautoriteiten en de Commissie voor de nationale rechterlijke instanties die de artikelen 81 en 82 van het Verdrag moeten toepassen, opmerkingen maken betreffende onderwerpen in verband met de toepassing van deze bepalingen. De verordening maakt een onderscheid tussen schriftelijke opmerkingen, die de nationale mededingingsautoriteiten en de Commissie uit eigen beweging kunnen indienen, en mondelinge opmerkingen, die alleen met toestemming van de nationale rechterlijke instanties kunnen worden gemaakt <sup>(49)</sup>.

32. De verordening bepaalt dat de Commissie alleen opmerkingen zal indienen wanneer de coherente toepassing van de artikelen 81 of 82 van het Verdrag zulks vereist. Gelet op deze doelstelling, zal de Commissie haar opmerkingen beperken tot een economische en juridische analyse van de feiten die aan de bij de nationale rechter aanhangige zaak ten grondslag liggen.

33. Om de Commissie in staat te stellen nuttige opmerkingen te formuleren, kunnen de nationale rechterlijke instanties worden verzocht een afschrift van alle voor de beoordeling van de zaak noodzakelijke stukken aan de Commissie toe te zenden of te doen toezenden. Overeenkomstig het bepaalde in artikel 15, lid 3, tweede alinea, van de verordening, zal de Commissie deze stukken alleen gebruiken om haar opmerkingen voor te bereiden <sup>(50)</sup>.

34. Aangezien in de verordening geen procedureel kader voor het maken van opmerkingen is vastgesteld, bepalen de procedurevoorschriften en praktijken van de lidstaten het relevante procedurele kader. Wanneer een lidstaat het relevante procedurele kader nog niet heeft vastgesteld, moet de nationale rechter bepalen welke procedureregels geschikt zijn voor het maken van opmerkingen in de bij hem aanhangige zaak.

35. Het procedurele kader moet de in punt 10 van deze mededeling uiteengezette beginselen in acht nemen. Dit houdt onder meer in dat het procedurele kader voor het maken van opmerkingen over onderwerpen met betrekking tot de toepassing van de artikelen 81 of 82 van het Verdrag

a) verenigbaar moet zijn met de algemene beginselen van het Gemeenschapsrecht, in het bijzonder met de fundamentele rechten van de partijen in het geding;

b) er niet toe mag leiden dat het maken van deze opmerkingen uiterst moeilijk of in de praktijk onmogelijk wordt (doeltreffendheidsbeginsel) <sup>(51)</sup> en

c) er niet toe mag leiden dat het maken van deze opmerkingen moeilijker wordt dan het maken van opmerkingen in gerechtelijke procedures waarin gelijkwaardige nationale wetgeving wordt toegepast (gelijkwaardigheidsbeginsel).

### B. VERLICHTING DOOR DE NATIONALE RECHTERLIJKE INSTANTIES VAN DE ROL VAN DE COMMISSIE BIJ DE HANDHAVING VAN COMMUNAUTAIRE MEDEDINGINGSREGELS

36. Aangezien de verplichting tot loyale samenwerking ook inhoudt dat de autoriteiten van de lidstaten de Europese instellingen bijstaan met het oog op de verwezenlijking van de doelstellingen van het Verdrag <sup>(52)</sup>, geeft de verordening drie voorbeelden van dergelijke bijstand: 1) de toezending van stukken die nodig zijn voor de beoordeling van een zaak waarin de Commissie opmerkingen wil maken (zie punt 33), 2) de toezending van rechterlijke beslissingen met betrekking tot de toepassing van de artikelen 81 of 82 van het Verdrag en 3) de rol van de nationale rechterlijke instanties in het kader van inspecties door de Commissie.

#### 1. De toezending van beslissingen van nationale rechterlijke instanties met betrekking tot de toepassing van de artikelen 81 of 82 van het Verdrag

37. Overeenkomstig artikel 15, lid 2, van de verordening zenden de lidstaten de Commissie onverwijld nadat de volledige uitspraak aan de partijen is betekend een afschrift toe van alle schriftelijke beslissingen van nationale rechterlijke instanties met betrekking tot de toepassing van de artikelen 81 of 82 van het Verdrag. De toezending van nationale rechterlijke beslissingen met betrekking tot de toepassing van de artikelen 81 of 82 van het Verdrag en de daaruit voortvloeiende informatie over de voor de nationale rechterlijke instanties aanhangige procedures stelt de Commissie in de eerste plaats in staat tijdig kennis te krijgen van gedingen waarvoor het passend kan zijn opmerkingen te formuleren wanneer een van de partijen beroep instelt tegen de rechterlijke beslissing.

#### 2. De rol van nationale rechterlijke instanties in het kader van inspecties door de Commissie

38. Tot slot kunnen de nationale rechterlijke instanties een rol spelen in het kader van de door de Commissie verrichte inspecties van ondernemingen en ondernemersverenigingen. De rol van de nationale rechterlijke instanties hangt af van de vraag of deze inspecties al dan niet in bedrijfslokalen worden verricht.

39. Met betrekking tot inspecties in bedrijfslokalen kan het nationale recht voorschrijven dat de toestemming van een nationale rechterlijke instantie is vereist voor het verlenen van bijstand aan de Commissie door de nationale wetshandhavingsautoriteiten — ingeval de betrokken onderneming zich tegen deze inspectie verzet. Een dergelijke toestemming kan tevens bij wijze van voorzorgsmaatregel worden gevraagd. Bij de behandeling van het verzoek is de nationale rechterlijke instantie bevoegd om de inspectiebeschikking van de Commissie op haar echtheid te toetsen en om na te gaan of de voorgenomen dwangmaatregelen niet willekeurig zijn of buitensporig in verhouding tot het voorwerp van de inspectie. Bij de toetsing van de proportionaliteit van de dwangmaatregelen mag de nationale rechterlijke instantie de Commissie rechtstreeks of via de nationale mededingingsautoriteit om nadere uitleg verzoeken, met name over de redenen die de Commissie heeft om aan te nemen dat inbreuk is gepleegd op de artikelen 81 en 82 van het Verdrag, alsmede over de ernst van de vermeende inbreuk en de aard van de betrokkenheid van de onderneming <sup>(53)</sup>.
40. Met betrekking tot inspecties in andere dan bedrijfslokalen vereist de verordening de toestemming van een nationale rechterlijke instantie voordat een beschikking van de Commissie waarbij een dergelijke inspectie wordt gelast, kan worden uitgevoerd. In dat geval kan de nationale rechterlijke instantie de inspectiebeschikking van de Commissie toetsen op haar echtheid en nagaan of de voorgenomen dwangmaatregelen niet willekeurig zijn of buitensporig in verhouding tot met name de ernst van de vermeende inbreuk, het belang van het gezochte bewijsmateriaal, de betrokkenheid van de onderneming en de redelijke kans dat boeken en bescheiden die verband houden met het

voorwerp van de inspectie worden bewaard op de locaties waarvoor om toestemming is verzocht. De nationale rechterlijke instantie mag de Commissie rechtstreeks of via de nationale mededingingsautoriteit om nadere uitleg verzoeken over de elementen die zij nodig heeft om de proportionaliteit van de voorgenomen dwangmaatregelen te toetsen <sup>(54)</sup>.

41. In beide in de punten 39 en 40 beschreven gevallen, mag de nationale rechter de wettigheid van de beschikking van de Commissie of de noodzakelijkheid van de inspectie niet in twijfel trekken, en mag hij evenmin gegevens uit het dossier van de Commissie verlangen <sup>(55)</sup>. Bovendien moet de nationale rechter overeenkomstig de verplichting tot loyale samenwerking zijn beslissing nemen binnen een passende termijn die de Commissie de mogelijkheid biedt haar inspectie daadwerkelijk te verrichten <sup>(56)</sup>.

#### IV. SLOTBEPALINGEN

42. Deze mededeling beoogt de nationale rechterlijke instanties bij te staan bij de toepassing van de artikelen 81 en 82 van het Verdrag. Zij bindt de nationale rechterlijke instanties niet, en heeft evenmin gevolgen voor de rechten en verplichtingen van de EU-lidstaten en van de natuurlijke personen of rechtspersonen uit hoofde van het Gemeenschapsrecht.
43. Deze mededeling vervangt de bekendmaking van 1993 betreffende de samenwerking tussen de Commissie en de nationale rechterlijke instanties voor de toepassing van de artikelen 85 en 86 van het EEG-Verdrag <sup>(57)</sup>.

<sup>(1)</sup> Voor de criteria om te bepalen welke entiteiten als rechterlijke instanties in de zin van artikel 234 van het Verdrag kunnen worden beschouwd, zie bv. zaak C-516/99, Schmid, Jurispr. 2002, blz. I-4573, punt 34: „het Hof [houdt] [...] rekening met een samenstel van factoren, zoals de wettelijke grondslag van het orgaan, het permanente karakter, de verplichte rechtsmacht, het uitspraak doen na een procedure op tegenspraak, het toepassen van regelen des rechts alsmede de onafhankelijkheid van het orgaan”.

<sup>(2)</sup> Verordening (EG) nr. 1/2003 van de Raad van 16 december 2002 betreffende de uitvoering van de mededingingsregels van de artikelen 81 en 82 van het Verdrag (PB L 1 van 4.1.2003, blz. 1).

<sup>(3)</sup> Mededeling betreffende de samenwerking binnen het netwerk van mededingingsautoriteiten (PB C 101 van 27.4.2004, blz. 43). Voor de toepassing van deze mededeling wordt verstaan onder „nationale mededingingsautoriteit” de door een lidstaat op grond van artikel 35, lid 1, van de verordening aangewezen autoriteit.

<sup>(4)</sup> De bevoegdheid van een nationale rechterlijke instantie hangt af van nationale, Europese en internationale bevoegdheidsregels. In deze context zij eraan herinnerd dat Verordening (EG) nr. 44/2001 van de Raad van 22 december 2000 betreffende de rechterlijke bevoegdheid, de erkenning en de tenuitvoerlegging van beslissingen in burgerlijke en handelszaken (PB L 12 van 16.1.2001, blz. 1) van toepassing is op alle civielrechtelijke of handelsrechtelijke mededingingszaken.

<sup>(5)</sup> Zie artikel 6 van de verordening.

<sup>(6)</sup> Zie de artikelen 2 en 3 van het EG-Verdrag, zaak C-126/97, Eco Swiss, Jurispr. 1999, blz. I-3055, punt 36; zaak T-34/92, Fiatagri UK en New Holland Ford, Jurispr. 1994, blz. II-905, punt 39 en zaak T-128/98, Aéroports de Paris, Jurispr. 2000, blz. II-3929, punt 241.

<sup>(7)</sup> Gevoegde zaken C-430/93 en C-431/93, van Schijndel, Jurispr. 1995, blz. I-4705, punten 13 tot en met 15 en 22.

<sup>(8)</sup> Overeenkomstig de laatste volzin van overweging 8 van Verordening (EG) nr. 1/2003 is deze verordening niet van toepassing op nationale wetten die strafrechtelijke sancties opleggen aan natuurlijke personen, behalve indien deze sancties het middel vormen waarmee op ondernemingen toepasselijke mededingingsregels worden toegepast.

- (9) Zaak T-24/90, *Autome*, Jurispr. 1992, blz. II-2223, punt 85.
- (10) Voor nadere precisering met betrekking tot het begrip „beïnvloeding van de handel”, zie de mededeling over dit onderwerp (PB C 101 van 27.4.2004, blz. 81).
- (11) Artikel 3, lid 1, van de verordening.
- (12) Zie ook de mededeling betreffende de toepassing van artikel 81, lid 3, van het Verdrag (PB C 101 van 27.4.2004, blz. 2).
- (13) Zaak 14/68, *Walt Wilhelm*, Jurispr. 1969, blz. 1, en gevoegde zaken 253/78 en 1 tot en met 3/79, *Giry and Guerlain*, Jurispr. 1980, blz. 2327, punten 15 tot en met 17.
- (14) Zaak 106/77, *Simmenthal*, Jurispr. 1978, blz. 629, punt 21, en zaak C-198/01, *Consorzio Industrie Fiammiferi (CIF)*, Jurispr. 2003, blz. punt 49.
- (15) Een nationale rechterlijke instantie kan bv. worden verzocht te zorgen voor de gedwongen uitvoering van beschikkingen die de Commissie heeft vastgesteld op grond van de artikelen 7 tot en met 10 en de artikelen 23 en 24 van de verordening.
- (16) Zie bv. zaak 5/88, *Wachauf*, Jurispr. 1989, blz. 2609, punt 19.
- (17) Gevoegde zaken C-215/96 en C-216/96, *Bagnasco*, Jurispr. 1999, blz. I-135, punt 50.
- (18) Zaak 63/75, *Fonderies Roubaix*, Jurispr. 1976, blz. 111, punten 9 tot en met 11, en zaak C-234/89, *Delimitis*, Jurispr. 1991, blz. I-935, punt 46.
- (19) Met betrekking tot de gelijktijdige of opeenvolgende toepassing van de communautaire mededingingsregels door de nationale rechterlijke instanties en de Commissie, zie ook de punten 11 tot en met 14.
- (20) Zaak 66/86, *Ahmed Saeed Flugreisen*, Jurispr. 1989, blz. 803, punt 27, en zaak C-234/89, *Delimitis*, Jurispr. 1991, blz. I-935, punt 50. Een lijst met richtsnoeren, bekendmakingen, mededelingen en verordeningen van de Commissie op het gebied van het mededingingsbeleid, in het bijzonder de verordeningen betreffende de toepassing van artikel 81, lid 3, van het Verdrag op bepaalde groepen overeenkomsten, besluiten of onderling afgestemde feitelijke gedragingen zijn bij deze mededeling gevoegd. Voor de beschikkingen van de Commissie houdende toepassing van de artikelen 81 en 82 van het Verdrag (sinds 1964), zie <http://www.europa.eu.int/comm/competition/antitrust/cases/>.
- (21) Gevoegde zaken C-319/93, C-40/94 en C-224/94, *Dijkstra*, Jurispr. 1995, blz. I-4471, punt 32.
- (22) Over de mogelijkheid voor de nationale rechterlijke instanties om bij de Commissie advies in te winnen, zie hierna de punten 27 tot en met 30.
- (23) Over het maken van opmerkingen, zie hierna de punten 31 tot en met 35.
- (24) Zaak 106/77, *Simmenthal*, Jurispr. 1978, blz. 629, punten 14 en 15.
- (25) Zaak 68/88, *Commissie/Griekenland*, Jurispr. 1989, blz. 2965, punten 23 tot en met 25.
- (26) Met betrekking tot schadevergoeding in geval van een inbreuk door een onderneming, zie zaak C-453/99, *Courage en Crehan*, Jurispr. 2001, blz. 6297, punten 26 en 27. Met betrekking tot schadevergoeding in geval van een inbreuk door een lidstaat of een overheidsorgaan van deze lidstaat en de voorwaarden voor deze aansprakelijkheid van de staat, zie bv. gevoegde zaken C-6/90 en C-9/90, *Francovich*, Jurispr. 1991, blz. I-5357, punten 33 tot en met 36; zaak C-271/91, *Marshall/Southampton and South West Hampshire Area Health Authority*, Jurispr. 1993, blz. I-4367, punten 30, 34 en 35; gevoegde zaken C-46/93 en C-48/93, *Brasserie du Pêcheur en Factortame*, Jurispr. 1996, blz. I-1029; zaak C-392/93, *British Telecommunications*, Jurispr. 1996, blz. I-1631, punten 39 tot en met 46, en gevoegde zaken C-178/94, C-179/94 en C-188/94-C-190/94, *Dillenkofer*, Jurispr. 1996, blz. I-4845, punten 22 tot en met 26 en punt 72.
- (27) Zie bv. zaak 33/76, *Rewe*, Jurispr. 1976, blz. 1989, punt 5; zaak 45/76, *Comet*, Jurispr. 1976, blz. 2043, punt 12, en zaak 79/83, *Harz*, Jurispr. 1984, blz. 1921, punten 18 en 23.
- (28) Zie bv. zaak 33/76, *Rewe*, Jurispr. 1976, blz. 1989, punt 5; zaak 158/80, *Rewe*, Jurispr. 1981, blz. 1805, punt 44; zaak 199/82, *San Giorgio*, Jurispr. 1983, blz. 3595, punt 12, en zaak C-231/96, *Edis*, Jurispr. 1998, blz. I-4951, punten 36 en 37.
- (29) Artikel 11, lid 6, juncto artikel 35, leden 3 en 4, van de verordening staat in de weg aan een parallelle toepassing van de artikelen 81 of 82 van het Verdrag door de Commissie en een nationale rechterlijke instantie alleen wanneer deze laatste instantie werd aangewezen als nationale mededingingsautoriteit.
- (30) Artikel 16, lid 1, van de verordening.
- (31) De Commissie maakt de inleiding van haar procedure met het oog op de vaststelling van een beschikking op grond van de artikelen 7 tot en met 10 van de verordening bekend (zie artikel 2, lid 2, van Verordening (EG) nr. 773/2004 van 7 april van de Commissie betreffende procedures op grond van de artikelen 81 en 82 van het Verdrag (PB L 123 van 27.4.2004)). Volgens het Hof van Justitie impliceert het inleiden van een procedure een gezagshandeling van de Commissie, waaruit haar wil blijkt een beschikking te geven (zaak 48/72, *Brasserie de Haecht*, Jurispr. 1973, blz. 77, punt 16).
- (32) Zaak C-234/89, *Delimitis*, Jurispr. 1991, blz. I-935, punt 53, en gevoegde zaken C-319/93, C-40/94 en C-224/94, *Dijkstra*, Jurispr. 1995, blz. I-4471, punt 34. Ook punt 21 van deze mededeling behandelt deze kwestie.
- (33) Zie artikel 16, lid 1, van de verordening en zaak C-234/89, *Delimitis*, Jurispr. 1991, blz. I-935, punt 47, en zaak C-344/98, *Masterfoods*, Jurispr. 2000, blz. I-11369, punt 51.

- (<sup>34</sup>) Zaak 314/85, Foto-Frost, Jurispr. 1987, blz. 4199, punten 12 tot en met 20.
- (<sup>35</sup>) Zie artikel 16, lid 1, van de verordening en zaak C-344/98, Masterfoods, Jurispr. 2000, blz. I-11369, punten 52 tot en met 59.
- (<sup>36</sup>) Zaak C-344/98, Masterfoods, Jurispr. 2000, blz. I-11369, punt 58.
- (<sup>37</sup>) Zaak C-2/88, Zwartveld, Jurispr. 1990, blz. I-3365, punten 16 tot en met 22, en zaak C-234/89, Delimitis, Jurispr. 1991, blz. I-935, punt 53.
- (<sup>38</sup>) Zaak C-94/00, Roquette Frères, Jurispr. 2002, blz. I-9011, punt 31.
- (<sup>39</sup>) Over de verenigbaarheid van deze nationale procederegels met de algemene beginselen van het Gemeenschapsrecht, zie de punten 9 en 10 van deze mededeling.
- (<sup>40</sup>) Met betrekking tot deze verplichtingen, zie bv. punten 23 tot en met 26 van deze mededeling.
- (<sup>41</sup>) Zaak C-234/89, Delimitis, Jurispr. 1991, blz. I-935, punt 53, en gevoegde zaken C-319/93, C-40/94 en C-224/94, Dijkstra, Jurispr. 1995, blz. I-4471, punt 34.
- (<sup>42</sup>) Zaak C-234/89, Delimitis, Jurispr. 1991, blz. I-935, punt 53.
- (<sup>43</sup>) Zaak T-353/94, Postbank, Jurispr. 1996, blz. II-921, punten 86 en 87, en zaak 145/83, Adams, Jurispr. 1985, blz. 3539, punt 34.
- (<sup>44</sup>) Zaak C-2/88, Zwartveld, Jurispr. 1990, blz. I-4405, punten 10 en 11, en zaak T-353/94, Postbank, Jurispr. 1996, blz. II-921, punt 93.
- (<sup>45</sup>) Zaak C-2/88, Zwartveld, Jurispr. 1990, blz. I-4405, punten 10 en 11; zaak C-275/2000, First en Franex, Jurispr. 2002, blz. I-10943, punt 49, en zaak T-353/94, Postbank, Jurispr. 1996, blz. II-921, punt 93.
- (<sup>46</sup>) Zie punt 8 van deze mededeling.
- (<sup>47</sup>) Zaak C-234/89, Delimitis, Jurispr. 1991, blz. I-935, punt 53, en gevoegde zaken C-319/93, C-40/94 en C-224/94, Dijkstra, Jurispr. 1995, blz. I-4471, punt 34.
- (<sup>48</sup>) Vgl. zaak 96/81, Commissie/Nederland, Jurispr. 1982, blz. 1791, punt 7, en zaak 272/86, Commissie/Griekenland, Jurispr. 1988, blz. 4875, punt 30.
- (<sup>49</sup>) Overeenkomstig artikel 15, lid 4, van de verordening doet dit artikel geen afbreuk aan verdergaande bevoegdheden die op grond van het nationale recht aan de nationale mededingingsautoriteiten worden verleend om opmerkingen voor rechterlijke instanties te formuleren.
- (<sup>50</sup>) Zie ook artikel 28, lid 2, van de verordening, dat de Commissie belet de door haar verkregen inlichtingen die onder de geheimhoudingsplicht vallen, openbaar te maken.
- (<sup>51</sup>) Gevoegde zaken 46/87 en 227/88, Hoechst, Jurispr. 1989, blz. 2859, punt 33. Zie ook artikel 15, lid 3, van de verordening.
- (<sup>52</sup>) Zaak C-69/90, Commissie/Italië, Jurispr. 1991, blz. 6011, punt 15.
- (<sup>53</sup>) Artikel 20, leden 6 tot en met 8, van de verordening en zaak C-94/00, Roquette Frères, Jurispr. 2002, blz. I-9011.
- (<sup>54</sup>) Artikel 21, lid 3, van de verordening.
- (<sup>55</sup>) Zaak C-94/00, Roquette Frères, Jurispr. 2002, blz. I-9011, punt 39 en de punten 62 tot en met 66.
- (<sup>56</sup>) Zie ook, ibidem, punten 91 en 92.
- (<sup>57</sup>) PB C 39 van 13.2.1993, blz. 6.
-



## BIJLAGE

**GROEPSVRIJSTELLINGSVERORDENINGEN, BEKENDMAKINGEN, MEDEDELINGEN EN RICHTSNOEREN  
VAN DE COMMISSIE**

Een bijgewerkte versie van deze lijst is ook beschikbaar op de website van het directoraat-generaal Concurrentie van de Europese Commissie:

<http://europa.eu.int/comm/competition/antitrust/legislation/>

**A. Niet-sectorespecifieke regels****1. Bekendmakingen van algemene aard**

- Bekendmaking inzake de bepaling van de relevante markt voor het gemeenschappelijke mededingingsrecht (PB C 372 van 9.12.1997, blz. 5)
- Bekendmaking inzake overeenkomsten van geringe betekenis die de mededinging niet merkbaar beperken in de zin van artikel 81, lid 1, van het Verdrag tot oprichting van de Europese Gemeenschap (de minimis) (PB C 368 van 22.12.2001, blz. 13)
- Mededeling betreffende het begrip „beïnvloeding van de handel” in de artikelen 81 en 82 van het Verdrag (PB C 101 van 27.4.2004, blz. 81)
- Richtsnoeren betreffende de toepassing van artikel 81, lid 3, van het Verdrag (PB C 101 van 27.4.2004, blz. 2)

**2. Verticale overeenkomsten**

- Verordening (EG) nr. 2790/1999 van 22 december 1999 betreffende de toepassing van artikel 81, lid 3, van het Verdrag op groepen verticale overeenkomsten en onderling afgestemde feitelijke gedragingen (PB L 336 van 29.12.1999, blz. 21)
- Richtsnoeren inzake verticale beperkingen (PB C 291 van 13.10.2000, blz. 1)

**3. Horizontale samenwerkingsovereenkomsten**

- Verordening (EG) nr. 2658/2000 van 29 november 2000 betreffende de toepassing van artikel 81, lid 3, van het Verdrag op groepen specialisatieovereenkomsten (PB L 304 van 5.12.2000, blz. 3)
- Verordening (EG) nr. 2659/2000 van 29 november 2000 betreffende de toepassing van artikel 81, lid 3, van het Verdrag op groepen onderzoeks- en ontwikkelingsovereenkomsten (PB L 304 van 5.12.2000, blz. 7)
- Richtsnoeren inzake de toepasselijkheid van artikel 81 op horizontale samenwerkingsovereenkomsten (PB C 3 van 6.1.2001, blz. 2)

**4. Licentieovereenkomsten voor de overdracht van technologie**

- Verordening (EG) nr. 773/2004 van 27 april 2004 betreffende de toepassing van artikel 81, lid 3, van het Verdrag op groepen overeenkomsten inzake technologieoverdracht (PB L 123 van 27.4.2004)
- Richtsnoeren voor de toepassing van artikel 81 van het Verdrag op overeenkomsten inzake technologieoverdracht (PB C 101 van 27.4.2004, blz. 2)

**B. Sectorspecifieke regels****1. Verzekering**

- Verordening (EG) nr. 358/2003 van 27 februari 2003 betreffende de toepassing van artikel 81, lid 3, van het Verdrag op bepaalde groepen van overeenkomsten, besluiten en onderling afgestemde feitelijke gedragingen in de verzekeringssector (PB L 53 van 28.2.2003, blz. 8)

**2. Motorvoertuigen**

- Verordening (EG) nr. 1400/2002 van 31 juli 2002 betreffende de toepassing van artikel 81, lid 3, van het Verdrag op groepen verticale overeenkomsten en onderling afgestemde feitelijke gedragingen in de motorvoertuigensector (PB L 203 van 1.8.2002, blz. 30)

### 3. Telecommunicatie en postdiensten

- Richtsnoeren voor de toepassing van de EG-mededingingsregels in de telecommunicatiesector (PB C 233 van 6.9.1991, blz. 2)
- Mededeling over de toepassing van de mededingingsregels op de postsector en over de beoordeling van bepaalde overheidsmaatregelen met betrekking tot postdiensten (PB C 39 van 6.2.1998, blz. 2)
- Bekendmaking betreffende de toepassing van de mededingingsregels op overeenkomsten inzake toegang in de telecommunicatiesector — Kader, relevante markten en beginselen (PB C 265 van 22.8.1998, blz. 2)
- Richtsnoeren van de Commissie voor de marktanalyse en de beoordeling van aanmerkelijke marktmacht in het bestek van het gemeenschappelijk regelgevingskader voor elektronische communicatienetwerken en -diensten, (PB C 165 van 11.7.2002, blz. 6)

### 4. Vervoer

- Verordening (EEG) nr. 1617/93 betreffende de toepassing van artikel 81, lid 3, van het Verdrag op bepaalde groepen overeenkomsten, besluiten en onderling afgestemde feitelijke gedragingen die betrekking hebben op de gezamenlijke planning en coördinatie van de dienstregelingen, op de gemeenschappelijke exploitatie, op het overleg over passagiers- en vrachtovervoertarieven bij geregelde luchtdiensten en op de toekenning van landings- en starttijden op luchthavens (PB L 155 van 26.6.1993, blz. 18)
  - Nadere toelichting bij de aanbevelingen van de Commissie inzake de toepassing van de mededingingsregels op projecten voor nieuwe transportinfrastructuur (PB C 298 van 30.9.1997, blz. 5)
  - Verordening (EG) nr. 823/2000 van 19 april 2000 houdende toepassing van artikel 81, lid 3, van het Verdrag op bepaalde groepen overeenkomsten, besluiten en onderling afgestemde feitelijke gedragingen tussen lijnvaartondernemingen (consortia) (PB L 100 van 20.4.2000, blz. 24)
-

## Mededeling van de Commissie betreffende de behandeling van klachten door de Commissie op grond van de artikelen 81 en 82 van het Verdrag

(2004/C 101/05)

(Voor de EER relevante tekst)

### I. INLEIDING EN VOORWERP VAN DE MEDEDELING

1. Bij Verordening (EG) nr. 1/2003 <sup>(1)</sup> wordt een systeem van parallelle bevoegdheid ingevoerd voor de toepassing van de artikelen 81 en 82 van het EG-Verdrag door de Commissie en de mededingingsautoriteiten en rechterlijke instanties van de lidstaten. De verordening onderkent met name de complementariteit van de taken van de Commissie en de mededingingsautoriteiten van de lidstaten als openbare handhavingsinstanties en van de nationale rechterlijke instanties die uitspraak doen in rechtszaken tussen particulieren ter bescherming van de rechten van personen welke voortvloeien uit de artikelen 81 en 82 <sup>(2)</sup>.
2. Op grond van Verordening (EG) nr. 1/2003 kunnen de openbare handhavingsinstanties hun activiteiten richten op het onderzoek van ernstige inbreuken op de artikelen 81 en 82, die dikwijls moeilijk te ontdekken zijn. Zij maken voor hun handhavingswerkzaamheden gebruik van de informatie die zij van ondernemingen en consumenten ontvangen.
3. De Commissie wil derhalve burgers en ondernemingen aanmoedigen zich tot de openbare handhavingsinstanties te wenden om hen in te lichten over vermeende inbreuken op de mededingingsregels. Er zijn, op het niveau van de Commissie, twee manieren om dit te doen. Zo kan een klacht worden ingediend op grond van artikel 7, lid 2, van Verordening (EG) nr. 1/2003. Krachtens de artikelen 5 tot en met 9 van Verordening (EG) nr. 773/2004 <sup>(3)</sup>, moeten dergelijke klachten aan bepaalde voorwaarden voldoen.
4. De andere manier is om marktinformatie te verstrekken, die niet aan de voorwaarden behoeft te voldoen die op grond van artikel 7, lid 2, van Verordening (EG) nr. 1/2003 voor klachten gelden. De Commissie heeft een speciale website opgezet om informatie van burgers en van ondernemingen en ondernemingsverenigingen te verzamelen die de Commissie willen inlichten over vermeende inbreuken op de artikelen 81 en 82. Deze informatie kan de aanleiding vormen voor een onderzoek door de Commissie <sup>(4)</sup>. Informatie over vermeende inbreuken kan worden verstrekt op het volgende adres:
 

<http://europa.eu.int/dgcomp/info-on-anti-competitive-practices>

of worden gezonden naar:

Europese Commissie  
DG Concurrentie  
B-1049 Brussel.
5. Onverminderd de uitlegging van Verordening (EG) nr. 1/2003 en Verordening (EG) nr. 773/2004 van de Commissie door de communautaire rechterlijke instanties, wordt met de onderhavige mededeling beoogd burgers en ondernemingen die bij vermeende inbreuken op de mededingingsregels verhaal nastreven, een leidraad te bieden. De mededeling bevat twee delen:
  - deel II bevat aanwijzingen voor de keuze tussen het indienen van een klacht bij de Commissie of aanhangigmaking bij een nationale rechter. Bovendien worden in dit deel de beginselen in herinnering gebracht inzake de taakverdeling tussen de Commissie en de nationale mededingingsautoriteiten in het kader van het bij Verordening (EG) nr. 1/2003 ingevoerde handhavingsstelsels, welke in de mededeling betreffende de samenwerking binnen het netwerk van mededingingsautoriteiten zijn uiteengezet <sup>(5)</sup>;
  - in deel III wordt de procedure voor de behandeling van klachten door de Commissie op grond van artikel 7, lid 2, van Verordening (EG) nr. 1/2003 besproken.
6. De volgende situaties komen in deze mededeling niet aan de orde:
  - klachten door lidstaten ingediend op grond van artikel 7, lid 2, van Verordening (EG) nr. 1/2003;
  - klachten waarbij de Commissie wordt verzocht maatregelen te nemen tegen een lidstaat overeenkomstig artikel 86, lid 3, in samenhang met de artikelen 81 of 82 van het Verdrag;
  - klachten in verband met artikel 87 van het Verdrag betreffende steunmaatregelen van de staten;
  - klachte over door lidstaten gemaakte inbreuken die de Commissie in het kader van artikel 226 van het Verdrag kan behandelen <sup>(6)</sup>.

### II. VERSCHILLENDE METHODEN OM KLACHTEN IN TE DIENEN OVER VERMEENDE INBREUKEN OP DE ARTIKELEN 81 OF 82

#### A. KLACHTEN IN HET KADER VAN HET NIEUWE, BIJ VERORDENING (EG) Nr. 1/2003 INGEVOERDE HANDHAVINGSSTELSEL

7. Een klager kan zijn klacht, naargelang van de aard ervan, hetzij bij een nationale rechterlijke instantie, hetzij bij een mededingingsautoriteit die als openbare handhavingsinstantie optreedt indienen. In dit hoofdstuk van de mededeling wordt beoogd potentiële klagers te helpen om op weloverwogen wijze te kiezen of zij zich tot de Commissie, één van de mededingingsautoriteiten van de lidstaten of tot een nationale rechter zullen wenden.

8. Terwijl nationale rechterlijke instanties verplicht zijn de rechten van particulieren te beschermen en zij derhalve uitspraak moeten doen in zaken die bij hen aanhangig zijn gemaakt, kunnen openbare handhavingsinstanties niet alle klachten onderzoeken doch moeten zij bij de behandeling van zaken prioriteiten stellen. Het Hof van Justitie heeft verklaard dat de Commissie, die bij artikel 85, lid 1, van het EG-Verdrag belast is met de taak te waken over de toepassing van de in de artikelen 81 en 82 neergelegde beginselen, verantwoordelijk is voor de tenuitvoerlegging en de oriëntatie van het communautaire mededingingsbeleid en dat zij, om deze taak naar behoren te kunnen vervullen, bevoegd is om aan de bij haar ingediende klachten verschillende prioriteiten toe te kennen <sup>(7)</sup>.
9. Verordening (EG) nr. 1/2003 verleent de rechterlijke instanties en mededingingsautoriteiten van de lidstaten de bevoegdheid om naast de Commissie de artikelen 81 en 82 ten volle toe te passen. Een van de voornaamste doelstellingen van Verordening (EG) nr. 1/2003 is dat de rechterlijke instanties en mededingingsautoriteiten op doeltreffende wijze deelnemen aan de handhaving van de artikelen 81 en 82 <sup>(8)</sup>.
10. Bovendien wordt in artikel 3 van Verordening (EG) nr. 1/2003 bepaald dat de rechterlijke instanties en de mededingingsautoriteiten van de lidstaten de artikelen 81 en 82 moeten toepassen op alle overeenkomsten of gedragingen die de handel tussen de lidstaten kunnen beïnvloeden en waarop zij het nationale mededingingsrecht toepassen. Voorts worden bij de artikelen 11 en 15 van de verordening een reeks mechanismen ingevoerd op grond waarvan de rechterlijke instanties en de mededingingsautoriteiten van de lidstaten bij de handhaving van de artikelen 81 en 82 met de Commissie samenwerken.
11. In het licht van dit nieuwe wetgevingskader is de Commissie voornemens de middelen die haar voor handhaving ter beschikking staan op de volgende wijze te heroriënteren:
- zij zal de EG-mededingingsregels ten uitvoer leggen in zaken waarin zij de geschikte instantie is om op te treden <sup>(9)</sup>, waarbij zij zich vooral toelegt op de zwaarste inbreuken <sup>(10)</sup>;
  - zij zal de zaken behandelen ten aanzien waarvan een optreden van de Commissie vereist is om het mededingingsbeleid van de Gemeenschap te verduidelijken en/of te zorgen voor een samenhangende toepassing van artikel 81 of 82.
- B. DE COMPLEMENTARITEIT VAN PUBLIEKRECHTELIJKE EN PRIVAATRECHTELIJKE HANDHAVING
12. De communautaire rechterlijke instanties hebben bij herhaling gesteld dat nationale rechterlijke instanties verplicht zijn de rechten van particulieren die rechtstreeks voortvloeien uit artikel 81, lid 1 en artikel 82, te beschermen <sup>(11)</sup>.
13. Nationale rechterlijke instanties kunnen beslissen over de nietigheid of rechtsgeldigheid van contracten, en alleen nationale rechterlijke instanties kunnen schadevergoeding toekennen aan particulieren in geval van een inbreuk op de artikelen 81 en 82. Volgens de rechtspraak van het Hof van Justitie kan eenieder vergoeding vorderen van schade die hem is berokkend door een overeenkomst of een gedraging die de mededinging kan beperken of vervalsen, om de volledige doeltreffendheid van de communautaire mededingingsregels te waarborgen. Dergelijke bij de nationale rechter ingediende schadevorderingen kunnen wezenlijk bijdragen tot de handhaving van een werkzame mededinging in de Gemeenschap, omdat zij het sluiten of toepassen van concurrentiebeperkende overeenkomsten of praktijken minder aantrekkelijk maken <sup>(12)</sup>.
14. Verordening (EG) nr. 1/2003 geeft uitdrukkelijk reenschap van het feit dat nationale rechterlijke instanties bij de toepassing van de communautaire mededingingsregels een wezenlijke taak vervullen <sup>(13)</sup>. Door de bevoegdheid om artikel 81, lid 3, toe te passen uit te breiden tot nationale rechterlijke instanties maakt de verordening een einde aan de mogelijkheid voor ondernemingen om nationale rechtszaken te vertragen door middel van een aanmelding bij de Commissie, en neemt zij aldus een obstakel voor het beslechten van geschillen tussen particulieren weg dat uit Verordening (EG) nr. 17 voortvloeide <sup>(14)</sup>.
15. Onverminderd het recht of de verplichting van nationale rechterlijke instanties om overeenkomstig artikel 234 EG een prejudiciële vraag aan het Hof van Justitie voor te leggen, bepaalt artikel 15, lid 1, van Verordening (EG) nr. 1/2003 uitdrukkelijk dat nationale rechterlijke instanties de Commissie om advies of inlichtingen kunnen verzoeken. Deze bepaling beoogt de toepassing van de artikelen 81 en 82 door nationale rechterlijke instanties te vergemakkelijken <sup>(15)</sup>.
16. Het aanhangig maken van een zaak bij een nationale rechterlijke instantie houdt voor klagers de volgende voordelen in:
- nationale rechters kunnen schadevergoeding toekennen voor schade die als gevolg van een inbreuk op artikel 81 of 82 werd geleden;
  - nationale rechters kunnen uitspraak doen over vorderingen tot betaling of contractuele vorderingen op basis van een overeenkomst die zij in het licht van artikel 81 onderzoeken;
  - de nationale rechters moeten de civiele sanctie van nietigheid van artikel 81, lid 2, toepassen in de contractuele betrekkingen tussen particulieren <sup>(16)</sup>. Met name kunnen zij naar nationaal recht beoordelen wat de draagwijdte en de gevolgen voor het geheel van de contractuele betrekkingen zijn, indien sommige bepalingen van de overeenkomst op grond van artikel 81, lid 2, nietig zouden zijn, met name wat alle andere onderdelen van de overeenkomst betreft <sup>(17)</sup>;
  - nationale rechters zijn gewoonlijk beter dan de Commissie in staat om voorlopige maatregelen te nemen <sup>(18)</sup>;

- voor de nationale rechter kan een vordering uit hoofde van het communautaire mededingingsrecht in combinatie met andere vorderingen op grond van het nationale recht worden ingesteld;
- nationale rechters hebben gewoonlijk de bevoegdheid om, wanneer de eiser in het gelijk wordt gesteld, de gerechtskosten ten laste van de wederpartij te leggen. Dit is in een administratieve procedure voor de Commissie niet mogelijk.
17. Dat een klager de bescherming van zijn rechten kan waarborgen door een beroep in te stellen bij een nationale rechtbank is een belangrijk element waarmee de Commissie rekening kan houden wanneer zij nagaat of het communautair belang het onderzoek van een klacht rechtvaardigt <sup>(19)</sup>.
18. De Commissie is van mening dat het nieuwe, bij Verordening (EG) nr. 1/2003 ingevoerde handhavingssysteem de mogelijkheden waarover klagers beschikken om succesvol genoegdoening te zoeken en te verkrijgen van de nationale rechtelijke instanties, uitbreidt.
- C. TAAKVERDELING TUSSEN DE OPENBARE HANDHAVINGSINSTANTIES IN DE EUROPESE GEMEENSCHAP
19. Bij Verordening (EG) nr. 1/2003 wordt een stelsel van parallelle bevoegdheid voor de toepassing van de artikelen 81 en 82 ingevoerd doordat de mededingingsautoriteiten van de lidstaten de bevoegdheid wordt verleend de artikelen 81 en 82 ten volle toe te passen (artikel 5). De decentrale toepassing door de mededingingsautoriteiten van de lidstaten wordt verder aangemoedigd door de mogelijkheid om informatie uit te wisselen (artikel 12) en om elkaar bij onderzoeken bijstand te verlenen (artikel 22).
20. De taakverdeling tussen de Commissie en de mededingingsautoriteiten van de lidstaten wordt in de verordening niet geregeld; de verdeling van zaken wordt overgelaten aan het European Competition Network (ECN), waarin de Commissie en de mededingingsautoriteiten van de lidstaten samenwerken. De verordening beoogt een doeltreffende handhaving van de artikelen 81 en 82 door middel van een flexibele verdeling van mededingingszaken onder de openbare handhavinginstanties in de Gemeenschap.
21. De richtsnoeren voor de taakverdeling tussen de Commissie en de mededingingsautoriteiten van de lidstaten zijn in een afzonderlijke mededeling opgenomen <sup>(20)</sup>. Deze mededeling over de betrekkingen tussen de openbare handhavinginstanties vormt een belangrijke leidraad voor klagers omdat zij hen in staat stelt hun klacht tot die autoriteit te richten die het meest geschikt is om hun zaak in behandeling te nemen.
22. De mededeling betreffende de samenwerking binnen het netwerk van mededingingsautoriteiten stelt met name <sup>(21)</sup>:
- „Een autoriteit kan geschikt worden geacht een zaak te behandelen indien aan de volgende drie cumulatieve voorwaarden is voldaan:
- de overeenkomst of gedraging heeft aanzienlijke rechtstreekse feitelijke of vermoedelijke gevolgen voor de mededinging op haar grondgebied, wordt op haar grondgebied ten uitvoer gelegd of heeft zich daar voor het eerst voorgedaan;
  - de autoriteit kan de volledige inbreuk daadwerkelijk beëindigen, d.w.z. zij kan een administratief verbod uitvaardigen dat voldoende effect sorteert om een einde te maken aan de inbreuk en zij kan, zo nodig, de inbreuk naar behoren bestraffen;
  - zij kan, eventueel bijgestaan door andere autoriteiten, het feitenmateriaal verzamelen dat nodig is om de inbreuk te bewijzen.
- Uit bovengenoemde criteria blijkt dat er een concreet verband moet bestaan tussen de inbreuk en het grondgebied van een lidstaat, wil de mededingingsautoriteit van die lidstaat geschikt worden geacht om een zaak te behandelen. Het valt te verwachten dat de autoriteiten van lidstaten waar de mededinging merkbaar wordt beïnvloed door een inbreuk, geschikt zullen zijn om de zaak te behandelen, mits zij door afzonderlijk dan wel parallel optreden daadwerkelijk een einde kunnen maken aan de inbreuk, tenzij de Commissie terzake beter is toegerust (zie hieronder [ . . . ]).
- Hieruit volgt dat één enkele nationale mededingingsautoriteit gewoonlijk geschikt is om overeenkomsten of gedragingen aan te pakken die met name op haar grondgebied, de mededinging merkbaar beïnvloeden [ . . . ]
- Verder kan het optreden van één NMA eveneens passend zijn wanneer een dergelijk optreden volstaat om de volledige inbreuk te beëindigen, ook al kan meer dan één NMA geschikt worden geacht om de zaak te behandelen [ . . . ]
- Een parallelle behandeling door twee of drie NMA's kan passend zijn wanneer een overeenkomst of gedraging, in hoofdzaak op het grondgebied van deze autoriteiten, de mededinging merkbaar beïnvloedt en het optreden van één enkele NMA niet volstaat om de volledige inbreuk te beëindigen en/of deze naar behoren te bestraffen [ . . . ]

De autoriteiten die een zaak in het kader van een parallel optreden behandelen, zullen trachten hun optreden zoveel mogelijk te coördineren. Daartoe kunnen zij het nuttig achten een van hen als leidende autoriteit aan te wijzen en bepaalde taken aan deze autoriteit te delegeren, zoals bijvoorbeeld de coördinatie van onderzoeksmaatregelen, met dien verstande dat elke autoriteit verantwoordelijk blijft voor het verloop van haar eigen procedures.

De Commissie is bij uitstek geschikt om een zaak te behandelen wanneer een of meer overeenkomsten of gedragingen, netwerken van soortgelijke overeenkomsten of gedragingen inbegrepen, in meer dan drie lidstaten gevolgen hebben voor de mededinging (grensoverschrijdende markten die meer dan drie lidstaten omvatten of verschillende nationale markten) [...]

