

Publicatieblad

van de Europese Unie

C 208

Uitgave
in de Nederlandse taal

Mededelingen en bekendmakingen

50e jaargang
6 september 2007

Nummer

Inhoud

Bladzijde

IV Informatie

INFORMATIE OVER DE EUROPESE ECONOMISCHE RUIMTE

Toezichhoudende Autoriteit van de EVA

2007/C 208/01

Richtsnoeren betreffende de toepassing van artikel 53, lid 3, van de EER-overeenkomst 1

NL

IV

(Informatie)

INFORMATIE OVER DE EUROPESE ECONOMISCHE RUIMTE

TOEZICHTHOUDENDE AUTORITEIT VAN DE EVA

Richt snoeren betreffende de toepassing van artikel 53, lid 3, van de EER-overeenkomst

(2007/C 208/01)

- A. Deze mededeling wordt bekendgemaakt ingevolge de bepalingen van de Overeenkomst betreffende de Europese Economische Ruimte (hierna „de EER-overeenkomst” genoemd) en de Overeenkomst tussen de EVA-staten betreffende de oprichting van een Toezichthoudende Autoriteit en een Hof van Justitie (hierna „de Toezichtovereenkomst” genoemd).
- B. De Europese Commissie (hierna „de Commissie” genoemd) heeft een mededeling met als titel „Richt snoeren betreffende de toepassing van artikel 81, lid 3, van het Verdrag” bekendgemaakt ⁽¹⁾. In dat niet-bindende besluit worden de beginselen uiteengezet die de Commissie bij de toepassing van de uitzondering van artikel 81, lid 3, volgt.
- C. De Toezichthoudende Autoriteit van de EVA beschouwt deze mededeling als relevant voor de EER. Teneinde gelijke mededingingsvoorwaarden te handhaven en een uniforme toepassing van de EER-mededingingsvoorschriften in de hele Europese Economische Ruimte te verzekeren, stelt de Autoriteit deze mededeling vast uit hoofde van de haar bij artikel 5, lid 2, onder b), van de Toezichtovereenkomst verleende bevoegdheid. Zij is voornemens de in deze mededeling neergelegde beginselen en regels te volgen wanneer zij de EER-mededingingsregels in een bepaalde zaak toepast ⁽²⁾.
- D. Met name is het de bedoeling van deze mededeling uiteen te zetten hoe de Toezichthoudende Autoriteit van de EVA de voorwaarden voor de vrijstelling van artikel 53, lid 3, uitlegt en de nodige aanwijzingen te geven over hoe de Toezichthoudende Autoriteit van de EVA artikel 53 in een bepaalde zaak zal toepassen.
- E. Deze mededeling is van toepassing op alle zaken waarvoor de Toezichthoudende Autoriteit van de EVA uit hoofde van artikel 56 van de EER-overeenkomst de bevoegde toezichthouder is.

1. INLEIDING

- (1) Artikel 53, lid 3, van de EER-overeenkomst bevat een uitzonderingsregeling die ondernemingen bescherming biedt tegen de vaststelling van een inbreuk op artikel 53,

lid 1, van de EER-overeenkomst. Overeenkomsten, besluiten van ondernemersverenigingen en onderling afgestemde feitelijke gedragingen ⁽³⁾ als bedoeld in artikel 53, lid 1, die aan de voorwaarden van artikel 53, lid 3, voldoen, zijn geldig en afdwingbaar, zonder dat hiertoe een voorafgaande beslissing is vereist.

⁽¹⁾ PB C 101 van 27.4.2004, blz. 97.

⁽²⁾ De bevoegdheid individuele zaken te behandelen die onder de artikelen 53 en 54 van de EER-overeenkomst vallen, is verdeeld tussen de Toezichthoudende Autoriteit en de Europese Commissie volgens de regels vastgesteld in artikel 56 van de EER-overeenkomst. Slechts één van de beide toezichthouders is bevoegd een bepaalde zaak te behandelen.

(2) Artikel 53, lid 3, kan worden toegepast op individuele zaken of — via met communautaire groepsvrijstellingsverordeningen overeenstemmende besluiten als bedoeld in

⁽³⁾ In wat volgt, sluit het begrip „overeenkomst” onderling afgestemd feitelijke gedragingen en besluiten van ondernemersverenigingen in.

- bijlage XIV bij de EER-overeenkomst (hierna „groepsvrijstellingen” genoemd) — op groepen overeenkomsten en onderling afgestemde feitelijke gedragingen. Hoofdstuk II van Protocol 4 bij de Toezichtovereenkomst (hierna „hoofdstuk II” genoemd) ⁽⁴⁾ doet geen afbreuk aan de geldigheid en het wettelijke karakter van groepsvrijstellingen. Alle bestaande groepsvrijstellingen blijven van kracht en overeenkomsten die onder een groepsvrijstelling vallen, zijn juridisch geldig en afdwingbaar, zelfs wanneer zij de mededinging beperken in de zin van artikel 53, lid 1. Dergelijke overeenkomsten kunnen alleen voor de toekomst worden verboden, en enkel na een formele intrekking van de groepsvrijstelling door de Toezichthoudende Autoriteit van de EVA of door een mededingingsautoriteit van de EER-staten ⁽⁵⁾. 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 afspraken, betreffende horizontale samenwerkingsovereenkomsten en betreffende overeenkomsten inzake technologieoverdracht ⁽⁶⁾ handelen over de toepassing van artikel 53 op diverse soorten overeenkomsten en onderling afgestemde feitelijke gedragingen. Doel van die richtsnoeren is het standpunt van de Toezichthoudende Autoriteit van de EVA uiteen te zetten betreffende de materiële toetsingscriteria die op de verschillende soorten overeenkomsten en gedragingen worden toegepast.
- (4) In deze richtsnoeren wordt uiteengezet hoe de Toezichthoudende Autoriteit van de EVA de voorwaarden voor de uitzondering van artikel 53, lid 3, uitlegt. Zij geeft hiermee aanwijzingen over hoe ze artikel 53 in individuele zaken zal toepassen. Zijn deze richtsnoeren weliswaar niet bindend voor de rechterlijke instanties en de autoriteiten in de EVA-staten, toch zijn zij ook bedoeld om hun aanwijzingen te geven wanneer zij artikel 53, leden 1 en 3, van de EER-overeenkomst toepassen.
- (5) Deze richtsnoeren scheppen een beoordelingskader voor de toepassing van artikel 53, lid 3. Het doel is een methodologie voor de toepassing van deze bepaling te ontwikkelen. Deze methodologie is gebaseerd op de
- (6) Wanneer de overeenkomst houdende wijziging van Protocol 4 bij de Overeenkomst tussen de EVA-staten betreffende de oprichting van een Toezichthoudende Autoriteit en een Hof van Justitie van 24 september 2004 in werking is getreden, zal Verordening (EG) nr. 1/2003 (PB L 1 van 4.1.2003, blz. 1) met hoofdstuk II van Protocol 4 bij de Toezichtovereenkomst in ruime mate in de EVA-pijler zijn weerspiegeld.
- (7) Zie punt 36.
- (8) Zie Toezichthoudende Autoriteit van de EVA — Richtsnoeren inzake verticale afspraken (PB C 122 van 23.5.2002, blz. 1 en EER-Supplement bij het Publicatieblad, nr. 26 van 23.5.2002, blz. 7); Toezichthoudende Autoriteit van de EVA — Richtsnoeren inzake de toepasselijkheid van artikel 53 van de EER-overeenkomst op horizontale samenwerkingsovereenkomsten (PB C 266 van 31.10.2002, blz. 1 en EER-Supplement bij het Publicatieblad, nr. 55 van 31.10.2002, blz. 1), en Toezichthoudende Autoriteit van de EVA — Richtsnoeren voor de toepassing van artikel 53 van de EER-overeenkomst op overeenkomsten inzake technologieoverdracht (nog niet goedgekeurd).
- economische benadering die al in de richtsnoeren betreffende verticale beperkingen, betreffende horizontale samenwerkingsovereenkomsten en betreffende overeenkomsten inzake technologieoverdracht werd geïntroduceerd en ontwikkeld. De Toezichthoudende Autoriteit van de EVA zal deze onderhavige richtsnoeren volgen, die meer gedetailleerde aanwijzingen over de toepassing van de vier voorwaarden van artikel 53, lid 3, bevatten dan de richtsnoeren inzake verticale beperkingen, betreffende horizontale samenwerkingsovereenkomsten en betreffende 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 EVA-Hof en van het Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen op grond van de overeenkomstige bepalingen in het EG-Verdrag ⁽⁷⁾. De Toezichthoudende Autoriteit van de EVA 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 Autoriteit is echter onverminderd de rechtspraak van het EVA-Hof, van het Hof van Justitie en het Gerecht van eerste aanleg van de Europese Gemeenschappen betreffende de interpretatie van artikel 53, leden 1 en 3, en de uitlegging die het EVA-Hof en de communautaire rechtscolleges in de toekomst aan deze bepalingen kunnen geven.