Bovendien is de Commissie bij uitstek geschikt om een zaak te behandelen wanneer deze nauw verband houdt met andere communautaire bepalingen waarvoor de Commissie uitsluitend bevoegd is, of die door de Commissie doeltreffender kunnen worden toegepast, dan wel wanneer het communautaire belang vereist dat er een besluit van de Commissie wordt vastgesteld teneinde het communautaire mededingingsbeleid verder te ontwikkelen ter ondervanging van nieuwe mededingingsvraagstukken, of om een daadwerkelijke handhaving te waarborgen.”

23. In het European Competition Network wordt informatie over zaken die naar aanleiding van een klacht worden onderzocht, vóór of onmiddellijk na het begin van de eerste formele onderzoeksmaatregel aan de overige leden van het netwerk meegedeeld <sup>(22)</sup>. Wanneer eenzelfde klacht bij verschillende autoriteiten is ingediend of wanneer een zaak aanhangig is gemaakt bij een autoriteit die niet geschikt is om deze te behandelen, zullen de leden van het netwerk binnen een indicatieve termijn van twee maanden trachten vast te stellen door welke autoriteit of autoriteiten de zaak zou moeten worden behandeld.
24. Klagers kunnen in belangrijke mate helpen voorkomen dat de zaak die naar aanleiding van hun klacht is ontstaan aan een andere autoriteit moet worden doorverwezen door, alvorens te beslissen bij welke autoriteit zij hun klacht indienen, gebruik te maken van de richtsnoeren inzake de taakverdeling binnen het netwerk die in dit hoofdstuk worden uiteengezet. Wanneer een zaak toch binnen het netwerk wordt doorverwezen, dan worden de betrokken ondernemingen en de klager(s) zo spoedig mogelijk door de betrokken mededingingsautoriteiten op de hoogte gebracht <sup>(23)</sup>.
25. Overeenkomstig artikel 13 van Verordening (EG) nr. 1/2003 kan de Commissie een klacht afwijzen op grond van het feit dat een mededingingsautoriteit van een lidstaat de zaak behandelt of behandeld heeft. In dit geval moet de Commissie, overeenkomstig artikel 9 van Verordening (EG) nr. 773/2004, de klager onverwijld meedelen welke nati-

onale mededingingsautoriteit de zaak behandelt of reeds behandeld heeft.

### III. DE BEHANDELING VAN KLACHTEN DOOR DE COMMISSIE OP GROND VAN ARTIKEL 7, LID 2 VAN VERORDENING (EG) Nr. 1/2003

#### A. ALGEMEEN

26. Krachtens artikel 7, lid 2 van Verordening (EG) nr. 1/2003 zijn natuurlijke personen en rechtspersonen die een rechtmatig belang <sup>(24)</sup> kunnen aantonen, gerechtigd tot het indienen van een klacht waarbij zij de Commissie verzoeken een inbreuk op de artikelen 81 en 82 EG vast te stellen en te gelasten hieraan overeenkomstig artikel 7, lid 1, van Verordening (EG) nr. 1/2003 een einde te maken. In dit deel van de onderhavige mededeling worden de voorwaarden waaraan klachten op grond van artikel 7, lid 2, van Verordening (EG) nr. 1/2003 moeten voldoen, alsmede de beoordeling ervan en de door de Commissie gevolgde procedure uiteengezet.
27. De Commissie is, anders dan burgerlijke rechterlijke instanties, die tot taak hebben de individuele rechten van particulieren te beschermen, een administratieve autoriteit die in het openbaar belang moet handelen. Het is inherent aan de taak van de Commissie als openbare handhavinginstantie dat zij over de discretionaire bevoegdheid beschikt om bij haar handhavingstaak prioriteiten te stellen <sup>(25)</sup>.
28. De Commissie mag aan de bij haar aanhangig gemaakte zaken verschillende prioriteiten toekennen en mag ter bepaling van de prioriteit die aan een zaak moet worden toegekend, naar het communautair belang verwijzen <sup>(26)</sup>. De Commissie mag een klacht afwijzen wanneer zij van oordeel is dat er geen sprake is van een zodanig communautair belang, dat onderzoeksmaatregelen gerechtvaardigd zijn. Wanneer de Commissie een klacht verwerpt, heeft de klager recht op een beschikking van de Commissie <sup>(27)</sup> onverminderd artikel 7, lid 3, van Verordening (EG) nr. 773/2004.

#### B. DE INDIENING VAN EEN KLACHT OVEREENKOMSTIG ARTIKEL 7, LID 2 VAN VERORDENING (EG) Nr. 1/2003

##### a) Klachtenformulier

29. Een klacht in de zin van artikel 7, lid 2, van Verordening (EG) nr. 1/2003 kan uitsluitend worden ingediend met betrekking tot een vermeende inbreuk op artikel 81 of 82 met het oog op de vaststelling van maatregelen door de Commissie uit hoofde van artikel 7, lid 1, van Verordening (EG) nr. 1/2003. Een klacht uit hoofde van artikel 7, lid 2, van Verordening (EG) nr. 1/2003 moet in overeenstemming zijn met formulier C als bedoeld in artikel 5, lid 1, van Verordening (EG) nr. 773/2004, dat in de bijlage bij die verordening is opgenomen.

30. Formulier C is verkrijgbaar op <http://europa.eu.int/dgcomp/complaints-form> en is tevens in de bijlage bij deze mededeling opgenomen. De klacht moet in drie papieren exemplaren evenals, indien mogelijk, langs elektronische weg worden ingediend. Daarnaast moet de klager een niet-vertrouwelijke versie van de klacht indienen (artikel 5, lid 2, van Verordening (EG) nr. 773/2004). Elektronische toezending naar de Commissie kan geschieden via de genoemde website, de papieren exemplaren moeten naar het volgende adres worden gezonden:
- Europese Commissie  
DG Concurrentie  
B-1049 Brussel.
31. Formulier C verzoekt klagers om uitvoerige informatie te verstrekken met betrekking tot hun klacht. Verder dienen zij afschriften te overleggen van relevante documentatie die hen redelijkerwijs ter beschikking staat en dienen zij zo mogelijk aan te geven waar relevante informatie en documenten waarover zij niet kunnen beschikken door de Commissie kunnen worden verkregen. In bijzondere gevallen kan de Commissie een klager ontslaan van de verplichting informatie te verschaffen voor een deel van de in formulier C gevraagde informatie (artikel 5, lid 1, van Verordening (EG) nr. 773/2004). De Commissie is van oordeel dat deze mogelijkheid met name de indiening van klachten door consumentenverenigingen kan vergemakkelijken wanneer zij, in het kader van een overigens gemotiveerde klacht, geen toegang hebben tot specifieke gegevens van de ondernemingen waarop de klacht betrekking heeft.
32. Aan de Commissie gezonden brieven die niet voldoen aan de vereisten van artikel 5 van Verordening (EG) nr. 773/2004 en daarom geen klacht vormen in de zin van artikel 7, lid 2, van Verordening (EG) nr. 1/2003, worden door de Commissie als algemene informatie beschouwd op grond waarvan zij, indien zij dit zinvol acht, ambtshalve een onderzoek kan instellen (zie punt 4).
- b) Rechtmatig belang**
33. De formele status van klager ingevolge artikel 7, lid 2, van Verordening (EG) nr. 1/2003 is voorbehouden aan rechtspersonen en natuurlijke personen die een rechtmatig belang kunnen aantonen<sup>(28)</sup>. Lidstaten worden geacht ten aanzien van alle klachten die zij indienen een rechtmatig belang te hebben.
34. In het verleden gaf de voorwaarde inzake rechtmatig belang niet dikwijls aanleiding tot twijfel omdat de meeste klagers rechtstreeks door de vermeende inbreuk werden benadeeld. Er zijn evenwel situaties waarin nader onderzoek is vereist om na te gaan of aan de voorwaarde inzake een „rechtmatig belang” volgens artikel 7, lid 2, is voldaan. Dit kan het best worden geïllustreerd aan de hand van een — niet-uitputtende — reeks voorbeelden.
35. Het Gerecht van eerste aanleg heeft geoordeeld dat een ondernemersvereniging een rechtmatig belang bij de indiening van een klacht kan doen gelden, ook al wordt zij als onderneming die op de betrokken markt actief is niet rechtstreeks door het gewraakte gedrag geraakt, op voorwaarde dat zij gerechtigd is de belangen van haar leden te vertegenwoordigen en het gewraakte gedrag de belangen van die leden kan schaden<sup>(29)</sup>. Daarentegen is eveneens gesteld dat de Commissie gerechtigd was een klacht van een ondernemersvereniging waarvan de leden zich niet bezighielden met het soort zakelijke transacties die het voorwerp waren van de klacht<sup>(30)</sup>, zonder gevolg te laten.
36. Uit deze rechtspraak kan worden afgeleid dat ondernemingen (de ondernemingen zelf of de verenigingen die bevoegd zijn hun belangen te vertegenwoordigen) een rechtmatig belang kunnen aanvoeren wanneer zij op de relevante markt actief zijn of wanneer het gedrag waarop de klacht betrekking heeft hun belangen rechtstreeks kan schaden. Hiermee wordt de vaste praktijk van de Commissie bevestigd, waarin wordt gesteld dat een rechtmatig belang bijvoorbeeld kan worden aangevoerd door de partijen bij de overeenkomst of gedraging die het voorwerp is van de klacht, door concurrerende ondernemingen die menen dat hun belangen door het gewraakte gedrag zijn geschaad of door ondernemingen die van een distributiesysteem zijn uitgesloten.
37. Ook consumentenverenigingen kunnen bij de Commissie klachten indienen<sup>(31)</sup>. Bovendien is de Commissie van oordeel dat individuele consumenten wier economische belangen rechtstreeks worden geschaad omdat zij de kopers zijn van goederen of diensten die het voorwerp van een inbreuk zijn, mogelijk een rechtmatig belang kunnen aantonen<sup>(32)</sup>.
38. De Commissie beschouwt evenwel het belang van personen of organisaties die redenen van algemeen belang aanvoeren zonder aan te tonen dat zij of hun leden rechtstreeks door de inbreuk dreigen te worden benadeeld, niet als een rechtmatig belang in de zin van artikel 7, lid 2.
39. Lokale of regionale openbare autoriteiten kunnen een rechtmatig belang aantonen in hun hoedanigheid van kopers of gebruikers van goederen of diensten die door het gedrag waarop de klacht betrekking heeft zijn benadeeld. Daarentegen kunnen zij niet worden geacht een rechtmatig belang aan te tonen in de zin van artikel 7, lid 2, van Verordening (EG) nr. 1/2003 indien zij de Commissie om redenen van het algemeen belang in kennis stellen van vermeende inbreuken.
40. Klagers moeten hun rechtmatige belang aantonen. Wanneer een natuurlijke of rechtspersoon die een klacht indient geen rechtmatig belang kan aantonen, is de Commissie gerechtigd de klacht zonder gevolg te laten zonder dat dit afbreuk doet aan haar bevoegdheid om ambtshalve een procedure in te leiden. De Commissie mag in elke fase van het onderzoek nagaan of aan deze voorwaarde is voldaan<sup>(33)</sup>.

## C. BEOORDELING VAN KLACHTEN

a) **Communautair belang**

41. Volgens de vaste rechtspraak van de communautaire rechterlijke instanties is de Commissie niet verplicht in elke zaak een onderzoek in te stellen <sup>(34)</sup> of, a fortiori, een beschikking te geven in de zin van artikel 249 EG over het al dan niet bestaan van een inbreuk op artikel 81 of 82 <sup>(35)</sup>, maar mag zij aan de bij haar ingediende klachten een verschillende prioriteit toekennen en ter bepaling van deze prioriteit naar het communautair belang verwijzen <sup>(36)</sup>. Dit geldt slechts dan niet wanneer het voorwerp van de klacht tot de exclusieve bevoegdheid van de Commissie behoort <sup>(37)</sup>.
42. De Commissie moet evenwel de feitelijke en juridische elementen waarvan de klagers haar in kennis hebben gesteld, zorgvuldig onderzoeken om het communautair belang van verder onderzoek in een zaak te beoordelen <sup>(38)</sup>.
43. Bij de beoordeling van het in een klacht aan de orde gestelde communautair belang moet rekening worden gehouden met de omstandigheden van elk individueel geval. Daarom moet het aantal beoordelingscriteria waarnaar de Commissie kan verwijzen niet worden beperkt, en mag zij evenmin worden verplicht uitsluitend bepaalde criteria te gebruiken. Aangezien de feitelijke en juridische context van geval tot geval aanmerkelijk kan verschillen, is het geoorloofd om nieuwe criteria te gebruiken die voorheen nog niet in aanmerking waren genomen <sup>(39)</sup>. Zo nodig mag de Commissie de voorkeur geven aan één enkel criterium ter beoordeling van het communautair belang <sup>(40)</sup>.
44. De criteria die in de rechtspraak relevant zijn verklaard voor de beoordeling van het communautair belang in het (verdere) onderzoek van een zaak zijn als volgt:
- de Commissie kan een klacht afwijzen op grond van het feit dat de klager zijn rechten voor de nationale rechter kan doen gelden <sup>(41)</sup>;
  - de Commissie mag niet bepaalde situaties die tot de haar bij het Verdrag opgedragen taak behoren, als bij voorbaat van haar werkterrein uitgesloten beschouwen, maar zij dient in elk individueel geval de ernst van de vermeende inbreuken op de mededinging alsmede het voortduren van de gevolgen ervan te beoordelen. Deze verplichting brengt met name mee, dat zij rekening houdt met de duur en de omvang van de gestelde inbreuken alsmede met de invloed ervan op de mededingingssituatie binnen de Gemeenschap <sup>(42)</sup>;
  - het is mogelijk dat de Commissie een afweging moet maken tussen het belang van de gestelde inbreuk voor de werking van de gemeenschappelijke markt, de waarschijnlijkheid dat zij het bestaan ervan kan aantonen en de omvang van de onderzoeksmiddelen die nodig zijn

om haar taak, te waken over de toepassing van de artikelen 81 en 82 van het Verdrag, te kunnen vervullen <sup>(43)</sup>;

- hoewel het bestaan van de discretionaire bevoegdheid van de Commissie niet afhangt van de vraag hoe ver het onderzoek in een zaak gevorderd is, maakt dit element wel deel uit van de omstandigheden van het concrete geval waarmee de Commissie eventueel rekening moet houden <sup>(44)</sup>;
  - de Commissie kan besluiten dat het niet passend is een klacht te onderzoeken wanneer de desbetreffende praktijken zijn beëindigd. De Commissie zal in dit geval echter wel moeten verifiëren of de mededingingsverstoringen niet voortduren en of de ernst van de inbreuken of het voortduren van de gevolgen ervan niet van dien aard zijn dat aan de klacht een communautair belang moet worden gehecht <sup>(45)</sup>;
  - de Commissie kan eveneens besluiten dat het niet passend is een klacht te onderzoeken wanneer de betrokken ondernemingen ermee instemmen hun gedrag zodanig te veranderen dat zij van oordeel is dat er niet langer voldoende communautair belang bestaat om op te treden <sup>(46)</sup>.
45. Wanneer de Commissie van oordeel is dat een zaak niet blijkt geeft van voldoende communautair belang om (verder) onderzoek te rechtvaardigen, kan de Commissie de klacht om die reden afwijzen. Dit besluit kan ofwel vóór de aanvang van een onderzoek, ofwel na de vaststelling van onderzoeksmaatregelen worden genomen <sup>(47)</sup>. De Commissie is evenwel niet verplicht een klacht af te wijzen wegens gebrek aan communautair belang <sup>(48)</sup>.

b) **Beoordeling op grond van de artikelen 81 en 82**

46. Het onderzoek van een klacht op grond van de artikelen 81 en 82 omvat twee aspecten; het ene heeft betrekking op de feiten die moeten worden vastgesteld om een inbreuk op artikel 81 of 82 aan te tonen en het andere houdt verband met de juridische beoordeling van het gedrag waarop de klacht betrekking heeft.
47. Wanneer de klacht wel voldoet aan de vereisten van artikel 5 van Verordening (EG) nr. 773/2004 en formulier C, doch niet volstaat om de gegrondheid van de beweringen aan te tonen, kan hij om die reden worden afgewezen <sup>(49)</sup>. De Commissie is niet verplicht feitelijke elementen die de klager haar niet ter kennis heeft gebracht en die zij enkel op basis van een onderzoek had kunnen ontdekken, in aanmerking te nemen om die klacht te kunnen afwijzen op grond van het feit dat het gedrag waarop de klacht betrekking heeft de communautaire mededingingsregels niet schendt of niet binnen de werkingsfeer ervan valt <sup>(50)</sup>.



48. De criteria voor de juridische beoordeling van overeenkomsten of gedragingen in het licht van de artikelen 81 en 82 kunnen in deze mededeling niet uitputtend worden behandeld. Potentiële klagers kunnen evenwel een beroep doen op de uitvoerige informatie van de Commissie <sup>(51)</sup>, naast andere bronnen en met name de rechtspraak van de communautaire rechterlijke instanties en de praktijk van de Commissie. In de navolgende punten worden vier specifieke onderwerpen genoemd en wordt aangegeven waar verdere informatie kan worden gevonden.
49. Overeenkomsten en gedragingen vallen in het toepassingsgebied van de artikelen 81 en 82 wanneer zij de handel tussen lidstaten kunnen beïnvloeden. Wanneer een overeenkomst of gedraging niet aan deze voorwaarde voldoet kan het nationale mededingingsrecht van toepassing zijn, maar niet het communautaire mededingingsrecht. Een uitgebreide toelichting op dit onderwerp kan worden gevonden in de mededeling betreffende het begrip „beïnvloeding van de handel” <sup>(52)</sup>.
50. Overeenkomsten die in het toepassingsgebied van artikel 81 vallen kunnen overeenkomsten van geringe betekenis zijn die geacht worden de mededinging niet merkbaar te beperken. Dit onderwerp wordt nader uiteengezet in de minimis-bekendmaking van de Commissie <sup>(53)</sup>.
51. Overeenkomsten die aan de voorwaarden van een groepsvrijstellingsverordening voldoen worden geacht te voldoen aan de voorwaarden van artikel 81, lid 3 <sup>(54)</sup>. De Commissie kan, overeenkomstig artikel 29 van Verordening (EG) nr. 1/2003, een groepsvrijstelling slechts intrekken wanneer zij van oordeel is dat in een bepaald geval een overeenkomst waarop de vrijstellingsverordening van toepassing is, bepaalde met artikel 81, lid 3, onverenigbare gevolgen heeft.
52. Het is mogelijk dat overeenkomsten die de mededinging beperken in de zin van artikel 81, lid 1, EG voldoen aan de voorwaarden van artikel 81, lid 3, EG. Volgens artikel 1, lid 2, van Verordening (EG) nr. 1/2003 zijn dergelijke overeenkomsten niet verboden, zonder dat hiertoe een voorafgaande beslissing vereist is. Een nadere toelichting op de voorwaarden waaraan een overeenkomst uit hoofde van artikel 81, lid 3, moet voldoen is opgenomen in de mededeling betreffende artikel 81, lid 3 <sup>(55)</sup>.
- D. DE DOOR DE COMMISSIE GEVOLGDE PROCEDURES BIJ DE BEHANDELING VAN KLACHTEN
- a) **Overzicht**
53. Zoals in het bovenstaande is opgemerkt is de Commissie niet verplicht op basis van elke klacht die wordt ingediend een onderzoek te verrichten om vast te stellen of er sprake is van een inbreuk. De Commissie is echter wel gehouden de feitelijke en juridische elementen waarvan klagers haar op de hoogte hebben gebracht, aandachtig te onderzoeken om te beoordelen of deze elementen op gedragingen wijzen die een inbreuk kunnen vormen op de artikelen 81 en 82 <sup>(56)</sup>.
54. In de procedure die de Commissie volgt om klachten te behandelen, kunnen verschillende fasen worden onderscheiden <sup>(57)</sup>.
55. Tijdens de eerste fase, die volgt op de indiening van de klacht, verzamelt de Commissie de nodige gegevens om te beoordelen welk gevolg aan de klacht moet worden gegeven. Deze fase kan een informele uitwisseling van standpunten tussen de Commissie en de klager omvatten, bedoeld om de feitelijke en juridische elementen die het voorwerp van de klacht zijn, te preciseren. In deze fase kan de Commissie een eerste reactie op de klacht geven en de klager in staat stellen, zijn beweringen in het licht van die eerste reactie nader toe te lichten.
56. In de tweede fase kan de Commissie de zaak nader onderzoeken met het oog op de inleiding van de procedure van artikel 7, lid 1 van Verordening (EG) nr. 1/2003 tegen de ondernemingen waartegen de klacht is gericht. Wanneer de Commissie van oordeel is dat er onvoldoende grond is om gevolg te geven aan de klacht, zal zij de klager hiervan met opgave van redenen in kennis stellen en biedt zij hem de mogelijkheid om, binnen een termijn die zij vaststelt, eventuele nadere opmerkingen kenbaar te maken (artikel 7, lid 1, van Verordening (EG) nr. 773/2004).
57. Indien de klager zijn standpunt niet binnen de door de Commissie vastgestelde termijn kenbaar maakt, wordt de klacht geacht te zijn ingetrokken (artikel 7, lid 3, van Verordening (EG) nr. 773/2004). In alle andere gevallen neemt de Commissie in de derde fase van de procedure kennis van de door de klager ingediende opmerkingen waarna zij hetzij een procedure inleidt tegen de persoon waartegen de klacht is gericht, hetzij een beschikking tot afwijzing van de klacht geeft <sup>(58)</sup>.
58. Wanneer de Commissie overeenkomstig artikel 13 van Verordening (EG) nr. 1/2003 een klacht afwijst op grond van het feit dat een mededingingsautoriteit van een lidstaat de zaak behandelt of heeft behandeld, gaat zij volgens artikel 9 van Verordening (EG) nr. 773/2004 te werk.
59. Gedurende het gehele verloop van de procedure beschikken klagers over een aantal rechten welke met name in de artikelen 6 tot en met 8 van Verordening (EG) nr. 773/2004 zijn vastgelegd. De handelingen van de Commissie in mededingingszaken vormen evenwel geen contradictoire procedure tussen de klager enerzijds en de ondernemingen waarop het onderzoek betrekking heeft anderzijds. De procedurele rechten van klagers gaan dan ook minder ver dan het recht van verweer van de ondernemingen waartegen een inbreukprocedure is ingeleid <sup>(59)</sup>.

b) **Indicatieve termijn waarbinnen de Commissie de klager in kennis moet stellen van de voorgenomen maatregelen**

60. De Commissie is verplicht om binnen een redelijke termijn uitspraak te doen over een klacht<sup>(60)</sup>. Wat onder een redelijke termijn moet worden verstaan hangt van de omstandigheden van elke zaak af en in het bijzonder van de context ervan, de verschillende fasen van de procedure die de Commissie heeft gevolgd, het gedrag van de partijen tijdens de procedure, de ingewikkeldheid van de zaak, alsmede het belang ervan voor de verschillende betrokken partijen<sup>(61)</sup>.

61. De Commissie zal in beginsel trachten klagers binnen een indicatieve termijn van vier maanden na de ontvangst van de klacht in kennis te stellen van het gevolg dat zij voornemens is hieraan te geven. Zo zal de Commissie, in het licht van de omstandigheden van het individuele geval en met name de eventuele noodzaak om de klager of derden om aanvullende inlichtingen te verzoeken, de klager in beginsel binnen vier maanden meedelen of zij voornemens is de zaak aan een nader onderzoek te onderwerpen. Deze termijn is niet wettelijk bindend.

62. Binnen deze periode van vier maanden kan de Commissie de klager bij wijze van eerste reactie in de eerste fase van de procedure meedelen welk gevolg zij voornemens is aan de klacht te geven (zie punt 55 hierboven). Ook kan de Commissie, wanneer het onderzoek van de klacht de tweede fase heeft bereikt (zie punt 56 hierboven), de klager door middel van een brief overeenkomstig artikel 7, lid 1, van Verordening (EG) nr. 773/2004 rechtstreeks in kennis stellen van haar voorlopige beoordeling.

63. Om ervoor te zorgen dat hun klacht zo snel mogelijk wordt behandeld is het wenselijk dat klagers zorgvuldig aan de procedure meewerken<sup>(62)</sup>, bijvoorbeeld door de Commissie van nieuwe ontwikkelingen in kennis te stellen.

c) **Procedurale rechten van de klager**

64. Wanneer de Commissie overeenkomstig artikel 10, lid 1, van Verordening (EG) nr. 773/2004 een mededeling van punten van bezwaar richt tot de ondernemingen waartegen een klacht is ingediend, heeft de klager recht op een afschrift van dit document waaruit de zakengeheimen en andere vertrouwelijke informatie van de betrokken ondernemingen zijn geschrapt (niet-vertrouwelijke versie van de mededeling van punten van bezwaar; zie artikel 6, lid 1, van Verordening (EG) nr. 773/2004). De klager wordt verzocht schriftelijk zijn standpunt over de mededeling van punten van bezwaar kenbaar te maken. Hiervoor zal een termijn worden vastgesteld.

65. Daarenboven kan de Commissie klagers zonodig in de gelegenheid stellen hun standpunt kenbaar te maken tijdens de mondelinge hoorzitting voor de partijen tot wie een mededeling van punten van bezwaar is gericht, indien

de klagers in hun schriftelijke opmerkingen daarom verzoeken<sup>(63)</sup>.

66. Klagers kunnen, op eigen initiatief of op verzoek van de Commissie, documenten indienen die zakelijke geheimen of andere vertrouwelijke informatie bevatten. Vertrouwelijke informatie wordt door de Commissie beschermd<sup>(64)</sup>. Krachtens artikel 16 van Verordening (EG) nr. 773/2004 moeten klagers vertrouwelijke informatie identificeren, aangeven waarom zij deze informatie als vertrouwelijk beschouwen en een afzonderlijke, niet-vertrouwelijke versie verstrekken wanneer zij overeenkomstig artikel 6, lid 1, en artikel 7, lid 1, van Verordening (EG) nr. 773/2004 hun standpunt kenbaar maken, alsook wanneer zij in de loop van dezelfde procedure verdere informatie verstrekken. Verder kan de Commissie in alle andere gevallen klagers die documenten overleggen of verklaringen afleggen verzoeken aan te geven welke documenten of delen van documenten of verklaringen zij als vertrouwelijk beschouwen. Zij kan met name een termijn vaststellen waarin de klager moet meedelen waarom hij bepaalde informatie als vertrouwelijk beschouwt en hij een niet-vertrouwelijke versie moet verstrekken, onder toevoeging van een beknopte beschrijving of een niet-vertrouwelijke versie van alle geschrapte informatie.

67. Ook indien bepaalde informatie als vertrouwelijk wordt aangemerkt belet dit de Commissie niet om inlichtingen bekend te maken of te gebruiken wanneer dit voor het bewijs van een inbreuk op artikel 81 of 82, noodzakelijk is<sup>(65)</sup>. Wanneer zakengeheimen en vertrouwelijke informatie nodig zijn om een inbreuk aan te tonen, moet de Commissie voor elk afzonderlijk document beoordelen of de noodzaak tot openbaarmaking zwaarwegender is dan de schade die als gevolg van de openbaarmaking zou kunnen ontstaan.

68. Wanneer de Commissie oordeelt dat een klacht niet nader behoeft te worden onderzocht omdat er onvoldoende communautair belang is om de zaak voort te zetten of op andere gronden, stelt zij de klager hiervan bij brief in kennis met vermelding van de rechtsgrondslag (artikel 7, lid 1, van Verordening (EG) nr. 773/2004), motiveert zij deze voorlopige beoordeling en geeft zij de klager de gelegenheid om aanvullende inlichtingen te verstrekken of zijn standpunt kenbaar te maken binnen een door de Commissie vastgestelde termijn. Tevens deelt de Commissie de klager mee wat de gevolgen zijn indien hij nalaat te antwoorden overeenkomstig artikel 7, lid 3, van Verordening (EG) nr. 773/2004, zoals hieronder wordt uiteengezet.

69. Overeenkomstig artikel 8, lid 1, van Verordening (EG) nr. 773/2004 heeft de klager recht van toegang tot de documenten waarop de Commissie haar voorlopige beoordeling heeft gebaseerd. Deze toegang wordt gewoonlijk verleend door het aanhechten van een afschrift van de desbetreffende documenten aan de brief.

70. De termijn waarbinnen de klager zijn standpunt kenbaar kan maken over de brief ingevolge artikel 7, lid 1, van Verordening (EG) nr. 773/2004 wordt vastgesteld naar gelang van de omstandigheden van de zaak. De termijn kan niet minder dan vier weken bedragen (artikel 17, lid 2, van Verordening (EG) nr. 773/2004). Indien de klager niet binnen de vastgestelde termijn antwoordt, wordt de klacht geacht te zijn ingetrokken overeenkomstig artikel 7, lid 3, van Verordening (EG) nr. 773/2004. Klagers zijn gerechtigd hun klacht te allen tijde in te trekken indien zij zulks wensen.
71. De klager kan om een verlenging van de termijn voor het kenbaar maken van zijn standpunt verzoeken. Afhankelijk van de omstandigheden van de zaak kan de Commissie een dergelijke verlenging toestaan.
72. Wanneer de klager in dit geval aanvullende opmerkingen verstrekt, neemt de Commissie nota van deze opmerkingen. Wanneer zij van dien aard zijn dat de Commissie besluit het gevolg dat zij voornemens was aan de klacht te geven te wijzigen, kan zij een procedure inleiden tegen de ondernemingen waartegen de klacht is gericht. In deze procedure beschikt de klager over de bovenvermelde procedurele rechten.
73. Wanneer het standpunt van de klager geen verandering brengt in het voorgenomen optreden van de Commissie, wijst deze de klacht bij beschikking af <sup>(66)</sup>.
- d) De beschikking van de Commissie tot afwijzing van een klacht**
74. Wanneer de Commissie bij beschikking overeenkomstig artikel 7, lid 2, van Verordening (EG) nr. 773/2004 een klacht afwijst, moet zij haar besluit overeenkomstig artikel 253 EG motiveren; deze motivering moet beantwoorden aan de aard van de betrokken handeling en de omstandigheden van het geval in aanmerking nemen.
75. De motivering moet de redenering van de Commissie duidelijk en ondubbelzinnig tot uitdrukking brengen, opdat de klager de gronden van het genomen besluit kan kennen en de bevoegde communautaire rechterlijke instantie zijn toezicht kan uitoefenen. De Commissie is evenwel niet verplicht een standpunt te bepalen ten aanzien van alle argumenten die de klagers tot staving van hun klacht hebben ingeroepen, doch zij kan volstaan met een uiteenzetting van de feiten en rechtsoverwegingen die in het bestek van haar beschikking van wezenlijk belang zijn <sup>(67)</sup>.
76. Wanneer de Commissie een klacht afwijst in een zaak die tevens aanleiding geeft tot een beschikking overeenkomstig artikel 10 van Verordening (EG) nr. 1/2003 (vaststelling van niet-toepasselijkheid van artikel 81 of 82) of artikel 9 van Verordening (EG) nr. 1/2003 (toezeggingen), kan in de beschikking tot afwijzing worden verwezen naar die andere beschikking die op basis van de bedoelde bepalingen is gegeven.
77. Tegen een beschikking tot afwijzing van een klacht kan bij de communautaire rechterlijke instanties beroep worden ingesteld <sup>(68)</sup>.
78. Een beschikking tot afwijzing van een klacht ontnemt klagers de mogelijkheid om een verzoek tot heropening van het onderzoek te doen, tenzij zij belangrijke nieuwe feiten aanvoeren. Verdere correspondentie van klagers over dezelfde vermeende inbreuk kan derhalve niet als een nieuwe klacht worden beschouwd, tenzij belangrijke feiten ter kennis van de Commissie worden gebracht. Onder passende omstandigheden kan de Commissie evenwel een zaak heropenen.
79. In een beschikking tot afwijzing van een klacht wordt niet definitief uitspraak gedaan over het al dan niet bestaan van een inbreuk op artikel 81 of 82, zelfs indien de Commissie de feiten op grond van de artikelen 81 en 82 heeft beoordeeld. Het oordeel van de Commissie in een beschikking tot afwijzing van een klacht belet de nationale rechter of mededingingsautoriteit derhalve niet om de artikelen 81 en 82 toe te passen op de overeenkomsten en praktijken die hen worden voorgelegd. Het oordeel van de Commissie in een beschikking tot afwijzing van een klacht is een feitelijk gegeven waarmee de nationale rechter rekening kan houden bij zijn onderzoek van de vraag of de betrokken overeenkomst of gedragingen in overeenstemming zijn met de artikelen 81 en 82 <sup>(69)</sup>.
- e) Bijzondere situaties**
80. Krachtens artikel 8 van Verordening (EG) nr. 1/2003 kan de Commissie ambtshalve voorlopige maatregelen treffen wanneer de mededinging op ernstige en onherstelbare wijze dreigt te worden geschaad. Dit artikel bepaalt dat personen die overeenkomstig artikel 7, lid 2, van Verordening (EG) nr. 1/2003 een klacht indienen, niet om voorlopige maatregelen kunnen verzoeken. Verzoeken van ondernemingen om voorlopige maatregelen kunnen bij de rechterlijke instanties van de lidstaten worden ingediend die heel wel in staat zijn om hierover uitspraak te doen <sup>(70)</sup>.
81. Sommige personen wensen wellicht de Commissie in kennis te stellen van vermeende inbreuken op artikel 81 of 82 zonder dat hun identiteit aan de ondernemingen die de vermeende inbreuken zouden hebben begaan, bekend wordt gemaakt. Deze personen worden verzocht met de Commissie contact op te nemen. De Commissie is verplicht de anonimiteit van een informant te respecteren indien deze daarom heeft verzocht, tenzij dit verzoek duidelijk ongerechtvaardigd is <sup>(71)</sup>.

- (<sup>1</sup>) Verordening (EG) nr. 1/2003 van de Raad van 16 december 2002 betreffende de uitvoering van de mededingingsregels van de artikelen 81 en 82 van het Verdrag (PB L 1 van 4.1.2003, blz. 1 t/m 25).
- (<sup>2</sup>) Zie met name de overwegingen 3 t/m 7 en 35 van Verordening (EG) nr. 1/2003.
- (<sup>3</sup>) Verordening (EG) nr. 773/2004 van de Commissie van 7 april 2004 betreffende de procedures van de Commissie overeenkomstig de artikelen 81 en 82 van het EG-Verdrag (PB L 123 van 27.4.2004).
- (<sup>4</sup>) De Commissie behandelt brieven van informanten op een wijze die in overeenstemming is met haar beginselen inzake een goede administratieve praktijk.
- (<sup>5</sup>) Mededeling betreffende de samenwerking binnen het netwerk van mededingingsautoriteiten (blz. 43).
- (<sup>6</sup>) Voor de behandeling van dergelijke klachten, zie de mededeling van de Commissie van 10 oktober 2002, COM(2002) 141.
- (<sup>7</sup>) Zaak C-344/98, Masterfoods/HB Ice Cream, Jurispr. (2000) blz. I-11369, r.o. 46; zaak C-119/97 P, Union française de l'express (Ufex) e.a./Commissie van de Europese Gemeenschappen, Jurispr. (1999) blz. I-1341, r.o. 88; zaak T-24/90, Automec/Commissie van de Europese Gemeenschappen, Jurispr. (1992) blz. II-2223, r.o. 73-77.
- (<sup>8</sup>) Zie met name de artikelen 5, 6, 11, 12, 15, 22, 29 en 35 en de overwegingen 2 tot en met 4 en 6 tot en met 8 van Verordening (EG) nr. 1/2003.
- (<sup>9</sup>) Zie de mededeling betreffende de samenwerking binnen het netwerk van mededingingsautoriteiten, punt 5 e.v.
- (<sup>10</sup>) Zie overweging 3 van Verordening (EG) nr. 1/2003.
- (<sup>11</sup>) Vaste rechtspraak, zie zaak 127/73, Belgische Radio en Televisie (BRT)/SABAM en Fonior, Jurispr. (1974) 51, r.o. 16; zaak C-282/95 P, Guérin automobiles/Commissie van de Europese Gemeenschappen, Jurispr. (1997) blz. I-1503, r.o. 39; zaak C-453/99, Courage/Bernhard Crehan, Jurispr. (2001) blz. I-6297, r.o. 23.
- (<sup>12</sup>) Zaak C-453/99, Courage/Bernhard Crehan, Jurispr. (2001) blz. I-6297, r.o. 26 en 27; de bevoegdheid van nationale rechterlijke instanties om schadevergoeding toe te kennen wordt eveneens benadrukt in overweging 7 van Verordening (EG) nr. 1/2003.
- (<sup>13</sup>) Zie artikelen 1, 6 en 15 alsmede overweging 7 van Verordening (EG) nr. 1/2003.
- (<sup>14</sup>) Verordening nr. 17: Eerste verordening over de toepassing van de artikelen 85 en 86 van het EG-Verdrag, PB 13 van 21.2.1962, blz. 204 tot en met 211. Verordening nr. 17 is met ingang van 1 mei 2004 ingetrokken bij artikel 43 van Verordening (EG) nr. 1/2003.
- (<sup>15</sup>) Voor een meer uitvoerige toelichting op dit mechanisme, zie de mededeling betreffende de samenwerking tussen de Commissie en de rechterlijke instanties van de EU-lidstaten bij de toepassing van de artikelen 81 en 82 van het Verdrag.
- (<sup>16</sup>) Zaak T-24/90, Automec/Commissie van de Europese Gemeenschappen, Jurispr. (1992) blz. II-2223, r.o. 93.
- (<sup>17</sup>) Zaak C-230/96, Cabour en Nord Distribution Automobile/Armor „SOCO”, Jurispr. (1998) blz. I-2055, r.o. 51; gevoegde zaken T-185/96, T-189/96 en T-190/96, Dalmasso e.a./Commissie van de Europese Gemeenschappen, Jurispr. (1999) blz. II-93, r.o. 50.
- (<sup>18</sup>) Zie artikel 8 van Verordening (EG) nr. 1/2003 en punt 80 hieronder. Naar gelang van het geval kunnen de mededingingsautoriteiten van de lidstaten even goed in staat zijn voorlopige maatregelen te nemen.
- (<sup>19</sup>) Zie punt 41 en volgende.
- (<sup>20</sup>) Mededeling betreffende de samenwerking binnen het netwerk van mededingingsautoriteiten (blz. 43).
- (<sup>21</sup>) Mededeling betreffende de samenwerking binnen het netwerk van mededingingsautoriteiten, punten 8 tot en met 15.
- (<sup>22</sup>) Artikel 11, leden 2 en 3 van Verordening (EG) nr. 1/2003; mededeling betreffende de samenwerking binnen het netwerk van mededingingsautoriteiten, punten 16 en 17.
- (<sup>23</sup>) Mededeling betreffende de samenwerking binnen het netwerk van mededingingsautoriteiten, punt 34.
- (<sup>24</sup>) Voor een meer uitgebreide toelichting op dit begrip, zie punt 33 en volgende.
- (<sup>25</sup>) Zaak C-119/97 P, Union française de l'express (Ufex) e.a./Commissie van de Europese Gemeenschappen, Jurispr. (1999), blz. I-1341, r.o. 88; zaak T-24/90, Automec/Commissie van de Europese Gemeenschappen, Jurispr. (1992), blz. II-2223, r.o. 73-77 en 85.
- (<sup>26</sup>) Vaste rechtspraak sinds zaak T-24/90, Automec/Commissie van de Europese Gemeenschappen, Jurispr. (1992), blz. II-2223, r.o. 85.
- (<sup>27</sup>) Zaak C-282/95 P, Guérin automobiles/Commissie van de Europese Gemeenschappen, Jurispr. (1997), blz. I-1503, r.o. 36.
- (<sup>28</sup>) Zie artikel 5, lid 1, van Verordening (EG) nr. 773/2004.
- (<sup>29</sup>) Zaak T-114/92, Bureau Européen des Médias et de l'Industrie Musicale (BEMIM)/Commissie van de Europese Gemeenschappen, Jurispr. (1995), blz. II-147, r.o. 28. Ondernemersverenigingen waren eveneens klagers in de zaken die voorwerp waren van de arresten in zaak 298/83, Comité des industries cinématographiques des Communautés européennes (CICCE)/Commissie van de Europese Gemeenschappen, Jurispr. (1985), blz. 1105 en zaak T-319/99, Federacion Nacional de Empresas (FENIN)/Commissie van de Europese Gemeenschappen, nog niet in de Jurisprudentie (2003) gepubliceerd.
- (<sup>30</sup>) Gevoegde zaken T-133/95 en T-204/95, International Express Carriers Conference (IECC)/Commissie van de Europese Gemeenschappen, Jurispr. (1998) blz. II-3645, r.o. 79-83.
- (<sup>31</sup>) Zaak T-37/92, Bureau Européen des Unions des Consommateurs (BEUC)/Commissie van de Europese Gemeenschappen, Jurispr. (1994), blz. II-285, r.o. 36.

- (32) Deze kwestie is aan de orde gesteld in een thans bij het Gerecht van eerste aanleg aanhangige procedure (gevoegde zaken T-213 en 214/01). De Commissie heeft ook een individuele consument als klager aanvaard in haar beschikking van 9 dec. 1998 in zaak IV/D-2/34.466, Griekse veerdienstmaatschappijen, PB L 109/24 van 27 april 1999, r.o. 1.
- (33) Gevoegde zaken T-133/95 en T-204/95, International Express Carriers Conference (IECC)/Commissie van de Europese Gemeenschappen, Jurispr. (1998), blz. II-3645, r.o. 79.
- (34) Zaak T-24/90, Automec/Commissie van de Europese Gemeenschappen, Jurispr. (1992), blz. II-2223, r.o. 76; zaak C-91/95 P, Roger Tremblay e.a./Commissie van de Europese Gemeenschappen, Jurispr. (1996), blz. I-5547, r.o. 30.
- (35) Zaak 125/78, GEMA/Commissie van de Europese Gemeenschappen, Jurispr. (1979), blz. 3173, r.o. 17; zaak C-119/97 P, Union française de l'express (Ufex) e.a./Commissie van de Europese Gemeenschappen, Jurispr. (1999), blz. I-1341, r.o. 87.
- (36) Vaste rechtspraak sinds zaak T-24/90, Automec/Commissie van de Europese Gemeenschappen, Jurispr. (1992), blz. II-2223, r.o. 77 en 85; in overweging 18 van Verordening nr. 1/2003 wordt deze mogelijkheid uitdrukkelijk bevestigd.
- (37) Vaste rechtspraak sinds zaak T-24/90, Automec/Commissie van de Europese Gemeenschappen, Jurispr. (1992), blz. II-2223, r.o. 75. Wat Verordening (EG) nr. 1/2003 betreft is dit beginsel wellicht uitsluitend relevant in het kader van artikel 29 van die verordening.
- (38) Zaak 210/81, Oswald Schmidt, handelend onder de naam Demo-Studio Schmidt/Commissie van de Europese Gemeenschappen, Jurispr. (1983), blz. 3045, r.o. 19; zaak C-119/97 P, Union française de l'express (Ufex) e.a./Commissie van de Europese Gemeenschappen, Jurispr. (1999), blz. I-1341, r.o. 86.
- (39) Zaak C-119/97 P, Union française de l'express (Ufex) e.a./Commissie van de Europese Gemeenschappen, Jurispr. (1999), blz. I-1341, r.o. 79-80.
- (40) Zaak C-450/98 P, International Express Carriers Conference (IECC)/Commissie van de Europese Gemeenschappen, Jurispr. (2001), blz. I-3947, r.o. 57-59.
- (41) Zaak T-24/90, Automec/Commissie van de Europese Gemeenschappen, Jurispr. (1992), blz. II-2223, r.o. 88 en volgende; zaak T-5/93, Roger Tremblay e.a./Commissie van de Europese Gemeenschappen, Jurispr. (1995), blz. II-185, r.o. 65 en volgende; zaak T-575/93, Casper Koelman/Commissie van de Europese Gemeenschappen, Jurispr. (1996), blz. II-1, r.o. 75-80; zie ook deel II hierboven waarin deze situatie meer uitvoerig wordt uiteengezet.
- (42) Zaak C-119/97 P, Union française de l'express (Ufex) e.a./Commissie van de Europese Gemeenschappen, Jurispr. (1999), blz. I-1341, r.o. 92/93.
- (43) Vaste rechtspraak sinds zaak T-24/90, Automec/Commissie van de Europese Gemeenschappen, Jurispr. (1992), blz. II-2223, r.o. 86.
- (44) Zaak C-449/98 P, International Express Carriers Conference (IECC)/Commissie van de Europese Gemeenschappen, Jurispr. (2001), blz. I-3875, r.o. 37.
- (45) Zaak T-77/95, Syndicat français de l'Express International e.a./Commissie van de Europese Gemeenschappen, Jurispr. (1997), blz. II-1, r.o. 57. Zaak C-119/97 P, Union française de l'express (Ufex) e.a./Commissie van de Europese Gemeenschappen, Jurispr. (1999), blz. I-1341, r.o. 95. Zie ook zaak T-37/92, Bureau Européen des Unions des Consommateurs (BEUC)/Commissie van de Europese Gemeenschappen, Jurispr. (1994), blz. II-285, r.o. 113, waarin werd geoordeeld dat een ongeschreven verbintenis tussen een lidstaat en een derde land die niet is aangegaan in het kader van de gemeenschappelijke handelspolitiek, onvoldoende basis vormde om vast te stellen dat het gedrag waarop de klacht betrekking had, was beëindigd.
- (46) Zaak T-110/95, International Express Carriers (IECC)/Commissie van de Europese Gemeenschappen e.a., Jurispr. (1998), blz. II-3605, r.o. 57, bevestigd door zaak 449/98 P, International Express Carriers (IECC)/Commissie van de Europese Gemeenschappen e.a., Jurispr. (2001), blz. I-3875, r.o. 44-47.
- (47) Zaak C-449/98 P, International Express Carriers (IECC)/Commissie van de Europese Gemeenschappen e.a., Jurispr. (2001), blz. I-3875, r.o. 37.
- (48) Zie reeds zaak T-77/92, Parker Pen/Commissie van de Europese Gemeenschappen, Jurispr. (1994), blz. II-549, r.o. 64/65; nog duidelijker in zaak C-344/98, Masterfoods/HB Ice Cream, Jurispr. (2000), blz. I-11369, r.o. 48.
- (49) Zaak 298/83, Comité des industries cinématographiques des Communautés européennes (CICCE)/Commissie van de Europese Gemeenschappen, Jurispr. (1985), blz. 1105, r.o. 21-24; zaak T-198/98, Micro Leader Business/Commissie van de Europese Gemeenschappen, Jurispr. (1999), blz. II-3989, r.o. 32-39.
- (50) Zaak T-319/99, Federacion Nacional de Empresas (FENIN)/Commissie van de Europese Gemeenschappen, nog niet in de Jurisprudentie (2003) verschenen, r.o. 43.
- (51) Uitvoerige informatie is te vinden op de website van de Commissie [http://europa.eu.int/comm/competition/index\\_nl.html](http://europa.eu.int/comm/competition/index_nl.html)
- (52) Mededeling betreffende het begrip „beïnvloeding van de handel” in de artikelen 81 en 82 van het Verdrag (blz. 81).
- (53) Bekendmaking van de Commissie inzake overeenkomsten die de mededinging niet merkbaar beperken in de zin van artikel 81, lid 1 van het Verdrag tot oprichting van de Europese Gemeenschap (de minimis) (PB C 368 van 22.12.2001, blz. 13).
- (54) De tekst van alle groepsvrijstellingsverordeningen kan worden geraadpleegd op de website van de Commissie [http://europa.eu.int/comm/competition/index\\_nl.html](http://europa.eu.int/comm/competition/index_nl.html)
- (55) Mededeling van de Commissie — Richtsnoeren betreffende de toepassing van artikel 81, lid 3, van het Verdrag (blz. 97).
- (56) Zaak 210/81, Oswald Schmidt, handelend onder de naam Demo-Studio Schmidt/Commissie van de Europese Gemeenschappen, Jurispr. (1983), blz. 3045, r.o. 19; zaak T-24/90, Automec/Commissie van de Europese Gemeenschappen, Jurispr. (1992), blz. II-2223, r.o. 79.
- (57) Zaak T-64/89, Automec/Commissie van de Europese Gemeenschappen, Jurispr. (1990), blz. II-367, r.o. 45-47 en zaak T-37/92, Bureau Européen des Unions des Consommateurs (BEUC)/Commissie van de Europese Gemeenschappen, Jurispr. (1994), blz. II-285, r.o. 29.