2. HET ALGEMENE KADER VAN ARTIKEL 53 VAN DE EER-OVEREENKOMST

2.1. Bepalingen van de EER-overeenkomst

- (8) Op grond van artikel 53, lid 1, zijn alle overeenkomsten tussen ondernemingen, alle besluiten van ondernemersverenigingen en alle onderling afgestemde feitelijke gedragingen welke de handel tussen de Overeenkomstsluitende
- ⁽⁷⁾ In artikel 6 van de EER-overeenkomst is bepaald dat, onverminderd de toekomstige ontwikkelingen van de jurisprudentie, de bepalingen van die Overeenkomst, voor zover zij in essentie gelijk zijn aan de overeenkomstige regels van het Verdrag tot oprichting van de Europese Economische Gemeenschap en het Verdrag tot oprichting van de Europese Gemeenschap voor Kolen en Staal en de ter uitvoering van deze twee Verdragen aangenomen besluiten, wat de tenuitvoerlegging en toepassing betreft, worden uitgelegd overeenkomstig de desbetreffende uitspraken van het Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen daterende van vóór de ondertekening van de EER-overeenkomst. Wat de desbetreffende uitspraken daterende van na de ondertekening van deze Overeenkomst betreft, volgt uit artikel 3, lid 2, van de Toezichtovereenkomst, dat de Toezichthoudende Autoriteit van de EVA en het EVA-Hof rekening moeten houden met de in die uitspraken vervatte beginselen.

Partijen bij de EER-overeenkomst ongunstig kunnen beïnvloeden⁽⁸⁾ en ertoe strekken of ten gevolge hebben dat de mededinging wordt verhinderd, beperkt of vervalst, verboden⁽⁹⁾.

(9) Als uitzondering op deze regel is in artikel 53, lid 3, bepaald dat het verbod van artikel 53, 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 hoofdstuk II zijn overeenkomsten als bedoeld in artikel 53, lid 1, van de EER-overeenkomst die niet aan de voorwaarden van artikel 53, lid 3, voldoen, verboden, zonder dat hiertoe een voorafgaande beslissing is vereist⁽¹⁰⁾. Volgens artikel 1, lid 2, van hoofdstuk II zijn overeenkomsten als bedoeld in artikel 53, lid 1, die aan de voorwaarden van artikel 53, lid 3, van de EER-overeenkomst 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 53, lid 3, en zolang dat het geval blijft.

(11) De toetsing aan artikel 53 bestaat dus uit twee delen. In de eerste fase wordt onderzocht of een overeenkomst tussen ondernemingen die de handel tussen de Overeenkomstsluitende Partijen bij de EER-overeenkomst ongunstig kan beïnvloeden, van mededingingsbeperkende strekking is dan wel daadwerkelijk of potentieel⁽¹¹⁾ 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 53, lid 3, vastgestelde kader plaats⁽¹²⁾.

⁽⁸⁾ Op het begrip „beïnvloeding van de handel tussen overeenkomstsluitende partijen bij de EER-overeenkomst” wordt in afzonderlijke richtsnoeren ingegaan; zie Toezichthoudende Autoriteit van de EVA — Richtsnoeren betreffende het begrip „beïnvloeding van de handel” in de artikelen 53 en 54 van de EER-overeenkomst (nog niet bekendgemaakt).

⁽⁹⁾ In wat volgt, sluit het begrip „beperking” de verandering en vervalsing van de mededinging in.

⁽¹⁰⁾ Volgens artikel 53, lid 2, zijn dergelijke overeenkomsten van rechtswege nietig.

⁽¹¹⁾ Artikel 53, lid 1, verbiedt zowel daadwerkelijke als potentiële mededingingsverstoringen; zie in dit verband zaak C-7/95 P, John Deere, Jurispr. 1998, blz. I-3111, punt 77.

⁽¹²⁾ Zie zaak T-65/98, Van den Bergh Foods, Jurispr. 2003, blz. II-4653, 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 van de Europese Gemeenschappen verklaarde dat slechts binnen het strikte kader van artikel 81, lid 3, van het EG-Verdrag de positieve en negatieve gevolgen van een beperking voor de mededinging tegen elkaar kunnen worden afgewogen.

(12) Voor de beoordeling van eventuele compenserende voordelen onder artikel 53, lid 3, dient noodzakelijkerwijs vooraf te worden vastgesteld dat de overeenkomst beperkend is qua karakter en impact. Om artikel 53, lid 3, in zijn juiste context te situeren is het passend kort de doelstelling en belangrijkste inhoud van de verbodsbepaling van artikel 53, lid 1, te schetsen. In de richtsnoeren van de Toezichthoudende Autoriteit van de EVA betreffende verticale afspraken, betreffende horizontale samenwerkingsovereenkomsten en betreffende overeenkomsten inzake technologieoverdracht⁽¹³⁾ worden uitgebreide aanwijzingen gegeven wat betreft de toepassing van artikel 53, lid 1, op diverse soorten overeenkomsten. Daarom zijn deze richtsnoeren beperkt tot het herhalen van het fundamentele beoordelingskader voor de toepassing van artikel 53, lid 1.

2.2. De verbodsbepaling van artikel 53, lid 1

2.2.1. Algemene opmerkingen

(13) Doel van artikel 53 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 EER-markt bijdraagt tot een doelmatige middelenallocatie binnen het door de EER-overeenkomst bestreken grondgebied — in het belang van de gebruikers.