- (<sup>58</sup>) Zaak C-282/95 P, Guérin automobiles/Commissie van de Europese Gemeenschappen, Jurispr. (1997), blz. I-1503, r.o. 36.
- (<sup>59</sup>) Gevoegde zaken 142 en 156/84, British American Tobacco Company en R.J. Reynolds Industries/Commissie van de Europese Gemeenschappen, Jurispr. (1987), blz. 249, r.o. 19/20.
- (<sup>60</sup>) Zaak C-282/95 P, Guérin automobiles/Commissie van de Europese Gemeenschappen, Jurispr. (1997), blz. I-1503, r.o. 37.
- (<sup>61</sup>) Gevoegde zaken T-213/95 en T-18/96, Stichting Certificatie Kraanverhuurbedrijf (SCK) en Federatie van Nederlandse Kraanbedrijven (FNK)/Commissie van de Europese Gemeenschappen, Jurispr. (1997), blz. 1739, r.o. 57.
- (<sup>62</sup>) Het begrip „zorgvuldigheid” van de klager wordt gebruikt in het Gerecht van eerste aanleg in zaak T-77/94, Vereniging van Groothandelaren in Bloemkwekerijproducten e.a./Commissie van de Europese Gemeenschappen, Jurispr. (1997), blz. II-759, r.o. 75.
- (<sup>63</sup>) Artikel 6, lid 2, van Verordening (EG) nr. 773/2004.
- (<sup>64</sup>) Artikel 287 EG, artikel 28 van Verordening (EG) nr. 1/2003 en artikelen 15 en 16 van Verordening (EG) nr. 773/2004.
- (<sup>65</sup>) Artikel 27, lid 2, van Verordening (EG) nr. 1/2003.
- (<sup>66</sup>) Artikel 7, lid 2 van Verordening (EG) nr. 773/2004; zaak C-282/95 P, Guérin automobiles/Commissie van de Europese Gemeenschappen, Jurispr. (1997), blz. I-1503, r.o. 36.
- (<sup>67</sup>) Vaste rechtspraak, zie onder andere zaak T-114/92, Bureau Européen des Médias et de l'Industrie Musicale (BEMIM)/Commissie van de Europese Gemeenschappen, Jurispr. (1995), blz. II-147, r.o. 41.
- (<sup>68</sup>) Vaste rechtspraak sinds zaak 210/81, Oswald Schmidt, handelend onder de naam Demo-Studio Schmidt/Commissie van de Europese Gemeenschappen, Jurispr. (1983), blz. 3045.
- (<sup>69</sup>) Zaak T-575/93, Casper Koelman/Commissie van de Europese Gemeenschappen, Jurispr. (1996), blz. II-1, r.o. 41-43.
- (<sup>70</sup>) Naar gelang van het geval kunnen de mededingingsautoriteiten van de lidstaten even goed in staat zijn voorlopige maatregelen te nemen.
- (<sup>71</sup>) Zaak 145/83, Stanley George Adams/Commissie van de Europese Gemeenschappen, Jurispr. (1985), blz. 3539.
-

## BIJLAGE

## FORMULIER C

**Klacht in de zin van artikel 7 van Verordening (EG) nr. 1/2003****I. Informatie over de klager en de onderneming(en) of ondernemersvereniging waartegen de klacht is gericht**

1. Gelieve volledige gegevens te verstrekken over de identiteit van de natuurlijke of rechtspersoon die de klacht indient. Indien de klager een onderneming is gelieve de ondernemingsgroep te vermelden waartoe zij behoort en een beknopt overzicht te geven van de aard en de reikwijdte van haar zakelijke activiteiten. Gelieve een contactpersoon op te geven (met telefoonnummer, post- en e-mailadres) bij wie aanvullende inlichtingen kunnen worden verkregen.
2. Gelieve de onderneming(en) of ondernemersvereniging te vermelden waartegen de klacht is gericht, en in voorkomend geval alle beschikbare informatie te verstrekken over de ondernemingsgroep waartoe deze onderneming(en) behoort/behoren en over de aard en de reikwijdte van de zakelijke activiteiten ervan. Gelieve de positie van de klager ten opzichte van de onderneming(en) of ondernemersvereniging waartegen de klacht is gericht, te vermelden (bv. klant, concurrent).

**II. Gegevens over de vermeende inbreuk en feitenmateriaal**

3. Gelieve uitvoerig de feiten uiteen te zetten waaruit volgens U een inbreuk op artikel 81 of 82 van het Verdrag en/of artikel 53 of 54 van de EER-Overeenkomst blijkt. Vermeld met name de aard van de producten (goederen of diensten) die worden beïnvloed door de vermeende inbreuken en zet zonodig de zakelijke betrekkingen ten aanzien van deze producten uiteen. Gelieve alle beschikbare gegevens te verstrekken over de overeenkomsten of gedragingen van de ondernemingen of ondernemersverenigingen waarop deze klacht betrekking heeft. Vermeld, voorzover mogelijk, de relatieve marktpositie van de ondernemingen waartegen de klacht is gericht.
4. Gelieve alle documentatie waarover U beschikt en die op de in de klacht uiteengezette feiten betrekking heeft of hiermee rechtstreeks verband houdt (zoals de tekst van overeenkomsten, notulen van onderhandelingen of vergaderingen, transactievoorwaarden, bedrijfsdocumenten, circulaire, briefwisseling, verslagen van telefoongesprekken . . .) in te dienen. Vermeld de namen en adressen van de personen die de in de klacht uiteengezette feiten kunnen staven, en met name van personen die nadeel ondervinden van de vermeende inbreuk. Gelieve statistische of andere gegevens waarover U beschikt en die verband houden met de uiteengezette feiten te overleggen, in het bijzonder wanneer zij betrekking hebben op marktontwikkelingen (bv. informatie met betrekking tot prijzen en prijsontwikkelingen, belemmeringen voor de toegang van nieuwe leveranciers tot de markt, enz.).
5. Gelieve uw standpunt uiteen te zetten over de geografische reikwijdte van de vermeende inbreuk en, ingeval dit niet duidelijk is, uit te leggen in hoeverre de handel tussen de lidstaten of tussen de Gemeenschap en één of meer EVA-staten die partij zijn bij de EER-Overeenkomst door het gedrag waarop de klacht betrekking heeft, ongunstig kan worden beïnvloed.

**III. Met de klacht beoogde vaststelling door de Commissie en rechtmatig belang**

6. Gelieve uiteen te zetten welke vaststelling of maatregel U als resultaat van het door de Commissie gegeven gevolg voor ogen staat.
7. Gelieve uiteen te zetten waarom U aanspraak maakt op een rechtmatig belang als klager overeenkomstig artikel 7 van Verordening (EG) nr. 1/2003. Verklaar met name op welke wijze U nadeel ondervindt van het gedrag waarop de klacht betrekking heeft en leg uit hoe volgens U een optreden van de Commissie de situatie zou kunnen verhelpen.

**IV. Bij de nationale mededingingsautoriteiten of de nationale rechter ingestelde procedures**

8. Gelieve volledige informatie te verstrekken over de vraag of U, met betrekking tot dezelfde of nauw verwante onderwerpen, een andere mededingingsautoriteit heeft benaderd en/of een rechtszaak aanhangig heeft gemaakt bij een nationale rechter. Zo ja, gelieve volledige gegevens te verstrekken over de administratieve of gerechtelijke autoriteit waarmee contact is opgenomen en de stukken die aan deze autoriteit zijn voorgelegd.

Verklaring dat de op dit formulier en de in bijlagen vervatte inlichtingen volledig te goeder trouw zijn verstrekt.

.....  
Datum en handtekening

**Mededeling van de Commissie over informeel advies betreffende nieuwe vragen met betrekking tot de artikelen 81 en 82 van het EG-Verdrag die in individuele gevallen rijzen (adviesbrieven)**

(2004/C 101/06)

(Voor de EER relevante tekst)

**I. VERORDENING (EG) nr. 1/2003**

1. Verordening (EG) nr. 1/2003 <sup>(1)</sup> voert een nieuw handhavingstelsel in voor de artikelen 81 en 82 van het Verdrag. Hoewel zij bedoeld is om de primaire taak van daadwerkelijke handhaving van de mededingingsregels opnieuw centraal te stellen, zorgt de verordening ook voor rechtszekerheid, aangezien zij voorziet dat overeenkomsten <sup>(2)</sup> die onder artikel 81, lid 1, vallen maar aan de voorwaarden van artikel 81, lid 3, voldoen, geldig en vanaf het begin volledig afdwingbaar zijn zonder voorafgaande beslissing van een mededingingsautoriteit (artikel 1 van Verordening (EG) nr. 1/2003).
2. Hoewel Verordening (EG) nr. 1/2003 parallelle bevoegdheden invoert van de Commissie, de mededingingsautoriteiten van de lidstaten en de rechterlijke instanties van de lidstaten om de artikelen 81 en 82 in hun geheel toe te passen, worden de risico's van een onsamenhangende toepassing door een reeks maatregelen beperkt. Aldus wordt het primaire aspect van rechtszekerheid voor ondernemingen gewaarborgd zoals dat is verankerd in de jurisprudentie van het Hof van Justitie, nl. dat de mededingingsregels in de gehele Gemeenschap op een samenhangende manier worden toegepast.
3. Ondernemingen zijn doorgaans goed in staat om de wettigheid van hun handelingen zodanig te beoordelen dat zij met kennis van zaken een beslissing kunnen nemen over de vraag of en in welke vorm zij een overeenkomst of gedraging moeten doorzetten. Zij kennen de feiten uit de eerste hand en beschikken over het kader van groepsvrijstellingsverordeningen, jurisprudentie en beschikkingen-praktijk alsmede over uitgebreid advies in de vorm van richtsnoeren en mededelingen van de Commissie <sup>(3)</sup>.
4. Naast de hervorming van de regels voor de toepassing van de artikelen 81 en 82 doorgevoerd d.m.v. Verordening (EG) nr. 1/2003 heeft de Commissie de groepsvrijstellingsverordeningen en mededelingen en richtsnoeren van de Commissie herzien om nog meer hulp te bieden bij zelfbeoordeling door marktdeelnemers. De Commissie heeft ook richtsnoeren opgesteld over de toepassing van artikel

81, lid 3 <sup>(4)</sup>. Hiermee kunnen ondernemingen in de overgrote meerderheid van de gevallen een betrouwbare toetsing van hun overeenkomsten aan artikel 81 uitvoeren. Verder is het vaste praktijk van de Commissie om meer dan symbolische boetes <sup>(5)</sup> uitsluitend op te leggen wanneer, hetzij in horizontale instrumenten hetzij in de jurisprudentie en de vaste praktijk, is vastgelegd dat een bepaalde gedraging een inbreuk vormt.

5. In gevallen die ondanks de bovengenoemde elementen aanleiding geven tot werkelijke onzekerheid omdat hierin nieuwe of onopgeloste vragen betreffende de toepassing van de artikelen 81 en 82 rijzen, is het mogelijk dat afzonderlijke ondernemingen de Commissie informeel om advies willen vragen <sup>(6)</sup>. De Commissie kan, wanneer zij dit passend acht en afhankelijk van haar handhavingsprioriteiten, in een schriftelijke verklaring (adviesbrief) dergelijk advies geven over nieuwe vragen betreffende de interpretatie van de artikelen 81 en/of 82. In deze mededeling wordt dit instrument nader toegelicht.

**II. KADER VOOR DE BEOORDELING OF EEN ADVIESBRIEF WORDT OPGESTELD**

6. Verordening (EG) nr. 1/2003 geeft de Commissie de bevoegdheid om inbreuken op de artikelen 81 en 82 effectief te vervolgen en te bestraffen <sup>(7)</sup>. Een belangrijke doelstelling van de verordening is om te zorgen voor een efficiënte handhaving van de communautaire mededingingsregels door het vroegere aanmeldingssysteem af te schaffen en de Commissie zo in staat te stellen haar handhavingbeleid op de zwaarste inbreuken te richten <sup>(8)</sup>.
7. Hoewel Verordening (EG) nr. 1/2003 de mogelijkheid voor de Commissie om informeel advies te geven aan afzonderlijke ondernemingen <sup>(9)</sup>, zoals uiteengezet in deze mededeling, onverlet laat, mag deze mogelijkheid het belangrijkste doel van de verordening, nl. te zorgen voor een daadwerkelijke handhaving, niet in het gedrang brengen. De Commissie kan dan ook alleen informeel advies geven aan afzonderlijke ondernemingen, voorzover haar handhavingsprioriteiten zulks toelaten.

<sup>(1)</sup> Verordening (EG) nr. 1/2003 van de Raad van 16 december 2002 betreffende de uitvoering van de mededingingsregels van de artikelen 81 en 82 van het Verdrag (PB L 1 van 4.1.2003, blz. 1).

<sup>(2)</sup> In deze mededeling wordt de term „overeenkomst” gebruikt voor overeenkomsten, besluiten van ondernemersverenigingen en onderling afgestemde feitelijke gedragingen. De term „gedragingen” heeft betrekking op het gedrag van ondernemingen met een machtspositie. De term „ondernemingen” omvat tevens „ondernemersverenigingen”.

<sup>(3)</sup> Alle genoemde teksten zijn te vinden op: [http://europa.eu.int/comm/competition/index\\_nl.html](http://europa.eu.int/comm/competition/index_nl.html)

<sup>(4)</sup> Mededeling van de Commissie — Richtsnoeren betreffende de toepassing van artikel 81, lid 3, van het Verdrag (blz. 97).

<sup>(5)</sup> Symbolische boetes worden gewoonlijk vastgesteld op 1 000 EUR, zie Richtsnoeren van de Commissie voor de berekening van geldboetes die uit hoofde van artikel 15, lid 2, van Verordening nr. 17, respectievelijk artikel 65, lid 5, van het EGKS-Verdrag worden opgelegd (PB C 9 van 14.1.1998).

<sup>(6)</sup> Zie overweging 38 van Verordening (EG) nr. 1/2003.

<sup>(7)</sup> Zie met name de artikelen 7-9, 12, 17-24 en 29 van Verordening (EG) nr. 1/2003.

<sup>(8)</sup> Zie met name overweging 3 van Verordening (EG) nr. 1/2003.

<sup>(9)</sup> Zie overweging 38 van Verordening (EG) nr. 1/2003.



8. Onder het voorbehoud van punt 7 zal de Commissie, wanneer bij haar een verzoek om een adviesbrief wordt ingediend, nagaan of dit verzoek in behandeling kan worden genomen. Het opstellen van een adviesbrief kan alleen worden overwogen indien aan alle volgende voorwaarden is voldaan:
- a) De inhoudelijke toetsing van een overeenkomst of gedraging aan de artikelen 81 en/of 82 van het Verdrag doet een vraag rijzen inzake de toepassing van het recht waarop geen antwoord gegeven wordt in het bestaande regelgevingskader van de EG, met inbegrip van de jurisprudentie van de communautaire rechterlijke instanties, en evenmin in openbaar toegankelijke algemene richtsnoeren of in een precedent uit de beschikkingenpraktijk of in eerdere adviesbrieven.
  - b) Op grond van een eerste beoordeling van de specifieke omstandigheden en de achtergrond van het geval lijkt het nuttig via een adviesbrief opheldering over de nieuwe vraag te verschaffen, rekening houdend met de volgende elementen:
    - het economische belang vanuit het gezichtspunt van de verbruiker van de goederen of diensten waarop de overeenkomst of de gedraging betrekking heeft, en/of
    - de mate waarin de overeenkomst of de gedraging overeenkomt met of waarschijnlijk zal overeenkomen met een wijder verbreid economisch gebruik op de markt en/of
    - de omvang van de investeringen die met de transactie gemoeid zijn in relatie tot de grootte van de betrokken ondernemingen en de mate waarin de transactie verband houdt met een structurele operatie, zoals de oprichting van een niet volwaardige gemeenschappelijke onderneming.
  - c) Het is mogelijk dat een adviesbrief wordt opgesteld op basis van de verstrekte informatie, zonder dat er dus verder feitelijk onderzoek nodig is.
9. Voorts zal de Commissie een verzoek om een adviesbrief in de volgende gevallen niet in behandeling nemen:
- de in het verzoek gestelde vragen zijn gelijk aan of lijken op vraagstukken die aan de orde zijn in een zaak die bij het Europese Gerecht van eerste aanleg of het Europese Hof van Justitie aanhangig is;
  - ten aanzien van de overeenkomst of de gedraging waarop het verzoek betrekking heeft, loopt een procedure voor de Commissie, een rechterlijke instantie van een lidstaat of een mededingingsautoriteit van een lidstaat.
10. De Commissie neemt geen hypothetische vragen in behandeling en stelt geen adviesbrieven op over overeenkomsten of gedragingen die door de partijen niet meer worden toegepast. Ondernemingen mogen echter wel een verzoek om een adviesbrief indienen bij de Commissie met betrekking tot vragen die een voorgenomen overeenkomst of gedraging doet rijzen, dus voordat de overeenkomst of de gedraging in kwestie wordt uitgevoerd. In dat geval wordt het verzoek alleen in behandeling genomen indien de transactie in een ver genoeg stadium van ontwikkeling is.
11. Een verzoek om een adviesbrief laat de bevoegdheid van de Commissie onverlet om overeenkomstig Verordening (EG) nr. 1/2003 een procedure in te leiden ten aanzien van de in het verzoek vermelde feiten.

### III. AANWIJZINGEN OVER HOE OM ADVIES TE VRAGEN

12. Een verzoek kan worden ingediend door een onderneming of ondernemingen die een overeenkomst of gedraging zijn aangegaan of overwegen aan te gaan die zou kunnen vallen onder artikel 81 en/of artikel 82 van het Verdrag, met betrekking tot interpretatievragen die een dergelijke overeenkomst of gedraging doet rijzen.

13. Een verzoek om een adviesbrief moet naar het volgende adres worden gezonden:

Europese Commissie  
DG Concurrentie  
B-1049 Brussel.

14. Er is geen formulier. Er moet een memorandum worden ingediend waarin duidelijk zijn vermeld:

- de identiteit van alle betrokken ondernemingen alsook één enkel adres voor contacten met de Commissie;
- de specifieke vragen met betrekking waartoe om advies wordt gevraagd;
- volledige informatie over alle punten die relevant zijn voor een weloverwogen evaluatie van de gerezene vragen, inclusief relevante documentatie;
- een gedetailleerde motivering, met betrekking tot punt 8 a), waarom het verzoek een nieuwe vraag of nieuwe vragen betreft;
- alle andere informatie waarmee het verzoek kan worden geëvalueerd in het licht van de in de punten 8-10 van deze mededeling genoemde aspecten, en met name een verklaring dat ten aanzien van de overeenkomst of gedraging waarop de vraag betrekking heeft, geen procedure loopt voor een rechterlijke instantie of mededingingsautoriteit van een lidstaat;

- indien het verzoek elementen bevat die als bedrijfsgeheim worden beschouwd, moet duidelijk worden aangegeven om welke elementen het gaat;
- alle andere informatie of documentatie die in het individuele geval relevant is.

#### IV. BEHANDELING VAN HET VERZOEK

15. De Commissie zal het verzoek in beginsel evalueren aan de hand van de verstrekte informatie. Onverminderd punt 8 c), mag de Commissie bijkomende informatie uit openbare bronnen, eerdere procedures of andere bronnen gebruiken en mag zij de verzoeker(s) vragen aanvullende inlichtingen te verstrekken. Op de door de verzoeker(s) verstrekte informatie zijn de gebruikelijke geheimhoudingsregels van toepassing.
16. De Commissie mag de aan haar verstrekte informatie doorgeven aan de mededingingsautoriteiten van de lidstaten, die hun inbreng mogen leveren. Zij mag de inhoud van het verzoek met de mededingingsautoriteiten van de lidstaten bespreken voordat zij een adviesbrief opstelt.
17. Wanneer geen adviesbrief wordt opgesteld, stelt de Commissie de verzoeker(s) daarvan op de hoogte.
18. Een onderneming kan haar verzoek te allen tijde intrekken. De in het kader van een verzoek om advies verstrekte informatie blijft in ieder geval in het bezit van de Commissie en kan worden gebruikt in latere procedures overeenkomstig Verordening (EG) nr. 1/2003 (zie punt 11 hierboven).

#### V. ADVIESBRIEVEN

19. Een adviesbrief bevat:
  - een korte beschrijving van de feiten die eraan ten grondslag liggen;
  - de belangrijkste juridische argumentatie die ten grondslag ligt aan de opvatting van de Commissie over de

nieuwe vragen met betrekking tot artikel 81 en/of artikel 82 die in het verzoek aan de orde worden gesteld.

20. Een adviesbrief kan worden beperkt tot een deel van de in het verzoek gestelde vragen, maar kan ook meer aspecten omvatten dan in het verzoek aan de orde werden gesteld.
21. Adviesbrieven worden op de website van de Commissie bekendgemaakt, waarbij het rechtmatige belang van ondernemingen bij de bescherming van hun bedrijfsgeheimen in acht wordt genomen. Voordat zij een adviesbrief uitbrengt bereikt de Commissie overeenstemming met de verzoekers over een publieke versie ervan.

#### VI. GEVOLGEN VAN ADVIESBRIEVEN

22. Adviesbrieven zijn in de eerste plaats bedoeld om ondernemingen te helpen zelf met kennis van zaken hun overeenkomsten en gedragingen te beoordelen.
23. Een adviesbrief laat een beoordeling van dezelfde vraag door de communautaire rechterlijke instanties onverlet.
24. Wanneer een overeenkomst of gedraging de feitelijke basis voor een adviesbrief heeft gevormd, belet dit de Commissie niet om in een later stadium diezelfde overeenkomst of gedraging te onderzoeken in een procedure overeenkomstig Verordening (EG) nr. 1/2003, met name naar aanleiding van een klacht. In dat geval houdt de Commissie rekening met de eerdere adviesbrief voor zover zich geen wijzigingen in de achterliggende feiten hebben voorgedaan, een klacht geen nieuwe aspecten aan de orde heeft gesteld en geen nieuwe ontwikkelingen in de jurisprudentie van de Europese rechterlijke instanties of veranderingen in ruimere zin in het beleid van de Commissie zijn opgetreden.
25. Adviesbrieven zijn geen besluiten van de Commissie en zijn niet bindend voor de mededingingsautoriteiten of rechterlijke instanties van de lidstaten die bevoegd zijn om de artikelen 81 en 82 toe te passen. Het staat de mededingingsautoriteiten en rechterlijke instanties van de lidstaten evenwel vrij de adviesbrieven van de Commissie ter harte te nemen indien zij dit in verband met een zaak zinvol achten.

## MEDEDELING VAN DE COMMISSIE

## Richtsnoeren betreffende het begrip „beïnvloeding van de handel” in de artikelen 81 en 82 van het Verdrag

(2004/C 101/07)

(Voor de EER relevante tekst)

## 1. INLEIDING

1. De artikelen 81 en 82 van het Verdrag zijn van toepassing op horizontale en verticale overeenkomsten en gedragingen van ondernemingen die „de handel tussen lidstaten ongunstig kunnen beïnvloeden”.
2. In hun uitlegging van de artikelen 81 en 82 hebben de rechtscolleges van de Gemeenschap de inhoud en het toepassingsbereik van het begrip „beïnvloeding van handel tussen de lidstaten” al aanzienlijk verduidelijkt.
3. In onderhavige richtsnoeren worden de beginselen uiteengezet welke de rechtscolleges van de Gemeenschap hebben ontwikkeld in verband met de uitlegging van het begrip „beïnvloeding van de handel” van de artikelen 81 en 82. Zij bevatten voorts een regel die aangeeft wanneer het doorgaans onwaarschijnlijk is dat overeenkomsten de handel tussen lidstaten merkbaar beïnvloeden (de „geen merkbaar effect op de handel”-regel). Onderhavige richtsnoeren zijn niet exhaustief bedoeld. Doel is een methode uiteen te zetten voor de toepassing van het begrip „beïnvloeding van de handel” en aanwijzingen te verstrekken in verband met de toepassing ervan in vaak voorkomende situaties. Hoewel deze richtsnoeren niet bindend zijn voor de rechterlijke instanties en de autoriteiten in de lidstaten zijn zij ook bedoeld om hun aanwijzingen te geven voor de toepassing van het begrip „beïnvloeding van de handel” van de artikelen 81 en 82.
4. Onderhavige richtsnoeren gaan niet in op de kwestie wat een merkbare mededingingsbeperking is overeenkomstig artikel 81, lid 1. Dit vraagstuk, dat valt te onderscheiden van het vermogen van overeenkomsten om de handel tussen lidstaten merkbaar te beïnvloeden, komt aan bod in de bekendmaking van de Commissie inzake overeenkomsten van geringe betekenis die de mededinging niet merkbaar beperken in de zin van artikel 81, lid 1, van het Verdrag <sup>(1)</sup> (de „de minimis” regel). Evenmin zijn deze richtsnoeren bedoeld om aanwijzingen te geven in verband met het begrip „beïnvloeding van het handelsverkeer” van artikel 87, lid 1, van het Verdrag zoals dat voor staatssteun geldt.
5. Onderhavige richtsnoeren, met inbegrip van de „geen merkbaar effect op de handel”-regel, laten de uitlegging onverlet die het Hof van Justitie en het Gerecht van Eerste Aanleg van de artikelen 81 en 82 kunnen geven.

## 2. HET CRITERIUM „BEÏNVLOEDING VAN DE HANDEL”

## 2.1. Algemene beginselen

6. Op grond van artikel 81, lid 1, zijn „onverenigbaar met de gemeenschappelijke markt en verboden alle overeen-

komsten tussen ondernemingen, alle besluiten van ondernemersverenigingen en alle onderling afgestemde feitelijke gedragingen welke de handel tussen lidstaten kunnen beïnvloeden en ertoe strekken of ten gevolge hebben dat de mededinging binnen de gemeenschappelijke markt wordt verhinderd, beperkt of vervalst”. Ter wille van de eenvoud wordt naar de begrippen „overeenkomsten”, „onderling afgestemde feitelijke gedragingen” en „besluiten van ondernemersverenigingen” tezamen verwezen als „overeenkomsten”.

7. In artikel 82 is bepaald: „Onverenigbaar met de gemeenschappelijke markt en verboden, voorzover de handel tussen lidstaten daardoor ongunstig kan worden beïnvloed, is het, dat een of meer ondernemingen misbruik maken van een machtspositie op de gemeenschappelijke markt of op een wezenlijk deel daarvan”. In hetgeen volgt, verwijst het begrip „gedragingen” naar de gedragingen van ondernemingen met een machtspositie.
8. Het criterium „beïnvloeding van de handel” bepaalt ook het toepassingsbereik van artikel 3 van Verordening (EG) nr. 1/2003 van de Raad van 16 december 2002 betreffende de uitvoering van de mededingingsregels van de artikelen 81 en 82 van het Verdrag <sup>(2)</sup>.
9. Volgens artikel 3, lid 1, moeten de mededingingsautoriteiten van de lidstaten en de nationale rechterlijke instanties artikel 81 van het Verdrag toepassen op overeenkomsten, besluiten van ondernemersverenigingen of onderling afgestemde feitelijke gedragingen in de zin van artikel 81, lid 1, van het Verdrag welke de handel tussen de lidstaten in de zin van die bepaling kunnen beïnvloeden, wanneer zij nationaal mededingingsrecht toepassen op deze overeenkomsten, besluiten of onderling afgestemde feitelijke gedragingen. Evenzo moeten de mededingingsautoriteiten van de lidstaten en de nationale rechterlijke instanties, wanneer zij het nationale mededingingsrecht toepassen op door artikel 82 van het Verdrag verboden misbruiken, ook artikel 82 van het Verdrag toepassen. Artikel 3, lid 1, verplicht mededingingsautoriteiten van de lidstaten en de nationale rechterlijke instanties dus tevens de artikelen 81 en 82 toe te passen wanneer zij het nationale mededingingsrecht toepassen op overeenkomsten en misbruiken die de handel tussen lidstaten kunnen beïnvloeden. Daartegenover staat dat de mededingingsautoriteiten van de lidstaten en de nationale rechterlijke instanties uit hoofde van artikel 3, lid 1, niet verplicht zijn het nationale mededingingsrecht toe te passen wanneer zij de artikelen 81 en 82 toepassen op overeenkomsten, besluiten en onderling afgestemde feitelijke gedragingen, en misbruiken die de handel tussen lidstaten kunnen beïnvloeden. In dergelijke gevallen kunnen zij ook uitsluitend de communautaire mededingingsregels toepassen.

10. Uit artikel 3, lid 2, volgt dat de toepassing van het nationale mededingingsrecht niet mag leiden tot het verbieden van overeenkomsten, besluiten van ondernemersverenigingen of onderling afgestemde feitelijke gedragingen die de handel tussen lidstaten kunnen beïnvloeden, maar die de mededinging niet beperken in de zin van artikel 81, lid 1, van het Verdrag, of die aan de voorwaarden van artikel 81, lid 3, van het Verdrag voldoen dan wel onder een verordening ter uitvoering van artikel 81, lid 3, van het Verdrag vallen. Lidstaten mag evenwel uit hoofde van de Verordening (EG) nr. 1/2003 niet worden belet om op hun grondgebied strengere nationale wetten aan te nemen en toe te passen die eenzijdige gedragingen van ondernemingen verbieden of bestraffen.
11. Ten slotte dient te worden vermeld dat in artikel 3, lid 3, is bepaald dat, onverminderd algemene beginselen en andere bepalingen van het Gemeenschapsrecht, artikel 3, leden 1 en 2, niet van toepassing zijn wanneer de mededingingsautoriteiten en de rechterlijke instanties van de lidstaten nationale wetten inzake de controle op fusies toepassen; zij beletten evenmin de toepassing van bepalingen van het nationale recht die overwegend een doel beogen dat verschilt van de in de artikelen 81 en 82 van het Verdrag nagestreefde doelstellingen.
12. Het criterium „beïnvloeding van de handel” is een autonoom criterium van het Gemeenschapsrecht, dat in elke zaak afzonderlijk moet worden onderzocht. Het is een bevoegdheidscriterium, dat het toepassingsbereik van het communautaire mededingingsrecht bepaalt<sup>(3)</sup>. Het communautaire mededingingsrecht is niet van toepassing op overeenkomsten en gedragingen die de handel tussen lidstaten niet merkbaar kunnen beïnvloeden.
13. Het criterium „beïnvloeding van de handel” bepaalt ook het toepassingsbereik van de artikelen 81 en 82 voor overeenkomsten en gedragingen die binnen de Gemeenschap een minimumniveau aan grensoverschrijdende effecten kunnen sorteren. In de woorden van het Hof van Justitie moet het vermogen van de overeenkomst of gedraging om de handel tussen lidstaten te beïnvloeden, „merkbaar” zijn<sup>(4)</sup>.
14. In het geval van artikel 81 van het Verdrag moet de overeenkomst de handel tussen lidstaten kunnen beïnvloeden. Het is niet vereist dat ieder afzonderlijk onderdeel van de overeenkomst, met inbegrip van iedere mededingingsbeperking welke uit de overeenkomst voortvloeit, de handel kan beïnvloeden<sup>(5)</sup>. Wanneer de overeenkomst in haar geheel de handel tussen lidstaten kan beïnvloeden, is het Gemeenschapsrecht van toepassing ten aanzien van de totaliteit van de overeenkomst, met inbegrip van eventuele onderdelen van de overeenkomst die op zich de handel tussen lidstaten niet beïnvloeden. In gevallen waarin de contractuele betrekkingen tussen dezelfde partijen meerdere activiteiten betreffen, moeten deze activiteiten, om van diezelfde overeenkomst deel uit te maken, rechtstreeks verbonden zijn met en een integrerend bestanddeel uitmaken van diezelfde algemene zakelijke regeling<sup>(6)</sup>. Zoniet, dan vormt iedere activiteit een afzonderlijke overeenkomst.
15. Evenmin doet het ter zake of de deelneming van een bepaalde onderneming aan de overeenkomst, merkbare invloed heeft op de handel tussen lidstaten<sup>(7)</sup>. Een onderneming kan zich niet onttrekken aan de toepassing van het Gemeenschapsrecht door het enkele feit dat haar eigen bijdrage aan de overeenkomst, die op zich de handel tussen lidstaten kan beïnvloeden, onbeduidend is.
16. Om te bepalen of het Gemeenschapsrecht van toepassing is, hoeft er geen verband te zijn tussen de beweerde mededingingsbeperking en het vermogen van de overeenkomst om de handel tussen lidstaten te beïnvloeden. Niet-restrictieve overeenkomsten kunnen de handel tussen lidstaten eveneens beïnvloeden. Zo kunnen bijvoorbeeld op louter kwalitatieve selectiecriteria gebaseerde selectieve distributieovereenkomsten, welke door de aard van de producten gerechtvaardigd zijn en die de mededinging niet beperken in de zin van artikel 81, lid 1, niettemin de handel tussen lidstaten beïnvloeden. Toch kunnen de vermeende beperkingen van een overeenkomst een duidelijke aanwijzing vormen voor het vermogen van de overeenkomst om de handel tussen lidstaten te beïnvloeden. Bijvoorbeeld kan een distributieovereenkomst waarbij export wordt verboden, naar haar aard zelf de handel tussen lidstaten beïnvloeden, zij het niet noodzakelijk merkbaar<sup>(8)</sup>.
17. In het geval van artikel 82 dient het misbruik de handel tussen lidstaten te beïnvloeden. Dit betekent evenwel niet dat elk onderdeel van de betrokken gedraging afzonderlijk moet worden beoordeeld. Gedragingen die deel uitmaken van een algemene strategie die door de ondernemingen met een machtspositie wordt gevolgd, moeten op hun totale impact worden beoordeeld. Wanneer een onderneming met een machtspositie diverse gedragingen heeft waarmee hetzelfde doel wordt beoogd — bijvoorbeeld gedragingen die zijn gericht op het uitschakelen van of het afschermen van de markt tegen concurrenten — is het voldoende voor de toepasselijkheid van artikel 82 op al deze gedragingen die van deze algemene strategie deel uitmaken wanneer minstens één van deze gedragingen de handel tussen lidstaten kan beïnvloeden<sup>(9)</sup>.
18. Uit de bewoordingen van de artikelen 81 en 82 en uit de rechtspraak van de rechtscollages van de Gemeenschap volgt dat bij de toepassing van het criterium „beïnvloeding van de handel” met name de volgende drie elementen dienen te worden onderzocht:
  - a) het begrip „handel tussen lidstaten”,
  - b) het begrip „kunnen beïnvloeden”, en
  - c) het begrip „merkbaar beïnvloeding”.

## 2.2. Het begrip „handel tussen lidstaten”

19. Het begrip „handel” is niet tot het traditionele grensoverschrijdende verkeer van goederen en diensten beperkt <sup>(10)</sup>. Het is een ruimer begrip, dat alle grensoverschrijdende economische activiteiten omvat <sup>(11)</sup>. Deze uitlegging is in overeenstemming met de fundamentele doelstelling van het Verdrag om het vrij verkeer van goederen, diensten, personen en kapitaal te bevorderen.
20. Volgens vaste rechtspraak omvat het begrip „handel” ook gevallen waarbij overeenkomsten of gedragingen de concurrentiestructuur van de markt beïnvloeden. Overeenkomsten en gedragingen welke de concurrentiestructuur binnen de Gemeenschap beïnvloeden doordat zij een binnen de Gemeenschap actieve concurrent uitschakelen of dreigen uit te schakelen, kunnen aan de communautaire mededingingsregels zijn onderworpen <sup>(12)</sup>. Wanneer een onderneming wordt uitgeschakeld of dreigt te worden uitgeschakeld, wordt de concurrentiestructuur binnen de Gemeenschap beïnvloed, en hetzelfde geldt voor de economische activiteiten welke die onderneming uitoefent.
21. Het vereiste dat er van beïnvloeding van de handel „tussen lidstaten” sprake dient te zijn, impliceert dat er een impact moet zijn op grensoverschrijdende economische activiteiten tussen minstens twee lidstaten. Het is niet vereist dat de overeenkomst of gedraging de handel tussen het geheel van een lidstaat en het geheel van een andere lidstaat beïnvloedt. De artikelen 81 en 82 kunnen ook van toepassing zijn in gevallen waarbij een deel van een lidstaat wordt getroffen, mits het effect op de handel merkbaar is <sup>(13)</sup>.
22. De toepassing van het criterium „beïnvloeding van de handel” is onafhankelijk van de afbakening van de relevante geografische markt. Handel tussen lidstaten kan ook worden beïnvloed in de gevallen waarin de relevante markt nationaal of subnationaal is <sup>(14)</sup>.

## 2.3. Het begrip „kunnen beïnvloeden”

23. Doel van het begrip „kunnen beïnvloeden” is te bepalen wat de aard van de vereiste impact op de handel tussen lidstaten is. Volgens de standaardtest die het Hof van Justitie heeft ontwikkeld, impliceert het begrip „kunnen beïnvloeden” dat het mogelijk moet zijn op basis van een geheel van juridische en feitelijke elementen met een voldoende mate van waarschijnlijkheid te voorzien dat de overeenkomst of gedraging, al dan niet rechtstreeks, daadwerkelijk of potentieel, de handelsstromen tussen lidstaten kan beïnvloeden <sup>(15)</sup> <sup>(16)</sup>. Zoals hierboven in punt 20 is aangegeven, heeft het Hof van Justitie daarnaast een test ontwikkeld waarbij gekeken wordt of de overeenkomst of gedraging de concurrentiestructuur beïnvloedt. In gevallen waar de overeenkomst of gedraging de concurrentiestructuur binnen de Gemeenschap kan beïnvloeden, is het Gemeenschapsrecht van toepassing.

24. De „handelsstromen”-test die het Hof van Justitie heeft ontwikkeld, omvat de volgende belangrijke elementen, die in de volgende onderdelen worden behandeld:

- a) „een voldoende mate van waarschijnlijkheid op basis van een geheel van juridische en feitelijke elementen”,
- b) beïnvloeding van de „handelsstromen tussen lidstaten”, en
- c) „al dan niet rechtstreeks, daadwerkelijk of potentieel, de handelsstromen tussen lidstaten beïnvloeden”.

### 2.3.1. Een voldoende mate van waarschijnlijkheid op basis van een geheel van juridische en feitelijke elementen

25. De beoordeling van het effect op de handel vindt op basis van objectieve factoren plaats. De subjectieve intentie van de betrokken ondernemingen is niet vereist. Indien evenwel bewijzen voorhanden zijn dat de betrokken ondernemingen voornemens waren de handel tussen lidstaten te beïnvloeden, bijvoorbeeld omdat zij probeerden export of import naar andere lidstaten te belemmeren, is dit een relevante factor die in aanmerking moet worden genomen.
26. De woorden „kunnen beïnvloeden” en de verwijzing van het Hof van Justitie naar „een voldoende mate van waarschijnlijkheid” impliceert dat voor de toepasselijkheid van het Gemeenschapsrecht niet het bewijs hoeft te worden geleverd dat de overeenkomst of gedraging de handel tussen de lidstaten daadwerkelijk beïnvloedt of heeft beïnvloed. Het is voldoende dat de overeenkomst of gedraging een dergelijk effect kan hebben <sup>(17)</sup>.
27. Er is geen verplichting of noodzaak om het daadwerkelijke volume van de door de overeenkomst of gedraging beïnvloede handel tussen lidstaten te berekenen. Bijvoorbeeld, in het geval van overeenkomsten waarbij export naar andere lidstaten wordt verboden, hoeft niet te worden bepaald wat, zonder de overeenkomst, de omvang van de parallelhandel tussen de lidstaten was geweest. Deze uitlegging is coherent met het feit dat het criterium „beïnvloeding van de handel” een bevoegdheidscriterium is. De toepasselijkheid van het Gemeenschapsrecht geldt ook voor categorieën overeenkomsten en gedragingen die grensoverschrijdende effecten kunnen hebben, ongeacht of een bepaalde overeenkomst of gedraging een dergelijk effect daadwerkelijk heeft.
28. De beoordeling op grond van het criterium „beïnvloeding van de handel” is afhankelijk van een aantal factoren, die elk afzonderlijk niet per se beslissend behoeven te zijn <sup>(18)</sup>. De relevante factoren omvatten onder meer de aard van de overeenkomst en gedraging, de aard van de producten waarop de overeenkomst of gedraging betrekking heeft, en de positie en het belang van de betrokken ondernemingen <sup>(19)</sup>.

29. De aard van de overeenkomst en de gedraging geeft een aanwijzing uit kwalitatief oogpunt van het vermogen van de overeenkomst of gedraging om de handel tussen lidstaten te beïnvloeden. Sommige overeenkomsten en gedragingen kunnen naar hun aard de handel tussen de lidstaten beïnvloeden, terwijl voor andere op dit punt een gedetailleerder onderzoek is vereist. Grensoverschrijdende kartels zijn een voorbeeld van de eerste categorie, terwijl gemeenschappelijke ondernemingen die tot het grondgebied van één enkele lidstaat beperkt blijven, een voorbeeld zijn van de tweede categorie. Dit aspect wordt nader onderzocht in deel 3, waar op de verschillende categorieën overeenkomsten en gedragingen wordt ingegaan.
30. De aard van de producten waarop de overeenkomsten of gedragingen betrekking hebben, geeft ook een aanwijzing voor de vraag of de handel tussen lidstaten kan worden beïnvloed. Wanneer de producten naar hun aard gemakkelijk het voorwerp van grensoverschrijdende handel uitmaken of belangrijk zijn voor ondernemingen die andere lidstaten willen betreden of er hun activiteiten uitbreiden, valt de toepasselijkheid van het Gemeenschapsrecht gemakkelijker vast te stellen dan in gevallen waarin er door de aard van producten een beperkte vraag is naar door aanbieders uit andere lidstaten aangeboden producten of waar de producten van beperkt belang zijn uit het oogpunt van grensoverschrijdende vestiging of voor de uitbreiding van de economische activiteit die vanuit dergelijke plaats van vestiging wordt uitgevoerd<sup>(20)</sup>. Vestiging omvat het opzetten door ondernemingen uit één lidstaat van agentschappen, bijkantoren of dochterondernemingen in een andere lidstaat.
31. De marktpositie van de betrokken ondernemingen en hun omzetvolumes geven uit kwantitatief oogpunt aanwijzingen voor het vermogen van de betrokken overeenkomst of gedraging de handel tussen lidstaten te beïnvloeden. Dit aspect dat een integrerend deel uitmaakt van de beoordeling van de merkbare beïnvloeding, komt aan bod in deel 2.4.
32. Naast de reeds genoemde factoren moet ook rekening worden gehouden met de juridische en feitelijke context waarbinnen de overeenkomst of gedraging uitwerking heeft. De relevante economische en juridische context biedt inzicht in het potentieel voor een effect op de handel tussen lidstaten. Wanneer er voor grensoverschrijdende handel tussen lidstaten absolute drempels zijn, die buiten de overeenkomst of gedraging staan, kan de handel alleen worden beïnvloed wanneer deze drempels in een voorzienbare toekomst naar verwachting zullen verdwijnen. In gevallen waar de drempels niet absoluut zijn, maar grensoverschrijdende activiteiten enkel moeilijker maken, is het van het grootste belang ervoor te zorgen dat overeenkomsten en gedragingen dergelijke activiteiten niet nog meer belemmeren. Overeenkomsten en gedragingen die dat doen, kunnen de handel tussen lidstaten beïnvloeden.
- 2.3.2. *Beïnvloeding van de „handelsstromen tussen lidstaten”*
33. Om de artikelen 81 en 82 te kunnen toepassen moet er sprake zijn van beïnvloeding van de „handelsstromen tussen lidstaten”.
34. De term „handelsstromen” is neutraal. Het is geen voorwaarde dat handel wordt beperkt of verminderd<sup>(21)</sup>. De handelsstromen kunnen ook worden beïnvloed wanneer een overeenkomst of gedraging zorgt voor een toename in de handel. De toepasselijkheid van het Gemeenschapsrecht staat immers vast wanneer de handel tussen lidstaten zich met de overeenkomst of gedraging waarschijnlijk anders had ontwikkeld dan de ontwikkeling die zonder de overeenkomst of gedraging te verwachten viel<sup>(22)</sup>.
35. Deze uitlegging reflecteert het feit dat het criterium „beïnvloeding van de handel” een bevoegdheidscriterium is, dat ertoe strekt de overeenkomsten en gedragingen welke grensoverschrijdende effecten kunnen sorteren, te onderscheiden van overeenkomsten en gedragingen waarvoor dat niet het geval is, zodat zij aan de communautaire mededingingsregels kunnen worden getoetst.
- 2.3.3. *„Al dan niet rechtstreeks, daadwerkelijk of potentieel”, de handelsstromen beïnvloeden*
36. De invloed van overeenkomsten en gedragingen op handelsstromen tussen lidstaten kan „al dan niet rechtstreeks, daadwerkelijk of potentieel” zijn.
37. Rechtstreekse effecten op de handel tussen lidstaten doen zich normaalgesproken voor in verband met de producten waarop een overeenkomst of gedraging betrekking heeft. Wanneer bijvoorbeeld producenten van een bepaald product in de verschillende lidstaten overeenkomen markten te verdelen, worden rechtstreekse effecten gegenereerd op de handel tussen lidstaten voor de markt van de betrokken producten. Een ander voorbeeld van rechtstreekse effecten die worden gegenereerd, is de situatie waarin een aanbieder distributeurs kortingen beperkt voor producten die worden verkocht binnen de lidstaten waarin de distributeurs zijn gevestigd. Dergelijke gedragingen verhogen de relatieve prijzen van voor de export bestemde producten, hetgeen exportverkopen minder aantrekkelijk en minder concurrerend maakt.
38. Indirecte effecten doen zich vaak voor in verband met producten die verwant zijn met producten waarop de overeenkomst of gedraging betrekking heeft. Indirecte effecten kunnen bijvoorbeeld spelen wanneer een overeenkomst of gedraging impact heeft op grensoverschrijdende economische activiteiten van ondernemingen die gebruikmaken of anderszins een beroep doen op de producten waarop de overeenkomst of gedraging betrekking heeft<sup>(23)</sup>. Dergelijke effecten kunnen bijvoorbeeld spelen

wanneer de overeenkomst of gedraging verband houdt met een intermediair product dat niet wordt verhandeld, maar wordt gebruikt bij het aanbieden van een eindproduct dat wel wordt verhandeld. Het Hof van Justitie heeft geoordeeld dat handel tussen lidstaten kon worden beïnvloed in het geval van een overeenkomst waarbij de prijzen werden afgesproken voor gedestilleerd dat bij de productie van cognac wordt gebruikt<sup>(24)</sup>. De ruwe grondstof wordt weliswaar niet zelf geëxporteerd, maar het eindproduct — cognac — wordt wel geëxporteerd. In dergelijke gevallen is het communautaire mededingingsrecht dus van toepassing wanneer handel in het eindproduct kan worden beïnvloed.

39. Indirecte invloed op de handel tussen lidstaten kan ook plaatsvinden voor de producten waarop de overeenkomst of gedraging betrekking heeft. Zo werken overeenkomsten waarbij een fabrikant de garanties voor door distributeurs verkochte producten tot hun lidstaat van vestiging beperkt, ontmoedigend voor gebruikers uit andere lidstaten die de betrokken producten willen aanschaffen, omdat zij op de garantie geen beroep zouden kunnen doen<sup>(25)</sup>. Uitvoer door officiële distributeurs en parallelhandelaren wordt bemoeilijkt omdat, in de ogen van de gebruikers, de producten zonder de garantie van de fabrikant minder aantrekkelijk worden<sup>(26)</sup>.
40. Van daadwerkelijke beïnvloeding van de handel tussen lidstaten is sprake zodra de overeenkomst of gedraging ten uitvoer wordt gelegd. Van een overeenkomst tussen een aanbieder en een distributeur binnen dezelfde lidstaat waarbij bijvoorbeeld export naar andere lidstaten wordt verboden, kan worden verwacht dat zij de handel tussen lidstaten daadwerkelijk beïnvloedt. Zonder de overeenkomst had het de distributeur vrij gestaan in de exportverkoop actief te worden. Er zij evenwel aan herinnerd dat het niet noodzakelijk is dat daadwerkelijke beïnvloeding wordt aangetoond. Het is voldoende dat de overeenkomst of gedraging dergelijke effecten kan hebben.
41. Potentiële effecten zijn die welke zich in de toekomst met een voldoende mate van waarschijnlijkheid kunnen voordoen. Met andere woorden, voorzienbare marktontwikkelingen moeten mee in aanmerking worden genomen<sup>(27)</sup>. Zelfs wanneer de handel niet kan worden beïnvloed op het tijdstip dat de overeenkomst wordt gesloten of de gedraging ten uitvoer gelegd, blijven de artikelen 81 en 82 toch van toepassing wanneer de factoren welke tot die conclusie leiden, in de voorzienbare toekomst waarschijnlijk zullen veranderen. Op dit punt is het relevant rekening te houden met de impact van de door de Gemeenschap of de betrokken lidstaat genomen liberaliseringsmaatregelen en andere voorzienbare maatregelen die gericht zijn op het uitschakelen van juridische handelsbelemmeringen.
42. Bovendien kan, zelfs wanneer op een bepaald tijdstip de marktvoorwaarden voor grensoverschrijdende handel ongunstig zijn — bijvoorbeeld omdat de prijzen in de lidstaten in kwestie vergelijkbaar zijn —, de handel nog steeds worden beïnvloed wanneer de situatie ingevolge

veranderende marktomstandigheden wijzigt<sup>(28)</sup>. Wat van belang is, is het vermogen van de overeenkomst of gedraging om de handel tussen lidstaten te beïnvloeden, en niet of zij dat op een bepaald tijdstip ook daadwerkelijk doen.

43. Het betrekken van indirecte of potentiële effecten in de analyse van de gevolgen voor de handel tussen lidstaten, betekent niet dat de analyse op vage of hypothetische effecten kan worden gebaseerd. De waarschijnlijkheid waarmee een bepaalde overeenkomst indirecte of potentiële effecten oplevert, moet worden toegelicht door de autoriteit of partij die beweert dat de handel tussen lidstaten merkbaar kan worden beïnvloed. Hypothetische of speculatieve effecten zijn onvoldoende om aan te tonen dat het Gemeenschapsrecht van toepassing is. Zo doet bijvoorbeeld een overeenkomst ter verhoging van de prijs van een product waarvoor in het buitenland geen markt bestaat, het beschikbare inkomen van consumenten dalen. Aangezien consumenten minder geld kunnen uitgeven, kunnen zij minder, uit andere lidstaten geïmporteerde producten aanschaffen. Het verband tussen dergelijke inkomenseffecten en de handel tussen lidstaten is over het algemeen echter op zich te vaag om aan te tonen dat het Gemeenschapsrecht van toepassing is.

## 2.4. Het begrip „merkbare beïnvloeding”

### 2.4.1. Algemeen beginsel

44. Het criterium „beïnvloeding van de handel” omvat ook een kwantitatief element, waardoor de toepasselijkheid van het Gemeenschapsrecht wordt beperkt tot overeenkomsten en gedragingen die effecten van een zekere omvang kunnen hebben. Overeenkomsten en gedragingen vallen buiten het toepassingsbereik van de artikelen 81 en 82 wanneer zij de markt slechts in zeer geringe mate beïnvloeden wegens de zwakke positie van de betrokken ondernemingen op de markt voor de betrokken producten<sup>(29)</sup>. In hoeverre sprake is van merkbare beïnvloeding, kan met name aan de hand van de positie en het gewicht van de betrokken ondernemingen op de markt voor de betrokken producten worden bepaald<sup>(30)</sup>.
45. De beoordeling van de omvang van de merkbare beïnvloeding is afhankelijk van de omstandigheden van elke individuele zaak, met name de aard van de overeenkomst en de gedraging, de aard van de producten waarop zij betrekking hebben en de marktpositie van de betrokken ondernemingen. Wanneer de overeenkomst of gedraging naar haar aard de handel tussen lidstaten kan beïnvloeden, ligt de drempel om tot merkbare beïnvloeding te besluiten lager dan het geval is bij overeenkomsten en gedragingen die naar hun aard de handel tussen lidstaten niet kunnen beïnvloeden. Naarmate de marktpositie van de betrokken ondernemingen sterker is, valt ook eerder te verwachten dat een overeenkomst of gedraging die de handel tussen lidstaten kan beïnvloeden, ook wordt beschouwd als in staat zijnde de handel merkbaar te beïnvloeden<sup>(31)</sup>.

46. In een aantal zaken in verband met import en export heeft het Hof van Justitie geoordeeld dat van merkbare beïnvloeding geen sprake was wanneer de omzet van de betrokken ondernemingen zo'n 5 % van de markt vertegenwoordigde <sup>(32)</sup>. Marktaandeel alleen is echter niet altijd beschouwd als de beslissende factor. Met name moet ook met de omzet van de ondernemingen voor de betrokken producten rekening worden gehouden <sup>(33)</sup>.
47. De omvang van de merkbare beïnvloeding kan dus in zowel absolute cijfers (omzet) als relatieve cijfers worden gemeten door de positie van de betrokken onderneming(en) te vergelijken met die van andere spelers op de markt (marktaandeel). Het bijzondere belang dat aan de positie en het belang van de betrokken ondernemingen wordt gehecht, strookt met het begrip „kunnen beïnvloeden”, hetgeen impliceert dat de beoordeling is gebaseerd op het vermogen van de overeenkomst of gedraging om de handel tussen lidstaten te beïnvloeden, in plaats van op de impact voor de daadwerkelijke stromen van goederen en diensten over de grenzen. De marktpositie van de betrokken ondernemingen en hun omzet voor de betrokken producten geven aanwijzingen voor het vermogen van een overeenkomst of gedraging om de handel tussen lidstaten te beïnvloeden. Deze beide elementen zijn terug te vinden in de veronderstellingen die in de punten 52 en 53 worden uiteengezet.
48. De toepassing van het criterium „merkbare beïnvloeding” vereist niet noodzakelijk dat relevante markten worden afgebakend en marktaandelen worden berekend <sup>(34)</sup>. De omzet van een onderneming in absolute cijfers kan voldoende zijn om de bevinding te onderbouwen dat van merkbare beïnvloeding van de handel sprake is. Dit is met name het geval bij overeenkomsten en gedragingen die naar hun aard de handel tussen lidstaten kunnen beïnvloeden, bijvoorbeeld omdat zij betrekking hebben op import of export of omdat zij diverse lidstaten bestrijken. Het feit dat in dergelijke omstandigheden de omzet voor de producten die onder de overeenkomst vallen, voldoende kan zijn om te concluderen dat van merkbaar beïnvloeding van de handel tussen lidstaten sprake is, is in het in punt 53 uiteengezette positieve vermoeden terug te vinden.
49. Overeenkomsten en gedragingen moeten steeds worden onderzocht in de economische en juridische context waarbinnen zij zich afspelen. In het geval van verticale overeenkomsten kan het noodzakelijk zijn te kijken naar eventuele cumulatieve effecten van parallelle netwerken van vergelijkbare overeenkomsten <sup>(35)</sup>. Zelfs indien één enkele overeenkomst of een netwerk van overeenkomsten de handel tussen lidstaten niet merkbaar kan beïnvloeden, kan het effect van parallelle netwerken van overeenkomsten, als geheel genomen, wel daartoe in staat zijn. Wil dat echter het geval zijn, dan moet de individuele overeenkomst of reeks van overeenkomsten in aanzienlijke mate tot het cumulatieve effect op de handel bijdragen <sup>(36)</sup>.
- 2.4.2. *Kwantificering van de omvang van de merkbare beïnvloeding*
50. Het is niet mogelijk voor alle categorieën overeenkomsten algemene kwantitatieve regels vast te stellen waaruit valt af te leiden wanneer de handel tussen lidstaten merkbaar kan worden beïnvloed. Daarentegen is het mogelijk aan te geven wanneer de handel normaal gesproken niet kan worden beïnvloed. Allereerst heeft de Commissie in haar bekendmaking inzake overeenkomsten van geringe betekenis die de mededinging niet merkbaar beperken in de zin van artikel 81, lid 1, van het Verdrag (de *minimis*) <sup>(37)</sup> verklaard dat overeenkomsten tussen kleine en middelgrote ondernemingen (KMO's) in de zin van de bijlage bij Aanbeveling 96/280/EG van de Commissie <sup>(38)</sup> normaal gesproken de handel tussen lidstaten niet kunnen beïnvloeden. De reden voor deze aanname is het feit dat de activiteiten van KMO's normaalgesproken lokaal of hoogstens regionaal van karakter zijn. Toch kunnen KMO's onder de toepassing van het Gemeenschapsrecht vallen, met name wanneer zij in grensoverschrijdende economische activiteiten betrokken zijn. Ten tweede vindt de Commissie het passend algemene beginselen vast te stellen waaruit blijkt wanneer handel doorgaans niet kan worden beïnvloed — een norm dus waarin wordt omschreven wanneer van merkbare beïnvloeding van de handel tussen lidstaten geen sprake is (de geen „merkbaar-effect” op de handel-regel). Bij de toepassing van artikel 81 zal de Commissie deze norm als een weerlegbaar negatief vermoeden beschouwen dat geldt voor alle overeenkomsten in de zin van artikel 81, lid 1, ongeacht de aard van de in de overeenkomst vervatte beperkingen, met inbegrip van beperkingen die in groepsvrijstellingsverordeningen en richtsnoeren van de Commissie als *hardcore* beperkingen zijn aangemerkt. In gevallen waarin dit vermoeden geldt, zal de Commissie normaalgesproken geen procedure inleiden, noch op verzoek noch ambtshalve. Wanneer ondernemingen te goeder trouw aannemen dat een overeenkomst door dit negatief vermoeden is gedekt, zal de Commissie geen geldboeten opleggen.
51. Onverlet het bepaalde in punt 53, impliceert deze negatieve definitie van „merkbare beïnvloeding” niet dat overeenkomsten die niet voldoen aan de hierna uiteengezette criteria, automatisch de handel tussen lidstaten merkbaar kunnen beïnvloeden. Een onderzoek van geval tot geval blijft noodzakelijk.
52. De Commissie is van oordeel dat in beginsel overeenkomsten de handel tussen lidstaten niet merkbaar kunnen beïnvloeden wanneer aan elk van de volgende voorwaarden is voldaan:
- het totale marktaandeel van de partijen op relevante markten binnen de Gemeenschap waarop de overeenkomst van invloed is, bedraagt niet meer dan 5 %, en
  - in het geval van horizontale overeenkomsten: de totale communautaire jaaromzet van de betrokken ondernemingen <sup>(39)</sup> bedraagt voor de onder de overeenkomst vallende producten niet meer dan 40 miljoen EUR. In het geval van overeenkomsten inzake de gemeenschappelijke aankoop van producten zal de relevante omzet, de gemeenschappelijke aankopen van partijen van de producten die onder de overeenkomst vallen, zijn.



In het geval van horizontale overeenkomsten: de totale communautaire jaaromzet van de aanbieder bedraagt voor de onder de overeenkomst vallende producten niet meer dan 40 miljoen EUR. In het geval van licentieovereenkomsten, is de relevante omzet de som van de omzet van de licentienemers voor de producten waarin de in licentie gegeven technologie is opgenomen, en de eigen omzet van de licentiegever voor die producten. In het geval van overeenkomsten tussen een koper en meerdere leveranciers, is de relevante omzet die van de gecombineerde aankopen van de kopers van de producten vallende onder de overeenkomst.

De Commissie zal hetzelfde vermoeden toepassen wanneer gedurende twee opeenvolgende kalenderjaren vernoemde omzetsdrempel met niet meer dan 10 % wordt overschreden en wanneer de bovenstaande marktdrempel met niet meer dan 2 procentpunt wordt overschreden. In gevallen waarin de overeenkomst een opkomende, nog niet bestaande markt betreft en waar de partijen bijgevolg geen relevante omzet genereren noch enig relevant marktaandeel opbouwen, zal de Commissie dit vermoeden niet toepassen. In dergelijke gevallen is het mogelijk dat de merkbare beïnvloeding wordt onderzocht op basis van de positie van de partijen op aanverwante productmarkten of van hun sterkte in technologieën die met de overeenkomst verband houden.

53. Voorts zal de Commissie ook oordelen dat, wanneer een overeenkomst op zich al de handel tussen lidstaten kan beïnvloeden, bijvoorbeeld omdat het import en export of diverse lidstaten betreft, er sprake is van een weerlegbaar positief vermoeden dat bij dergelijke effecten van merkbare beïnvloeding van de handel sprake is wanneer de omzet van de partijen voor de onder overeenkomst vallende producten, berekend als aangegeven in de punten 52 en 54, meer dan 40 miljoen EUR bedraagt. In het geval van overeenkomsten die naar hun aard de handel tussen lidstaten kunnen beïnvloeden, mag vaak ook worden aangenomen dat dergelijke effecten merkbaar zijn wanneer het marktaandeel van de partijen de in het vorige punt beschreven 5 %-drempel overschrijdt. Dit vermoeden geldt echter niet wanneer de overeenkomst slechts een deel van een lidstaat bestrijkt, zie punt 90.
54. Met betrekking tot de drempel van 40 miljoen EUR, cf. punt 52, wordt de omzet berekend op basis van de totale communautaire omzet, exclusief belastingen, gedurende het voorafgaande boekjaar van de betrokken ondernemingen voor de producten waarop de overeenkomst betrekking heeft (de contractgoederen). Verkopen tussen entiteiten die deel uitmaken van dezelfde onderneming, worden uitgesloten <sup>(40)</sup>.
55. Om de marktaandreedrempel toe te passen, moet de relevante markt worden afgebakend <sup>(41)</sup>. Deze omvat de rele-

vante productmarkt en de relevante geografische markt. De marktaandelen dienen te worden berekend op basis van cijfers betreffende de waarde van de omzet of, indien toepasselijk, de waarde van de aankopen. Wanneer geen waardecijfers beschikbaar zijn, kan van ramingen die op andere betrouwbare marktinformatie, waaronder volumecijfers, gebaseerd zijn, worden gebruik gemaakt.

56. In het geval van netwerken van overeenkomsten tussen dezelfde aanbieder en verschillende distributeurs, worden de verkopen via het volledige netwerk in aanmerking genomen.
57. Contracten die van dezelfde algemene zakelijke regeling transactie deel uitmaken, vormen één enkele overeenkomst met het oog op de toepassing van de „merkbaar-effect”-regel <sup>(42)</sup>. Ondernemingen kunnen zich niet beneden deze drempels brengen door een overeenkomst die uit economisch oogpunt één geheel vormt, op te splitsen.
- 3. TOEPASSING VAN BOVENSTAANDE BEGINSELEN OP GE-  
BRUIKELIJKE SOORTEN OVEREENKOMSTEN EN MISBRUI-  
KEN**
58. De Commissie zal het in het vorige deel beschreven negatieve vermoeden toepassen op alle overeenkomsten, met inbegrip van overeenkomsten die naar hun aard de handel tussen lidstaten kunnen beïnvloeden, alsmede voor overeenkomsten die de handel tussen ondernemingen in derde landen betreffen, cf. deel 3.3.
59. Buiten het toepassingsbereik van het negatieve vermoeden zal de Commissie rekening houden met kwalitatieve elementen die verband houden met de aard van de overeenkomst of gedragingen en de producten waarop deze betrekking hebben, zie punten 29 en 30. Het belang van de aard van de overeenkomst wordt ook gereflecteerd in het in punt 53 beschreven positieve vermoeden in het geval van overeenkomsten die naar hun aard de handel tussen lidstaten kunnen beïnvloeden. Met het oog op additionele aanwijzingen in verband met de toepassing van het begrip „beïnvloeding van de handel” is het daarom dienstig om de verschillende soorten meest gebruikelijke overeenkomsten en gedragingen nader te bezien.
60. In de volgende delen wordt een belangrijk onderscheid gemaakt tussen overeenkomsten en gedragingen die meerdere lidstaten bestrijken, en overeenkomsten en gedragingen die tot één lidstaat of tot een deel van één lidstaat zijn beperkt. Deze twee hoofdcategorieën worden opgesplitst in verdere subcategorieën op basis van de aard van de betrokken overeenkomst of gedraging. Ook overeenkomsten en gedragingen die derde landen bestrijken, komen aan bod.

### 3.1. **Overeenkomsten en misbruiken die meerdere lidstaten bestrijken of in meerdere lidstaten ten uitvoer worden gelegd**

61. Overeenkomsten en gedragingen die meerdere lidstaten bestrijken of in meerdere lidstaten ten uitvoer worden gelegd, kunnen naar hun aard in nagenoeg alle gevallen de handel tussen lidstaten beïnvloeden. Wanneer de relevante omzet de in punt 53 beschreven drempel overschrijdt, zal het in de meeste gevallen dan ook niet nodig zijn een gedetailleerd onderzoek uit te voeren naar de vraag of de handel tussen lidstaten kan worden beïnvloed. Om echter ook voor deze gevallen houvast te bieden en de in deel 2 ontwikkelde beginselen te illustreren, is het nuttig uiteen te zetten wat de factoren zijn die doorgaans worden gebruikt als basis om te besluiten dat een zaak onder de toepassing van het Gemeenschapsrecht valt.

#### 3.1.1. *Overeenkomsten betreffende import en export*

62. Overeenkomsten tussen ondernemingen in twee of meer lidstaten die op import en export betrekking hebben, kunnen naar hun aard de handel tussen lidstaten beïnvloeden. Dergelijke overeenkomsten hebben, ongeacht of ze de mededinging beperken of niet, een impact op de handelsstromen tussen lidstaten. In de zaak-Kerpen & Kerpen bijvoorbeeld, waar het ging om een overeenkomst tussen een Franse producent en een Duitse distributeur die meer dan 10 % van de export van Frankrijk naar Duitsland (ten belope van in totaal 350 000 ton per jaar) betrof, heeft het Hof van Justitie verklaard dat niet kon worden gesteld dat een dergelijke overeenkomst de handel tussen lidstaten niet (merkbaar) kon beïnvloeden <sup>(43)</sup>.

63. Deze categorie omvat ook overeenkomsten die aan import en export beperkingen opleggen, met inbegrip van beperkingen op actieve en passieve verkoop en op wederverkoop door afnemers aan afnemers in andere lidstaten <sup>(44)</sup>. In deze gevallen is er een inherent verband tussen de beweerde mededingingsbeperking en de invloed ervan op de handel, aangezien de beperking precies ten doel heeft goederen- en dienststromen tussen lidstaten te verhinderen, hetgeen anders onmogelijk was geweest. Het doet niet ter zake of de partijen bij de overeenkomst in dezelfde lidstaat of in verschillende lidstaten zijn gevestigd.

#### 3.1.2. *Meerdere lidstaten bestrijkende kartels*

64. Kartelovereenkomsten zoals die waarbij sprake is van prijsafspraken en verdeling van de markten en die diverse lidstaten bestrijken, kunnen naar hun aard de handel tussen lidstaten beïnvloeden. Grensoverschrijdende kartels harmoniseren de mededingingsvoorwaarden en hebben een invloed op de vervlechting van de handel door het bestendigen van traditionele handelsstromen <sup>(45)</sup>. Wanneer ondernemingen overeenkomen om geografische gebieden onder elkaar te verdelen, kunnen verkopen van andere gebieden naar de toegewezen gebieden worden

uitgeschakeld of beperkt. Wanneer ondernemingen overeenkomen prijzen vast te stellen, schakelen zij de mededinging uit en eventuele daaruit resulterende prijsverschillen die zowel concurrenten als afnemers ertoe kunnen aanzetten in grensoverschrijdende handel actief te worden. Wanneer ondernemingen overeenkomsten over verkoopquota bereiken, worden de traditionele handelsstromen bestendigd. De betrokken ondernemingen zien ervan af hun productie uit te breiden en zodoende potentiële afnemers in andere lidstaten te bedienen.

65. De beïnvloeding van de handel die van grensoverschrijdende kartels uitgaat, is doorgaans ook naar haar aard een merkbare beïnvloeding als gevolg van de marktpositie van de partijen bij het kartel. Kartels worden normaalgesproken enkel gevormd wanneer de betrokken ondernemingen samen een ruim deel van de markt in handen hebben, omdat dit hen in staat stelt prijzen te verhogen of de productie te beperken.

#### 3.1.3. *Meerdere lidstaten bestrijkende horizontale samenwerkingsovereenkomsten*

66. Dit deel handelt over diverse soorten horizontale samenwerkingsovereenkomsten. Horizontale samenwerkingsovereenkomsten kunnen bijvoorbeeld de vorm aannemen van overeenkomsten waarbij twee of meer ondernemingen samenwerken bij het uitvoeren van een bepaalde economische activiteit, zoals productie en distributie <sup>(46)</sup>. Vaak worden dergelijke overeenkomsten ook „gemeenschappelijke ondernemingen” genoemd. Gemeenschappelijke ondernemingen die duurzaam alle functies van een zelfstandige economische eenheid vervullen, vallen onder de concentratieverordening <sup>(47)</sup>. Op het niveau van de Gemeenschap vallen dergelijke volwaardige gemeenschappelijke ondernemingen niet onder de toepassing van de artikelen 81 en 82 behalve in zaken waar artikel 2, lid 4, van de Verordening inzake concentraties van toepassing is <sup>(48)</sup>. Dit onderdeel handelt dus niet over de volwaardige gemeenschappelijke ondernemingen. In het geval van „niet-volwaardige” gemeenschappelijke ondernemingen is de gemeenschappelijke entiteit niet als autonome aanbieder (of afnemer) op een markt actief. Zij bedient enkel haar moedermaatschappijen, die zelf op de markt actief zijn <sup>(49)</sup>.

67. Gemeenschappelijke ondernemingen die in twee of meerdere lidstaten actief zijn of die output produceren welke door de moedermaatschappijen in twee of meer lidstaten wordt afgezet, beïnvloeden de commerciële activiteiten van de partijen in die gebieden van de Gemeenschap. Daarom kunnen dergelijke overeenkomsten normaalgesproken naar hun aard de handel tussen lidstaten beïnvloeden — in vergelijking met de situatie zonder de overeenkomst <sup>(50)</sup>. Handelsstromen worden beïnvloed wanneer ondernemingen hun activiteiten verplaatsen naar de gemeenschappelijke onderneming of deze gebruiken om binnen de Gemeenschap een nieuwe voorzieningsbron te vestigen.

68. De handel kan ook worden beïnvloed wanneer een gemeenschappelijke onderneming input produceert voor haar moedermaatschappijen die vervolgens door deze moedermaatschappijen in een product wordt verwerkt of geïntegreerd. Dit kan waarschijnlijk het geval zijn wanneer de betrokken input voordien bij aanbieders in andere lidstaten werd betrokken, wanneer de moedermaatschappijen voordien de input in andere lidstaten produceerden of wanneer het eindproduct in meer dan één lidstaat wordt verhandeld.
69. Bij de beoordeling van de omvang van de merkbare beïnvloeding is het van belang rekening te houden met de omzet van de moedermaatschappijen voor de met de overeenkomst verband houdende producten en niet enkel die van de gemeenschappelijke eenheid welke bij de overeenkomst werd opgericht, aangezien de gemeenschappelijke onderneming niet als autonome eenheid op enige markt actief is.
- 3.1.4. *In meerdere lidstaten ten uitvoer gelegde verticale overeenkomsten*
70. Verticale overeenkomsten en netwerken van vergelijkbare verticale overeenkomsten die in meerdere lidstaten ten uitvoer worden gelegd, kunnen doorgaans de handel tussen lidstaten beïnvloeden wanneer zij er de oorzaak van zijn dat de handel op een bepaalde wijze wordt gekanaliseerd. Netwerken van selectieve distributieovereenkomsten die in twee of meer lidstaten ten uitvoer worden gelegd, kanaliseren bijvoorbeeld de handel op een bepaalde wijze omdat zij de handel beperken tot leden van het netwerk, en zodoende de handelsstromen beïnvloeden ten opzichte van de situatie zonder de overeenkomst<sup>(51)</sup>.
71. Handel tussen lidstaten kan ook worden beïnvloed door verticale overeenkomsten die marktafslermende effecten hebben. Dit kan bijvoorbeeld het geval zijn bij overeenkomsten waarbij distributeurs in diverse lidstaten overeenkomen enkel bij een bepaalde leverancier in te kopen of enkel diens producten te verkopen. Dergelijke overeenkomsten kunnen beperkend werken voor de handel tussen de lidstaten waar de overeenkomsten ten uitvoer worden gelegd of vanuit lidstaten die niet door de overeenkomsten worden bestreken. Marktafslerming kan ook uit individuele overeenkomsten of uit netwerken van overeenkomsten voortvloeien. Wanneer een overeenkomst of netwerken van overeenkomsten die meerdere lidstaten bestrijken, marktafslermende effecten hebben, is het vermogen van de overeenkomst of overeenkomsten om de handel tussen lidstaten te beïnvloeden naar hun aard normaal gesproken merkbaar.
72. Ook overeenkomsten tussen leveranciers en distributeurs die in verticale prijsbinding voorzien en twee of meer lidstaten bestrijken, kunnen doorgaans naar hun aard de handel tussen lidstaten beïnvloeden<sup>(52)</sup>. Dergelijke overeenkomsten veranderen het prijspeil dat zonder de overeenkomsten waarschijnlijk had bestaan, en beïnvloeden bijgevolg de handelsstromen.
- 3.1.5. *Meerdere lidstaten bestrijkende misbruiken van machtsposities*
73. In het geval van misbruik van een machtspositie is het nuttig een onderscheid te maken tussen misbruiken die drempels opwerpen voor het betreden van de markt of waarmee concurrenten worden uitgeschakeld (misbruik door uitsluiting), en misbruiken waarbij de onderneming met een machtspositie van haar economische macht profiteert om bijvoorbeeld excessieve of discriminerende prijzen te berekenen (misbruik door uitbuiting). Beide vormen van misbruik kunnen ten uitvoer worden gelegd via overeenkomsten, die eveneens onder de toepassing van artikel 81, lid 1, vallen, of via eenzijdig optreden dat, wat het communautaire mededingingsrecht betreft, enkel onder artikel 82 valt.
74. In het geval van misbruiken door uitbuiting zoals discriminerende kortingen, geldt de impact de downstream handelspartners, die ofwel hun voordeel ermee doen of ervan te lijden hebben, doordat hun concurrentiepositie wordt gewijzigd en de handelsstromen tussen lidstaten worden beïnvloed.
75. Wanneer een onderneming met een machtspositie zich begeeft aan uitsluitingsgedrag in meer dan één lidstaat, kan dergelijk misbruik normaal gesproken naar zijn aard de handel tussen lidstaten beïnvloeden. Dergelijk gedrag heeft ook een negatieve impact op de mededinging in een gebied dat zich buiten één enkele lidstaat uitstrekt, omdat daardoor waarschijnlijk de handel wordt afgeleid van het verloop dat deze normaalgesproken had gevolgd wanneer de gedraging zich niet had voorgedaan. Handelsstromen kunnen bijvoorbeeld worden beïnvloed wanneer de onderneming met een machtspositie getrouwheidskortingen toekent. Afnemers die onder het op uitsluiting gerichte kortingsstelsel vallen, zullen waarschijnlijk minder aankopen bij concurrenten van de onderneming met een machtspositie dan zij anders hadden gedaan. Ook rechtstreeks op het uitschakelen van een concurrent gericht uitsluitingsgedrag zoals rooiprijzen kan de handel tussen lidstaten beïnvloeden wegens de impact ervan op de concurrentiestructuur van de markt in de Gemeenschap<sup>(53)</sup>. Wanneer een onderneming met een machtspositie door haar optreden een concurrent die in meer dan één lidstaat actief is, wil uitschakelen, kan de handel op meerdere wijzen worden beïnvloed. Ten eerste bestaat het risico dat de getroffen concurrent niet langer een voorzieningsbron binnen de Gemeenschap is. Zelfs wanneer de onderneming die het doelwit is, niet wordt uitgeschakeld, kan haar toekomstige concurrentiegedrag waarschijnlijk worden beïnvloed, hetgeen ook een impact op de handel tussen lidstaten kan hebben. Ten tweede kan het misbruik een impact hebben op andere concurrenten. Via misbruiken kan de onderneming met een machtspositie aan haar concurrenten te kennen geven dat zij bestraffend zal optreden tegen pogingen om daadwerkelijk te gaan concurreren. Ten derde kan het feit zelf van de uitschakeling van een concurrent voldoende zijn om de handel tussen lidstaten te kunnen beïnvloeden. Dit kan het geval zijn wanneer de onderneming die dreigt te worden uitgeschakeld, hoofdzakelijk in export naar derde landen actief is<sup>(54)</sup>. Zodra de daadwerkelijke mededingingsstructuur van de markt binnen de Gemeenschap verder in het gedrang dreigt te komen, is het Gemeenschapsrecht van toepassing.

76. Wanneer een onderneming met een machtspositie zich in meer dan één lidstaat aan misbruik door uitbuiting of door uitsluiting begeeft, zal ook het vermogen van het misbruik om de handel tussen lidstaten te beïnvloeden, normaal gesproken naar zijn aard merkbaar zijn. Gezien de marktpositie van de betrokken onderneming met een machtspositie en het feit dat het misbruik in meerdere lidstaten plaatsvindt, is de schaal van het misbruik en de te verwachten impact ervan op de handelsstromen doorgaans zo groot dat de handel tussen lidstaten er merkbaar kan door worden beïnvloed. In het geval van misbruik door uitbuiting zoals prijsdiscriminatie, verandert het misbruik de concurrentiepositie van handelspartners in meerdere lidstaten. In het geval van misbruik door uitsluiting, met inbegrip van misbruiken die ertoe strekken een concurrent uit te schakelen, wordt de economische activiteit die door concurrenten in meerdere lidstaten wordt uitgeoefend beïnvloed. Het enkele bestaan van een machtspositie in meerdere lidstaten impliceert dat de mededinging in een aanzienlijk deel van de interne markt al is aangetast<sup>(55)</sup>. Wanneer een onderneming met een machtspositie door haar toevlucht te nemen tot misbruiken, de mededinging verder aantast — bijvoorbeeld door een concurrent uit te schakelen — is het vermogen van het misbruik om de handel tussen lidstaten te beïnvloeden, normaalgesproken merkbaar.

### 3.2. Overeenkomsten en misbruiken die één lidstaat of slechts een deel daarvan bestrijken

77. Wanneer overeenkomsten of misbruiken het grondgebied van één enkele lidstaat bestrijken, kan het nodig zijn een gedetailleerder onderzoek uit te voeren naar het vermogen van de overeenkomsten of misbruiken om de handel tussen lidstaten te beïnvloeden. Er zij aan herinnerd dat, wil er sprake zijn van beïnvloeding van de handel tussen lidstaten, niet is vereist dat de handel wordt beperkt. Het is voldoende dat een merkbare verandering in de handelsstromen tussen lidstaten kan worden veroorzaakt. Niettemin is het zo dat in vele gevallen waarbij slechts één lidstaat is betrokken, de aard van de vermeende inbreuk en, met name, de neiging ervan de nationale markten af te scherpen een goede aanwijzing bieden van het vermogen van de overeenkomst of gedraging om de handel tussen lidstaten te beïnvloeden. De hierna gegeven voorbeelden zijn niet exhaustief bedoeld. Zij dienen enkel als voorbeeld om aan te geven in welke gevallen overeenkomsten die tot het grondgebied van één lidstaat zijn beperkt, kunnen worden aangemerkt als in staat zijnde de handel tussen lidstaten te beïnvloeden.

#### 3.2.1. Een lidstaat bestrijkende kartels

78. Horizontale kartels die het hele grondgebied van een lidstaat bestrijken, kunnen normaal gesproken de handel tussen lidstaten beïnvloeden. De rechtscolleges van de Gemeenschap hebben immers in een aantal zaken verklaard dat overeenkomsten die het gehele grondgebied van een lidstaat bestrijken, naar hun aard een versterking van de nationale drempelvorming tot gevolg hebben, hetgeen de in het Verdrag beoogde economische vervlechting doorkruist<sup>(56)</sup>.

79. Het vermogen van dergelijke overeenkomsten om de interne markt te compartimenteren, vloeit voort uit het feit

dat de leden van een nationaal kartel zich doorgaans tegen de concurrentie uit andere lidstaten moeten wapenen<sup>(57)</sup>. Doen zij dit niet, en bestaat voor het product waarop de overeenkomst betrekking heeft, in het buitenland een markt<sup>(58)</sup>, dan dreigt het kartel door de concurrentie van ondernemingen uit andere lidstaten te worden ondermijnd. Normaal gesproken kunnen dergelijke overeenkomsten ook naar hun aard de handel tussen lidstaten merkbaar beïnvloeden, gezien de omvang van de markten die moeten worden bestreken, willen dergelijke kartels doeltreffend zijn.

80. Aangezien het begrip „beïnvloeding van de handel” ook potentiële effecten insluit, is niet doorslaggevend of dergelijk optreden tegenover concurrenten uit andere lidstaten op een bepaald tijdstip daadwerkelijk ook toepassing vindt. Wanneer de kartelprijs vergelijkbaar is met de prijs die in andere lidstaten wordt gehanteerd, kan voor de leden van het kartel niet onmiddellijk de noodzaak bestaan op te treden tegen concurrenten uit andere lidstaten. Wat van belang is, is de vraag of al dan niet te verwachten valt dat zij zulks zouden doen wanneer de marktvoorwaarden zouden veranderen. De waarschijnlijkheidsgraad daarvan hangt af van het bestaan of anders van natuurlijke drempels voor handel op de markt, met inbegrip van met name de vraag of er voor het betrokken product al dan niet een markt in het buitenland bestaat. In een zaak in verband met bepaalde retail bankdiensten<sup>(59)</sup> heeft het Hof van Justitie bijvoorbeeld geoordeeld dat de handel niet merkbaar kan worden beïnvloed omdat het potentieel voor handel in de specifieke producten in kwestie zeer beperkt was en omdat zij geen factor van beslissend belang is bij de keuze van ondernemingen uit andere lidstaten om zich al dan niet in de betrokken lidstaat te vestigen<sup>(60)</sup>.

81. De mate waarin de leden van een kartel toezicht houden op prijzen en concurrenten uit andere lidstaten, kan een aanwijzing bieden voor de mate waarin voor de producten die onder het kartel vallen, in het buitenland een markt bestaat. Toezicht suggereert dat concurrentie en concurrenten uit andere lidstaten als een potentiële bedreiging voor het kartel worden gepercipieerd. Bovendien vormt een situatie waarbij bewijzen voorhanden zijn dat de leden van het kartel doelbewust het prijspeil hebben vastgesteld in het licht van het in andere lidstaten vigerende prijspeil (limit pricing), een aanwijzing dat voor de betrokken producten in het buitenland een markt bestaat en dat de handel tussen lidstaten kan worden beïnvloed.

82. De handel kan normaal gesproken ook worden beïnvloed wanneer de leden van een nationaal kartel trachten de concurrentiedruk af te zwakken die uitgaat van concurrenten uit andere lidstaten, door hen ertoe te brengen zich aan te sluiten bij de beperkende overeenkomst of wanneer hun uitsluiting van de overeenkomst de concurrenten een concurrentienadeel oplevert<sup>(61)</sup>. In dergelijke gevallen verhindert de overeenkomst die concurrenten om eventuele concurrentievoordelen welke zij zouden hebben, uit te buiten, of verhoogt zij hun kosten, hetgeen een negatieve impact op hun concurrentiepositie en hun verkopen heeft. In beide gevallen brengt de overeenkomst de activiteiten van concurrenten uit andere lidstaten op

de betrokken nationale markt in het gedrang. Hetzelfde geldt ook wanneer een kartelovereenkomst die tot één enkele lidstaat is beperkt, wordt gesloten tussen ondernemingen die producten doorverkopen welke uit andere lidstaten zijn ingevoerd <sup>(62)</sup>.

### 3.2.2. Een lidstaat bestrijkende horizontale samenwerkingsovereenkomsten

83. Horizontale samenwerkingsovereenkomsten en met name „niet-volwaardige” gemeenschappelijke ondernemingen, cf. punt 66, die zijn beperkt tot één enkele lidstaat en die niet rechtstreeks met import en export verband houden, behoren niet tot de categorie van overeenkomsten die naar hun aard de handel tussen lidstaten kunnen beïnvloeden. Een zorgvuldig onderzoek van het vermogen van de individuele overeenkomst om de handel tussen lidstaten te beïnvloeden, kan derhalve zijn vereist.

84. Horizontale samenwerkingsovereenkomsten kunnen, met name, in staat zijn de handel tussen lidstaten te beïnvloeden wanneer zij marktafsluitend werken. Dit kan het geval zijn bij overeenkomsten die sectorale standaardiserings- en certificeringsregelingen uitwerken, die ofwel ondernemingen uit andere lidstaten uitsluiten of waaraan gemakkelijker kan worden voldaan door ondernemingen uit de betrokken lidstaat omdat zij op de nationale regels en tradities zijn gebaseerd. Onder dergelijke omstandigheden maken de overeenkomsten het voor ondernemingen uit andere lidstaten moeilijker de nationale markt te penetreren.

85. De handel kan ook worden beïnvloed wanneer een gemeenschappelijke onderneming erin resulteert dat ondernemingen uit andere lidstaten van een belangrijk distributiekanaal of een belangrijke vraagbron worden afgesneden. Wanneer bijvoorbeeld twee of meer distributeurs die binnen dezelfde lidstaat zijn gevestigd en die een aanzienlijk aandeel van de import van de betrokken producten voor hun rekening nemen, een gemeenschappelijke onderneming opzetten om hun inkoop voor dat product samen te voegen, kan de daaruit resulterende vermindering van het aantal distributiekanaalen voor aanbieders uit andere lidstaten de mogelijkheden beperken om tot de betrokken nationale markt toegang te krijgen. Bijgevolg kan de handel worden beïnvloed <sup>(63)</sup>. De handel kan ook worden beïnvloed wanneer ondernemingen die voordien een bepaald product importeerden, een gemeenschappelijke onderneming oprichten die met de productie van datzelfde product wordt belast. In dat geval veroorzaakt de overeenkomst een verandering in de handelsstromen tussen lidstaten ten opzichte van de situatie vóór de overeenkomst.