(14) De verbodsbepaling van artikel 53, lid 1, is van toepassing op mededingingsbeperkende overeenkomsten en onderling afgestemde feitelijke gedragingen tussen ondernemingen en besluiten van ondernemersverenigingen voor zover zij de handel tussen Overeenkomstsluitende Partijen bij de EER-overeenkomst ongunstig kunnen beïnvloeden. Een algemeen onderliggend beginsel is dat iedere ondernemer zelfstandig moet bepalen welk beleid hij op de markt zal voeren⁽¹⁴⁾. „Overeenkomsten”, „besluiten” en „onderling afgestemde feitelijke gedragingen” zijn begrippen uit het EER-recht die het mogelijk maken te onderscheiden tussen de eenzijdige gedragingen van een onderneming en onderling afgestemde gedragingen van of heimelijke verstandhouding tussen ondernemingen⁽¹⁵⁾. Voor eenzijdige gedragingen is, wat het EER-mededingingsrecht betreft, enkel artikel 54 van de EER-overeenkomst van toepassing. Bovendien is de in artikel 3, lid 2, van hoofdstuk II beschreven convergentieregel niet van toepassing op eenzijdige gedragingen. Deze bepaling geldt alleen voor overeenkomsten, besluiten en onderling afgestemde feitelijke gedragingen die de handel tussen Overeenkomstsluitende Partijen bij de EER-overeenkomst ongunstig kunnen beïnvloeden. Overeenkomstig artikel 3, lid 2,

⁽¹³⁾ Zie voetnoot 6.

⁽¹⁴⁾ 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. Zie in dit verband ook zaak E-3/97, Jan en Kristian Jæger AS/Opel Norge AS, Jurispr. EVA-Hof 1998, blz. 1.

⁽¹⁵⁾ Zie in dit verband de in voorgaande voetnoot aangehaalde arresten in zaak E-3/98 en zaak-Anic Partecipazioni (punt 108), en zaak C-277/87, Sandoz Prodotti, Jurispr. 1990, blz. I-45.

kunnen dergelijke overeenkomsten, besluiten en onderling afgestemde feitelijke gedragingen, wanneer zij niet door artikel 53 zijn verboden, niet door nationale mededingingswetgeving worden verboden. Artikel 3 van hoofdstuk II laat het fundamentele beginsel onverlet dat elk conflict tussen de ten uitvoer gelegde EER-regels en nationale wetgeving op zodanige wijze moeten worden opgelost dat de EER-regels voorrang hebben. Zodoende kunnen overeenkomsten en inbreukmakende praktijken die op grond van de artikelen 53 en 54 zijn verboden, niet door nationale wetgeving worden toegestaan ⁽¹⁶⁾.

(15) Het soort onderlinge afstemming of heimelijke verstandhouding tussen ondernemingen dat binnen het bereik van artikel 53, lid 1, valt, is datgene waarbij minstens één onderneming zich tegenover 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 ⁽¹⁷⁾. 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 beïnvloeden doordat zij een verandering in haar stimuli teweegbrengen. Het is niet vereist dat de onderlinge afstemming in het belang is van alle betrokken ondernemingen ⁽¹⁸⁾. 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 ⁽¹⁹⁾. Onder bepaalde omstandigheden kan het bestaan van een overeenkomst worden afgeleid uit en toegerekend aan de bestaande commerciële relaties tussen de partijen ⁽²⁰⁾. 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 ⁽²¹⁾.

(16) Overeenkomsten tussen ondernemingen vallen onder de verbodsbepaling van artikel 53, 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.

⁽¹⁶⁾ Zie in dit verband zaak E-1/94, Restamark, Jurispr. EVA-Hof, 1994-1995, blz. 15; zaak 14/68, Walt Wilhelm, Jurispr. 1969, blz. 1, en recenter zaak T-203/01, Michelin II, Jurispr. 2003, blz. II-4071, punt 112.

⁽¹⁷⁾ 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.

⁽¹⁸⁾ Zie in die zin zaak C-453/99, Courage/Crehan, Jurispr. 2001, blz. I-6297, en punt 3444 van het in voorgaande voetnoot aangehaalde arrest in de zaak-Cimenteries CBR.

⁽¹⁹⁾ Zie in dit verband gevoegde zaken C-2/01 P en C-3/01 P, Bundesverband der Arzneimittel-Importeure, Jurispr. 2004, blz. I-23, punt 102.

⁽²⁰⁾ Zie bv. gevoegde zaken 25 en 26/84, Ford, Jurispr. 1985, blz. 2725.

⁽²¹⁾ Zie in dit verband punt 141 van het in voetnoot 19 aangehaalde arrest in de zaak-Bundesverband der Arzneimittel-Importeure.

2.2.2. De basisbeginselen voor de toetsing van overeenkomsten aan artikel 53, 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 beweerde beperkingen, zou afspelen ⁽²²⁾. Bij het uitvoeren van deze beoordeling dient te worden nagegaan wat de te verwachten impact van de overeenkomst is op de *interbrand-concurrentie* (concurrentie tussen aanbieders van concurrerende merken) en op de *intra-brand-concurrentie* (concurrentie tussen distributeurs van hetzelfde merk). Met artikel 53, lid 1, worden beperkingen van zowel inter- als intra-brand-concurrentie verboden ⁽²³⁾.

(18) Met het oog op de beoordeling van de vraag of een overeenkomst dan wel afzonderlijke onderdelen daarvan de interbrand- en/of intra-brand-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 *interbrand-concurrentie*, terwijl de *tweede vraag* betrekking heeft op de impact van de overeenkomst op de *intra-brand-concurrentie*. Aangezien het mogelijk is dat beperkingen terzelfder tijd zowel de interbrand- als de intra-brand-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 53, 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 53, 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 EER-staten 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

⁽²²⁾ Zie zaak 56/65, Société Technique Minière, Jurispr. 1966, blz. 392, en punt 76 van het in voetnoot 11 aangehaalde arrest in de zaak-John Deere.

⁽²³⁾ Zie in dit verband bv. gevoegde zaken 56/64 en 58/66, Consten en Grundig, Jurispr. 1966, blz. 429.

voeren, worden de partijen ten aanzien van die activiteit niet als concurrenten beschouwd⁽²⁴⁾. 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 beperkingen(en)? Zo ja, dan kan de overeenkomst onder de toepassing van artikel 53, 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 53, lid 1, vallen indien de beperking objectief noodzakelijk is voor het bestaan van een overeenkomst van die soort of die aard⁽²⁵⁾. Dergelijke uitsluiting van de toepassing van artikel 53, 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 53, lid 1, vallen wanneer de beperkingen objectief noodzakelijk zijn, wil de distributeur een nieuwe markt kunnen penetreren⁽²⁶⁾. 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 is aan de betrokken onderneming.

- (19) Bij het toepassen van het beoordelingskader zoals dat in het voorgaande punt werd beschreven, dient rekening te

⁽²⁴⁾ 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).

⁽²⁵⁾ Zie in dit verband het in voetnoot 22 aangehaalde arrest in de zaak-Société Technique Minière, en het arrest in zaak 258/78, Nungesser, Jurispr. 1982, blz. 2015.

⁽²⁶⁾ Zie regel 10 van punt 119 van de in voetnoot 5 aangehaalde richtsnoeren betreffende verticale afspraken (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 53, lid 1, te vallen, wanneer de beperking met het toegankelijk maken van nieuwe product- of geografische markten verband houdt.

worden gehouden met het feit dat in artikel 53, 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 53, lid 1, alleen verboden wanneer zij ertoe strekt of ten gevolge heeft de interbrand-en/of de intrabrand-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⁽²⁷⁾. Met andere woorden, voor de toepassing van artikel 53, lid 1, hoeven geen daadwerkelijke mededingingsbeperkende effecten te worden aangetoond wanneer de overeenkomst tot beperking van de mededinging strekt. Daarentegen wordt in artikel 53, lid 3, niet onderscheiden tussen overeenkomsten die tot beperking van de mededinging strekken, en overeenkomsten die mededingingsbeperking ten gevolge hebben. Artikel 53, lid 3, geldt voor alle overeenkomsten die aan de vier daarin vermelde voorwaarden voldoen⁽²⁸⁾.
- (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 EER-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 53, 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 EER-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⁽²⁹⁾. 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

⁽²⁷⁾ Zie bv. punt 99 van het in voetnoot 14 aangehaalde arrest in de zaak-Anic Partecipazioni.