### 3.2.3. Een lidstaat bestrijkende verticale overeenkomsten

86. Verticale overeenkomsten die het gehele grondgebied van een lidstaat bestrijken, kunnen, met name, de handelsstromen tussen lidstaten beïnvloeden wanneer zij het voor ondernemingen uit andere lidstaten moeilijker maken de betrokken nationale markt te penetreren, hetzij via export hetzij via vestiging (marktafsluitend effect). Wanneer verticale overeenkomsten dergelijk markt-

afsluitend effect hebben, kunnen zij bijdragen tot de versterking van de nationale drempelvorming en zodoende de in het Verdrag beoogde economische vervlechting doorkruisen <sup>(64)</sup>.

87. Marktafsluiting kan zich bijvoorbeeld voordoen wanneer aanbieders aan afnemers exclusieveafnameverplichtingen opleggen <sup>(65)</sup>. In de zaak-Delimitis <sup>(66)</sup> — die overeenkomsten betrof tussen een brouwerij en eigenaren van drankgelegenheden waar bier werd geconsumeerd, waarbij de eigenaren zich ertoe verbonden bier uitsluitend te betrekken bij de brouwerij — heeft het Hof van Justitie marktafsluiting gedefinieerd als het ontbreken, ingevolge de overeenkomsten, van reële en concrete mogelijkheden om toegang tot de markt te krijgen. Overeenkomsten creëren doorgaans enkel aanzienlijke toegangs-drempels wanneer zij een belangrijk aandeel van de markt bestrijken. Marktaandeel en marktdekking kunnen op dit punt als indicator worden gebruikt. Bij het uitvoeren van de beoordeling moet niet alleen met de specifieke overeenkomst of het netwerk van overeenkomsten in kwestie rekening worden gehouden, maar ook met andere parallelle netwerken die vergelijkbare effecten hebben <sup>(67)</sup>.

88. Verticale overeenkomsten die een gehele lidstaat bestrijken en die betrekking hebben op producten waarvoor in het buitenland een markt bestaat, zijn mogelijk ook in staat de handel tussen lidstaten te beïnvloeden, zelfs wanneer zij niet direct obstakels voor de handel creëren. Overeenkomsten waarbij ondernemingen zich verbinden tot verticale prijsbinding, kunnen rechtstreekse effecten hebben op de handel tussen lidstaten doordat zij de import uit andere lidstaten doen toenemen en de export uit de betrokken lidstaat doen dalen <sup>(68)</sup>. Overeenkomsten betreffende verticale prijsbinding kunnen de handelsstromen evenzeer beïnvloeden als horizontale kartels. Voorzover de prijzen die uit de verticale prijsbinding resulteren, hoger liggen dan de in andere lidstaten geldende prijzen, is dit prijspeil enkel houdbaar wanneer import uit andere lidstaten kan worden gecontroleerd.

### 3.2.4. Slechts een deel van een lidstaat bestrijkende overeenkomsten

89. Kwalitatief gezien wordt de beoordeling van overeenkomsten die slechts een deel van een lidstaat bestrijken, op dezelfde wijze benaderd als in het geval van overeenkomsten die een gehele lidstaat bestrijken. Dit betekent dat de analyse in deel 2 van toepassing is. Bij de beoordeling van de omvang van de merkbare beïnvloeding moeten beide categorieën evenwel worden onderscheiden, aangezien er mee rekening dient te worden gehouden dat de overeenkomst slechts een deel van een lidstaat bestrijkt. Voorts dient ook te worden nagegaan welk deel van het nationale grondgebied voor handel open staat. Wanneer bijvoorbeeld transportkosten of de actieradius van uitrusting het voor ondernemingen uit andere lidstaten economisch niet doenbaar maakt om het gehele grondgebied van een andere lidstaat te bedienen, kan de handel toch worden beïnvloed wanneer de overeenkomst afsluitend werkt voor de toegang tot dat deel van het grondgebied van de lidstaat dat voor handel open staat, mits dit deel niet onbeduidend is <sup>(69)</sup>.

90. Indien een overeenkomst toegang tot een regionale markt afschermt, is sprake van merkbaar beïnvloeding wanneer het getroffen verkoopvolume een aanzienlijk deel vertegenwoordigt van het totale volume verkopen van de betrokken producten binnen de lidstaat in kwestie. Deze beoordeling kan niet uitsluitend op geografische dekking worden gebaseerd. Het marktaandeel van de partijen bij de overeenkomst moet ook een vrij beperkt gewicht krijgen. Zelfs wanneer de partijen naar volume een hoog marktaandeel behalen, kan de omvang van die markt, uitgedrukt in volume, toch nog onbeduidend zijn ten opzichte van de totale verkopen van de betrokken producten binnen de lidstaat in kwestie. Over het algemeen wordt het aandeel, uitgedrukt in volume, op de nationale markt die wordt afgeschermd, daarom beschouwd als de beste indicator voor het vermogen van de overeenkomst om de handel (merkbaar) te beïnvloeden. Worden gebieden met een hoge vraagconcentratie bestreken, dan zal zulks zwaarder wegen dan wanneer de overeenkomsten gebieden bestrijken waar de vraag minder geconcentreerd is. De communautaire bevoegdheid kan pas gelden wanneer het aandeel van de nationale markt die wordt afgeschermd, aanzienlijk is.
91. Overeenkomsten met een lokaal karakter zijn op zich niet in staat de handel tussen lidstaten merkbaar te beïnvloeden. Dit is zelfs het geval wanneer de lokale markt in een grensregio is gelegen. Omgekeerd, kan, wanneer het afgeschermd deel van de nationale markt aanzienlijk is, de handel worden beïnvloed zelfs wanneer de betrokken markt niet in een grensregio is gelegen.
92. In gevallen uit deze categorie zijn enige aanwijzingen te vinden in de rechtspraak betreffende het begrip „wezenlijk deel van de gemeenschappelijke markt” van artikel 82<sup>(70)</sup>. Overeenkomsten die bijvoorbeeld ten gevolge hebben dat concurrenten uit andere lidstaten worden verhinderd toegang te krijgen tot een wezenlijk deel van de gemeenschappelijke markt, zouden moeten worden beschouwd als overeenkomsten die de handel tussen lidstaten merkbaar beïnvloeden.
- 3.2.5. *Een lidstaat bestrijkende misbruiken van een machtspositie*
93. Wanneer een onderneming een machtspositie bezit die een gehele lidstaat bestrijkt en zij zich aan uitsluitingsgedrag begeeft, kan de handel tussen lidstaten normaal gesproken worden beïnvloed. Dergelijk misbruik zal het voor concurrenten uit andere lidstaten over het algemeen moeilijker maken de markt te penetreren, in welk geval de handelstromen kunnen worden beïnvloed<sup>(71)</sup>. In de zaak-Michelin<sup>(72)</sup> bijvoorbeeld heeft het Hof van Justitie verklaard dat een systeem van getrouwheidskortingen de markt afschermd voor concurrenten uit andere lidstaten en zodoende de handel beïnvloedde in de zin van artikel 82. Evenzo heeft het Hof in de zaak-Rennet<sup>(73)</sup> geoordeeld dat misbruiken in de vorm van een exclusieve afnameverplichting voor afnemers de markt afschermen voor producten uit andere lidstaten.
94. Misbruiken door uitsluiting die de concurrentiestructuur van de markt binnen een lidstaat beïnvloeden — bijvoorbeeld door het uitschakelen of dreigen uit te schakelen van een concurrent — kunnen de handel tussen lidstaten eveneens beïnvloeden. Wanneer de onderneming die dreigt te worden uitgeschakeld, alleen in één enkele lidstaat actief is, zal het misbruik doorgaans de handel tussen lidstaten niet beïnvloeden. Handel tussen lidstaten kan evenwel worden beïnvloed wanneer de onderneming die het doelwit vormt, exporteert naar of importeert uit andere lidstaten<sup>(74)</sup> en wanneer zij ook in andere lidstaten actief is<sup>(75)</sup>. Beïnvloeding van de handel kan voortvloeien uit het ontradende effect van het misbruik ten aanzien van andere concurrenten. Wanneer de onderneming met een machtspositie via herhaald optreden een reputatie heeft verworven dat zij uitsluitingspraktijken toepast ten aanzien van concurrenten die rechtstreeks met haar in concurrentie proberen te treden, bestaat de kans dat concurrenten uit andere lidstaten minder agressief zullen concurreren, in welk geval de handel kan worden beïnvloed, zelfs wanneer het betrokken slachtoffer niet uit een andere lidstaat afkomstig is.
95. In het geval van misbruik door uitbuiting zoals prijsdiscriminatie en excessieve prijzen, kan de situatie complexer zijn. Prijsdiscriminatie tussen binnenlandse afnemers zal doorgaans de handel tussen lidstaten niet beïnvloeden. Toch kan dat wel het geval zijn wanneer de afnemers actief zijn in de export en door de discriminerende prijszetting worden benadeeld, of wanneer deze praktijk wordt gebruikt om import te verhinderen<sup>(76)</sup>. Praktijken die erin bestaan lagere prijzen aan te bieden aan afnemers die het meest waarschijnlijk producten uit andere lidstaten importeren, maken het voor concurrenten uit andere lidstaten moeilijker de markt te betreden. In dergelijke gevallen kan de handel tussen lidstaten worden beïnvloed.
96. Zolang een onderneming een machtspositie heeft die een gehele lidstaat bestrijkt, doet het doorgaans niet ter zake of het specifieke misbruik waaraan de onderneming met een machtspositie zich begeeft, enkel een deel van het grondgebied van die lidstaat bestrijkt of uitwerkt voor bepaalde afnemers binnen het nationale grondgebied. Een onderneming met een machtspositie kan de handel aanzienlijk belemmeren door misbruik toe te passen in de gebieden of ten aanzien van de afnemers die het meest waarschijnlijke doelwit van concurrenten uit andere lidstaten zullen worden. Zo kan bijvoorbeeld een specifiek distributiekanaal een bijzonder belangrijk middel zijn om toegang te krijgen tot grote groepen gebruikers. De toegang tot dergelijke kanalen belemmeren, kan een wezenlijke impact op de handel tussen lidstaten hebben. Bij de beoordeling van de omvang van de merkbaar beïnvloeding dient ook rekening te worden gehouden met het feit dat een onderneming een machtspositie heeft die een gehele lidstaat bestrijkt, de kans groter maakt dat marktpenetratie moeilijker wordt. Ieder misbruik dat het moeilijker maakt de nationale markt te betreden, dient derhalve als een merkbare beïnvloeding van de handel te worden aangemerkt. Het samengaan van de marktpositie van de onderneming met een machtspositie en het concurrentieverstorende karakter van haar optreden impliceert dat dergelijke misbruiken normaalgesproken naar hun aard de handel merkbaar beïnvloeden. Wanneer

het misbruik evenwel zuiver lokaal van karakter is of slechts een onbeduidend deel van de verkopen van de onderneming met een machtspositie binnen de betrokken lidstaat betreft, kan de handel mogelijk niet worden beïnvloed.

### 3.2.6. Slechts een deel van een lidstaat bestrijkende misbruiken van een machtspositie

97. Wanneer een machtspositie slechts een deel van een lidstaat bestrijkt, zijn, evenals in het geval van overeenkomsten, enige aanwijzingen te halen uit de voorwaarde van artikel 82 dat de machtspositie een wezenlijk deel van de gemeenschappelijke markt moet betreffen. Wanneer de machtspositie een deel van een lidstaat bestrijkt dat een wezenlijk deel van de gemeenschappelijke markt uitmaakt, en het misbruik het voor concurrenten uit andere lidstaten moeilijker maakt toegang te krijgen tot de markt waar de onderneming een machtspositie bezit, dient normaalgesproken er van uit te worden gegaan dat de handel tussen lidstaten kan worden beïnvloed.
98. Bij de toepassing van dit criterium dient met name te worden gekeken naar de omvang van de betrokken markt, gerekend in volume. Regio's, en zelfs een haven of luchthaven die in een lidstaat gelegen zijn, kunnen, afhankelijk van hun grootte, een wezenlijk deel van de gemeenschappelijke markt uitmaken<sup>(77)</sup>. In dat geval moet rekening worden gehouden met de vraag of de betrokken infrastructuur wordt gebruikt voor het aanbieden van grensoverschrijdende diensten, en zo ja in welke mate. Wanneer infrastructuur zoals luchthavens en havens belangrijk zijn in het aanbieden van grensoverschrijdende diensten, kan de handel tussen lidstaten worden beïnvloed.
99. Evenals bij machtsposities die een lidstaat bestrijken, cf. punt 95, kan het mogelijk zijn dat de handel niet merkbaar kan worden beïnvloed wanneer het misbruik louter lokaal van aard is of wanneer het slechts om een onbeduidend deel van de verkopen van de onderneming met een machtspositie gaat.

### 3.3. Overeenkomsten en misbruiken die import en export met ondernemingen uit derde landen betreffen, en overeenkomsten en misbruiken waarbij ondernemingen uit derde landen zijn betrokken

#### 3.3.1. Algemene opmerkingen

100. De artikelen 81 en 82 zijn van toepassing op overeenkomsten en gedragingen die de handel tussen lidstaten kunnen beïnvloeden, zelfs wanneer een of meerdere partijen buiten de Gemeenschap zijn gevestigd<sup>(78)</sup>. De artikelen 81 en 82 zijn van toepassing ongeacht waar de ondernemingen gevestigd zijn of waar de overeenkomst is gesloten, mits de overeenkomst of de gedraging ofwel binnen de Gemeenschap ten uitvoer wordt gelegd<sup>(79)</sup> dan wel binnen de Gemeenschap effect sorteert<sup>(80)</sup>. De artikelen 81 en 82 kunnen ook van toepassing zijn op overeenkomsten en gedragingen die derde landen betreffen, mits zij de handel tussen lidstaten kunnen beïnvloeden. Het in deel 2 beschreven algemene beginsel dat de overeenkomst of gedraging moet doen verwachten dat zij, al

dan niet rechtstreeks, daadwerkelijk of potentieel, de handelsstromen tussen lidstaten kunnen beïnvloeden, geldt ook in het geval van overeenkomsten en misbruiken waarbij in derde landen gevestigde ondernemingen zijn betrokken of die op import uit of export naar derde landen betrekking hebben.

101. Om te bepalen of het Gemeenschapsrecht van toepassing is, is het voldoende dat een overeenkomst of gedraging waarbij derde landen of ondernemingen uit derde landen zijn betrokken, grensoverschrijdende economische activiteiten binnen de Gemeenschap kan beïnvloeden. Invoer in een lidstaat kan voldoende zijn om dergelijke effecten te veroorzaken. Invoer kan de mededingingsvoorwaarden in de lidstaat van invoer beïnvloeden, hetgeen dan weer een impact kan hebben op export en import van concurrerende producten van en naar andere lidstaten. Met andere woorden, import uit derde landen welke uit de overeenkomst of gedraging resulteert, kan zorgen voor een ombuiging van de handel tussen lidstaten, en zodoende de handelsstromen beïnvloeden.
102. Bij de toepassing van het criterium „beïnvloeding van de handel” op bovenvermelde overeenkomsten en gedragingen, is het van belang onder meer na te gaan wat het doel is van de overeenkomst of gedraging zoals dat blijkt uit de inhoud ervan of de onderliggende bedoeling van de betrokken ondernemingen<sup>(81)</sup>.
103. Heeft de overeenkomst tot doel de mededinging binnen de Gemeenschap te beperken, dan valt de vereiste beïnvloeding van de handel tussen lidstaten gemakkelijker aan te tonen dan wanneer het doel hoofdzakelijk erin bestaat de mededinging buiten de Gemeenschap te reguleren. In het eerste geval heeft de overeenkomst of gedraging immers een directe impact op de mededinging binnen de Gemeenschap en de handel tussen lidstaten. Dergelijke overeenkomsten en gedragingen, die zowel import als export kunnen betreffen, kunnen doorgaans naar hun aard de handel tussen lidstaten beïnvloeden.
- 3.3.2. *Afspraken die de beperking van de mededinging binnen de Gemeenschap ten doel hebben*
104. In het geval van import omvat deze categorie overeenkomsten die leiden tot een isolement van de interne markt<sup>(82)</sup>. Dit is bijvoorbeeld het geval bij overeenkomsten waarin concurrenten uit de Gemeenschap en derde landen, markten verdelen, bijvoorbeeld door overeen te komen niet op elkaars thuismarkten te verkopen of door wederzijdse (exclusieve-) distributieovereenkomsten aan te gaan<sup>(83)</sup>.
105. In het geval van export omvat deze categorie gevallen waarin ondernemingen die in twee of meerdere lidstaten concurreren, overeenkomen bepaalde (overschot-)hoeveelheden te exporteren naar derde landen met het oog op de onderlinge afstemming van hun marktgedrag binnen de Gemeenschap. Dergelijke exportovereenkomsten dienen om de prijsconcurrentie te beperken doordat zij de productie binnen de Gemeenschap beperken, en beïnvloeden zodoende de handel tussen lidstaten. Zonder de exportovereenkomst zouden deze hoeveelheden binnen de Gemeenschap zijn afgezet<sup>(84)</sup>.

### 3.3.3. Andere regelingen

106. In het geval van overeenkomsten en gedragingen die niet ten doel hebben de mededinging binnen de Gemeenschap te beperken, moet doorgaans een gedetailleerd onderzoek worden uitgevoerd naar de vraag of grensoverschrijdende economische activiteiten binnen de Gemeenschap — en zodoende de handelsstromen tussen lidstaten — kunnen worden beïnvloed.
107. In dit verband is het van belang de effecten na te gaan van de overeenkomst of gedraging voor afnemers en andere ondernemingen binnen de Gemeenschap die op de producten van de ondernemingen welke partij zijn bij de overeenkomst of gedraging, zijn aangewezen <sup>(85)</sup>. In de zaak *Compagnie maritime belge* <sup>(86)</sup> die betrekking had op overeenkomsten tussen scheepvaartmaatschappijen die tussen communautaire havens en havens in West-Afrika opereren, werden de overeenkomsten beschouwd als in staat om indirect de handel tussen lidstaten te beïnvloeden, omdat zij de „catchment areas” van de communautaire havens waarop de overeenkomst betrekking had, veranderden en omdat zij de activiteiten van andere ondernemingen binnen die gebieden beïnvloedden. Meer bepaald hadden de overeenkomsten een invloed op de activiteiten van ondernemingen die voor vervoerdiensten op de partijen waren aangewezen, hetzij als een middel voor het vervoer van in derde landen gekochte of aldaar verkochte goederen hetzij als belangrijk onderdeel van de diensten die de havens zelf aanboden.
108. Handel kan ook worden beïnvloed wanneer de overeenkomst wederinvoer naar de Gemeenschap verhindert. Dit kan bijvoorbeeld het geval zijn bij verticale overeenkomsten tussen communautaire aanbieders en distribu-

teurs uit derde landen, waarbij beperkingen worden opgelegd aan wederverkoop buiten het toegewezen gebied, met inbegrip van de Gemeenschap. Indien zonder de overeenkomst, wederverkoop naar de Gemeenschap mogelijk en waarschijnlijk zou zijn, kan dergelijke import de handelsstromen binnen de Gemeenschap beïnvloeden <sup>(87)</sup>.

109. Willen dergelijke effecten evenwel waarschijnlijk zijn, dan moet er een aanzienlijk verschil bestaan tussen de prijzen die voor de producten in de Gemeenschap worden berekend, en die welke buiten de Gemeenschap worden berekend, en mag dit prijsverschil niet door douanerechten en vervoerkosten worden tenietgedaan. Bovendien mogen de geëxporteerde productvolumes ten opzichte van de totale markt voor die producten op het grondgebied van de Gemeenschap niet onbeduidend zijn <sup>(88)</sup>. Wanneer deze productvolumes onbeduidend zijn ten opzichte van de binnen de Gemeenschap afgezette volumes, dan wordt de impact van eventuele wederinvoer voor de handel tussen lidstaten als niet-merkbaar beschouwd. Bij deze beoordeling moet niet alleen worden gekeken naar de individuele overeenkomst tussen de partijen, maar ook naar eventuele cumulatieve effecten van vergelijkbare overeenkomsten tussen dezelfde en concurrerende aanbieders. Het kan bijvoorbeeld het geval zijn dat de productvolumes waarop één overeenkomst van toepassing is, betrekkelijk gering zijn, maar dat de productvolumes die onder meerdere dergelijke overeenkomsten vallen, aanzienlijk zijn. In dat geval kunnen de overeenkomsten, als geheel gezien, de handel tussen lidstaten merkbaar beïnvloeden. Herhaald zij echter, cf. punt 49, dat de individuele overeenkomst of reeks van overeenkomsten in aanzienlijke mate tot het cumulatieve effect op de handel moeten bijdragen.

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

<sup>(2)</sup> PB L 1 van 4.1.2003, blz. 1.

<sup>(3)</sup> Zie bv. gevoegde zaken 56 en 58/64, *Consten en Grundig*, Jurispr. 1966, blz. 450, en gevoegde zaken 6 en 7/73, *Commercial Solvents*, Jurispr. 1974, blz. 223.

<sup>(4)</sup> Zie in dit verband zaak 22/71, *Béguelin*, Jurispr. 1971, blz. 949, punt 16.

<sup>(5)</sup> Zie zaak 193/83, *Windsurfing*, Jurispr. 1986, blz. 611, punt 96, en zaak T-77/94, *Vereniging van Groothandelaren in Bloemkwekerijproducten*, Jurispr. 1997, blz. II-759, punt 126.

<sup>(6)</sup> Zie de punten 142 tot 144 in de in de vorige voetnoot geciteerde zaak *Vereniging van Groothandelaren in Bloemkwekerijproducten*.

<sup>(7)</sup> Zie bv. zaak T-2/89, *Petrofina*, Jurispr. 1991, blz. II-1087, punt 226.

<sup>(8)</sup> Dit concept van „de merkbare beïnvloeding” komt aan bod in deel II.D.

<sup>(9)</sup> Zie in dit verband zaak 85/76, *Hoffmann-La Roche*, Jurispr. 1979, blz. 461, punt 126.

<sup>(10)</sup> In onderhavige richtsnoeren dekt het begrip „producten” zowel goederen als diensten.

<sup>(11)</sup> Zie zaak 172/80, *Züchner*, Jurispr. 1981, blz. 2021, punt 18. Zie ook zaak C-309/99, *Wouters*, Jurispr. 2002, blz. I-1577, punt 95; zaak C-475/99, *Ambulanz Glöckner*, Jurispr. 2001, blz. I-8089, punt 49; gevoegde zaken C-215/96 en 216/96, *Bagnasco*, Jurispr. 1999, blz. I-135, punt 51; zaak C-55/96, *Job Centre*, Jurispr. 1997, blz. I-7119, punt 37, en zaak C-41/90, *Höfner en Elser*, Jurispr. 1991, blz. I-1979, punt 33.

<sup>(12)</sup> Zie bv. gevoegde zaken T-24/93 e.a., *Compagnie Maritime Belge*, Jurispr. 1996, blz. II-1201, punt 203, en punt 23 van het in voetnoot 4 aangehaalde arrest in de zaak-*Commercial Solvents*.

<sup>(13)</sup> Zie bv. gevoegde zaken T-213/95 en T-18/96, *SCK en FNK*, Jurispr. 1997, blz. II-1739, en hierna deel 3.2.4 en 3.2.6.

<sup>(14)</sup> Zie deel 3.2.

<sup>(15)</sup> Zie bv. het in voetnoot 11 aangehaalde arrest in de zaak-*Züchner*; zaak 319/82, *Kerpen & Kerpen*, Jurispr. 1983, blz. 4173; gevoegde zaken 240/82 e.a., *Stichting Sigarettenindustrie*, Jurispr. 1985, blz. 3831, punt 48, en gevoegde zaken T-25/95 e.a., *Cimenteries CBR*, Jurispr. 2000, blz. II-491, punt 3930.



- (16) In een aantal arresten, vooral in verband met verticale overeenkomsten, heeft het Hof van Justitie de bewoording zo uitgebreid dat de overeenkomst een zodanige invloed kan uitoefenen dat de verwezenlijking van de doelstellingen van een gemeenschappelijke markt tussen lidstaten wordt geschaad; zie bv. zaak T-62/98, Volkswagen, Jurispr. 2000, blz. II-2707, punt 179; punt 47 van het in voetnoot 11 aangehaalde Bagnasco-arrest en zaak 56/65, Société Technique Minière, Jurispr. 1966, blz. 337. De impact van een overeenkomst op de doelstelling van een interne markt is dus een factor die in aanmerking kan worden genomen.
- (17) Zie bv. zaak T-228/97, Irish Sugar, Jurispr. 1999, blz. II-2969, punt 170, en zaak 17/77, Miller, Jurispr. 1978, blz. 131, punt 15.
- (18) Zie bv. zaak C-250/92, Gøttrup-Klim, Jurispr. 1994, blz. II-5641, punt 54.
- (19) Zie bv. zaak C-306/96, Javico, Jurispr. 1998, blz. I-1983, punt 17, en punt 18 van het in voetnoot 4 aangehaalde arrest in de zaak-Béguelin.
- (20) Vergelijk in dit verband de in voetnoot 11 aangehaalde arresten in de zaak-Bagnasco en de zaak-Wouters.
- (21) Zie bv. zaak T-141/89, Tréfileurope, Jurispr. 1995, blz. II-791; zaak T-29/92, Vereniging van Samenwerkende Prijsregelende Organisaties in de Bouwnijverheid (SPO), Jurispr. 1995, blz. II-289 (wat export betreft) en Beschikking 2001/711/EG van de Commissie in de zaak-Volkswagen (PB L 264 van 2.10.2001, blz. 14).
- (22) Zie in dit verband zaak 71/74, Frubo, Jurispr. 1975, blz. 563, punt 38; gevoegde zaken 209/78 e.a., Van Landewyck, Jurispr. 1980, blz. 3125, punt 172; zaak T-61/89, Dansk Pelsdyravler Forening, Jurispr. 1992, blz. II-1931, punt 143, en zaak T-65/89, BPB Industries en British Gypsum, Jurispr. 1993, blz. II-389, punt 135.
- (23) Zie bijvoorbeeld in dit verband zaak T-86/95, Compagnie maritime belge, Jurispr. 2002, blz. II-1011, punt 148, en punt 202 van het in voetnoot 12 aangehaalde arrest in de zaak-Compagnie maritime belge.
- (24) Zie zaak 123/83, BNIC/Clair, Jurispr. 1985, blz. 391, punt 29.
- (25) Zie Beschikking 78/922/EEG van de Commissie in de zaak-Zanussi, PB L 322 van 16.11.1978, blz. 36, overweging 11.
- (26) Zie in dit verband zaak 31/85, ETA Fabrique d'Ebauches, Jurispr. 1985, blz. 3933, punten 12 en 13.
- (27) Zie gevoegde zaken C-241/91 P en C-242/91 P, RTE (Magill), Jurispr. 1995, blz. I-743, punt 70, en zaak 107/82, AEG, Jurispr. 1983, blz. 3151, punt 60.
- (28) Zie punt 60 van het in voorgaande voetnoot aangehaalde arrest in de zaak-AEG.
- (29) Zie zaak 5/69, Völk, Jurispr. 1969, blz. 295, punt 7.
- (30) Zie bv. punt 17 van het in voetnoot 19 aangehaalde arrest in de zaak-Javico, en punt 138 van het in voetnoot 22 aangehaalde arrest in de zaak-BPB Industries en British Gypsum.
- (31) Zie punt 138 van het in voetnoot 22 aangehaalde arrest in de zaak-BPB Industries en British Gypsum.
- (32) Zie bijvoorbeeld de punten 9 en 10 van het in voetnoot 17 aangehaalde arrest in de zaak-Miller en punt 58 van het in voetnoot 27 aangehaalde arrest in de zaak-AEG.
- (33) Zie gevoegde zaken 100/80 e. a., Musique Diffusion Française, Jurispr. 1983, blz. 1825, punt 86. In die zaak vertegenwoordigden de betrokken producten iets meer dan 3 % van de betrokken nationale markten. Het Hof oordeelde dat de overeenkomsten, die parallelhandel belemmerden, de handel tussen lidstaten merkbaar ongunstig konden beïnvloeden ingevolge de hoge omzet van de partijen en de relatieve marktpositie van de producten ten opzichte van producten geproduceerd door concurrerende aanbieders.
- (34) Zie in dit verband de punten 179 en 231 van het in voetnoot 16 aangehaalde arrest in de zaak-Volkswagen, en zaak T-213/00, CMA CGM e.a., punten 219 en 220.
- (35) Zie bv. zaak T7/93, Langnese-Iglo, Jurispr. 1995, blz. II-1533, punt 120.
- (36) Zie punten 140 en 141 van het in voetnoot 5 aangehaalde arrest in de zaak-Vereniging van Groothandelaren in Bloemkwekerijproducten.
- (37) Zie de bekendmaking van de Commissie inzake overeenkomsten van geringe betekenis die de mededinging niet merkbaar beperken in de zin van artikel 81, lid 1, van het Verdrag, PB C 368 van 22.12.2001, blz. 13, punt 3.
- (38) PB L 107 van 30.4.1996, blz. 4. Per 1 januari 2005 zal deze aanbeveling worden vervangen door de aanbeveling van de Commissie 2003/361/EG betreffende de definitie van kleine, middelgrote en micro-ondernemingen (PB L 124 van 20.5.2003, blz. 36).
- (39) Het begrip „betrokken ondernemingen” omvat ook de „verbonden ondernemingen” in de zin van punt 12.2 van de bekendmaking van de Commissie inzake overeenkomsten van geringe betekenis die de mededinging niet merkbaar beperken in de zin van artikel 81, lid 1, van het Verdrag tot oprichting van de Europese Gemeenschap (PB C 368 van 22.12.2001, blz. 13).
- (40) Zie de voorgaande voetnoot.
- (41) Bij het afbakenen van de relevante markt, raadplege men de bekendmaking van de Commissie inzake de bepaling van de relevante markt voor het gemeenschappelijke mededingingsrecht (PB C 372 van 9.12.1997, blz. 5).
- (42) Zie ook punt 14.
- (43) Zie punt 8 van het in voetnoot 15 aangehaalde arrest in de zaak-Kerpen & Kerpen. Opgemerkt zij dat het Hof niet verwijst naar marktaandeel, maar naar het aandeel in de Franse export en de betrokken producthoeveelheden.
- (44) Zie bv. het in voetnoot 16 aangehaalde arrest in de zaak-Volkswagen en zaak T-175/95, BASF Coatings, Jurispr. 1999, blz. II-1581. Voor een horizontale overeenkomst om parallelhandel te beletten, zie gevoegde zaken 96/82 e. a., IAZ International, Jurispr. 1982, blz. 3369, punt 27.
- (45) Zie bv. zaak T-142/89, Usines Gustave Boël, Jurispr. 1995, blz. II-867, punt 102.
- (46) Horizontale samenwerkingsovereenkomsten worden behandeld in de richtsnoeren van de Commissie inzake de toepasselijkheid van artikel 81 van het EG-Verdrag op horizontale samenwerkingsovereenkomsten (PB C 3 van 6.1.2001, blz. 2). Deze richtsnoeren handelen over de materiële concurrentietoets van diverse soorten overeenkomsten, doch niet over de kwestie van de beïnvloeding van de handel.
- (47) Zie Verordening (EEG) nr. 139/2004 betreffende de controle op concentraties van ondernemingen (PB L 24 van 29.1.2004, blz. 1).
- (48) Aanwijzingen over het toepassingsbereik van dit begrip zijn te vinden in de mededeling van de Commissie inzake het begrip volwaardige gemeenschappelijke onderneming in de zin van Verordening (EEG) nr. 4064/89 van de Raad betreffende de controle op concentraties van ondernemingen (PB C 66 van 2.3.1998, blz. 1).

- (49) Zie bv. Beschikking 93/49/EEG van de Commissie in de zaak-Ford/Volkswagen (PB L 20 van 28.1.1993, blz. 14).
- (50) Zie in dit verband punt 146 van het in voetnoot 23 aangehaalde arrest in de zaak-Compagnie Générale Maritime.
- (51) Zie in dit verband gevoegde zaken 43 en 63/82, VBVB en VBVB, Jurispr. 1984, blz. 19, punt 9.
- (52) Zie in dit verband zaak T-66/89, Publishers Association, Jurispr. 1992, blz. II-1995.
- (53) Zie in dit verband het in voetnoot 3 aangehaalde arrest in de zaak-Commercial Solvents; punt 125 van het in voetnoot 10 aangehaalde arrest in de zaak-Hoffmann-La Roche; het in voetnoot 28 aangehaalde arrest in de zaak-RTE en ITP; zaak 6/72, Continental Can, Jurispr. 1973, blz. 215, punt 16; zaak 27/76, United Brands, Jurispr. 1978, blz. 207, punten 197 tot 203.
- (54) Zie de punten 32 en 33 van het in voetnoot 3 aangehaalde arrest in de zaak-Commercial Solvents.
- (55) Volgens vaste rechtspraak is een machtspositie een economische machtspositie welke een onderneming in staat stelt de instandhouding van een daadwerkelijke mededinging in de relevante markt te verhinderen, en het haar mogelijk maakt zich, jegens haar concurrenten, haar afnemers en, uiteindelijk, de consumenten in belangrijke mate onafhankelijk te gedragen; zie bv. punt 38 van het in voetnoot 9 aangehaalde arrest in de zaak Hoffmann-La Roche.
- (56) Voor een recent voorbeeld zie punt 95 van het in voetnoot 11 aangehaalde arrest in de zaak-Wouters.
- (57) Zie bv. zaak 246/86, Belasco, Jurispr. 1989, blz. 2117, punten 32 tot 38.
- (58) Zie punt 34 van het in voorgaande voetnoot aangehaalde arrest in de zaak-Belasco en meer recent gevoegde zaken T-202/98 e.a., British Sugar, Jurispr. 2001, II-2035, punt 79. Dit is evenwel niet het geval wanneer het een markt betreft die niet voor import open staat; zie punt 51 van het in voetnoot 11 aangehaalde arrest in de zaak-Bagnasco.
- (59) Garanties voor rekeningcourantkredieten.
- (60) Zie punt 51 van het in voetnoot 11 aangehaalde arrest in de zaak-Bagnasco.
- (61) Zie in dit verband zaak 45/85, Verband der Sachversicherer, Jurispr. 1987, blz. 405, punt 50, en zaak C-7/95 P, John Deere, Jurispr. 1998, blz. I-3111. Zie ook punt 172 van het in voetnoot 22 aangehaalde arrest in de zaak-Van Landewyck waar het Hof benadrukte dat de betrokken overeenkomst merkbaar de stimulans verminderde om geïmporteerde producten te verkopen.
- (62) Zie in dit verband zaak 49 en 50 van het in voetnoot 15 aangehaalde arrest in de zaak-Stichting Sigarettenindustrie.
- (63) Zie in dit verband zaak T-22/97, Kesko, Jurispr. 1999, blz. II-3775, punt 109.
- (64) Zie bv. zaak T-6598, Van den Bergh Foods, Jurispr. 2003, blz. II-[...] en punt 120 van het in voetnoot 35 aangehaalde arrest in de zaak-Langnese-Iglo.
- (65) Zie bv. zaak C-214/99, Neste, Jurispr. 2000, blz. I-11121.
- (66) Zie zaak C-234/89, Delimitis, Jurispr. 1991, blz. I-935.
- (67) Zie punt 120 van het in voetnoot 35 aangehaalde arrest in de zaak-Langnese-Iglo.
- (68) Zie bv. de punten 81 e.v. van de in voetnoot 21 aangehaalde beschikking van de Commissie in de zaak-Volkswagen (II).
- (69) Zie in dit verband de punten 177 tot 181 van het in voetnoot 13 aangehaalde arrest in de zaak-SCK en FNK.
- (70) Over dit begrip, zie punt 38 van het in voetnoot 11 aangehaalde arrest in de zaak-Ambulanz Glöckner; zaak C-179/90, Merci convenzionali porto di Genova, Jurispr. 1991, blz. I-5889, en zaak C-242/95, GT-Link, Jurispr. 1997, blz. I-4449.
- (71) Zie bv. punt 135 van het in voetnoot 23 aangehaalde arrest in de zaak-BPB Industries en British Gypsum.
- (72) Zie zaak 322/81, Nederlandse Banden Industrie Michelin, Jurispr. 1983, blz. 3461.
- (73) Zie zaak 61/80, Coöperatieve Stremsel- en Kleurselfabriek, Jurispr. 1981, blz. 851, punt 15.
- (74) Zie in dit verband punt 169 van het in voetnoot 17 aangehaalde arrest in de zaak-Irish Sugar.
- (75) Zie punt 70 van het in voetnoot 27 aangehaalde arrest in de zaak-RTE (Magill).
- (76) Zie het in voetnoot 17 aangehaalde arrest in de zaak-Irish Sugar.
- (77) Zie bv. de in voetnoot 70 aangehaalde rechtspraak.
- (78) Zie in dit verband zaak 28/77, Tepea, Jurispr., blz. 1391, punt 48, en punt 16 van het in voetnoot 53 aangehaalde arrest in de zaak-Continental Can.
- (79) Zie gevoegde zaken C-89/85 e.a., Houtverwerkende bedrijven en papierfabrikanten, Jurispr. 1988, blz. 5193, punt 16.
- (80) Zie in dit verband zaak T-102/96, Gencor, Jurispr. 1999, blz. II-753, waar het onderzoek naar de effecten wordt toegepast op het gebied van concentraties.
- (81) Zie in dit verband punt 19 van het in voetnoot 19 aangehaalde arrest in de zaak-Javico.
- (82) Zie in dit verband zaak 51/75, EMI/CBS, Jurispr., blz. 811, punten 28 en 29.
- (83) Zie Beschikking 85/618/EEG van de Commissie in de zaak-Siemens/Fanuc (PB L 376 van 31.12.1985, blz. 29).
- (84) Zie in dit verband gevoegde zaken 29 en 30/83, CRAM en Rheinzinc, Jurispr. 1984, blz. 1679, en gevoegde zaken 40/73 e.a., Suiker Unie, Jurispr. 1975, blz. 1663, punten 564 en 580.
- (85) Zie punt 22 van het in voetnoot 19 aangehaalde arrest in de zaak-Javico.
- (86) Zie punt 203 van het in voetnoot 12 aangehaalde arrest in de zaak Compagnie maritime belge.
- (87) Zie in dit verband het in voetnoot 19 aangehaalde arrest in de zaak-Javico.
- (88) Zie in dit verband punten 24 tot 26 van het in voetnoot 19 aangehaalde arrest in de zaak-Javico.

## MEDEDELING VAN DE COMMISSIE

## Richtsnoeren betreffende de toepassing van artikel 81, lid 3, van het Verdrag

(2004/C 101/08)

(Voor de EER relevante tekst)

## 1. INLEIDING

1. Artikel 81, lid 3, van het Verdrag bevat een uitzonderingsregeling die ondernemingen bescherming biedt tegen de vaststelling van een inbreuk op artikel 81, lid 1, van het Verdrag. Overeenkomsten, besluiten van ondernemersverenigingen en onderling afgestemde feitelijke gedragingen <sup>(1)</sup> als bedoeld in artikel 81, lid 1, die aan de voorwaarden van artikel 81, lid 3, voldoen, zijn geldig en afdwingbaar, zonder dat hiertoe een voorafgaande beslissing is vereist.
2. Artikel 81, lid 3, kan worden toegepast op individuele zaken of — via een groepsvrijstellingsverordening — op groepen overeenkomsten en onderling afgestemde feitelijke gedragingen. Verordening (EG) nr. 1/2003 betreffende de uitvoering van de mededingingsregels van de artikelen 81 en 82 van het Verdrag <sup>(2)</sup> laat de geldigheid en het juridisch karakter van de groepsvrijstellingsverordeningen onverlet. Alle bestaande groepsvrijstellingsverordeningen blijven van kracht en overeenkomsten die onder een groepsvrijstellingsverordening vallen, zijn juridisch geldig en afdwingbaar, zelfs wanneer zij de mededinging beperken in de zin van artikel 81, lid 1 <sup>(3)</sup>. Dergelijke overeenkomsten kunnen alleen voor de toekomst worden verboden, en enkel na een formele intrekking van de groepsvrijstelling door de Commissie of door een nationale mededingingsautoriteit <sup>(4)</sup>. Overeenkomsten waarvoor een groepsvrijstelling geldt, kunnen door nationale rechterlijke instanties niet als ongeldig worden beschouwd bij geschillen tussen particulieren.
3. De bestaande richtsnoeren betreffende verticale beperkingen, betreffende horizontale samenwerkingsovereenkomsten en betreffende overeenkomsten inzake technologieoverdracht <sup>(5)</sup> handelen over de toepassing van artikel 81 op diverse soorten overeenkomsten en onderling afgestemde feitelijke gedragingen. Doel van die richtsnoeren is het standpunt van de Commissie uiteen te zetten betreffende de materiële toetsingscriteria die op de verschillende soorten overeenkomsten en gedragingen worden toegepast.
4. De onderhavige richtsnoeren bevatten de Commissie's interpretatie van de voorwaarden voor de uitzondering die in artikel 81, lid 3, is neergelegd. Ze geeft hiermee aanwijzingen over hoe ze artikel 81 in individuele zaken zal toepassen. Zijn deze richtsnoeren weliswaar niet bindend voor de rechterlijke instanties en de autoriteiten in de lidstaten, toch zijn zij ook bedoeld om hun aanwijzingen te geven bij hun toepassing van artikel 81, leden 1 en 3, van het Verdrag.
5. De richtlijnen scheppen een analytisch kader voor de toepassing van artikel 81, lid 3. Het doel is een methodologie voor de toepassing van deze Verdragsbepaling te ontwikkelen. Deze methodologie is gebaseerd op de economische benadering die al in de richtsnoeren inzake verticale beperkingen, horizontale samenwerkingsovereenkomsten en de overeenkomsten inzake technologieoverdracht geïntroduceerd en ontwikkeld werd. De Commissie zal de onderhavige richtlijnen volgen, die meer gedetailleerde aanwijzingen over de toepassing van de vier voorwaarden van artikel 81, lid 3, bevatten dan de richtsnoeren inzake verticale beperkingen, horizontale samenwerkingsovereenkomsten en de overeenkomsten inzake technologieoverdracht, ook met betrekking tot overeenkomsten die in die richtsnoeren worden behandeld.
6. De in deze richtsnoeren beschreven criteria dienen te worden toegepast met inachtneming van de specifieke omstandigheden van elke zaak. Dit sluit een mechanische toepassing uit. Elke zaak dient op basis van de feiten te worden beoordeeld en de richtsnoeren dienen redelijk en soepel te worden toegepast.
7. Met betrekking tot een aantal kwesties schetsen de onderhavige richtsnoeren de huidige staat van de rechtspraak van het Hof van Justitie. De Commissie wil echter tevens haar beleid uiteenzetten aangaande kwesties die niet in de rechtspraak zijn behandeld of die aan interpretatie onderworpen zijn. De positie van de Commissie is echter onverminderd de rechtspraak van het Hof van Justitie en het Gerecht van eerste aanleg betreffende de interpretatie van artikel 81, leden 1 en 3 en de interpretatie die de communautaire rechtscollages in de toekomst aan deze bepalingen kunnen geven.

## 2. HET ALGEMENE KADER VAN ARTIKEL 81 VAN HET EG-VERDRAG

## 2.1. De bepalingen van het Verdrag

8. Op grond van artikel 81, lid 1, zijn alle overeenkomsten tussen ondernemingen, alle besluiten van ondernemersverenigingen en alle onderling afgestemde feitelijke gedragingen welke de handel tussen lidstaten ongunstig kunnen beïnvloeden <sup>(6)</sup> en ertoe strekken of ten gevolge hebben dat de mededinging wordt verhinderd, beperkt of vervalst, verboden <sup>(7)</sup>.
9. Als uitzondering op deze regel is in artikel 81, lid 3, bepaald dat het verbod van artikel 81, lid 1, buiten toepassing kan worden verklaard voor overeenkomsten die bijdragen tot verbetering van de productie of van de verdeling der producten of tot verbetering van de technische of economische vooruitgang, mits een billijk aandeel in de daaruit voortvloeiende voordelen de gebruikers ten goede komt, en zonder nochtans beperkingen op te leggen welke voor het bereiken van deze doelstellingen niet onmisbaar zijn, en aan de betrokken ondernemingen de mogelijkheid te geven, voor een wezenlijk deel van de betrokken producten de mededinging uit te schakelen.

10. Volgens artikel 1, lid 1, van Verordening (EG) nr. 1/2003 zijn overeenkomsten als bedoeld in artikel 81, lid 1, van het Verdrag die niet aan de voorwaarden van artikel 81, lid 3, van het Verdrag voldoen, verboden, zonder dat hiertoe een voorafgaande beslissing is vereist<sup>(8)</sup>. Volgens artikel 1, lid 2, van diezelfde verordening zijn overeenkomsten als bedoeld in artikel 81, lid 1, van het Verdrag die aan de voorwaarden van artikel 81, lid 3, van het Verdrag voldoen, niet verboden, zonder dat hiertoe een voorafgaande beslissing is vereist. Dergelijke overeenkomsten zijn geldig en afdwingbaar zodra is voldaan aan de voorwaarden van artikel 81, lid 3, en zolang dat het geval blijft.
11. De toetsing aan artikel 81 bestaat dus uit twee delen. In de eerste fase wordt onderzocht of een overeenkomst tussen ondernemingen die de handel tussen lidstaten ongunstig kan beïnvloeden, van mededingingsbeperkende strekking is dan wel daadwerkelijk of potentieel<sup>(9)</sup> mededingingsbeperkende gevolgen kan hebben. In de tweede fase, die alleen van belang is wanneer blijkt dat een overeenkomst mededingingsbeperkend is, worden de voor de mededinging positieve voordelen van de overeenkomst bepaald en wordt nagegaan of deze positieve gevolgen tegen de negatieve gevolgen voor de mededinging opwegen. Deze afweging van positieve en negatieve gevolgen voor de mededinging vindt uitsluitend binnen het in artikel 81, lid 3, vastgestelde kader plaats<sup>(10)</sup>.
12. Voor de beoordeling van eventuele compenserende voordelen onder artikel 81, lid 3, dient noodzakelijkerwijs vooraf te worden vastgesteld dat de overeenkomst beperkend is qua karakter en impact. Om artikel 81, lid 3, in zijn juiste context te situeren is het passend kort de doelstelling en belangrijkste inhoud van de verbodsbepaling van artikel 81, lid 1, te schetsen. In de richtsnoeren van de Commissie betreffende verticale beperkingen, betreffende horizontale samenwerkingsovereenkomsten en betreffende overeenkomsten inzake technologieoverdracht<sup>(11)</sup> worden uitgebreide aanwijzingen gegeven wat betreft de toepassing van artikel 81, lid 1, op diverse soorten overeenkomsten. Daarom zijn deze richtsnoeren beperkt tot het herhalen van het fundamentele beoordelingskader voor de toepassing van artikel 81, lid 1.

## 2.2. De verbodsbepaling van artikel 81, lid 1

### 2.2.1. Algemene opmerkingen

13. Doel van artikel 81 is de concurrentie op de markt te vrijwaren als middel om de welvaart van de gebruikers te vergroten en om voor een doelmatige middelenallocatie te zorgen. Concurrentie en marktintegratie zijn een middel voor het bereiken van deze doelstellingen, omdat de totstandbrenging en het behoud van een open interne markt bijdraagt tot een doelmatige middelenallocatie binnen de Gemeenschap — in het belang van de gebruikers.
14. De verbodsbepaling van artikel 81, lid 1, is van toepassing op mededingingsbeperkende overeenkomsten en onderling afgestemde feitelijke gedragingen tussen ondernemingen en besluiten van ondernemersverenigingen voorzover zij de handel tussen lidstaten ongunstig kunnen beïnvloeden. Een algemeen beginsel dat aan artikel 81, lid 1, ten grondslag ligt en in de rechtspraak van de communautaire rechtscolleges is geformuleerd, is dat iedere ondernemer zelfstandig moet bepalen welk beleid hij op de markt zal voeren<sup>(12)</sup>. In het licht hiervan hebben de communautaire rechtscolleges „overeenkomsten”, „besluiten” en „onderling afgestemde feitelijke gedragingen” als begrippen in het Gemeenschapsrecht omschreven die het mogelijk maken te onderscheiden tussen de eenzijdige gedragingen van een onderneming en onderling afgestemde gedragingen van of heimelijke verstandhouding tussen ondernemingen<sup>(13)</sup>. Voor eenzijdige gedragingen is, wat het communautaire mededingingsrecht betreft, enkel artikel 82 van het Verdrag van toepassing. Bovendien is de in artikel 3, lid 2, van Verordening (EG) nr. 1/2003 beschreven convergentieregel niet van toepassing op eenzijdige gedragingen. Deze bepaling geldt alleen voor overeenkomsten, besluiten en onderling afgestemde feitelijke gedragingen die de handel tussen lidstaten ongunstig kunnen beïnvloeden. Overeenkomstig artikel 3, lid 2, kunnen dergelijke overeenkomsten, besluiten en onderling afgestemde feitelijke gedragingen, wanneer zij niet door artikel 81 zijn verboden, niet door nationale mededingingswetgeving worden verboden. Artikel 3 laat het fundamentele beginsel van de voorrang van het Gemeenschapsrecht onverlet, hetgeen met name meebrengt dat overeenkomsten en inbreukmakende praktijken die op grond van de artikelen 81 en 82 zijn verboden, niet door nationale wetgeving kunnen worden toegestaan<sup>(14)</sup>.
15. De onderlinge afstemming of heimelijke verstandhouding tussen ondernemingen die binnen het bereik van artikel 81, lid 1, valt is deze waarbij minstens één onderneming zich tegen één of meer andere ondernemingen ertoe heeft verbonden om op de markt een bepaalde gedragslijn te volgen of dat als gevolg van deze onderlinge contacten de onzekerheid over hun toekomstige marktgedrag wordt uitgesloten of althans wezenlijk wordt verkleind<sup>(15)</sup>. Daaruit volgt dat de onderlinge afstemming de vorm kan aannemen van verplichtingen die het marktgedrag van minstens één van de partijen reguleren, alsmede van regelingen die het marktgedrag van minstens één van de partijen beïnvloedt door een verandering in haar stimuli te veroorzaken. Het is niet vereist dat de onderlinge afstemming in het belang is van alle betrokken ondernemingen<sup>(16)</sup>. De onderlinge afstemming hoeft evenmin uitdrukkelijk te zijn. Zij kan ook stilzwijgend zijn. Een overeenkomst kan slechts worden beschouwd als door stilzwijgende aanvaarding tot stand gekomen wanneer er een — expliciete of impliciete — uitnodiging van een onderneming aan een andere onderneming is om een doel gezamenlijk te verwezenlijken<sup>(17)</sup>. Onder bepaalde omstandigheden kan het bestaan van een overeenkomst worden afgeleid uit en toegerekend aan de bestaande commerciële betrekkingen tussen de partijen<sup>(18)</sup>. Het enkele feit echter dat een onderneming in het kader van haar vaste commerciële relaties een maatregel heeft genomen, is dus niet voldoende om het bestaan van een dergelijke overeenkomst vast te stellen<sup>(19)</sup>.

16. Overeenkomsten tussen ondernemingen vallen onder de verbodsbepaling van artikel 81, lid 1, wanneer te verwachten valt dat zij merkbaar ongunstig zullen uitwerken op de criteria voor concurrentie op de markt, zoals prijs, productie, productkwaliteit, productaanbod en innovatie. Overeenkomsten kunnen dit effect sorteren door de wedijver tussen de partijen bij een overeenkomst of tussen de partijen en derden merkbaar te beperken.
- 2.2.2. *De basisbeginselen voor de toetsing van overeenkomsten aan artikel 81, lid 1*
17. De beoordeling of een overeenkomst mededingingsbeperkend is, moet plaatsvinden binnen het feitelijke kader waarin de mededinging zich, zonder de overeenkomst met haar beweerdde beperkingen, zou afspelen<sup>(20)</sup>. Bij het uitvoeren van deze beoordeling dient te worden nagegaan wat de te verwachten impact van de overeenkomst is op de intermerk-concurrentie (concurrentie tussen aanbieders van concurrerende merken) en op de intramerk-concurrentie (concurrentie tussen distributeurs van hetzelfde merk). Met artikel 81, lid 1, worden beperkingen van zowel intermerk- als intramerk-concurrentie verboden<sup>(21)</sup>.
18. Met het oog op de beoordeling van de vraag of een overeenkomst dan wel afzonderlijke onderdelen daarvan de intermerk- en/of intramerk-concurrentie kan beperken, dient te worden nagegaan hoe en in welke mate de overeenkomst de mededinging op de markt ongunstig beïnvloedt of dreigt te beïnvloeden. De volgende twee vragen bieden een nuttig kader om die beoordeling te maken. De eerste vraag betreft de impact van de overeenkomst op de intermerk-concurrentie, terwijl de tweede vraag betrekking heeft op de impact van de overeenkomst op de intramerk-concurrentie. Aangezien het mogelijk is dat beperkingen terzelfdertijd zowel de intermerk- als de intramerk-concurrentie ongunstig beïnvloeden, kan het noodzakelijk zijn een beperking te onderzoeken aan de hand van beide vragen vooraleer kan worden geconcludeerd of de mededinging al dan niet wordt beperkt in de zin van artikel 81, lid 1:
1. beperkt de overeenkomst daadwerkelijke of potentiële concurrentie die zonder de overeenkomst had bestaan? Zo ja, dan kan de overeenkomst onder de toepassing van artikel 81, lid 1, vallen. Bij het maken van deze beoordeling dient rekening te worden gehouden met concurrentie tussen de partijen en concurrentie van derden. Wanneer bijvoorbeeld twee in diverse lidstaten gevestigde ondernemingen toezeggen geen producten op elkaars thuismarkten te verkopen, wordt (potentiële) mededinging die vóór de overeenkomst bestond, beperkt. Evenzo wordt, wanneer een leverancier aan distributeurs verplichtingen oplegt geen concurrerende producten te verkopen en met deze verplichtingen voor derden de toegang tot de markt afschermt, daadwerkelijke of potentiële mededinging die zonder de overeenkomst had bestaan, beperkt. Bij het maken van de beoordeling of de partijen bij een overeenkomst daadwerkelijke of potentiële concurrenten zijn, moet de economische en juridische context in aanmerking worden genomen. Wanneer het bijvoorbeeld, gezien de financiële risico's en de technische vaardigheden van de partijen, op basis van objectieve factoren onwaarschijnlijk is dat elke partij in staat zou zijn zelf de door de overeenkomst bestreken activiteiten uit te voeren, worden de partijen ten aanzien van die activiteit niet als concurrenten beschouwd<sup>(22)</sup>. Het staat aan de partijen om daarvan de bewijzen te leveren;
  2. beperkt de overeenkomst daadwerkelijke of potentiële concurrentie zoals die had bestaan zonder de contractuele beperking(en)? Zo ja, dan kan de overeenkomst onder de toepassing van artikel 81, lid 1, vallen. Wanneer bijvoorbeeld een leverancier zijn distributeurs beperkingen oplegt om met elkaar te concurreren, wordt de (potentiële) mededinging die zonder die beperkingen tussen de distributeurs had kunnen bestaan, beperkt. Dergelijke beperkingen omvatten verticale prijsbindingen en territoriale of klantgebonden verkoopbeperkingen tussen distributeuren. Bepaalde beperkingen kunnen in sommige gevallen echter niet onder de toepassing van artikel 81, lid 1, vallen indien de beperking objectief noodzakelijk is voor het bestaan van een overeenkomst van die soort of die aard<sup>(23)</sup>. Dergelijke uitsluiting van de toepassing van artikel 81, lid 1, kan alleen plaatsvinden op basis van objectieve factoren die extern zijn aan de partijen zelf, en niet op basis van subjectieve standpunten en kenmerken van de partijen. De vraag is niet of de partijen in hun specifieke situatie er niet mee hadden ingestemd een minder beperkende overeenkomst te sluiten, doch wel of, gezien de aard van de overeenkomst en de kenmerken van de markt, niet een minder beperkende overeenkomst had kunnen worden gesloten door ondernemingen in een gelijkaardige context. Zo kunnen bijvoorbeeld territoriale beperkingen in een overeenkomst tussen een leverancier en een distributeur voor een bepaalde periode buiten de toepassing van artikel 81, lid 1, vallen wanneer de beperkingen objectief noodzakelijk zijn, wil de distributeur een nieuwe markt kunnen penetreren<sup>(24)</sup>. Evenzo, kan een verbod dat alle distributeurs wordt opgelegd om niet aan bepaalde categorieën eindgebruikers te verkopen, de mededinging toch niet beperken indien dergelijke beperking objectief noodzakelijk is uit veiligheids- of gezondheidsoverwegingen die met het gevaarlijke karakter van het betrokken product verband houden. Beweringen dat zonder een beperking de leveranciers hun toevlucht tot verticale integratie hadden genomen, zijn ontoereikend. Besluiten om al dan niet verticaal te integreren, zijn afhankelijk van een groot aantal complexe economische factoren, waarvan er een aantal intern zijn aan de betrokken onderneming.
19. Bij het toepassen van het beoordelingskader zoals dat in het voorgaande punt werd beschreven, dient rekening te worden gehouden met het feit dat in artikel 81, lid 1, wordt onderscheiden tussen die overeenkomsten welke tot beperking van de mededinging strekken, en die overeenkomsten welke een beperking van de mededinging ten gevolge hebben. Een overeenkomst of contractuele beperking is op grond van artikel 81, lid 1, alleen verboden wanneer zij ertoe strekt of ten gevolge heeft de intermerk- en/of de intramerk-concurrentie te beperken.

20. Dit onderscheid tussen mededingingsbeperkende strekking en mededingingsbeperkende effecten is belangrijk. Zodra is gebleken dat een overeenkomst tot beperking van de mededinging strekt, hoeven de concrete gevolgen ervan niet in aanmerking worden genomen<sup>(25)</sup>. Met andere woorden, voor de toepassing van artikel 81, lid 1, hoeven geen daadwerkelijke mededingingsbeperkende effecten te worden aangetoond wanneer de overeenkomst tot beperking van de mededinging strekt. Daarentegen wordt in artikel 81, lid 3, niet onderscheiden tussen overeenkomsten die tot beperking van de mededinging strekken, en overeenkomsten die mededingingsbeperking ten gevolge hebben. Artikel 81, lid 3, geldt voor alle overeenkomsten die aan de vier daarin vermelde voorwaarden voldoen<sup>(26)</sup>.
21. Van mededingingsbeperkende strekking is sprake bij die beperkingen welke juist naar hun aard de mededinging kunnen beperken. Dit zijn beperkingen die, in het licht van de met de communautaire mededingingsregels nagestreefde doelstellingen, een zodanig groot potentieel hebben om negatief uit te werken op de mededinging dat het niet noodzakelijk is, met het oog op de toepassing van artikel 81, lid 1, eventuele daadwerkelijke gevolgen voor de markt aan te tonen. Deze aanname is gebaseerd op de ernst van de beperking en op ervaring waaruit blijkt dat van restricties die tot beperking van de mededinging strekken, te verwachten valt dat zij negatief zullen uitwerken op de markt en de met de communautaire mededingingsregels nagestreefde doelstellingen zullen dwarsbomen. Restricties met mededingingsbeperkende strekking — zoals prijsafspraken en marktverdeling — beperken de productie en zorgen voor prijsstijgingen, hetgeen resulteert in een misallocatie van middelen, omdat door afnemers gevraagde goederen en diensten niet worden geproduceerd. Zij resulteren ook in een verminderde welvaart van de gebruikers, omdat gebruikers voor de betrokken goederen en diensten hogere prijzen moeten betalen.
22. De beoordeling of een overeenkomst al dan niet tot beperking van de mededinging strekt, is op een aantal factoren gebaseerd. Deze factoren omvatten met name de inhoud van de overeenkomst en de daarmee nagestreefde objectieve doeleinden. Ook kan een onderzoek nodig zijn van de context waarin zij toepassing (moeten) vinden, en van de wijze waarop de partijen zich daadwerkelijk op de markt gedragen en er optreden<sup>(27)</sup>. Met andere woorden een onderzoek van de feiten die aan de overeenkomst ten grondslag liggen, en van de specifieke omstandigheden waarbinnen zij functioneert, kunnen noodzakelijk zijn vooraleer kan worden geconcludeerd of een bepaalde beperking al dan niet een mededingingsbeperkende strekking heeft. Uit de wijze waarop een overeenkomst daadwerkelijk ten uitvoer wordt gelegd, kan blijken of er sprake is van een restrictie met mededingingsbeperkende strekking, zelfs al bevat de formele overeenkomst geen uitdrukkelijke bepaling in die zin. Bewijzen voor de subjectieve wil van de partijen de mededinging te beperken, zijn een relevante factor, doch geen noodzakelijke voorwaarde.
23. Niet-exhaustieve aanwijzingen over wat mededingingsbeperkende strekking inhoudt, zijn te vinden in de groepsvrijstellingsverordeningen, richtsnoeren, bekendmakingen en mededelingen van de Commissie. Beperkingen die in groepsvrijstellingsverordeningen op de zwarte lijst zijn gezet of die in richtsnoeren, bekendmakingen en mededelingen als hardcore beperkingen zijn aangemerkt, worden in de regel door de Commissie beschouwd als restricties die tot mededingingsbeperking strekken. In het geval van horizontale overeenkomsten is er sprake van tot mededingingsbeperking strekkende restricties bij onder meer prijsafspraken, productiebeperkingen en verdeling van markten en afnemers<sup>(28)</sup>. Wat verticale overeenkomsten betreft, omvat de categorie van de tot mededingingsbeperking strekkende restricties met name vaste en minimale verticale prijsbinding en restricties die voorzien in absolute gebiedsbescherming, met inbegrip van beperkingen op passieve verkopen<sup>(29)</sup>.
24. Wanneer een overeenkomst niet mededingingsbeperkend van strekking is, dient te worden onderzocht of zij mededingingsbeperkende effecten heeft. Daarbij dient rekening te worden gehouden met zowel daadwerkelijke als potentiële gevolgen<sup>(30)</sup>. De overeenkomst moet met andere woorden waarschijnlijke mededingingsbeperkende effecten hebben. In het geval van restricties die mededingingsbeperking ten gevolge hebben, is er geen vermoeden van mededingingsbeperkende gevolgen. Om beperking van de mededinging ten gevolge te hebben, moet een overeenkomst daadwerkelijk of potentieel in zoverre de mededinging ongunstig beïnvloeden dat zij met een voldoende mate van waarschijnlijkheid op de relevante markt negatieve gevolgen doet verwachten op het punt van prijzen, productie, innovatie of het aanbod of kwaliteit van de goederen en diensten<sup>(31)</sup>. Dergelijke ongunstige effecten dienen merkbaar te zijn. De verbodsbepaling van artikel 81, lid 1, geldt niet wanneer de vastgestelde mededingingsbeperkende gevolgen te verwaarlozen zijn<sup>(32)</sup>. Dit criterium is een weerspiegeling van de economische benadering die de Commissie volgt. Het verbod van artikel 81, lid 1, geldt enkel wanneer, op basis van een gedegen marktonderzoek, kan worden geconcludeerd dat van de overeenkomst mededingingsbeperkende gevolgen op de markt te verwachten zijn<sup>(33)</sup>. Om tot die bevinding te komen, is het niet voldoende dat de marktaandelen de in de de-minimisbepaling van de Commissie<sup>(34)</sup> beschreven drempels overschrijden. Overeenkomsten die onder de „vrijplaatsen” van de groepsvrijstellingsverordeningen vallen, kunnen doch hoeven niet noodzakelijk onder de toepassing van artikel 81, lid 1, te vallen. Bovendien is het feit dat op basis van de marktaandelen van de partijen een overeenkomst buiten de „vrijplaatsen” van een groepsvrijstellingsverordening valt, op zich een ontoereikende basis om te besluiten dat de overeenkomst onder de toepassing van artikel 81, lid 1, valt of dat zij niet aan de voorwaarden van artikel 81, lid 3, voldoet. Een individuele beoordeling van de van de overeenkomst te verwachten effecten is noodzakelijk.
25. Negatieve gevolgen voor de mededinging binnen de relevante markt vallen te verwachten wanneer de partijen — afzonderlijk of gezamenlijk — al een zekere marktmacht hebben of verwerven en de overeenkomst bijdraagt tot de totstandbrenging, het behoud of de versterking van die marktmacht, dan wel de partijen in staat stelt dergelijke

marktmacht te gebruiken. Marktmacht is het vermogen om voor een beduidende periode prijzen boven het concurrerende niveau te handhaven dan wel de productie, wat betreft producthoeveelheden, productkwaliteit en productaanbod of innovatie, voor een beduidende periode onder het concurrerende niveau te handhaven. In markten met hoge vaste kosten moeten ondernemingen hun prijzen ver boven hun marginale productiekosten vaststellen om een concurrerend rendement op hun investering te garanderen. Het feit dat ondernemingen hun prijzen boven hun marginale kosten vaststellen, is op zich nog geen teken dat de mededinging op de markt niet behoorlijk functioneert en dat ondernemingen marktmacht bezitten die hen in staat stelt hun prijzen boven het concurrerende peil vast te stellen. Pas wanneer de druk van concurrenten om prijzen en productie op een concurrerend niveau te houden ontoereikend is, bezitten ondernemingen marktmacht in de zin van artikel 81, lid 1.

26. De totstandbrenging, het behoud of de versterking van marktmacht kan resulteren uit een beperking van de concurrentie tussen de partijen bij de overeenkomst. Zij kan ook resulteren uit een beperking van de concurrentie tussen een van de partijen en derden, omdat bijvoorbeeld de overeenkomst leidt tot het afschermen van de markt tegen concurrenten of de kosten voor concurrenten doet stijgen, hetgeen hun vermogen beperkt om daadwerkelijk met de partijen bij de overeenkomst te concurreren. Marktmacht is ook een kwestie van gradatie. De omvang van de marktmacht die normaalgesproken is vereist om in het geval van overeenkomsten met mededingingsbeperkende effecten te besluiten tot een inbreuk op artikel 81, lid 1, is geringer dan de omvang van de marktmacht welke is vereist om te besluiten tot een machtspositie in de zin van artikel 82.
27. Om de beperkende gevolgen van een overeenkomst te beoordelen, is het in de regel nodig de relevante markten af te bakenen<sup>(35)</sup>. Doorgaans dient ook een onderzoek en beoordeling plaats te vinden van onder meer de aard van de producten, de marktpositie van de partijen, de marktpositie van concurrenten, de marktpositie van afnemers, het bestaan van potentiële concurrenten en de omvang van toetredingsdrempels. In sommige gevallen kan het evenwel mogelijk zijn rechtstreeks mededingingsbeperkende effecten aan te tonen door de marktgedragingen van de partijen bij de overeenkomst te analyseren. Het kan bijvoorbeeld mogelijk zijn aan te tonen dat een overeenkomst heeft geleid tot prijsstijgingen. De richtsnoeren inzake horizontale samenwerkingsovereenkomsten en de richtsnoeren inzake verticale restricties bieden een gedetailleerd kader om de impact van diverse soorten horizontale en verticale overeenkomsten te toetsen aan artikel 81, lid 1<sup>(36)</sup>.

### 2.2.3. Nevenrestricties

28. In punt 1 wordt een kader geboden voor het onderzoek van de impact van een overeenkomst en haar individuele beperkingen op intermerk- en intramerck-concurrentie. Is op grond van die beginselen de conclusie dat de hoofdtransactie waarop de overeenkomst ziet, de mededinging niet beperkt, dan wordt het van belang te onderzoeken of individuele in de overeenkomst vervatte beperkingen ook

met artikel 81, lid 1, verenigbaar zijn omdat zij ondergeschikt zijn aan de niet-beperkende hoofdtransactie.

29. In het communautaire mededingingsrecht omvat het begrip „nevenrestricties” elke beweerde mededingingsbeperking die rechtstreeks verband houdt met en nodig is voor de verwezenlijking van een niet-beperkende hoofdtransactie en daaraan evenredig is<sup>(37)</sup>. Heeft een overeenkomst (bijvoorbeeld een distributieovereenkomst of een gemeenschappelijke onderneming) in haar belangrijkste onderdelen geen mededingingsbeperkende strekking of niet de beperking van de mededinging ten gevolge, dan vallen restricties die rechtstreeks verband houden met en nodig zijn voor de tenuitvoerlegging van die transactie, eveneens buiten de toepassing van artikel 81, lid 1<sup>(38)</sup>. Deze verwante restricties worden nevenrestricties genoemd. Van een met de hoofdtransactie rechtstreeks verband houdende restrictie is sprake bij elke restrictie die van ondergeschikt belang is bij de verwezenlijking van die transactie en die daarmee onlosmakelijk verbonden is. Het onderzoek naar de noodzaak impliceert dat de restrictie objectief noodzakelijk moet zijn voor de verwezenlijking van de hoofdtransactie, en daaraan evenredig is. Daaruit volgt dat het onderzoek naar de nevenrestricties vergelijkbaar is met het in punt 1, onder 2), beschreven onderzoek. Het onderzoek naar de nevenrestricties geldt echter voor alle gevallen waarin de hoofdtransactie de mededinging niet beperkt<sup>(39)</sup>. Dit onderzoek is niet beperkt tot het bepalen van de impact van de overeenkomst op intramerck-concurrentie.
30. De toepassing van het concept „nevenrestricties” moet worden onderscheiden van de toepassing van de bescherming op grond van artikel 81, lid 3, welke verband houdt met bepaalde economische voordelen die beperkende overeenkomsten opleveren en die tegen de beperkende effecten van de overeenkomsten worden afgewogen. De toepassing van het concept „nevenrestricties” houdt geen afweging in van de mededingingsbevorderende tegen de mededingingsbeperkende effecten. Dergelijke afweging is voorbehouden voor de toetsing aan artikel 81, lid 3<sup>(40)</sup>.
31. De beoordeling van nevenrestricties is beperkt tot het bepalen of, binnen de specifieke context van de niet-beperkende hoofdtransactie of -activiteit, een bepaalde restrictie noodzakelijk is voor de tenuitvoerlegging van die transactie of activiteit, en daaraan evenredig is. Indien op grond van objectieve factoren kan worden geconcludeerd dat zonder de restrictie de niet-beperkende hoofdtransactie moeilijk of onmogelijk ten uitvoer te leggen was, kan de restrictie worden beschouwd als objectief noodzakelijk voor de tenuitvoerlegging ervan, en als evenredig daaraan<sup>(41)</sup>. Wanneer bijvoorbeeld het belangrijkste doel van een franchiseovereenkomst de mededinging niet beperkt, dan vallen ook de beperkingen die noodzakelijk zijn voor de goede werking van de overeenkomst — zoals verplichtingen welke zijn bedoeld om de uniformiteit en de reputatie van het franchisesysteem te beschermen — buiten de toepassing van artikel 81, lid 1<sup>(42)</sup>. Evenzo kunnen, wanneer een gemeenschappelijke onderneming op zich niet mededingingsbeperkend is, de beperkingen die voor het functioneren van de overeenkomst noodzakelijk zijn, als ondergeschikt aan de hoofd-

transactie worden beschouwd – en dus niet onder de toepassing van artikel 81, lid 1, vallen. Zo is de Commissie bijvoorbeeld in de zaak TPS<sup>(43)</sup> tot de bevinding gekomen dat een verplichting voor de partijen om niet betrokken te zijn in ondernemingen die in de distributie en marketing van televisieprogramma's via satelliet actief waren, gedurende de aanloopfase als nevenrestrictie voor de oprichting van de gemeenschappelijke onderneming gold. De beperking werd daarom beschouwd als buiten de toepassing van artikel 81, lid 1, vallend voor een periode van drie jaar. Om tot die conclusie te komen hield de Commissie rekening met de zware investeringen en commerciële risico's die verbonden waren aan het betreden van de markt voor betaaltelevisie.

### 2.3. De uitzonderingsregeling van artikel 81, lid 3

32. De toetsing aan artikel 81, lid 1, van restricties die tot mededingingsbeperking strekken of mededingingsbeperkende gevolgen hebben, is slechts één zijde van het onderzoek. De andere zijde, die in artikel 81, lid 3, is weergegeven, is het onderzoek naar de positieve economische gevolgen van beperkende overeenkomsten.
33. Doel van de communautaire mededingingsregels is de mededinging op de markt te vrijwaren als middel om de welvaart van de gebruikers te vergroten en om voor een doelmatige middelenallocatie te zorgen. Overeenkomsten die de mededinging beperken, kunnen terzelfder tijd via efficiëntiewinsten mededingingsbevorderende effecten opleveren<sup>(44)</sup>. Efficiëntieverbeteringen kunnen toegevoegde waarde creëren door het verlagen van de kostprijs voor de productie van een bepaald product, het verbeteren van de kwaliteit van het product of het creëren van een nieuw product. Wanneer de positieve mededingingseffecten van een overeenkomst opwegen tegen de negatieve, is de overeenkomst, alles samengenomen, mededingingsbevorderend en verenigbaar met de doelstellingen van de communautaire mededingingsregels. Het netto-effect van dergelijke overeenkomsten is te bevorderen wat juist het wezen is van de concurrentiewerking, met name klanten winnen door het aanbieden van betere producten of betere prijzen dan die welke door concurrenten worden aangeboden. Dit beoordelingskader is terug te vinden in artikel 81, lid 1, en artikel 81, lid 3. In deze laatste bepaling wordt uitdrukkelijk erkend dat beperkende overeenkomsten objectieve economische voordelen kunnen opleveren die opwegen tegen de negatieve effecten van de mededingingsbeperking<sup>(45)</sup>.
34. Voor de toepassing van de uitzonderingsregeling van artikel 81, lid 3, gelden vier cumulatieve voorwaarden, twee positieve en twee negatieve:
- de overeenkomst moet bijdragen tot verbetering van de productie of van de verdeling der producten of tot verbetering van de technische of economische vooruitgang;
  - een billijk aandeel in de daaruit voortvloeiende voordelen moet de gebruikers ten goede komen;
  - de beperkingen moeten onmisbaar zijn voor het bereiken van deze doelstellingen, en
  - de verticale overeenkomst mag de partijen niet de mogelijkheid geven, voor een wezenlijk deel van de betrokken producten de mededinging uit te schakelen.
- Is aan deze vier voorwaarden voldaan, dan versterkt de overeenkomst de concurrentie op de relevante markt, omdat zij de betrokken ondernemingen ertoe brengt de gebruikers goedkopere of betere producten aan te bieden, hetgeen de gebruikers compenseert voor de ongunstige effecten van de mededingingsbeperkingen.
35. Artikel 81, lid 3, kan worden toegepast op individuele overeenkomsten of — via een groepsvrijstellingsverordening — op groepen overeenkomsten. Wanneer een overeenkomst onder een groepsvrijstelling valt, zijn de partijen bij een beperkende overeenkomst ontslagen van hun verplichting uit hoofde van artikel 2 van Verordening (EG) nr. 1/2003 om aan te tonen dat hun individuele overeenkomst voldoet aan elk van de voorwaarden van artikel 81, lid 3. Zij moeten enkel aantonen dat voor de beperkende overeenkomst een groepsvrijstelling geldt. De toepassing van artikel 81, lid 3, op groepen overeenkomsten in de vorm van groepsvrijstellingsverordeningen is gebaseerd op de aanname dat beperkende overeenkomsten die onder het toepassingsbereik ervan vallen<sup>(46)</sup>, voldoen aan elk van de vier voorwaarden van artikel 81, lid 3.
36. Indien in een individueel geval de overeenkomst onder de toepassing van artikel 81, lid 1, valt en niet is voldaan aan de voorwaarden van artikel 81, lid 3, kan de groepsvrijstelling worden ingetrokken. Overeenkomstig artikel 29, lid 1, van Verordening (EG) nr. 1/2003 is de Commissie gemachtigd groepsvrijstellingen in te trekken wanneer zij van oordeel is dat in bepaalde zaken een overeenkomst waarop de groepsvrijstelling van toepassing is, bepaalde met artikel 81, lid 3, van het Verdrag onverenigbare effecten heeft. Overeenkomstig artikel 29, lid 2, van Verordening (EG) nr. 1/2003 kan ook een mededingingsautoriteit in een lidstaat het voordeel van een groepsvrijstellingsverordening van de Commissie intrekken op het betrokken grondgebied (of een gedeelte van het grondgebied van een lidstaat) in zoverre dat grondgebied alle kenmerken van een afzonderlijke geografische markt vertoont. In het geval van intrekking van een groepsvrijstelling, staat het aan de betrokken mededingingsautoriteiten om aan te tonen dat de overeenkomst inbreuk maakt op artikel 81, lid 1, en niet voldoet aan de voorwaarden van artikel 81, lid 3.



37. De rechterlijke instanties van de lidstaten zijn niet bevoegd groepsvrijstellingen in te trekken. Bovendien mogen de rechterlijke instanties in de lidstaten bij hun toepassing van de groepsvrijstellingsverordeningen de draagwijdte van de vrijstellingsverordeningen niet wijzigen door de werkingssfeer ervan uit te breiden tot overeenkomsten die niet onder de betrokken groepsvrijstellingsverordening vallen<sup>(47)</sup>. Buiten het toepassingsgebied van groepsvrijstellingsverordeningen zijn de nationale rechterlijke instanties bevoegd artikel 81 in zijn geheel toe te passen (cf. artikel 6 van Verordening (EG) nr. 1/2003).

### 3. DE TOEPASSING VAN DE VIER VOORWAARDEN VAN ARTIKEL 81, LID 3

38. In het resterende deel van deze richtsnoeren zal elk van de vier voorwaarden van artikel 81, lid 3, nader worden onderzocht<sup>(48)</sup>. Aangezien deze vier voorwaarden cumulatief zijn<sup>(49)</sup>, hoeven, zodra is gebleken dat aan één van de voorwaarden van artikel 81, lid 3, niet is voldaan, de resterende voorwaarden niet te worden onderzocht. In individuele zaken kan het daarom passend zijn om de vier voorwaarden in een andere volgorde te onderzoeken.

39. In het kader van deze richtsnoeren lijkt het passend om de volgorde van de tweede en derde voorwaarde om te draaien, en zodoende de vraag naar de onmisbaarheid te behandelen vóór de vraag van het doorgeven van de voordelen aan de gebruikers. De analyse van de voordelen die aan gebruikers worden doorgegeven, vereist een afweging van de negatieve en positieve effecten van een overeenkomst voor de gebruikers. Deze analyse mag niet de effecten insluiten van eventuele beperkingen die al niet voldoen aan het criterium „onmisbaarheid” en om die reden op grond van artikel 81 zijn verboden.

#### 3.1. Algemene beginselen

40. Artikel 81, lid 3, van het Verdrag wordt alleen relevant wanneer een overeenkomst tussen ondernemingen de mededinging beperkt in de zin van artikel 81, lid 1. In het geval van niet-beperkende overeenkomsten hoeft dus niet te worden onderzocht welke voordelen de overeenkomst eventueel oplevert.

41. Wanneer in een individuele zaak beperking van de mededinging in de zin van artikel 81, lid 1, is bewezen, kan artikel 81, lid 3, als bescherming worden ingeroepen. Volgens artikel 2 van Verordening (EG) nr. 1/2003 wordt de bewijslast op grond van artikel 81, lid 3, gedragen door de onderneming(en) die zich op deze uitzonderingsregeling beroept (beroepen). Wanneer niet aan de voorwaarden van artikel 81, lid 3, is voldaan, is de overeenkomst van rechtswege nietig (cf. artikel 81, lid 2). Deze nietigheid van rechtswege betreft evenwel slechts de met artikel 81 onverenigbare bestanddelen van de overeenkomst, indien genoemde bestanddelen van de overeenkomst zelf kunnen worden losgemaakt<sup>(50)</sup>. Is slechts een onderdeel van de overeenkomst nietig, dan dienen de gevolgen van deze nietigheid voor alle andere onderdelen van de overeenkomst naar nationaal recht te worden beoordeeld<sup>(51)</sup>.

42. Volgens vaste rechtspraak zijn de vier voorwaarden van artikel 81, lid 3, cumulatief<sup>(52)</sup>, zij moeten dus alle worden vervuld wil de uitzonderingsregeling kunnen worden toegepast. Is dat niet het geval, dan dient de toepassing van de uitzonderingsregeling van artikel 81, lid 3, te worden geweigerd<sup>(53)</sup>. De vier voorwaarden van artikel 81, lid 3, zijn ook exhaustief. Wanneer daaraan is voldaan, is de uitzonderingsbepaling van toepassing en kan zij niet afhankelijk worden gesteld van enige andere voorwaarde. Doelstellingen die worden nagestreefd met andere Verdragsbepalingen kunnen in aanmerking worden genomen in zoverre zij onder de vier voorwaarden van artikel 81, lid 3, kunnen worden begrepen<sup>(54)</sup>.

43. De toetsing van de uit beperkende overeenkomsten voortvloeiende beperkingen aan artikel 81, lid 3, vindt in beginsel plaats binnen de grenzen van elk van de relevante markten waarop de overeenkomst betrekking heeft. De communautaire mededingingsregels hebben de bescherming van de mededinging op de markt tot doel en mogen van deze doelstelling niet los worden gezien. Bovendien impliceert de voorwaarde dat gebruikers<sup>(55)</sup> een billijk aandeel in de voordelen moeten ontvangen, over het algemeen dat de efficiëntieverbeteringen die voortvloeien uit de beperkende overeenkomsten binnen een relevante markt, voldoende moeten opwegen tegen de mededingingsbeperkende effecten welke uit diezelfde overeenkomst binnen diezelfde relevante markt voortvloeien<sup>(56)</sup>. Negatieve effecten voor de gebruikers op een geografische of productmarkt kunnen doorgaans niet opwegen tegen en worden gecompenseerd door positieve effecten voor gebruikers in een andere, niet-verbante geografische of productmarkt. Wanneer evenwel twee markten verwant zijn, kunnen de op afzonderlijke markten behaalde efficiëntieverbeteringen in aanmerking worden genomen, mits de gebruikers die door de beperking worden getroffen en de gebruikers die van de efficiëntiewinsten profiteren, grotendeels dezelfde groep zijn<sup>(57)</sup>. In sommige gevallen worden immers enkel gebruikers op een downstreammarkt getroffen; in dat geval moet de impact van de overeenkomst op die gebruikers worden onderzocht. Dit is bijvoorbeeld het geval bij inkoopovereenkomsten<sup>(58)</sup>.

44. De toetsing van beperkende overeenkomsten aan artikel 81, lid 3, vindt plaats in samenhang met de omstandigheden waarin zij zich afspelen<sup>(59)</sup>, en op basis van de op een bepaald tijdstip bestaande feiten. Deze toets is gevoelig voor substantiële veranderingen in de feiten. De uitzonderingsregeling van artikel 81, lid 3, is zolang van toepassing als voldaan is aan de vier voorwaarden, en houdt op van toepassing te zijn wanneer dat niet langer het geval is<sup>(60)</sup>. Bij de toepassing van artikel 81, lid 3, overeenkomstig deze beginselen is het noodzakelijk rekening te houden met de initiële verzonken investeringen die de partijen hebben gemaakt, de tijd nodig en de beperkingen vereist om een efficiëntieversterkende investering vast te leggen en terug te verdienen. Artikel 81 kan niet worden toegepast zonder afdoende rekening te houden met een dergelijke voorafgaande investering. Het risico dat de partijen nemen en de verzonken investering die moet worden vastgelegd om de overeenkomst ten uitvoer te leggen, kunnen bijgevolg erin resulteren dat

de overeenkomst, naar gelang het geval, buiten de toepassing van artikel 81, lid 1, valt of aan de voorwaarden van artikel 81, lid 3, voldoet gedurende de tijd die nodig is om de investering terug te verdienen.

45. In sommige gevallen kan de beperkende overeenkomst een onomkeerbaar feit zijn. Zodra de beperkende overeenkomst ten uitvoer is gelegd, kan de vroegere situatie niet meer worden hersteld. In dergelijke gevallen dient de beoordeling uitsluitend plaats te vinden op basis van de feiten die betrekking hebben op het tijdstip van de tenuitvoerlegging. Zo kan het bijvoorbeeld in het geval van een onderzoek- en ontwikkelingsovereenkomst waarbij elke partij ermee instemt haar respectieve onderzoeksproject op te geven en haar capaciteiten te poolen met die van een andere partij, uit objectief oogpunt technisch en economisch onmogelijk zijn het project nieuw leven in te blazen zodra het project is opgegeven. De beoordeling van de positieve en negatieve mededingingseffecten van de overeenkomst om de individuele onderzoeksprojecten op te geven, moet daarom worden uitgevoerd zodra de tenuitvoerlegging ervan is voltooid. Wanneer op dat moment de overeenkomst verenigbaar is met artikel 81 — bijvoorbeeld omdat een voldoende aantal derden concurrerende onderzoek- en ontwikkelingsprojecten hebben — blijft de overeenkomst van de partijen om hun individuele projecten op te geven, met artikel 81 verenigbaar, zelfs wanneer nadien de projecten van derden mislukken. Het verbod van artikel 81 kan echter gelden voor andere onderdelen van de overeenkomst ten aanzien waarvan het probleem van de onomkeerbaarheid zich niet voordoet. Wanneer bijvoorbeeld de overeenkomst naast gezamenlijk onderzoek en ontwikkeling ook voorziet in gezamenlijke exploitatie, kan artikel 81 gelden voor dit deel van de overeenkomst wanneer, als gevolg van latere marktontwikkelingen, de overeenkomst mededingingsbeperkend wordt en niet (langer) voldoet aan de voorwaarden van artikel 81, lid 3, om terdege rekening te houden met voorafgaande verzonken kosten (cf. vorig punt).
46. Artikel 81, lid 3, sluit niet a priori bepaalde soorten overeenkomsten van zijn toepassingsbereik uit. In beginsel vallen alle beperkende overeenkomsten die voldoen aan de vier voorwaarden van artikel 81, lid 3, onder de uitzonderingsregeling<sup>(61)</sup>. Toch is het zo dat ernstige beperkingen van de mededinging wellicht niet voldoen aan de voorwaarden van artikel 81, lid 3. Dergelijke beperkingen worden in groepsvrijstellingsverordeningen meestal op een zwarte lijst gezet of zijn in de richtsnoeren, bekendmakingen en mededelingen van de Commissie als hardcore beperkingen aangemerkt. Overeenkomsten van dit soort voldoen (ten minste) niet aan de eerste twee voorwaarden van artikel 81, lid 3. Evenmin leveren zij objectieve economische voordelen op<sup>(62)</sup> of komen zij de gebruikers ten goede<sup>(63)</sup>. Zo beperkt een horizontale overeenkomst voor prijsafspraken de productie, hetgeen resulteert in een misallocatie van middelen. Ook wordt zo waarde overgedragen van gebruikers naar producenten, omdat dat resulteert in hogere prijzen zonder dat enige compenserende waarde voor gebruikers binnen de relevante markt wordt gecreëerd. Bovendien voldoen dit soort overeenkomsten meestal ook niet aan het criterium „onmisbaarheid” van de derde voorwaarde<sup>(64)</sup>.

47. Iedere bewering dat beperkende overeenkomsten zijn gerechtvaardigd omdat daarmee wordt beoogd billijke mededingingsvoorwaarden op de markt te garanderen, is op zich ongegrond en dient te worden afgewezen<sup>(65)</sup>. Doel van artikel 81 is een daadwerkelijke mededinging te vrijwaren door ervoor te zorgen dat de markt open en concurrerend blijft. De bescherming van billijke mededingingsvoorwaarden is een opdracht voor de wetgever in overeenstemming met verplichtingen van het Gemeenschapsrecht<sup>(66)</sup> en het staat niet aan ondernemingen om zelfregulerend op te treden.

### 3.2. Eerste voorwaarde van artikel 81, lid 3: efficiëntiewinsten

#### 3.2.1. Algemene opmerkingen

48. Volgens de eerste voorwaarde van artikel 81, lid 3, dient de beperkende overeenkomst bij te dragen tot de verbetering van de productie of van de verdeling der producten of tot verbetering van de technische of economische vooruitgang. Deze bepaling heeft het enkel uitdrukkelijk over goederen, maar zij geldt naar analogie ook voor diensten.
49. Uit de rechtspraak van het Hof van Justitie volgt dat enkel objectieve voordelen in aanmerking kunnen worden genomen<sup>(67)</sup>. Dit betekent dat efficiëntieverbeteringen niet worden beoordeeld uit het subjectieve standpunt van de partijen<sup>(68)</sup>. Kostenbesparingen die voortvloeien uit het feit dat de partijen enkel hun marktmacht uitoefenen, kunnen niet in aanmerking worden genomen. Wanneer bijvoorbeeld ondernemingen overeenkomen om prijzen vast te stellen of markten te verdelen, beperken zij de productie en zodoende ook de productiekosten. Verminderde concurrentie kan ook resulteren in lagere verkoop- en marketingkosten. Dergelijke kostenverminderingen zijn een rechtstreeks gevolg van een vermindering in de productie en waarde. De betrokken kostenverminderingen genereren geen mededingingsbevorderende effecten op de markt. Met name leiden zij niet tot de creatie van waarde via een integratie van activa en activiteiten. Zij stellen de betrokken ondernemingen enkel in staat hun winsten te verhogen en doen dus niet ter zake uit het oogpunt van artikel 81, lid 3.
50. Bedoeling van deze eerste voorwaarde van artikel 81, lid 3, is het soort efficiëntiewinsten te bepalen dat in aanmerking kan worden genomen en waarop ook de overige criteria van de tweede en derde voorwaarde van artikel 81, lid 3, van toepassing kunnen zijn. Doel van die analyse is na te gaan wat de objectieve voordelen zijn die de overeenkomst oplevert, en wat het economische belang van dergelijke efficiëntiewinsten is. Aangezien het zo is dat, wil artikel 81, lid 3, kunnen worden toegepast, de positieve mededingingseffecten van een overeenkomst moeten opwegen tegen de negatieve mededingingseffecten ervan, dient te worden nagegaan wat het verband is tussen de overeenkomst en de beweerdte efficiëntiewinsten en wat de waarde van die efficiëntiewinsten is.