⁽²⁸⁾ Zie punt 47.

⁽²⁹⁾ Zie gevoegde zaken 29 en 30/83, CRAM en Rheinzink, Jurispr. 1984, blz. 1679, punt 26, en gevoegde zaken 96/82 e.a., NAVWEA e.a., Jurispr. 1983, blz. 3369, punten 23 tot 25.

vooral 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 groepsvrijstellingen, richtsnoeren, bekendmakingen en mededelingen van de Toezichthoudende Autoriteit van de EVA. Beperkingen die in groepsvrijstellingen op de zwarte lijst zijn gezet of die in richtsnoeren, bekendmakingen en mededelingen als hardcore beperkingen zijn aangemerkt, worden in de regel door de Autoriteit 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⁽³⁰⁾. 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⁽³¹⁾.
- (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⁽³²⁾. 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⁽³³⁾. Dergelijke ongunstige effecten dienen merkbaar te zijn. De verbodsbepaling van artikel 53, lid 1, geldt niet wanneer de vastgestelde mededingingsbeperkende gevolgen te verwaarlozen zijn⁽³⁴⁾. Dit criterium is een weerspiegeling van de economische benadering die de Toezichthoudende Autoriteit van de EVA volgt. Het verbod van artikel 53, 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⁽³⁵⁾. Om tot die bevinding te komen, is het niet voldoende dat de marktaandelen de in de de-minimisbepaaldmaking van de Toezichthoudende Autoriteit van de EVA⁽³⁶⁾ beschreven drempels overschrijden. Overeenkomsten die onder de „vrijplaatsen” van de groepsvrijstellingen vallen, kunnen doch hoeven niet noodzakelijk onder de toepassing van artikel 53, lid 1, te vallen. Bovendien is het feit dat op basis van de marktaandelen van de partijen een overeenkomst buiten de „vrijplaatsen” van een groepsvrijstelling valt, op zich een ontoereikende basis om te besluiten dat de overeenkomst onder de toepassing van artikel 53, lid 1, valt of dat zij niet aan de voorwaarden van artikel 53, 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

⁽³⁰⁾ Zie punt 25 van de in voetnoot 6 aangehaalde richtsnoeren betreffende horizontale samenwerkingsovereenkomsten en artikel 5 van het in punt 6 van bijlage XIV bij de EER-overeenkomst bedoelde besluit (Verordening (EG) nr. 2658/2000 betreffende de toepassing van artikel 81, lid 3, van het Verdrag op groepen specialisatieovereenkomsten, PB L 304 van 5.12.2000, blz. 4), opgenomen in de EER-overeenkomst bij Besluit nr. 113/2000 van het Gemengd Comité van de EER van 22 december 2000 (PB L 52 van 22.2.2001, blz. 38 en EER-Supplement bij het Publicatieblad, nr. 9 van 22.2.2001, blz. 5), per 1.1.2001 inwerking getreden.

⁽³¹⁾ Zie artikel 4 van het in punt 2 van bijlage XIV bij de EER-overeenkomst bedoelde besluit (Verordening (EG) nr. 2790/1999 van de Commissie 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, 29.12.1999, blz. 21), opgenomen in de EER-overeenkomst bij Besluit nr. 18/2000 van het Gemengd Comité van de EER van 28 januari 2000 (PB L 103 van 12.4.2001, blz. 36) en de in voetnoot 6 aangehaalde richtsnoeren betreffende verticale afspraken, punten 46 e.v. (PB C 122 van 23.5.2002, blz. 1 en EER-Supplement bij het Publicatieblad, nr. 26 van 23.5.2002, blz. 7). 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.

⁽³²⁾ Zie punt 77 van het in voetnoot 10 aangehaalde arrest in de zaak John Deere.

⁽³³⁾ 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 voetnoot 12 aangehaalde arrest in de zaak-Métropole télévision (M6). Dit strookt met het feit dat artikel 53 tot doel heeft de mededinging op de markt te beschermen — in het voordeel van de gebruikers.

⁽³⁴⁾ 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 Toezichthoudende Autoriteit van de EVA inzake overeenkomsten van geringe betekenis die de mededinging niet merkbaar beperken in de zin van artikel 53, lid 1, van de EER-overeenkomst (de minimis) (PB C 67 van 20.3.2003, blz. 20 en EER-Supplement bij het Publicatieblad, nr. 15 van 20.3.2003, blz. 11). In deze bekendmaking wordt de merkbaarheid negatief omschreven. Overeenkomsten die buiten het toepassingsbereik van de de-minimisbepaaldmaking vallen, hebben niet noodzakelijk merkbaar beperkende gevolgen. Een individuele beoordeling is vereist.

⁽³⁵⁾ Zie in dit verband gevoegde zaken T-374/94 e.a., European Night Services, Jurispr. 1998, blz. II-3141. Zie ook zaak E-8/00, Landsorganisasjonen i Norge e.a./Kommunenenes Sentralforbund e.a., Jurispr. EVA-Hof 2002, blz. 114, en zaak E-7/01, Hegelstad Eiendomsselskap Arvid B. Hegelstad e.a./Hydro Texaco AS, Jurispr. EVA-Hof 2002, blz. 310.

⁽³⁶⁾ Zie voetnoot 35.

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 53, 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 53, lid 1, is geringer dan de omvang van de marktmacht welke is vereist om te besluiten tot een machtspositie in de zin van artikel 54.
- (27) Om de beperkende gevolgen van een overeenkomst te beoordelen, is het in de regel nodig de relevante markten af te bakenen⁽³⁷⁾. 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 betreffende horizontale samenwerkingsovereenkomsten en de richtsnoeren betreffende verticale restricties bieden een gedetailleerd kader om de impact van diverse soorten horizontale en verticale overeenkomsten te toetsen aan artikel 53, lid 1⁽³⁸⁾.

2.2.3. Nevenrestricties

- (28) In punt 18 wordt een kader geboden voor het onderzoek van de impact van een overeenkomst en haar individuele beperkingen op interbrand- en intrabrand-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 53, lid 1, verenigbaar zijn omdat zij ondergeschikt zijn aan de niet-beperkende hoofdtransactie.
- (29) In het EER-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⁽³⁹⁾. Heeft een overeenkomst (bijvoorbeeld een distributieovereenkomst of een gemeenschappelijke onderneming) in haar belangrijkste onderdelen geen mededingingsbeperkende strekking of heeft zij 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 53, lid 1⁽⁴⁰⁾. 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 18, onder 2, beschreven onderzoek. Het onderzoek naar de nevenrestricties geldt echter voor alle gevallen waarin de hoofdtransactie de mededinging niet beperkt⁽⁴¹⁾. Dit onderzoek is niet beperkt tot het bepalen van de impact van de overeenkomst op intrabrand-concurrentie.