51. Alle beweerde efficiëntieverbeteringen dienen daarom nader te worden onderbouwd zodat de volgende punten kunnen worden nagegaan:
- de aard van de beweerde efficiëntieverbeteringen;
  - het verband tussen de overeenkomst en de efficiëntieverbeteringen;
  - de waarschijnlijkheid en de omvang van elke beweerde efficiëntieverbetering en
  - hoe en wanneer elke beweerde efficiëntieverbetering zal worden verwezenlijkt.
52. Met punt a) kan bij het geven van de beschikking worden nagegaan of de beweerde efficiëntieverbeteringen objectief van aard zijn (cf. punt 23).
53. Met punt b) kan bij het geven van de beschikking worden nagegaan of er een voldoende causaal verband bestaat tussen de beperkende overeenkomst en de beweerde efficiëntieverbeteringen. Deze voorwaarde vereist normaalgesproken dat de efficiëntieverbeteringen resulteren uit de economische activiteit die het voorwerp van de overeenkomst uitmaakt. Dergelijke activiteiten kunnen bijvoorbeeld de vorm aannemen van distributie, technologie-licenties, gezamenlijke productie of gezamenlijk onderzoek- en ontwikkelingswerk. Voorzover evenwel een overeenkomst ruimere efficiëntieversterkende effecten op de relevante markt heeft — bijvoorbeeld omdat zij leidt tot een vermindering van de kosten in een hele sector — moeten deze additionele voordelen mee in rekening worden genomen.
54. Het causale verband tussen de overeenkomst en de beweerde efficiëntieverbeteringen moet doorgaans ook rechtstreeks zijn <sup>(69)</sup>. Beweringen die gebaseerd zijn op indirecte effecten, zijn doorgaans te onzeker en te vaag om in aanmerking te worden genomen. Van een rechtstreeks causaal verband is bijvoorbeeld sprake wanneer op grond van een technologieoverdrachtsovereenkomst de licentienemers nieuwe of verbeterde producten kunnen produceren of wanneer een distributieovereenkomst het mogelijk maakt dat producten tegen een lagere kostprijs worden gedistribueerd of dat waardevolle diensten worden geproduceerd. Een voorbeeld van een indirect effect zou een situatie zijn waarin een beperkende overeenkomst het beweerdelijk mogelijk maakt dat de betrokken ondernemingen hun winsten kunnen verhogen, waardoor zij meer in onderzoek en ontwikkeling kunnen investeren, hetgeen uiteindelijk de consumenten ten goede zou komen. Is er mogelijk een verband tussen winstgevendheid en onderzoek en ontwikkeling, toch is dit verband doorgaans onvoldoende direct om in het kader van de toepassing van artikel 81, lid 3, in aanmerking te worden genomen.
55. Met de punten c) en d) kan bij het geven van de beschikking de waarde worden nagegaan van de beweerde efficiëntieverbeteringen die in de context van de derde voorwaarde van artikel 81, lid 3, moet worden afgewogen tegen de concurrentieverstorende effecten van de overeenkomst (zie punt 75). Aangezien artikel 81, lid 1, enkel van toepassing is in gevallen waar van de overeenkomst negatieve effecten voor de mededinging en de consumenten te verwachten vallen (in het geval van hardcore beperkingen worden dergelijke effecten voorondersteld), dienen beweerde efficiëntieverbeteringen nader te worden onderbouwd zodat zij kunnen worden onderzocht. Niet onderbouwde beweringen worden verworpen.
56. In het geval van beweerde kostenverbeteringen moeten de ondernemingen die de toepassing van artikel 81, lid 3, inroepen, zo nauwkeurig als redelijkerwijs mogelijk de waarde van de efficiëntieverbeteringen berekenen of ramen en in detail beschrijven hoe dat bedrag werd berekend. Zij moeten ook de methode(n) beschrijven waarmee de efficiëntieverbeteringen zijn of zullen worden verwezenlijkt. De verstrekte gegevens moeten verificerbaar zijn zodat er een voldoende mate van zekerheid kan zijn dat de efficiëntieverbeteringen zich hebben voorgedaan of waarschijnlijk zullen voordoen.
57. In het geval van beweerde efficiëntieverbeteringen in de vorm van nieuwe of verbeterde producten en andere niet op kostprijs gebaseerde efficiëntieverbeteringen moeten de ondernemingen die de toepassing van artikel 81, lid 3, inroepen, in detail beschrijven en uiteenzetten wat de aard is van de efficiëntieverbeteringen en hoe en waarom zij een objectief economisch voordeel opleveren.
58. In gevallen waar de overeenkomst nog volledig ten uitvoer moet worden gelegd, moeten de partijen eventuele prognoses ten aanzien van de datum waarop de efficiëntieverbeteringen operationeel worden en zodoende een positieve impact op de markt kunnen hebben, nader onderbouwen.

### 3.2.2. De verschillende categorieën efficiëntieverbeteringen

59. De soorten efficiëntieverbeteringen die in artikel 81, lid 3, zijn opgesomd, zijn algemene categorieën die zijn bedoeld om alle objectieve economische efficiëntieverbeteringen in te sluiten. Er is een aanzienlijke overlapping tussen de verschillende categorieën waarvan sprake in artikel 81, lid 3, en dezelfde overeenkomst kan leiden tot verschillende soorten efficiëntieverbeteringen. Daarom is het niet passend een helder en scherp onderscheid te maken tussen de verschillende categorieën. In het kader van deze richtsnoeren wordt een onderscheid gemaakt tussen kostenverbeteringen en kwalitatieve efficiëntieverbeteringen die waarde creëren in de vorm van nieuwe of verbeterde producten, een ruimer productaanbod enz.
60. Over het algemeen vloeien de efficiëntieverbeteringen voort uit een integratie van economische activiteiten waarbij ondernemingen hun activa samenvoegen om te bereiken wat zij op eigen kracht niet zo efficiënt hadden kunnen verwezenlijken of waarbij zij een andere onderneming belasten met opdrachten die efficiënter door die andere onderneming kunnen worden uitgevoerd.

61. Onderzoek en ontwikkeling, productie- en distributieprocessen kunnen worden beschouwd als een waardeketen die in verschillende onderdelen kan worden opgesplitst. In elk onderdeel van deze keten moet een onderneming een keuze maken tussen de activiteit zelf uitvoeren, de activiteit uitvoeren samen met (een) andere onderneming(en) of de activiteit volledig outsourcen naar (een) andere onderneming(en).
62. In ieder geval moet in situaties waar de gemaakte keuze meebrengt dat op de markt met een andere onderneming wordt samengewerkt, in de regel worden geconcludeerd dat sprake is van een overeenkomst in de zin van artikel 81, lid 1. Deze overeenkomsten kunnen verticaal zijn (zoals het geval is wanneer de ondernemingen actief zijn op verschillende niveaus van de waardeketen), dan wel horizontaal (zoals het geval is wanneer de ondernemingen actief zijn op hetzelfde niveau van de waardeketen). Beide soorten overeenkomsten kunnen efficiëntieverbeteringen opleveren doordat zij de betrokken ondernemingen in staat stellen een bepaalde opdracht uit te voeren tegen een lagere kostprijs of met een hogere toegevoegde waarde voor de gebruikers. Dergelijke overeenkomsten kunnen ook mededingingsbeperkingen bevatten of doen ontstaan, in welk geval de verbodsbepaling van artikel 81, lid 1, en de uitzonderingsregeling van artikel 81, lid 3, van belang kunnen worden.
63. De verschillende soorten efficiëntieverbeteringen waarvan hierna sprake is, zijn enkel voorbeelden en zijn niet bedoeld als een exhaustieve opsomming.

### 3.2.2.1. Kostenverbeteringen

64. Kostenverbeteringen die uit overeenkomsten tussen ondernemingen voortvloeien, kunnen uit diverse bronnen afkomstig zijn. Een zeer belangrijke dergelijke bron van kostenbesparingen is de ontwikkeling van nieuwe productietechnologieën en -methoden. Over het algemeen is het zo dat het grootste potentieel voor kostenbesparingen wordt verwezenlijkt wanneer technologische sprongen worden gemaakt. Zo resulteerde de introductie van de assemblagelijnen in een zeer aanzienlijke daling van de productiekosten voor motorvoertuigen.
65. Een andere erg belangrijke bron voor efficiëntieverbeteringen zijn de synergie-effecten die uit integratie van bestaande activa voortvloeien. Wanneer de partijen bij een overeenkomst hun onderscheiden activa samenvoegen, kunnen zij in staat zijn een kosten-/productieconfiguratie te bereiken die anders niet mogelijk was geweest. De samenvoeging van twee bestaande technologieën die complementaire sterke punten hebben, kan de productiekosten reduceren of leiden tot de vervaardiging van een product met een hogere kwaliteit. Zo kunnen bijvoorbeeld de productiemiddelen van onderneming A een hoge productie per uur genereren, maar een betrekkelijk hoog grondstoffenverbruik per geproduceerde eenheid vergen, terwijl de productiemiddelen van onderneming B een lagere productie per uur genereren, maar een betrekkelijk lager grondstoffenverbruik per geproduceerde eenheid vergen. Synergie-effecten komen tot stand door een gezamenlijke productieonderneming op te zetten waarin de productiemiddelen van A en B worden samen-
- gebracht, zodat de partijen een hoog (hoger) productievolume per uur kunnen behalen met een laag (lager) grondstoffenverbruik per geproduceerde eenheid. Evenzo kan het zijn dat wanneer één onderneming een deel van de waardeketen heeft geoptimaliseerd en een andere onderneming een ander deel van de waardeketen, de combinatie van hun beider operaties kan resulteren in lagere kosten. Onderneming A kan bijvoorbeeld een sterk geautomatiseerde productievestiging hebben met lagere productiekosten per eenheid als gevolg, terwijl B een efficiënt systeem voor orderverwerking heeft ontwikkeld. Het systeem maakt het mogelijk de productie af te stemmen op de vraag van klanten, met tijdige levering en een verlaging van kosten voor opslag en veroudering. Door hun activa samen te voegen kunnen A en B misschien kostenverminderingen behalen.
66. Kostenverbeteringen kunnen ook resulteren uit schaalvoordelen, namelijk een afnemende kostprijs per eenheid product naarmate de productie toeneemt. Om een voorbeeld te geven: investeringen in uitrusting en andere activa moeten vaak in ondeelbare blokken plaatsvinden. Wanneer een onderneming een bepaald blok niet ten volle kan benutten, zullen de gemiddelde kosten hoger liggen dan wanneer zij dat wel kon doen. Zo zijn de exploitatiekosten voor een vrachtwagen nagenoeg identiek, ongeacht of de vrachtwagen leeg, halfvol of vol rijdt. Overeenkomsten waarbij ondernemingen hun logistieke operaties samenvoegen, kunnen hen in staat stellen het beladingspercentage te verhogen en het aantal ingezette voertuigen te beperken. Schaalvergroting kan ook een betere taakverdeling mogelijk maken, hetgeen een vermindering van de kosten per eenheid oplevert. Ondernemingen kunnen ook schaalvoordelen behalen voor alle onderdelen van de waardeketen, met inbegrip van onderzoek en ontwikkeling, productie, distributie en marketing. Leereffecten (learning economies) vormen een aanverwante soort efficiëntieverbeteringen. Naarmate ervaring wordt opgedaan bij het gebruik van een specifiek productieproces of bij de uitvoering van specifieke opdrachten, kan de productiviteit toenemen omdat het proces efficiënter verloopt of de opdracht sneller wordt uitgevoerd.
67. Toepassingsvoordelen zijn een andere vorm van kostenverbeteringen, die voorkomen wanneer ondernemingen kostenbesparingen verwezenlijken door verschillende soorten producten te vervaardigen op basis van hetzelfde verbruik. Dergelijke efficiëntieverbeteringen kunnen ontstaan doordat het mogelijk is dezelfde onderdelen te gebruiken en dezelfde installaties en werknemers in te zetten om uiteenlopende producten te vervaardigen. Evenzo kunnen bij de distributie toepassingsvoordelen worden gegenereerd wanneer meerdere soorten goederen met dezelfde voertuigen worden gedistribueerd. Zo kunnen bijvoorbeeld een producent van diepvriespizza's en een producent van diepvriesgroenten toepassingsvoordelen behalen door hun producten gezamenlijk te distribueren. Beide soorten producten moeten worden gedistribueerd met koelauto's en er zijn waarschijnlijk aanzienlijke overlappingen wat betreft afnemers. Door hun activiteiten samen te voegen kunnen beide producenten lagere distributiekosten verwezenlijken per gedistribueerde eenheid.

68. Efficiëntieverbeteringen in de vorm van kostenreducties kunnen ook voortvloeien uit overeenkomsten die het mogelijk maken de productie beter te plannen, het minder noodzakelijk maken dure voorraden aan te houden en een betere capaciteitsbenutting mogelijk maken. Dergelijke efficiëntieverbeteringen kunnen bijvoorbeeld tot stand komen door te werken met just-in-time-inkoop, namelijk door een verplichting voor een leverancier van onderdelen om de afnemer continu volgens zijn behoeften te bevoorraden, en zodoende te vermijden dat de afnemer een grote voorraad onderdelen moet aanhouden die verouderd dreigt te raken. Kostenbesparingen kunnen ook resulteren uit overeenkomsten die de partijen in staat stellen hun productie in hun verschillende installaties te rationaliseren.

### 3.2.2.2. Kwalitatieve efficiëntieverbeteringen

69. Overeenkomsten tussen ondernemingen kunnen diverse kwalitatieve efficiëntieverbeteringen opleveren die voor de toepassing van artikel 81, lid 3, relevant zijn. In een aantal gevallen zijn niet de kostenbesparing, maar de kwaliteitsverbeteringen en andere kwalitatieve efficiëntieverbeteringen het belangrijkste efficiëntieversterkende potentieel van de overeenkomst. Naar gelang het individuele geval kunnen dergelijke efficiëntieverbeteringen dus van gelijk of groter belang zijn dan kostenverbeteringen.

70. Technische en technologische vooruitgang vormt een essentieel en dynamisch onderdeel van de economie, en genereert aanzienlijke voordelen in de vorm van nieuwe of betere goederen en diensten. Door samen te werken kunnen ondernemingen efficiëntieverbeteringen tot stand brengen die zonder de beperkende overeenkomst niet mogelijk waren geweest of die alleen met aanzienlijke vertraging of tegen hogere kosten mogelijk waren geweest. Dergelijke efficiëntieverbeteringen vormen een belangrijke bron van economische voordelen die onder de eerste voorwaarde van artikel 81, lid 3, vallen. Overeenkomsten die deze soort efficiëntieverbeteringen kunnen opleveren, zijn vooral onderzoek- en ontwikkelingsovereenkomsten. Een voorbeeld zou de situatie zijn waarin A en B een gemeenschappelijke onderneming oprichten voor de ontwikkeling en, wanneer de ontwikkelingswerkzaamheden succesvol blijken, de gezamenlijke productie van banden met een cellenstructuur. Wordt één cel doorboord, dan heeft dat geen invloed op andere cellen, hetgeen betekent dat er geen gevaar is op een klapband bij een lek. De band is dus veiliger dan traditionele banden. Dit betekent ook dat het niet onmiddellijk nodig is de band te vervangen — en een reserveband bij te hebben. Beide soorten efficiëntieverbeteringen zijn objectieve voordelen in de zin de eerste voorwaarde van artikel 81, lid 3.

71. Evenals het samenvoegen van complementaire activa kostenbesparingen kan opleveren, kan het samenvoegen van activa ook synergie-effecten opleveren die in kwalitatieve efficiëntieverbeteringen resulteren. Het samenvoegen van

productiemiddelen kan bijvoorbeeld resulteren in de productie van producten van een hogere kwaliteit of met nieuwe kenmerken. Dit kan bijvoorbeeld het geval zijn voor licentieovereenkomsten en overeenkomsten voor de gezamenlijke productie van nieuwe of verbeterde goederen of diensten. Licentieovereenkomsten kunnen met name helpen zorgen voor een snellere verspreiding van nieuwe technologie binnen de Gemeenschap, en kunnen de licentienemer(s) in staat stellen nieuwe producten beschikbaar te stellen of nieuwe productietechnieken toe te passen die in kwaliteitsverbeteringen resulteren. Overeenkomsten voor gezamenlijke productie kunnen het met name mogelijk maken nieuwe of verbeterde producten of diensten sneller of tegen een lagere kostprijs op de markt te introduceren <sup>(70)</sup>. In de telecommunicatiesector bijvoorbeeld werden samenwerkingsovereenkomsten beschouwd als resulterend in efficiëntieverbeteringen doordat zij nieuwe internationale diensten sneller beschikbaar helpen stellen <sup>(71)</sup>. In de banksector werden samenwerkingsovereenkomsten waarmee verbeterde faciliteiten voor grensoverschrijdende betalingen beschikbaar werden gesteld, ook beschouwd als overeenkomsten die efficiëntieverbeteringen opleverden die binnen het bereik van de eerste voorwaarde van artikel 81, lid 3, vallen <sup>(72)</sup>.

72. Ook distributieovereenkomsten kunnen kwalitatieve efficiëntieverbeteringen opleveren. Zo kunnen gespecialiseerde distributeurs bijvoorbeeld diensten aanbieden die beter op de behoeften van de gebruikers zijn toegesneden of kunnen zij snellere levering of betere kwaliteitsborging in de hele distributieketen bieden <sup>(73)</sup>.

### 3.3. Derde voorwaarde van artikel 81, lid 3: onmisbaarheid van de beperkingen

73. Volgens de derde voorwaarde van artikel 81, lid 3, mag de beperkende overeenkomst geen beperkingen opleggen welke niet onmisbaar zijn voor het bereiken van de met de betrokken overeenkomst gegenereerde efficiëntieverbeteringen. Deze voorwaarde impliceert een dubbel onderzoek. In de eerste plaats dient de beperkende overeenkomst op zich redelijkerwijs noodzakelijk te zijn voor het behalen van de efficiëntieverbeteringen. Ten tweede dienen de individuele mededingingsbeperkingen die uit de overeenkomst voortvloeien, eveneens redelijkerwijs noodzakelijk te zijn voor het behalen van de efficiëntieverbeteringen.

74. In het kader van de derde voorwaarde van artikel 81, lid 3, is de beslissende factor de vraag of de beperkende overeenkomst en de individuele beperkingen het al dan niet mogelijk maken de betrokken activiteit efficiënter uit te voeren dan wellicht het geval zou zijn zonder de overeenkomst of de betrokken beperking. De vraag is niet of de overeenkomst zonder de beperking niet was gesloten, maar veeleer of met de overeenkomst of beperking méér efficiëntieverbeteringen worden geproduceerd dan zonder de overeenkomst of beperking <sup>(74)</sup>.

75. Het eerste criterium vervat in de derde voorwaarde van artikel 81, lid 3, vereist dat de efficiëntieverbeteringen specifiek zijn voor de betrokken overeenkomst, dat er dus uit economisch oogpunt geen andere praktisch haalbare en minder beperkende middelen zijn om de efficiëntieverbeteringen te behalen. Bij het uitvoeren van deze beoordeling moeten de marktvoorwaarden en de zakelijke realiteit waarmee de partijen bij de overeenkomst te maken hebben, in aanmerking worden genomen. Ondernemingen die de toepassing inroepen van artikel 81, lid 3, zijn niet verplicht hypothetische of theoretische alternatieven te onderzoeken. De Commissie zal het zakenoordeel van de partijen niet overdoen. Zij zal enkel optreden indien het redelijkerwijs duidelijk is dat er realistische en haalbare alternatieven zijn. De partijen moeten enkel uiteenzetten en aantonen waarom dergelijke kennelijk realistische en aanzienlijk minder beperkende alternatieven voor de overeenkomst aanzienlijk minder efficiënt zouden zijn.
76. Met name is het van belang na te gaan of, met bijzondere aandacht voor de omstandigheden van het individuele geval, de partijen de efficiëntieverbeteringen, door een ander, minder beperkend soort overeenkomst hadden kunnen behalen, en zo ja, wanneer zij waarschijnlijk in staat waren geweest de efficiëntieverbeteringen te behalen. Het kan ook noodzakelijk zijn na te gaan of partijen de efficiëntieverbeteringen op eigen krachten hadden kunnen behalen. Wanneer bijvoorbeeld de beweerde efficiëntieverbeteringen de vorm aannemen van kostenreducties resulterend uit schaal- of toepassingsvoordelen, dienen de betrokken ondernemingen toe te lichten en aan te tonen waarom dezelfde efficiëntieverbeteringen waarschijnlijk niet zouden worden behaald via interne groei en prijsconcurrentie. Bij de uitvoering van deze beoordeling moet onder andere worden gekeken naar wat op de betrokken markt de „minimum efficiënte schaal” (minimum efficient scale — MES) is. De minimum efficiënte schaal is de omvang van productie die vereist is om de gemiddelde kosten tot een minimum te beperken en de schaalvoordelen volledig te benutten<sup>(75)</sup>. Hoe groter de minimum efficiënte schaal is ten opzichte van de actuele omvang van een van beide partijen bij de overeenkomst, des te meer valt te verwachten dat de efficiëntieverbeteringen als specifiek voor de overeenkomst zullen worden beschouwd. In het geval van overeenkomsten die aanzienlijke synergie-effecten opleveren door de samenvoeging van complementaire activa en capaciteit, doet precies de aard van de efficiëntieverbeteringen het vermoeden rijzen dat de overeenkomst noodzakelijk is om die verbeteringen te verwezenlijken.
77. Deze beginselen kunnen worden geïllustreerd aan de hand van het volgende hypothetische voorbeeld.
- A en B brengen hun onderscheiden productietechnologieën samen in een gemeenschappelijke onderneming om een hogere productie en een lager grondstoffenverbruik te behalen. De gemeenschappelijke onderneming krijgt een exclusieve licentie voor hun onderscheiden productietechnologieën. De partijen dragen hun bestaande productievestigingen aan de gemeenschappelijke onderneming over. Zij dragen ook essentiële werknemers over om te garanderen dat bestaande leereffecten kunnen worden benut en verder ontwikkeld. Deze besparingen zouden de productiekosten naar raming met nog eens 5 % doen dalen. A en B verkopen de productie van de gemeenschappelijke onderneming onafhankelijk van elkaar. In dit geval maakt de onmisbaarheidsvoorwaarde een onderzoek noodzakelijk naar de vraag of de voordelen grotendeels kunnen worden behaald door een licentieovereenkomst, die waarschijnlijk minder beperkend zou zijn omdat A en B onafhankelijk zouden blijven produceren. In de beschreven omstandigheden zou dit waarschijnlijk niet het geval zijn omdat onder een licentieovereenkomst de partijen niet in staat zouden zijn op dezelfde naadloze en ononderbroken wijze te profiteren van elkaars ervaring bij het werken met de beide technologieën, die in aanzienlijke leereffecten resulteren.
78. Zodra is vastgesteld dat de betrokken overeenkomst noodzakelijk is om de efficiëntieverbeteringen te genereren, dient de onmisbaarheid van elk van de mededingingsbeperkingen die uit de overeenkomst voortvloeien, te worden onderzocht. In dit kader dient te worden onderzocht of individuele beperkingen redelijkerwijs noodzakelijk zijn om de efficiëntieverbeteringen te genereren. De partijen bij de overeenkomst dienen hun bewering te staven zowel wat betreft de aard van de beperking als de intensiteit ervan.
79. Een beperking is onmisbaar wanneer het ontbreken van deze beperking de uitschakeling of de aanzienlijke vermindering meebrengt van de efficiëntieverbeteringen welke uit de overeenkomst voortvloeien, dan wel het aanzienlijk minder waarschijnlijk maakt dat deze efficiëntieverbeteringen zich zullen voordoen. Bij de beoordeling van alternatieve oplossingen moet rekening worden gehouden met de daadwerkelijke en potentiële verbeteringen op het punt van de mededinging door de uitschakeling van een bepaalde beperking of door de toepassing van een minder beperkend alternatief. Hoe restrictiever de beperking, des te strikter dient het onderzoek op basis van de derde voorwaarde te zijn<sup>(76)</sup>. Het is weinig waarschijnlijk dat beperkingen die in groepsvrijstellingsverordeningen op de zwarte lijst zijn gezet of die in richtsnoeren, bekendmakingen en mededelingen van de Commissie als hardcore beperkingen zijn aangemerkt, als onmisbaar kunnen worden aangemerkt.
80. De beoordeling van de onmisbaarheid vindt plaats binnen het feitelijke kader waarin de overeenkomst functioneert, en dient met name rekening te houden met de structuur van de markt, de aan de overeenkomst verbonden economische risico's en de prikkels waarmee de partijen te maken hebben. Hoe groter de onzekerheid in verband met het succes van het product waarop de overeenkomst betrekking heeft, des te meer mag van beperkingen worden verlangd dat zij garanderen dat de efficiëntieverbeteringen zich daadwerkelijk zullen voordoen. Beperkingen kunnen ook onmisbaar zijn om de prikkels voor de partijen op één lijn te brengen en ervoor te zorgen dat zij hun inspanningen toespitsen op de tenuitvoerlegging van de overeenkomst. Een beperking kan bijvoorbeeld noodzakelijk zijn om hold-upproblemen te vermijden zodra

een van de partijen een substantiële „verzonken” investering heeft uitgevoerd. Zodra bijvoorbeeld een aanbieder een substantiële relatiegebonden investering heeft uitgevoerd met het oog op het leveren van bepaalde input aan een afnemer, is de aanbieder aan de afnemer vastgeklonken. Om te vermijden dat de afnemer achteraf deze afhankelijkheid uitbuit om gunstiger voorwaarden te krijgen, kan het nodig zijn een verplichting op te leggen om de component niet bij derden te betrekken of om bepaalde minimumhoeveelheden van de component bij de aanbieder te betrekken (77).

81. In sommige gevallen kan een beperking slechts voor een bepaalde duur onmisbaar zijn; in dat geval geldt de uitzondering van artikel 81, lid 3, enkel voor die periode. Bij het uitvoeren van deze beoordeling dient afdoende rekening te worden gehouden met de tijd die de partijen nodig hebben om de efficiëntieverbeteringen te verwezenlijken welke de toepassing van de uitzonderingsregeling rechtvaardigen (78). In gevallen waarin de voordelen niet zonder aanzienlijke investeringen kunnen worden behaald, dient met name rekening te worden gehouden met de tijd die nodig is om een passende return voor een dergelijke investering te garanderen (zie ook punt 18).
82. Deze beginselen kunnen worden geïllustreerd aan de hand van de volgende hypothetische voorbeelden.

P produceert en distribueert diepvriespizza's en heeft in lidstaat X een marktaandeel van 15 %. Er wordt rechtstreeks aan de detailhandel geleverd. Aangezien de meeste detailhandelaren beperkte opslagcapaciteit hebben, zijn betrekkelijk frequente leveringen vereist, hetgeen resulteert in lage capaciteitsbenutting en gebruik van betrekkelijk kleine voertuigen. T is een groothandelaar van diepvriespizza's en andere diepvriesproducten die aan grotendeels dezelfde afnemers als P levert. De pizzaproducten die T distribueert, vertegenwoordigen een marktaandeel van 30 %. T heeft een wagenpark met grotere voertuigen en heeft een capaciteitsoverschot. P sluit een exclusieve distributieovereenkomst met T voor lidstaat X en zegt toe te garanderen dat distributeurs in andere lidstaten — actief noch passief — naar het gebied van T zullen verkopen. T zegt toe om reclame te maken voor de producten, de consumentenvoorkeuren te onderzoeken, de klantentevredenheid te meten, en te garanderen dat detailhandelaren alle producten binnen 24 uur geleverd krijgen. Dankzij de overeenkomst dalen de totale distributiekosten met 30 % omdat de capaciteit beter wordt benut en overlapping van routes wordt uitgeschakeld. De overeenkomst zorgt er ook voor dat consumenten extra diensten krijgen. Beperkingen op passieve verkopen zijn volgens de groepsvrijstellingsverordening inzake verticale beperkingen (79) hardcore beperkingen en kunnen enkel in uitzonderlijke omstandigheden als onmisbaar worden aangemerkt. De gevestigde marktpositie van T en de aard van de verplichtingen die zij krijgt opgelegd, wijzen er op dat het hier geen uitzonderlijke situatie betreft. Het verbod op actieve verkoop is dan waarschijnlijk weer onmisbaar. Te verwachten valt im-

mers dat T minder wordt gestimuleerd om merk P te verkopen en er reclame voor te maken wanneer distributeurs in andere lidstaten actief naar lidstaat X kunnen verkopen en zodoende kunnen „meeliften” met de inspanningen van T. Dit is vooral het geval omdat T ook concurrerende merken distribueert en zodoende de mogelijkheid heeft om die merken te pushen waar het gevaar van meeliftgedrag het geringst zijn.

S is een producent van softdrinks met prik en heeft 40 % van de markt in handen. Haar naaste concurrent heeft een marktaandeel van 20 %. S sluit leveringsovereenkomsten met afnemers die samen goed zijn voor 25 % van de vraag en die toezeggen om gedurende vijf jaar uitsluitend bij S af te nemen. Met andere afnemers die 15 % van de vraag uitmaken, sluit S overeenkomsten waarbij hun kwartaalkortingen worden toegekend wanneer hun afname bepaalde, individueel vastgestelde doelstellingen overschrijdt. S beweert dat zij dankzij de overeenkomst de vraag preciezer kan voorspellen en zodoende haar productie beter kan plannen, hetgeen de voorraad- en opslagkosten vermindert en voorraadtekorten voorkomt. Gezien de marktpositie van S en de omvang van het geheel van de beperkingen, zullen deze beperkingen hoogst waarschijnlijk niet als onmisbaar kunnen worden beschouwd. De exclusieve afnameverplichting reikt verder dan hetgeen nodig is om productie te plannen en hetzelfde geldt voor de kortingregeling bij het behalen van bepaalde doelstellingen. Voorspelbaarheid van de vraag kan door minder beperkende middelen worden behaald. S zou bijvoorbeeld prikkels kunnen geven aan afnemers die op een bepaald moment grote hoeveelheden bestellen door volumekortingen toe te kennen of door een korting te geven aan afnemers die vooraf hun orders plaatsen met het oog op levering op bepaalde data.

### 3.4. Tweede voorwaarde van artikel 81, lid 3: een billijk aandeel voor de gebruikers

#### 3.4.1. Algemene opmerkingen

83. Volgens de tweede voorwaarde van artikel 81, lid 3, moeten gebruikers een billijk aandeel ontvangen van de efficiëntieverbeteringen die door de beperkende overeenkomst worden genereerd.
84. Het begrip „gebruikers” omvat alle rechtstreekse of onrechtstreekse gebruikers van de producten die door de overeenkomst worden gedekt, onder wie producenten die de producten als grondstof gebruiken, groothandelaren, detailhandelaren en eindgebruikers, d.w.z. natuurlijke personen die voor doeleinden handelen die niet als hun handel of beroep worden beschouwd. Met andere woorden, de gebruikers in de zin van artikel 81, lid 3, zijn de klanten van de partijen bij de overeenkomst en de volgende kopers. Deze afnemers kunnen ondernemingen zijn in het geval van afnemers van industriële uitrusting of grondstoffen voor verdere verwerking, dan wel eindgebruikers zoals bijvoorbeeld voor kopers van impulsijfs of fietsen.

85. Het begrip „billijk aandeel” houdt in dat het doorgeven van voordelen de gebruikers minstens moet compenseren voor eventuele daadwerkelijke of te verwachten negatieve gevolgen die zij ondervinden van de beperking van de mededinging die op grond van artikel 81, lid 1, is vastgesteld. In overeenstemming met de algemene doelstelling van artikel 81 om mededingingsbeperkende overeenkomsten te beletten, dient het netto-effect van de overeenkomst minstens neutraal te zijn uit het oogpunt van de gebruikers die rechtstreeks of onrechtstreeks door de overeenkomst geraakt zijn<sup>(80)</sup>. Wanneer dergelijke gebruikers er na de overeenkomst slechter aan toe zijn, is niet aan de tweede voorwaarde van artikel 81, lid 3, voldaan. De positieve gevolgen van een overeenkomst moeten worden afgewogen tegen en een compensatie zijn voor de negatieve effecten ervan op de gebruikers<sup>(81)</sup>. Wanneer dat het geval is, hebben gebruikers niet te lijden van de overeenkomst. Bovendien heeft de samenleving als geheel baat bij de voordelen indien de efficiëntieverbeteringen erin resulteren dat ofwel minder hulpbronnen worden gebruikt voor het vervaardigen van de geconsumeerde producten of waardevollere producten worden vervaardigd, hetgeen leidt tot een doelmatigere middelenallocatie.
86. Gebruikers hoeven geen aandeel te ontvangen in elke individuele efficiëntiewinst die werd vastgesteld in het kader van de eerste voorwaarde. Het is toereikend dat voldoende voordelen worden doorgegeven ter compensatie van de negatieve gevolgen van de beperkende overeenkomst. In dat geval ontvangen gebruikers een billijk aandeel in de totale voordelen<sup>(82)</sup>. Wanneer te verwachten valt dat een beperkende overeenkomst in hogere prijzen resulteert, moeten gebruikers ten volle worden gecompenseerd via betere kwaliteit of andere voordelen. Zoniet, is niet aan de tweede voorwaarde van artikel 81, lid 3, voldaan.
87. De beslissende factor is de totale impact op gebruikers van de producten binnen de relevante markt — niet de impact op individuele leden van deze groep gebruikers<sup>(83)</sup>. In sommige gevallen moet er een zekere tijd over heengaan vooraleer de efficiëntieverbeteringen zich daadwerkelijk voordoen. In afwachting daarvan heeft de overeenkomst misschien uitsluitend negatieve effecten. Het feit dat het doorgeven van de voordelen aan de gebruikers plaatsvindt na verloop van tijd, sluit op zich niet de toepassing van artikel 81, lid 3, uit. Naarmate daartoe echter meer tijd is vereist, moeten de efficiëntieverbeteringen groter zijn om de gebruikers ook te compenseren voor verlies dat zij leden in de periode vóór de voordelen werden doorgegeven.
88. Bij het uitvoeren van deze beoordeling dient in aanmerking te worden genomen dat de waarde van een toekomstige winst voor gebruikers, niet dezelfde is als actuele winst voor de gebruikers. De waarde van 100 EUR die vandaag wordt bespaard, is veel groter dan wanneer datzelfde bedrag het jaar nadien wordt bespaard. Winst voor gebruikers in de toekomst is dus geen volledige compensatie voor een actueel verlies van gelijke nominale omvang. Om een behoorlijke vergelijking tussen het huidige verlies voor de gebruikers en de toekomstige winst voor gebruikers mogelijk te maken, dient de waarde van toekomstige winsten voor gebruikers te worden verdisconteerd. Het toegepaste disconteringspercentage dient het (eventuele) inflatiepercentage en de gedeerde rente weer te geven, als aanwijzing van de lagere waarde van toekomstige winsten.
89. In andere gevallen kan de overeenkomst de partijen in staat stellen de efficiëntieverbeteringen sneller te verkrijgen dan anders mogelijk was geweest. In dergelijke omstandigheden dient rekening te worden gehouden met de te verwachten negatieve impact op gebruikers binnen de relevante markt zodra deze aanloopperiode is verstreken. Wanneer via de beperkende overeenkomst de partijen een sterke positie op de markt verwerven, kunnen zij in staat zijn aanzienlijk hogere prijzen te berekenen dan anders het geval was geweest. Om aan de tweede voorwaarde van artikel 81, lid 3, te voldoen, dient het voordeel voor gebruikers die sneller toegang tot de producten krijgen, even aanzienlijk te zijn. Dit kan bijvoorbeeld het geval zijn wanneer twee bandenproducenten dankzij een overeenkomst drie jaar eerder een aanzienlijk veiliger band op de markt kunnen brengen en terzelfder tijd — dankzij hun versterkte marktmacht — hun prijzen met 5 % kunnen verhogen. In een dergelijk geval is het waarschijnlijk zo dat het feit dat een aanzienlijk verbeterd product sneller beschikbaar komt, opweegt tegen de prijsverhoging.
90. De tweede voorwaarde van artikel 81, lid 3, omvat ook een glijdende schaal. Naarmate de mededingingsbeperking bij toetsing aan artikel 81, lid 1, groter blijkt te zijn, moeten ook de efficiëntieverbeteringen en het aandeel dat daarvan aan de gebruikers wordt doorgegeven, groter zijn. Dergelijke benadering impliceert dat, wanneer de beperkende effecten van een overeenkomst betrekkelijk gering zijn en de efficiëntieverbeteringen substantieel, valt te verwachten dat een billijk aandeel van de kostenbesparingen aan gebruikers zal worden doorgegeven. In dergelijke gevallen hoeft doorgaans geen gedetailleerd onderzoek plaats te vinden op basis van de tweede voorwaarde van artikel 81, lid 3, mits aan de drie overige voorwaarden voor de toepassing van deze bepaling is voldaan.
91. Wanneer daarentegen de beperkende effecten van de overeenkomst aanzienlijk zijn en de kostenbesparingen betrekkelijk onbeduidend, is het weinig waarschijnlijk dat aan de tweede voorwaarde van artikel 81, lid 3, zal zijn voldaan. De gevolgen van de mededingingsbeperking zijn afhankelijk van de intensiteit van de beperking en de mate van concurrentie die na de overeenkomst blijven bestaan.



92. Wanneer de overeenkomst zowel wezenlijk positieve als wezenlijk negatieve mededingingseffecten oplevert, is een zorgvuldig onderzoek vereist. Bij het maken van de afweging in dergelijke gevallen dient ermee rekening te worden gehouden dat concurrentie een belangrijke motor is voor efficiency en innovatie op de lange termijn. Ondernemingen die niet met daadwerkelijke concurrentiedruk te maken hebben — zoals ondernemingen met een machtspositie — worden minder geprikkeld om efficiëntieverbeteringen in stand te houden of er op voort te bouwen. Hoe groter de impact van de overeenkomst op de mededinging, des te meer valt te verwachten dat gebruikers er op de lange termijn van te lijden zullen krijgen.
93. In de twee volgende delen wordt meer in detail het beoordelingskader geschetst voor het beoordelen van het doorgeven aan de gebruikers van efficiëntiewinsten. In het eerste deel wordt ingegaan op de kostenverbeteringen, terwijl het volgende deel handelt over andere soorten efficiëntieverbeteringen zoals nieuwe of verbeterde producten (kwalitatieve efficiëntieverbeteringen). Het kader dat in deze beide delen wordt ontwikkeld, is van bijzonder belang in de gevallen waar niet onmiddellijk duidelijk is dat de nadelige gevolgen voor de mededinging verder gaan dan de voordelen voor de gebruikers, of omgekeerd <sup>(84)</sup>.
94. Bij de toepassing van de hierna uiteengezette beginselen zal de Commissie ermee rekening houden dat het in vele gevallen moeilijk is nauwkeurig te berekenen welk aandeel in de voordelen aan de gebruikers zal worden doorgegeven en onder welke andere vormen voordelen aan de gebruikers worden doorgegeven. Ondernemingen moeten hun beweringen enkel staven door zoveel als redelijk mogelijk ramingen en andere gegevens mee te delen, rekening houdend met de omstandigheden van de individuele zaak.
- 3.4.2. *Het doorgeven van en de afweging van kostenverbeteringen*
95. Wanneer markten, zoals doorgaans het geval is, niet volmaakt concurrerend zijn, zijn ondernemingen in staat de marktprijs in meerdere of mindere mate te beïnvloeden door hun productie aan te passen <sup>(85)</sup>. Zij kunnen afnemers discrimineren op het punt van prijzen.
96. Kostenverbeteringen kunnen in bepaalde omstandigheden resulteren in een toename van de productie en in lagere prijzen voor de betrokken gebruikers. Wanneer ingevolge kostenverbeteringen de betrokken ondernemingen hun winsten kunnen verhogen door de productie uit te breiden, kunnen er voordelen aan de gebruikers worden doorgegeven. Bij het beoordelen van de waarschijnlijkheidsgraad waarmee kostenverbeteringen aan gebruikers zullen worden doorgegeven, en van de uitkomst van de in artikel 81, lid 3, vervatte afweging dienen met name de volgende factoren in aanmerking te worden genomen:
- a) de kenmerken en structuur van de markt;
  - b) de aard en de omvang van de efficiëntiewinsten;
  - c) de elasticiteit van de vraag, en
  - d) de omvang van de mededingingsbeperking.
- Normaalgesproken moeten alle factoren in aanmerking worden genomen. Aangezien artikel 81, lid 3, enkel van toepassing is op de gevallen waarin de mededinging op de markt merkbaar wordt beperkt (zie punt ), kan er geen vermoeden zijn dat de resterende concurrentie de gebruikers een billijk aandeel in de voordelen zal garanderen.
- De omvang van de concurrentie die op de markt overblijft en de aard van deze concurrentie is echter van invloed op de waarschijnlijkheid dat er voordelen worden doorgegeven.
97. Naarmate de resterende concurrentie groter is, is ook de kans groter dan individuele ondernemingen zullen proberen hun afzet te vergroten door kostenverbeteringen door te geven. Wanneer ondernemingen hoofdzakelijk concurreren op prijs en niet afhankelijk zijn van beduidende capaciteitsbeperkingen, kan dit doorgeven van voordelen betrekkelijk snel plaatsvinden. Speelt de concurrentie vooral op het punt van capaciteit en vinden capaciteitsaanpassingen met een zekere vertraging plaats, dan zal het doorgeven van voordelen trager verlopen. Dit zal waarschijnlijk ook het geval zijn wanneer de marktstructuur bevorderlijk is voor stilzwijgende collusie <sup>(86)</sup>. Wanneer te verwachten valt dat concurrenten vergeldingsmaatregelen treffen tegen een verhoging van de productie door een of meerdere partijen bij de overeenkomst, kan de prikkel om de productie te verhogen worden afgezwakt, tenzij het concurrentievoordeel dat de efficiëntieverbeteringen opleveren, zo groot is dat de betrokken ondernemingen een prikkel krijgen om zich los te maken van het gemeenschappelijke beleid dat door de leden van het oligopolie op de markt wordt gevoerd. Met andere woorden, de efficiëntieverbeteringen die uit de overeenkomst voortvloeien, kunnen de betrokken ondernemingen tot zogenaamde „buitenbeentjes” maken <sup>(87)</sup>.