- (30) De toepassing van het concept „nevenrestricties” moet worden onderscheiden van de toepassing van de bescherming op grond van artikel 53, 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 53, lid 3⁽⁴²⁾.
- (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⁽⁴³⁾. 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 53, lid 1⁽⁴⁴⁾. Evenzo kunnen, wanneer een gemeenschappelijke onderneming op zich niet mededingingsbeperkend is, de beperkingen die voor het functioneren van de overeenkomst noodzakelijk zijn, als

⁽³⁷⁾ Zie in dit verband de bekendmaking van de Toezichthoudende Autoriteit van de EVA inzake de bepaling van de relevante markt voor het mededingingsrecht in de Europese Economische Ruimte (PB L 200 van 16.7.1998, blz. 48 en EER-Supplement bij het Publicatieblad, nr. 28 van 16.7.1998, blz. 3).

⁽³⁸⁾ Voor de referenties in het Publicatieblad, zie voetnoot 6.

⁽³⁹⁾ Zie punt 104 van het in voetnoot 12 aangehaalde arrest in de zaak-Métropole télévision (M6) e.a.

⁽⁴⁰⁾ Zie bv. zaak C-399/93, Luttikhuis, Jurispr. 1995, blz. I-4515, punten 12 tot 14.

⁽⁴¹⁾ Zie in dit verband punten 118 e.v. van het in voetnoot 12 aangehaalde arrest in de zaak-Métropole télévision.

⁽⁴²⁾ Zie punt 107 van het in voetnoot 12 aangehaalde arrest in de zaak-Métropole télévision.

⁽⁴³⁾ Zie bv. de in voetnoot 24 aangehaalde beschikking van de Commissie in de zaak-Elopak/Metal Box-Odin.

⁽⁴⁴⁾ Zie zaak 161/84, Pronuptia, Jurispr. 1986, blz. 353.

ondergeschikt aan de hoofdtransactie worden beschouwd — en dus niet onder de toepassing van artikel 53, lid 1, vallen. Zo is de Commissie bijvoorbeeld in de zaak-TPS⁽⁴⁵⁾ 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 neven-restrictie 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 53, lid 3

- (32) De toetsing aan artikel 53, 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 53, lid 3, is weergegeven, is het onderzoek naar de positieve economische gevolgen van beperkende overeenkomsten.
- (33) Doel van de EER-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⁽⁴⁶⁾. 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 EER-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 53, lid 1, en artikel 53, 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⁽⁴⁷⁾.
- (34) Voor de toepassing van de uitzonderingsregeling van artikel 53, 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 53, lid 3, kan worden toegepast op individuele overeenkomsten of — via een groepsvrijstelling — 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 hoofdstuk II om aan te tonen dat hun individuele overeenkomst voldoet aan elk van de voorwaarden van artikel 53, lid 3. Zij moeten enkel aantonen dat voor de beperkende overeenkomst een groepsvrijstelling geldt. De toepassing van artikel 53, lid 3, op groepen overeenkomsten in de vorm van groepsvrijstellingen is gebaseerd op de aanname dat beperkende overeenkomsten die onder het toepassingsbereik ervan vallen⁽⁴⁸⁾, voldoen aan elk van de vier voorwaarden van artikel 53, lid 3.
- (36) Indien in een individueel geval de overeenkomst onder de toepassing van artikel 53, lid 1, valt en niet is voldaan aan de voorwaarden van artikel 53, lid 3, kan de groepsvrijstelling worden ingetrokken. Overeenkomstig artikel 29, lid 1, van hoofdstuk II is de Toezichthoudende Autoriteit van de EVA 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 53, lid 3, van de EER-overeenkomst onverenigbare effecten heeft. Overeenkomstig artikel 29, lid 2, van hoofdstuk II kan ook een mededingingsautoriteit in een EVA-staat het voordeel van een groepsvrijstelling op zijn grondgebied (of op een gedeelte van het grondgebied daarvan) intrekken 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 53, lid 1, en niet voldoet aan de voorwaarden van artikel 53, lid 3.

- (37) De rechterlijke instanties van de EVA-staten zijn niet bevoegd groepsvrijstellingen in te trekken. Bovendien mogen de rechterlijke instanties in de EVA-staten bij hun

⁽⁴⁵⁾ Zie voetnoot 24. Deze beschikking werd bevestigd door het Gerecht van eerste aanleg van de Europese Gemeenschappen in het in voetnoot 12 aangehaalde arrest in de zaak-Métropole télévision.

⁽⁴⁶⁾ 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 49).

⁽⁴⁷⁾ Zie het in voetnoot 23 aangehaalde arrest in de zaak-Corsten en Grundig.

⁽⁴⁸⁾ Het feit dat een overeenkomst onder een groepsvrijstelling valt, betekent op zich nog niet dat de individuele overeenkomst onder de toepassing van artikel 53, lid 1, valt.

toepassing van de groepsvrijstellingen de draagwijdte van de vrijstelling niet wijzigen door de werkingsfeer ervan uit te breiden tot overeenkomsten die niet onder de betrokken groepsvrijstelling vallen ⁽⁴⁹⁾. Buiten het toepassingsgebied van groepsvrijstellingen zijn de rechterlijke instanties van de EVA-staten bevoegd artikel 53 in zijn geheel toe te passen (cf. artikel 6 van hoofdstuk II).

3. DE TOEPASSING VAN DE VIER VOORWAARDEN VAN ARTIKEL 53, LID 3

- (38) In het resterende deel van deze richtsnoeren zal elk van de vier voorwaarden van artikel 53, lid 3, nader worden onderzocht ⁽⁵⁰⁾. Aangezien deze vier voorwaarden cumulatief zijn ⁽⁵¹⁾, hoeven, zodra is gebleken dat aan één van de voorwaarden van artikel 53, 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 53 zijn verboden.

3.1. Algemene beginselen

- (40) Artikel 53, lid 3, van de EER-overeenkomst wordt alleen relevant wanneer een overeenkomst tussen ondernemingen de mededinging beperkt in de zin van artikel 83, 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 53, lid 1, is bewezen, kan artikel 53, lid 3, als bescherming worden ingeroepen. Volgens artikel 2 van hoofdstuk II wordt de bewijslast op grond van artikel 53, lid 3, gedragen door de onderneming(en) die zich op deze uitzonderingsregeling beroept (beroepen). Wanneer niet aan de voorwaarden van artikel 53, lid 3, is voldaan, is de overeenkomst van rechtswege nietig (cf. artikel 53, lid 2). Deze nietigheid van rechtswege betreft evenwel slechts de met artikel 53 onverenigbare bestanddelen van de overeenkomst, indien genoemde bestanddelen van de overeenkomst zelf kunnen

worden losgemaakt ⁽⁵²⁾. 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 ⁽⁵³⁾.

- (42) De vier voorwaarden van artikel 53, lid 3, zijn cumulatief ⁽⁵⁴⁾; 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 53, lid 3, te worden geweigerd ⁽⁵⁵⁾. De vier voorwaarden van artikel 53, 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 bepalingen van de EER-overeenkomst, kunnen in aanmerking worden genomen in zoverre zij onder de vier voorwaarden van artikel 53, lid 3, kunnen worden begrepen ⁽⁵⁶⁾.
- (43) De toetsing van de uit beperkende overeenkomsten voortvloeiende beperkingen aan artikel 53, lid 3, vindt in beginsel plaats binnen de grenzen van elk van de relevante markten waarop de overeenkomst betrekking heeft. De EER-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 ⁽⁵⁷⁾ 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 ⁽⁵⁸⁾. 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

⁽⁵²⁾ Zie het in voetnoot 22 aangehaalde arrest in de zaak-Société Technique Minière.

⁽⁵³⁾ Zie in dit verband het arrest in zaak 319/82, Kerpen & Kerpen, Jurispr. 1983, blz. 4173, punten 11 en 12.

⁽⁵⁴⁾ 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.

⁽⁵⁵⁾ Zie zaak T-213/00, CMA CGM e.a./Commissie, Jurispr. 2003, blz. II-913, punt 226.

⁽⁵⁶⁾ Zie impliciet in die zin punt 139 van het in voetnoot 54 aangehaalde arrest in de zaak-Matra, en zaak 26/76, Metro (I), Jurispr. 1977, blz. 1875, punt 43.

⁽⁵⁷⁾ Over het begrip „gebruikers”, zie punt 84 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 53, lid 3.

⁽⁵⁸⁾ Dit onderzoek is marktspecifiek; zie in dat verband zaak T-131/99, Shaw, Jurispr. 2002, blz. II-2023, punt 163, waar het Gerecht van eerste aanleg van de Europese Gemeenschappen verklaarde dat de toetsing aan artikel 81, lid 3, van het EG-Verdrag moest plaatsvinden binnen hetzelfde beoordelingskader 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 van Justitie van de Europese Gemeenschappen 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, van het EG-Verdrag niet correct was om enkel rekening te houden met de gevolgen voor het nationale grondgebied.

⁽⁴⁹⁾ Zie bv. zaak C-234/89, Delimitis, Jurispr. 1991, blz. I-935, punt 46.

⁽⁵⁰⁾ Wanneer Verordening (EG) nr. 1/2003 in de EER-overeenkomst is opgenomen (zie voetnoot 4), zal met artikel 36, lid 4, daarvan onder meer artikel 5 van het in punt 10 van bijlage XIV bij de EER-overeenkomst bedoelde besluit (Verordening (EEG) nr. 1017/68 van de Raad houdende de toepassing van mededingingsregels op het gebied van het vervoer per spoor, over de weg en over de binnenwateren) worden ingetrokken. Wel blijft de vaste praktijk die op dat besluit is gebaseerd, voor de toepassing van artikel 53, lid 3, op het vervoer over land relevant.

⁽⁵¹⁾ Zie punt 42.

worden genomen, mits de gebruikers die door de beperking worden getroffen en de gebruikers die van de efficiëntiewinsten profiteren, grotendeels dezelfde groep zijn ⁽⁵⁹⁾. 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 ⁽⁶⁰⁾.

- (44) De toetsing van beperkende overeenkomsten aan artikel 53, lid 3, vindt plaats in samenhang met de omstandigheden waarin zij zich afspelen ⁽⁶¹⁾, en op basis van de op een bepaald tijdstip bestaande feiten. Deze toetsing is gevoelig voor substantiële veranderingen in de feiten. De uitzonderingsregeling van artikel 53, 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 ⁽⁶²⁾. Bij de toepassing van artikel 53, 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 53 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 53, lid 1, valt of aan de

voorwaarden van artikel 53, 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 onderzoekproject 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 onderzoekprojecten op te geven, moet daarom worden uitgevoerd zodra de tenuitvoerlegging ervan is voltooid. Wanneer op dat moment de overeenkomst verenigbaar is met artikel 53 — 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 53 verenigbaar, zelfs wanneer nadien de projecten van derden mislukken. Het verbod van artikel 53 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 53 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 53, lid 3, om terdege rekening te houden met voorafgaande verzonken kosten (cf. vorig punt).

- (46) Artikel 53, 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 53, lid 3, onder de uitzonderingsregeling ⁽⁶³⁾. Toch is het zo dat ernstige beperkingen van de mededinging wellicht niet voldoen aan de voorwaarden van artikel 53, lid 3. Dergelijke beperkingen worden in groepsvrijstellingen meestal op een zwarte lijst gezet of zijn in de richtsnoeren, bekendmakingen en mededelingen van de Toezichthoudende Autoriteit van de EVA als hardcore beperkingen aangemerkt. Overeenkomsten van dit soort voldoen (ten minste) niet aan de eerste twee voorwaarden van artikel 53, lid 3. Evenmin leveren zij objectieve economische voordelen ⁽⁶⁴⁾ op of komen zij de gebruikers ten goede ⁽⁶⁵⁾. 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

⁽⁵⁹⁾ 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 van de Europese Gemeenschappen dat artikel 81, lid 3, van het EG-Verdrag 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. De vraag naar beide soorten diensten kwam van verladers die multimodale transportdiensten tussen Noord-Europa en Zuidoost- en Oost-Azië nodig hadden. Ook bij het in voetnoot 55 aangehaalde arrest in de zaak-CGM CMA ging het om een situatie waarin de overeenkomst weliswaar meerdere uiteenlopende diensten omvatte, maar toch dezelfde groep consumenten betrof, namelijk verladers van containervracht tussen Noord-Europa en het Verre Oosten. In het kader van de overeenkomst legden de partijen kosten en toeslagen met betrekking tot de binnenlandse vervoerdiensten, de havendiensten en de zeevervoerdiensten vast. Het Gerecht van eerste aanleg van de Europese Gemeenschappen verklaarde (zie punten 226 tot 228) dat het in de omstandigheden van die zaak niet nodig was relevante markten af te bakenen om artikel 81, lid 3, van het EG-Verdrag toe te passen. De overeenkomst strekte, naar haar aard zelf, ertoe de mededinging te beperken en er waren geen voordelen voor consumenten.

⁽⁶⁰⁾ Zie punten 126 en 132 van de in voetnoot 6 aangehaalde richtsnoeren betreffende horizontale samenwerkingsovereenkomsten.

⁽⁶¹⁾ Zie het in voetnoot 20 aangehaalde arrest in de zaak-Ford.

⁽⁶²⁾ Zie in dit verband bijvoorbeeld de in voetnoot 24 aangehaalde beschikking van de Commissie in de zaak-TPS. Evenzo geldt het verbod van artikel 53, lid 1, enkel zolang de overeenkomst mededingingsbeperking tot doel of ten gevele heeft.

⁽⁶³⁾ Zie punt 85 van het in voetnoot 54 aangehaalde arrest in de zaak-Matra.

⁽⁶⁴⁾ Wat dit vereiste betreft, zie punt 49.

⁽⁶⁵⁾ Zie bv. zaak T-29/92, *Vereniging van Samenwerkende Prijsregelende Organisaties in de Bouwnijverheid (SPO)*, Jurispr. 1995, blz. II-289.

overeenkomsten meestal ook niet aan het criterium „onmisbaarheid” van de derde voorwaarde ⁽⁶⁶⁾.

- (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 ⁽⁶⁷⁾. Doel van artikel 53 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 EER-recht ⁽⁶⁸⁾ en het staat niet aan ondernemingen om zelfregulerend op te treden.

3.2. Eerste voorwaarde van artikel 53, lid 3: efficiëntiewinsten

3.2.1. Algemene opmerkingen

- (48) Volgens de eerste voorwaarde van artikel 53, 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 van de Europese Gemeenschappen volgt dat enkel objectieve voordelen in aanmerking kunnen worden genomen ⁽⁶⁹⁾. Dit betekent dat efficiëntieverbeteringen niet worden beoordeeld uit het subjectieve standpunt van de partijen ⁽⁷⁰⁾. 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 53, lid 3.
- (50) Bedoeling van deze eerste voorwaarde van artikel 53, 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 53, 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 53, 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 beweerde 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 49).
- (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, technologielicenties, 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 ⁽⁷¹⁾. 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

⁽⁶⁶⁾ Zie bv. zaak 258/78, Nungesser, Jurispr. 1982, blz. 2015, punt 77, betreffende absolute gebiedsbescherming; zie voetnoot 25.