98. Ook de aard van de efficiëntiewinsten speelt een belangrijke rol. Volgens de economische theorie maximaliseren ondernemingen hun winsten door eenheden product en te verkopen zolang de marginale opbrengst gelijk is aan de marginale kosten. Marginale opbrengst is de verandering in totale opbrengst resulterend uit de verkoop van een extra eenheid product en de marginale kosten zijn de verandering in de totale kosten resulterend uit de productie van die extra eenheid product. Uit dit beginsel volgt dat, als algemene regel, besluiten inzake productie en prijszetting van een winst maximaliserende onderneming niet worden bepaald door haar vaste kosten (de kosten dus die niet variëren afhankelijk van de omvang van de productie), maar door haar variabele kosten (de kosten die variëren naar gelang de omvang van de productie). Nadat vaste kosten zijn gemaakt en de capaciteit is bepaald, worden prijszettings- en productiebesluiten bepaald door de situatie inzake variabele kosten en de vraag. Als voorbeeld kan een situatie dienen waarin twee ondernemingen elk twee producten vervaardigen op twee productielijnen die slechts op de helft van hun capaciteit draaien. Dankzij een specialisatieovereenkomst kunnen de beide ondernemingen zich specialiseren in de productie van één van beide producten en hun productielijn voor het andere product sluiten. Terzelfder tijd kunnen de ondernemingen door de specialisatie hun variabele grondstoffen- en opslagkosten beperken. Alleen deze laatste besparingen hebben een rechtstreekse invloed op de prijszettings- en productiebesluiten van de ondernemingen, omdat zij de marginale productiekosten beïnvloeden. Doordat elk van beide ondernemingen één van haar productielijnen heeft gesloten, zullen zij hun variabele kosten niet verminderen en zal er dus geen impact zijn op hun productiekosten. Dit betekent dat ondernemingen een directe prikkel kunnen krijgen om efficiëntieverbeteringen die marginale kosten verminderen, aan de gebruikers door te geven in de vorm van hogere productie en lagere prijzen, terwijl zij dergelijke directe prikkel niet krijgen ten aanzien van efficiëntieverbeteringen die de vaste kosten verminderen. Bijgevolg maken de gebruikers meer kans een billijk deel van de kostenverbeteringen te ontvangen in het geval van verlagingen van de variabele kosten, dan bij verminderingen van de vaste kosten.
99. Het feit dat ondernemingen kunnen worden gestimuleerd om bepaalde soorten kostenverbeteringen door te geven, impliceert niet dat dat noodzakelijkerwijs voor de volle 100 % gebeurt. Het aandeel van de daadwerkelijk doorgegeven voordelen is afhankelijk van de mate waarin gebruikers reageren op prijsveranderingen — dus van de elasticiteit van de vraag. Hoe groter de toename van de vraag is die veroorzaakt wordt door een daling in prijs, des te groter is het aandeel van de voordelen dat wordt doorgegeven. Dit valt te verklaren door het feit dat naarmate de extra verkopen die uit een prijsverlaging ingevolge een toename van de productie voortvloeien, stijgen het waarschijnlijker is dat deze verkopen het verlies aan inkomsten zullen compenseren dat voortvloeit uit de lagere prijs ingevolge een toename van de productie. Zonder prijsdiscriminatie heeft de prijsverlaging invloed op alle door de onderneming afgezette eenheden, in welk geval de marginale opbrengst lager ligt dan de prijs die voor het marginale product wordt verkregen. Wanneer de betrokken ondernemingen in staat zijn gedifferentieerde prijzen te berekenen aan uiteenlopende afnemers — dus discrimineren op het punt van prijzen — zullen zij doorgaans het voordeel enkel aan prijsgevoelige gebruikers doorgeven <sup>(88)</sup>.
100. Voorts dient rekening te worden gehouden met het feit dat efficiëntiewinsten vaak niet de hele kostenstructuur van de betrokken ondernemingen beïnvloeden. In dergelijk geval is de impact op de prijs voor de gebruikers beperkt. Wanneer bijvoorbeeld een overeenkomst de partijen in staat stelt hun productiekosten met 6 % te verminderen, maar de productiekosten slechts één derde vertegenwoordigen van de kosten op basis waarvan prijzen worden vastgesteld, is de impact op de productprijs 2 %, in de aanname dat het volledige bedrag wordt doorgegeven.
101. Een laatste, zeer belangrijk element is dat een evenwicht dient te worden gevonden tussen de beide tegenstrijdige krachten die resulteren uit de beperking van de mededinging en de kostenverbeteringen. Iedere toename in marktmacht als gevolg van de beperkende overeenkomst geeft de betrokken ondernemingen het vermogen en de prikkel om de prijzen te verhogen. Daarnaast is het echter ook zo dat de soorten kostenverbeteringen die in aanmerking worden genomen, de betrokken ondernemingen een prikkel kunnen geven om prijzen te verlagen (zie punt 72). De effecten van deze twee tegengestelde krachten moeten tegen elkaar worden afgewogen. In dit verband zij herhaald dat de voorwaarde dat voordelen aan de gebruikers worden doorgegeven, functioneert volgens een glijdende schaal. Wanneer de overeenkomst de concurrentiedruk waarmee de partijen te maken hebben sterk doet afnemen, zijn doorgaans buitengewoon hoge kostenverbeteringen vereist om te zorgen dat voordelen in voldoende mate worden doorgegeven.
- 3.4.3. *Het doorgeven en de afweging van andere efficiëntieverbeteringen*
102. Het doorgeven van voordelen aan de gebruikers kan ook de vorm aannemen van kwalitatieve efficiëntieverbeteringen zoals nieuwe en betere producten, hetgeen voor de gebruikers voldoende waarde creëert om de mededingingsbeperkende gevolgen van de overeenkomst, met inbegrip van prijsverhogingen, te compenseren.
103. Bij een dergelijke beoordeling dient een afweging van de waarde plaats te vinden. Het is moeilijk om de precieze waarde te berekenen van dit soort dynamische efficiëntieverbeteringen. Toch blijft de fundamentele doelstelling van de beoordeling dezelfde, namelijk na te gaan wat de totale impact van de overeenkomst is voor de gebruikers op de relevante markt. Ondernemingen die het voordeel van artikel 81, lid 3, invoeren moeten aantonen dat gebruikers compenserende voordelen verkrijgen (zie in dit verband punten 31 en 86).

104. De beschikbaarheid van nieuwe en betere producten vormt een belangrijke bron van welvaart voor de gebruikers. Zolang de toename in waarde als gevolg van dergelijke verbeteringen hoger ligt dan eventuele schade als gevolg van een instandhouding of een stijging van de prijs die door de beperkende overeenkomst wordt veroorzaakt, zijn de gebruikers beter af dan zonder de overeenkomst het geval zou zijn, en is normaalgesproken voldaan aan het vereiste van artikel 81, lid 3, dat voordelen aan de gebruikers worden doorgegeven. In gevallen waar het van de overeenkomst te verwachten effect is dat prijzen voor gebruikers op de relevante markt zullen stijgen, dient nauwkeurig te worden onderzocht of de beweerde efficiëntieverbeteringen reële waarde opleveren voor de gebruikers op die markt, zodat de ongunstige effecten van de mededingingsbeperking worden gecompenseerd.

### 3.5. Vierde voorwaarde van artikel 81, lid 3: geen uitschakeling van de mededinging

105. Volgens de vierde voorwaarde van artikel 81, lid 3, mag de overeenkomst de betrokken ondernemingen niet de mogelijkheid geven om voor een wezenlijk deel van de betrokken producten de mededinging uit te schakelen. Uiteindelijk gaat de prioriteit naar de bescherming van de rivaliteit en de concurrentiewerking boven potentiële mededingingsbevorderende efficiëntiewinsten die uit beperkende overeenkomsten zouden kunnen voortvloeien. Met de laatste voorwaarde van artikel 81, lid 3, wordt erkend dat rivaliteit tussen ondernemingen een belangrijke motor is voor de economische efficiëntie, met inbegrip van dynamische efficiëntieverbeteringen in de vorm van innovatie. Met andere woorden, het ultieme doel van artikel 81 is de concurrentiewerking te beschermen. Wanneer de mededinging wordt uitgeschakeld, komt er een eind aan de concurrentiewerking en wegen efficiëntiewinsten op korte termijn niet op tegen de langlopende verliezen die onder meer het gevolg zijn van uitgaven van de gevestigde onderneming om haar positie te behouden (rent seeking), misallocatie van de middelen, beperkte innovatie en hogere prijzen.

106. Het concept „uitschakeling van de mededinging voor een wezenlijk deel van de betrokken producten” van artikel 81, lid 3, is een autonoom concept uit het Gemeenschapsrecht dat specifiek is voor artikel 81, lid 3<sup>(89)</sup>. Bij de toepassing van dit concept dient echter rekening te worden gehouden met de verhouding tussen artikel 81 en artikel 82. Volgens vaste rechtspraak staat de toepassing van artikel 81, lid 3, echter niet in de weg aan de toepassing van artikel 82 van het Verdrag<sup>(90)</sup>. Aangezien voorts met zowel artikel 81 als artikel 82 de doelstelling wordt nagestreefd van het behoud van een daadwerkelijke mededinging op de markt, is het, met het oog op consistentie, noodzakelijk dat artikel 81, lid 3, wordt uitgelegd als inhoudend dat iedere toepassing van deze bepaling is uitgesloten voor beperkende overeenkomsten die misbruik van een machtspositie inhouden<sup>(91)</sup><sup>(92)</sup>. Niet alle beperkende overeenkomsten van een onderneming met een machtspositie vormen een misbruik van een machtspositie. Dit is bijvoorbeeld het geval wanneer een onderneming met een machtspositie toetreedt tot een „niet-volwaardige” gemeenschappelijke onder-

neming<sup>(93)</sup>, die mededingingsbeperkend blijkt te zijn, maar terzelfder tijd een substantiële integratie van activa behelst.

107. Of al dan niet sprake is van uitschakeling van de mededinging in de zin van de laatste voorwaarde van artikel 81, lid 3, hangt af van de omvang van de concurrentie die bestond vóór de overeenkomst, en van de impact van de beperkende overeenkomst op de mededinging — dus van de vermindering van de concurrentie die de overeenkomst meebrengt. Hoe sterker de mededinging op de betrokken markt reeds is verzwakt, des te geringer de verdere verzwakking is die nodig is om de mededinging uit te schakelen in de zin van artikel 81, lid 3. Bovendien is het zo dat naarmate de door de overeenkomst veroorzaakte mededingingsbeperking groter is, de kans ook groter zal zijn dat de mededinging voor een wezenlijk deel van de betrokken producten dreigt te worden uitgeschakeld.

108. De toepassing van de laatste voorwaarde van artikel 81, lid 3, vereist een analyse van de diverse bronnen van concurrentie op de markt, de omvang van de concurrentiedruk die daarvan uitgaat, en de impact van de overeenkomst op deze concurrentiedruk. Daarbij moet zowel de daadwerkelijke als de potentiële mededinging worden onderzocht.

109. Zijn marktaandelen weliswaar relevant, toch kan de omvang van de resterende bronnen voor een daadwerkelijke mededinging niet uitsluitend op basis van marktaandelen worden beoordeeld. Normaalgesproken is een uitgebreider kwalitatief en kwantitatief onderzoek vereist. Het vermogen van daadwerkelijke concurrenten om te concurreren en de stimuli die zij hebben om dat te doen, moeten worden onderzocht. Wanneer bijvoorbeeld concurrenten te maken hebben met capaciteitsbeperkingen of relatief hogere productiekosten zal hun respons op concurrentie noodzakelijkerwijs beperkt zijn.

110. Bij de beoordeling van de impact van de overeenkomst op de mededinging is het ook van belang te onderzoeken wat de invloed ervan is op de diverse concurrentieparameters. Aan de laatste voorwaarde voor een ontheffing op grond van artikel 81, lid 3, is niet voldaan wanneer de overeenkomst de mededinging in een van haar belangrijkste uitdrukkingsvormen uitschakelt. Dit is met name het geval wanneer een overeenkomst de uitschakeling meebrengt van prijsconcurrentie<sup>(94)</sup> of van concurrentie op het punt van innovatie en ontwikkeling van de nieuwe producten.

111. Het daadwerkelijke marktgedrag van de partijen kan een inzicht bieden in de impact van de overeenkomst. Wanneer na het sluiten van de overeenkomst de partijen aanzienlijke prijsverhogingen hebben doorgevoerd en aangehouden, of wanneer zij zich hebben ingelaten met andere gedragingen die wijzen op het bestaan van een aanzienlijke mate van marktmacht, is dat een aanwijzing dat de partijen niet te maken hebben met enige reële concurrentiedruk en dat de mededinging voor een wezenlijk deel van de betrokken producten is uitgeschakeld.

112. Hoe partijen in het verleden hebben geconcurrereerd, kan ook een aanwijzing vormen van de impact van de overeenkomst op de manier waarop zij dat in de toekomst zullen doen. Een onderneming kan in staat zijn de mededinging in de zin van artikel 81, lid 3, uit te schakelen door een overeenkomst te sluiten met een concurrent die in het verleden een „buitenbeentje” is geweest <sup>(95)</sup>. Dergelijke overeenkomsten kunnen ook de concurrentieprikkels voor en de capaciteiten van de concurrent wijzigen en zodoende een belangrijke bron van concurrentie van de markt doen verdwijnen.
113. In gevallen waarbij sprake is van gedifferentieerde producten — producten die in de ogen van de gebruikers verschillen — kan de impact van de overeenkomst afhankelijk zijn van de concurrentieverhouding tussen de door de partijen bij de overeenkomst verkochte producten. Wanneer ondernemingen gedifferentieerde producten aanbieden, verschilt de onderlinge concurrentiedruk die uitgaat van individuele producten naar gelang hun onderlinge substitueerbaarheid. Daarom dient te worden gekeken naar de mate waarin de door de partijen aangeboden producten substitueerbaar zijn — wat dus de onderlinge concurrentiedruk is die ervan uitgaat. Hoe meer de producten van de partijen bij de overeenkomst enge substituten zijn, des te groter is het beperkende effect dat van de overeenkomst kan worden verwacht. Met andere woorden, hoe meer de producten substitueerbaar zijn, hoe groter de kans is dat er ingevolge de overeenkomst verandering tot stand komt op het punt van beperking van de mededinging op de markt, en hoe groter ook de kans is dat de mededinging voor een wezenlijk deel van de betrokken producten dreigt te worden uitgeschakeld.
114. Zijn de bronnen van daadwerkelijke mededinging doorgaans het belangrijkste omdat zij het gemakkelijkst te verifiëren zijn, toch moeten ook bronnen van potentiële mededinging in aanmerking worden genomen. De beoordeling van potentiële mededinging vereist een analyse van de toetredingsdrempels waarmee ondernemingen te maken krijgen die nog niet op de relevante markt concurreren. Eventuele beweringen van de partijen dat de drempels voor markttoetreding laag zijn, moeten worden gestaafd door informatie waarin de bronnen van potentiële concurrentie worden aangegeven en de partijen moeten ook aantonen waarom van deze bronnen reële concurrentiedruk uitgaat op de partijen.
115. Bij de beoordeling van de toetredingsdrempels en de reële mogelijkheid van nieuwe toetreding van beduidende omvang is het van belang onder meer de volgende punten te onderzoeken:
- i) het regelgevingskader, om te bepalen wat de impact ervan is bij nieuwe toetreding;
  - ii) de kosten voor toetreding, met inbegrip van verzonken kosten. Verzonken kosten zijn de kosten die niet kunnen worden gerecupereerd wanneer de toetreders nadien de markt verlaat. Hoe hoger de verzonken kosten zijn, des te groter is het commerciële risico voor een potentiële toetreders;
  - iii) de minimum efficiënte schaal binnen de sector, namelijk het volume productie waarbij de gemiddelde kosten minimaal zijn. Is de minimum efficiënte schaal groot ten opzichte van de omvang van de markt, dan is doeltreffende toetreding waarschijnlijk duurder en risicovoller;
  - iv) de concurrentiekracht van potentiële toetreders. Daadwerkelijke toetreding valt met name te verwachten wanneer potentiële toetreders toegang hebben tot technologieën die minstens even kostenefficiënt zijn als die van de gevestigde ondernemingen, of tot andere concurrentievoordelen die hen in staat stellen daadwerkelijk te concurreren. Wanneer potentiële toetreders zich ten opzichte van de gevestigde ondernemingen op hetzelfde of een inferieur technologisch traject bevinden en geen ander belangrijk concurrentievoordeel bezitten, is toetreding risicovoller en minder reëel;
  - v) de positie van de afnemers en hun vermogen om op de markt nieuwe bronnen van concurrentie te brengen. Het doet niet ter zake dat bepaalde sterke afnemers in staat kunnen zijn van de partijen bij de overeenkomst gunstiger voorwaarden te verkrijgen dan hun zwakkere concurrenten <sup>(96)</sup>. De aanwezigheid van sterke afnemers kan alleen dienen om een op het eerste gezicht vastgestelde uitschakeling van de mededinging te weerleggen, wanneer valt te verwachten dat de betrokken afnemers de weg voor daadwerkelijke nieuwe toetreding zullen vrijmaken;
  - vi) de waarschijnlijke reactie van gevestigde ondernemingen tegen pogingen om de markt te betreden. Gevestigde ondernemingen kunnen bijvoorbeeld via gedragingen in het verleden een reputatie van agressief gedrag hebben verworven, hetgeen een impact heeft op toekomstige toetreding;
  - vii) de economische vooruitzichten voor de sector kunnen een aanwijzing zijn voor de aantrekkingskracht ervan op langere termijn. Sectoren waarin stagnatie of terugval is waar te nemen, zijn minder interessant voor toetreding dan sectoren die door groei worden gekenmerkt;
  - viii) beduidende toetreding in het verleden, of het ontbreken daarvan.
116. Bovenstaande beginselen kunnen worden geïllustreerd aan de hand van de volgende, hypothetische voorbeelden, die niet zijn bedoeld om drempels vast te stellen.

Onderneming A is een brouwerij die 70 % in handen heeft van de relevante markt, de markt voor de verkoop van bier via cafés en andere drankgelegenheden. In de afgelopen vijf jaar heeft A zijn marktaandeel van oorspronkelijk 60 % uitgebreid. Op de markt zijn er vier andere concurrenten: B en C met elk 10 % marktaandeel en D en E met elk 5 % marktaandeel. In het recente verleden zijn geen nieuwe ondernemingen tot deze markt toegetreden en de door A doorgevoerde prijsaanpassingen zijn doorgaans door haar concurrenten gevolgd. A sluit overeenkomsten met 20 % van de drankgelegenheden die samen goed zijn voor 40 % van de verkoopvolumes, waarbij de contractpartijen toezeggen om voor een periode van vijf jaar enkel bij A bier af te nemen. Door deze overeenkomsten stijgen de kosten en dalen de inkomsten van concurrenten, die de toegang tot de aantrekkelijkste drankgelegenheden afgeschermd zien. Gezien de marktpositie van A, die in recente jaren is versterkt, het uitblijven van nieuwe toetreding en de reeds zwakke positie van concurrenten, bestaat de kans dat de concurrentie op de markt wordt uitgeschakeld in de zin van artikel 81, lid 3.

Scheepvaartmaatschappijen A, B, C en D hebben samen meer dan 70 % van de relevante markt in handen. Zij sluiten een overeenkomst waarbij zij afspreken hun dienstregelingen en tarieven te coördineren. Nadat de overeenkomst is toegepast, stijgen de prijzen tussen 30 en 100 %. Er zijn vier andere aanbieders, waarvan de grootste zo'n 14 % van de relevante markt in handen heeft. In de afgelopen jaren is er geen nieuwe onderneming tot deze markt toegetreden en de partijen bij de overeenkomst zijn na de prijsstijgingen geen noemenswaardig marktaandeel kwijtgespeeld. De bestaande con-

currenten hebben geen aanzienlijke nieuwe capaciteit op de markt gebracht en er is geen nieuwe onderneming tot deze markt toegetreden. Gezien de marktpositie van de partijen en het uitblijven van een reactie van concurrenten op hun gezamenlijke optreden, mag redelijkerwijs worden geconcludeerd dat de partijen bij de overeenkomst aan reële concurrentiedruk blootstaan en dat de overeenkomst hen in staat stelt de concurrentie uit te schakelen in de zin van artikel 81, lid 3.

A is een producent van elektrische apparatuur voor professionele gebruikers, met een marktaandeel van 65 % op een relevante nationale markt. B is een concurrerende producent met een marktaandeel van 5 %, die een nieuw type motor heeft ontwikkeld dat krachtiger is en toch minder stroom verbruikt. A en B sluiten een overeenkomst om voor de productie van de nieuwe motor een nieuwe gemeenschappelijke productieonderneming op te richten. B zegt toe om de gemeenschappelijke onderneming een exclusieve licentie te verlenen. In de gemeenschappelijke onderneming gaat de nieuwe technologie van B samen met de doelmatige productie- en kwaliteitscontroleprocessen van A. Er is één andere belangrijke concurrent met een marktaandeel van 15 %. Nog een andere concurrent met een marktaandeel van 5 % nam onlangs C over, een grote internationale producent van concurrerende elektrische apparatuur, die zelf eigenaar van efficiënte technologie is. C was tot dusver nog niet op de markt actief, vooral omdat klanten op lokale aanwezigheid en klantenservice staan. Door de acquisitie krijgt C toegang tot de serviceorganisatie die nodig is om de markt te penetreren. Door de toetreding van C is waarschijnlijk gegarandeerd dat de mededinging niet wordt uitgeschakeld.

(<sup>1</sup>) In wat volgt, sluit het begrip „overeenkomst” onderling afgestemd feitelijke gedragingen en besluiten van ondernemersverenigingen in.

(<sup>2</sup>) PB L 1 van 4.1.2003, blz. 1.

(<sup>3</sup>) Alle bestaande groepsvrijstellingsverordeningen, bekendmakingen en mededelingen van de Commissie zijn te vinden op de website van het DG Concurrentie: <http://www.europa.eu.int/comm/dgs/competition>

(<sup>4</sup>) Zie punt 10.

(<sup>5</sup>) Zie de bekendmaking van de Commissie — Richtsnoeren inzake verticale beperkingen (PB C 291 van 13.10.2000, blz. 1); de mededeling van de Commissie — Richtsnoeren inzake de toepasselijkheid van artikel 81 van het EG-Verdrag op horizontale samenwerkingsovereenkomsten (PB C 3 van 6.1.2001, blz. 2), en de richtsnoeren voor de toepassing van artikel 81 van het EG-Verdrag op overeenkomsten inzake technologieoverdracht (nog niet bekendgemaakt).

(<sup>6</sup>) Op het begrip „beïnvloeding van de handel tussen lidstaten” wordt in afzonderlijke richtsnoeren ingegaan.

(<sup>7</sup>) In wat volgt, sluit het begrip „beperking” de verandering en vervalsing van de mededinging in.

(<sup>8</sup>) Volgens artikel 81, lid 2, zijn dergelijke overeenkomsten van rechtswege nietig.

(<sup>9</sup>) Artikel 81, lid 1, verbiedt zowel daadwerkelijke als potentiële mededingingsversturende effecten; zie bv. zaak C-7/95 P, John Deere, Jurispr. 1998, blz. I-3111, punt 77.

(<sup>10</sup>) Zie zaak T-65/98, Van den Bergh Foods, Jurispr. 2003, blz. II-... , punt 107 en zaak T-112/99, Métropole télévision (M6) e.a., Jurispr. 2001, blz. II-2459, punt 74, waar het Gerecht van eerste aanleg verklaarde dat slechts binnen het strikte kader van artikel 81, lid 3, de positieve en negatieve gevolgen van een beperking voor de mededinging tegen elkaar kunnen worden afgewogen.

(<sup>11</sup>) Zie noot 5.

(<sup>12</sup>) Zie bv. zaak C-49/92 P, Anic Partecipazioni, Jurispr. 1999, blz. I-4125, punt 116, en gevoegde zaken 40 tot 48/73 e.a., Suiker Unie, Jurispr. 1975, blz. 1663, punt 173.

(<sup>13</sup>) Zie in dit verband punt 108 van het in voorgaande noot aangehaalde arrest in de zaak Anic Partecipazioni, en zaak C-277/87, Sandoz Prodotti, Jurispr. 1990, blz. I-45.

- <sup>(14)</sup> Zie in dit verband bv. zaak 14/68, Walt Wilhelm, Jurispr. 1969, blz. 1, en recenter zaak T-203/01, Michelin (II), Jurispr. 2003, blz. II-... , punt 112.
- <sup>(15)</sup> Zie gevoegde zaken T-25/95 e.a., Cimenteries CBR, Jurispr. 2000, blz. II-491, punten 1849 en 1852, en gevoegde zaken T-202/98 e.a., British Sugar, Jurispr. 2001, blz. II-2035, punten 58 tot 60.
- <sup>(16)</sup> Zie in die zin zaak C-453/99, Courage/Crehan, Jurispr. 2001, blz. I-6297, en punt 3444 van het in voorgaande noot aangehaalde arrest in de zaak Cimenteries CBR.
- <sup>(17)</sup> Zie in dit verband gevoegde zaken C-2/01 P en C-3/01 P, Bundesverband der Arzneimittel-Importeure, Jurispr. 2004, blz. I-... , punt 102.
- <sup>(18)</sup> Zie bv. gevoegde zaken 25 en 26/84, Ford, Jurispr. 1985, blz. 2725.
- <sup>(19)</sup> Zie in dit verband punt 141 van het in noot 17 aangehaalde arrest in de zaak Bundesverband der Arzneimittel-Importeure.
- <sup>(20)</sup> Zie zaak 56/65, Société Technique Minière, Jurispr. 1966, blz. 392, en punt 76 van het in noot 9 aangehaalde arrest in de zaak John Deere.
- <sup>(21)</sup> Zie in dit verband gevoegde zaken 56/64 en 58/66, Consten en Grundig, Jurispr. 1966, blz. 429.
- <sup>(22)</sup> Zie in dit verband bv. de beschikking van de Commissie in de zaak Elopak/Metal Box-Odin (PB L 209 van 8.8.1990, blz. 15) en de beschikking van de Commissie in de zaak TPS (PB L 90 van 2.4.1999, blz. 6).
- <sup>(23)</sup> Zie in dit verband het in noot 20 aangehaalde arrest in de zaak Société Technique Minière, en het arrest in zaak 258/78, Nungesser, Jurispr. 1982, blz. 2015.
- <sup>(24)</sup> Zie regel 10 van punt 119 van de in noot 5 aangehaalde richtsnoeren inzake verticale beperkingen, die onder meer inhoudt dat beperkingen gesteld aan de passieve verkoop — een hardcore beperking — gedurende een periode van twee jaar worden geacht buiten de toepassing van artikel 81, lid 1, te vallen, wanneer de beperking met het toegankelijk maken van nieuwe product- of geografische markten verband houdt.
- <sup>(25)</sup> Zie bv. punt 99 van het in noot 12 aangehaalde arrest in de zaak Anic Partecipazioni.
- <sup>(26)</sup> Zie punt 20.
- <sup>(27)</sup> Zie gevoegde zaken 29 en 30/83, CRAM en Rheinzink, Jurispr. 1984, blz. 1679, punt 26, en gevoegde zaken 96/82 e.a., NAVewa e.a., Jurispr. 1983, blz. 3369, punten 23 tot 25.
- <sup>(28)</sup> Zie punt 25 van de in noot 5 aangehaalde richtsnoeren inzake horizontale samenwerkingsovereenkomsten en artikel 5 van Verordening (EG) nr. 2658/2000 van de Commissie betreffende de toepassing van artikel 81, lid 3, van het Verdrag op groepen specialisatieovereenkomsten (PB L 304 van 5.12.2000, blz. 3).
- <sup>(29)</sup> Zie artikel 4 van Verordening (EG) nr. 2790/1999 van de Commissie betreffende de toepassing van artikel 81, lid 3, van het Verdrag op groepen verticale overeenkomsten en onderling afgestemde feitelijke gedragingen (PB L 336 van 29.12.1999, blz. 21), en punt 46 e.v. van de in noot 5 aangehaalde richtsnoeren inzake verticale beperkingen. Zie ook zaak 279/87, Tipp-Ex, Jurispr. 1990, blz. I-261, en zaak T-62/98, Volkswagen, Jurispr. 2000, blz. II-2707, punt 178.
- <sup>(30)</sup> Zie punt 77 van het in noot 9 aangehaalde arrest in de zaak John Deere.
- <sup>(31)</sup> Het is op zich niet voldoende dat de overeenkomst de handelingsvrijheid van een of meerdere partijen beperkt; zie punten 76 en 77 van het in noot 10 aangehaalde arrest in de zaak Métropole télévision (M6). Dit strookt met het feit dat artikel 81 tot doel heeft de mededinging op de markt te beschermen — in het voordeel van de gebruikers.
- <sup>(32)</sup> Zie bv. zaak 5/69, Völk, Jurispr. 1969, blz. 295, punt 7. Aanwijzingen in verband met de merkbaarheid zijn te vinden in de bekendmaking van de Commissie inzake overeenkomsten van geringe betekenis die de mededinging niet merkbaar beperken in de zin van artikel 81, lid 1, van het Verdrag tot oprichting van de Europese Gemeenschap (de minimis) (PB C 368 van 22.12.2001, blz. 13). In deze bekendmaking wordt de merkbaarheid negatief omschreven. Overeenkomsten die buiten het toepassingsbereik van de de-minimis bekendmaking vallen, hebben niet noodzakelijk merkbaar beperkende gevolgen. Een individuele beoordeling is vereist.
- <sup>(33)</sup> Zie in dit verband gevoegde zaken T-374/94 e.a., European Night Services, Jurispr. 1998, blz. II-3141.
- <sup>(34)</sup> Zie noot 32.
- <sup>(35)</sup> Zie in dit verband de bekendmaking van de Commissie inzake de bepaling van de relevante markt voor het gemeenschappelijke mededingingsrecht (PB C 372 van 9.12.1997, blz. 1).
- <sup>(36)</sup> Voor de referenties in het Publicatieblad, zie noot 5.
- <sup>(37)</sup> Zie punt 104 van het in noot 10 aangehaalde arrest in de zaak Métropole télévision (M6) e.a.
- <sup>(38)</sup> Zie bv. zaak C-399/93, Luttikhuis, Jurispr. 1995, blz. I-4515, punten 12 tot 14.
- <sup>(39)</sup> Zie in dit verband punten 118 e.v. van het in noot 10 aangehaalde arrest in de zaak Métropole télévision.
- <sup>(40)</sup> Zie punt 107 van het in noot 10 aangehaalde arrest in de zaak Métropole télévision.
- <sup>(41)</sup> Zie bv. de in noot 22 aangehaalde beschikking van de Commissie in de zaak Elopak/Metal Box-Odin.
- <sup>(42)</sup> Zie zaak 161/84, Pronuptia, Jurispr. 1986, blz. 353.
- <sup>(43)</sup> Zie noot 22. Deze beschikking werd bevestigd door het Gerecht van eerste aanleg in het in noot 10 aangehaalde arrest in de zaak Métropole télévision.
- <sup>(44)</sup> Kostenbesparingen en andere winsten die tot stand komen doordat de partijen gewoon hun marktmacht gebruiken, leveren geen objectieve voordelen op en kunnen niet in aanmerking worden genomen (cf. punt 23).

- (45) Zie het in noot 21 aangehaalde arrest in de zaak Corsten en Grundig.
- (46) Het feit dat een overeenkomst onder een groepsvrijstellingsverordening valt, betekent op zich nog niet dat de individuele overeenkomst onder de toepassing van artikel 81, lid 1, valt.
- (47) Zie bv. zaak C-234/89, *Delimitis*, Jurispr. 1991, blz. I-935, punt 46.
- (48) In artikel 36, lid 4, van Verordening (EG) nr. 1/2003 werd onder meer artikel 5 ingetrokken van Verordening (EEG) nr. 1017/68 houdende de toepassing van mededingingsregels op het gebied van het vervoer per spoor, over de weg en over de binnenwateren. Wel blijft de vaste praktijk van de Commissie die op Verordening (EEG) nr. 1017/68 is gebaseerd, voor de toepassing van artikel 81, lid 3, op het vervoer over land relevant.
- (49) Zie punt 16.
- (50) Zie het in noot 20 aangehaalde arrest in de zaak *Société Technique Minière*.
- (51) Zie in dit verband het arrest in zaak 319/82, *Kerpen & Kerpen*, Jurispr. 1983, blz. 4173, punten 11 en 12.
- (52) Zie bv. gevoegde zaken T-185/00 e.a., *Métropole télévision SA (M6)*, Jurispr. 2002, blz. II-3805, punt 86; zaak T-17/93, *Matra*, Jurispr. 1994, blz. II-595, punt 85, en gevoegde zaken 43 en 63/82, *VBVB en VBBB*, Jurispr. 1984, blz. 19, punt 61.
- (53) Zie zaak T-213/00, *CMA CGM e.a.*, Jurispr. 2003, blz. II-..., punt 226.
- (54) Zie impliciet in die zin punt 139 van het in noot 52 aangehaalde arrest in de zaak *Matra*, en zaak 26/76, *Metro (I)*, Jurispr. 1977, blz. 1875, punt 43.
- (55) Over het begrip „gebruikers”, zie punt 58 waar wordt aangegeven dat onder „gebruikers” de klanten van de partijen en de volgende kopers worden verstaan. De partijen zelf zijn geen gebruikers in de zin van artikel 81, lid 3.
- (56) Dit onderzoek is marktspecifiek; zie in dat verband zaak T-131/99, *Shaw*, Jurispr. 2002, blz. II-2023, punt 163, waar het Gerecht verklaarde dat de toetsing aan artikel 81, lid 3, moest plaatsvinden binnen hetzelfde analysekaders als dat voor de beoordeling van de beperkende effecten was gebruikt; en zaak C-360/92 P, *Publishers Association*, Jurispr. 1995, blz. I-23, punt 29, waar het Hof in een zaak waarin de relevante markt ruimer was dan de nationale markt, heeft verklaard dat het bij de toepassing van artikel 81, lid 3, niet correct was om enkel rekening te houden met de gevolgen voor het nationale grondgebied.
- (57) In zaak T-86/95, *Compagnie Générale Maritime e.a.*, Jurispr. 2002, blz. II-1011, punten 343 tot 345 stelde het Gerecht van eerste aanleg dat artikel 81, lid 3, niet vereist dat de voordelen met een specifieke markt verbonden zijn en dat in aangewezen gevallen moet worden gelet op de voordelen „voor iedere andere markt waarop de betrokken overeenkomst positieve effecten kan sorteren of zelfs meer in het algemeen voor iedere dienst waarvan de kwaliteit of efficiëntie door het bestaan van die overeenkomst kan verbeteren”. Het is echter belangrijk vast te stellen dat in deze zaak de betrokken groep consumenten dezelfde was. Deze zaak betrof multimodale transportdiensten die onder meer een aantal zee- en inlandvervoersdiensten omvatten die worden aangeboden door scheepvaartondernemingen uit heel de Gemeenschap. De beperkingen hielden verband met inlandvervoersdiensten, die werden beschouwd als een afzonderlijke markt, terwijl de beweerde voordelen zich zouden voordoen in verband met zeevervoersdiensten. Beide diensten werden gevraagd door verladers die multimodale transportdiensten tussen noordelijk Europa en Zuidoost en Oost-Azië vereisen. Het arrest in *CGM CMA*, aangehaald in noot 53, betrof ook een situatie waar de overeenkomst, ofschoon deze verscheidene verschillende diensten omvatte, dezelfde groep consumenten betrof, namelijk verladers van container cargo tussen noordelijk Europa en het Verre Oosten. In het kader van de overeenkomst legden de partijen lasten en toelagen met betrekking tot de binnenlandse vervoersdiensten, de havendiensten en de zeevervoersdiensten vast. Het Gerecht van eerste aanleg stelde (zie punten 226 tot 228) dat het in de omstandigheden van het geval niet nodig was om relevante markten te bepalen voor het toepassen van artikel 81, lid 3. De overeenkomst strekte ertoe de mededinging te beperken en er waren geen voordelen voor consumenten.
- (58) Zie punten 126 en 132 van de in noot 5 aangehaalde richtsnoeren inzake horizontale samenwerkingsovereenkomsten.
- (59) Zie het in noot 18 aangehaalde arrest in de zaak *Ford*.
- (60) Zie in dit verband bijvoorbeeld de in noot 22 aangehaalde beschikking van de Commissie in de zaak *TPS*. Evenzo geldt het verbod van artikel 81, lid 1, enkel zolang de overeenkomst mededingingsbeperking tot doel of ten gevolge heeft.
- (61) Zie punt 85 van het in noot 52 aangehaalde arrest in de zaak *Matra*.
- (62) Wat dit vereiste betreft, zie punt 23.
- (63) Zie bv. zaak T-29/92, *Vereniging van Samenwerkende Prijsregelende Organisaties in de Bouwnijverheid (SPO)*, Jurispr. 1995, blz. II-289.
- (64) Zie bv. zaak 258/78, *Nungesser*, Jurispr. 1982, blz. 2015, punt 77, betreffende absolute gebiedsbescherming.
- (65) Zie in dit verband bijvoorbeeld het in noot 63 aangehaalde arrest in de zaak *SPO*.
- (66) Nationale maatregelen moet onder meer voldoen aan de Verdragsbepalingen inzake vrij verkeer van goederen, diensten, personen en kapitaal.
- (67) Zie het in noot 21 aangehaalde arrest in de zaak *Corsten en Grundig*.
- (68) Zie in dit verband Beschikking 98/531/EG van de Commissie in de zaken-*Van den Bergh Foods Limited* (PB L 246 van 4.9.1998, blz. 1).
- (69) Zie in dit verband Beschikking 2001/791/EG van de Commissie in de zaken-*Glaxo Wellcome e.a.* (PB L 302 van 17.11.2001, blz. 1).
- (70) Zie bv. beschikking 2000/182/EG van de Commissie in de zaak *GEAE/P&W* (PB L 58 van 3.3.2000, blz. 16); Beschikking 1999/781/EG van de Commissie in de zaak *British Interactive Broadcasting/Open* (PB L 312 van 6.12.1999, blz. 1) en Beschikking 94/896/EG van de Commissie in de zaak *Asahi/Saint Gobain* (PB L 354 van 31.12.1994, blz. 87).
- (71) Zie bv. Beschikking 96/546/EG van de Commissie in de zaak *Atlas* (PB L 239 van 19.9.1996, blz. 23) en Beschikking 96/547/EG van de Commissie in de zaak *Phoenix/GlobalOne* (PB L 239 van 19.9.1996, blz. 57).
- (72) Zie bv. Beschikking 85/77/EEG van Commissie in de zaak *Uniforme eurocheques* (PB L 35 van 7.2.1985, blz. 43).
- (73) Zie bv. Beschikking 1999/573/EG van de Commissie in de zaak *Cégétel+4* (PB L 218 van 18.8.1999, blz. 14).

- (74) Wat betreft de eerste vraag die in het kader van artikel 81, lid 1, relevant kan zijn, zie punt 1.
- (75) Schaalvoordelen zijn doorgaans op een bepaald punt volledig benut. Daarna zullen de gemiddelde kosten stabiliseren en uiteindelijk stijgen wegens bijvoorbeeld capaciteitsbeperkingen of bottlenecks.
- (76) Zie in dit verband de punten 392 tot 395 van het in noot 57 aangehaalde arrest in de zaak *Compagnie Générale Maritime*.
- (77) Zie hierover meer in detail punt 116 van de in noot 5 aangehaalde richtsnoeren inzake verticale beperkingen.
- (78) Zie gevoegde zaken T-374/94 e.a., *European Night Services*, Jurispr. 1998, blz. II-3141, punt 230.
- (79) Zie Verordening (EG) nr. 2790/1999 van 22 december 1999 betreffende de toepassing van artikel 81, lid 3, van het Verdrag op groepen verticale overeenkomsten en onderling afgestemde feitelijke gedragingen (PB L 336 van 29.12.1999, blz. 21).
- (80) Zie in dit verband het in noot 21 aangehaalde arrest in de zaak *Consten en Grundig*, waar het Hof van Justitie oordeelde dat de verbeteringen in de zin van de eerste voorwaarde van artikel 81, lid 3, merkbare en objectieve voordelen met zich dient te brengen van zodanige aard, dat daardoor de op het vlak van de concurrentie optredende nadelen worden gecompenseerd.
- (81) Er is aan herinnerd dat de positieve en de negatieve effecten voor de gebruikers in beginsel afgewogen worden in elk van de relevante markt (zie punt 17).
- (82) Zie in dit verband punt 48 van het in noot 54 aangehaalde arrest in de zaak *Metro (I)*.
- (83) Zie punt 163 van het in noot 56 aangehaalde arrest in de zaak *Shaw*.
- (84) In de volgende delen wordt, gemakshalve, concurrentienadeel omschreven als hogere prijzen; concurrentienadeel kan ook betekenen lagere kwaliteit, minder aanbod of geringere innovatie dan anders het geval was geweest.
- (85) In volmaakt concurrerende markten zijn individuele ondernemingen prijsnemer. Zij zetten hun producten af tegen de marktprijs, die door het geheel van vraag en aanbod wordt bepaald. De productie van de individuele onderneming is zo klein dat iedere verandering in de productie van een individuele onderneming niet negatief op de marktprijs uitwerkt.
- (86) Van heimelijke verstandhouding tussen ondernemingen is sprake wanneer zij in een oligopolistische markt in staat zijn hun marktgedrag onderling af te stemmen zonder hun toevlucht te moeten nemen tot een expliciete kartelovereenkomst.
- (87) Deze term verwijst naar ondernemingen die het prijsgedrag in toom houden van andere ondernemingen op de markt die anders misschien stilzwijgend hadden kunnen samenspannen.
- (88) De beperkende overeenkomst kan de betrokken ondernemingen zelfs in staat stellen hun klanten hogere prijzen te berekenen bij een lagere elasticiteit van de vraag.
- (89) Zie gevoegde zaken T-191/98, T-212/98 en T-214/98, *Atlantic Container Line (TACA)*, Jurispr. 2003, blz. II-... , punt 939, en zaak T-395/94, *Atlantic Container Line*, Jurispr. 2002, blz. II-875, punt 330.
- (90) Zie gevoegde zaken C-395/96 P en C-396/96 P, *Compagnie Maritime Belge*, Jurispr. 2000, blz. I-1365, punt 130. Evenmin staat de toepasselijkheid van artikel 81, lid 3, in de weg aan de toepasselijkheid van de Verdragsbepalingen inzake het vrij verkeer van goederen, diensten, personen en kapitaal. Deze bepalingen zijn onder bepaalde omstandigheden toepasselijk op overeenkomsten, besluiten en onderling afgestemde gedragingen in de zin van artikel 81, lid 1; zie in die zin zaak C-309/99, *Wouters*, Jurispr. 2002, blz. I-1577, punt 120.
- (91) Zie in dit verband zaak T-51/89, *Tetra Pak (I)*, Jurispr. 1990, blz. II-309, en gevoegde zaken T-191/98, T-212/98 en T-214/98, *Atlantic Container Line (TACA)*, Jurispr. 2003, blz. II-... , punt 1456.
- (92) Dit is hoe punt 135 van de richtsnoeren inzake verticale beperkingen en de punten 36, 71, 105, 134 en 155 van de richtsnoeren inzake horizontale samenwerkingsovereenkomsten, beide aangehaald in noot 5, moeten worden begrepen wanneer daarin wordt verklaard dat in beginsel beperkende overeenkomsten tussen ondernemingen met een machtspositie niet kunnen worden vrijgesteld.
- (93) Volwaardige gemeenschappelijke ondernemingen (gemeenschappelijke ondernemingen dus die duurzaam alle functies van een zelfstandige economische eenheid vervullen) vallen onder Verordening (EEG) nr. 4064/89 betreffende de controle op concentraties van ondernemingen (PB L 257 van 21.9.1990, blz. 13).
- (94) Zie punt 21 van het in noot 54 aangehaalde arrest in de zaak *Metro (I)*.
- (95) Zie punt 71.
- (96) Zie in dit verband zaak 228/97, *Irish Sugar*, Jurispr. 1999, blz. II-2969, punt 101.
-



## BERICHT AAN DE LEZERS

### HET PUBLICATIEBLAD VAN DE EUROPESE UNIE IN 20 TALEN

Vanaf **1 mei 2004**, de datum van toetreding tot de Europese Unie van de tien nieuwe lidstaten (Tsjechië, Estland, Cyprus, Letland, Litouwen, Hongarije, Malta, Polen, Slovenië en Slowakije), verschijnt de papieren editie van de L- en de C-reeks van het *Publicatieblad van de Europese Unie* in de 20 officiële talen van de Europese Unie.

De „kleurenband” op de rug van de omslag verdwijnt en de taal wordt op de voorkant aangeduid met de ISO-code: Spaans (ES), Tsjechisch (CS), Deens (DA), Duits (DE), Ests (ET), Grieks (EL), Engels (EN), Frans (FR), Italiaans (IT), Lets (LV), Litouws (LT), Hongaars (HU), Maltees (MT), Nederlands (NL), Pools (PL), Portugees (PT), Slowaaks (SK), Sloveens (SL), Fins (FI) en Zweeds (SV).

De cd-rom-uitgave van de L- en de C-reeks zal eveneens in de 20 talen beschikbaar zijn vanaf het meinummer.

### HET „ACQUIS COMMUNAUTAIRE” IN NEGEN NIEUWE TALEN

De publicatie van het „acquis communautaire” in de nieuwe officiële talen is in voorbereiding. Deze uitgave zal beschikbaar zijn:

— als papieren editie, in de vorm van een abonnement. De volumes worden verstuurd zodra zij beschikbaar zijn. De prijs bedraagt 2 000 EUR.

Elk volume zal ook apart verkrijgbaar zijn vanaf de volledige publicatie van alle volumes;

— als cd-rom-uitgave, vanaf het ogenblik dat alle volumes gepubliceerd zijn als papieren editie. De prijs van de cd-rom is vastgesteld op 1 000 EUR;

— in EUR-Lex.

Het eerste van de iets meer dan 200 volumes (het juiste aantal is nog niet gekend) van het „acquis communautaire” is nu beschikbaar in zeven nieuwe officiële talen. Het eerste volume van de Maltese en de Letlandse serie verschijnt in de nabije toekomst.

Voor meer informatie, gelieve contact op te nemen met een van onze verkoopkantoren (zie de laatste bladzijde van de omslag).