⁽⁶⁷⁾ Zie in dit verband bijvoorbeeld het in voetnoot 65 aangehaalde arrest in de zaak-SPO.

⁽⁶⁸⁾ Nationale maatregelen moeten onder meer voldoen aan de bepalingen van de EER-overeenkomst inzake vrij verkeer van goederen, diensten, personen en kapitaal.

⁽⁶⁹⁾ Zie bv. het in voetnoot 23 aangehaalde arrest in de zaak-Corsten en Grundig.

⁽⁷⁰⁾ Zie in dit verband Beschikking 98/531/EG van de Commissie in de zaak-Van den Bergh Foods Limited (PB L 246 van 4.9.1998, blz. 1).

⁽⁷¹⁾ Zie in dit verband Beschikking 2001/791/EG van de Commissie in de zaak-Glaxo Wellcome e.a. (PB L 302 van 17.11.2001, blz. 1).

onderzoek en ontwikkeling, toch is dit verband doorgaans onvoldoende direct om in het kader van de toepassing van artikel 53, 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 53, lid 3, moet worden afgewogen tegen de concurrentieverstorende effecten van de overeenkomst (zie punt 101). Aangezien artikel 53, 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 53, 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 verifieerbaar 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 53, 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 53, 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 53, 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 53, 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 53, lid 1, en de uitzonderingsregeling van artikel 53, 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 assemblagelijin 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 samengebracht, 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 productievegiging 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 overlappingsen 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 53, 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 53, 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 zich te hebben. Beide soorten efficiëntieverbeteringen zijn objectieve voordelen in de zin de eerste voorwaarde van artikel 53, 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 EER, 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 ⁽⁷²⁾. In de telecommunicatiesector bijvoorbeeld werden samenwerkingsovereenkomsten beschouwd als resulterend in efficiëntieverbeteringen doordat zij nieuwe internationale diensten sneller beschikbaar helpen stellen ⁽⁷³⁾. 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 53, lid 3, vallen ⁽⁷⁴⁾.

- (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 ⁽⁷⁵⁾.

3.3. Derde voorwaarde van artikel 53, lid 3: onmisbaarheid van de beperkingen

- (73) Volgens de derde voorwaarde van artikel 53, 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 53, 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 ⁽⁷⁶⁾.

- (75) Het eerste criterium vervat in de derde voorwaarde van artikel 53, 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 53, lid 3, zijn niet verplicht hypothetische of theoretische alternatieven te onderzoeken. De Toezichthoudende Autoriteit van de EVA zal de zakelijke beoordeling 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 de individuele zaak, 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 de 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 ⁽⁷⁷⁾. 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

⁽⁷²⁾ Zie bv. Beschikking 2001/182/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).

⁽⁷³⁾ 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).

⁽⁷⁴⁾ Zie bv. Beschikking 85/77/EEG van Commissie in de zaak-Uniforme eurocheques (PB L 35 van 7.2.1985, blz. 43).

⁽⁷⁵⁾ Zie bv. Beschikking 1999/573/EG van de Commissie in de zaak-Cégétel+4 (PB L 218 van 18.8.1999, blz. 14).

⁽⁷⁶⁾ Wat betreft de eerste vraag die in het kader van artikel 53, lid 1, relevant kan zijn, zie punt 18.

⁽⁷⁷⁾ Schaalvoordelen zijn doorgaans op een bepaald punt volledig benut. Daarna zullen de gemiddelde kosten stabiliseren en uiteindelijk stijgen wegens bijvoorbeeld capaciteitsbeperkingen of bottlenecks.

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 het kader daarvan 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 ⁽⁷⁸⁾. Het is weinig waarschijnlijk dat beperkingen die in groepsvrijstellingen op de zwarte lijst zijn gezet of die in richtsnoeren, bekendmakingen en mededelingen van de Toezichthoudende Autoriteit van de EVA 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 gunstigere 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 ⁽⁷⁹⁾.

(81) In sommige gevallen kan een beperking slechts voor een bepaalde duur onmisbaar zijn; in dat geval geldt de uitzondering van artikel 53, 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 ⁽⁸⁰⁾. 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 44).

(82) Deze beginselen kunnen worden geïllustreerd aan de hand van de volgende hypothetische voorbeelden.

P produceert en distribueert diepvriespizza's en heeft in EER-staat 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 EER-staat X en zegt toe te garanderen dat distributeurs in andere EER-staten — actief noch passief — naar het gebied van T zullen verkopen. T zegt toe 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 groepsvrijstelling inzake verticale beperkingen ⁽⁸¹⁾ 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 immers dat T minder wordt gestimuleerd om merk P te verkopen

⁽⁷⁹⁾ Zie hierover meer in detail punt 116 van de in voetnoot 6 aangehaalde richtsnoeren inzake verticale afspraken.

⁽⁸⁰⁾ Zie gevoegde zaken T-374/94 e.a., *European Night Services*, Jurispr. 1998, blz. II-3141, punt 230.

⁽⁸¹⁾ Zie het in punt 2 van bijlage XIV bij de EER-overeenkomst bedoelde besluit (Verordening (EG) nr. 2790/1999 van de Commissie 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, 29.12.1999, blz. 21), opgenomen in de EER-overeenkomst bij Besluit nr. 18/2000 van het Gemengd Comité van de EER van 28 januari 2000 (PB L 103 van 12.4.2001, blz. 36).

⁽⁷⁸⁾ Zie in dit verband de punten 392 tot 395 van het in voetnoot 59 aangehaalde arrest in de zaak-Compagnie Générale Maritime.

en er reclame voor te maken wanneer distributeurs in andere EER-staten actief naar EER-staat X kunnen verkopen en zodoende kunnen „meeliften” op 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 exclusieveafnameverplichting reikt verder dan hetgeen nodig is om de 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 53, lid 3: een billijk aandeel voor de gebruikers

3.4.1. Algemene opmerkingen

- (83) Volgens de tweede voorwaarde van artikel 53, lid 3, moeten gebruikers een billijk aandeel ontvangen van de efficiëntieverbeteringen die door de beperkende overeenkomst worden gegenereerd.
- (84) Het begrip „gebruikers” omvat alle rechtstreekse of indirecte gebruikers van de producten die door de overeenkomst worden gedekt, onder wie producenten die de producten als grondstof gebruiken, groothandelaren, detailhandelaren en eindgebruikers, natuurlijke personen dus die voor doeleinden handelen welke niet als hun handel of beroep worden beschouwd. Met andere woorden, de gebruikers in de zin van artikel 53, 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 impulsijs 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 53, lid 1, is vastgesteld. In overeenstemming met de algemene doelstelling van artikel 53 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 indirect door de overeenkomst geraakt zijn ⁽⁸²⁾. Wanneer dergelijke gebruikers er na de overeenkomst slechter aan toe zijn, is niet aan de tweede voorwaarde van artikel 53, 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 ⁽⁸³⁾. 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 ⁽⁸⁴⁾. 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 53, 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 ⁽⁸⁵⁾. 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 53, 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

⁽⁸²⁾ Zie in dit verband het in voetnoot 23 aangehaalde arrest in de zaak-Consten en Grundig, waar het Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen oordeelde dat de verbeteringen in de zin van de eerste voorwaarde van artikel 81, lid 3, van het EG-Verdrag merkbare en objectieve voordelen met zich dienen te brengen van zodanige aard, dat daardoor de op het vlak van de concurrentie optredende nadelen worden gecompenseerd.

⁽⁸³⁾ Er zij aan herinnerd dat de positieve en de negatieve effecten voor de gebruikers in beginsel afgewogen worden in elk van de relevante markt (cf. punt 43).

⁽⁸⁴⁾ Zie in dit verband punt 48 van het in voetnoot 56 aangehaalde arrest in de zaak-Metro (I).

⁽⁸⁵⁾ Zie punt 163 van het in voetnoot 58 aangehaalde arrest in de zaak-Shaw.

mogelijk te maken, dient de waarde van toekomstige winsten voor gebruikers te worden verdisconteerd. Het toegepaste disconteringspercentage dient het (eventuele) inflatiepercentage en de gederfde 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 aanlooperperiode 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 53, 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 53, lid 3, omvat ook een glijdende schaal. Naarmate de mededingingsbeperking bij toetsing aan artikel 53, 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, te verwachten valt 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 53, 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 53, 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 ⁽⁸⁶⁾.

- (94) Bij de toepassing van de hierna uiteengezette beginselen zal de Toezichthoudende Autoriteit van de EVA 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 ⁽⁸⁷⁾. 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 53, lid 3, vervatte afweging dienen met name de volgende factoren in aanmerking te worden genomen:
- de kenmerken en structuur van de markt;
 - de aard en de omvang van de efficiëntiewinsten;
 - de elasticiteit van de vraag, en
 - de omvang van de mededingingsbeperking.

Normaalgesproken moeten alle factoren in aanmerking worden genomen. Aangezien artikel 53, lid 3, enkel van toepassing is op de gevallen waarin de mededinging op de markt merkbaar wordt beperkt (zie punt 24), kan er geen vermoeden zijn dat de resterende concurrentie de gebruikers een billijk aandeel in de voordelen zal garanderen. De

⁽⁸⁶⁾ 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.

⁽⁸⁷⁾ 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.

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 dat 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⁽⁸⁸⁾. 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⁽⁸⁹⁾.
- (98) Ook de aard van de efficiëntiewinsten speelt een belangrijke rol. Volgens de economische theorie maximaliseren ondernemingen hun winsten door eenheden product 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 honderd procent 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 stijgen die uit een prijsverlaging ingevolge een toename van de productie voortvloeien, 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⁽⁹⁰⁾.
- (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 98). 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

⁽⁸⁸⁾ 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.

⁽⁸⁹⁾ Deze term verwijst naar ondernemingen die het prijsgedrag in toom houden van andere ondernemingen op de markt die anders misschien stilzwijgend hadden kunnen samenspannen.

⁽⁹⁰⁾ De beperkende overeenkomst kan de betrokken ondernemingen zelfs in staat stellen hun klanten hogere prijzen te berekenen bij een lagere elasticiteit van de vraag.

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 53, lid 3, invoeren, moeten aantonen dat gebruikers compenserende voordelen krijgen (zie in dit verband punten 57 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 53, 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 53, lid 3: geen uitschakeling van de mededinging

- (105) Volgens de vierde voorwaarde van artikel 53, 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 53, 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 53 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 53, lid 3, is een autonoom concept uit het EER-recht dat specifiek is voor artikel 53, lid 3⁽⁹¹⁾. Bij de toepassing van dit concept dient echter rekening te worden gehouden met de verhouding tussen artikel 53 en artikel 54. De toepassing van artikel 53, lid 3, kan niet aan de toepassing van artikel 54 van de EER-overeenkomst in de weg staan⁽⁹²⁾. Aangezien voorts met zowel artikel 53 als artikel 54 de doelstelling wordt nagestreefd van het behoud van een daadwerkelijke mededinging op de markt, is het, met het oog op consistentie, noodzakelijk dat artikel 53, lid 3, wordt uitgelegd als inhoudend dat iedere toepassing van deze bepaling is uitgesloten voor beperkende overeenkomsten die misbruik van een machtspositie inhouden⁽⁹³⁾⁽⁹⁴⁾. 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 onderneming⁽⁹⁵⁾, 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 53, 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,

⁽⁹¹⁾ En specifiek voor artikel 81, lid 3, van het EG-Verdrag; zie gevoegde zaken T-191/98, T-212/98 tot T-214/98, Atlantic Container Line (TACA), Jurispr. 2003, blz. II-3275, punt 939, en zaak T-395/94, Atlantic Container Line, Jurispr. 2002, blz. II-875, punt 330.

⁽⁹²⁾ 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 53, lid 3, in de weg aan de toepasselijkheid van de bepalingen van de EER-overeenkomst 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 53, lid 1; zie in die zin zaak C-309/99, Wouters, Jurispr. 2002, blz. I-1577, punt 120.

⁽⁹³⁾ Zie in dit verband zaak T-51/89, Tetra Pak (I), Jurispr. 1990, blz. II-309, en punt 1456 van het in voetnoot 91 aangehaalde arrest in de zaak-Atlantic Container Line (TACA).

⁽⁹⁴⁾ Dit is hoe punt 135 van de richtsnoeren inzake verticale afspraken en de punten 36, 71, 105, 134 en 155 van de richtsnoeren betreffende horizontale samenwerkingsovereenkomsten, beide aangehaald in voetnoot 6, moeten worden begrepen wanneer daarin wordt verklaard dat in beginsel beperkende overeenkomsten tussen ondernemingen met een machtspositie niet kunnen worden vrijgesteld.

⁽⁹⁵⁾ Volwaardige gemeenschappelijke ondernemingen (gemeenschappelijke ondernemingen dus die duurzaam alle functies van een zelfstandige economische eenheid vervullen) vallen onder het in punt 1 van bijlage XIV bij de EER-overeenkomst bedoelde besluit (Verordening (EG) nr. 139/2004 van de Raad van 20 januari 2004 betreffende de controle op concentraties van ondernemingen (de „EG-concentratieverordening”)) (PB L 24 van 29.1.2004, blz. 1), opgenomen in de EER-overeenkomst bij Besluit nr. 78/2004 van het Gemengd Comité van de EER van 8 juni 2004 (PB L 219 van 19.6.2004, blz. 13 en EER-Supplement bij het Publicatieblad, nr. 32 van 19.6.2004, blz. 1).

des te geringer is de verdere verzwakking die nodig is om de mededinging uit te schakelen in de zin van artikel 53, 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 53, 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 marktaandeelen 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 53, lid 3, is niet voldaan wanneer de overeenkomst de mededinging in een van haar belangrijkste uitdrukkingvormen uitschakelt. Dit is met name het geval wanneer een overeenkomst de uitschakeling meebrengt van prijsconcurrentie⁽⁹⁶⁾ 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 wijze waarop zij dat in de toekomst zullen doen. Een onderneming kan in staat zijn de mededinging in de zin van artikel 53, lid 3, uit te schakelen door een overeenkomst te sluiten met een concurrent die in het verleden een „buitenbeentje” is geweest⁽⁹⁷⁾. 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 is de kans 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

⁽⁹⁶⁾ Zie punt 21 van het in voetnoot 56 aangehaalde arrest in de zaak-Metro (I).

⁽⁹⁷⁾ Zie punt 97.

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⁽⁹⁸⁾. 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 op 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 53, 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 concurrenten 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 53, 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.

⁽⁹⁸⁾ Zie in dit verband zaak 228/97, Irish Sugar, Jurispr. 1999, blz. II-2969, punt 101.